

AIGNER LEHNER ZUSCHIN

+PARTNER Rechtsanwälte

PER WEB-ERV

Handelsgericht Wien
Marxergasse 1a
1030 Wien

GZ: 55 Cg 28/18f (führend)
GZ: 55 Cg 29/18b

Wien, 8. April 2019
BWGN35509/11/5
BWGN35509/11/IN

Klagende und widerbeklagte Partei:

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

vertreten durch:

Aigner Rechtsanwalts-GmbH, P131948
Pestalozziggasse 4/5
1010 Wien

Prozess- und ~~Selb~~vollmacht erteilt.
Gemäß § 19a RAO begehrt der gefertigte Anwalt
die Bezahlung sämtlicher Kosten zu seinen Händen.

und

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

Beklagte und widerklagende Partei:

**BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft
und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft**
Wiedner Gürtel 11
1100 Wien

vertreten durch:

LANSKY, GANZGER + Partner Rechtsanwälte GmbH, P130123
Biberstraße 5
1010 Wien

und

Lukas Aigner Mag iur RA
Johannes Lehner Dr iur RA²
Georg Zuschin Dr iur MBA RA²
Roman Taudes Mag iur LL M RA²

Bernhard Böheim Dr iur RAA
Nathalie Steidl Mag iur RAA
Maximilian Weiser LL M (WU) RAA
Gregor Erler Dr iur RAA
Matthias Sablatnig Mag iur RAA

Friedrich Schüller Mag iur CS³
Simone Krammer Mag iur CS³
Karin Wimmer Dr iur Mag. phil CS³

Wien, 1010, Pestalozziggasse 4/5
T (Wien) +43 1 361 99 04
F (Wien) +43 1 361 99 04 99

Linz, 4020, Bethlehemstraße 3/6⁴
T (Linz) +43 732 27 28 50
F (Linz) +43 732 27 28 50 89

office@aigner-partners.at
www.aigner-partners.at

Aigner Rechtsanwalts-GmbH, FN 428937 s, HG Wien, P131948, UID: ATU69344239

¹geschäftsführender Gesellschafter ²selbständige Rechtsanwälte in Kooperation

³Counsel ⁴Kanzleisitz und Büro Dr Johannes Lehner

Wir verarbeiten Ihre personenbezogenen Daten zur Abwicklung unserer Geschäftstätigkeiten

Weitere Informationen zum Datenschutz finden Sie auf unserer Website unter <https://www.aigner-partners.at/de/kontakt/datenschutz/>

Kontoverbindung Wien (Oberbank AG)
Anderkonto Wien IBAN AT88 1515 0005 0129 6008, BIC OBKLAT2L
Honorarkonto Wien IBAN AT04 1515 0005 0129 5968, BIC OBKLAT2L

Kontoverbindung Linz (Oberbank AG)
Anderkonto Linz IBAN AT75 1500 0007 2139 7461, BIC OBKLAT2L
Honorarkonto Linz IBAN AT52 1500 0007 2139 7487, BIC OBKLAT2L

DORDA Rechtsanwälte GmbH, P130040
Universitätsring 10
1010 Wien

wegen:

EUR 25.185.074,30 samt Anhang; (Klage 55 Cg 28/18f)
(entspricht CHF 30.640.161,40 samt Anhang in der Klage)
EUR 417.737.018,29 samt Anhang (Widerklage 55 Cg 29/18b)

**I. ANTRAG
AUF TRENNUNG DER BEIDEN VERFAHREN UND
AUF UNTERBRECHUNG DES VERFAHRENS 55 Cg 29/18b**

**II. ZWISCHENANTRAG
AUF FESTSTELLUNG**

1-fach

Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an den Gegenvertreter

Inhaltsverzeichnis		
I.	Einleitung	5
II.	Trennung der Verfahren und Unterbrechung des Widerklageverfahrens	6
1.	Trennung der Verfahren	6
2.	Unterbrechung des Widerklageverfahrens	7
III.	Zwischenantrag auf Feststellung	8
1.	Zulässigkeit	8
1.1.	Präjudizialität	8
1.2.	Über den konkreten Rechtsstreit hinausreichende Wirkung	8
2.	Strukturierung/Haupt- und Eventualbegehren	10
3.	Gründe für das schon ursprünglich nicht wirksame Zustandekommen des Swap-Geschäftes	11
3.1.	Mag. W. F. hatte aus kommunalrechtlichen Gründen weder eine öffentlich-rechtliche noch eine zivilrechtliche Vertretungsmacht, um den Swap 4175 überhaupt abzuschließen	11
3.1.1.	Einleitung	11
3.1.2.	Kompetenzordnung und Legalitätsprinzip	12
3.1.3.	Zuständigkeit und Beschlussfassung des Gemeinderats der Stadt Linz	15
3.1.4.	Unzulässigkeit der Übertragung der Willensbildungskompetenz des Gemeinderats auf den administrativen Hilfsapparat oder ihren Leiter	18
3.1.5.	Keine organschaftliche Vertretung vor dem Hintergrund öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften	19
3.1.6.	Keine Vertretungsbefugnis durch zivilrechtliche Bevollmächtigung	21
3.1.7.	Keine Vertretungsbefugnis des Mag. W. F. kraft Rechtsscheins	24
3.1.8.	Keine Vertretungsmacht des Mag. W. F. wegen der Verletzung von Formvorschriften	26
3.2.	Mag. W. F. besaß (auch) keine Vertretungsbefugnis wegen Überschreitung der im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 enthaltenen Ermächtigung	27
3.2.1.	Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses	27
3.2.2.	Die Auslegung des Begriffes der Optimierungseignung	28
3.2.3.	Der Swap 4175 war nach objektiven Kriterien ex ante nicht optimierend, weil er keine Verringerung der Zahllast erwarten ließ	30
3.2.4.	Der Swap 4175 war nach objektiven Kriterien ex ante nicht optimierend, weil er mit einem existenzbedrohenden Risiko verbunden war und weil die Risikoerhöhung in keinem angemessenen Verhältnis zum möglichen Ertrag stand	34
3.2.5.	Der Swap 4175 war nach objektiven Kriterien ex ante nicht optimierend, weil er mit einem unbeherrschbaren Risiko verbunden war	37
3.3.	Mag. W. F. fehlte die Vertretungsmacht (auch) wegen (erkanntem) Befugnismissbrauchs	40
3.3.1.	Bisheriges Vorbringen	40
3.3.2.	Befugnisüberschreitung durch Mag. W. F.	41
3.3.3.	Evidenz des Befugnismissbrauchs	41
3.4.	Ungültigkeit wegen Fehlens der aufsichtsbehördlichen Genehmigung	43
3.5.	Unwirksamkeit wegen Gesetzesverstoßes	49
3.5.1.	Vorbemerkungen	49
3.5.2.	Gesetz- und Sittenwidrigkeit	49
3.5.3.	Wucher	54
4.	Gründe dafür, dass der Swap 4175 im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung der beklagten Partei am 20. Oktober 2011 nicht mehr gültig war	56
4.1.	Vorbemerkungen	56
4.2.	Anfechtung wegen arglistiger Irreführung	56
4.2.1.	Grundlagen	56
4.2.2.	Der Vorwurf gegenüber der beklagten Partei	57
4.2.3.	Die Veranlassung des Vertragsabschlusses durch die beklagte Partei	57

4.2.4.	Die Fehlvorstellungen des Mag. W■■■■ F■■■ und deren Ausnützen durch die beklagte Partei	61
4.3.	Auflösung des Swap 4175 durch die Stadt Linz aus wichtigem Grund am 13. Oktober 2011	62
4.4.	Unwirksamkeit des Vertrages aufgrund des Verlangens nach einer schadenersatzrechtlichen Naturalrestitution	63
4.4.1.	Vorfrage oder Hauptfrage	63
4.4.2.	Der Anspruch der Stadt Linz auf Schadenersatz.....	66
4.4.3.	Beratung des Mag. W■■■■ F■■■ durch die beklagte Partei/Empfehlung des Swap 4175	72
4.4.4.	Es gibt keinen (wirksamen) Beratungsverzicht der Stadt Linz	80
4.4.5.	Beratungspflicht auch im Fall der Erklärung, keine Information zu benötigen	83
4.4.6.	Die beklagte Partei durfte den Swap 4175 nicht empfehlen, weil sie jegliche Exploration unterlassen hat	86
4.4.7.	Die Struktur des Swap 4175 und die Eigeninteressen der beklagten Partei	93
4.4.8.	Der Interessenkonflikt und das sich daraus ergebende Empfehlungsverbot sowie die sich daraus ergebende Aufklärungspflicht	97
4.4.9.	Die beklagte Partei hat ihre Verpflichtungen zur anleger- und objektgerechten Beratung und Aufklärung verletzt.....	102
4.4.9.1.	Die gesetzlichen Rahmenbedingungen	102
4.4.9.2.	Verletzung der Pflichten zur anleger- und objektgerechten Beratung durch die beklagte Partei	103
4.4.9.3.	Keine eingeschränkte bzw. fehlende Erkundungspflicht der beklagten Partei	104
4.4.9.4.	Keine Einschränkung bzw. kein Entfallen der Pflichten der beklagten Partei nach dem WAG 1996	106
4.4.9.5.	Die Anlageziele (Anlagezweck und Risikobereitschaft) der Stadt Linz	107
4.4.9.6.	Die Aufklärungserfordernisse	110
5.	Das unwirksame Swap-Geschäft ist nachträglich auch nicht genehmigt worden	115
5.1.	Unmöglichkeit der nachträglichen Genehmigung durch den Gemeinderat in folgenden Fällen	115
5.2.	Die angebliche Genehmigung des Gemeinderats aus Sicht der beklagten Partei... ..	116
5.3.	Der Gemeinderat hat den Swap 4175 weder genehmigt noch einen dahingehenden Anschein erzeugt.....	117
5.3.1.	Die ausschließliche Zuständigkeit des Gemeinderats	117
5.3.2.	In der Genehmigung muss die nachgeholte Willensbildung liegen	118
5.3.3.	Die nachträgliche Genehmigung des Swap 4175 war nie Gegenstand von Gemeinderatsitzungen.....	119
5.3.4.	Nur auf das eigene Wissen des Gemeinderats kommt es an	119
5.3.5.	Es gab keine Handlungen des Gemeinderats, die als Ausdruck einer nachträglichen Willensbildung hätten gedeutet werden können	120
5.3.6.	Kein Vertrauen der beklagten Partei an den Anschein einer nachträglichen Genehmigung.....	122
5.3.7.	Keine nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung.....	124
IV.	Anträge der Stadt Linz	125
1.	Antrag auf Verfahrenstrennung und Verfahrensunterbrechung	125
2.	Hauptbegehren des Zwischenfeststellungsantrags	125
3.	Eventualbegehren des Zwischenfeststellungsantrags	125
3.1.	in eventu zu Punkt 2.: Eventualbegehren des Zwischenfeststellungsantrags	125
3.2.	in eventu zu Punkt 3.1: Eventualbegehren des Zwischenfeststellungsantrags	126

I. Einleitung

1. Das wirksame Zustandekommen bzw. die Gültigkeit des Swap 4175 ist die entscheidende Vorfrage sowohl für den von der Stadt Linz geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung der (dann) titellos geleisteten Zinszahlungen als auch für den Anspruch der beklagten Partei auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens wegen behaupteten Vertragsbruchs durch die Stadt Linz.
2. Über diese Vorfrage kann bereits jetzt ohne Aufnahme weiterer Beweise entschieden werden, wenn man davon ausgeht, dass Mag. W■■■■ F■■■, sei es aus kommunalrechtlichen Gründen, sei es wegen Überschreitens der zivilrechtlichen Ermächtigung, die die beklagte Partei im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 sieht, keine Vertretungsmacht besaß. Die Gründe dafür ergeben sich aus den von der Stadt Linz schon bisher vorgetragenen, weiterhin aufrechten und nunmehr in Punkt III.3.1. bis III.3.3. nochmals zusammengefassten Tatsachen.
3. Das schon ursprünglich nicht wirksame Zustandekommen des Swap 4175 folgt aber auch aus dem Fehlen der aufsichtsbehördlichen Genehmigung (Punkt III.3.4.) und der anfänglichen Unwirksamkeit des Geschäftes wegen des mehrfachen Gesetzesverstoßes durch die beklagte Partei. Auch dazu bedarf es keiner weiteren Beweise mehr.
4. Zusätzlich kamen Gründe hinzu, die dazu geführt haben, dass der Swap 4175 jedenfalls zu dem Zeitpunkt, zu dem die beklagte Partei die Kündigung aus wichtigem Grund aussprach, nicht mehr Bestand hatte, also nicht mehr gültig war. Auch diese Gründe hat die Stadt Linz bisher schon vorgebracht. Sie werden in Punkt III.4. dieses Schriftsatzes nochmals in komprimierter Form vorgetragen. Ihre Besonderheit besteht darin, dass sie (etwa bei der Anfechtung wegen listiger Irreführung) nachträglich zur Auflösung des Vertrages geführt haben, die Wirkung aber ex tunc erfolgt ist. Auch die von der Stadt Linz am 13. Oktober 2011 erklärte Kündigung des Rahmenvertrages und des Swap 4175 aus wichtigem Grund führte dazu, dass der Swap 4175 im Zeitpunkt der Kündigung durch die beklagte Partei am 20. Oktober 2011 nicht mehr gültig war. Sie konnte daher aus ihrer Kündigung keinen Nichterfüllungsschaden mehr ableiten.
5. Was die Wirkung des von der Stadt Linz ebenfalls erhobenen Begehrens auf schadenersatzrechtliche Naturalrestitution auf die Gültigkeit des Swap 4175 anlangt, legt die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 9 Ob 43/13h nahe, dass die Ungültigkeit des Geschäftes erst mit der (rechtgestaltenden) Entscheidung des Gerichts über den Leistungsanspruch eintritt, sodass die Ungültigkeit des Swap 4175 aus diesem Grund keine Vorfrage ist, sondern gegebenenfalls parallel im vorerst zu unterbrechenden

Widerklageverfahren zu prüfen wäre. Diese Schlussfolgerung deckt sich auch mit der Rsp zur Insolvenzanfechtung und zur *laesio enormis* bzw. der überwiegenden Rechtsprechung zur Anfechtung wegen List und Irrtum (siehe dazu Punkt III.4.4.), die ebenfalls die Ungültigkeit erst mit der Entscheidung über das Rechtsgestaltungsbegehren bzw. das dieses implizit enthaltene Leistungsbegehren (wenn ein solches gestellt wird) annimmt.

6. Andererseits steht ein Teil der Rsp bei der Anfechtung wegen List und Irrtum auf dem Standpunkt, dass die bereits im Prozessverfahren erhobene Einrede (*ex tunc*) zu einer Ungültigerklärung des Geschäftes geführt hat (3 Ob 216/06w). Aus Gründen der Vorsicht wird deshalb auch das Begehren auf schadenersatzrechtliche Naturalrestitution als Grund dafür genommen, dass im Zeitpunkt der Kündigung durch die beklagte Partei am 20. Oktober 2011 das Swap-Geschäft 4175 nicht mehr gültig war.

II. Trennung der Verfahren und Unterbrechung des Widerklageverfahrens

1. Trennung der Verfahren

- 1.1. Das HG Wien hat mit Beschluss vom 10. April 2013 die beiden Verfahren 48 Cg 218/11k (führendes Verfahren zur Klage der Stadt Linz – nunmehr 55 Cg 28/18f) und 48 Cg 222/11y (Widerklage der BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft – nunmehr 55 Cg 29/18b) gemäß § 187 ZPO zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Dahinter stand die zutreffende Überlegung, dass in beiden Verfahren weitgehend idente Sach- und Rechtsfragen zu lösen sind. Es war auch zweckmäßig, den kostenintensiven Sachverständigenbeweis und wesentliche Zeugeneinvernahmen im verbundenen Verfahren abzuführen, um nicht Verwertungsschwierigkeiten in jeweils anderen Verfahren zu haben.
- 1.2. Das Gerichtsgutachten hat aus Sicht der Stadt Linz bereits vor Abschluss seiner Erörterung die zentralen bankfachlichen Fragen im Hinblick auf die Gültigkeit des Swap 4175 beantwortet.
- 1.3. Die Trennung der Verfahren ist – nicht zuletzt vor dem Hintergrund des jetzt beantragten Zwischenurteils – prozessökonomisch. Der Streitwert des führenden Verfahrens beträgt CHF 30.640.161,40 (entspricht EUR 25.185.074,30); jener im Widerklageverfahren EUR 417.737.018,29. Daraus resultiert allein hinsichtlich der Gerichtsgebühren für das Verfahren zweiter und dritter Instanz ein Unterschied von rund EUR 17 Mio. zwischen der in einem verbundenen Rechtsmittelverfahren zu entrichtenden Pauschalgebühr im Vergleich zu

den Gebühren nur im führenden Verfahren. Im Licht des Unterschieds in der Gebührenbelastung der Parteien ist es in prozessökonomischer Hinsicht unvertretbar, die Frage der Gültigkeit des Swap-Geschäfts nicht allein im führenden Verfahren zu klären. Schon angesichts der Bedeutung des Rechtsstreits der beiden Parteien ist davon auszugehen, dass jede Sachentscheidung von der unterliegenden Partei mit Rechtsmitteln bekämpft werden wird. Die endgültige Entscheidung darüber, ob das Swap-Geschäft gültig war oder nicht, wird daher erst nach der Befassung der dritten Instanz vorliegen.

2. Unterbrechung des Widerklageverfahrens

- 2.1. § 190 ZPO räumt dem Gericht bei der Frage der Unterbrechung Ermessen ein, sofern die Grundvoraussetzungen – wie in concreto – gegeben sind. Das Gericht hat in diesem Fall unter sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände nach freiem Ermessen, vor allem unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit zu beurteilen, ob die Unterbrechung des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Erledigung des anderen Rechtsstreits nach Lage des Falls gerechtfertigt ist (RIS-Justiz: RS0036765). Mit der Unterbrechung des Verfahrens ist insbesondere dann vorzugehen, wenn prozessökonomische Erwägungen für die Unterbrechung sprechen. Nachdem die Frage der Gültigkeit von zentraler Bedeutung für die geltend gemachten Ansprüche ist, gebietet die Prozessökonomie vorerst darüber zu entscheiden.
- 2.2. Auch das über einen Antrag nach § 236 ZPO zu fassende Zwischenurteil ist vom Grundsatz der Prozessökonomie getragen. Vor diesem Hintergrund ist es daher geboten, bei einem Zwischenantrag im führenden Verfahren das Widerklageverfahren gemäß § 190 ZPO zu unterbrechen. Auch die bessere Übersichtlichkeit des Verfahrens und die zweckentsprechende Gliederung liegt im Sinn der Prozessökonomie (RIS-Justiz: RS0039695). Nach dem Zwischenantrag wird – wie gesagt – der Prozessstoff in einem wesentlichen Punkt geklärt und das Verfahren damit thematisch gegliedert.
- 2.3. Das gilt insbesondere dann, wenn man – wie die Stadt Linz – davon ausgeht, dass die Beseitigung eines Derivatgeschäftes durch den schadenersatzrechtlichen Naturalbehebungsanspruch erst mit dem Urteil in der Hauptsache und nicht bereits durch die prozessrechtliche Erklärung erfolgt.

Nach Trennung der Verfahren wird im führenden Verfahren gestellt der

III. Zwischenantrag auf Feststellung:

1. Zulässigkeit

1.1. Präjudizialität

1.1.1. Gemäß § 236 Abs 1 ZPO steht den Parteien der Zwischenantrag auf Feststellung dann offen, wenn er ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes (bzw. ein zumindest bis zur Entscheidung über den Antrag streitig gebliebenes) Rechtsverhältnis oder Recht betrifft, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung über das Klagebegehren ganz oder zum Teil abhängt. Das festzustellende Rechtsverhältnis muss somit für die Entscheidung über das Klagebegehren präjudiziell sein. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 236 Abs 1 ZPO sind insofern gleich mit jenen des § 190 Abs 1 ZPO.

1.1.2. Präjudizialität bedeutet nach einer Grundsatzentscheidung des OGH, dass die begehrte Feststellung das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses betreffen muss, „aus dem der Klagsanspruch unmittelbar oder mittelbar hervorgeht“; alternativ kann auch die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses begehrt werden, „von dem der Beklagte ein geltend gemachtes Gegenrecht ableitet“ (1 Ob 586/50, SZ 23/294; RIS-Justiz: RS0039676; vgl. auch *Deixler-Hübner* in *Fasching-Konecny*³ § 236 ZPO Rz 7; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*⁴ § 236 ZPO; *Kellner*, *Der Zwischenantrag auf Feststellung*, ÖJZ 2015, 250 [252]; jeweils mwN).

1.1.3. Ausgehend davon kann an der Präjudizialität der festzustellenden Vorfrage nach der Gültigkeit des Swap 4175 für die Entscheidung über beide Klagebegehren kein Zweifel bestehen. Ist der Swap 4175 bereits vor der Kündigung durch die beklagte Partei unwirksam gewesen, hat sie jedenfalls keinen Anspruch auf den von ihr geltend gemachten Nichterfüllungsschaden, da dieser einen zu diesem Zeitpunkt gültigen Vertrag voraussetzt. Hinsichtlich der Stadt Linz bedeutet die Verneinung eines gültigen Geschäftes, dass sie ihre Zinszahlungen, die sie dann ohne Rechtsgrund geleistet hat, zurückerhält.

1.2. Über den konkreten Rechtsstreit hinausreichende Wirkung

1.2.1. Nach einhelliger Ansicht ist der Zwischenantrag auf Feststellung als eine Form des Feststellungsanspruchs zulässig, wenn das Zwischenurteil über den anhängigen Prozess hinauswirkt (RIS-Justiz: RS0039600). Zweck des Zwischenantrags auf Feststellung ist es, Vorfragen für den Klagsanspruch über den Rahmen des konkreten Rechtsstreits hinaus

rechtskräftig und damit bindend zu beantworten, um dadurch künftige Rechtsstreitigkeiten über gleichartige Ansprüche zwischen den gleichen Parteien zu präjudizieren, die aus demselben rechtserzeugenden Sachverhalt abgeleitet werden können.

- 1.2.2. Das rechtliche Interesse der Stadt Linz, dass die Ungültigkeit des Swap 4175 über den in Aussicht genommenen Zwischenantrag gesondert festgestellt wird, ist ohne Zweifel gegeben. Nach der Rsp des OGH kann nämlich *„[e]iner Partei [...] das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtes nur dann abgesprochen werden, wenn sie sämtliche Ansprüche mit Leistungsklage geltend machen könnte.“* Das ist dann nicht der Fall, wenn – wie auch im gegenständlichen Rechtsstreit – *„nicht nur die klagende Partei Leistungsansprüche aus dem Nichtbestehen des strittigen Rechtsverhältnisses [ableitet]“, sondern „auch der Beklagte [...] ein [...] auf das Bestehen [desselben Rechtsverhältnisses] gestütztes Leistungsbegehren [erhoben hat]“*. In einer solchen Konstellation reichen nämlich *„zu einer vollständigen Bereinigung des zwischen den Streitparteien strittigen Rechtsverhältnisses [...] die der klagenden Partei zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Leistungsklage nicht aus. [Denn] die dem Prozessgegner offenstehende Möglichkeit, mit Leistungsklage das strittige Rechtsverhältnis vollständig zu bereinigen, kann [...] nicht zur Verneinung des Feststellungsinteresses der anderen Partei führen“* (9 ObA 51/92 [9 ObA 52/92]); RIS-Justiz: RS0039056).
- 1.2.3. Auch der Umstand, dass die Verfahren über Klage und Widerklage zur gemeinsamen Verhandlung verbunden wurden, nimmt der Stadt Linz *„schon im Hinblick auf die gemäß § 192 Abs 1 ZPO jederzeit mögliche Aufhebung dieser Verbindung nicht das Feststellungsinteresse, da im Falle getrennter Entscheidung über die beiden Leistungsklagen die lediglich in den Entscheidungsgründen vorgenommene Beurteilung des strittigen Rechtsverhältnisses keine über den konkreten Rechtsstreit hinausgehende Bindung bewirkt [...] und daher in der Entscheidung über die andere Klage das Rechtsverhältnis abweichend beurteilt werden könnte“* (9 ObA 51/92 [9 ObA 52/92]).
- 1.2.4. Mit dem OGH ist somit auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die Entscheidung über den gegenständlichen Zwischenantrag schon auf Grund der von der beklagten Partei erhobenen Widerklage eine über den konkreten Rechtsstreit hinausreichende Wirkung entfaltet. Damit sind gleichzeitig sämtliche für die Zulässigkeit des Zwischenantrags auf Feststellung erforderlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt.

2. Strukturierung/Haupt- und Eventualbegehren/Bewertung

- 2.1. Der Zwischenantrag auf die Feststellung, soll die Strukturierung des weiteren Prozessverlaufs erleichtern. Er zielt auf die Priorisierung solcher Rechtsfragen ab, deren Beantwortung weitere Beweiserhebungen erübrigen oder doch deren Umfang drastisch reduzieren könnte. Der größtmögliche prozessökonomische Effekt wird dabei durch eine Staffelung mehrerer Begehren in Form einer Eventualklagenhäufung erzielt. Sämtliche Eventualanträge werden dabei sowohl für den Fall der Abweisung als auch für jenen der Zurückweisung gestellt (siehe noch Punkt IV.).
- 2.2. Aufgrund der genannten prozessökonomischen Erwägungen richtet sich der Zwischenantrag auf Feststellung primär auf die Feststellung, dass das Swap-Geschäft aus den in Punkt III.3. genannten Gründen von vornherein nicht wirksam zustande gekommen ist (siehe das Begehren gemäß Punkt IV.2.). Das heißt, dass zu keinem Zeitpunkt ein wirksamer Vertrag bestand. Hier stehen eindeutig Rechtsfragen des materiellen Rechts, die sich auf Basis der vorliegenden höchstgerichtlichen Judikatur auch eindeutig beantworten lassen, im Vordergrund und die bisherigen Verfahrensergebnisse reichen bereits aus, um darüber zu entscheiden.
- 2.3. Sollte das Gericht diesem Antrag aus inhaltlichen oder formellen Gründen nicht Folge geben, gilt es zu fragen, ob das Rechtsgeschäft zwar zunächst wirksam zustande gekommen ist, jedoch durch ein (insbesondere aus Wurzelmängeln abgeleitetes) Gestaltungsrecht rückwirkend beseitigt werden kann bzw wurde (zu den Gründen dafür siehe Punkt III.4.2.; zum Begehren siehe Punkt IV.3.1.). Auch in diesem Fall sind der Position der beklagten Partei die Grundlagen entzogen. Hier treten zu den inhaltlichen Fragen allerdings auch solche prozessrechtlicher Natur. Nach einhelliger Rsp können Gestaltungsrechte wie die Anfechtung wegen Irrtums, List oder laesio enormis in einer Leistungsklage implizit ausgeübt werden, ein eigenständiges Rechtsgestaltungsbegehren ist nicht notwendig. Für die Entscheidung über diesen Eventualantrag müssten vielleicht noch gezielt einzelne Beweisergebnisse gewonnen werden; es verbleibt aber nach wie vor ein beträchtlicher Gewinn an Prozessökonomie, weil mehrere komplexe Beweisthemen jedenfalls vorerst und bei Stattgabe endgültig nicht mehr geklärt werden müssten.
- 2.4. Sollte das Gericht auch diesem Antrag aus inhaltlichen oder formellen Gründen nicht Folge geben, so richtet sich das zweite Eventualbegehren des Zwischenfeststellungsantrags auf die Feststellung, dass der Vertrag vor der von der beklagten Partei wegen behaupteten

Vertragsbruchs der Stadt Linz am 20. Oktober 2011 erklärten Kündigung bereits beseitigt war (zu den Gründen dafür siehe Punkt III.4.3.; zum Begehren siehe Punkt IV.3.2.).

2.5. Jedenfalls war das Swap-Geschäft 4175 zu dem Zeitpunkt, zu dem die beklagte Partei die Kündigung aussprach, nämlich am 20. Oktober 2011, aus den in Punkt III.4. genannten Gründen nicht mehr gültig. Die Gründe dafür wirkten teils ex tunc und teils ex nunc, änderten aber nichts daran, dass der beklagten Partei mangels eines am 20. Oktober 2011 noch gültigen Vertrages kein Anspruch auf den von ihr beehrten Nichterfüllungsschaden zustand.

2.6. Der Zwischenantrag auf Feststellung wird von der Stadt Linz gemäß § 56 Abs 2 JN mit EUR 100.000,00 bewertet.

3. Gründe für das schon ursprünglich nicht wirksame Zustandekommen des Swap-Geschäftes

3.1. Mag. W■■■■ P■■■ hatte aus kommunalrechtlichen Gründen weder eine öffentlich-rechtliche noch eine zivilrechtliche Vertretungsmacht, um den Swap 4175 überhaupt abzuschließen

3.1.1. Einleitung

3.1.1.1. Die öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften für die Stadt Linz (insbesondere in Form des Stadtstatuts der Landeshauptstadt Linz in der im Jahr 2007 anwendbaren Fassung (StL 1992) und der Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz [„GEOM“]) sehen die Zuständigkeit des Gemeinderats der Stadt Linz für den Abschluss von Finanzgeschäften in der Art, wie es der Swap 4175 war, vor. Es handelt sich dabei – anders als etwa bei aufsichtsratspflichtigen Geschäften im Gesellschaftsrecht – nicht um eine Zustimmungs- oder Genehmigungspflicht, sondern um die (alleinige) Zuständigkeit des Gemeinderats kraft eigener Kompetenz.

3.1.1.2. Es ist unstrittig, dass der Gemeinderat der Stadt Linz im Februar 2007 zum Abschluss des Swap 4175 weder einen eigenen Willen gefasst noch einen solchen erklärt hat. Die Entscheidung, das konkrete Geschäft abzuschließen und die Erklärung des Willens dahin erfolgte nur durch Mag. W■■■■ P■■■. Auch eine Willensbildung des Gemeinderats zum Abschluss des Rahmenvertrages am 26. September 2006 (Beilage /N) ist nicht erfolgt. Den Willen dazu fasste der Bürgermeister der Stadt Linz, und er erklärte diesen Willen auch durch Unterfertigung der Urkunde.

- 3.1.1.3. Die einzige Willensäußerung des Gemeinderats zum Abschluss eines Finanzgeschäftes lag zwei Jahre zurück. Es war der Beschluss des Gemeinderates vom 3. Juni 2004, aus dem man allerdings höchstens ableiten konnte, dass er die Finanz- und Vermögensverwaltung beauftragen wollte, also seine Kompetenz delegiert hat. Er hat damit Mag. W. F. zum Abschluss des Swap 4175 keine Vertretungsmacht verschafft, und zwar weder eine organschaftliche Vertretungsmacht aufgrund des öffentlich-rechtlichen Organisationsrechtes noch eine auf privatrechtlich rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung beruhende Vertretungsbefugnis. Mag. W. F. konnte damit die Stadt Linz rechtlich auch nicht binden. Auch die Unterfertigung des Rahmenvertrages durch den Bürgermeister der Stadt Linz am 26. September 2006, geschweige denn das mit Datum 13. September 2006 versehene Unterschriftenverzeichnis (Beilage /13), haben bzw. konnten Mag. W. F. eine Vertretungsmacht verschaffen.
- 3.1.1.4. Einer Vertretungsbefugnis standen nicht nur die (zwingenden) öffentlich-rechtlichen, insbesondere die kommunalrechtlichen, Rechtsvorschriften entgegen, auch eine rechtsgeschäftliche, auf privatrechtlicher Bevollmächtigung beruhende Vertretungsmacht schied aus einer Vielzahl von Gründen aus (vgl. Punkt III.3.1.2. bis III.3.1.6.). Letztlich konnte sich die beklagte Partei auch nicht auf den Anschein des Bestehens einer Vertretungsmacht des Mag. W. F. berufen (vgl. Punkt III.3.1.7.).
- 3.1.2. Kompetenzordnung und Legalitätsprinzip
- 3.1.2.1. Für die öffentliche Hand gilt das Legalitätsprinzip und damit der Grundsatz der festen Zuständigkeitsverteilung. Wer zur Willensbildung („*Willensbildungskompetenz*“) und wer zur Vollziehung des gebildeten Willens („*Willensbetätigungskompetenz*“) zuständig ist, bestimmt ausschließlich das Gesetz. Speziell eine Gemeinde kann die Zuständigkeit ihrer Organe nicht selbst bestimmen. Demgemäß bedarf sie auch zur Änderung der Zuständigkeit der Organe einer gesetzlichen Ermächtigung. Fehlt eine solche gesetzliche Ermächtigung, so ist die (teilweise oder vollständige) Übertragung der Willensbildung auf ein anderes Organ rechtsgrundlos und damit unwirksam. (RIS-Justiz: RS0031238; *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in *Böck u. a.* [Hrsg.], *Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand* 228; *Prändl*, *Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenze der Gemeindeautonomie*, JRP 2012, 382; *Binder*, *Der Staat als Träger von Privatrechten* 211).

- 3.1.2.2. Bezogen auf privatrechtliches Handeln der Stadt Linz sieht das StL 1992 die Teilung der Kompetenz zwischen dem Gemeinderat (§ 46: „Willensbildungskompetenz“) und dem Bürgermeister (§§ 22, 49: „Willensbetätigungskompetenz“) vor. Liegt danach die Willensbildungskompetenz beim Gemeinderat, so sind für das rechtskonforme Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts mit der Stadt Linz eine dahingehende Willensbildung im Gemeinderat und die nachfolgende Umsetzung dieses Willens durch den zur Vertretung bestimmten Bürgermeister notwendig. Fehlt dieses Zusammenwirken der beiden Organe, ist das Geschäft unwirksam (*Kitzmantel*, Die oberösterreichischen Statutarstädte 50; zur Notwendigkeit des Vorliegens zweier Komponenten und zwar der internen Willensbildung und dem Recht zur Außenvertretung: Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013, Punkt III.2.3.3 ff, S 22 f).
- 3.1.2.3. Konkret führt das dazu, dass bei den in § 46 StL 1992 aufgezählten Geschäften der Gemeinderat der Stadt Linz kraft Eigenzuständigkeit den Willen zum Abschluss selbst zu bilden hat. Will der Gemeinderat seine Eigenkompetenz zur Willensbildung, wenn auch nur teilweise, durch ein anderes Organ der Gemeinde wahrnehmen lassen, so bedarf es dazu einer gesetzlichen Ermächtigung und der besonderen Form der Verordnung (zum Formbedarf und zur Delegationsverordnung: Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013, Punkt III.2.2.1 ff, S 20 ff).
- 3.1.2.4. Die kommunalrechtlich vorgesehene Trennung zwischen der Zuständigkeit zur Willensbildung und der Rechtsmacht, den einmal gebildeten Willen gegenüber Dritten zu äußern, heißt aber auch, dass der Gemeinderat selbst nicht in der Lage ist, seinen Willen nach außen zu erklären. Das gilt auch bei Rechtsgeschäften mit Dritten. Den Willen umzusetzen, ist nach § 22 Abs 1 StL 1992 dann allein die Aufgabe des Bürgermeisters, dem dabei keine eigene Willensbildungskompetenz mehr zukommt (*Lukas*, Wenn der Bindungswille des Gemeinderates fehlt, *ecolex* 2012, 120: „*Vertreter in der Erklärung*“). Eine weitere Konsequenz dieser Zuständigkeitstrennung ist, dass der Wille des Gemeinderats, wie er im Gemeinderatsbeschluss zum Ausdruck kommt, gleichzeitig die Vertretungsmacht des Bürgermeisters umschreibt und begrenzt. Fehlt es an einem wirksam gebildeten Willen des Gemeinderats oder ist der vom Bürgermeister nach außen gesetzte Vertretungsakt von diesem Willen nicht gedeckt, so ist auch das Geschäft automatisch unwirksam (10 Ob 42/07k; 7 Ob 609/89).
- 3.1.2.5. Die durch das öffentlich-rechtliche Organisationsrecht vorgegebenen Kompetenz- und Organisationsvorschriften sind auch dann zu beachten, wenn sich Gemeinden der Gestaltungsformen des Privatrechts bedienen. Soll also ein anderes Organ als der

Gemeinderat oder ein Dritter über den Abschluss eines Rechtsgeschäftes der Gemeinde entscheiden, so ist das nur innerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Organisationsrechts zulässig. Das heißt aber auch, dass der Gemeinderat seine Kompetenz zur Willensbildung nicht beliebig, etwa in Form einer Generalvollmacht, weitergeben kann (*Grillberger/Probst/Strasser, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde, S 92; weiterführend: Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013, Punkt III.2.2., S 20 ff*).

- 3.1.2.6. Die geschilderten öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften haben eine unmittelbare Bedeutung für das Zivilrecht. Auch nach der ständigen Rsp des OGH handelt es sich bei den Bestimmungen der Gemeindeordnung, die (gesetzliche) Zuständigkeiten festlegen, nicht bloß um interne Organisationsvorschriften, sondern sie bewirken eine Beschränkung der allgemeinen Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters bzw. anderer zur Vertretung bestimmter Organe der Gemeinde. Die Kompetenzordnung ist daher auch im Außenverhältnis wirksam (RIS-Justiz: RS0014664; zuletzt 7 Ob 38/18s).
- 3.1.2.7. Die gesetzlichen Organisationsvorschriften, insbesondere aber die darin angeordneten (Zwangs-)Zuständigkeiten verhindern die Übertragung der Zuständigkeit zwischen den Organen oder auf Dritte durch konkludente Vollmachtserteilung. Sie machen es auch unmöglich, auf den äußeren Anschein der Vertretungsmacht eines nicht zuständigen Organs zu vertrauen. Setzt nämlich der Gesetzgeber – in Form einer positiven Publizität – eine ganz bestimmte Kompetenzordnung, etwa die Zuständigkeit des Gemeinderats zur Beschlussfassung als bekannt voraus, so schützt er damit ausschließlich das Vertrauen darauf, der Gemeinderat habe selbst das konkrete Geschäft beschlossen oder zumindest positiv einen Willen in dieser Richtung gebildet. Für das Entstehen eines darüberhinausgehenden Anscheins (in der Richtung, der Gemeinderat habe seine Zuständigkeit wirksam auf ein anderes Organ übertragen) bleibt danach kein Raum (*Lukas, Wenn der Bindungswille des Gemeinderates fehlt, eolex 2012, 120; Grillberger/Probst/Strasser, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde, S 94*).
- 3.1.2.8. Wer mit einer Gemeinde kontrahieren will, hat sich also mit ihrem Organisationsrecht vertraut zu machen. Soweit die entsprechenden Regelungen kundgemacht sind, muss sie jeder Vertragspartner nach § 867 ABGB auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie nicht kannte. § 867 ABGB schützt das Gemeindevermögen vor unzulässigen Alleingängen einzelner Akteure. Er räumt dem in der Gemeinschaft der Gemeindebürger verkörperten öffentlichen Interesse Vorrang vor dem Verkehrsschutz ein. Es muss ausgeschlossen sein, dass eine Einzelperson Steuergeld wirksam aufs Spiel setzt. Jeder Kontrahent einer Gemeinde handelt daher auf eigenes Risiko, wenn er mit einem Akteur der Gemeinde einen

Vertrag schließt, ohne sich den erforderlichen Gemeinderatsbeschluss vorlegen zu lassen. Nichts Anderes gilt, wenn er Zweifel haben muss, ob ein vorliegender Beschluss das avisierte Geschäft deckt. Rechtssicherheit schafft hier nur eine Befassung des Gemeinderats über das konkrete Geschäft.

3.1.3. Zuständigkeit und Beschlussfassung des Gemeinderats der Stadt Linz

3.1.3.1. Gemäß § 46 Abs 1 Z 9 StL 1992 ist die Aufnahme von Darlehen mit einem EUR 100.000,00 übersteigenden Nominale dem Gemeinderat vorbehalten. Gleiches gilt gemäß § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 für den 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. Beide Tatbestände, die die Zuständigkeit des Gemeinderates begründen, sind verwirklicht.

3.1.3.2. Ist man sich bewusst, dass hinter der Swap-Formel wirkungsgleich die Verschreibung von 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen durch die Stadt Linz steht und dass diese Verschreibung wirtschaftlich der Aufnahme eines Kassenkredits mit einem Nominale von über CHF 1 Mrd. entspricht (Gutachten Prof. Dr. Thorsten Schmidt, Prof. Dr. Uwe Wystup vom 31. Juli 2016 „*Gerichtsgutachten*“, S 55; ebenso ausdrücklich Prof. Dr. Uwe Wystup über entsprechende Nachfrage in der Streitverhandlung vom 9. Dezember 2016 [S 10]), kann es keinen Zweifel darüber geben, dass der Abschluss eines Finanzgeschäfts, wie es der Swap 4175 war, das gleiche, wenn nicht sogar (mangels Zufluss der Kreditvaluta) typischerweise sogar höheres wirtschaftliche Risiko auslöst wie die Aufnahme eines Darlehens. Zum gleichen Ergebnis kommt man aus der Überlegung heraus, dass – zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen – nicht nur die ursprüngliche Aufnahme eines Darlehens, sondern auch der spätere wesentliche Eingriff in die Konditionen des Darlehens der demokratischen Willensbildung im Gemeinderat bedarf. Mit dem Abschluss des Swap 4175 und dem darin vorgesehenen Zinstauschgeschäft wurde letztlich nichts Anderes bezweckt, als die Bedingungen des ursprünglichen CHF-Darlehens wesentlich zu ändern. Ein derartiger Eingriff in die Bedingungen eines Kredits oder Darlehens beinhaltet – was die wirtschaftliche Belastung der Gemeinde angeht – ebenso ein Risiko wie der ursprüngliche Vertragsabschluss, in concreto sogar ein viel höheres; für die Abschätzung und das Eingehen wirtschaftlicher Risiken ist der Gemeinderat zuständig (in diesem Sinne schon das LG Linz im Urteil vom 11. Dezember 2013, 23 Hv 79/13k, S 49 f, Beilage ./9xE, und *Holoubek/Lienbacher/Potacs*, Rechtsgutachten zur gemeindeaufsichtsrechtlichen Beurteilung eines „Swap-Geschäfts“ nach § 78 Abs 1 Z 2 Stadtstatut Linz, Beilage ./6xV).

- 3.1.3.3. Weiters unterliegen nach § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 sonstige Verträge (also nicht nur Darlehensverträge) der Zuständigkeit des Gemeinderats, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000,00 oder das jährliche Entgelt EUR 50.000,00 übersteigt. Art und Inhalt des Vertrages sind dabei irrelevant, maßgebliche Komponente ist einzig das zu entrichtende Entgelt; bei dieser handelt es sich um die vereinbarte Gegenleistung der Stadt Linz, ohne dass dabei Leistung und Gegenleistung saldiert werden dürfen (maßgeblich ist also allein jener Betrag, den die Stadt Linz einmalig oder jährlich zu leisten hat, unabhängig davon, was sie im Gegenzug erhält). Ausgehend von einem Nominale von CHF 195 Mio. (das waren damals rund EUR 120 Mio.) und dem vereinbarten Fixzinssatz von 0,065 % wäre der Stadt Linz im günstigsten Fall aus dem Swap 4175 eine jährliche Zahlungsverpflichtung von CHF 126.750,00 entstanden, was unter Heranziehung des EUR/CHF-Wechselkurs-Standes im Jahr 2007 einen Betrag von rund EUR 75.000,00 jährlich bedeutet hätte. Zudem wäre damit – bezogen auf die Laufzeit von zehn Jahren – jedenfalls auch die Grenze von EUR 100.000,00 überschritten. Ungeachtet dessen ist ohnedies auch von den potentiellen möglichen Verlustrisiken auszugehen, sodass eine Überschreitung der Beitragsgrenze nach § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 jedenfalls vorgelegen ist. Dass die Genehmigungsgrenzen ganz offensichtlich überschritten sind, wird aber auch im Entgelt der Stadt Linz sichtbar, um den Zinsvorteil von 0,065% fix von der beklagten Partei zu erlangen. Die Verpflichtung der Stadt Linz hatte bei Geschäftsabschluss einen Geldwert von rund EUR 50 Mio., sie erhielt dafür ein Gegenwert in Form des Fixzinses mit einem Wert von rund EUR 30 Mio. (jeweils Marktwert, siehe Gerichtsgutachten S 62). Die Stadt Linz gab also eine Leistung hin im Wert von EUR 50 Mio. hin und erhielt dafür EUR 30 Mio. an Gegenwert. Selbst bei einer – für die Genehmigungsgrenzen an sich unzulässigen - saldierten Betrachtung ergibt sich damit ein Preisüberhang von EUR 20 Mio., den die Stadt Linz schon zu Beginn bezahlt hat.
- 3.1.3.4. Auch in der Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass der Abschluss von Finanzgeschäften, wie es der Swap 4175 war, in die ausschließliche Zuständigkeit des Gemeinderats fällt (vgl. *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatgeschäfte, in *Böck u. a.* [Hrsg.], *Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand* 228; ebenso *Prändl*, *Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenze der Gemeindeautonomie*, JRP 2012, 383 f: *„Die Abschlusskompetenz von Swap-Geschäften liegt unstrittig beim Gemeinderat [...] Der Abschluss von Swap-Geschäften bedarf daher zu seiner Wirksamkeit der Beschlussfassung durch den Gemeinderat“*).
- 3.1.3.5. Diesem klaren Ergebnis steht auch nicht die Entscheidung des VwGH zu Ro 2015/09/0014, auf die sich die beklagte Partei beruft, entgegen. Abgesehen davon, dass es dabei nicht um

die Organzuständigkeit des Gemeinderates, sondern ausschließlich um die disziplinarrechtliche Verantwortung des Mag. W. F. gegangen ist, ergibt sich ohnehin im Umkehrschluss aus der Begründung dieser Entscheidung, dass der Verwaltungsgerichtshof tatsächlich von einer Zuständigkeit des Gemeinderats auch nach der Z 9 des § 46 Abs 1 StL 1992 ausgegangen ist. Anders würde nämlich seine rechtliche Beurteilung, wonach Mag. W. F. im strafrechtlichen Sinn das Verkennen der Zuständigkeit nicht vorwerfbar war, keinen Sinn machen. Überdies behandelt das Erkenntnis überhaupt nicht den Kompetenztatbestand des § 46 Abs. 1 Z 12 StL 1992, der zweifelsohne verwirklicht ist. Der Grund liegt offenbar darin, dass der Disziplinarvorwurf diesen Bewilligungstatbestand nicht enthalten hat (Näheres dazu unter Punkt III.3.4.2.5.).

- 3.1.3.6. Der Gemeinderat der Stadt Linz hat sich zu dem am 12. Februar 2007 von Mag. W. F. mündlich abgeschlossenen Swap 4175 keinerlei Willen gebildet, er hat also seine Kompetenz nicht wahrgenommen. Dasselbe gilt hinsichtlich des vom Bürgermeister der Stadt Linz am 26. September 2006 unterschriebenen Rahmenvertrags für Finanztermingeschäfte mit der beklagten Partei. Der Gemeinderat kannte weder die genauen Bedingungen des Geschäftes noch wusste er, dass hinter der Swap-Formel die Verschreibung von 21 Terminoptionen in Form von EUR/CHF-Währungsoptionen (mit exponentiellem Auszahlungsprofil) stand, ja er wusste nicht einmal, dass Mag. W. F. ein derartiges Geschäft abgeschlossen hatte. Mangels Gemeinderatsbeschlusses ist das Swap-Geschäft 4175 unwirksam. Damit verwirklichte sich für die beklagte Partei ein rechtliches Risiko, das sie sehenden Auges eingegangen ist. Sie hat sich zunächst gar nicht für das Vorliegen eines Gemeinderatsbeschlusses interessiert; erst nach Abschluss des Swap 4175 wird bankintern die Frage diskutiert. (Protokoll der Vorstandssitzung vom 17. April 2017, Beilage ./100, E-Mail von H. M. an Mag. H. A. vom 26. April 2007, Beilage ./EE und Antwort Mag. H. A.; Beilage ./FF).
- 3.1.3.7. Der Gemeinderat hat allerdings mehr als zwei Jahre vorher, nämlich am 3. Juni 2004, die Finanz- und Vermögensverwaltung, eine Einrichtung des administrativen Hilfsapparats der Stadt Linz, ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren. Diesen Beschluss lässt sich die beklagte Partei im Übrigen auch erst im August 2010 von der Stadt Linz übermitteln (E-Mail der Stadt Linz vom 5. August 2010, Beilage ./135).
- 3.1.3.8. Mit diesem Beschluss hat der Gemeinderat (entgegen der Rechtsansicht der beklagten Partei; vgl. dazu vorbereitender Schriftsatz der beklagten Partei vom 12. Juli 2013, S 48) aber seine Willensbildungskompetenz zum konkreten Geschäft keineswegs „wahrgenommen“, sondern

vielmehr den administrativen Hilfsapparat ermächtigt, an seiner Stelle den zum Abschluss des Geschäftes notwendigen Geschäftswillen zu bilden. Der Beschluss des Gemeinderats vom 3. Juni 2004 hat also nicht die Entscheidung zu einem konkreten Geschäft beinhaltet, sondern die Weitergabe der Willensbildung vom Gemeinderat an eine andere Einrichtung der Gemeinde bezweckt.

- 3.1.3.9. Wenn die beklagte Partei an der angegebenen Stelle weiters davon spricht, dass die Stadt Linz „[...] durch die Erteilung eines zivilrechtlichen Auftrags und einer zivilrechtlichen Ermächtigung an einen Dritten zur privatwirtschaftlichen Geschäftsführung für die Stadt“ ihre Zuständigkeit zur Willensbildung ausgeübt habe, so verkennt sie, dass mit dieser Entscheidung der Gemeinderat seine Willensbildung zu einem konkreten Finanzgeschäft weder begonnen noch abgeschlossen, sondern diese Willensbildung dem administrativen Hilfsapparat überlassen hat. Das bestätigt sich gerade durch das von der beklagten Partei ausdrücklich angesprochene Institut der zivilrechtlichen Stellvertretung. Bei dieser bildet nämlich – im Gegensatz zur bloßen Botenschaft – nicht der Geschäftsherr, sondern regelmäßig der Vertreter seinen eigenen Willen (vgl. *Geroldinger*, Die Zurechnung Dritter nach § 875 ABGB, JBI 2012, 29 und 94 [96]; *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 26 mwN). Außerdem verbirgt die beklagte Partei den Umstand, dass es sich bei der Finanz- und Vermögensverwaltung bzw. Mag. W. F. nicht um einen mit zivilrechtlicher Vertretungsbefugnis ausgestatteten Dritten handelt, der der Gemeinde als Auftragnehmer gegenübersteht, sondern dass es sich bei der Finanz- und Vermögensverwaltung und Mag. W. F. um eine Einrichtung bzw. ein Mitglied der inneren Organisation der Gemeinde gehandelt hat.

3.1.4. Unzulässigkeit der Übertragung der Willensbildungskompetenz des Gemeinderats auf den administrativen Hilfsapparat oder ihren Leiter

- 3.1.4.1. Nach § 46 Abs 2 StL 1992 kann der Gemeinderat eine in seine Zuständigkeit fallende Angelegenheit (mittels Verordnung) nur dem Stadtsenat, nicht aber anderen Einrichtungen der Stadt übertragen (näher dazu: Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013, Punkt IV.2.3.4 ff, S 67 ff). Hintergrund dieser Einschränkung ist, dass die städtische Willensbildung bei den in § 46 Abs 1 StL 1992 aufgezählten Geschäften auf eine breite demokratische Basis gestellt sein soll. Auch nach § 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992 können sich ausschließlich die monokratischen Organe der Stadtverwaltung durch Angehörige des administrativen Hilfsapparats vertreten lassen. Zusätzlich ordnet § 11 Abs 5 GEOM an, dass sogar eine Vertretung des Bürgermeisters und der übrigen Mitglieder des Stadtsenats (die monokratische Organe der Verwaltung sind) in jenen Geschäftsfällen ausscheidet, die nach dem StL 1992 der kollegialen Beratung und Beschlussfassung (des Gemeinderats oder des Stadtsenats)

vorbehalten sind. Die öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften der Stadt Linz verbieten es also schon generell, die Willensbildung in Geschäftsfällen, in denen ein Kollegialorgan zur Beratung und Beschlussfassung berufen ist, ganz oder teilweise auf Einzelpersonen, insbesondere auf Mitarbeiter des Magistrats, zu übertragen.

3.1.4.2. Der Beschluss des Gemeinderats vom 3. Juni 2004 hat den dargestellten öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften widersprochen, wenn man annimmt, dass er damit der Finanz- und Vermögensverwaltung oder ihrem Dienststellenleiter Mag. W■■■■ F■■■ tatsächlich eine eigene (zumindest partielle) Willensbildungskompetenz einräumen wollte, was durchaus zweifelhaft ist. Entgegen der klaren Anordnung der §§ 38 Abs 3 Satz 2, 46 Abs 2 StL 1992 und § 11 Abs 5 GEOM wurde nicht etwa der Stadtsenat, sondern die Finanz- und Vermögensverwaltung zur Entscheidung über den Abschluss des Finanzgeschäftes ermächtigt. Darüber hinaus wurde der Beschluss nicht in der dafür gesetzlich vorgeschriebenen Form kundgemacht (zur Unbeachtlichkeit des Beschlusses auch aus formeller Sicht: Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013, Punkt III.2.2.2 ff, S 63 ff). Der Beschluss des Gemeinderats vom 3. Juni 2004 war daher - wenn man ihn als eine Art Generalvollmacht versteht - nicht nur rechtswidrig, sondern auch formwidrig. Er konnte als Grundlage für eine Vertretungsbefugnis der Finanz- und Vermögensverwaltung oder des Mag. W■■■■ F■■■ ebenso wenig dienen wie als Basis für eine Umsetzungshandlung des Bürgermeisters nach § 22 Abs 1 StL 1992.

3.1.4.3. Zwar ist es nach der hM (*Tunhart*, Rechtsgeschäftliche Vertretungswillen im Gemeinderecht [2000], S 122 ff) durchaus erlaubt, dass der Gemeinderat nach Abschluss seiner Willensbildung dem vollziehenden Organ einen gewissen Handlungsspielraum einräumt. Das ist aber nur dann möglich und zulässig, wenn der vom Gemeinderat gebildete Wille schon so konkret ist, dass die Grenzen des Vollzuges fest umrissen sind. Das ist nach der Beschlussfassung des Gemeinderats vom 3. Juni 2004 nicht der Fall gewesen. Zwar hat der Gemeinderat vor dem Hintergrund des Effizienzprinzips (§ 119a B-VG bzw. § 57 StL 1992) klargemacht, dass es sich nur um Geschäfte handeln sollte, die marktüblich und aus Sicht der Gemeinde optimierend waren; weitere Festlegungen hat er allerdings nicht getroffen, sodass der Finanz- und Vermögensverwaltung unzulässigerweise noch ein zu weiter Spielraum blieb, einen eigenen Geschäftswillen zu bilden und zu erklären.

3.1.5. Keine organschaftliche Vertretung vor dem Hintergrund öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften

- 3.1.5.1. Wie die beklagte Partei selbst feststellt (Vorbereitender Schriftsatz der beklagten Partei vom 12. Juli 2013, S 61 f) kommt die Deutung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 als organisationsrechtliche Übertragung der Zuständigkeit des Gemeinderats auf die Finanz- und Vermögensverwaltung, was den Abschluss von Finanzgeschäften betrifft, nicht in Betracht. Eine solche Übertragung der Zuständigkeit müsste in der Form einer Rechtsverordnung erfolgen und hätte daher im Sinne des Legalitätsprinzips eine gesetzliche Grundlage haben müssen, was nicht der Fall war. Außerdem fehlte dem Beschluss die Form (Verordnung) und die ordnungsgemäße Kundmachung (Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013, Punkt IV.2.2.1 ff, S 64 ff).
- 3.1.5.2. Allerdings hält die beklagte Partei trotz der sich daraus ergebenden Schlussfolgerung, der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 könne schon deshalb keine taugliche Grundlage für eine (öffentlich-rechtliche) Vertretungsbefugnis des Mag. W■■■■ F■■■■ bilden, daran fest, Mag. W■■■■ F■■■■ sei auch organisationsrechtlich vertretungsbefugt gewesen. Sie begründet das damit, dass es sich bei diesem Beschluss gar nicht um eine Delegation, also um eine objektiv-abstrakte Einräumung der Willensbildungskompetenz an ein anderes Organ, sondern um etwas Anderes (um was auch immer) gehandelt habe. Deshalb seien die durch § 46 Abs 2 StL 1992 gezogenen Grenzen für die Zulässigkeit der Delegation unbeachtlich. Es fehle – so die beklagte Partei – schon an der dem gesetzlichen Typus der Delegation innewohnenden Endgültigkeit der Übertragung der Kompetenz, außerdem würden die engen Grenzen der Delegation nur für die Hoheitsverwaltung gelten.
- 3.1.5.3. Der damit unternommene Versuch der Immunisierung des Gemeinderatsbeschlusses ist allerdings schon von der Begründung her verfehlt. Es bedarf keineswegs der Endgültigkeit der Aufgabe der Kompetenz, um von einer Delegation im Rechtssinn zu sprechen. Das zeigt schon der in der E 2 Ob 235/05f beschriebene Fall der Delegation, bei dem der Bundesminister jederzeit in der Lage war, die Kompetenzübertragung rückgängig zu machen. Aber auch § 46 Abs 2 StL 1992 zeigt, dass damit keineswegs die endgültige Aufgabe der Kompetenz gemeint ist, sondern dass sich die Übertragung immer nur auf einen konkreten Geschäftsfall bezieht. Der Gemeinderat ist überdies jederzeit berechtigt (durch Beschluss), den Geschäftsfall wieder an sich zu ziehen (so allgemein zum Kommunalrecht: *Steiner in Pabel*, Das Österreichische Gemeinderecht, 9. Teil, Rz 34). Auch die Behauptung, die Delegation betreffe ausschließlich die Hoheitsverwaltung, widerlegt sich schon allein durch einen Blick auf die in § 46 Abs 1 StL 1992 aufgezählten Fälle, bei denen es ausschließlich um Maßnahmen der Privatwirtschaftsverwaltung geht.

3.1.5.4. Die Annahme, der Gemeinderat habe mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 in Form einer Weisung Mag. W■■■■ F■■■■ konkret zum Abschluss von Finanzgeschäften, wie es der Swap 4175 gewesen ist, ermächtigt („*Approbationsbefugnis*“), scheitert daran, dass eine solche öffentlich-rechtliche Beauftragung eines anderen Organs der Gemeinde voraussetzt, dass der Angewiesene zu diesem Zeitpunkt bereits über eine entsprechende – öffentlich-rechtliche – Befugnis verfügt hat (allein die Weisung ist nicht in der Lage, eine derartige Zuständigkeit, sollte sie noch nicht gegeben sein, selbständig zu schaffen); eine solche Kompetenz besaß weder die Finanz- und Vermögensverwaltung noch Mag. W■■■■ F■■■■ (zur näheren Begründung: Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013, Punkt IV.2.3.3 ff, S 67 ff). Außerdem stehen der Annahme einer allgemeinen gesetzlichen Ermächtigung zur Erteilung von Approbationsbefugnissen und damit zur Verschiebung der Willensbildungskompetenz von einem demokratischen Organ auf ein Mitglied des administrativen Hilfsapparats die bereits angeführten §§ 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992 und § 11 Abs 5 GEOM entgegen (zur näheren Begründung: Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013, Punkt IV.2.3.4 ff, S 67 ff). Die damit gesetzwidrige Weisung des Gemeinderats konnte keine Zuständigkeit schaffen.

3.1.5.5. Selbst, wenn man im Abschluss des Rahmenvertrages und in der Unterfertigung des Unterschriftenverzeichnisses durch den Bürgermeister einen Teilschritt zur Aktivierung der Kompetenz des Mag. W■■■■ F■■■■ sehen würde, wäre Mag. W■■■■ F■■■■ durch die „*Weisung*“ des Gemeinderats nicht zuständig geworden. Wie gesagt, setzt die Umsetzung einer Weisung die a priori bestehende Befugnis des Angewiesenen zur Umsetzung der Weisung voraus. Akte der Privatwirtschaftsverwaltung, wie der Abschluss von Verträgen, beinhalten zwei Komponenten, nämlich die interne Willensbildung und die Außenvertretung. Die Willensbildung, ein bestimmtes Geschäft abzuschließen, erfolgt nach § 46 Abs 1 StL 1992 durch den Beschluss des Gemeinderates als Kollegialorgan, die Abgabe der Willenserklärung und damit die Effektivierung des Willens, erfolgt nach § 49 Abs 1 StL 1992 durch den Bürgermeister. Der Bürgermeister konnte also mit dem Abschluss des Rahmenvertrages und der Unterfertigung des Unterschriftenverzeichnisses der Finanz- und Vermögensverwaltung in diesem Sinn also nur die Willensbetätigungskompetenz, niemals aber die Willensbildungskompetenz verschaffen, womit auch dieser Deutungsversuch nicht in Betracht kommt.

3.1.6. Keine Vertretungsbefugnis durch zivilrechtliche Bevollmächtigung

3.1.6.1. Die beklagte Partei legt das Hauptgewicht ihrer Argumentation, wonach Mag. W■■■■ F■■■■ die Befugnis hatte, die Stadt Linz beim Abschluss des Swap 4175 zu vertreten, auf eine dahingehende zivilrechtliche Bevollmächtigung (Vorbereitender Schriftsatz der beklagten

Partei vom 12. Juli 2014, S 44 ff). Sie sieht die Erteilung der zivilrechtlichen Vollmacht an Mag. W■■■■ F■■■■ primär im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004. Dabei habe sich der Gemeinderat des auch juristischen Personen des öffentlichen Rechts offenstehenden Wahlrechts zwischen den Handlungsformen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts bedient und sich eben für das Zivilrecht entschieden. Auch dem Gemeinderat stünden alle Handlungsformen offen, die jedem Privatrechtssubjekt zur Verfügung stünden. Der Stadt Linz dieses Wahlrecht zu entziehen und ihr die zivilrechtlichen Handlungsformen der Ermächtigung, der Beauftragung und der Bevollmächtigung zu versagen, würde eine unzulässige Einschränkung der gemeinderechtlichen Privatautonomie bedeuten.

- 3.1.6.2. Diese Argumentation der beklagten Partei beruht, wenn man sie genauer betrachtet, auf einem Vertauschen des Subjekts der Privatautonomie: Die öffentlich-rechtliche Körperschaft, im Konkreten also die Gemeinde, kann sich der privatrechtlichen Gestaltungs- und Handlungsformen bedienen. Das heißt aber keineswegs, dass das die einzelnen Organe einer Gemeinde können. Ganz im Gegenteil, keines dieser Organe ist für sich rechtsfähig. Zum Teil können sie privatrechtlich, wie etwa der Gemeinderat, ihren Willen nach außen nicht einmal äußern.
- 3.1.6.3. Wenn also die beklagte Partei wiederholt davon spricht, dass der Gemeinderat ein Wahlrecht zwischen den Handlungsformen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts habe, oder wenn sie erklärt, dass dem Gemeinderat alle Handlungsformen des Privatrechts offen stünden, so ist das schlicht falsch. Der Gemeinderat oder andere Organe einer Gemeinde besitzen keine Rechtspersönlichkeit, haben also – als Organe – auch keine Möglichkeit, in privatrechtlichen Handlungsformen zu handeln. Demgemäß konnte der Gemeinderat in Ermangelung eigener Rechtspersönlichkeit mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 Mag. W■■■■ F■■■■ gar keine Vollmacht erteilen.
- 3.1.6.4. Selbst wenn man annimmt, dass die Erteilung privatrechtlicher Vollmachten in Ermangelung einer ausdrücklich darauf bezogenen Regelung im StL 1992 nach dem Annexprinzip in den Kompetenzbereich jenes Organs fällt, das für das von der Vollmacht umfasste Rechtsgeschäft an sich zuständig wäre, bleibt der Gemeinderat in dieser Beziehung auf die Befugnis zur internen Willensbildung beschränkt (vgl. Punkt III.3.1.2.1. und Punkt III.3.1.5.5.). Die Erteilung einer zivilrechtlichen Vollmacht an einen Dritten iSd §§ 1002 ff ABGB bedarf aber nicht nur der Willensbildung, sondern sie setzt darüber hinaus die Abgabe einer zugangsbedürftigen Willenserklärung voraus. Die rudimentäre Publizität des Gemeinderatsbeschlusses durch Wiedergabe des Sitzungsprotokolls im Amtsblatt der Landeshauptstadt Linz konnte diese nach außen zum Ausdruck kommende Willensbetätigung nicht ersetzen. Mit dem

Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 war also eine zivilrechtliche Bevollmächtigung des Mag. W■■■■ F■■■ nicht verbunden.

- 3.1.6.5. Die Erteilung einer Vollmacht durch eine juristische Person öffentlichen Rechts bewirkt, dass nicht die nach dem Organisationsrecht zuständigen Organe (bzw. deren Organwalter als physische Personen), sondern Dritte den städtischen Willen bilden (siehe Punkt III.3.1.3.9. mwN zur Verschiebung der Willensbildung vom Vertretenen auf den Vertreter). Bei dem danach zur Willensbildung berufenen Vertreter kann es sich damit aber nur um einen außerhalb der Organisationsstruktur der juristischen Person des öffentlichen Rechts stehenden Dritten handeln.
- 3.1.6.6. Soweit nämlich dann ein an sich unzuständiges Organ der juristischen Person als deren Vertreter tätig werden soll, verbietet sich die damit bewirkte Übertragung der Willensbildungskompetenz schon aus grundsätzlichen Überlegungen: Schon einleitend (Punkt III.3.1.2.5. mwN) wurde darauf hingewiesen, dass Gemeinden, auch wenn sie sich der Gestaltungsformen des Privatrechts bedienen, die öffentlich-rechtlichen Kompetenz- und Organisationsvorschriften zu beachten haben. Verlangen diese bei einer Gemeinde für die Übertragung gesetzlich vorgegebener Kompetenzen von einem Organ auf ein anderes eine gesetzliche Ermächtigung und die Einhaltung bestimmter Formen, so können derartige Organisationsvorschriften nicht im Wege einer zivilrechtlichen Vollmacht innerhalb der juristischen Person umgangen werden. Eine solche Umgehung läge aber in der durch privatrechtliche Vollmacht erfolgenden Übertragung der Willensbildungskompetenz des Gemeinderats beim Abschluss der in § 46 Abs 1 StL 1992 aufgezählten Geschäfte auf den administrativen Hilfsapparat bzw. dessen Leiter (zur Unzulässigkeit einer derartigen Umgehung: Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013, Punkt IV.2.4.5 ff, S 73 ff). Zusätzlich verstieße eine derartige Übertragung in concreto im Hinblick auf das in § 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992 und § 11 Abs 5 GEOM verankerte Verbot der Verschiebung der Willensbildungskompetenz von einem demokratischen Organ (Gemeinderat) auf ein Mitglied des administrativen Hilfsapparats.
- 3.1.6.7. Mag. W■■■■ F■■■ wurde, als er den Swap 4175 abschloss, auch gar nicht als ein außerhalb der Gemeinde stehender Dritter, sondern er wurde als Beamter der Stadt Linz tätig. Die sich auch sonst verbietende Deutung, beim Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 habe es sich, gegebenenfalls im Zusammenhang mit dem Abschluss des Rahmenvertrages und der Fertigung des Unterschriftenverzeichnisses durch den Bürgermeister der Stadt Linz, um eine privatrechtliche Bevollmächtigung gehandelt, hätte demnach also zu einer bloß internen Verschiebung der zwingenden organisationsrechtlichen Zuständigkeiten innerhalb der Stadt

Linz geführt. Das widerspricht dem Grundsatz, dass zwingende öffentlich-rechtliche Organisationsvorschriften nicht durch zivilrechtliche Vereinbarungen beseitigt oder umgangen werden können. Eine derartige Vollmacht wäre gesetzwidrig und damit im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB unwirksam. Mag. W. F. konnte dadurch, abgesehen davon, dass sie sich nicht an ihn, sondern an eine nicht rechtsfähige Einrichtung des administrativen Hilfsapparats gerichtet hat (Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013, Punkt IV.2.4.14, S 75 f), keine Vertretungsmacht zum Abschluss des Swap 4175 erhalten.

3.1.6.8. Selbst, wenn man annimmt, der Bürgermeister habe mit der Unterfertigung des Rahmenvertrages am 26. September 2006 oder mit der Unterzeichnung des Unterschriftenverzeichnisses am 13. September 2006 Mag. W. F. und Dr. C. S. in Vertretung der Stadt Linz eine zivilrechtliche Vollmacht erteilt, konnte er diesen beiden Personen keine Vertretungsmacht verschaffen: Der Bürgermeister besaß als Organ der Stadt eben keine Zuständigkeit, über den Abschluss des Swap 4175 zu entscheiden. Bei den in § 46 Abs 1 StL 1992 aufgezählten Geschäften bestand seine Aufgabe ausschließlich darin, einen vom Gemeinderat gebildeten Willen nach § 22 Abs 1 StL 1992 umzusetzen. Mangels eigener Zuständigkeit zur Willensbildung konnte er daher eine solche auch Mag. W. F. oder Dr. C. S. nicht übertragen. Mangels eigener Zuständigkeit wäre eine darauf gestützte Bevollmächtigung nach § 867 ABGB unwirksam.

3.1.6.9. Aber auch mit der Annahme, der Bürgermeister der Stadt Linz habe damit nur den Willen des Gemeinderats umgesetzt, der mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 die Willensbildungskompetenz zum Abschluss von Finanzgeschäften auf die Finanz- und Vermögensverwaltung hatte übertragen wollen, konnte Mag. W. F. keine Vertretungsmacht erhalten. Die damit verbundene Deutung des Beschlusses in Richtung einer Generalvollmacht der Finanz- und Vermögensverwaltung zum Abschluss von Finanzgeschäften wäre, wie oben gezeigt, rechtswidrig und damit unwirksam. Die Umsetzung eines unwirksamen Beschlusses durch den Bürgermeister scheidet dann an § 867 ABGB.

3.1.7. Keine Vertretungsbefugnis des Mag. W. F. kraft Rechtsscheins

3.1.7.1. Der Gemeinderat der Stadt Linz hat weder am 3. Juni 2004 noch zu einem anderen Zeitpunkt den konkreten Willen zum Abschluss des Swap 4175 gefasst. Wie oben gezeigt, wäre allerdings eine derartige Willensbildung durch den Gemeinderat selbst notwendig gewesen, um den Swap 4175 wirksam zustande kommen zu lassen. Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 stellt demgegenüber lediglich eine Art Generalvollmacht zum Abschluss von Finanzgeschäften für die Finanz- und Vermögensverwaltung dar und ist damit keine eigene Willensbildung des Gemeinderats zum konkreten Geschäft, sondern die – den öffentlich-

rechtlichen Organisationsvorschriften widersprechende – Übertragung der Willensbildungskompetenz auf ein anderes Organ.

- 3.1.7.2. Dessen ungeachtet beruft sich die beklagte Partei darauf, dass im gegenständlichen Fall auch dann, wenn Mag. W■■■■ F■■■ keine Vertretungsmacht hatte, die Regeln über die Anscheinsvollmacht eingreifen würden. Den Anschein einer Vollmacht des Mag. W■■■■ F■■■ habe der Gemeinderat mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 dadurch geschaffen, dass er die Finanz- und Vermögensverwaltung damit beauftragt hat, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz durch marktübliche Geschäfte zu optimieren.
- 3.1.7.3. Die beklagte Partei verkennt dabei aber, dass es im Zusammenhang mit den öffentlich-rechtlich angeordneten Zuständigkeitsvorschriften zur Ausübung der Willensbildungskompetenz nicht um den Anschein geht, ob ein anderes Organ der Gemeinde mit der Willensbildung beauftragt (bevollmächtigt) wurde, sondern darum, ob das zuständige Organ den Anschein erweckt hat, es habe von seiner Willensbildungskompetenz selbst Gebrauch gemacht. Die Willensbildung im Gemeinderat zielt nämlich bei den in § 46 Abs 1 StL 1992 aufgezählten Geschäften auf das fragliche Geschäft selbst und nicht bloß auf die Bevollmächtigung eines anderen Organs. Fehlt die erforderliche Willensbildung im Gemeinderat, kommt ein Schutz des Dritten nur dann in Betracht, wenn zumindest der Anschein besteht, es habe den erforderlichen Gemeinderatsbeschluss gegeben. Es geht also, kurzgefasst, nicht um eine Anscheinsvollmacht im technischen Sinn, sondern um eine Anscheinswillensbildung aufseiten des Gemeinderats (dass es um die Anscheinswillensbildung des Gemeinderats geht: 4 Ob 26/01d; 2 Ob 173/12y; 3 Ob 57/15a).
- 3.1.7.4. Vor diesem Hintergrund konnte der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 höchstens den Anschein erzeugen, der Gemeinderat der Stadt Linz habe seine (alleinige) Zuständigkeit zum Abschluss von Finanzgeschäften auf eine andere Organisationseinheit der Stadt Linz übertragen. Der Anschein, der Gemeinderat der Stadt Linz habe damit selbst bereits über den Swap 4175 entschieden, kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der Abschluss des Geschäftes erst zwei Jahre später erfolgt ist und sich der Gemeinderat bei der Beschlussfassung am 3. Juni 2014 über das konkrete Geschäft weder einen Willen gebildet hat noch einen Willen bilden konnte.
- 3.1.7.5. Soweit die Anscheinswillensbildung aufseiten des Gemeinderats überhaupt den Regeln der Anscheinsvollmacht unterworfen werden kann, sind zumindest die drei unabdingbaren Voraussetzungen für die Annahme einer Anscheinsvollmacht zu beachten, und zwar das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes, die zurechenbare Verursachung dieses Anscheins

durch den Vertretenen und das gutgläubige Vertrauen auf den Anschein durch den Dritten (*P. Bydlinsky*, KBB⁴ § 1029 Rz 6). Alle diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

- 3.1.7.6. § 46 Abs 2 StL 1992 lässt bei Angelegenheiten, die dem Gemeinderat vorbehalten sind, eine Übertragung der Willensbildungskompetenz nur an den Stadtsenat zu. Setzt der Gesetzgeber – in Form einer positiven Publizität – die Zuständigkeit des Gemeinderats zur Beschlussfassung als bekannt voraus, so schützt er ausschließlich das Vertrauen darauf, der Gemeinderat selbst habe das Geschäft beschlossen oder zumindest positiv seinen Willen in dieser Richtung gesetzt.
- 3.1.7.7. Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 konnte bei der beklagten Partei also höchstens den Anschein der Bevollmächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung erzeugt haben, an die die Übertragung der Willensbildungskompetenz nicht zulässig war. Das Vertrauen auf die Zuständigkeit eines nach dem Gesetz unzuständigen Organs ist aber nach § 867 ABGB nicht geschützt, weil sich jeder Dritte mit der gesetzlichen Kompetenzordnung auseinandersetzen muss (8 Ob 201/97k; 6 Ob 102/11k). Jedenfalls aber kann der Anschein der Zuständigkeit eines gesetzlich unzuständigen Organs keine wirksame Vertretungsmacht verschaffen, da ansonsten der vom Gesetzgeber verpönte Effekt eintreten würde.
- 3.1.7.8. Selbst, wenn man in der Unterfertigung des Unterschriftenverzeichnisses durch den Bürgermeister der Stadt Linz den Anschein einer Vollmachtserteilung an Mag. W■■■■ F■■■ sehen würde, so wäre dieser Anschein nur vom Bürgermeister, nicht aber vom Gemeinderat gesetzt worden. Der Anschein der Willensbildung des Gemeinderats ist aber nur dann beachtlich, wenn er vom Gemeinderat selbst gesetzt worden ist und nicht von einem Dritten (z.B. 4 Ob 26/01d; 10 Ob 42/07k; zuletzt 3 Ob 57/15a).
- 3.1.7.9. Letztlich hat es an einem schutzwürdigen Vertrauen der beklagten Partei deshalb gefehlt, weil sie das Geschäft ohne Wissen um den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 abgeschlossen hat. Die Beweisergebnisse haben nämlich gezeigt, dass sich die beklagte Partei frühestens im Jahr 2010 überhaupt für das Vorliegen eines Beschlusses des Gemeinderats bzw. seinen Inhalt interessiert hat (näher dazu: Vorbereitender Schriftsatz der Stadt Linz vom 12. Juli 2013, Punkt II.5.4.2. ff, S 60 ff, und Punkt II.6.11.1., S 86).
- 3.1.7.10. Mag. W■■■■ F■■■ hatte also auch kraft Rechtscheins keine Vertretungsmacht und konnte daher mit dem Abschluss des Swap 4175 die Stadt Linz nicht rechtsgeschäftlich verpflichten.
- 3.1.8. Keine Vertretungsmacht des Mag. W■■■■ F■■■ wegen der Verletzung von Formvorschriften

- 3.1.8.1. § 867 ABGB verpflichtet den Vertragspartner der Gemeinde dazu, sich mit deren Organisationsrecht auseinanderzusetzen. Im konkreten Fall war das die Willensbildung des Gemeinderats bei Abschluss des Swap 4175. Aufgabe des Bürgermeisters der Stadt Linz wäre es in einem derartigen Fall nur mehr gewesen, einen solchen Willen des Gemeinderats umzusetzen.
- 3.1.8.2. Ausdruck dessen, dass der Bürgermeister der Stadt lediglich den Willen des Gemeinderats bei den in § 46 Abs 1 StL 1992 aufgezählten Geschäften umsetzt, ist § 66 StL 1992. Nach dessen ersten Absatz sind Urkunden über Rechtsgeschäfte, die der Beschlussfassung des Gemeinderats oder des Stadtsenats bedürfen, vom Bürgermeister zu unterfertigen und mit dem Stadtsiegel zu versehen.
- 3.1.8.3. Wie die Stadt Linz bereits im Aufgetragenen Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt III.1.2.3., S 31 f) aufgezeigt hat, handelt es sich bei dieser Bestimmung nicht nur um eine Formvorschrift, sondern um ein Gültigkeitserfordernis. Da diesem Gültigkeitserfordernis beim Abschluss des Swap 4175 nicht entsprochen wurde, ist das Geschäft auch aus diesem Grunde nicht wirksam zustande gekommen.
- 3.2. **Mag. W■■■■ F■■■ besaß (auch) keine Vertretungsbefugnis wegen Überschreitung der im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 enthaltenen Ermächtigung**
- 3.2.1. Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses
- 3.2.1.1. Mit Beschluss vom 3. Juni 2004 hat der Gemeinderat der Stadt Linz die Finanz- und Vermögensverwaltung ermächtigt, „das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren“. Unabhängig von den kommunalrechtlichen Schranken wie dem Verbot der formalgesetzlichen Delegation (Punkt III.3.1.) oder der fehlenden Zustimmung der Aufsichtsbehörde (Punkt III.3.4.) konnte Mag. W■■■■ F■■■ damit auch solche Geschäfte (mangels Deckung durch die Ermächtigung des Gemeinderats) nicht wirksam abschließen, deren Inhalt den vom Gemeinderat aufgestellten Kriterien widersprachen.
- 3.2.1.2. Beim Gemeinderatsbeschluss hat es sich nicht bloß um eine interne Handlungsanweisung, sondern um die nach außen wirkende Umschreibung der möglichen Vertretungsmacht des Mag. W■■■■ F■■■ gehandelt (HG Wien, Protokoll der Streitverhandlung vom 9. Dezember 2016, S 1 f). Der Beschluss ist vor dem Hintergrund des zum Vertragsabschluss gültigen und

der beklagten Partei auch leicht zugänglichen StL 1992 und den sich daraus ergebenden rechtlichen Rahmenbedingungen, Verpflichtungen und Spielräumen auszulegen. Auch wenn es damit auf die kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen ankommt, sind diese nur nach objektiven Kriterien auszulegen. Subjektive Vorstellungen der Gemeinde, einzelner für die Gemeinde handelnde Personen und auch subjektive Vorstellungen der beklagten Partei sind dabei irrelevant (die Stadt Linz hat dazu bereits im vorbereitenden Schriftsatz vom 12. Juli 2013 [Punkt II.3., S 30 ff, und Punkt II.4., S 33 ff] Stellung genommen).

- 3.2.1.3. Daraus folgt, dass die beklagte Partei sowie jeder außenstehende Dritte davon auszugehen hatte, dass der Gemeinderat bei seiner Beschlussfassung die Verpflichtung der Verwaltung vor Augen hatte, das Vermögen der Stadt Linz möglichst ohne Substanzbeeinträchtigung zu erhalten, es wirtschaftlich zu verwalten und daraus den größten dauernden Nutzen zu ziehen (§ 57 StL 1992). Beim Abschluss eines Finanzgeschäftes musste also – um der Vorgabe der „Optimierungseignung“ zu entsprechen – sowohl der mögliche Ertrag aus dem Geschäft (also die Verringerung der Zahllast aus dem bestehenden Fremdfinanzierungsportfolio) als auch die damit übernommenen Risiken, die mit einem derartigen Geschäft verbunden sind, in einem Verhältnis stehen, wie sie ein risikoaverser Investor, wie es eine Kommune ist, üblicherweise einzugehen bereit ist.
- 3.2.1.4. Die Grenze der Auslegung bildet dabei jedenfalls das bankfachliche bzw. finanzmathematische Begriffsverständnis: Ein Geschäft, welches nicht einmal zwischen Banken als optimierend anzusehen wäre, kann dieser Vorgabe umso weniger genügen, wenn daran eine Kommune beteiligt ist.
- 3.2.1.5. Außerdem entsprach der Swap 4175 auch nicht dem weiteren Kriterium. Er war nämlich nicht marktüblich. Die Stadt Linz hat sich dazu ausführlich im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt III.1.3.) geäußert.

3.2.2. Die Auslegung des Begriffes der Optimierungseignung

- 3.2.2.1. Um also von einem optimierenden Geschäft der Stadt Linz unter kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen im Zusammenhang mit einem Fremdfinanzierungsportfolio sprechen zu können, musste dieses jedenfalls ex ante geeignet sein, die Zahllast aus der CHF-Anleihe zu reduzieren. Aber auch die Reduzierung der Zahllast durfte nicht durch die Übernahme eines exorbitanten Risikos erkaufte werden (Beschluss des HG Wien vom 7. Juni 2017: „*Der Begriff der Optimierung ist dahingehend zu verstehen, dass durch die Übernahme eines kontrollierbaren Risikos die Zahllast aus der CHF-Anleihe reduziert werden sollte.*“).

Maßgeblich ist ein vernünftiges Verhältnis zwischen den erwartbaren Vorteilen aus der Senkung der Zahllast und der Höhe des damit eingekauften Risikos (bzw. besser gesagt, der Wahrscheinlichkeit, mit der beides sich verwirklichen würde).

- 3.2.2.2. Demnach war weder ein risikoloses Wirtschaften ohne jeglichen Ertrag vom Begriff der Optimierung gedeckt noch ein auf die Ertragsmaximierung abstellendes hochriskantes Agieren (selbstverständlich ebenfalls nicht optimierend ist, ohne dass das HG Wien dies in seinem Beschluss vom 7. Juni 2017 ausdrücklich erwähnt hätte, ein hochriskantes Agieren, das nicht einmal einen Ertrag bringt). Nur wenn feststeht, dass ein Geschäft überhaupt geeignet ist, einen angemessenen Ertrag zu liefern, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das dafür in Kauf genommene Risiko unter kommunalrechtlichen Gesichtspunkten noch zulässig ist. Das ist es nicht, wenn das übernommene Risiko entweder unkontrollierbar ist, oder wenn es geeignet ist, die Leistungsfähigkeit der Kommune nachhaltig zu gefährden (Beschluss des HG Wien vom 7. Juni 2017, S 4 f).
- 3.2.2.3. Auch die Musterdienstanweisung des Deutschen Städtetages für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement (Beilage ./8xD; Beilage ./362) stellt eine naheliegende Auslegungshilfe dafür dar, welche Geschäfte das Portfolio einer Gemeinde optimieren und welche nicht (Beschluss des HG Wien vom 7. Juni 2017, S 8). Danach begründet sich *„[d]er Einsatz von Finanzderivaten im Zins- und Schuldenmanagement [...] aus der Verpflichtung zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit“* (Beschluss des HG Wien vom 7. Juni 2017, S 5). Von einem Optimierungsgeschäft ist daher nur dann auszugehen, wenn angesichts des mit dem Geschäft erzielbaren Ertrags *„das bisherige Risiko limitiert erhöht wird“* (Beschluss des HG Wien vom 7. Juni 2017, S 4). Auch wenn diese Musterdienstanweisung erst (kurz) nach dem Abschluss des Swap 4175 herausgegeben wurde, brachte sie nichts konstitutiv Neues, sondern fasste nur die naturgemäß schon vorher für eine Kommune geltenden Grundsätze in schriftlicher Form zusammen.
- 3.2.2.4. Selbst die beklagte Partei, deren Sichtweise zwangsläufig bankengeprägt ist, verwendet den gleichen Begriff der Optimierung: *„Richtigerweise haben [...] die Sachverständigen in ihrem Gutachten den Begriff nach Markowitz für diese Beurteilung herangezogen. Nach Markowitz wird – rein objektiv – ausschließlich auf zwei Kriterien abgestellt, nämlich die Verbesserung der Ertrags- bzw. Kostensituation (d.h. Erhöhung von Erträgen oder Verringerung von Kosten) auf der einen Seite und die Veränderung der Risikostruktur auf der anderen Seite“* (Äußerung der beklagten Partei vom 18. Mai 2017, S 5).

3.2.2.5. Eine Erweiterung dieser (verfassungs-)gesetzlichen Grenzen der Vermögensgebarung der Stadt Linz sollte durch den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 nicht bewirkt werden. Vielmehr ist der Gemeinderatsbeschluss als normativer Rechtsakt nach objektiven Kriterien auszulegen und die vom Gemeinderat eingeräumte Handlungsbefugnis daher auch innerhalb der gesetzlichen Vorgaben einschränkend zu interpretieren. Eine Auslegung des Beschlusses anhand des subjektiven Empfängerhorizonts der beklagten Partei verbietet sich demgegenüber; vielmehr ist bei der Interpretation zu berücksichtigen, dass entsprechend dem mit der Beschlussfassung verfolgten Zweck der Verwaltung beim Vollzug enge Grenzen gesetzt werden sollten. Dies schließt ein Verständnis aus, wonach der Gemeinderat den Abschluss von Spekulationsgeschäften gebilligt habe, die auch die Übernahme existenzbedrohender unlimitierter Risiken beinhalten. Dass das nicht beabsichtigt wurde, hat der Gemeinderat auch in seinem Beschluss vom 7. April 2011 (Beilage /150) nochmals klargestellt.

3.2.3. Der Swap 4175 war nach objektiven Kriterien ex ante nicht optimierend, weil er keine Verringerung der Zahllast erwarten ließ

3.2.3.1. Nach der Korrektur des ursprünglich fehlerhaften Gerichtsgutachtens am 26. Oktober 2016 (Ergänzung zum Gutachten Prof. Dr. Thorsten Schmidt, Prof. Dr. Uwe Wystup vom 26. Oktober 2016; „*Korrigiertes Gerichtsgutachten*“) verbesserte sich der Mittelwert der Zahlungen (die Zahllast der Stadt Linz sank also durch den Swap 4175) im Schnitt von EUR 107 Mio. auf EUR 91 Mio. (Korrigiertes Gerichtsgutachten S 14, das fehlerhafte erste Gerichtsgutachten hatte eine noch um 25 % höhere Verringerung der Zahllast errechnet). Das bedeutete, dass die Stadt Linz ex ante (jedoch ohne Berücksichtigung einer laut Gerichtsgutachter notwendigen Stop Loss-Strategie) erwarten konnte, dass ihr die CHF-Anleihe mit Swap 4175 rund EUR 16 Mio. weniger kosten würde als hätte sie ein Portfolio allein mit der CHF-Anleihe gehabt. Erkauft wurde dieser (überschaubare) Vorteil laut der Berechnung der Gutachter aber mit einer massiven Risikoerhöhung (nach der Berechnung der Gutachter musste die Stadt Linz mit einer Zahlungsbelastung bis zu EUR 223 Mio. rechnen, also in etwa dem doppelten der Zahlungspflicht aus der ursprünglichen CHF-Anleihe [Korrigiertes Gerichtsgutachten, S 12]) und mussten auch Marktwertschwankungen von über EUR 100 Mio. (vgl. Gerichtsgutachten, S 58) an einem Tag in Kauf genommen werden.

3.2.3.2. Beseitigt man die weiteren den Gutachtern unterlaufenen Programmier-, Rechen- und Modellfehler, konnte die Stadt Linz (selbst nach dem historisch-statistischen Modell der Gutachter) ex ante überhaupt nicht mehr mit einer Verringerung der Zahllast aus der CHF-Anleihe durch den Swap 4175 rechnen (Gutachten Sachsen Asset Management GmbH vom

7. Oktober 2016, Beilage .J9xO; und Gutachten Sachsen Asset Management GmbH vom 7. Dezember 2016, Beilage .J9xS; „SAM-Gutachten“). Tatsächlich musste die Stadt Linz am Ende des Tages sogar erwarten, dass sich durch das Hinzufügen des Swap 4175 zum Fremdfinanzierungsportfolio die Zahllast sogar um EUR 43 Mio. (verwendet man eine Datenhistorie von 15 Jahren für die Berechnung) bzw. EUR 18 Mio. (berücksichtigt man im historisch-statistischen Modell die Markterwartung) erhöhen würde. Bei einer Datenhistorie von zehn Jahren zeigt die Berechnung, dass sich die Zahllast im Portfolio mit Swap 4175 um höchstens EUR 1 Mio. senkt.

3.2.3.3. Wie dringend notwendig die Verlängerung der Datenhistorie zumindest über die Zeitdauer des Swap von zehn Jahren bei allen dabei möglicherweise auftretenden Schwierigkeiten ist, zeigt die berechtigte Kritik der vom Gericht bestellten Gutachter an M. W., einem Privatgutachter der beklagten Partei. Dieser hatte nach Meinung der Gutachter das vom Swap 4175 ausgehende Risiko deshalb massiv unterschätzt, weil er eine Datenhistorie von bloß neun Jahren verwendet und auf die Berücksichtigung von Zukunftserwartungen verzichtet hatte. Ihre Kritik fiel äußerst harsch aus: *„Die alleinige Konzentration auf den Verlauf des EUR/CHF-Wechselkurses von Beginn der Währungsunion an bis zum Jahr 2007 gibt keinen ausreichend verlässlichen Blick auf das tatsächlich dem Swap anhaftende Risiko. Hier müssen langfristige Betrachtungen benutzt werden und alternative Quellen, wie etwa Optionspreise mit einbezogen werden.“* (Gerichtsgutachten, S 101). Eine Datenhistorie von 5 bzw. 7 Jahren, wie sie die Gutachter verwendeten, konnte also unter Umständen Tendenzen aufzeigen, sie war aber für sich und ohne die Einbeziehung von Zukunftserwartungen nicht tauglich, um, wie die Gutachter sich ausgedrückt hatten, das volle Risikoausmaß zu erfassen (eine vernünftige Erklärung der Gutachter für den Widerspruch steht im Übrigen noch aus). Die Tatsache, dass sie zunächst ein (einfaches) Regime-Switching-Modell verwendeten, reicht jedenfalls nicht aus, beseitigt dieses doch gerade nicht die in der zu kurzen Datenhistorie liegenden Fehlerhaftigkeit. Außerdem bleibt noch immer unbeantwortet, dass das Modell mit geringer Datenhistorie zu völlig unplausiblen Wahrscheinlichkeiten führt und dass auch das Fehlen jeglicher Zinsverbilligung bei Verlängerung der Datenhistorie sichtbar wird.

3.2.3.4. Nachdem die Modellvarianten 1 bis 24 in der Ergänzung des Gerichtsgutachtens vom 29. Dezember 2017 (Ergänzungsgutachten Prof. Dr. Thorsten Schmidt, Prof. Dr. Uwe Wystup vom 29. Dezember 2017; „Ergänzungsgutachten“) im Wesentlichen eine Verbesserung der stochastischen Betrachtung und Genauigkeit der Ergebnisse lieferten, ließ die Stadt Linz untersuchen, ob die aktuellen Modellvarianten der Gutachter die bisherigen Ergebnisse bestätigen, dass schon ex ante offensichtlich war, dass sich die Zahllast der Stadt Linz durch das Hinzufügen des Swap 4175 nicht, zumindest aber nicht in einem Ausmaß, der die massive

Risikoerhöhung rechtfertigt, verringert. Das ist, wie die Untersuchung der Sachsen Asset Management GmbH zeigt, nicht der Fall, wenn man berücksichtigt, dass die Stadt Linz – nach dem Vortrag der beklagten Partei und den Aussagen der Gutachter – verpflichtet war, in einem Risikoleitfaden ex ante bestimmte Ausstiegsschwellen vorzusehen. So stellten die Gutachter schon im Gerichtsgutachten fest, dass die Festlegung von Ausstiegsschwellen in einem Risikoleitfaden unverzichtbar ist, um die Optimierungseignung bejahen zu können (Gerichtsgutachten, S 45).

- 3.2.3.5. Das HG Wien ergänzte in seinem Auftrag vom 7. Juni 2017 lediglich die Kriterien für die Festlegung solcher Ausstiegsschwellen um die kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen (Beschluss des HG Wien vom 7. Juni 2017, 2). Die Frage, ob der Swap 4175 aus wissenschaftlicher Sicht ex ante überhaupt seine Hauptfunktion erfüllen konnte, die Zahllast der Stadt Linz zu senken, ist klar mit nein zu beantworten, ergänzt man die Berechnungen um die zur Risikobeherrschung laut Gutachter unabdingbaren Ausstiegsschwellen. Schon nach dem anfänglichen historisch-statistischen Modell der Gutachter geht bei langen Zeitreihen der Vorteil verloren. Noch klarer wird das mit dem von den Gutachtern zuletzt verwendeten risiko-neutralen Simulationsmodellen unter Berücksichtigung der Ausstiegsschwellen.
- 3.2.3.6. Die Gutachter hatten einen Vergleich der Zahlungsströme vorerst nur in ihren durch die neuen Modelle überholten historisch-statistischen Modellen vorgenommen und dabei übersehen, dass zur Beurteilung der Optimierung nicht nur die Risikoerhöhung, sondern auch die Eignung zur Verringerung der Zahllast notwendig ist. Da die Berechnungen der Sachsen Asset Management GmbH, die zu den voranstehenden Ergebnissen geführt haben, auf den Simulationsmodellen der Gutachter beruhen, müssen diese gezwungenermaßen zu den gleichen Ergebnissen kommen. Danach ist jedenfalls für die ersten vier Schwellenwerte (also Stop-Loss bei Niveau 1 bis Niveau 4) bei sämtlichen Simulationsmodellen auszuschließen, dass sich die Zahllast der Stadt Linz durch das Hinzufügen des Swap 4175 zum Fremdfinanzierungsportfolio tatsächlich senkt, wie folgende Tabellen zeigen:

(a) Simulationsmodelle Varianten 1 bis 12

Niveau (EUR)	Mittelwert (Mio. EUR)	
	Min.	Max.
31.391.415	-31,4	-15,1
68.899.050	-30,9	-3,3
88.021.665	-32,9	0,1
62.782.830	-30,1	-4,9
137.798.100	-36,1	6,5
176.043.330	-37,1	8,6
ohne Stop-Loss	-37,7	11,2

Tabelle 1: Bandbreite der erwarteten Erträge aus Sicht der Stadt Linz (Spalten „Mittelwert“) in den Varianten 1 bis 12. Quelle: eigene Berechnungen.

(b) Simulationsmodelle Varianten 13 bis 24

Niveau (EUR)	Mittelwert (Mio. EUR)	
	Min.	Max.
31.391.415	-28,3	-16,5
68.899.050	-30,7	-4,5
88.021.665	-33,1	-0,6
62.782.830	-29,8	-6,0
137.798.100	-36,5	6,1
176.043.330	-37,6	8,5
ohne Stop-Loss	-38,3	11,2

Tabelle 2: Bandbreite der erwarteten Erträge aus Sicht der Stadt Linz (Spalten „Mittelwert“) in den Varianten 13 bis 24. Quelle: eigene Berechnungen.

- 3.2.3.7. Bei dem (ohnehin schon hohen, aber wegen der kommunalrechtlichen Grenzen) naheliegenden Ausstiegsniveau von rund EUR 31 Mio. war zu erwarten, dass die Stadt Linz im Ergebnis bis zu einer Ausstiegsschwelle zwischen EUR 31,4 Mio. (Maximum) und EUR 15,1 Mio. (Minimum) mehr zahlen würde müssen, als hätte sie den Swap 4175 nicht abgeschlossen. Selbst bei einem extrem hohen Auflösungslevel von EUR 88 Mio. (ein derartiges Risikobudget war angesichts der kommunalrechtlichen Beschränkungen nicht einmal im Ansatz denkbar) konnte die Stadt Linz mit keinem Ertrag aus dem Swap 4175 rechnen (das erwartete Ergebnis lag zwischen einer Verbesserung von EUR 100.000,00 und einer Verschlechterung von EUR 600.000,00). Selbst bei einem derart hohen Risikobudget der Stadt Linz hätte der Swap 4175 – unabhängig von der massiven Risikoerhöhung – also keinen Verbesserungseffekt gehabt.
- 3.2.3.8. Damit zeigt sich nach sämtlichen Simulationsmodellen, dass der Swap 4175 nicht einmal seine eigentliche Funktion, die Zahllast der Stadt Linz zu senken, erfüllen konnte. Damit war eines der Hauptkriterien der Optimierungseignung von vornherein nicht erfüllt.
- 3.2.4. Der Swap 4175 war nach objektiven Kriterien ex ante nicht optimierend, weil er mit einem existenzbedrohenden Risiko verbunden war und weil die Risikoerhöhung in keinem angemessenen Verhältnis zum möglichen Ertrag stand
- 3.2.4.1. Schon nach dem historisch-statistischen Modell hat sich das Risiko der Stadt Linz, massive Zusatzzahlungen leisten zu müssen, durch den Swap 4175 klar erhöht. Das zeigen die zentralen Risikoindikatoren wie Varianz und Value-at-Risk. So stieg allein die Varianz von

2 x 10¹⁴ auf 11 x 10¹⁴. Bei den üblicherweise verwendeten Risikokennzahlen Value-at-Risk 95 % und Value-at-Risk 99 % stieg die Zahllast von EUR 134 Mio. auf EUR 160 Mio. (Value-at-Risk 95 %) bzw. von EUR 148 Mio. auf EUR 223 Mio. (Value-at-Risk 99 %). Selbst bei der nicht gebräuchlichen Risikokennzahl Value-at-Risk 90 % stieg die Zahllast von EUR 127 Mio. auf EUR 130 Mio. Bei den genannten absoluten Zahlen handelt es sich jeweils um Mindestbeträge. Stieg also beispielsweise der Value-at-Risk 99 % von EUR 148 Mio. auf EUR 223 Mio., so bedeutet das, dass in einem Prozent aller Fälle die Zahlungspflicht der Stadt mindestens EUR 223 Mio. betrug, sie konnte auch noch viel, viel höher sein; sie war eine Untergrenze.

3.2.4.2. Die Berechnungen mit dem historisch-statistischen Modell der Gutachter, das um die vorhandenen Fehler bereinigt wurde, ergibt noch krassere Werte der Risikoerhöhung:

(a) Selbst bei einer Datenhistorie von lediglich 10 Jahren verfünffacht sich die Varianz. Der Value-at-Risk 95 % steigt um EUR 29 Mio. (EUR 133 Mio./EUR 162 Mio.), der Value-at-Risk 99 % sogar um EUR 83 Mio. (EUR 148 Mio./EUR 231 Mio.) (SAM-Gutachten vom 7. Oktober 2016, 21, Beilage ./9xO).

(b) Verlängert man die Datenhistorie bis ins Jahr 1992, erhöht sich der Value-at-Risk 95 % um EUR 214 Mio. (= 548 %: EUR 39 Mio./EUR 253 Mio.) und der Value-at-Risk 99 % um EUR 360 Mio. (= 600 %: EUR 60 Mio./EUR 420 Mio.). Die Varianz steigt auf über das Zwanzigfache (SAM-Gutachten vom 7. Oktober 2016, 23, Beilage ./9xO).

(c) Berücksichtigt man demgegenüber, bei gleicher Datenhistorie, im Modell der Gutachter die Zukunftserwartung, so erhöht sich der Value-at-Risk 95 % um EUR 145 Mio. (EUR 154 Mio./EUR 299 Mio.), der Value-at-Risk 99 % um EUR 214 Mio. (EUR 172 Mio./EUR 386 Mio.). Die Varianz steigt auf das über das Siebzehnfache (SAM-Gutachten vom 7. Oktober 2016, 25, Beilage ./9xO).

3.2.4.3. Die Aussagen der Gutachter waren, was die Grenze der noch zumutbaren Risikoerhöhung im Verhältnis zu der von ihnen berechneten Zahlungerleichterung im Ausmaß von EUR 16 Mio. angeht, widersprüchlich. Sie haben sich zumindest einmal dahingehend geäußert, dass eine Risikoerhöhung um 20 % unter Umständen noch akzeptabel sei (Korrigiertes Gutachten 26: „[...] dass etwa eine maximale Steigerung von 20 % des Value-at-Risk ... als akzeptabel eingestuft werden könnte.“).

- 3.2.4.4. Nimmt man die im Korrigierten Gutachten (S 12) angeführten Zahlen, so wird diese Grenze bei der Erhöhung der Varianz und beim Value-at-Risk 99 % klar überschritten. Bei der Risikokennzahl Value-at-Risk 95 % liegt die Risikoerhöhung knapp darunter. Nur bei der nicht gebräuchlichen Risikokennzahl Value-at-Risk 90 % ist die Risikoerhöhung – rechnet man mit absoluten Zahlen – tatsächlich eher niedrig.
- 3.2.4.5. In Wahrheit übersteigt die Risikoerhöhung aber bei allen diesen Kennzahlen tatsächlich die von den Gutachtern angegebene Grenze von 20 % bei weitem. Die Gutachter haben nämlich – entgegen dem Gebot unverzerrter Ergebnisdarstellung – die in beiden Portfolien risikoneutrale Rückzahlung der CHF-Anleihe (verglichen wurden in ihrem Modell ja die Zahlungsströme in beiden Portfolien, bestehend einmal aus der CHF-Anleihe ohne und einmal mit dem Swap 4175; die Tilgung der Anleihe kürzt sich somit in beiden Portfolien weg) gleichwohl als Teil des Risikos angesehen und damit die Risikoänderungen durch die Hinzunahme des Swap 4175 um eine Zehnerpotenz zu gering beurteilt (Antrag auf Gutachtenserörterung der Stadt Linz vom 10. Oktober 2016, Punkt 2.3.2., S.10 ff, Punkt 2.3.4.2, S 13; SAM-Gutachten vom 7. Oktober 2016, Punkt 2, S 8 f, Beilage ./9xQ; Antrag auf ergänzende Gutachtenserörterung der Stadt Linz vom 7. Dezember 2016, Punkt 2.1, S 3, und Punkt 3.2, S 5; SAM-Gutachten vom 7. Dezember 2016, Punkt 2, Bemerkung Nr. 3, S 6 f, Beilage ./9xS).
- 3.2.4.6. Damit beträgt beim Value-at-Risk 90 % das Risiko, bei der Tilgung der CHF-Anleihe (erst) im Jahr 2017 gegenüber der sofortigen Rückzahlung schon im Jahr 2007 mehr zahlen zu müssen, EUR 7 Mio. (EUR 127 Mio. nach der Berechnung der Gutachter minus Rückzahlung der Anleihe in Höhe von EUR 120 Mio., weil bei der sofortigen Tilgung im Jahr 2007, also bei einem risikoneutralen Verhalten der Stadt Linz jedenfalls EUR 120 Mio. zu zahlen gewesen wären). Demgegenüber erhöhte sich das Risiko beim Portfolio mit dem Swap 4175 um EUR 10 Mio. (das sind die von den Gutachtern errechneten EUR 130 Mio. minus der Aufwand für die Rückzahlung der Anleihe in der Höhe von EUR 120 Mio.). Vergleicht man also die tatsächliche Risikoerhöhung, so beträgt diese bereits bei einem Value-at-Risk 90 % mit rund 40 % Steigerung mehr als das Doppelte jener Grenze, die die Gutachter als noch angemessen ansahen.
- 3.2.4.7. Bei der Berechnung des Value-at-Risk 95 %, also in 5 % der Fälle, erhöht sich das Risiko der Stadt Linz durch die Nichtrückzahlung der CHF-Anleihe um rund EUR 14 Mio. Nimmt man den Swap 4175 zum Portfolio dazu, so steigt das Risiko auf EUR 40 Mio. Damit liegt eine Risikoerhöhung um rund 290 % vor. Beim Value-at-Risk 99 %, also in 1 % der Fälle, ist der

Risikounterschied EUR 28 Mio. zu EUR 103 Mio. Die Risikoerhöhung beläuft sich damit auf rund 370 %.

3.2.4.8. Aus kommunalrechtlicher Sicht ist ein Finanzgeschäft niemals optimierend, bei dem im Verhältnis zum möglichen Ertrag eine Risikosteigerung sowohl prozentuell als auch in absoluten Zahlen ein Ausmaß erreicht, das nicht mehr verhältnismäßig und insgesamt unvernünftig ist. Der Swap 4175 war also auch aus diesem Grund nicht optimierend.

3.2.5. Der Swap 4175 war nach objektiven Kriterien ex ante nicht optimierend, weil er mit einem unbeherrschbaren Risiko verbunden war

3.2.5.1. Nach der von der Stadt Linz geteilten Rechtsansicht des HG Wien ist ein Finanzgeschäft, mit dem zur Erreichung des eigentlichen Ziels (gegenständlich die Senkung der Finanzierungskosten aus einer Fremdwährungsanleihe) die Übernahme von nicht unerheblichen Risiken verbunden ist, nur dann optimierend, wenn die Kommune dieses Risiko auch beherrschen kann. Ist ein Finanzgeschäft mit unbeschränkten Risiken verbunden, wie im gegenständlichen Fall, so kann von einer Beherrschbarkeit wiederum nur dann gesprochen werden, wenn der Kommune ein rechtzeitiger Ausstieg zur Begrenzung der Verluste möglich ist, wobei nach Ansicht der Gutachter ein solches Ausstiegsszenario (in Form eines Risikoleitfadens mit Stop-Loss-Vereinbarung) unter gewissen Umständen ex ante mit der Bank vereinbart werden muss (Gerichtsgutachten, S 54, 58; Ergänzungsgutachten, S 17).

3.2.5.2. Die Optimierungseignung fehlt jedenfalls, wenn die Kommune nicht jederzeit und gültig aussteigen kann. Ob diese Kriterien angesichts der Unkündbarkeit des Swap-Geschäftes tatsächlich erfüllbar waren, ist schon zweifelhaft. Aber selbst wenn man das annimmt, hätte der Ausstieg nur durch den Bürgermeister erfolgen können, weil die von den Gutachtern vorgesehene einstündige Überlegungsfrist (Gerichtsgutachten, S 53) für den Ausstieg zu kurz war, um den zuständigen Gemeinderat zu befassen. Theoretisch stand dazu die Notkompetenz des Bürgermeisters zur Verfügung. Dass dies ein tauglicher Weg gewesen wäre, wird aber von der Stadt Linz bestritten, weil der systematische Einsatz der Notkompetenz als fixer Bestandteil des Abschlusses von Finanzgeschäften in gesetzwidriger Weise die Budgethoheit des Gemeinderates institutionell untergraben hätte (Äußerung der Stadt Linz vom 18. Mai 2017, Punkt 3.4, S 16 f). Die Notkompetenz reicht aber jedenfalls dann nicht mehr, wenn die einzelnen daraus entstehenden Zahlungen oder das Ausstiegsgeschäft der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen. Abgesehen davon stellt sich die Frage, wie der Bürgermeister rein praktisch die Verfügbarkeit sicherstellen sollte, zumal der

Währungshandel rund um die Uhr stattfindet; gleiches gilt im Übrigen auch für die potentiellen Ansprechpartner in der Bank.

- 3.2.5.3. Ob die Genehmigungsschwellen durch einen Ausstieg überschritten würden, hängt von der Höhe der Kosten der Glattstellung ab. Dies deshalb, weil der Abschluss des Ausstiegsgeschäftes durch den Bürgermeister (also der Abschluss eines selbständigen Vertrages, eine Kündigung des Vertrages war ja nicht vorgesehen) bereits im Jahr ihres Entstehens zu einer unbedingten Zahlungsverpflichtung bzw. zumindest zu einer Haftung der Stadt Linz in dieser Höhe führt, die im gesamten Ausmaß unmittelbar budgetwirksam ist (Äußerung der Stadt Linz vom 18. Mai 2017, Punkt 3.1.2 ff, S 13 ff). Die Wahrscheinlichkeit, mit der solche Überschreitungen zu erwarten waren, haben die Gutachter in ihrem Ergänzungsgutachten errechnet.
- 3.2.5.4. Wie die Stadt Linz schon in ihrem Schriftsatz vom 18. Mai 2017 detailliert dargestellt hat (Äußerung der Stadt Linz vom 18. Mai 2017, Punkt 3.1.2 ff, S 13 ff), lässt sich schon aus den kommunalrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften ableiten, dass unter den in § 78 StL 1992 angeführten und für die Ermittlung der Genehmigungspflicht ausschlaggebenden Schuldendienst die Glattstellungskosten in ihrer vollen Höhe anzusetzen sind: Der Schuldendienst einer Gemeinde besteht sowohl aus den zu zahlenden Zinsen als auch aus den einzelnen Tilgungen und gehört ausschließlich zum ordentlichen Haushalt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um regelmäßige Zahlungen oder einmalige Zahlungen handelt. Das ergibt sich schon daraus, dass Tilgungen nicht regelmäßig, sondern auch einmalig erfolgen können. Auch der sogenannte Kontierungsleitfaden macht keinen Unterschied zwischen den einzelnen Zahlungen, die aus einem Finanzgeschäft erwachsen. Er weist alle Zahlungen aus Derivatverträgen (also auch die Glattstellungskosten) dezidiert den Zinsen bzw. den Tilgungen für Finanzschulden zu (Äußerung der Stadt Linz vom 18. Mai 2017, Punkt 3.2.4 ff, S 14 f).
- 3.2.5.5. Da Ausgaben des ordentlichen Haushalts nur durch ordentliche Einnahmen gedeckt werden dürfen (Äußerung der Stadt Linz vom 18. Mai 2017, Punkt 3.2.6, S 14, und Mitteilung der Stadt Linz vom 29. September 2017, Punkt 1. ff, S 3 ff), Kreditaufnahmen und Darlehen aber außerordentliche Einnahmen darstellen, ist eine sofortige Neutralisierung dieses Aufwandes durch die Aufnahme von Krediten und Darlehen nicht möglich. Die Glattstellungskosten sind damit im ordentlichen Haushalt einer Gemeinde sofort budgetwirksam. Das HG Wien hat deshalb auch zutreffend die möglichen Ausstiegskosten in ihrer Gesamtheit und deren wahrscheinliches Entstehen als Basis dafür genommen, um zu prüfen, ob die Notkompetenz des Bürgermeisters theoretisch ausreicht, das Finanzgeschäft in concreto zu beherrschen.

- 3.2.5.6. Der Versuch der beklagten Partei, das Überschreiten der Genehmigungsschwellen durch die mit der Ausübung der Notkompetenz des Bürgermeisters verbundenen Ausstiegskosten zu vermeiden, indem diese einfach in die Zukunft verschoben werden (das „Zweistufenmodell“ der beklagten Partei), ist aus mehreren Gründen untauglich: Zum einen verpflichten die Rechnungslegungsvorschriften die Kommune die Ausstiegskosten im Jahr ihres Entstehens, und zwar in voller Höhe als Ausgabe und damit als Abgang im ordentlichen Haushalt anzusetzen, wobei ordentliche Ausgaben nicht durch außerordentliche Einnahmen (etwa durch Kredite oder Darlehen) neutralisiert werden dürfen. Zum anderen ist es bei Abschluss des Finanzgeschäftes nicht einmal gewiss, ob und zu welchen Bedingungen bzw. für welchen Zeitraum es der Kommune in der Zukunft tatsächlich gelingen wird, die Ausstiegskosten in Form von Krediten zu finanzieren.
- 3.2.5.7. Es gibt aber noch ein weiteres Argument für die Unanwendbarkeit des von der beklagten Partei erfundenen sogenannten Zweistufenmodells. Bei der Aufnahme eines Kredits zur Deckung der Ausstiegskosten handelt es sich nicht um einen Bestandteil des ursprünglichen, der Genehmigungspflicht unterliegenden Finanzgeschäftes, sondern um ein weiteres, unabhängig davon abzuschließendes Geschäft. Dieses unterliegt gegebenenfalls selbst der aufsichtsbehördlichen Genehmigung, diese Genehmigungspflicht hat aber mit dem ursprünglichen Geschäft, bei dem zu prüfen ist, ob es – so wie es eben ist – genehmigungsbedürftig ist oder nicht, nichts zu tun.
- 3.2.5.8. Das Ergänzungsgutachten hat gezeigt, dass die Wahrscheinlichkeit, dass während der Laufzeit des Swap 4175 die Ausstiegskosten die aufsichtsbehördlichen Genehmigungsschwellen überschreiten würden, exorbitant hoch ist. Diese Wahrscheinlichkeiten werden im Folgenden wiedergegeben.

Niveau	Fall Q (Quanto)		
	Minimum	Mittelwert	Maximum
31.391.415	70,4%	86,7%	100,0%
68.899.050	28,1%	44,0%	60,9%
88.021.665	17,6%	31,1%	47,1%
62.782.830	32,7%	49,2%	65,7%
137.798.100	4,5%	12,3%	21,0%
176.043.330	1,3%	5,9%	11,9%

Ist das Überschreiten der Genehmigungsschwellen, und zwar bei jedem Niveau, so wahrscheinlich, wie es die Gutachter berechnet haben, fehlt es an der Beherrschbarkeit des

Swap 4175. Fehlende Beherrschbarkeit bedeutet aber unter kommunalrechtlicher Sicht auch zwangsläufig die fehlende Optimierungseignung.

3.3. **Mag. W■■■■ F■■■ fehlte die Vertretungsmacht (auch) wegen (erkanntem) Befugnismissbrauchs**

3.3.1. Bisheriges Vorbringen

- 3.3.1.1. Selbst, wenn man fälschlicherweise annimmt, Mag. W■■■■ F■■■ habe mit dem Beschluss des Gemeinderats vom 3. Juni 2004 (gegebenenfalls in Verbindung mit der Unterfertigung des Rahmenvertrages und des Unterschriftenverzeichnisses durch den Bürgermeister) von der Stadt Linz die (generelle) Vollmacht zum Abschluss von Finanzgeschäften erhalten, so ist das Swap-Geschäft 4175 deshalb trotzdem nicht zustande gekommen, weil Mag. W■■■■ F■■■ dann mit dem Abschluss dieses Geschäftes evidenten Maßen seine Befugnis missbraucht hätte, ein Umstand, der auch der beklagten Partei nicht verborgen geblieben war.
- 3.3.1.2. Die institutionell gesicherte Vertretungsmacht erleichtert nur den redlichen Geschäftsverkehr und schützt die redlich an ihm Beteiligten (RIS-Justiz: RS0016733; RS0019576). Unredlich ist nicht bloß derjenige Dritte, der in kollusivem Zusammenwirken mit dem Vertreter den Geschäftsherrn schädigt. Das Geschäft ist bereits dann unwirksam, wenn der Vertreter interne Beschränkungen nicht einhält und dies dem Dritten bei Vertragsabschluss bekannt ist oder nach den Umständen offenbar auffallen musste. Ergibt sich die interne Beschränkung bereits aus dem Gesetz, so haben Verkehrsschutzerwägungen noch geringere Bedeutung, als wenn der Vertreter nur internen Vorgaben zuwiderhandelt. Während nämlich interne Beschränkungen dem potentiellen Vertragspartner regelmäßig nicht erkennbar sind, er solche an sich auch nicht beachten muss, fordern Gesetze, auch wenn sie sich nur an bestimmte Normadressaten richten, generell ihre Einhaltung. Gesetzliche Regelungsziele sollen nicht durch vertragliche Vereinbarungen beseitigt werden können (9 Ob 25/08d [9 Ob 26/08a]); *Apathy* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1017 Rz 13).
- 3.3.1.3. Die Stadt Linz hat bereits mehrfach zur Unwirksamkeit des Swap 4175 infolge evidenten Befugnismissbrauchs durch Mag. W■■■■ F■■■ vorgetragen, und zwar in ihrer Klage vom 2. November 2011 (Punkt VI.3., S 43 ff) sowie in ihrer Replik vom 30. August 2013 (Punkt III.7.4., S 32 ff) und im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt III.2., S 43 ff). Auf die darin enthaltenen Rechtsausführungen wird verwiesen. Die Beweisergebnisse bestätigen dieses Vorbringen.

3.3.2. Befugnisüberschreitung durch Mag. W. F.

3.3.2.1. Schon allein die vom Gemeinderat im Beschluss vom 3. Juni 2004 vorgegebene Aufgabe, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz zu optimieren, konnte vor dem kommunalrechtlichen Hintergrund nur bedeuten, dass es sich nur um Geschäfte handeln konnte, die dem risikoaversen Anlegerprofil der Stadt Linz entsprachen.

3.3.2.2. Der Swap 4175 war alles andere als ein Produkt, das zu einem risikoaversen Anleger passt. Wie im Detail oben unter Punkt 3.2 dargestellt, war der Swap 4175 jedenfalls nicht optimierend: Er ließ weder eine Verringerung der Stadt erwarten, er war mit existenzbedrohenden Verlusten verbunden und er war mit kommunalen Mitteln unbeherrschbar.

3.3.3. Evidenz des Befugnismissbrauchs

3.3.3.1. Die beklagte Partei musste jedenfalls wissen, dass die Stadt Linz bei ihrer Finanzgebarung den in Art 119a Abs 2 B-VG verankerten Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu entsprechen hat, welche in der Bestimmung des § 57 StL 1992 konkretisiert werden. Dies schon deshalb, weil der kommunalrechtliche Effizienzgrundsatz Teil des allgemeinen Bildungskanons ist. Der Swap 4175 widersprach sowohl dem Effizienzgrundsatz als auch dem, was für einen risikoaversen Anleger, wie es die Gemeinde ist, als optimierendes Geschäft bezeichnet werden kann.

3.3.3.2. Umso mehr gilt das für die beklagte Partei, die bereits vor Abschluss des Swap 4175 jahrzehntelange Erfahrung im Bereich von kommunalen Bankgeschäften aufwies. Schon im bankinternen Kreditantrag zum Swap 3976 vom 27. September 2006 hat sie demnach explizit auf das restriktive Haushaltsrecht von Gemeinden hingewiesen (Beilage ./JJJ1). Der beklagten Partei musste also klar sein, dass Mag. W. F. ein Geschäft von der Struktur, wie es der Swap 4175 war, nicht abschließen durfte. Hat die beklagte Partei diese Befugnisüberschreitung nicht ohnehin erkannt, so ist ihr ihre diesbezügliche Unkenntnis jedenfalls als grobes Verschulden anzulasten.

3.3.3.3. Die beklagte Partei war nach § 39 Abs 2c BWG verpflichtet, Produkte wie den Swap 4175 einer ausreichenden Untersuchung (Produkteinführung) zu unterwerfen. Sie musste daher im Rahmen des Produkteinführungsprozesses die Struktur und die Wirkungen des Swap 4175 bzw. des Vorgängerproduktes Swap 3976 untersuchen. Eine solche Analyse beinhaltete die finanzmathematischen Simulationsrechnungen, Wahrscheinlichkeitsrechnungen und

Stresstests. Dabei hat die beklagte Partei die massiv risikoerhöhenden Auswirkungen auf das bestehende Fremdwährungsrisiko der Stadt Linz ebenso erkannt wie die Unvereinbarkeit eines Produktes derartiger Struktur mit den kommunalen Vorgaben. Schloss Mag. W. F. ein Geschäft über ein solches Produkt, so musste es auch für die beklagte Partei auf der Hand liegen, dass er damit seine Befugnis missbraucht hat (vgl auch die Ausführungen unter Punkt III.4.4.6.4(b) zur erstmaligen Erfassung durch die beklagte Partei in ihren Risikosystemen).

- 3.3.3.4. Das konstatiert auch der (Bundes-)Rechnungshof in seinem Bericht, Serie Oberösterreich 2013/1 (Beilage ./155), in dem er nicht nur feststellt, dass Mag. W. F. mit dem Abschluss des Swap 4175 klar die Grenzen einer gesetzmäßig geführten kommunalen Schuldenverwaltung überschritten hat, sondern dass die Überschreitung dieser Grenzen auch einer Bank klar erkennbar sein musste. Wörtlich führt er auf Seite 41 seines Berichts unter TZ 5.2 aus: *„Nach Ansicht des RH leiten sich aus den angeführten Bestimmungen des Stadtstatuts folgende grundsätzliche Regelungen im Zusammenhang mit Abschlüssen von Finanzgeschäften ab Geschäftspartner der Stadt Linz müssen das Stadtstatut ebenfalls kennen und sind ebenfalls an das darin enthaltene Verbot zur Übernahme von zu großen Risiken gebunden.“*
- 3.3.3.5. Für die Evidenz der Befugnisüberschreitung spricht auch der Umstand, dass die StA Linz zur Aktenzahl 9 St 80/11z gegen Mag. W. F. den strafrechtlichen Vorwurf der Untreue erhoben hat. Das daraufhin vor dem LG Linz zur Aktenzahl 23 Hv 79/13k geführte Strafverfahren endete nur deshalb mit rechtskräftigem Freispruch, weil das Strafgericht das Fehlen jeglicher öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Vertretungsbefugnis des Mag. W. F. festgestellt hat; damit schied ein Befugnismissbrauch aus.
- 3.3.3.6. Einen Hinweis auf die Evidenz des Befugnismissbrauchs lassen auch verschiedene kommunalrechtlichen Richtlinien und Vorgaben in Deutschland und Österreich zu. Auch wenn diese teilweise, wenn auch kurz, nach Abschluss des Swap 4175 veröffentlicht worden sind, konkretisierten sie nur einen auch schon bis dahin für alle Gebietskörperschaften verbindlichen Verhaltensmaßstab. Mag es auch Grauzonen gegeben haben, so war es für jeden Verständigen klar, dass es sich beim Swap 4175 danach um ein für Kommunen völlig untaugliches Finanzinstrument gehandelt hat (um den Einwand zu begegnen, auch Mag. W. F. hätte dann die Unzulässigkeit sofort erkennen können, ist darauf hinzuweisen, dass das Erkennen der Unzulässigkeit die Kenntnis der exakten Struktur des Geschäftes voraussetzt. Die genaue Struktur des Geschäftes war Mag. W. F. aber gerade nicht bekannt [dazu wird näher unter Punkt III.4.2.4. Stellung genommen]).

- (a) Nach der Musterdienstanweisung des Deutschen Städtetages (Beilage /8xB) gründet sich „[d]er Einsatz von Finanzderivaten im Zins- und Schuldenmanagement [...] aus der Verpflichtung zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit“ (S 5). Von einem Optimierungsgeschäft kann nur dann ausgegangen werden, wenn angesichts des mit dem Geschäft erzielbaren Ertrags „das bisherige Risiko limitiert erhöht wird“ (S 4). Der Swap 4175 hatte ein unlimitiertes Risiko, die Risikoerhöhung stand auch in keinem vernünftigen Verhältnis zur Ertragssteigerung (vgl. Punkt III.3.2.4.).
- (b) Auch in den Richtlinien des österreichischen Gemeindebundes, auf die sich die beklagte Partei in ihrer Eingabe vom 8. August 2011, gerichtet an das LG Linz, berufen hat, heißt es zum Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten: „*Derivative Finanzinstrumente dürfen nur eingesetzt werden, wenn sie mit einem Grundgeschäft verbunden sind (konnexe derivative Finanzinstrumente) und die Risikoverminderung im Vordergrund steht (Spekulationsverbot). Das Schreiben von Derivativen (Verkauf als Stillhalter) mit nicht begrenztem Verlustrisiko ist nicht zulässig.*“ (Beilage /3xR). Die Stadt Linz hat im Ergebnis der beklagten Partei 21 Terminoptionen, noch dazu mit exponentiellem Auszahlungsprofil, verkauft, also verschrieben (Punkt III. 4.4.8 zur Struktur des Geschäfts im Rahmen der Behandlung des Interessenkonflikts).

3.4. Ungültigkeit wegen Fehlens der aufsichtsbehördlichen Genehmigung

- 3.4.1. Die Stadt Linz hat bereits in ihrer Klage vom 2. November 2011 darauf hingewiesen, dass der Swap 4175 auch deshalb nicht gültig zustande gekommen ist, weil das Geschäft entgegen § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 nicht durch die Landesregierung als zuständige Gemeindeaufsichtsbehörde genehmigt wurde (S 41 ff). Im vorbereitenden Schriftsatz vom 12. Juli 2013 wurden diesen Ausführungen vertieft (S 87 ff) und es wurde zudem ausführlich dargelegt, weshalb darüber hinaus auch gemäß § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992 eine Genehmigung der Landesregierung einzuholen gewesen wäre (S 98 ff). Diesbezüglich hat die Stadt Linz auch ein Gutachten namhafter Verfassungsrechtler, die als Richter am Verfassungsgerichtshof tätig sind, vorgelegt (Beilage /6xV). Auf dieses Vorbringen und das Gutachten wird verwiesen.
- 3.4.2. Gemäß § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 bedarf einer Genehmigung durch die Landesregierung „*der Abschluss von Darlehensverträgen, wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde.*“

- 3.4.2.1. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den Swap 4175 ergibt sich zusammengefasst daraus, dass es angesichts der Ratio dieser Norm einen Wertungswiderspruch bedeuten würde, den Abschluss von Darlehensverträgen einer entsprechenden Größenordnung an eine aufsichtsbehördliche Genehmigung zu knüpfen, die nachträgliche Modifikation derartiger Vereinbarungen hingegen ohne weitere Befassung der Kontrollinstanz zuzulassen. Beide Vorgänge sind nämlich für die wirtschaftliche Existenzfähigkeit einer Kommune gleichermaßen bedrohlich. Aus dem gleichen Grund kann für die Frage der Genehmigungspflicht zudem das rechtliche Gewand der Vertragsmodifikation und die Person des Vertragspartners keine Rolle spielen. Wem gegenüber die Stadt potentiell riskante Zahlungszusagen abgibt, ist für die Gefahr des Einspringen-Müssens der überörtlichen Ebene irrelevant. Da sich der Swap 4175 in gleicher Weise wie eine unmittelbare Vertragsänderung auf die Zinszahlungsverpflichtung der Stadt Linz aus der CHF-Anleihe ausgewirkt hat, unterliegt somit auch dieses Geschäft dem gesetzlichen Genehmigungsvorbehalt durch die Landesregierung, wenn dadurch die maßgeblichen Schwellenwerte überschritten wurden (vgl. dazu auch das Rechtsgutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich vom 8. September 2011, Beilage ./3xL, und *Holoubek/Lienbacher/Potocs*, Rechtsgutachten zur gemeindeaufsichtsrechtlichen Beurteilung eines „Swap-Geschäfts“ nach § 78 Abs 1 Z 2 Stadtstatut Linz, Beilage ./6xV).
- 3.4.2.2. Bestätigt werden diese Überlegungen auch durch die Gesetzesmaterialien zu der vom Oberösterreichischen Landtag am 10. November 2011 beschlossenen Novelle des Kommunalrechtes, mit der unter anderem das Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992 geändert worden ist (OÖ Gemeinderechtsnovelle 2012). Diesem Gesetzesbeschluss lag der Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten des OÖ Landtages, Blg 366/2011 und Blg 369/2011, zugrunde. In diesem heißt es ausdrücklich, dass die eingefügten Bestimmungen mit Rücksicht auf Finanzgeschäfte lediglich eine Klarstellung zur schon bisher geltenden Rechtslage enthalten. Im Ergebnis wird darin festgehalten (auch für die Vergangenheit), dass nach Ansicht des Gesetzgebers Zinstauschgeschäfte schon bis dahin von der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht nach §§ 84 OÖ GemO bzw. 78 StL erfasst waren. Der Abschluss hoch riskanter Derivatgeschäfte widerspräche schon allgemein den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit und gehöre auch nicht zu den Aufgaben einer Stadt bzw. einer Gemeinde (eine wörtliche Wiedergabe der Erläuternden Bemerkungen finden sich bereits in der Klagebeantwortung der Stadt Linz vom 9. Dezember 2011 (Punkt IV.4.5., S 47 f), auf die verwiesen wird, sodass sie nicht mehr in ihrem Volltext wiedergegeben werden).

- 3.4.2.3. Die Frage der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht stellt für die zivilrechtliche Beurteilung, ob der Swap 4175 wirksam zustande gekommen ist, eine Vorfrage dar, die als Hauptfrage in die Zuständigkeit der Verwaltung fällt. Das Verhältnis der beiden Fragen zueinander hat der OGH in der E 6 Ob 73/14z, in einem Verfahren, dem die Eintragung einer Privatstiftung mit Beteiligung einer Kommune zugrunde lag, dahingehend beantwortet, dass die Zivilgerichte bei ihrer Vorfragenentscheidung immer dann von einer kommunalrechtlichen Genehmigungspflicht auszugehen haben, wenn eine solche Genehmigungspflicht denkmöglich ist. Anderenfalls, so die Begründung, würden sich die Zivilgerichte eine Zuständigkeit anmaßen, die ihnen verfassungsrechtlich nicht zustünde.
- 3.4.2.4. Zieht man die erläuternden Bemerkungen des Gesetzgebers zur Oö Gemeinderechts-Novelle 2012 und das Gutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich heran, so ist die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht nach den Worten der OGH-E 6 Ob 73/14z jedenfalls „denkmöglich“, wenn nicht sogar naheliegend. Die Zivilgerichte haben davon auszugehen, dass der Swap 4175, jedenfalls dem Grunde, von der Aufsichtsbehörde hätte bewilligt werden müssen.
- 3.4.2.5. Dem stehen auch die beiden Entscheidungen des VwGH vom 26. April 2016, Ro 2015/09/0014, und vom 20. September 2018, Ra 2017/09/0001, nicht entgegen. Bei den beiden den Entscheidungen zugrundeliegenden Verfahren handelt es sich um ein (strafrechtsnahes) Disziplinarverfahren, bei dem es um die Frage ging, ob dem nicht rechtskundigen Disziplinarbeschuldigten der persönliche Vorwurf gemacht werden konnte, er habe die Zuständigkeit des Gemeinderats bzw. die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht für das Swap-Geschäft nicht erkannt. Der VwGH hatte dabei nicht zu entscheiden, ob der Swap 4175 tatsächlich solchen Genehmigungspflichten unterlag oder nicht. Im E zu Ro 215/09/0014, in dem es um die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht ging, konstatierte der VwGH, nachdem er die Begründung des LVwG wiedergegeben hat, wonach sowohl durch entsprechende Rechtsgutachten und durch die OÖ. Gemeinderechtsnovelle 2012 die schon bisher bestehende Genehmigungspflicht klargestellt worden wäre, dass *„...ausschließlich zu prüfen [ist] ob der Zweitrevisionswerber (also der Disziplinarbeschuldigte) angesichts der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap 4175 geltenden Rechtslage Zweifel hätte haben müssen, dass das Geschäft damals der aufsichtsbehördlichen Genehmigung unterliege und er auf die Einholung einer solchen Genehmigung hätte hinzuwirken gehabt“*. Allein diese Frage verneinte der VwGH, weil in der diesbezüglichen Bestimmung ausschließlich von Darlehen die Rede wäre. Deshalb sei dem LVwG zu folgen, dass der Zweitrevisionswerber zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap 4175 keine zumutbaren Zweifel daran hegen musste, dass ein derartiges Geschäft nicht als Darlehen oder

Darlehensvertrag anzusehen war. Im darauffolgenden E zu Ra 2017/09/0001 war nur mehr zu entscheiden, ob dem § 46 StL 1992 verwendeten Begriff des Darlehens die gleiche Bedeutung zukommt, wie im § 78 StL 1992, was der VwGH bejahte. Mehr ist daraus nicht herauszulesen.

- 3.4.2.6. Nachdem also der Abschluss des Swap 4175 dem Grunde nach genehmigungspflichtig war, ist als nächstes entscheidend, ob die vom Gesetzgeber vorgesehenen Genehmigungsschwellen überschritten wurden. Das hängt davon ab, wie sich der Abschluss des Geschäfts auf den Gesamtschuldendienst der Stadt Linz auswirkt. Dieser besteht aus Tilgungen und Zinszahlungen aller aushaftenden städtischen Finanzschulden sowie aus der für die CHF-Anleihe gemäß § 58 StL 1992 zu bildenden Tilgungsrücklage, die in der Beilage ./9xV rechnerisch auf die Dauer der Anleihe aufgeteilt wurde. Zur Beurteilung der Genehmigungspflicht eines Geschäfts ist eine auf die Vertragslaufzeit bezogene Prognose der Entwicklung dieser Größe anzustellen, wobei den Unsicherheiten über den künftigen Zinsverlauf durch eine Worst-case-Betrachtung (vgl. Rechtsgutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich vom 8. September 2011, S 10, Beilage ./3xL) Rechnung zu tragen ist. Die dabei gewonnene Vorausschau ist in Relation zu den Einnahmen des ordentlichen Haushalts jenes Rechnungsjahrs zu setzen, in dem das Geschäft abgeschlossen wurde: Übersteigt der voraussichtliche Gesamtschuldendienst durch das Geschäft während dessen gesamter Laufzeit auch nur in einem Jahr 15 % dieser Einnahmen, unterliegt das Geschäft der Genehmigungspflicht durch die Landesregierung. Dass es für die Berechnung, ob der Gesamtschuldendienst in einem Jahr die Schwelle überschreitet, auf die gesamten Glattstellungskosten ankommt, wurde oben (Punkt III.3.2.5.4.) nachgewiesen.
- 3.4.2.7. Ausgehend von diesen Überlegungen kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der Swap 4175 nach § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 durch die Landesregierung hätte genehmigt werden müssen:
- (a) Im Voranschlag für das Jahr 2007 waren im ordentlichen Haushalt Einnahmen der Stadt Linz in Höhe von EUR 459 Mio. prognostiziert (Beilage ./9xV; zur Maßgeblichkeit dieses Werts als Ausgangsbasis vgl. die Mitteilung der Stadt Linz vom 29. September 2017, S 3 ff). Ausgehend davon waren solche Geschäfte genehmigungspflichtig, die bei einer Worst-case-Betrachtung dazu führen, dass der städtische Gesamtschuldendienst während ihrer Laufzeit in zumindest einem Jahr den Betrag von EUR 68,9 Mio. übersteigt.
 - (b) Ohne die Zahlungen aus dem Swap 4175 betrug der prognostizierte Gesamtschuldendienst der Stadt Linz im Jahr 2007 laut Voranschlag inklusive der

rechnerisch ermittelten Tilgungsrücklage EUR 37,5 Mio. (Beilage ./9xV). Eine Genehmigung durch die Landesregierung war damit hinsichtlich solcher Geschäfte einzuholen, aus denen ex ante während ihrer Laufzeit im Worst-case-Fall in zumindest einem Jahr eine zusätzliche Zahllast in Höhe von EUR 31,4 Mio. resultieren kann (Delta Obergrenze, Beilage ./9xV).

- (c) Bereits im Jahr 2011 hatte die Stadt Linz an die beklagte Partei aus dem Swap 4175 Zahlungen in Höhe von rund EUR 34 Mio. zu leisten (Klage der Stadt Linz vom 2. November 2011, S 36 f); der städtische Gesamtschuldendienst unter Einrechnung der Zahlungen aus dem Swap 4175 lag bei EUR 71,8 Mio. Die bei der Risikobeurteilung ex ante zu treffende Prognose hat sich damit schon nach knapp der Hälfte der Vertragslaufzeit durch die Entwicklung ex post bestätigt.
- (d) Nach den Berechnungen der Gutachter lag die Wahrscheinlichkeit, dass die aus einer vorzeitigen Auflösung des Swap 4175 resultierenden Zahlungspflichten der Stadt Linz den genehmigungsfrei zulässigen Betrag von EUR 31,4 Mio. überschreiten würden, ex ante im Schnitt bei 86,74 % (Mittelwert aller Varianten 1 bis 24 im Ergänzungsgutachten S 23 ff). Bereits am 31. Oktober 2008 – und damit nur knapp eineinhalb Jahre nach Geschäftsabschluss – lag der Auflösungspreis des Swap 4175 bei rund EUR 98,7 Mio. und damit um ein Vielfaches über der Genehmigungsgrenze (Ergänzungsgutachten S 42).
- 3.4.3. Gemäß § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992 besteht eine Genehmigungspflicht für „die Übernahme von Bürgschaften oder sonstigen Haftungen durch die Stadt, wenn dadurch der Gesamtstand der von der Stadt übernommenen Haftungen 30 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde“.
- 3.4.3.1. Dass der Swap 4175 auch unter dieser Bestimmung zu subsumieren ist, folgt gleichermaßen aus dem Zweck der Norm, dem Schutz überörtlicher Interessen vor leichtfertigen Zahlungszusagen der Stadt: Ebenso wie die Übernahme einer Bürgschaft oder einer sonstigen Haftung hat nämlich auch der Swap 4175 in Gestalt der von der Stadt Linz verschriebenen 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen eine Eventualverbindlichkeit der Stadt Linz gegenüber der beklagten Partei begründet, bei der die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe aus dem Geschäft Zahlungspflichten resultieren, ungewiss war. Maßgeblich für die Genehmigungspflicht des Geschäfts ist somit die Höhe der aus der Optionskomponente des Swap 4175 drohenden Verluste.

- 3.4.3.2. Hinsichtlich der gesetzlichen Schwelle für die Genehmigungspflicht nach § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992 stellt der Gesetzgeber auf den Gesamtstand der von der Stadt übernommenen Haftungen ab. Übersteigt dieser 30 % der Einnahmen des ordentlichen Haushalts jenes Rechnungsjahres, in dem das Geschäft abgeschlossen wurde, muss dieses unabhängig von der Fälligkeit der einzelnen bedingten Zahlungspflichten genehmigt werden.
- 3.4.3.3. Anhand der dargestellten Grundsätze ist offensichtlich, dass der Swap 4175 auch gemäß § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992 durch die Landesregierung genehmigt hätte werden müssen:
- (a) Ausgehend von den prognostizierten Einnahmen des ordentlichen Haushalts laut Voranschlag (EUR 459 Mio.) belief sich der genehmigungsfrei zulässige Haftungsrahmen im Jahr 2007 auf insgesamt EUR 137,8 Mio. (Beilage ./9xW). Davon stand der Stadt Linz bei Abschluss des Swap 4175 noch ein unausgenütztes Haftungsbudget in Höhe von EUR 47,7 Mio. zur Verfügung (Delta zum Haftungsstand, Beilage ./9xW).
 - (b) Nach den Berechnungen der Gutachter hätte die Stadt Linz bereits bei Abschluss des Swap 4175 für mögliche Verluste ein Risikobudget in Höhe von EUR 133 Mio. bereithalten müssen. Die täglichen Wertschwankungen des Geschäfts betragen bis zu EUR 115 Mio. (Gerichtsgutachten S 58 f).
 - (c) Bei einem vorzeitigen Ausstieg aus dem Geschäft war mit einer Wahrscheinlichkeit von 49,16 % mit einer sofort zur Gänze fälligen Zahllast in Höhe von EUR 62,8 Mio. zu rechnen (Mittelwert aller Varianten 1 bis 24 Ergänzungsgutachten S 23 ff), bezogen auf das von den Gutachtern so bezeichnete „Niveau 4“ (Ergänzungsgutachten S 18); dazu sei angemerkt, dass die Gutachter ihren Berechnungen als „Niveau 4“ fälschlicherweise den doppelten Betrag für die Genehmigungspflicht gemäß § 78 Abs 1 Z 2 StL (Voranschlag 2007: EUR 31,4 Mio.; Beilage ./9xV) zugrunde gelegt haben, anstatt die Wahrscheinlichkeiten für die Überschreitung des Werts laut Beilage ./9xW (Voranschlag 2007: EUR 47,7 Mio.) zu berechnen. Die von der Stadt Linz durch Abschluss des Swap 4175 übernommene Eventualverbindlichkeit beläuft sich demnach auf ein Vielfaches jenes Betrages, in dessen Höhe die Stadt Linz bei Geschäftsabschluss noch weitere Haftungen ohne Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde eingehen durfte.
- 3.4.4. Der Swap 4175 unterlag damit sowohl gemäß § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 als auch gemäß § 78 Abs 1 Z 3 der Pflicht zur Genehmigung durch die Landesregierung als zuständige Gemeindeaufsichtsbehörde. Gemäß § 78 Abs 3 StL 1992 werden genehmigungspflichtige

Rechtsgeschäfte der Stadt Linz Dritten gegenüber erst mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung rechtswirksam. Eine solche wurde in concreto schon ursprünglich nicht erteilt und in weiterer Folge durch das Land Oberösterreich trotz entsprechender Antragstellung der Stadt Linz (Beilage ./NNN) endgültig versagt (Beilage ./PPP). Konsequenz dessen ist die Unwirksamkeit des Swap 4175.

3.5. Unwirksamkeit wegen Gesetzesverstoßes

3.5.1. Vorbemerkungen

3.5.1.1. Das von Mag. W. F. im Namen der Stadt Linz abgeschlossene Swap-Geschäft 4175 war von Anbeginn an auch deshalb unwirksam, weil es gegen § 879 ABGB verstoßen hat.

3.5.1.2. Die Stadt Linz hat sich schon von Anbeginn an darauf berufen, dass das Swap-Geschäft 4175 gegen das Gesetz, insbesondere gegen § 879 Abs 1 und § 879 Abs 2 Z 4 ABGB verstoßen hat und daher nicht wirksam zustande kommen konnte (Klagebeantwortung der Stadt Linz vom 9. Dezember 2011 [aus Widerklageverfahren zu 55 Cg 29/18b, vormals zu 48 Cg 222/11y], Punkt VII.4., S 73 ff; Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013, Punkt III.7.5., S 34 ff; Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt III.3.1., S 49 f). Die bisherigen Verfahrensergebnisse haben diese (Klags)Behauptung bestätigt.

3.5.2. Gesetz- und Sittenwidrigkeit

3.5.2.1. Ziel des § 879 Abs 1 ABGB ist es unter anderem, Widersprüche zwischen dem Vertragsrecht und sonstigen Rechtsgebieten hintanzuhalten. So soll vermieden werden, dass mithilfe vertraglicher Vereinbarungen Regelungsziele verhindert werden, die andere Rechtsgebiete verfolgen und schützen. Ein derartiger von der Rechtsordnung geschützter Zweck ist der Schutz der öffentlichen Hand vor einer flagranten Verletzung der für eine Kommune geltenden Vorschriften, insbesondere deren Haushaltsvorschriften. Ziel und Zweck dieser Bestimmungen ist es unter anderem, die Kommunen von unverhältnismäßig hohen finanziellen Wagnissen abzuhalten und deren finanzielle Leistungsfähigkeit für die ihnen obliegenden eigentlichen Aufgaben zu erhalten.

3.5.2.2. Unabhängig davon ist nach der Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB ein Geschäft gesetzwidrig bzw. sittenwidrig, wenn zu einer krassen Äquivalenzstörung von Leistung und Gegenleistung – wie im gegenständlichen Fall – als weiterer Umstand hinzukommt, dass (a) sich der schädigende Vertragspartner in einem massiven Interessenkonflikt befindet; (b) sich

dessen Verhalten grob rechtswidrig gegen die Interessen der geschädigten Partei richtet und (c) wenn der Vertrag aufgrund seiner Unausgewogenheit die Existenz der geschädigten Partei bedroht (Klagebeantwortung der Stadt Linz vom 9. Dezember 2011, Punkt VII.4.1.3. f, S 73 f).

- 3.5.2.3. Mit dem Abschluss des Swap 4175 wurden diese Tatbestände verwirklicht: Die erhebliche Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung beim Swap 4175 ergibt sich aus der Struktur dieses Geschäftes (vgl. die Ausführungen zur Optimierungseignung unter Punkt III.3.2.3. bis Punkt III.3.2.5. in diesem Schriftsatz; zur Asymmetrie des Gewinn-Verlustprofils sowie zum hohen negativen Anfangswert im vorbereitenden Schriftsatz der Stadt Linz vom 12. Juli 2013, Punkt II.4.5. bis Punkt II.4.7., S 39 ff, im Schriftsatz vom 28. Februar 2014, Punkt II.7.3. bis II. 7.3., S 23 f, und Punkt II.8.1., S 24 f; sowie in diesem Schriftsatz unter Punkt III.4.4.7.).
- 3.5.2.4. Der Swap 4175 hatte von vornherein ein völlig asymmetrisches Gewinn-Verlust-Profil zu Lasten der Stadt Linz: Einer, in der Gesamtbetrachtung, wenn überhaupt, nur geringfügigen Zahlungserleichterung bei den Zinsen der CHF-Anleihe stand eine vielfache Erhöhung des Fremdwährungsrisikos ohne jedes Limit gegenüber. Die Stadt Linz verschrieb – was vor Mag. W■■■■ F■■■■ tunlichst verborgen wurde (vgl. Punkt III.4.4.7.6.) – der beklagten Partei 21 exponentielle Währungsoptionen (die Stadt Linz war damit sogenannter Stillhalter mit unbeschränktem Risiko). Derartige Strukturen widersprechen dem sich aus dem Effizienzgrundsatz für die öffentliche Hand ergebenden Gebot einer nachhaltigen Vermögensverwaltung im öffentlichen Interesse (Richtlinien des Gemeindebundes, Beilage ./3xR, S 15: „[...] das Schreiben von Derivaten (Verkauf als Stillhalter) mit nicht begrenztem Verlustrisiko ist nicht zulässig“; und weiterführend Klagebeantwortung der Stadt Linz vom 9. Dezember 2011, Punkt IV.4.2., S 45 f; ebenso die Musterdienstanweisung des Deutschen Städtetags für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement, Beilage ./8xD, S 5: „[d]er Einsatz von Finanzderivaten im Zins- und Schuldenmanagement [gründet sich] aus der Verpflichtung zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit“; dabei darf (S 4) angesichts des mit dem Geschäft überhaupt erzielbaren Ertrags „[...] das bisherige Risiko [nur] limitiert erhöht [werden]“; siehe auch zur „fehlenden Optimierungseignung“ unter Punkt III.3.2. dieses Schriftsatzes).
- 3.5.2.5. Die Simulationsmodelle der Gerichtsgutachten zeigen, dass die Stadt Linz sogar in dem fehlerbehafteten Korrigierten Gerichtsgutachten vom 26. Oktober 2016 bei einer viel zu kurzen Datenhistorie von lediglich sieben Jahren höchstens mit einer Zahlungserleichterung von EUR 16 Mio. rechnen konnte. Dem standen in diesem Modell mögliche Zahlungen aus dem Swap 4175 an die beklagte Partei von bis zu EUR 233 Mio. gegenüber. Beseitigt man die

System- und Berechnungsfehler, die dem statistisch-historischen Modell anhaften, so ist die Wahrscheinlichkeit für die Stadt Linz, überhaupt einen Zahlungsvorteil zu erhalten, praktisch null. Nach den genaueren (risikoneutralen) Simulationsmodellen steht jedenfalls fest, dass ein möglicher Zahlungsvorteil der Stadt Linz von vornherein ausgeschlossen war.

- 3.5.2.6. Die Gefahr, demgegenüber Zahlungen aus dem Swap 4175 leisten zu müssen, weil sich das darin enthaltene Währungsrisiko verwirklicht, stieg auf bis zu EUR 420 Mio. (vgl. Punkt III.3.2.4.2.(b) in diesem Schriftsatz; SAM-Gutachten, Beilage ./9xO). Derartige Zahlungsverpflichtungen waren und sind existenzbedrohend für die Stadt Linz. Dass solche exorbitanten Zahlungsrisiken der Stadt Linz nicht nur rein theoretischer Natur waren, folgt daraus, dass die von Mag. W■■■■ F■■■■ mit dem Abschluss des Swap 4175 eingegangenen Verpflichtungen „[...] *einem Kassenkredit der Stadt Linz in CHF in Höhe von [EUR] 1 Milliarde entsprach* (Gerichtsgutachten, S 62)“. Das ist auch der Grund, weshalb sich Mag. W■■■■ F■■■■ gleichzeitig mit dem Abschluss des Swap 4175 ein Risikobudget von EUR 133 Mio. hätte reservieren lassen müssen (Gerichtsgutachten, S 58 f, das unter anderem die Höhe auch damit rechtfertigt, dass beim Swap 4175 mit täglichen Schwankungen der Ausstiegskosten von EUR 114 Mio. gerechnet werden musste).
- 3.5.2.7. Ein Geschäft, das keine oder nur verschwindend geringe Vorteile verspricht (vgl. Punkt III.3.2.3. und Punkt III.3.2.4. in diesem Schriftsatz), gleichzeitig aber verlangt, dass eine Kommune zur Absicherung des Zinsenrisikos, das lediglich in der Veränderung des LIBOR bei der Anleihe von umgerechnet EUR 120 Mio. besteht, von vornherein EUR 133 Mio. (Gerichtsgutachten, S 58) bei Seite legen muss, weil sie diese unter Umständen bereits verwettet hat, ist im Sinne der Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB gegen die grundlegenden Interessen einer Kommune gerichtet. Das Geschäft wird auch dadurch nicht interessengerechter, dass man in einem Risikoleitfaden niedrigere Ausstiegsschwellen festlegt. Solche niedrigere Ausstiegsschwellen und die damit verbundene vorzeitige Beendigung des Geschäftes musste in jedem Fall zu einem Gesamtverlust der Stadt Linz führen (Gerichtsgutachten, S 53: *„Typischerweise wird das Geschäft nicht gewinnbringend abschließbar sein, wenn es vor Ablauf durch einen Ausstieg beendet wird“*; vgl. ebenso unter Punkt III.3.2.3., in dem gezeigt wird, dass bei einem vorzeitigen Ausstieg bis zu einer Schwelle von rund EUR 138 Mio. immer mit Gesamtverlusten zu rechnen ist, weil dann die Verluste aus dem Ausstieg jedenfalls die Zinsersparnisse wettmachen). Die mit dem vorzeitigen Ausstieg verbundene Gefahr des Gesamtverlustes liegt bei einer aus kommunalrechtlicher Sicht gerade noch vertretbaren Ausstiegsschwelle von EUR 31 Mio. praktisch bei 100 %. Selbst bei einer extrem hohen und für eine Kommune nicht mehr vertretbaren Ausstiegsschwelle von

EUR 88 Mio. betrug die Wahrscheinlichkeit einen Gesamtverlust zu erleiden, bis zu 47 % (Punkt III.3.2.5.7.).

- 3.5.2.8. Weiterer Ausdruck der gegen die Interessen der Stadt Linz gerichteten Strukturierung des Swap 4175 durch die beklagte Partei ist dessen negativer Anfangswert (zu den Details, wie er zustande gekommen ist, und zu dem sich daraus ergebenden asymmetrischen Chancen-Risiko-Profil: Punkte III.4.4.7. und III.4.4.8.). Tatsache ist, dass der negative Anfangswert mit EUR 20 Mio. als Differenz zwischen der Leistung der Stadt Linz und jener der beklagten Partei dadurch entstanden ist, dass die beklagte Partei in das Geschäft eine Bruttomarge einstrukturiert hatte, die rund 39 % des fairen Marktpreises für die verkauften Optionen ausmachte. Sie war damit in der Lage, ihr Risiko aus dem Geschäft schon durch einen teilweisen Verkauf auf dem Markt komplett zu schließen (näher dazu Punkt III.4.4.7.3. ff, insbesondere Punkt III.4.4.7.4.).
- 3.5.2.9. Nach der Rechtsprechung in Deutschland ist ein Rechtsgeschäft sittenwidrig iSd § 138 BGB und damit nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist (BGH XI ZR 378/13). Dasselbe gilt für die Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit nach § 879 ABGB. Das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit bei einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist auch bei Verträgen mit aleatorischem Charakter nicht ausgeschlossen. Das gilt nach der deutschen Rechtsprechung auch für Zinstauschverträge. Der Unterschied zu echten Austauschverträgen besteht allerdings darin, dass bei Spiel- und Wettverträgen der Wertvergleich per se noch nicht aussagekräftig ist. Aber auch Zinstauschverträge sind dann sittenwidrig, wenn sie darauf angelegt sind, den Vertragspartner der Bank von vornherein chancenlos zu stellen. Die Stadt Linz war beim Swap 4175 von vornherein chancenlos, und das hing mit der Struktur des Swap 4175 zusammen.
- 3.5.2.10. Nach der von der beklagten Partei geschaffenen Struktur des Swap 4175 lag ihre Leistung darin, dass sie der Stadt Linz einen standardisierten Fixzins-Swap verkaufte, der so marktgängig war, dass die Bruttomargen zum fairen Marktpreis in Form des Geldkurses bzw. Briefkurses ganz gering ausfielen (was auch Ausdruck der geringen Schwankungsbreite eines derartigen Produktes ist; die genauen Zahlen sind der Tabelle auf Seite 62 des Gerichtsgutachtens zu entnehmen). Ihr Risiko, die mit dieser Verpflichtung verbundenen Kosten wieder hereinzubringen, tendierte bereits am Beginn des Geschäfts gegen null (auf diese komfortable Situation [„Super-Replikation“] wird noch näher unter Punkt III.4.4.7.3. eingegangen). Im Gerichtsgutachten wird sie folgendermaßen umschrieben: „[...] im letzteren

Fall [den die Gutachter als überabgesichert oder als super-hedged bezeichnen] resultieren lediglich Gewinne für die Bank, aber keine Verluste.“ (Gerichtsgutachten, S 45). „Die BAWAG konnte sich mit dem Verkauf [gemeint: die Quanto-Optionen] Zeit lassen, bis sie weiter im Geld und damit mehr wert waren, da der Weiterverkauf nur der Standard-Put-Optionen immer weniger Zahlungen erforderte, als die Zinseinnahmen von der Stadt Linz erbrachten oder erbringen würden.“ Wie gering das Risiko der beklagten Partei aus diesem Zinstauschgeschäft war, zeigt dessen Auflösungswert am 7. November 2011. Die Zinskomponente hatte lediglich einen Wert von EUR 6.986.455,97 (die Optionskomponenten – nach den Angaben der beklagten Partei in Beilage J24 – einen solchen von EUR 404.691.565,68).

3.5.2.11. Bei der Währungskomponente des Geschäftes handelte es sich demgegenüber um den – Mag. W■■■■ F■■■ natürlich nicht bewussten – Verkauf von 21 Währungsoptionen, die sich darüber hinaus dadurch auszeichneten, dass sie ein exponentielles Auszahlungsprofil hatten. Der faire Marktpreis dafür wäre bei rund EUR 50 Mio. gelegen, der Geldkurs, den die Stadt Linz dafür erwarten konnte („Die Stadt Linz verkaufte über den Abschluss des Swaps implizit die EUR-Verkaufsoptionen an die BAWAG, erhält also dafür den Geldkurs (Bid-Price).“: Gerichtsgutachten, S 14), lag nach den Berechnungen der Gutachter bei rund EUR 42 Mio. (Gerichtsgutachten, Tabelle S 62, „Optionen (Geldkurs) Fall Q“). Die Gegenleistung, die die Stadt Linz erhielt, lag nur bei EUR 30 Mio. (Gerichtsgutachten, Tabelle S 62, „Zinsteil (Marktwert) Fall Q“). Die möglichen Kosten für den Zinsteil hatte die beklagte Partei unmittelbar nach dem Abschluss des Swap 4175 bereits zur Gänze dadurch abgesichert, dass sie den Optionsteil nur teilweise auf dem Markt weiterveräußert hatte (näher dazu unter Punkt III.4.4.7.3.). Hinsichtlich des Rests hatte sie sich nach den Feststellungen der vom Gericht bestellten Gutachter ein weiteres Gewinnpotential von zumindest EUR 66 Mio. gesichert, das bei ihr zurückblieb (vgl. Punkt III.4.4.7.5.). Das heißt aber nichts anderes, als dass die Stadt Linz mit weiteren Zahlungen in zumindest dieser Höhe im Verlauf des Geschäftes rechnen musste (das folgt auch aus der unter dem vorangehenden Punkt zitierten Aussage der Gutachter, wonach die beklagte Partei nach der teilweisen Replikation damit rechnen konnte, von der Stadt Linz immer mehr zu erhalten, als sie durch den Weiterverkauf an Dritte zahlen musste). Das führt aber zur Schlussfolgerung, dass die Stadt Linz aufgrund der Struktur des Geschäftes („Super-Replikation“) insgesamt betrachtet chancenlos war. Damit war der Swap 4175 sittenwidrig.

3.5.2.12. Ob ein Zinstauschgeschäft sittenwidrig ist oder nicht, wird von der deutschen Rechtsprechung nach den Grundsätzen zur Sittenwidrigkeit von Terminoptionsgeschäften beantwortet, wobei auch im gegenständlichen Fall die analoge Anwendung naheliegt, weil der Swap 4175 – wirtschaftlich betrachtet – zu einem sehr dominierenden Teil aus Terminoptionen besteht.

Danach ist aber ein Geschäft dann darauf angelegt, einen Vertragspartner chancenlos zu stellen, wenn die verlangten Prämien und Aufschläge ein vom Markt abweichendes Ausmaß erreichen.

- 3.5.2.13. Geht es beim Vertrieb von Terminoptionen um die vom Verkäufer der Optionen gemachten Aufschläge und Prämien, so müssen dieselben Grundsätze für den Fall gelten, dass der Kunde die Optionen nicht kauft, sondern verkauft. Dies allerdings mit umgekehrten Vorzeichen, es geht also in diesem Fall darum, dass vom Käufer nicht derart hohe Abschläge vom fairen Marktpreis vorgenommen werden, dass sie den möglichen Gewinn des Optionsverkäufers aufzehren. Beim Vertrieb von Terminoptionen wurde dabei die Grenze für die vom Verkäufer eingehobenen Aufschläge und Prämien (also die Bruttomarge) mit 11 % des fairen Marktpreises angenommen (BGH XI ZR 76/05). Das bedeutet, dass beim Verkauf von Terminoptionen auch ein Abschlag vom fairen Marktpreis diese Grenze nicht überschreiten darf. Unter diesem Gesichtspunkt lag aber beim Swap 4175 ein nicht tolerierbares Missverhältnis und eine grobe Verschiebung des Chancen-Risiko-Profiles vor. Die Abschläge vom fairen Marktpreis für die verkauften Optionen, also die Bruttomarge der beklagten Partei, betrug etwa EUR 20 Mio. (das ist die Differenz zwischen dem Marktpreis für die Optionen und dem Zinsteil). Das entspricht einem Abschlag von beinahe 39 %, also mehr als das Dreifache der beim Vertrieb von Terminoptionen angenommenen Grenze (zur Grenze der zulässigen Zuschläge/Abschläge, vgl. BGH XI ZR 76/05; XI ZR 115/89; bei 11% der Optionsprämie ist die noch tolerable Schwelle jedenfalls überschreiten).

3.5.3. Wucher

- 3.5.3.1. Ein Geschäft ist nach dem Wortlaut des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB nichtig, wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren lässt, deren Vermögenswert zu dem Wert der Leistung in einem auffallenden Missverhältnis steht. Beim Wucher nützt der Wucherer zulasten des Geschädigten das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aus. Dieses muss er nicht selbst geschaffen haben, es genügt, dass es besteht. Zur Verwirklichung des Tatbildes ist es auch nicht notwendig, dass der Wucherer das Bestehen oder das Ausmaß des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung oder dass er die subjektiven Defizite des Geschädigten tatsächlich gekannt hat. Es genügt, dass er beides hätte erkennen können. Die Wucherei kann nämlich auch fahrlässig geschehen (7 Ob 89/17i; im Detail dazu bereits in der Klagebeantwortung der Stadt Linz vom 9. Dezember.2011, Punkt VII.4.2., S 74

f; Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt III.3.2., S 50 ff). Auch der Tatbestand der Nichtigkeit wegen eines wucherischen Geschäftes ist mit dem Swap 4175 erfüllt.

- 3.5.3.2. Das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung sowie das asymmetrische Chancen-Risiko-Profil wurde bereits oben einerseits im Zusammenhang mit der fehlenden Optimierungseignung und andererseits mit dem Verstoß des Geschäftes gegen gesetzliche Vorgaben bzw. gegen die guten Sitten dargestellt (Punkt III.3.2. und Punkt III.3.5.2.).
- 3.5.3.3. Die Unerfahrenheit des Mag. W■■■■ F■■■ im Zusammenhang mit Währungswetten, die Nichterkennung der tatsächlichen Struktur des Swap 4175 und sein beachtlicher Leichtsinns beim Eingehen einer derartigen Währungswette wurde geschildert im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt II.9.1., S 25 f) und im Schriftsatz vom 18. Oktober 2017 („Ergänzendes Vorbringen“).
- 3.5.3.4. Dass die beklagte Partei das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gekannt hat, wurde nachgewiesen in der Klage der Stadt Linz vom 2. November 2011 (insbesondere das Erkennen des hohen Margenbedarfs [Punkt III.3.6, S 21] und das Umgehen der Sicherungseinrichtungen bei der beklagten Partei [Punkt III.3.8, S 22 ff]). Im Schriftsatz vom 18. Oktober 2017 („Ergänzendes Vorbringen“) wurde dargestellt, dass und in welcher Form die beklagte Partei die Fehlvorstellungen des Mag. W■■■■ F■■■ herbeigeführt und jedenfalls nicht korrigiert hat und wie ihr dabei bewusst wurde, wie leichtsinnig und unerfahren er mit dieser Währungswette umging (Ausdruck dessen ist vor allem sein Vertrauen, das Risiko der Währungswette mit dem Einsetzen historischer Daten einschätzen zu können, das völlige Negieren der Bedeutung von Forwards [siehe dazu auch die Ausführungen der Stadt Linz im Zusammenhang mit dem sogenannten „Marktsentiment“ im Schriftsatz der Stadt Linz vom 9. April 2018, Punkt I.1.7., S 13] und vor allem der Umstand, dass der Marktwert, der einerseits die zentrale Risikokennzahl und andererseits das einzige praktische Kriterium für ein Ausstiegsszenario darstellt, für Mag. W■■■■ F■■■ völlig irrelevant gewesen ist [vgl. dazu im Detail im Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt II.10., S 26 ff, und Punkt IV.5.4.3.2., S 123]).

4. Gründe dafür, dass der Swap 4175 im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung der beklagten Partei am 20. Oktober 2011 nicht mehr gültig war

4.1. Vorbemerkungen

4.1.1. Punkt III.3. dieses Schriftsatzes behandelte jene Gründe, die dazu geführt haben, dass der Swap 4175 schon am 12. Februar 2007 nicht wirksam zustande gekommen ist bzw. nicht wirksam zustande kommen konnte. Schon allein diese Gründe rechtfertigen den Zwischenantrag auf Feststellung.

4.1.2. Es gibt allerdings noch weitere Gründe, die dazu geführt haben, dass zum Zeitpunkt des Vertragsrücktritts der beklagten Partei am 20. Oktober 2011 der Swap 4175 nicht mehr wirksam bestanden hat. Die Gründe, die das Rechtsgeschäft nachträglich beseitigt haben, wirkten einerseits ex nunc und andererseits ex tunc. Selbst eine Auflösung ex nunc ändert aber nichts daran, dass es das Geschäft im Zeitpunkt des Rücktritts der beklagten Partei nicht mehr gab. Das bedeutet aber, dass der beklagten Partei dann jedenfalls der von ihr begehrte Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Ersatz des Nichterfüllungsschadens) nicht mehr zustand, weil damit keine vertragliche Pflicht mehr verletzt werden konnte, deren Einhaltung den Nichterfüllungscharakter verhindert hätte. Auch die Feststellung dieser Tatsache stellt daher für den Anspruch der beklagten Partei auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens eine feststellungswürdige Vorfrage dar. Selbst für den Rückforderungsanspruch der Stadt Linz wegen titelloser Zahlung von Zinsen ist diese Vorfrage dann präjudiziell, wenn die nach dem Abschluss erfolgte Auflösung mit ex tunc Wirkung erfolgte, was jedenfalls bei der Anfechtung des Vertrages wegen List nach einem Teil der Rechtsprechung der Fall ist.

4.2. Anfechtung wegen arglistiger Irreführung

4.2.1. Grundlagen

4.2.1.1. Die Stadt Linz hat sich bereits in ihrer Klage vom 2. November 2011 darauf berufen, dass die beklagte Partei Mag. W. F. in die Irre geführt hat (Punkt VI.6., S 46); das Rückzahlungsbegehren wurde deshalb auch darauf gestützt, dass durch die im Prozess abgegebene Anfechtung der Swap 4175 ex tunc beseitigt worden ist, sodass die damit titellos gezahlten Zinsen von der beklagten Partei zurückgezahlt werden müssen. In der Klagebeantwortung vom 9. Dezember 2011 hat die Stadt Linz die Einrede wegen List und Irrtum wiederholt und im Detail begründet (Punkt VII.6., S 75 ff). Weiter ausgeführt wurden die Gründe im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt III.4., S 52 ff).

4.2.1.2. Die Verwirklichung des Tatbestands der arglistigen Irreführung bedeutet nicht zwingend, dass dieser Irrtum von der beklagten Partei selbst herbeigeführt werden musste, es reicht vielmehr aus, dass sie den Irrtum des Mag. W. ■■■■■ F. ■■■■■ tatsächlich erkannt und ihn bekräftigt oder zumindest ausgenützt hat (3 Ob 563/95; 1 Ob 617/95). Auch das Vorsatzerfordernis des § 870 ABGB ist schon dann erfüllt, wenn der Täuschende allein positive Kenntnis davon hatte, dass der andere Teil irrt, wenn dieser Irrtum tatsächlich einen Einfluss auf seinen Willensentschluss hatte. Bedingter Vorsatz genügt (RIS-Justiz: RS0014765; 10 Ob 74/05p).

4.2.2. Der Vorwurf gegenüber der beklagten Partei

Der Vorwurf der Stadt Linz gegenüber den handelnden Personen der beklagten Partei geht dahin, dass sie im Grunde Mag. W. ■■■■■ F. ■■■■■ zum Abschluss der, den Interessen einer Kommune krass zuwiderlaufenden Währungswette dadurch veranlasst haben, dass sie ihn über die Struktur und den Inhalt des Swap 4175 in die Irre führten. Jedenfalls aber haben sie bereits bestehende und erkannte Irrtümer des Mag. W. ■■■■■ F. ■■■■■ ausgenützt und ihn in seinen Fehlvorstellungen bestätigt.

4.2.3. Die Veranlassung des Vertragsabschlusses durch die beklagte Partei

4.2.3.1. Schon in der Klagebeantwortung vom 9. Dezember 2011 (Punkt IV.2., S 18 ff: zur Genese und dem Abschluss des Swap-Geschäftes 4175) und, danach weiterführend, in der Replik vom 30. August 2013 (Punkt III. 3. und 4.) und im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt II.3., S 8 ff) hat die Stadt Linz gezeigt, dass es die beklagte Partei gewesen ist, die Mag. W. ■■■■■ F. ■■■■■ den Swap 4175 regelrecht aufgedrängt hat.

4.2.3.2. Ohne die Details dieses Vorbringens im Einzelnen zu wiederholen, lässt sich die Genese, wie es überhaupt zum Swap 4175 kam, folgendermaßen wiedergeben:

(a) Aufgrund der zunehmenden Schwankungsbereitschaft des Schweizer Franken und in der Befürchtung steigender Zinsen schlug Mag. W. ■■■■■ F. ■■■■■ am 4. Mai 2006 im Finanzausschuss vor, Absicherungsgeschäfte in Form von Fixzins-Swaps ins Auge zu fassen. Im Fokus stand für ihn, sich gegen steigende Zinsen, unter anderem auch gegenüber den Zinsen aus der CHF-Anleihe mit der Kommunalkredit, abzusichern.

(b) In den Gesprächen mit den Banken, die daraufhin folgten, ging es um eine Absicherung. Mag. W. ■■■■■ F. ■■■■■ hat daher nur Fixzins-Swaps und sogenannte „Caps“ nachgefragt (auch in seinem Strafverfahren spricht er davon, es wäre ihm darum gegangen,

Zinsabsicherungen durch Derivate vorzunehmen [LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 2. Dezember 2013, S 12, Beilage ./9xA).

- (c) Am 9. August 2006 unterbreitete die beklagte Partei Mag. W. P. eine Mehrzahl von Vorschlägen. Die diesbezügliche Präsentation (Beilage ./76) enthielt neben den angefragten Absicherungsgeschäften (wie dem Fixzins-Swap oder auch Caps) – ungefragt –, auch komplexe Finanzprodukte, in denen Zins- und Währungsrisiken einstrukturiert waren. Darunter befand sich auch ein sogenannter „*Resettable CHF-linked Swap*“, der von seiner Struktur dem später abgeschlossenen Swap 4175 glich.
- (d) Schon einen Tag darauf, nämlich am 10. August 2006, erschienen S. und Mag. H. A. (als Vertreter der beklagten Partei) bei Mag. W. P., um ihm neben den gewünschten Produkten zur Absicherung auch diese riskanten Finanzprodukte schmackhaft zu machen. Ziel dieses Gesprächs war es herauszufinden, „[...] zu sehen, was für Themen den Kunden eigentlich beschäftigen“. Als ein solches Thema machten S. und Mag. H. A. aus, dass „[...] auch die Stadt Linz [...] die Sorgen um die steigenden Zinsen [beschäftigt haben]“ (Mag. H. A., HG Wien, Protokoll der Streitverhandlung vom 27. September 2013, S 3).
- (e) Die Präsentation am 10. August 2006 und das anschließende Beratungsgespräch zwischen ihnen drehten sich auch um die von der beklagten Partei unaufgefordert präsentierten spekulativen Finanzgeschäfte. Diese haben Mag. W. P. offenbar stark beeindruckt: In der nur einen Tag später erstellten Zusammenfassung der Ergebnisse der Bankengespräche (Beilage ./30) bleibt er unter der Überschrift „*Handlungsalternativen*“ im Bereich der CHF-Anleihe zwar bei dem als Absicherung angestrebten Fixzins-Swap, hinsichtlich der in Euro aufgenommenen Finanzierung findet sich aber unter Punkt 3. („*Varianten zur Optimierung*“) und dem Einleitungssatz „*Die Fixzinssätze können gesenkt werden, wenn wir gewisse Risiken übernehmen*“ der von der beklagten Partei so empfohlene „*Resettable CHF-linked Swap*“.
- (f) Dass es nicht Mag. W. P. war, der diese hochspekulativen Produkte wollte, sondern die beklagte Partei, ergibt sich aus den Aussagen der beiden Teilnehmer S. und Mag. H. A.. Die diesbezüglichen Zitate sind im Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014 (Punkt II.3., S 8 ff) wortwörtlich wiedergegeben. Auf die Frage des HG Wien in der Verhandlung vom 27. September 2013 hielt es Mag. H. A. nämlich für äußerst unwahrscheinlich, dass die Stadt Linz mit dem Wunsch nach einem entsprechenden Swap an die beklagte Partei herantreten wäre. Auch

S■■■■■ hat bestätigt, dass die präsentierten Finanzgeschäfte einem vorhandenen Produktkatalog entsprangen und nicht speziell für die Stadt Linz gemacht worden wären.

- (g) Vorerst bleibt Mag. W■■■■■ F■■■■■ allerdings bei seiner Linie, sich gegen steigende Zinsen lediglich absichern zu wollen, und er schreibt am 8. September 2006 ein „Cap“ aus (Beilage ./89). Die beklagte Partei bietet ausschreibungsgemäß am 12. September 2006 an, erhält aber nicht den Zuschlag (der Zuschlag geht an die Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft und die Allgemeine Sparkasse Oberösterreich Bankaktiengesellschaft).
- (h) ■■■■■ S■■■■■ bietet schon am 4. September 2006 Mag. W■■■■■ F■■■■■ neuerlich per E-Mail den „Resettable CHF-linked Swap“ mit einem Strike bei 1,49 an (Beilage ./88), dabei beruft sie sich auf ihre Präsentation vom 9. August 2006.
- (i) Um Mag. W■■■■■ F■■■■■ das Produkt bzw. ihre Empfehlung schmackhaft zu machen, enthielten die genannten Präsentationen historische Charts des EUR/CHF-Wechselkurses mit einem ausgewiesenen Korridor von ca. 1,44 bis 1,62 im Zeitraum 2000 bis 2006 und die 6-Monats-EURIBOR- bzw. 6-Monats-CHF-LIBOR-Referenzzinssätze. Eine Marktpreisbewertung des jeweiligen Finanzproduktes wurde bei keiner dieser Präsentationen angeführt, ebenso keine Forwards, die Rückschlüsse auf die Markterwartung hätten zugelassen.
- (j) Nochmals präsentiert wurde der Swap von der beklagten Partei am 22. September 2006 (Beilage ./91). Schon einige Tage vorher, nämlich am 13. September 2006, hatte Mag. W■■■■■ F■■■■■ schriftlich dem Bürgermeister und dem Finanzstadtrat seine Empfehlung erläutert, eine „Zinsabsicherung“ bei den bestehenden Finanzierungen vorzunehmen. Er begründet dies damit, dass es durch die Verknüpfung des Absicherungsinstruments mit dem Schweizer Franken gelingen könne, bei einem Wechselkurs über einem bestimmten Grenzwert einen Nachlass von 1,25 % auf den 6-Monats-EURIBOR zu erreichen (Liege der Wechselkurs darunter, so würde sich der Abschlag entsprechend verringern, erklärt er noch erläuternd). Am 26. September 2006 wird dann der Swap abgeschlossen (er erhielt die Nummer 3976).
- (k) Die Zinsabsicherung bei der CHF-Anleihe über EUR 195 Mio. war bis Ende 2006 offenbar kein Thema mehr. Mag. W■■■■■ F■■■■■ hatte aber nach wie vor die in seiner Zusammenstellung vom 11. August 2006 (Beilage ./H) festgehaltene Strategie einer Absicherung durch einen Fixzins-Swap vor Augen. Er sprach darüber auch am

4. Dezember 2006 mit der beklagten Partei und meinte, er wolle einen Fixzins von 2,5 %. Die beklagte Partei antwortete darauf, dass sie aktuell nur einen Fixzins von 2,7 % bieten könne (E-Mail █ S█, 7. Dezember 2006, Beilage ./Q).

- (l) Allerdings verfolgte sie weiterhin beharrlich die Strategie, Mag. W█ F█ risikoreiche Finanzprodukte anzubieten: Im Portfolio der Stadt Linz hatte Mag. W█ F█ ein Zinsderivat, das auf der Differenz zwischen langfristigen und kurzfristigen Zinsen beruhte („CMS“). Er bat █ S█, ihm einen Swap zurück in eine herkömmliche variable Verzinsung zu verschaffen. Sie kam diesem Wunsch mit der Präsentation sogenannter „Zinsoptimierungsmodelle 2006“ (Beilage ./I77) nach. Die Produktpalette enthielt tatsächlich einen derartigen Wechsel in eine variable Verzinsung. Wie schon im August 2006, begnügte sich die beklagte Partei aber nicht damit, dem Wunsch des Mag. W█ F█ zu entsprechen, das angefragte Produkt anzubieten, sie machte ihm gleichzeitig unter der euphemistischen Bezeichnung der Zinsoptimierung wiederum Produkte schmackhaft, die die Übernahme ganz erheblicher Währungsrisiken enthielten. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass dahinter eine konsequente Strategie stand (Projekt Hermes: Derivatgeschäfte mit Kommunen; Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013 [Punkt III.3.2., S 23 f]; Vorstandsprotokoll vom 17. April 2007, Beilage ./I100, S 3: *...wird auch von unseren Mitbewerbern nicht zuletzt im Hinblick auf die Ertragschancen akzeptiert*“).
- (m) Am 26. Jänner 2007 besuchen Mag. H█ A█ und █ S█ Mag. W█ F█ in Linz und beraten ihn über die „Absicherung der CHF-Tilgungen“. Ob sie ihm an diesem Termin zum Abschluss eines „Resettable CHF-linked Swap“ für seine CHF-Finanzierung als Alternative zum Fixzins-Swap, den Mag. W█ F█ eigentlich abschließen wollte, raten, bleibt auch nach dem Text des darüber angefertigten Vermerks der beklagten Partei unklar (Beilage ./I71).
- (n) Mag. W█ F█ beschrieb den Inhalt dieses Gesprächs bei seiner Vernehmung vor dem LG Linz jedenfalls so: *„Es ist das Gespräch, wo praktisch die BAWAG den CHF Resettable mir schmackhaft gemacht hat. Ein Monat zuvor hat es noch einen Schriftverkehr gegeben, dass ich einen Fixzins will von 2,5 %, dass wir aber noch nicht dort sind und dass ich um Kontaktaufnahme ersuche, wenn wir in dieser Gegend sind. Das war dann der darauffolgende Besuch von Mag. A█ und der Frau S█.“* (Mag. W█ F█, LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 2. Dezember 2013, S 19, Beilage ./I9xA).

- (o) ■ S ■ verstärkt eine Woche darauf ihre Bemühungen und übermittelt Mag. W ■ F ■ am 31. Jänner 2007 Preisindikationen für die „*Optimierung der CHF-Finanzierung*“ (Beilage ./95).
- (p) Am Tag danach ruft sie Mag. W ■ F ■ an, um ihren Vorschlag vom Vortag zu bewerben. Sie spricht von einem „[...] *attraktiven Vorschlag* [...] *auf einem Niveau sei* [...] *wo man schon schwach werden könnte.*“ Um das besonders günstige Geschäft zu unterstreichen, erklärt sie Mag. W ■ F ■, sie selbst sei überrascht gewesen, „[...] *wie toll sich ihr Vorschlag rechne*“.
- (q) Zwischen dem 1. Februar 2007 und dem 12. Februar 2007 finden dann mehrere Gespräche zwischen Mag. W ■ F ■ und Vertretern der beklagten Partei statt, in denen es um den Abschluss des Swap-Geschäftes geht. Der Inhalt dieser Gespräche ist nicht aktenkundig, weil sich die beklagte Partei nach wie vor weigert, die diesbezüglichen Telefonprotokolle herauszugeben.
- (r) Am 12. Februar 2007 schließt Mag. W ■ F ■ mit ■ S ■ das Geschäft ab. Vor dem LG Linz, vor dem er angeklagt war, begründete er diesen Abschluss mit den Worten „*ich habe das Geschäft abgeschlossen, weil mir die Frau S ■ dazu geraten hat und eben dass man schwach werden könnte* [...]“ (LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 2. Dezember 2013, S 19 f, Beilage ./9xA).

4.2.4. Die Fehlvorstellungen des Mag. W ■ F ■ und deren Ausnützen durch die beklagte Partei

- 4.2.4.1. Die Stadt Linz hat sich schon im aufgetragenen Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (unter Punkt II.4., S 10 ff, und Punkt II.5., S 16 ff) ausführlich mit den Beweisergebnissen auseinandergesetzt, die zeigen, warum für Mag. W ■ F ■ das Währungsrisiko überschaubar und auch akzeptabel gewesen ist. Im Schriftsatz vom 18. Oktober 2017 („Ergänzendes Vorbringen“) wurden diese Beweisergebnisse sowie weitere Verfahrensergebnisse entsprechend gewürdigt. Auf beide Schriftsätze wird verwiesen. Mag. W ■ F ■ hatte aufgrund der fehlenden bzw. lückenhaften Informationen eine völlig falsche Vorstellung von der Struktur des Geschäftes und seinen Risiken, sodass er sich damit auch nicht auseinandersetzen konnte. Die beklagte Partei hat das gewusst und, um das Geschäft nicht zu gefährden, auch gefördert.

4.2.4.2. An erster Stelle ist dabei zu erwähnen, dass die beklagte Partei systematisch die Fokussierung auf die historische Kursentwicklung betrieben hat. Dass der Swap 4175 ein asymmetrisches Chancen-Risiko-Profil hatte, dass es sich in Wahrheit um eine Währungswette gehandelt hat, hinter der 21 exponentielle Währungsoptionen (Terminoptionen) standen, blieb völlig ausgeklammert. Allein die Bezeichnung Swap für das gesamte Geschäft bzw. die Bezeichnung der Währungskomponente als bloßes FX-Adjustment in einem Zinstauschgeschäft (wobei das Vorhandensein eines derartigen FX-Adjustments Mag. W. P. gegenüber auch erst nach dem Abschluss des Swap 4175, und zwar erstmals im Schreiben der S. vom 7. Jänner 2008, Beilage ./19, angesprochen wurde) war verschleiern. Wie auch die Österreichische Nationalbank zu einem vergleichbaren Produkt festgestellt hat: „[...] *wobei die Bezeichnung Swap irreführend ist, da es sich bei der ökonomischen Natur der Geschäfte nach um geschriebene Währungsoptionen mit erheblichem, theoretisch unbegrenztem Risikopotential handelt*“ (Beilage ./8xB). In Wahrheit verbargen sich hinter diesem FX-Adjustment Terminoptionen bzw. optionsbasierte Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz.

4.2.4.3. Die Bedeutung des Marktwertes sowohl für die Einschätzung des Risikos als auch für die Abstimmung eines Risikoleitfadens mit der beklagten Partei war Mag. W. P. unbekannt. Damit fehlte ihm auch jegliche Vorstellung, ob, wie und unter welchen Umständen im Risikofall ein Ausstieg bewerkstelligt werden könnte. Es wäre ihm wohl nicht annähernd in den Sinn gekommen, dass er für ein mögliches Ausstiegsszenario von Anbeginn an ein Sicherheitsbudget von EUR 133 Mio. (Gerichtsgutachten S 58 ff) hätte vorhalten müssen. Noch viel weniger konnte er sich vorstellen, dass selbst ein Sicherheitsbudget für den Ausstieg von EUR 30 Mio. keinerlei Sinn machte, weil bei einem solchen Limit gewährleistet war, dass die Stadt Linz mit einem Verlust aussteigt (Ergänzungsgutachten, Anfragebeantwortung zu B105 bis B107, S 56). Der beklagten Partei war das alles wohl bewusst (siehe dazu etwa die Ausführungen der Gutachter, wonach das Sicherheitsbudget überschlägig ganz einfach berechnet werden konnte: Gerichtsgutachten, S 56), die beklagten Partei wollte sich aber durch eine Aufklärung des Mag. W. P. darüber nicht die Chancen zum Abschluss des Geschäfts zunichtemachen.

4.3. Auflösung des Swap 4175 durch die Stadt Linz aus wichtigem Grund am 13. Oktober 2011

4.3.1. Der Gemeinderat der Stadt Linz hat am 13. Oktober 2011 beschlossen, das Swap-Geschäft aus wichtigem Grund aufzulösen. Mit einem noch am selben Tag der beklagten Partei zugestellten Schreiben hat der Bürgermeister den Gemeinderatsbeschluss effektuiert und die

Auflösung des Vertrages erklärt. Die Gründe für die Berechtigung dieser fristgemäßen Auflösung wurden in der Klagebeantwortung der Stadt Linz vom 9. Dezember 2011 (unter Punkt IV.3.12, S 43 f) im Einzelnen beschrieben. Auf diese Ausführungen wird verwiesen.

4.3.2. Beim Swap 4175 handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, das zwar durch ordentliche Kündigung vor seinem Ablauf nicht aufgelöst werden konnte, eine Beendigung aus wichtigem Grund war aber jederzeit möglich. Eine derartige Beendigung konnte auch vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Auch § 7 Abs. 1 des Rahmenvertrages sieht vor, dass aus wichtigem Grund gekündigt werden kann.

4.3.3. § 7 Abs 4 des Rahmenvertrages bestimmt, dass im Fall der Beendigung durch Kündigung aus wichtigem Grund keine Partei mehr zu Zahlungen oder zu sonstigen Leistungen verpflichtet ist. Durch die berechtigte vorzeitige Beendigung endete damit der Swap-Vertrag am 13. Oktober 2011.

4.3.4. Die beklagte Partei konnte deshalb ihrerseits am 20. Oktober 2011 die Auflösung des Swap 4175 nicht mehr begehren, weil er an diesem Tag nicht mehr wirksam bestand. Aus diesem Grund kann sie auch keinen Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, weil die Stadt Linz nach dem 13. Oktober 2011 zu keinerlei Leistung mehr verpflichtet war (diesbezüglich wird auch auf die Ausführungen der Stadt Linz in der Klagebeantwortung vom 9. Dezember 2011, Punkt VII.8., S 92, verwiesen).

4.4. Unwirksamkeit des Vertrages aufgrund des Verlangens nach einer schadenersatzrechtlichen Naturalrestitution

4.4.1. Vorfrage oder Hauptfrage

4.4.1.1. Bereits in der Klage vom 2. November 2011 (Punkt VI.7. ff, S 47 ff) hat die Stadt Linz ihr auf Rückzahlung gestütztes Leistungsbegehren damit begründet, dass sie auch im Wege des Schadenersatzes so zu stellen sei, wie sie stünde, wenn sie das Swap-Geschäft nicht abgeschlossen hätte. Sie hat also Naturalrestitution begehrt, die unmittelbar auf die Beseitigung des Vertrages gerichtet ist. Das Begehren nach Rechtsgestaltung ist dabei implizit im Verlangen nach Rückzahlung der durch die Beseitigung des Vertrages im Wege der Naturalrestitution titellos erbrachten Zinszahlungen enthalten. Auch in der Klagebeantwortung vom 9. Dezember 2011 (Punkt VII.7.1., S 79) erklärte die Stadt Linz, dass die von ihr verlangte Naturalrestitution auf die Herstellung des gleichen wirtschaftlichen Zustandes gerichtet ist, wie er ohne das schädigende Ereignis bestünde; es gäbe also keinen Vertrag. Damit sei im Wege

der schadenersatzrechtlichen Naturalrestitution auch dem Verlangen der beklagten Partei auf Schadenersatz, die Basis entzogen. Es setzt nämlich, da es auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gerichtet ist, ein vertragswidriges Verhalten der Stadt Linz und damit das Bestehen eines gültigen Vertrages bis zur Rücktrittserklärung der beklagten Partei voraus. Ein solcher Vertrag bestand aber nicht mehr, wenn er durch eine ex tunc wirkende Naturalrestitution beseitigt worden war.

- 4.4.1.2. Nach stRsp kann der Kläger ein Anfechtungs- oder Wandlungsrecht in Bezug auf einen Vertrag auch in der Form geltend machen, dass er unter die Behauptung der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes auf Rückstellung der von ihm bewirkten Leistung klagt (RIS-Justiz: RS0016253; 10 Ob 35/17w; 4 Ob 70/18z). Gemäß § 877 (bei Gewährleistung iVm § 932 ABGB) iVm mit §§ 1435 ff ABGB müsse zwar das Anfechtungsrecht gerichtlich geltend gemacht werden, doch könne dies auch so geschehen, dass der Irrende unter Behauptung der Ungültigkeit des Geschäfts auf Rückstellung der von ihm bewirkten Leistung klagt oder gegen die Leistungsklage des anderen Teils die Einrede der Ungültigkeit erhebt (ebenso die Lehre etwa dazu nur *Rummel in Rummel*⁴, § 871 ABGB Rz 19, 30 und *Apathy/Riedler in Schwimann*³ § 871 ABGB Rz 30, je mwN). Dem Vertragsaufhebungsbegehren kommt in diesem Fall kein eigenständiger Wert zu, es sei denn, dass die Vernichtung des Vertrages eigens festgestellt werden muss, weil es kein Leistungsbegehren gibt (3 Ob 2/11g; 4 Ob 70/18z).
- 4.4.1.3. Auch bei der *leasio enormis*, welche durch Klage bzw. Einrede geltend zu machen ist, wird in der jüngeren Rsp (etwa 3 Ob 20/97f; 4 Ob 88/03z; 1 Ob 3/10 p) – abweichend von der älteren Rsp (etwa 2 Ob 575/90) – davon gesprochen, dass es nicht unbedingt eines Gestaltungsbegehrens bedarf, sondern dass der Anfechtende mit der Behauptung der Ungültigkeit des Geschäfts auf Rückstellung der von ihm bewirkten Leistung klagen könne (3 Ob 20/97f; 4 Ob 88/03z). Selbst wenn nur die Rückzahlung eines Betrags aus dem Rechtsgrund des § 934 ABGB begehrt wird, werde der Vertrag mit der Rechtskraft des stattgebenden Urteils aufgehoben (4 Ob 88/03z). In die gleiche Richtung geht die Rsp zur insolvenzrechtlichen Anfechtung: Danach handelt es sich zwar bei der Anfechtung des Insolvenzverwalters um das Begehren nach Rechtsgestaltung, ein gesondertes Rechtsgestaltungsurteil ist aber nur dann notwendig, wenn der Anfechtungsgegner nicht zu einer Leistung verpflichtet wird, also die angefochtene Rechtshandlung für unwirksam erklärt werden soll (RIS-Justiz: RS0064580 [T1 bis T3]; 6 Ob 2341/96z; 3 Ob 14/17f).
- 4.4.1.4. Mit der Frage, wie die schadenersatzrechtliche Naturalrestitution, die auf eine Beseitigung des betroffenen Vertrages gerichtet ist, ausgeübt werden muss, hat sich die Rsp – soweit

ersichtlich – nur in 9 Ob 43/13h beschäftigt. Darin wurde dem ausdrücklichen Verlangen des Klägers, wonach „[...] die Kauf- und Kommissionsverträge *ex tunc aufgehoben* [werden]“, stattgegeben. Ob damit für das Begehren auf schadenersatzrechtliche Naturalrestitution im Gegensatz zu der oben wiedergegebenen Rsp in jedem Fall die Gestaltung in Form eines eigenen Begehrens zum Ausdruck kommen muss oder ob das Höchstgericht damit nur – wie etwa im Anfechtungsrecht – darin bloß ein unschädliches Plus gesehen hat, blieb mangels Problematisierung durch die beklagte Partei offen.

- 4.4.1.5. Der OGH geht in der E jedenfalls davon aus, dass die Beseitigung des Vertrages rechtsgestaltend erst mit dem Urteil erfolgt und nicht bereits mit der Geltendmachung durch den Geschädigten. Damit steht die Entscheidung jedenfalls im Einklang mit der Rsp zur Anfechtung des Vertrages wegen *laesio enormis* und zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, wonach die Beseitigung des Vertrages bzw. der Rechtshandlung erst durch das Urteil geschieht.
- 4.4.1.6. Auch im Irrtumsrecht wird überwiegend vertreten, dass die Anfechtung eine Rechtsgestaltung ist und einer Rechtsgestaltungsklage bedarf (RIS-Justiz: RS0014815 [insbesondere T5 und T10]). Auch zu 4 Ob 70/18z etwa hat der Kläger Rechtsgestaltung und Leistung begehrt. Im Gegensatz dazu hat allerdings der OGH in der Entscheidung 3 Ob 216/06w ausgesprochen, dass schon die im Prozess abgegebene Erklärung des Irrenden die Rechtsänderung herbeiführt. Danach sei es gar nicht mehr möglich, die Rechtsänderung durch das Urteil zu bewirken, weil zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichtes der Vertrag eben nicht mehr besteht.
- 4.4.1.7. Nach Ansicht der Stadt Linz ist die Entscheidung 3 Ob 216/06w, wonach bereits der im Verfahren erhobene Einwand der Ungültigkeit den Vertrag beseitigt, nicht zwingend auf die schadenersatzrechtliche Naturalrestitution zu übertragen. Schon zum Irrtumsrecht steht sie im Gegensatz zur jüngsten Entscheidung 4 Ob 70/18z (außerdem steht sie im Widerspruch zum Rechtssatz RIS-Justiz: RS0014815). Außerdem dürfte sie von der Natur der Irrtumsanfechtung insofern beeinflusst sein, als es dort um die Ungültigkeit des Vertrages „*ab ovo*“ wegen in Wahrheit gar nicht vorliegender Willensübereinstimmung geht. Demgegenüber liegt es in der Natur des schadenersatzrechtlichen Naturalersatzes, den bestehenden Vertrag nachträglich, wenn auch mit Wirkung *ex tunc*, zu beseitigen.
- 4.4.1.8. Das bedeutet, dass bis zur Entscheidung des HG Wien über den geltend gemachten Schadenersatzanspruch der Swap 4175, sollte das Swap-Geschäft überhaupt jemals wirksam zustande gekommen sein (was die Stadt Linz bestreitet), Bestand hätte. Seine Unwirksamkeit

wäre danach keine, dem Zwischenfeststellungsantrag zugängliche Vorfrage, sondern eine Hauptfrage. Aus Gründen der Vorsicht, vor allem unter dem Gesichtspunkt, dass es an einer klaren Aussage des OGH fehlt, beruft sich die Stadt Linz aber auch im Rahmen des Zwischenfeststellungsantrages auf die durch die Geltendmachung von Schadenersatz ex tunc erfolgte Auflösung des Swap 4175.

4.4.2. Der Anspruch der Stadt Linz auf Schadenersatz

- 4.4.2.1. Die Stadt Linz hat bereits in der Klage vom 2. November 2011, aber auch in der Klagebeantwortung vom 9. Dezember 2011, sowie noch detaillierter im Schriftsatz vom 28. Februar 2014, begründet, weshalb die beklagte Partei ihr gegenüber schadenersatzpflichtig wurde, sollte das Swap-Geschäft 4175 überhaupt jemals wirksam zustande gekommen sein. Das auf Schadenersatz gerichtete Begehren der Stadt Linz führt in diesem Fall jedenfalls im Wege der Naturalrestitution zur ex tunc wirkenden Beseitigung des Vertrages. Das bedeutet, dass die Stadt Linz die ab 15. Oktober 2009 an die beklagte Partei erbrachten Zahlungen von insgesamt CHF 40.781.951,50 wegen Fehlens eines Rechtsgrunds von der beklagten Partei zurückfordern kann. Es bedeutet aber auch, dass der beklagten Partei – mangels eines wirksamen Vertrages – die von ihr geltend gemachten und auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung eben dieses Vertrages gerichteten Ansprüche nicht zustehen. Daneben hat die Stadt Linz aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes auch den Zuspruch jener Vermögensschäden begehrt bzw. compensando eingewendet, die ihr dadurch entstanden sind, dass sie den Swap 4175 abschloss. Es handelt sich dabei um die Zahlungen an die beklagte Partei aber auch um den Vermögensnachteil, der im Anspruch der beklagten Partei gegenüber der Stadt Linz liegt.
- 4.4.2.2. Das Verlangen nach Schadenersatz begründete die Stadt Linz damit, dass die beklagte Partei rechtswidrig und schuldhaft gesetzliche und (vor-)vertragliche Informations- und Aufklärungspflichten ebenso verletzt hat, wie die sich aus dem zumindest konkludent zustande gekommenen Beratungsvertrag ergebenden Pflichten zur anlegergerechten und objektgerechten Information und Beratung im Zusammenhang mit dem Abschluss des Swap 4175. Die beklagte Partei hat damit verhindert, dass der damals für die Stadt Linz handelnde Mag. W. P. eine fehlerfreie Geschäftsentscheidung treffen konnte.
- 4.4.2.3. Weiters hat die beklagte Partei schuldhaft gegen eine Vielzahl gesetzlicher Wohlverhaltensregeln, darunter gegen das Empfehlungsverbot, und die Pflicht zur Offenlegung von Interessenskonflikten verstoßen und sie ist ihren gesetzlichen Aufklärungs- und Informationspflichten nicht nachgekommen. Das zeigte sich nicht zuletzt darin, dass sie

Mag. W■■■■ F■■■ den Swap 4175 zur Absicherung des Fremdwährungsportfolios gegen steigende Zinsen – entgegen dem bestehenden Empfehlungsverbot (vgl. dazu im Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt IV.2.2.2., S 58 f) – nicht nur empfohlen, sondern regelrecht aufgedrängt hat, womit sie sich gegen die Interessen der Stadt Linz stellte. Da die Stadt Linz in der Klagebeantwortung vom 9. Dezember 2011 und im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 zu diesen Themenbereichen bereits ein ausführliches Vorbringen erstattet hat, werden im Folgenden die anspruchsbegründenden Tatsachen sowie die Darlegung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens der beklagten Partei nur mehr gerafft insofern wiederholt, als sie zum Verständnis dieses Zwischenfeststellungsantrages notwendig sind.

4.4.2.4. Wäre die beklagte Partei den genannten Pflichten nachgekommen, hätte der damals für die Stadt Linz handelnde Mag. W■■■■ F■■■ den Swap 4175 niemals abgeschlossen (Klage der Stadt Linz vom 2. November 2011, Punkt VI.7.5.4., S 51; Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt II.10., S 26 ff). Das zeigen die Aussagen des Mag. W■■■■ F■■■ in der Hauptverhandlung vor dem LG Linz und deren Beurteilung durch den dort bestellten Gerichtssachverständigen.

(a) So nahm Mag. W■■■■ F■■■ an, die Chancen und Risiken des Geschäfts wären im Wesentlichen gleich verteilt gewesen.

- *„Ja. Wenn das bekannt ist, dass das nicht null ist, sondern -20 Mio., schließt man gar nicht ab, weil das heißt ja, das ganze Geschäft ist sinnlos. Man stellt sich im Vorhinein gegen den Markt, wenn man -20 Mio. hat. Wenn man eine Bewertung von null hat dann ist die Chance ungefähr gleich groß vom Markt, dass das Derivat aufgeht oder auch nicht.“* (Mag. W■■■■ F■■■, LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 2. Dezember 2013, S 18, Beilage ./9xA); und
- *„Mit den Kenntnissen von heute würde ich diesen Swap nicht mehr abschließen.“* (Mag. W■■■■ F■■■, LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 2. Dezember 2013, S 26 f, Beilage ./9xA)

(b) Dem steht auch nicht entgegen, dass Mag. W■■■■ F■■■ das Geschäft später nicht aufgelöst hat, obwohl er durch die Berichte der beklagten Partei wusste, dass sich der Marktwert ins Minus gedreht hatte (im Übrigen hat er dem Marktwert überhaupt keine Bedeutung beigemessen [Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt II.5.6., S 20 ff]). Auf die wörtliche Frage des Staatsanwalts: *„Sie haben heute gesagt, wenn Sie gewusst hätten schon zum Abschlusszeitpunkt dieses Swaps, dass dieser eine negative*

Bewertung von minus 20 Mio. EUR gehabt hätte, dann hätten Sie den niemals abgeschlossen, weil Sie hätten gesehen, dass Sie gegen den Markt spekulieren würden. Jetzt ist diese Negativbewertung Ende März 2008 im Prinzip nichts anderes. [...] Was ist in dem Fall anders, als wenn Sie schon vor Abschluss darüber aufgeklärt werden, sie haben ein negatives Geschäft?“, erwiderte er nämlich:

- *„Ich glaube, es ist ein wesentlicher Unterschied, wenn ich die ganze Negativbewertung vor Abschluss weiß und ich mache es dann trotzdem, dass ich gegen den Markt gehe von vornherein, dann ist das glaube ich ein grober Fehler. Hingegen, wenn man ein Geschäft abschließt von dem man glaubt, dass es fair gepreist ist und es war nur zwischendurch eine kurze negative Bewertung, obwohl wir ein positives Wechselkursverhältnis gehabt haben, obwohl wir positive Cash-Flows gehabt haben, obwohl das laut Prognosen auch noch für die nächsten 12 Monate der Fall war, das ist glaube ich ganz eine andere Situation als wenn ich da stehe vor Beginn eines Geschäftes und es heißt -20 Mio. gehst du es ein oder nicht. Da hat man ja praktisch schon einen Startnachteil von -20 Mio.“ (Mag. W. F., LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 2. Dezember 2013, S 29 f, Beilage /9xA).*

(c) Auch der Gerichtssachverständige im Strafverfahren hielt die Aussage des Mag. W. F. für absolut plausibel.

- *„Tatsache ist, dass der Marktwert dem Herrn Mag. F. wohl nicht mitgeteilt wurde. Wenn ich ein neues Geschäft abschließe, auch im Optionsbereich, dann muss sich die Leistung und Gegenleistung in einem adäquaten Verhältnis befinden. Davon geht eigentlich jeder seriöse Geschäftsmann aus. Auch bei den Händlern ist das üblich. Selbst unter Einrechnung einer handelsüblichen Marge konnte man davon ausgehen, auch wenn man eine langjährige Geschäftsbeziehung mit einer Bank pflegt, dass das in einem adäquaten Verhältnis steht.“ (Dr. C., LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 9. Dezember 2013, S 34, Beilage /9xC).*
- *„Wenn ich weiß, das steht nicht in einem adäquaten Verhältnis, dann ist es durchaus auf der Hand liegend, dass ich sage, bei einer Belastung von -20/-21 Mio. nehme ich von dem Geschäft Abstand. Das liegt auch in der Lebenserfahrung jedes auch nicht Derivatspezialisten, dass ich mit einem Handicap von -20 Mio. schlecht dastehe.“ (Dr. C., LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 9. Dezember 2013, S 34 f, Beilage /9xC).*

darüber hinaus die weiteren Informationen erhalten, wie sie bereits im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (unter Punkt IV.2.2. bis Punkt IV.2.6., S 57 ff) aufgeführt sind, so hätte er natürlich den Vertrag ebenfalls nicht geschlossen.

4.4.2.8. Zur Rsp, dass der geschädigte Anleger nicht nur zu behaupten und zu beweisen habe, dass er bei korrekter Information die „*tatsächlich gezeichnete Anlageform nicht erworben hätte*“, sondern auch, wie er sich bei korrekter Information hypothetisch verhalten hätte bzw. wie sich sein Vermögen in diesem Fall entwickelt hätte (RIS-Justiz: RS0106890), hat die Stadt Linz in ihrem Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (unter Punkt IV.4., S 114 ff) bereits ausführlich Stellung genommen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird darauf verwiesen, Folgendes aber nochmals hervorgehoben:

- (a) Die Rsp zur Vermögensentwicklung im Fall eines alternativen Verhaltens des Geschädigten ist vor dem Hintergrund der klassischen Vermögensveranlagung ergangen. Danach sollte der Anleger, der durchaus bereit war, ein bestimmtes Risiko zur Vermögensvermehrung einzugehen, nicht dafür belohnt werden, dass er auf dem Rücken der Bank spekuliert hat. Verlangt der Anleger also Schadenersatz von der Bank, so muss er dieses Risiko selber tragen und kann nicht von der Bank verlangen, dass sie ihm dieses Risiko abnimmt. Der Anleger bekommt in diesem Fall von der Bank nur jenen Vermögensnachteil ersetzt, den er nicht anderweitig auch erlitten hätte.
- (b) Die Stadt Linz hat im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 dargelegt, dass die auf die Vermögensveranlagung abgestellte Rsp auf den Swap 4175, bei dem es nicht um eine Vermögensveranlagung, sondern wirtschaftlich um den Verkauf von Währungsoptionen ging, wobei nur die Gegenleistung der beklagten Partei in einem Zinsswap bestand (zur Struktur vgl. Punkt III.4.4.7. in diesem Schriftsatz) nicht übertragbar ist: Das gilt insbesondere dann, wenn – so wie hier – nicht nur der Geschädigte den Vermögensnachteil ersetzt haben will, sondern auch die Bank aus dem Geschäft, das rückwirkend weggefallen ist, Erfüllung bzw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt.
- (c) Die Stadt Linz hat Schadenersatz in Form der Naturalrestitution begehrt. Ist dieses Begehren berechtigt, so fällt der Swap 4175 rückwirkend so weg, als hätte er nie bestanden. Damit fehlt dem Verlangen der beklagten Partei auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens der Rechtsgrund. Im Zeitpunkt der Kündigung durch die beklagte Partei am 20. Oktober 2011 gab es dann keinen gültigen Vertrag, die Stadt Linz konnte daher auch nicht rechtswidrig handeln, als sie die Zahlung daraus verweigerte.

- (d) Könnte die beklagte Partei dem Einwand der Stadt Linz, wonach der beklagten Partei kein Anspruch auf Erfüllung aus dem Swap 4175 und damit kein Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens zustehe, womit ihre Forderung zur Gänze abzuweisen sei, tatsächlich entgegenhalten, man müsse noch berücksichtigen, dass sich die Stadt Linz ja die Kosten eines Alternativgeschäftes erspart habe, weil sich in diesem Ausmaß auch bei einem rechtmäßigen Verhalten der beklagten Partei das Vermögen der Stadt (durch den Aufwand für einen Fixzins-Swap oder ein Cap) verringert hätte, würde man der beklagten Partei im Ergebnis den Gewinn aus jenen Geschäften zusprechen, zu denen sie rechtswidrig und schuldhaft nicht geraten hat.
- (e) Die beklagte Partei hätte also weiterhin durch ihr rechtswidriges Verhalten einen Gewinn, ja sogar einen Gewinn aus einem Geschäft, das bei ordnungsgemäßer Aufklärung unter Umständen gar nicht mit ihr abgeschlossen worden wäre. Es ist undenkbar, dass die rechtswidrig und schuldhaft handelnde beklagte Partei dafür auch noch belohnt werden würde. Auch unter dem Gesichtspunkt der Bereicherung stünde der beklagten Partei der Gewinn aus dem Alternativgeschäft nicht zu: Die Stadt Linz hat sich zwar den Aufwand für die Alternativgeschäfte erspart, diese Ersparnis ist aber nicht durch eine unrechtmäßige Verschiebung der Bereicherung von der beklagten Partei auf die Stadt Linz erfolgt. Die beklagte Partei wurde nicht dadurch entreichert, ihre „Entreichering“ besteht schlicht nur darin, dass sie keinen Erfüllungsanspruch aus dem ungültigen Geschäft hat (grundlegend zum Erfordernis der titellosen Verschiebung vom Entreicherten auf den Bereicherten vgl. 8 Ob 147/08p).
- (f) Dieselben Überlegungen gelten entsprechend auch für den Rückzahlungsanspruch der Stadt Linz gegenüber der beklagten Partei. Soweit die Stadt Linz von der beklagten Partei aus dem Swap 4175 Zahlung erhalten hat (wodurch sie natürlich selbst bereichert war), hat die Stadt Linz bei ihrem Klagebegehren ohnehin bereits einen Abzug vorgenommen. Der Rückforderungsanspruch selbst beruht auf den §§ 877, 1435 f ABGB, nämlich auf Bereicherung, weil durch die schadenersatzrechtliche Naturalrestitution der Titel für die beklagte Partei, die erhaltenen Zahlungen zu behalten, rückwirkend entfallen ist. Auch diesbezüglich kann die Anrechnung möglicher Ersparnisse der Stadt Linz, wenn Mag. W■■■■ P■■■■ unter Umständen ein alternatives Geschäft abgeschlossen hätte, schon allein deshalb nicht stattfinden, weil diesbezüglich keine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung von der beklagten Partei auf die Stadt Linz erfolgt ist. Dazu kommt noch, dass es sich bei den nun wegen Wegfalls des Titels zurückgeforderten Zinszahlungen um kein Anlageprodukt für die Stadt Linz gehandelt hat, sondern um

Prämien für ungültige Terminoptionsverträge, auch das spricht gegen die Einschränkung des Rückforderungsanspruches der Stadt Linz.

- (g) Letztlich (nähere Details dazu im Schriftsatz vom 28. Februar 2014, Punkt IV.4.3., S 115 f) hätte Mag. W. F. überhaupt kein alternatives Geschäft abgeschlossen, wäre er von der beklagten Partei richtig beraten, zumindest aber über die Struktur und die Risiken des Swap-Geschäftes 4175 aufgeklärt worden. Dass er den Swap 4175 so nicht abgeschlossen hätte, hat Mag. W. F. im Strafverfahren vor dem LG Linz klar und plausibel erklärt. Auch der alternative Abschluss eines Fixzins-Swap war nicht wahrscheinlich, war Mag. W. F. doch zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap 4175 nach wie vor von dem von ihm gewünschten Zinssatz von 2,5 % weit entfernt (Mag. W. F. war überzeugt davon, keine Eile zu haben, weil zwar die kurzfristigen Zinsen stiegen, die langfristigen Zinsen des Schweizer Franken aber tendenziell fielen (Beilage /77)). Zumindest hätte Mag. W. F., so wie in der Finanzausschusssitzung vom 4. Mai 2006 besprochen (Beilage /75), die Dauer eines allfälligen Fixzins-Swap mit einem Jahr begrenzt.
- (h) Auch die Vereinbarung eines Cap war nicht wahrscheinlich. Ein derartiges Instrument hatte Mag. W. F. in seinem Bericht vom 11. August 2006 (Beilage /30) nur für das Schuldportfolio in Euro vorgesehen. Er schrieb solche Caps nur für den Eurobereich in den Jahren 2006 bzw. 2007 aus (Beilage /89). Alles in allem ist es überwiegend wahrscheinlich, dass Mag. W. F. kein alternatives Geschäft, zumindest keines auf zehn Jahre abgeschlossen hätte.

4.4.3. Beratung des Mag. W. F. durch die beklagte Partei/Empfehlung des Swap 4175

- 4.4.3.1. Wie der Abriss der Geschehnisse und der Aktivitäten der beklagten Partei, die letztlich zum Abschluss des Swap 4175 geführt haben, zeigen, hat Mag. W. F. um Beratung gebeten, diese von der beklagten Partei erhalten und sie im vollen Umfang angenommen. Die beklagte Partei hat Mag. W. F. den Swap 4175 (ebenso wie den Swap 3976) nicht nur empfohlen, sondern geradezu aufgedrängt (Punkt III.4.2.3. in diesem Schriftsatz; Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt II.2. f, S 7 ff).
- 4.4.3.2. Der Begriff der Beratung war vor dem Hintergrund des auf den Geschäftsfall anwendbaren WAG 1996 sogar weiter zu verstehen, als nach dem WAG 2007 (vgl. *Graf in Gruber/Raschauer*, Kommentar zum WAG 2007, § 44 Rz 8). Darunter fällt die Erteilung von Informationen, die Einschätzung über den Markt sowie eigene Bewertungen und Erwartungen

mit Bezug auf ein bestimmtes Geschäft. Beratung sind sie dann, wenn sie im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass der Kunde das Geschäft tätigt. Gibt die Bank dazu auch noch eine bestimmte Empfehlung ab, so stellt die Empfehlung den zentralen Teil der Beratung, wenn nicht gar ihren Endpunkt dar. Der Kunde muss nämlich nicht damit rechnen, dass ihm eine Bank ein Produkt empfiehlt, das seinen Interessen zuwiderläuft. Er setzt vielmehr als selbstverständlich voraus, dass einer solchen Empfehlung eine ausreichende Prüfung der Interessenslage des Kunden vorausgegangen ist (BGH XI ZR 33/10) und dass ihm die Bank ein Produkt nicht ohne vorhergehende Prüfung empfiehlt (näher dazu im Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt IV.2.2. ff, S 57 ff; BGH XI ZR 89/07; XI ZR 338/08; *Winternitz*, Wertpapieraufsichtsgesetz, § 14 Rz 4 f).

- 4.4.3.3. Zu einem (konkludenten) Abschluss des Beratungsvertrages (mit allen sich daraus für die Bank ergebenden Verpflichtungen) kommt es typischerweise schon dann, wenn der Kunde mit dem Ersuchen um eine nähere Beratung an die Bank herantritt und es zu einem Beratungsgespräch kommt (BGH III ZR 44/06; mit Bezug auf einen Swap, etwa BGH XI ZR 378/13; XI ZR 12/93; XI ZR 425/14). Das gleiche gilt, wenn die Bank nicht nur das Beratungsgespräch aufnimmt, sondern ihm sogar ein Produkt empfiehlt. Eine solche „Empfehlung“ muss nicht wörtlich erteilt werden, auch die Form der Erklärung ist bedeutungslos. Wenn der Kunde in der Zusammenschau der Gespräche und Informationen keinen Zweifel haben muss, dass die Bank das empfohlene Geschäft als geeignet für den Kunden empfindet, dann liegt eine Empfehlung vor. Auch die österreichische Rsp (RIS-Justiz: RS010873) geht davon aus, dass bei „Finanzdienstleistungen“ der Beratungsvertrag zumindest konkludent zustande kommt, wenn die Beratung des Kunden tatsächlich stattfindet.
- 4.4.3.4. Beides, nämlich die (dringliche) Empfehlung der beklagten Partei, den Swap 4175 abzuschließen und das Finden der Argumente dafür (dazu näher unter Punkt III.4.2.3.2.(i) und Punkt III.4.4.5.2.) in Form fachdienlicher Hinweise wurden erfüllt: Die beklagte Partei hat Mag. W■■■■ F■■■ nach dessen Anfrage um Produkte zur Absicherung gegen steigende Zinsen sowohl den Swap 3976 als auch den Swap 4175 nahegelegt. Mag. W■■■■ F■■■ hat immer wieder Beratung gesucht, von der beklagten Partei tatsächlich Beratung erhalten, und Mag. W■■■■ F■■■ hat sie angenommen (Details dazu unter Punkt III.4.2.4. und Punkt III.4.4.3.9. in diesem Schriftsatz).
- 4.4.3.5. Die Beratungspflichten gehen weiter als die Pflichten des Dienstleisters bei der bloßen Vermittlung oder bei „Execution-only-Dienstleistungen“: Bei der (bloßen) Vermittlung geht es hauptsächlich um die (objektgerechte Aufklärung und Information). Bei der Beratung treten demgegenüber die individuellen Kenntnisse des Kunden nämlich Kenntnisse und

Erfahrungen, Anlageziele und finanziellen Verhältnisse in den Vordergrund. Sowohl beim Swap 3976 als auch beim Swap 4175 handelt es sich um Eigengeschäfte der beklagten Partei. Sie hat dies also nicht bloß vermittelt (zur Abgrenzung vgl. BGH III ZR 25/92), sodass sie die Pflichten einer beratenden Bank (vgl. BGH XI ZR 341/12) traf. Bei einem Eigengeschäft ist die Bank im bilateralen Verhältnis zum Kunden jedenfalls zu besonderer Sorgfalt verpflichtet (BGH XI ZR 378/13; XI ZR 33/10).

4.4.3.6. Bei der „Execution-only-Dienstleistung“ geht es nur um die bloße Entgegennahme und Ausführung exakt spezifizierter Einzelorder durch einen Rechtsträger, bei der nach einer Eingangsaufklärung keine die persönlichen Verhältnisse des Kunden berücksichtigende Information, Beratung oder Empfehlung folgt (dass die beklagte Partei auch keine „Execution-only-Dienstleistung“ erbracht hat, wurde im Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt IV.2.4.5., S 80 ff, ausführlich bewiesen).

4.4.3.7. Die beklagte Partei wurde mehrfach beratend tätig (Näheres dazu im Detail: Klagebeantwortung der Stadt Linz vom 9. Dezember 2011, VII.7.3., S 80 ff; Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt II.3., S 8 ff, und Punkt IV.2.2.5., S 61 f; Sachverhaltsübersicht unter Punkt III.4.2.3. in diesem Schriftsatz).

(a) Die beklagte Partei nahm, wie die oben (Punkt III.4.2.3.) wiedergegebene Chronologie der Ereignisse zeigt, zahlreiche Termine wahr, in denen sie ihre Produkte präsentierte. Die Präsentationen wiederum waren die Folge von Anfragen des Mag. W. F., der seine Vorstellung äußerte, die Stadt müsse sich gegen steigende Zinsen absichern. Er erwartete erkennbar Lösungen vonseiten der beklagten Partei. Dass es auch der beklagten Partei darauf ankam, gezielte Vorschläge zu machen, um zu einem Vertragsabschluss zu kommen, zeigen allein schon die dabei verwendeten Begriffe, wie etwa „*Vorschläge zur Optimierung des Zinsrisikos aus ihrer Finanzierung*“ oder „*Varianten zur Zinsoptimierung*“ (Präsentation der beklagten Partei vom 9. August 2006, Beilage .176; Präsentation der beklagten Partei vom 22. September, Beilage .191; Präsentation der beklagten Partei vom 7. Dezember 2006, Beilage .177; Präsentation der beklagten Partei vom 31. Jänner 2007, Beilage .195). Die erste Präsentation der beklagten Partei vom 9. August 2006 (Beilage .176) wurde sogar mit dem ausdrücklichen Angebot weiterer Beratung verbunden, wenn es dort heißt: „Für Fragen stehe ich Ihnen gerne telefonisch zur Verfügung“.

(b) In ihren Präsentationen spricht die beklagte Partei von verschiedenen „*Indikationen*“, „*Szenarien*“ und „*Lösungen*“. Sie schlug, völlig unaufgefordert, bereits am 9. August 2006

anstellte der von Mag. W■■■■ F■■■■ eigentlich nachgefragten Absicherungsprodukte gegen steigende Zinsen Zinsverbilligungsmodelle vor, wofür sie den Begriff der Optimierung verwendete. Damit kamen erstmals Währungsrisiken ins Spiel, die bisher – mit Ausnahme der CHF-Anleihe – keine Rolle gespielt haben; bis dahin ging es nur um Zinsrisiken. Um Mag. W■■■■ F■■■■ die Übernahme solcher Währungsrisiken schmackhaft zu machen und ihn mehr oder weniger von der Ungefährlichkeit dieser Risiken zu überzeugen, legte die beklagte Partei regelmäßig ihren Präsentationen Charts bei, die lediglich den historischen Verlauf des Schweizer Franken zum Euro zeigten. Solche Handlungen fallen typischerweise unter den Begriff der Beratung.

4.4.3.8. Wie bewusst die beklagte Partei Mag. W■■■■ F■■■■ auf die von ihm – ursprünglich – gar nicht ins Auge gefasste Verbilligung der Zinsen hingelenkt hat, zeigt ein Blick auf die von Mag. W■■■■ F■■■■ geäußerten Wünsche und die darauf von Seiten der beklagten Partei erfolgte Reaktion:

- (a) Mag. W■■■■ F■■■■ hatte, wie in der Sitzung des Finanzausschusses vom 4. Mai 2006 berichtet, aufgrund steigender Zinsen einen Fixzins-Swap überlegt. Dazu kamen, nach den ersten Gesprächen mit den Banken, Caps. Nur in dieser Richtung wollte Mag. W■■■■ F■■■■ Angebote von den Banken haben (tatsächlich hat er dann am 8. September 2006 zur Zinsabsicherung nur Caps ausgeschrieben [Beilage ./89]). Im August 2006 ging es auch nur um die auf Euro lautenden Finanzverbindlichkeiten, die CHF-Anleihe war kein Thema (der Grund liegt darin, dass Mag. W■■■■ F■■■■, wie sich aus der Beilage ./30 ergibt, bei der CHF-Anleihe nur einen Fixzins-Swap im Auge hatte, er wollte aber zuwarten, weil er zwar von einem steigenden CHF-LIBOR ausging, gleichzeitig aber erwartete, dass der 10-Jahres-Fixzins („Swap-Satz“) fallen würde; das ergibt sich auch aus der Beilage ./30).
- (b) Tatsächlich bietet die beklagte Partei am 9. August 2006 (Beilage ./6) die von Mag. W■■■■ F■■■■ gewünschten Absicherungsinstrumente an. Gleichzeitig macht sie ihm aber – unaufgefordert – (sie war nämlich, wie sich aus Beilage ./30 ergibt, die einzige Bank, die bei ihren Vorschlägen die Hinzunahme eines Währungsrisikos empfahl) Zinsverbilligungen unter dem Oberbegriff „*Vorschläge zur Optimierung des Zinsrisikos aus ihrer Finanzierung*“ schmackhaft. Mag. W■■■■ F■■■■ hat – wie sich aus der Beilage ./30 ebenfalls ergibt, angebissen. Die beklagte Partei kann ihm bereits am 4. September 2006 eine an den Schweizer Franken gebundene Währungsspekulation, als Zinsverbilligung anbieten, die kurz darauf als Swap 3976 abgeschlossen wird (Beilage ./88).

- (c) Anfang Dezember 2006 kommt Mag. W. F. auch auf seine ursprüngliche Idee, sich gegen steigende Zinsen in der CHF-Anleihe durch einen Fixzins-Swap abzusichern, wieder zurück. Er stellt sich (da er auf das Sinken des Swap-Satzes gewartet hatte) einen Fixzinssatz von 2,5 % vor, die beklagte Partei kann ihm aber vorerst nur 2,7 % bieten, sodass er weiter zuwarten will (Beilage ./93 und Beilage ./94). In diesem Zusammenhang möchte Mag. W. F. auch den im Portfolio befindlichen CMS schließen. Es handelt sich dabei um ein Finanzgeschäft zur Zinssenkung, das auf der Ausnützung der unterschiedlichen Swap-Sätze (langfristig gegen kurzfristig) beruht. Mag. W. F. möchte zurück in einen variablen Zinssatz. Die beklagte Partei kommt diesem Wunsch nach und bietet ein Produkt zum Wechsel in den variablen Zinssatz an. Gleichzeitig aber macht sie ihm – wieder unaufgefordert – Zinsverbilligungsmodelle schmackhaft, die wiederum – ausgenommen ein sogenannter „Switchable Snowball“, bei dem es nur um Zinsen geht – die Übernahme von Währungsrisiken beinhalten (Beilage ./77).
- (d) Noch immer (Anfang Jänner 2007) denkt Mag. W. F. bei der CHF-Anleihe nur an die Absicherung durch einen Fixzins-Swap. Die beklagte Partei wird aber durch S. und Mag. H. A. wieder in Richtung einer Zinsverbilligung aktiv, womit – aus Sicht der beklagten Partei – in der Besprechung vom 22. Jänner 2007 (Beilage ./71) die Währungswette in Form eines Resettable CHF-linked Swap, dem späteren Swap 4175, interessant wird.
- (e) Zusammenfassend kann man damit nur konstatieren, dass die beklagte Partei Mag. W. F. den Resettable CHF-linked Swap nicht nur empfohlen, sondern sogar aufgedrängt hat.
- 4.4.3.9. Dass Mag. W. F. nicht nur eine Beratung von der beklagten Partei erbat, sondern dass er eine solche auch nötig hatte, zeigen die folgenden Beweisergebnisse (näher dazu: Schriftsatz vom 28. Februar 2014, Punkt IV.2.4., S 72 ff; Ergänzendes Vorbringen vom 18. Oktober 2017, Punkt 2. f, S 4 ff):
- (a) Mag. W. F. hatte bis zum Kontakt mit der beklagten Partei im August 2006 keinerlei Erfahrung mit strukturierten Derivatgeschäften; auch die Stadt Linz hat derartige Geschäfte bis dahin nicht gemacht. Die beklagte Partei hatte in dieser Richtung auch keinerlei Hinweise.

- *„Es war damals so, dass Frau S [REDACTED] neu war und so sind wir gemeinsam zu Mag. F [REDACTED] gegangen, um sie vorzustellen. Bei einem solchen Vorstellungsgespräch stellen wir offene Fragen, um zu sehen, was für Themen den Kunden eigentlich beschäftigen. Es hat sich gezeigt, [...], das auch die Stadt Linz beschäftigt hat, nämlich die Sorgen um die steigenden Zinsen.“* (Mag. H [REDACTED] A [REDACTED]; HG Wien, Protokoll der Streitverhandlung vom 27. September 2013, S 3);
 - *„Es ist richtig, dass dann die logische Konsequenz daraus ist, dass ich davon ausgegangen bin, dass davor die Stadt Linz keine Derivat-Geschäfte abgeschlossen hat.“* (Mag. H [REDACTED] A [REDACTED]; HG Wien, Protokoll der Streitverhandlung vom 27. September 2013, S 27);
- (b) Offensichtlich war für die beklagte Partei der Beratungsbedarf auch deshalb, weil sie wusste bzw. weil sie ohne großen Aufwand hätte feststellen können, dass die Stadt Linz weder über die technische Ausstattung noch über versierte Personen verfügte, um bei derart strukturierten Finanzgeschäften, wie es die Swaps 3976 und 4175 waren, das Risiko einzuschätzen, geschweige denn es zu beherrschen;
- (i) Mag. W [REDACTED] F [REDACTED] selbst verfügte über keinerlei Ausbildung im Bereich der derivativen Finanzgeschäfte (Mag. W [REDACTED] F [REDACTED], LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 2. Dezember 2013, S 6 und 19, Beilage ./9xA);
 - (ii) Mag. W [REDACTED] F [REDACTED] interessierte sich, was der beklagten Partei auch sofort auffiel, lediglich für die „Cashflows“ aus dem Geschäft, die Bewertungen waren (aufgrund seines fehlenden Verständnisses) für ihn irrelevant (dazu näher: Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt II.5.5., S 19 f);
 - (iii) Es war der beklagten Partei klar, dass für die Stadt Linz lediglich Mag. W [REDACTED] F [REDACTED] tätig wurde, es gab also keinerlei Hinweis darauf, dass die Stadt Linz darüber hinaus Fachleute mit einschlägigem Wissen oder Erfahrung in Derivatgeschäften beschäftigt hat ([REDACTED] S [REDACTED]), LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 6. Dezember 2013, S 5, Beilage ./9xB);
 - (iv) Die Stadt Linz verfügte über keinerlei technische Treasury- oder Derivate-Ausstattung; die gängigen EDV-Programme, um Derivate bewerten und damit Chancen und Risiken objektiv und professionell nach stochastischen Modellen einschätzen zu können (wie etwa Bloomberg, Reuters, Pricing Partners etc.), waren

nicht vorhanden, geschweige denn das Know-how, solche komplexen Systeme zu bedienen; Die Stadt Linz konnte auch keine Bewertungen von Derivaten nachvollziehen, geschweige denn sie selbst berechnen. Es fehlte auch jegliches Risikomanagement und es fehlte eines der zentralen Instrumente für die Beherrschung des Risikos, nämlich ein Risikoleitfaden.

- (v) Die beklagte Partei hätte die fehlende Ausstattung und das Fehlen eines Risikomanagements ohne Weiteres erkennen können. Zumindest hätte sie sich mit Mag. W■■■■ F■■■ über einen Risikoleitfaden, der auch Ausstiegsszenarien enthielt, unterhalten müssen. Das hat sie selbst eingesehen: *„Vielleicht hätte ich mir damals ein Organigramm holen sollen, wo genau drinnen gestanden wäre, wer macht eigentlich das Risiko-Controlling für solche Produkte, wer da noch aller dabei ist. Aber das habe ich nicht gemacht.“* (■■ S■■■■, LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 6. Dezember 2013, S 8, Beilage /9xB);

4.4.3.10. Im Übrigen ist auch die beklagte Partei davon ausgegangen, dass sie für die Stadt Linz beratend tätig werden musste und auch tatsächlich tätig geworden ist.

- (a) Mag. H■■■■ A■■■, einer der Ansprechpartner des Mag. W■■■■ F■■■ äußerte sich im strafgerichtlichen Ermittlungsverfahren folgendermaßen:
- *„Ich weiß, dass sich die Stadt Linz mit den Auswirkungen der steigenden Zinsen auf das Budget beschäftigt hat. Dieses Thema hat Herr F■■■ mir gegenüber so präsentiert, als wäre es ein Auftrag, sich darum zu kümmern und Absicherungs- und Optimierungsvarianten zu finden.“* (Mag. H■■■■ A■■■, LPK Oberösterreich, Protokoll der Zeugenvernehmung vom 20. September 2011, S 3, Beilage /3xX);
 - *„Wenn ich sage absichern, meine ich das im generellen Sinn, der Kunde hat gesagt, sein Thema sind die steigenden Zinsen und welche Ideen es gibt, wie man sich gegen steigende Zinsen absichern kann. Dann kommen die Ideen der Bank. Es gibt klassische Möglichkeiten, Fixzins SWAP, Optionen. [...] Man holt sich die Themen beim Kunden ab. Dann geht der Treasurer zurück in die Bank und sucht nach Ideen, die dieses Thema, das der Kunde vorgibt, treffen.“* (Mag. H■■■■ A■■■, LPK Oberösterreich, Protokoll der Zeugenvernehmung vom 20. September 2011, S 3, Beilage /3xX).

- (b) Wäre die beklagte Partei nicht selbst von einem aktuellen Beratungsverhältnis ausgegangen, so wäre ihr im Folgenden beispielhaft aufgezähltes Verhalten völlig unerklärlich.
- In dem nach dem Gespräch am 22. Jänner 2007 verfassten internen Aktenvermerk haben sich ■ S■■■■■ und Mag. H■■■■■ A■■■ ausdrücklich vorgemerkt, dass sie Mag. W■■■■■ F■■■ noch auf das „*doppelte Risiko*“ hinweisen müssten (Beilage ./71; ■ S■■■■■, LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 6. Dezember 2013, S 10 f, Beilage ./9xB).
 - Im E-Mail vom 31. Jänner 2007 müssen sie Mag. W■■■■■ F■■■ erklären, dass durch die Verlängerung der Laufzeit von fünf auf sieben Jahre ein „*enormer*“ Unterschied im Zinsabschlag zu erkennen wäre (Beilage ./95). Solche Hinweise macht man nicht, wenn der Empfänger fachtechnisch informiert ist und daher nicht belehrt werden muss.
 - Das Bewusstsein bei Vertretern der beklagten Partei, Mag. W■■■■■ F■■■ doch irgendwie beraten oder aufklären zu müssen, lässt sich auch aus den Telefonprotokollen herauslesen (so etwa aus Beilage ./60). ■ S■■■■■ erklärt zum Beispiel Mag. W■■■■■ F■■■ den Zusammenhang zwischen günstigeren Zinsen, der Höhe des Strikes und dem aktuellen Währungsverhältnis: „[...] *aber desto niedriger Euro Schweiz ist, desto noch besser sag ich mal wird der Strike vielleicht ausfallen..... vielleicht bringen wir den weiter den Abschlag weiter runter.*“
 - Als es um einen Vergleich zwischen der Variante mit einem Fixzins oder einem Zinsabschlag geht empfiehlt ■ S■■■■■ den Fixzins mit den Worten: „*Ja, aber dadurch, dass einfach die Zinssatzkurve irgendwie doch noch relativ flach ist, ist natürlich das mit den eine Occasion auf zehn Jahre. Zumindest weiß man, was man da hat, und so vom Niveau her ist das ja wirklich attraktiv*“. Die darauf unmittelbar folgende, ebenfalls dokumentierte Antwort des Mag. W■■■■■ F■■■, „*Ja, na wirklich*“, belegt, dass es ihm nicht nur bei der Produktwahl, sondern auch bei der Ausgestaltung der einzelnen Parameter auf die Meinungen und Empfehlungen der beklagten Partei ankam.
 - Die von der beklagten Partei, beginnend mit August 2006, versendeten Präsentationen richteten sich ihrem Inhalt nach ganz eindeutig an nicht

professionelle Kunden: Darin wird nämlich sogar die Funktionsweise eines simplen Zinsswaps „fix gegen variabel“ erklärt (etwa beispielhaft in Beilage ./76). Diese Aufklärung benötigt kein professioneller Kunde. Demgegenüber fehlen Forwards und Bewertungen, die ein professioneller Kunde tatsächlich benötigt hätte. Dieser hätte auch sofort die Preisindikationen nachgefragt (alle diese Fragen wurden nicht gestellt, wie sich etwa aus dem Transskript der Telefongespräche im Februar 2007 ergibt (Beilage ./W).

- (c) Auch nach Geschäftsabschluss war es für die beklagte Partei selbstverständlich, dass Mag. W■■■■ F■■■ eine Beratung notwendig hatte. Das ergibt sich nicht nur aus dem Inhalt der Besprechung am 1. Februar 2008 (Beilage ./112) bzw. dem dieser Besprechung vorangehenden Schriftverkehr (Beilage ./110 und Beilage ./111). Als Mag. W■■■■ F■■■ im Zusammenhang mit der Insolvenz von Lehman keine Reaktion zeigte, wurde M■■■ T■■■ aktiv (Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt II.4.7., S 13; Transkript des Telefonats vom 27. Oktober 2008, Beilage ./243). Auf einem anderen Blatt steht, dass dieses Telefonat offenkundig nur den Zweck hatte, Mag. W■■■■ F■■■ zu beruhigen.

4.4.4. Es gibt keinen (wirksamen) Beratungsverzicht der Stadt Linz

- 4.4.4.1. Die beklagte Partei rechtfertigt sich gegen den Vorwurf, ihr sei die Verletzung gesetzlicher Informations- und Aufklärungspflichten vorzuwerfen, damit, dass die Stadt Linz auf jegliche Beratung verzichtet habe (sie versteht diesen Verzicht offenbar als konstitutive Willenserklärung). Denselben Einwand erhebt sie gegen den Vorwurf der Fehlberatung und der Empfehlung eines völlig untauglichen Produkts. Damit will sie auch dem Einwand begegnen, sie habe darüber hinaus auch ihre Informations- und Aufklärungspflichten verletzt.
- 4.4.4.2. Einzige Grundlage dafür ist die standardisierte formularmäßige Erklärung im Rahmenvertrag für Finanzgeschäfte, die der Bürgermeister der Stadt Linz in der Vorstellung, es handle sich bloß um allgemeine Geschäftsbedingungen der Bank, die ohnehin nicht vermeidbar sind, unterschrieben hatte (wobei der die Derivatgeschäfte behandelnde Teil des Vertrages, der sich in einer Beilage findet, erst nachträglich, und auch dann nicht vom Bürgermeister, sondern nur von Mag. W■■■■ F■■■ unterschrieben worden ist). Beim zweiten Text handelt es sich um die Einzelabschlussbestätigung der beklagten Partei, die erst nach Abschluss des Vertrages ausgestellt worden ist und ebenso eine bloß standardisierte Erklärung enthält.

(a) § 12 Abs 7 des Rahmenvertrages lautet: *„Der Vertragspartner versichert, dass er über ausreichende Kenntnisse in den in § 1 des Rahmenvertrages beschriebenen Geschäften verfügt und mit den konkreten Risiken aus Einzelabschlüssen vertraut ist. Er schließt Einzelabschlüsse aufgrund seiner eigenen Entscheidung und nicht aufgrund einer Beratung der Bank ab. Der Vertragspartner wird der Bank vor Abschluss eines Geschäftes schriftlich mitteilen, wenn er im Einzelfall eine Beratung wünscht.“*

(b) Auf Seite 4 der nachträglich erstellten Einzelabschlussbestätigung vom 16. Februar 2007 steht folgender Satz: *„Die Parteien stimmen überein, dass sie über die erforderlichen Kenntnisse und Voraussetzungen für dieses Geschäft verfügen und mit den Risiken, die mit dieser Transaktion verbunden sind, vertraut sind; sie schließen diese Geschäfte aufgrund ihrer eigenen Entscheidung und nicht aufgrund spezifischer Beratung ab.“*

4.4.4.3. Wie schon der Wortlaut erkennen lässt, handelt es sich dabei keineswegs um einen Verzichtvertrag der Stadt Linz mit der beklagten Partei im Sinne des § 1444 ABGB, sondern bloß um eine vorgebliche Wissenserklärung der Stadt Linz, die noch dazu von der beklagten Partei selbst vorformuliert wurde (*„[...] dass er über ausreichende Kenntnisse [...] verfügt und mit den konkreten Risiken aus den Einzelabschlüssen vertraut ist.“*). Entgegen dem, was die beklagte Partei mit ihrer Formulierung in der Einzelabschlussbestätigung noch weiter vorgeben will (*„Die Parteien stimmen überein, dass sie über die erforderlichen Kenntnisse und Voraussetzungen verfügen.“*), lag dem keine Untersuchung zugrunde, ob die Parteien tatsächlich über das entsprechende Wissen verfügen (wobei wohl davon auszugehen ist, dass die beklagte Partei tatsächlich über die entsprechenden Kenntnisse verfügen sollte), geschweige denn, dass die Parteien in dieser Richtung tatsächlich eine Einigung herbeigeführt hätten. Es handelt sich also tatsächlich um eine der Stadt Linz von der beklagten Partei einseitig aufgedrängte Tatsachenbestätigung, aufgrund der bereits vorhandenen eigenen Kenntnisse keine weiteren Informationen mehr zu benötigen.

4.4.4.4. Tatsachenbestätigungen sind aber – weil bloße Wissenserklärungen (*Graf* in ABGB-ON², § 864a Rz 3) – unbeachtlich, wenn sie nicht der Realität entsprechen. Nichts Anderes gilt bei deklaratorischen Anerkenntnissen (*P. Bydlinski*, KBB⁵, § 1355 Rz 4). Aus diesem Grund spricht auch der Oberste Gerichtshof in der OGH-E 8 Ob 11/11t, in der die klagende Bank einen im Wesentlichen identen Rahmenvertrag verwendet hatte, davon, dass dieser Erklärung des Kunden in erster Linie deklarative Bedeutung zukomme. Es geht also darum, dass in einem solchen Fall der Maßstab für das erforderliche Ausmaß an Untersuchung der Interessen des Kunden und an die für ihn notwendige Information und Beratung insofern herabgesetzt ist, als die Bank typischer Weise in einem solchen Fall erwartet, der Kunde -

weil auf professionellem Niveau – hätte bezogen auf das Produkt ohnehin ausreichende Kenntnisse.

- 4.4.4.5. Ist das tatsächlich nicht der Fall, so kann eine solche, noch dazu in einem Mustervertrag von der Bank einseitig vorgegebene Wissenserklärung keine rechtliche Wirkung entfalten. Das gilt vor allem für die Verpflichtung der Bank, den Wissensstand, die Erfahrungen und die Anlageziele des Kunden zu erfragen. Nach der insoweit einschlägigen Rsp in Deutschland (etwa BGH XI ZR 33/10; BGH XI ZR 316/13) entfällt die Erkundigungspflicht nur dann, wenn der beratenden Bank diese Umstände aus einer langjährigen Geschäftsbeziehung und dessen bisherigem Anlageverhalten bereits bekannt sind (beides trifft nicht zu: Derivatgeschäfte wurden zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei bis dahin nicht abgeschlossen [siehe oben Punkt III.4.4.3.9.]). Darüber hinaus schließt nicht einmal eine hohe Professionalität des Kunden aus, dass er im Hinblick auf das konkrete Geschäft Fehlvorstellungen unterliegt (8 Ob 11/11t). In diesem Fall hat die Bank trotz der „Verzichtserklärung“ ihrer Informations- und Aufklärungspflicht nachzukommen (im Übrigen besteht eine derartige Verpflichtung selbst dann, wenn der Kunde jede Mitwirkung an der Exploration verweigert hat [6 Ob 268/00f; 2 Ob 62/04p]).
- 4.4.4.6. Dass es bei der der Stadt Linz abgenötigten Aussage, sie verfüge ohnehin über ausreichendes Wissen, nur darum gehen kann, welche Information und Aufklärung vor diesem Hintergrund noch erforderlich sind, und nicht um einen konstitutiv wirkenden Verzicht, zeigt sich auch daran, dass es sich beim Wohlverhaltenskatalog des Wertpapieraufsichtsgesetzes um eine Schutzvorschrift zugunsten des Kunden handelt, dem zwingender Charakter zukommt und der schon deshalb nicht, schon gar nicht formularmäßig, ausgeschlossen werden kann (10 Ob 11/07a; 3 Ob 289/05d; 9 Ob 230/02t). Dazu kommt noch, dass die beklagte Partei der Stadt Linz (wenn auch von dieser unbemerkt) einen Kredit für diese Derivatgeschäfte zur Verfügung gestellt hat. In diesem Fall scheidet ein formularmäßiger Ausschluss der sich daran knüpfenden gesteigerten Beratungs- und Aufklärungspflicht, weil ein solcher (formularmäßiger) Ausschluss auf die Beratungs- und Aufklärungspflichten gröblich benachteiligend und daher unwirksam ist (vgl. 2 Ob 236/04a). Letztlich ist der deklaratorisch erklärte Verzicht auf jegliche Aufklärungs- und Informationspflichten auch dann unbeachtlich, wenn die Bank - wie im gegenständlichen Fall - tatsächlich Beratungsleistungen erbracht hat (weitergehend zur Unwirksamkeit des angeblichen Beratungsverzichts: Klagebeantwortung der Stadt Linz vom 9. Dezember 2011, Punkt VII.7.3., S 80 ff; Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt IV.2.4.6., S 82 f).

4.4.5. Beratungspflicht auch im Fall der Erklärung, keine Information zu benötigen

4.4.5.1. Die beklagte Partei hat Mag. W■■■■ F■■■ im Zusammenhang mit den Swap-Geschäften tatsächlich beraten. Eine solche Beratung hatte vollständig und richtig zu sein; das war sie nicht. Darüber hinaus hat die beklagte Partei erkannt, dass Mag. W■■■■ F■■■ falsche Vorstellungen vom Geschäft und seinen Risiken hatte. Die Stadt Linz hat zu diesem Themenbereich bereits ausführlich Stellung genommen im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt II.4., S 8, und Punkt II.9., S 25; sowie im Schriftsatz vom 18. Oktober 2017 [„Ergänzenden Vorbringen“]; zu den Markterwartungen weiters im Schriftsatz vom 9. April 2018 [„Äußerung zum Ergänzungsgutachten“] Punkt I.1.9. S 16 ff.); darauf wird verwiesen. Die Ausführungen der Stadt Linz werden in den folgenden Punkten nochmals kurz zusammengefasst:

4.4.5.2. Mag. W■■■■ F■■■ war – zu Unrecht – auf die historische Kursentwicklung des Schweizer Franken zum Euro fokussiert.

(a) Mag. W■■■■ F■■■ war bei Abschluss des Swap 4175 überzeugt, er könne das aus dem Geschäft resultierende Währungsrisiko allein durch Einsetzen historischer Wechselkurse in die Formel vollständig einschätzen, indem er die für die Vergangenheit sich jeweils aus der Formel ergebenden Zinsen berechnete (historischer „Backtest“),

(b) Er ging weiters davon aus, dass der Schweizer Franken eine wenig schwankungsanfällige Währung sei und dass deshalb der Wechselkurs, ausgehend von den historischen Daten, den von ihm angenommenen Korridor zwischen EUR/CHF 1,44 und 1,62 nicht verlassen würde. Die von ihm durchgeführten „Backtests“ bestärkten ihn, dass das aus dem Geschäft drohende Währungsrisiko überschaubar und akzeptabel sei (näheres dazu auch im Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt II.4.1. ff, S 10 ff).

(c) Bei Geschäftsabschluss zeigten die historischen Währungskurse kurzfristig ein kontinuierliches (Wieder-)Erstarken des Euro und einen signifikanten Anstieg des Wechselkurses seit den Ereignissen vom 11. September 2001. Dadurch glaubte Mag. W■■■■ F■■■ auch im Hinblick auf die künftige Währungsentwicklung an einen vergleichbaren Kursverlauf.

4.4.5.3. Die beklagte Partei lenkte Mag. W■■■■ F■■■ auf diese Form der alleinigen Risikoeinschätzung und hatte ihn darin auch noch bestärkt.

- (a) Bereits in den mit E-Mail vom 9. August 2006 übermittelten Vorschlägen zur Optimierung des Zinsrisikos aus der bestehenden Finanzierung (Beilage J76) besteht die einzige Unterlage zur Abschätzung des Währungsrisikos in einem Chart, der ausschließlich die historische Währungsentwicklung weniger Jahre wiedergibt. In gleicher Weise ging die beklagte Partei bei den weiteren Präsentationen vor.
 - (b) Die beklagte Partei erwähnt weder Forwardkurse oder Bewertungen noch sonstige Risikoindikatoren; gleichzeitig fehlen langfristige Kursdaten.
 - (c) ■ S■■■■■ teilt mit Mag. W■■■■■ F■■■■■ mehrfach dessen Sichtweise und bestärkte ihn darin, dass die historischen Backtests als Risikoindikatoren tauglich seien, anstatt ihn über deren Untauglichkeit für die Risikoeinschätzung aufzuklären.
 - (d) Die beklagte Partei war sich aufgrund ihrer bankfachlichen Expertise der Bedeutung der Forwards und der Marktpreise als Indikatoren für die künftige Kursentwicklung zwar bewusst, teilte dieses Wissen aber nicht mit Mag. W■■■■■ F■■■■■.
- 4.4.5.4. Tatsächlich müssen für eine halbwegs taugliche Risikoeinschätzung wesentlich mehr Indikatoren herangezogen werden, als historische Währungsdaten, wie bereits der Österreichische Rechnungshof (Bericht Serie Oberösterreich 2013/1, Rz 27.1, S 76: *„Der Finanzdirektor stützte seine Prognosen betreffend den künftigen EUR/CHF-Wechselkurs im Wesentlichen auf historische Kursstände. ... Darüberhinausgehende Analysen und Szenarien der Bewertung der Chancen und Risiken der abgeschlossenen Finanzgeschäfte, wie zB die Beachtung von Stresstests, Markterwartungen, die kritische Beurteilung von EUR/CHF-Forwardsätzen führte der Finanzdirektor nicht durch.“*) festgestellt hat.
- 4.4.5.5. Dazu kommt noch, dass die Meinung der professionellen Marktteilnehmer damals beinahe einheitlich nicht in die Richtung eines fallenden Kurses des Schweizer Franken, sondern ganz im Gegenteil in Richtung eines erstarkenden Schweizer Franken ging (im Detail dazu: Schriftsatz der Stadt Linz vom 9. April 2018 [„Äußerung zum Ergänzungsgutachten“], Punkt I.1.9., S 16 ff). Selbst die historische Kurseinschätzung des Mag. W■■■■■ F■■■■■ war also falsch. Auch die Gutachter sprechen davon, dass die realistische Markteinschätzung dahinging, bzw. dass man mit bloßem Auge erkennen konnte, dass der im Swap 4175 vorgesehene Strike (EUR/CHF 1,54) schon nach wenigen Jahren unterschritten werden würde (Gerichtsgutachten, S 137).

4.4.5.6. Mag. W■■■■ F■■■ ignorierte also alle Risikoindikatoren und ging deshalb von einem geringen Risiko des Swap 4175 aus. Das war auch für die beklagte Partei offensichtlich.

- (a) Mag. W■■■■ F■■■ handelte beim Abschluss des Swap 4175 in der der beklagten Partei bekannten Absicht, die Stadt Linz gegen steigende Zinsen aus der CHF-Anleihe abzusichern. In diesem Zusammenhang unterlag er der Fehlvorstellung, der Swap 4175, den ihm ■■■ S■■■■ so eindrücklich empfohlen hatte, sei nicht gravierend risikoreicher als der von ihm ursprünglich angestrebte Fixzins-Swap. Zwar war ihm bewusst, dass der Swap 4175 ein zusätzliches Risiko enthielt, er dachte aber, dieses Risiko wäre überschaubar und gegenüber dem Zusatznutzen zu vernachlässigen.
- (b) Dass der Swap 4175 bei Abschluss des Geschäfts einen exorbitant negativen Marktwert aufwies, kam Mag. W■■■■ F■■■ ebenso wenig in den Sinn, wie die Überprüfung des angemessenen Verhältnisses zwischen dem Wert der von ihm im Ergebnis verschriebenen Optionen und den dafür erhaltenen geringen fixen Zinsen (zu diesem Missverhältnis wird näher unter Punkt III.3.5.2.8. ff und Punkt III.4.4.7. in diesem Schriftsatz Stellung genommen).
- (c) Für Mag. W■■■■ F■■■ war es ausreichend, die Vorteilhaftigkeit und das Risiko des Geschäfts allein auf Basis der erwarteten Kursentwicklung sowie der dadurch bewirkten (positiven und negativen) Cashflows einzuschätzen. Er teilte das ■■■ S■■■■ ebenso mit, wie seine Entscheidung, dass der Marktwert des Geschäftes für ihn komplett irrelevant sei. ■■■ S■■■■ reagierte daraufhin nicht.
- (d) Damit verkannte Mag. W■■■■ F■■■ nicht nur die Bedeutung des Marktwertes als einem der wesentlichen und zentralen Risikoindikatoren, sondern es fehlte ihm damit auch jedes Instrumentarium, um bei einem Verlassen des von ihm angenommenen Währungskorridors rechtzeitig und im Rahmen der kommunalrechtlichen Möglichkeiten zu reagieren. Nachdem ein Ausstieg aus dem Geschäft in der Vorstellung des Mag. W■■■■ F■■■ nicht vorkam, kam er auch nicht auf die Idee, einen entsprechenden Risikoleitfaden mit einem Ausstiegsszenario zumindest intern festzulegen, geschweige denn, mit der beklagten Partei zu vereinbaren. ■■■ S■■■■, im festen Wissen um die Fehlvorstellungen des Mag. W■■■■ F■■■, vor allem zur Bedeutung des Marktwertes, reagierte ebenfalls nicht und fragte auch nicht nach Bestehen eines Risikoleitfadens. Dass damit auch der bereits anfänglich exorbitant negative Marktwert unerörtert blieb, war eine naheliegende Folge dessen.

- (e) Mag. W■■■■ F■■■ erkaufte also die Zinssenkung, die tatsächlich und wenn überhaupt nur eine mäßige Verbesserung der Zahllast brachte (wenn überhaupt [Punkt III.3.2.3.2. ff]), aufgrund des von vornherein bestehenden asymmetrischen Gewinn- und Verlustprofils des Geschäfts, mit unbegrenzten und für die Stadt Linz existenzbedrohenden Verlusten.

4.4.6. Die beklagte Partei durfte den Swap 4175 nicht empfehlen, weil sie jegliche Exploration unterlassen hat

- 4.4.6.1. Die Darstellung der Genese, wie es zum Swap 4175 kam, zeigt, dass die beklagte Partei Mag. W■■■■ F■■■ den Abschluss des Swap 4175 tatsächlich empfohlen hatte (Details dazu unter Punkt III.4.2.3. und Punkt III.4.4.3. in diesem Schriftsatz). Eine derartige Empfehlung setzt nach den §§ 13 und 14 Z 1 WAG 1996 voraus, dass das empfohlene Produkte den Interessen des Kunden entspricht. Die beklagte Partei wäre also in erster Linie verpflichtet gewesen, die Interessen der Stadt Linz zu erforschen (ansonsten besteht ein gesetzliches Empfehlungsverbot nach § 14 Z 1 WAG 1996). Eine solche Erforschung ist die Vorbereitung für die Herstellung der Interessengerechtigkeit im Sinne eines Gleichklangs des Produkts (a) mit den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden (also mit der Fähigkeit, die dem Produkt innewohnenden Risiken zu verstehen und zu beherrschen); (b) mit den Anlagezielen (im konkreten Fall mit den gesetzlichen Anlagezielen einer Kommune) und (c) mit den finanziellen Verhältnissen (also der finanziellen Beherrschbarkeit der Risiken). Das setzte naturgemäß voraus, dass die beklagte Partei selbst das Produkt und die damit verbundenen Risiken gekannt hat. Beides war nicht der Fall. Die beklagte Partei hätte Mag. W■■■■ F■■■ den Swap 4175 also niemals empfehlen dürfen, bevor sie nicht Mag. W■■■■ F■■■ eine vollständige und richtige Aufklärung über das Produkt und die mit seinem Kauf verbundenen Konsequenzen für die finanziellen Verhältnisse der Stadt Linz, deren Anlageziele und die damit verbundenen (existenzbedrohenden) Risiken gegeben hatte.

- 4.4.6.2. Die Stadt Linz hat zu den Voraussetzungen, unter denen die beklagte Partei den Swap 4175 Mag. W■■■■ F■■■ überhaupt hätte empfehlen dürfen, im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt IV.2.2., S 57 ff) Stellung genommen und das Vorliegen der Voraussetzungen aus einer Vielzahl von Gründen verneint. Auf diese Ausführungen wird verwiesen. Außerdem ersieht man aus den internen Vorgängen bei der beklagten Partei, dass es ihr zumindest am Beginn nicht gelungen ist, den Swap 4175 in ihren Systemen ordnungsgemäß zu erfassen bzw. zu replizieren (auch dazu hat sich die Stadt Linz bereits ausführlich und zwar im Rahmen des Antrags auf Gutachtenserörterung vom 10. Oktober 2016 unter Punkt 4.2.2, S 27 f, geäußert). Diese Tatsache haben sowohl die Österreichische Nationalbank (Österreichische

Nationalbank, Prüfbericht vom 17. Juni 2011, Rz 55, 56) als auch die vom Gericht bestellten Gutachter bestätigt (Gerichtsgutachten, S 9).

4.4.6.3. Die beklagte Partei hat praktisch alle Erhebungen, die notwendig gewesen wären, um zu untersuchen, ob der Swap 4175 tatsächlich den Interessen der Stadt Linz entsprach, unterlassen (um welche Überprüfungen es sich im Einzelfall gehandelt hat und warum die Exploration notwendig gewesen wäre, ergibt sich im Detail aus dem Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt IV.2.2., S 57 ff, und Punkt IV.2.3., S 69 ff).

4.4.6.4. Die beklagte Partei hielt derartige Untersuchungen offensichtlich auch gar nicht für notwendig. Sie hatte, wie insbesondere das Gerichtsgutachten beweist, auch keinerlei Interesse an einer derartigen genaueren Überprüfung. Letzteres hängt wiederum mit der Struktur des Swap 4175 und den im Vordergrund stehenden Eigeninteressen der beklagten Partei zusammen. Die Erkundungspflicht der beklagten Partei wäre aber nur dann entfallen, wenn ihr – bezogen auf den Swap 4175 – alle Umstände, die für die Beratung einerseits und für die vollständige und richtige Aufklärung andererseits notwendig sind, vor dem Vertragsabschluss bekannt gewesen wären.

(a) Gegenüber der StA Linz äußerte sich die beklagte Partei am 19. Dezember 2013 im Ermittlungsverfahren zu 29 Ut 69/13g zum Resettable CHF-linked Swap folgendermaßen.

- Es habe sich um ein Produkt gehandelt, das *„[...] aller Wahrscheinlichkeit nach von einer großen amerikanischen Investmentbank entwickelt worden ist“* (Auskunftserteilung der beklagten Partei an die StA Linz vom 19. Dezember 2013, 29 Ut 69/13g, AS 50, Beilage /9xH).
- Sie sei *„[...] bei der Einschätzung und Bewertung der Risiken des Resettable CHF linked Swap primär darauf fokussiert [gewesen], Produkte gemäß der bankinternen Verfahrens-Vorgaben und Limit-Strukturen zu erfassen und entsprechend abzubilden“* (Auskunftserteilung der beklagten Partei an die StA Linz vom 19. Dezember 2013, 29 Ut 69/13g, AS 51, Beilage /9xH).
- Sie sei davon ausgegangen, *„dass die Stadt Linz ihre eigenen Risikoanalysen durchführte und auch mit anderen Banken über einen Abschluss verhandelte“* (Auskunftserteilung der beklagten Partei an die StA Linz vom 19. Dezember 2013, 29 Ut 69/13g, AS 51, Beilage /9xH).

- (b) Abgesehen davon, dass die beklagte Partei nach dem Wissen der Stadt Linz auf den Resettable Swap im Jahr 2006 durch ein freundschaftliches Gespräch zwischen ihren und ehemaligen Mitarbeitern, die zur Raiffeisenlandesbank Niederösterreich Aktiengesellschaft gewechselt hatten, aufmerksam wurde, erhellen diese Aussagen, dass sich die beklagte Partei ganz offensichtlich keinerlei Gedanken über die mit dem Produkt für ihre Kunden verbundenen Risiken gemacht hat. Bezeichnend ist auch der schlampige Umgang der beklagten Partei im Zusammenhang mit der Erfassung dieses Produkts innerhalb der eigenen Systeme. Das ergibt sich aus den folgenden Beurteilungen.
- *„Im Zuge der Vor-Ort-Prüfung wurde ein strukturiertes Produkt (Deal-Nummer: K+Id54375) identifiziert, bei dem die BAWAG PSK diesen Prozess nicht vollständig durchgeführt hat. So wurde beispielsweise keine eigene Produktmappe, welche neuartige Risiken beschreibt, Replikations- und Abbildungsmöglichkeiten analysiert oder eine Hedgingstrategie festlegt, erstellt. Dadurch kam es zu einer nicht korrekten Abbildung von Produkten in den Systemen der BAWAG PSK, wodurch die tatsächliche Sensitivität des strukturierten Produktes auch nicht über Stresstests erkannt worden wäre.“* (Beilage .IXI, Österreichische Nationalbank, Prüfbericht vom 17. Juni 2011, Rz 55, 56).
 - *„Darüber hinaus handelt es sich beim Swap 4175 um eine Produktkonstruktion, die selbst von der BAWAG mit ihrem professionellen Bankrisikosystem (KONDOR+) nicht korrekt erfasst bzw. bewertet werden konnte.“* (Urteil des LG Linz vom 11. Dezember 2013, 23 Hv 79/13k, S 21, Beilage .I9xE).
- (c) Diese Tatsachen sind letztlich auch das Ergebnis, dass die beklagte Partei in Wahrheit einen ordentlichen (auch aufsichtsrechtlich gebotenen) Produkteinführungsprozess für den Swap 4175 unterließ. Ob das vorsätzlich erfolgte oder grob fahrlässig, weil sie entweder nicht erkannt hat oder nicht erkennen wollte, dass es sich beim Swap 4175 um ein anderes Produkt gehandelt hat als beim Swap 3976, für den sie eine (allerdings ebenfalls mangelhafte) Produkteinführung gemacht hatte, ist unklar, letztlich für die Verantwortlichkeit der beklagten Partei aber nicht ausschlaggebend. Tatsache ist, dass eine gesonderte Produkteinführung für den Swap 4175 unumgänglich war, weil er sich vom Swap 3976 in zentralen Punkten, insbesondere was das für den Kunden damit verbundene Risiko anging, unterschied.

- (i) *„Wie in den Gutachten bisher bereits ausführlich beschrieben, ist die Produkteinführung des Swaps 4175 nicht ohne Mangel durchgeführt worden [zu ergänzen: Die Gutachter meinen damit offenbar die Vorwürfe in den Privatgutachten, dass es für den Swap 4175 im Gegensatz zum Swap 3976 keine eigene Produkteinführung gegeben hat.]. Aus unserer Sicht ist noch ein Punkt hinzuzufügen, der den Vergleich mit dem Swap 3976 betrifft“ (Gerichtsgutachten, S 44).*
- (ii) *„[A]us der Einzelabschlussbestätigung [ergibt sich], dass die Vertragswährung EUR ist, im Gegensatz zu der Vertragswährung des Swap 4175, welche CHF ist. Das ist ein wesentlicher Unterschied: Der Swap 3976 kann somit direkt (in Kondor+) durch ein Portfolio aus Standard Put-Optionen abgebildet werden, weil kein Self-Quanto-Effekt zum Tragen kommt. Für den Swap 4175 kommen Self-Quanto Optionen zum Tragen, welche in Kondor+ ebenfalls durch ein Portfolio aus Standard Put-Optionen approximiert werden können, nie aber das vertraglich gehandelte Produkt genau abbilden.“ (Gerichtsgutachten, S 44 f).*
- (d) Durch den fehlenden Produkteinführungsprozess blieb verborgen, dass sich die Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz aus den von ihr im wirtschaftlichen Ergebnis an die beklagte Partei verkauften Self-Quanto-Optionen gegenüber Standard-Put-Optionen bei einem linearen Auszahlungsprofil, wie beim Swap 3976, exponentiell erhöht hatten. Damit wurde die Stadt Linz unnotwendigerweise einem zusätzlichen Zahlungsrisiko ausgesetzt, das die beklagte Partei der Stadt Linz niemals abgegolten hat. Darüber hinaus war die Übernahme dieses zusätzlichen Risikos überhaupt nicht notwendig. Die Stadt Linz hätte auch ohne den Verkauf von Self-Quanto-Optionen an die beklagte Partei den vereinbarten Fixzins von 0,065 % erhalten. Der Grund liegt darin, dass die beklagte Partei diesen Fixzins auf Basis eines Auszahlungsprofils mit Standard-Put-Optionen berechnet hatte. Die beklagte Partei und selbst die vom Gericht bestellten Gutachter haben das letztlich bestätigt.
- (i) So schildert die beklagte Partei gegenüber der StA Linz, warum sie nicht bereits am Beginn sämtliche Optionen, die hinter der Verpflichtung der Stadt Linz standen, zu Geld gemacht hat: *„[...] das Auszahlungsprofil aus den 21 verkauften einfachen Währungsoptionen [war] geringer, als das Auszahlungsprofil, welches sich bei Anwendung der im Rahmen des SWAP II vereinbarten Formel ergab. Damit bestand ein ungesicherter Bereich, der theoretisch dadurch hätte bereinigt werden können, indem das nach Unterschreiten des Strike von 1,54 zunehmend konvexe*

Auszahlungsprofil durch den Verkauf weiterer Optionen nachgezogen worden wäre. Die aus dem Verkauf dieser weiteren Optionen resultierenden Prämien wären der Stadt Linz gut zu bringen und damit das zusätzliche Risiko aus der Konvexität der Formel und dem daraus resultierenden für die Stadt Linz stärker belastenden Auszahlungsprofil ausgeglichen worden.“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei an die StA Linz vom 19. Dezember 2013, 29 Ut 69/13g, AS 91, Beilage /9xH).

- (ii) Im Gerichtsgutachten wird im Zusammenhang mit den großen Unterschieden beim Auszahlungsprofil des Swap einmal mit und einmal ohne Quanto-Effekt darauf hingewiesen, dass *„[...] die Stadt Linz [...] für einen Quanto-Effekt zur Kasse gebeten würde, von dem nicht sicher feststeht, ob die BAWAG sich bei dessen Anbahnung und Abschluss des Swap 4175 bewusst war“* (Gerichtsgutachten S 85) bzw. *„[dass] die Abweichung vom fairen Marktwert [...] dem Kunden und der bankeigenen Bilanz gegenüber unakzeptabel oder zumindest grenzwertig [war]“* (Gerichtsgutachten, S 89).
- (iii) Aus der Beantwortung der Fragen der Stadt Linz mit den Nummern B75 bis B78, welche die Stadt Linz mit Antrag vom 10. Oktober 2016 und Äußerung vom 9. April 2018 an die Gutachter gerichtet hat, ergibt sich weiters, (a) dass der Quanto-Effekt der Formel gegenüber Standard-Optionen zu einem zusätzlichen Risiko und zu höheren Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz führte (Ergänzungsgutachten, Anfragebeantwortung zu B75, S 50); (a) dass die Berechnungen im Fall des Quanto-Effekts zu exponentiell höheren Auszahlungsverpflichtungen und Auflösungskosten der Stadt Linz geführt haben (Ergänzungsgutachten, Anfragebeantwortung zu B76, S 50); (c) dass bei gleichem Strike (EUR/CHF 1,5400) und bei gleichem Fixzinssatz (0,065 %) der Swap allein aus Standard-Optionen konstruierbar gewesen wäre (Ergänzungsgutachten, Anfragebeantwortung zu B77, S 50); und (d) dass bei der so ohne weiteres möglichen Konstruktion des Swap aus Standard-Optionen die Auflösungskosten nur die Hälfte betragen hätten (Ergänzungsgutachten, Anfragebeantwortung B78, S 50, unter Verweis auf Gerichtsgutachten, S 83).
- (e) Die Gutachter stellen sich an mehreren Stellen die Frage (etwa im Gerichtsgutachten, S 45), *„[...] ob die verantwortlichen Mitarbeiter der BAWAG bis zum Abschluss des Swap überhaupt gemerkt [hätten], dass es sich um ein grundsätzlich anderes Produkt [zu ergänzen: nämlich ein Produkt, das nicht aus Standard-Optionen konstruiert war] gehandelt hat.“* An anderer Stelle mutmaßen die Gutachter, dass den Mitarbeitern der beklagten Partei möglicherweise gar nicht bewusst gewesen ist, dass sie in die

angebotene Formel einen Quanto-Effekt eingebaut hatten. Wäre das tatsächlich der Fall gewesen, so hätte die beklagte Partei den Swap 4175 keinesfalls empfehlen dürfen, da die Wohlverhaltensregeln nicht nur verlangen, dass die Bank ihren Kunden genau kennt („Know Your Customer“) sondern, dass sie auch das Produkt, welches sie verkauft, genau kennt („Know Your Product“).

- (f) Auf der anderen Seite gibt es allerdings auch Hinweise, dass der beklagten Partei das exorbitante Risiko für die Stadt Linz durchaus von Anfang an bewusst gewesen ist: Die Stadt Linz hat die Gründe für diese Vermutung in ihrem Antrag auf Gutachtenserörterung vom 10. Oktober 2016 unter Punkt 5., S 28 ff, dargelegt. Sie lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:
- (i) Die Gutachter haben festgestellt, dass die Stadt Linz bei Abschluss des Swap 4175 „[...] *zumindest dieses Risikobudget* [gemeint: in Höhe von EUR 133 Mio.] *bereithalten [hätte] müssen*“ (Gerichtsgutachten, S 58ff). Die Stadt Linz hätte also nach den Ausführungen der Gutachter (wäre sie keine Kommune) sogleich bei Abschluss des Swap 4175 EUR 133 Mio. als Sicherheit auf das sonst übliche Effektenkreditkonto einzahlen müssen (Gerichtsgutachten, S 59). Eine solche Anfangsmarge dient – nach den Aussagen der Gutachter – ebenso wie das Effektenkreditkonto dazu, zu verhindern, dass „[...] *die Werte von Finanzkontrakten weit ins Negative abrutschen und sich hohe Verluste aufhäufen, die eine Kontrahentin möglicherweise nicht mehr ausgleichen kann*“ (Gerichtsgutachten, S 58).
- (ii) Es lag also nahe, dass die beklagte Partei ebenso wie die Gutachter das Risikobudget ermitteln konnte, hätte sie doch, wäre der Kunde nicht eine Kommune gewesen, eine Sicherheitsleistung in dieser Höhe verlangen müssen. Vom technischen System her verwendete die beklagte Partei für das Kreditmanagement eine eigene Applikation zum System Kondor+, den sogenannten Kondor Global Risk-Manager (kurz: „KGR“). Zusätzlich gab es bei der beklagten Partei auch ein Risikohandbuch, und zwar das Risikomanagementhandbuch Treasury, Version November 2006. Punkt 4.3 dieses Risikohandbuches verweist für das Kreditlimit-Management (das für den Sicherstellungsbedarf mit Bezug auf den Kunden einschlägig ist) auf die Solvabilitätsvorgaben des § 22 Abs 5 Bankwesengesetz. Dieses verlangt in einem eigenen Verfahren, dass für jedes Geschäft zur Erfassung des zukünftigen potentiellen Kreditrisikos ein allgemeiner Zuschlag ermittelt werden muss, der sich aus der Multiplikation der Nominalwerte aller Geschäfte mit einem

bestimmten Hundertsatz errechnet (nach dem Risikohandbuch erfolgt das durch einen allgemeinen Zuschlag [„Add-On“]).

- (iii) Folgt man diesen Anweisungen des Risikohandbuches, so kommt man bei der Berechnung des Kreditlimits, das sich nach der Eingabe der entsprechenden Daten des Swap 4175 in den technischen Risikomanager („KGR“) bei Abschluss des Vertrages der beklagten Partei eigentlich hätten ergeben müssen, auf CHF 141.724.375,00, was beim damaligem Kurs CHF/EUR von rund 1,62 einen Betrag von rund EUR 87 Mio. bedeutet (im Detail dazu Punkt 5.3.2 des genannten Schriftsatzes). Addiert man diesen Betrag zum Marktwert des Produktes, wie im Risikohandbuch vorgegeben, kommt man auf ein Kreditlimit von rund EUR 120 Mio. Das entspricht in etwa dem Risikobudget, wie es die Gutachter berechnet hatten.
- (iv) Den Mitarbeitern der beklagten Partei musste also schon bei Abschluss des Vertrages bewusst sein, dass der Swap 4175 mit einem Risiko von mehr als EUR 100 Mio. verbunden war.
- (v) Die von der beklagten Partei am Anfang festgelegte Kreditlinie von bloß EUR 25 Mio. (E-Mail Beilage .JZ: „*Als Derivatlinie benötigen wir ca. 25 Mio.*“) ist nur darauf zurückzuführen, dass ihre Mitarbeiter entgegen den Vorgaben im Risikohandbuch (Beilage .J9xJ, S 15) für die Ermittlung des Kreditlimits nicht alle tatsächlich vorhandenen 21 EUR/CHF Optionen und deren in Summe exorbitantes Volumen herangezogen haben, sondern lediglich ein „Add On“ von 7,5 % auf das Nominale des IRS-Swap (CHF 195 Mio.). Zu diesem Betrag wurde dann der präsumtive Marktwert der Optionen addiert (Beilage .J9xK, E-Mail von M. H. an M. H. u.a.: „*7,5% des IRS und je nach Optionsanzahl und Strike entsprechend viele positive Marktwerte*“). Aus dem Umstand, dass S. mit E-Mail vom 7. Februar 2007 (Beilage .JZ) eine Derivatlinie von EUR 25 Mio. für den SWAP 4175 anforderte, folgt, dass die beklagte Partei einen negativen Marktwert zulasten der Stadt Linz von mindestens EUR 16 Mio. plante. 7,5% von EUR 120 Mio. (entspricht CHF 195 Mio.) sind EUR 9 Mio. Zieht man von den für die „Derivatlinie“ angeforderten EUR 25 Mio. die EUR 9 Mio. der „Add On-Komponente“ ab, ergibt sich ein (aus der Sicht der Bank positiver) Marktwert von gesamt EUR 16 Mio. für die 21 EUR/CHF Optionen. Die These, der exorbitante negative Anfangswert des Swap 4175 zu Lasten der Stadt Linz hätte sich „zufällig“ aus den Handelsaktivitäten am Abschlusstag ergeben, ist daher offenkundig falsch. Die Aussage von E. H., Protokoll ON 74, Seite 12: „*Wir haben auf der*

Kundenseite am Anfang eine Verkaufsgebühr von 1,5 Mio. Euro erlässt und keinen Handelsgewinn gehabt. Das ist kein kundenseitiger Faktor: Wir haben 3,6 Mio. Euro an Handelsgewinn Erlöst und zwar am Tag, als diese Transaktion abgeschlossen wurde, am Stichtag“ lässt sich mit der konkreten Anforderung der Derivatelinie und deren rechnerischer Basis nicht in Einklang bringen.

- (vi) Letztlich rechtfertigt sich die beklagte Partei in ihrer Stellungnahme gegenüber der StA Linz am 19. Dezember 2013, 29 Ut 69/13g, AS 93, damit, dass der exponentielle Teil des Swap 4175 damals ohnehin keinen Wert gehabt habe. Auch darin zeigt sich, dass die beklagte Partei das Potential sehr wohl erkannte und zu Lasten der Stadt Linz für sich nutzte. Hätte der exponentielle Teil tatsächlich keinen Wert gehabt, fragt sich aus welchen Gründen dann die Formel auf diese Weise strukturiert wurde. Alleine aus dem exponentiellen Teil hat die beklagte Partei schlussendlich zumindest EUR 66 Mio. einnehmen können (Gerichtsgutachten, S 87).

4.4.7. Die Struktur des Swap 4175 und die Eigeninteressen der beklagten Partei

4.4.7.1. Die beklagte Partei hatte – wie sie selbst sagt (vgl. dazu in diesem Schriftsatz Punkt III. 4.4.6.4.(a) und (b)) – keinerlei Interesse, sich mit den vom Swap 4175 ausgehenden und letztlich existenzbedrohenden Risiken für die Stadt Linz zu beschäftigen. Sie hatte nämlich bereits mit dem Abschluss des Geschäftes, wie die Gutachter herausgefunden haben, „ihre Schäfchen im Trockenen“.

4.4.7.2. Der Grund dafür liegt in der Struktur des Swap 4175, wie ihn die beklagte Partei konstruiert hatte:

- (a) Beim „klassischen“ Zins-Swap vereinbaren die Vertragspartner, zu bestimmten zukünftigen Zeitpunkten Zinszahlungen, in der Regel einen Fixzins und einen variablen Zins, zu tauschen. Der Marktwert eines solchen Zinstausches wird anhand finanzmathematischer Berechnungsmodelle in der Weise ermittelt, dass die voraussichtlichen künftigen festen und variablen Zinszahlungen der Parteien gegenübergestellt und mit den an den entsprechenden Zahlungsterminen gültigen Abzinsungsfaktoren auf den Bewertungszeitpunkt abgezinst werden (so der BGH bereits im E vom 22. März 2011, XI ZR 33/10). Diese Beurteilung gilt nach dem BGH auch dann, wenn nicht nur ein Zinstausch stattfindet, sondern wenn in das Gesamtprodukt auch Optionsbestandteile einstrukturiert sind („[...] unter Berücksichtigung gegebenenfalls enthaltener Optionsbestandteile“).

- (b) Im Swap 4175 stellen die einstrukturierten Optionsbestandteile aber nicht nur „Beiwerk“ dar, sondern sie besitzen einen die Struktur dominierenden Charakter, wodurch diese erst ihre verheerende, existenzbedrohende Wirkung entfalten konnte: Der Swap enthält zwar tatsächlich einen klassischen Zinstausch. Der findet allerdings nur zwischen dem von der beklagten Partei übernommenen 6-Monats-LIBOR aus der CHF-Anleihe und dem von der Stadt Linz zu zahlenden Fixzins von 0,065 % statt. Der Marktwert (der faire Marktpreis) dieses Zinstausches beträgt EUR 29.766.926,00 zugunsten der Stadt Linz (Gerichtsgutachten, Tabelle S 62 „Zinsteil (Marktwert) Fall Q“).
- (c) Die Gegenleistung der Stadt Linz dafür war – wirtschaftlich betrachtet – die Verschreibung von 21 Währungsoptionen (Terminoptionen) auf das zukünftige Verhältnis zwischen Schweizer Franken und Euro mit einem Nominale von jeweils CHF 97,5 Mio. Fällig waren diese Terminoptionen jeweils am 15. April und am 15. Oktober. Die Laufzeit lag zwischen zwei Monaten und zehn Jahren (15. April 2017). Lag zum Fälligkeitszeitpunkt das Wechselkursverhältnis zwischen Schweizer Franken und Euro über dem Strike von 1,54, verfiel die Option der beklagten Partei, lag sie darunter, so war die Differenz mit der Maßgabe von der Stadt Linz glattzustellen, dass das Auszahlungsprofil zusätzlich eine exponentielle Komponente aufwies. Der Marktwert dieser Verpflichtung der Stadt Linz wurde von den Gutachtern mit EUR 49.631.925,00 ermittelt (Gerichtsgutachten, Tabelle S 62 „Optionen (Marktwert) Fall Q“). Intern bezeichnete die beklagte Partei die in den Swap einstrukturierten Optionen als FX-Adjustment, was Mag. W. P. anfangs nicht wusste. Erstmals mit E-Mail der beklagten Partei vom 7. Jänner 2008 (Beilage /19) findet sich ein Hinweis auf ein solches „Adjustment“.
- (d) Das ändert aber nichts daran, dass es sich in Wahrheit um den Verkauf von Optionen durch die beklagte Partei handelte, auch wenn sie eingebettet waren in ein Zinstauschgeschäft, wie sowohl die Österreichische Nationalbank als auch die vom Gericht bestellten Gutachter bestätigen.
- *„[...] , wobei die Bezeichnung Swap irreführend ist, da es sich bei der ökonomischen Natur der Geschäfte nach um geschriebene Währungsoptionen mit erheblichem, theoretisch unbegrenztem Risikopotential handelt.“ (Beilage /8xB, S 6, Rz 9).*
 - *„Die Stadt Linz verkaufte über den Abschluss des Swaps implizit die EUR-Verkaufsoptionen an die BAWAG, erhält also dafür den Geldkurs (Bid Price). Die*

Stadt Linz verkauft hierbei nicht direkt die Optionen, sondern lediglich eingebettet in den Swap. Dies lässt sich wie folgt interpretieren: Wirtschaftlich wäre der gleiche Effekt erzielt worden, wenn die Stadt Linz das Portfolio der Optionen direkt verkauft hätte [...]" (Gerichtsgutachten, S 14).

4.4.7.3. Aufgrund der so, aber nur aus Sicht der beklagten Partei, geglückten Struktur des Swap 4175 hatte sie von Anfang an kein Risiko mehr, sondern nur mehr weitere Gewinnchancen:

- (a) Die beklagte Partei hatte Mag. W. F. mit der Übernahme des 6-Monats-LIBOR aus der CHF-Anleihe für einen Fixzinssatz von 0,065 % „eine Okkasion geboten, bei der man schwach werden konnte“ (S.). Der der Stadt Linz damit zukommende Vorteil wurde im Gerichtsgutachten (Tabelle S 62) mit EUR 29.766.926,00 bewertet. Da es sich bei diesem Zinstausch (fixe gegen variable Zinsen) um ein marktübliches und standardisiertes Produkt handelte, unterscheidet sich der errechnete Marktwert auch kaum vom Geld- oder Briefkurs. Der angemessene Briefkurs, den die Stadt Linz für den damit erzielten Vorteil hätte zahlen müssen, belief sich prämiemäßig auf EUR 30.035.956,00.
- (b) Die beklagte Partei hatte damit auch ein Risiko übernommen, da sie aus dem Zinstausch voraussichtlich rund EUR 30 Mio. mehr würde zahlen müssen, als sie von der Stadt Linz durch den geringen Fixzins von 0,065% p.a. erhielt. Dieses Risiko hat sie natürlich geschlossen und zwar dadurch, dass sie sukzessive ihre Verpflichtungen aus diesem Zinstausch auf dem Markt gehedgt hat (vgl. dazu die Ausführungen unter Punkt III.4.4.8.10. in diesem Schriftsatz).
- (c) Diese „Kosten“ von rund EUR 30 Mio. musste sie wieder hereinbringen. Dazu stand ihr der Weiterverkauf der von der Stadt Linz im sogenannten FX-Adjustment – unbewusst – übernommenen Verpflichtung, bei der es sich in Wahrheit um den Verkauf von Terminoptionen auf das Verhältnis Schweizer Franken zu Euro gehandelt hat, zur Verfügung. Sie musste also die Erlöse aus dem Weiterverkauf der Optionen – wie sich S. ausdrückte – in den Zinstausch „hineinfüttern“. (S. , LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 6. Dezember 2013, S 25 f, Beilage ./9xB). Das (theoretische) Risiko der beklagten Partei bestand also darin, dass sie aus dem Weiterverkauf der Optionen nicht genug Prämien erwirtschaften würde, um letztlich die Kosten des Zinstausches abzudecken und einen Überschuss zu erzielen.

4.4.7.4. Das dahingehende Risiko war für die beklagte Partei wegen des hohen Werts der einstrukturierten Optionen und des sich daraus ergebenden, völlig asymmetrischen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung (rund EUR 50 Mio. zu rund EUR 30 Mio.) praktisch null (der von den bestellten Gutachtern ermittelte Briefkurs, den ein Verkäufer solcher Optionen üblicherweise erhält, lag bei rund EUR 42 Mio., also um mehr als EUR 12 Mio. über dem tatsächlichen Kaufpreis, den die beklagte Partei zahlte). Zu diesem Ergebnis kommen auch die Gutachter.

(a) „[Die beklagte Partei hat] durch Glattstellen der Optionsserie [zu ergänzen: allein] bestehend aus Standardoptionen eine Super-Replikation erzielt. Für die Beherrschung des Marktrisikos war dies für die BAWAG völlig ausreichend [...]“ (Gerichtsgutachten, S 90);

(b) „[Die beklagte Partei hatte] zumindest aus dem Optionsteil überhaupt kein Marktrisiko. Die [zu ergänzen: bereits] bei Abschluss des Swap 4175 erzielte Marge war groß genug, um eine Super-Replikation durch Standard-Put-Optionen aufsetzen zu können“ (Gerichtsgutachten, S 93).

4.4.7.5. Damit hatte die beklagte Partei am Anfang bereits genug verdient, obwohl sie das gesamte Potential des Geschäftes noch nicht einmal annähernd ausgeschöpft hatte (sie konnte vielmehr den exponentiellen Teil der Formel zurückbehalten, um ihn später gewinnbringender zu verwerten.

- „[B]ei einem Verkauf der Optionen aus dem Mappings zum Abschlusszeitpunkt [hätte] die BAWAG nur Einnahmen i.H.v. maximal EUR 7 Mio erzielen können.“ (Gerichtsgutachten, S 86 f).

- „Nach Abschluss des Swap 4175 erzielte die BAWAG durch den Verkauf von Optionen [weitere] Einnahmen i.H.v. ca. EUR 66 Mio“ (Gerichtsgutachten, S 86 f; an anderer Stelle halten die Gerichtsgutachter allerdings fest, dass sie konkrete Einnahmen nicht feststellen konnten [Gerichtsgutachten, S 86]). Unabhängig davon wird aber aus der Aussage im Gerichtsgutachten klar, dass die beklagte Partei sich jedenfalls das Potential für Erlöse im derartigen Ausmaß zurückbehalten hatte (Gerichtsgutachten, S 86 f: „Die BAWAG konnte sich mit dem Verkauf Zeit lassen, bis sie weiter im Geld und damit mehr wert waren, da der Weiterverkauf nur der Standard-Put-Optionen immer weniger Zahlungen erforderte, als die Zinseinnahmen von der Stadt Linz erbrachten oder erbringen würden.“).

4.4.7.6. Die von der beklagten Partei geschaffene Struktur des Swap-Geschäftes, die es ihr ermöglichte, durch einen nur teilweisen Weiterverkauf auf dem Markt bereits so viel zu verdienen, dass sie von Beginn an schon kein Risiko mehr hatte („Super-Replikation“), sollte möglichst nicht bekannt werden. Es wäre natürlich für Mag. W. F. im Hinblick auf seine Risikoeinschätzung von eminenter Bedeutung gewesen (nähere Ausführungen dazu erfolgen auch unter dem Gesichtspunkt einer anleger- und objektgerechten Beratung):

- (a) *„Wenn das dieser Swap 4175 ist, dann rechnet sich das im Hintergrund - ohne jetzt selbst mit der Stadt Linz Optionen abgeschlossen zu haben - über Optionen, die verschrieben werden, aber eben nicht, die die Stadt Linz verschrieben hat. Über diese Optionen werden dann entsprechende Prämien generiert. Diese Prämien werden dann zusammengesammelt und in diesen Swap hineingefüttert“* (S., LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 6. Dezember 2013, S 25 f, Beilage /9xB, auf die Frage, ob nicht hinter dem sogenannten „FX-Adjustment“ die Verschreibung von Optionen durch die Stadt Linz steht).
- (b) *Demgegenüber hielten Mag. H. A. und S. schon nach dem Gespräch mit Mag. W. F. am 22. Jänner 2007 schriftlich fest: „[D]a die Kursdifferenz aus den Optionen als Zinsaufschlag dargestellt wird [...]“* (Beilage /171).
- (c) *Auch im internen Produkteinführungsformular für den Swap 3976 werden die Mitarbeiter der beklagten Partei darauf aufmerksam gemacht, dass die Kassageschäfte aus dem Weiterverkauf der Optionen nicht offengelegt werden sollten: „[...] keine Bestätigung an Kunden [...]“* (Beilage /206).

4.4.8. Der Interessenkonflikt und das sich daraus ergebende Empfehlungsverbot sowie die sich daraus ergebende Aufklärungspflicht

4.4.8.1. Der Swap hatte bei seinem Abschluss einen negativen Marktwert von minus EUR 20 Mio. (genauer: minus EUR 19.864.999,00 [Gerichtsgutachten, Tabelle S 62 „Swap 4165 (Marktwert) Fall Q*]). Der OGH hat in der E 3 Ob 191/17k, ausgesprochen, dass sich die Bank strukturell bei einem Swap-Geschäft in einem Interessenkonflikt befindet, weil ihre Eigeninteressen über das bloße Entgeltinteresse hinausgehen. Der anfänglich negative Marktwert bringt nämlich zum Ausdruck, dass die Gewinnchancen nach Ansicht des Marktes deshalb ungleich verteilt sind, weil die tatsächliche Zinsentwicklung wahrscheinlicher ist als die mit dem Kunden vereinbarte. Ein Umstand, aus dem die Bank einseitig einen Nutzen zu ziehen vermag.

- 4.4.8.2. Die Gestaltung einer Wette – und bei derartigen Geschäften handelt es sich um eine Wette, so das Höchstgericht – mit ungleichen Startchancen für beide Teilnehmer begründet daher einen unvermeidbaren (weil systemimmanenten) Interessenkonflikt, weil die Bank eine Doppelstellung als Berater und Wettpartner hat. Bei unvermeidbaren Interessenkonflikten hat die Bank entweder das Geschäft zu unterlassen (was einem Empfehlungsverbot nach § 14 Z 1 WAG 1996 gleichkommt), oder sie hat dem Kunden die Art und die Ursache des Interessenkonflikts offenzulegen, bevor es zum Abschluss des Geschäftes kommt.
- 4.4.8.3. Der OGH geht dabei vom Rechtsverständnis des deutschen Bundesgerichtshofes aus. Dieser hatte beim Swap-Geschäft mit negativem Anfangswert den schwerwiegenden Interessenkonflikt damit begründet, dass die beratende Bank als Partner der Zinswette (als eine solche wird das Swap-Geschäft sowohl in Deutschland als auch in Österreich bewertet) eine Rolle übernehme, die den Interessen des Kunden entgegengesetzt ist. Für die Bank erweist sich der Tausch der Zinszahlungen nur dann als günstig, wenn ihre Prognose zur Entwicklung des Basiswerts gerade nicht eintritt und der Kunde damit Verluste erleidet. Als Berater des Kunden hingegen sei die Bank verpflichtet, die Interessen des Kunden zu wahren. Bewerte aber der Markt – nach den zur Verfügung stehenden Simulationsmodellen – zum Abschlusszeitpunkt das Risiko, das der Kunde übernehme, in bestimmter Höhe negativ, bedeutet dies für die Bank, dass ihre Chancen in dieser Höhe positiv bewertet werden. Damit besteht die Gefahr, dass die Bank ihre Anlageempfehlung nicht allein im Kundeninteresse abgibt. Auch aus der Sicht des Kunden ist diese Vorgangsweise aufklärungsbedürftig. Er sieht nämlich die Anlageempfehlung seiner Bank in einem völlig anderen Licht, wenn er weiß, dass aktuell der Markt seine Chancen negativer sieht als die gegenläufigen Chancen der ihn beratenden Bank. Diese rechtliche Einschätzung wird geradezu prototypisch durch die Aussage des Mag. W. F. vor dem LG Linz bestätigt (siehe Punkt III.4.4.2.4. in diesem Schriftsatz).
- 4.4.8.4. Am Interessenkonflikt ändert sich auch dann nichts, wenn die Bank nicht auf Dauer gegen ihren Kunden spekuliert, weil sie etwa das Risiko (unmittelbar) nach dem Abschluss des Geschäftes an den Markt weiterreicht. Nach der Rsp genügt es nämlich für das Vorliegen eines Interessenkonfliktes schon, dass die Bank durch den Abschluss des Geschäftes die Möglichkeit bekommt, den negativen Marktwert durch entsprechende Hedge-Geschäfte zu Geld zu machen (BGH XI ZR 33/10; XI ZR 316/13 und XI ZR 378/13).
- 4.4.8.5. Die in den Entscheidungen der Höchstgerichte der beiden Länder zum Ausdruck kommende Wertung, dass Banken Swap-Geschäfte ohne vorangehende entsprechende Aufklärung über

den Interessenkonflikt (beinhaltend die Tatsache des Interessenkonflikts und auch die Höhe des negativen Marktwerts) nicht abschließen dürfen, ist auch auf das Swap-Geschäft 4175 zu übertragen. Zwar enthält der Swap 4175 gegenüber dem „klassischen Swap“ noch einstrukturierte Optionselemente (die sogar eine sehr dominierende Wirkung haben: Punkt III.4.4.7.2.), das ändert aber nichts daran, dass zwischen den Parteien ein Interessenkonflikt bestand, der zumindest so groß war wie beim klassischen Zinstauschgeschäft. Das hing einerseits mit der Struktur des Swap 4175 zusammen (Punkt III.4.4.7.2.) und andererseits damit, dass die beklagte Partei nicht nur den Vorteil aus dem negativen Marktwert sofort zu Geld gemacht hat, sondern dass sie nach Abschluss des Geschäftes weiter gegen die Stadt Linz wettete (Punkt III.4.4.8.10.). Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Entscheidung des dritten Senats zum WAG 2007 ergangen ist. Die vom Höchstgericht ausgesprochenen Grundsätze galten auch bereits für das WAG.

4.4.8.6. Der schon institutionell bei jedem klassischen Zinstauschgeschäft mit negativem Marktwert bestehende Interessenkonflikt wurde beim Abschluss des Swap 4175 in drei Richtungen noch verschärft. Auch das hing mit der ungewöhnlichen Struktur des Swap 4175 zusammen.

- (a) Zum einen war es der völlig außerhalb der Norm liegende Unterschied zwischen dem Wert der Leistung der Stadt Linz in der Höhe von rund EUR 50 Mio. und dem Wert der Leistung der beklagten Partei mit rund EUR 30 Mio. Obwohl der Geldkurs, den die Stadt Linz erwarten durfte (Gerichtsgutachten, S 14 „[...] erhält als dafür den Geldkurs (Bid Price)“, rund EUR 42 Mio. betragen hätte, lag die Gegenleistung der beklagten Partei nur bei rund EUR 30 Mio. (den Geldkurs haben die Gutachter mit EUR 42.626.334,00 berechnet [Gerichtsgutachten, Tabelle S 62 „Option Geldkurs Fall Q“]).
- (b) Weiters hatten die Optionen zusätzlich ein exponentielles Auszahlungsprofil („Quanto-Effekt“), was eine nochmalige Schlechterstellung der Stadt Linz gegenüber einem „normalen“ Optionsgeschäft, das durch Standardoptionen abgebildet wird, bedeutet hat (zu dem sich dafür zugunsten der beklagten Parteien eröffneten Vorteil vgl. Punkt III.4.4.7.5. in diesem Schriftsatz). Dass damit auch die Schließungskosten verdoppelt wurden, ohne dass die Stadt Linz durch die Übernahme dieses zusätzlichen Risikos einen besseren Fixzins erhielt (vgl. Punkt III.4.4.6.4.(d) in diesem Schriftsatz).
- (c) Schließlich wies das Geschäft durch den hohen Unterschied zwischen Leistung und Gegenleistung eine derartige Asymmetrie im Chancen-Risiko-Profil auf, dass die Stadt Linz von Anbeginn an eigentlich chancenlos war. Eine solche Struktur löst damit aber nicht nur einen Interessenkonflikt aus, über die praktisch schon von Anbeginn an

bestehende Chancenlosigkeit ist auch unter dem Gesichtspunkt der objektgerechten Beratung aufzuklären. Überdies verstärkt sich bei einer Bank, die eine derartige Asymmetrie strukturiert hat, der Interessenkonflikt (vgl. schon zur Frage der Gesetzeswidrigkeit Punkt III.3.5.2. sowie die folgenden Punkte III.4.4.8.7. bis III.4.4.8.11.).

- 4.4.8.7. Nach der auch vom OGH geteilten Ansicht des Deutschen Bundesgerichtshofes spiegelt der anfängliche negative Marktwert nicht zwingend den voraussichtlichen Erfolg oder Misserfolg des Geschäftes wieder, sondern den Marktwert, der bei Abschluss durch Glattstellung realisierbar wäre. Für den Kunden bedeutet das vorerst nur, dass er die damit einstrukturierte Bruttomarge erwirtschaften muss, um seinerseits in die Gewinnzone zu gelangen. Zugleich muss er bei sofortiger Lösung vom Vertrag einen Verlust (zumindest in Höhe des negativen Marktwerts [im konkreten Fall wären das, wie die Gutachter festgestellt haben, rund EUR 27 Mio. gewesen]) tragen. Damit indiziert der anfängliche, stichtagsbezogene negative Marktwert in der Regel keine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Kunde letztlich einen Verlust erzielt, also die Wette verliert (BGH XI ZR 316/13). Dass der negative Marktwert nichts über die Verlustwahrscheinlichkeit aussagt, gilt aber dann nicht, wenn sich, ausgedrückt durch das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, das Chancen-Risiko-Profil durch erhöhte Kosten und Ertragsteile zugunsten der Bank verschiebt. Dann ist nicht nur im Fall eines Interessenkonflikts sondern schon generell im Rahmen der objektgerechten Beratung und Aufklärung von der Bank zu informieren. Wird nicht informiert, darf die Bank ein derartiges Produkt nicht empfehlen (wiederum BGH XI ZR 326/13 mwN).
- 4.4.8.8. Dass beim Swap 4175 ein derartiges Missverhältnis und damit eine übermäßige Verschiebung des Chancen-Risiko-Profiles vorlag, womit von einer a priori gegebenen Verlustwahrscheinlichkeit für die Stadt Linz auszugehen war, drängt sich danach geradezu auf: Der Marktwert der von der Stadt Linz – wenn auch eingebettet in den Swap – verschriebenen Optionen betrug rund EUR 50 Mio. Der objektiv angemessene dafür zu zahlende Preis (Geldkurs) lag nach der Berechnung der Gutachter bei rund EUR 42 Mio., die der Bank in diesem Fall zur Verfügung stehende noch akzeptable Bruttomarge für ihre Kosten und Ertragsteile lag also bei max. 11 % des fairen Marktpreises für die Optionen. Tatsächlich „zahlte“ die beklagte Partei beim Swap 4175 für die ihr verkauften Optionen aber nur rund EUR 30 Mio. (das ist der Geldkurs für den Zinstausch nach dem Gerichtsgutachten, Tabelle S 62). Damit machte die Bruttomarge zugunsten der beklagten Partei rund 39 % der Prämien aus. Dieses Missverhältnis hat die von der Rsp angenommene Grenze für ein ausgewogenes Chancen-Risiko-Profil zu Lasten der Stadt Linz in einem nicht mehr tolerierten Umfang verschoben. Damit war das Geschäft auch sittenwidrig (Punkt III.3.5.2.).

4.4.8.9. Damit wird auch offensichtlich, dass nicht nur der Interessenkonflikt der beklagten Partei bei Abschluss des Swap 4175 weit über den bei einem Zinstauschgeschäft systemimmanenten Interessenkonflikt hinausging, sondern dass die beklagte Partei schon a priori im Wege einer objektgerechten Aufklärung Mag. W. F. über die krasse Verschiebung des Chancen-Risiko-Profiles zu informieren gehabt hätte. Das hat sie nicht getan.

4.4.8.10. Die beklagte Partei hat aber nicht nur, wie in den Fällen, die der Deutsche Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte, die Möglichkeit genutzt, den negativen Marktwert durch ein entsprechendes Hedge-Geschäft zu Geld zu machen, sie hat vielmehr auch nach Abschluss des Geschäftes weiter gegen die Stadt Linz spekuliert. Die Stadt Linz hat dazu bereits ausführlich im Vorlageantrag vom 17. Jänner 2014 (Punkt 1., S 3 ff) und im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt II.5.3., S 17 f) Stellung genommen. Die fortgesetzte Wette der beklagten Partei gegen die Stadt Linz betraf sowohl den Zins-Swap als auch die Optionskomponente:

- (a) Die beklagte Partei hatte zwei Möglichkeiten, ihre Verpflichtung zur Zahlung des 6-Monats-LIBOR für die kommenden zehn Jahre gegenüber der Stadt Linz zu handhaben. Sie konnte dieses Risiko sofort durch einen Zins-Swap „off market“ schließen, dann hätte sie aber unmittelbar bei Abschluss den negativen Marktwert aus der Zinskomponente gegenüber Dritten bezahlen müssen. Gegenüber der Staatsanwaltschaft Linz erklärte sie, einen anderen Weg zur Absicherung dieses Risikos gesucht zu haben. Hintergrund war, sich die unmittelbare Zahlung zu ersparen. Sie habe deshalb vorerst das Zinsrisiko „auf ihrem Bankbuch belassen“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei an die StA Linz vom 19. Dezember 2013, 29 Ut 69/13g, AS 97, Beilage ./9xH). Das heißt aber nichts anderes, als dass die beklagte Partei auf der Zinsseite nach Vertragsabschluss weiter gegen die Stadt spekuliert hat.
- (b) Hinsichtlich der Währungsseite schildert die beklagte Partei ihr Verhalten folgendermaßen: *„[...] das Auszahlungsprofil aus den 21 verkauften einfachen Währungsoptionen [war] geringer, als das Auszahlungsprofil, welches sich bei Anwendung der im Rahmen des SWAP II vereinbarten Formel ergab. Damit bestand ein ungesicherter Bereich, der theoretisch dadurch hätte bereinigt werden können, indem das nach Unterschreiten des Strike von 1,54 zunehmend konvexe Auszahlungsprofil durch den Verkauf weiterer Optionen nachgezogen worden wäre. Die aus dem Verkauf dieser weiteren Optionen resultierenden Prämien wären der Stadt Linz gut zu bringen und damit das zusätzliche Risiko aus der Konvexität der Formel und dem daraus resultierenden für die Stadt Linz stärker belastenden Auszahlungsprofil ausgeglichen*

worden.“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei an die StA Linz vom 19. Dezember 2013, 29 Ut 69/13g, AS 91, Beilage ./9xH).

- (c) Auch die Gutachter bestätigen dies auf Seite 86 des Gerichtsgutachtens, dass die beklagte Partei auch auf der Währungsseite gegen die Stadt Linz weiterspekuliert hat, wenn es dort heißt, dass die beklagte Partei zum Abschlusszeitpunkt nur Einnahmen aus dem exponentiell wirkenden Bestandteil der Formel in der Höhe von maximal EUR 7 Mio. hätten verdienen können, um dann wörtlich fortzusetzen: „Nach Abschluss des Swap 4175 erzielte die BAWAG durch den Verkauf von Optionen Einnahmen i.H.v. ca. EUR 66 Mio.“

4.4.9. Die beklagte Partei hat ihre Verpflichtungen zur anleger- und objektgerechten Beratung und Aufklärung verletzt

4.4.9.1. *Die gesetzlichen Rahmenbedingungen*

4.4.9.1.1. Auf das Swap-Geschäft zwischen Mag. W■■■■ F■■■■ und der beklagten Partei waren die Wohlverhaltensregeln des WAG 1996 insbesondere die §§ 11 bis 14 anzuwenden. Bei den Wohlverhaltensregeln handelt es sich um Mindeststandards, die jeder Wertpapierdienstleister zu beachten hat, darunter natürlich auch die beklagte Partei. Als Mindeststandards unterliegen sie nicht der Parteiendisposition (2 Ob 236/04a).

4.4.9.1.2. Die Wohlverhaltensregeln verwirklichen den Kundenschutz in Form der ausreichenden Information des Kunden. Sie haben bei Effektengeschäften die schon bis dahin geltende Rsp des OGH zu den aus der culpa in contrahendo, der positiven Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleiteten Aufklärungs- und Beratungspflichten positiviert (RIS-Justiz: RS0119752). Sie verpflichten die Bank, ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln und seine Interessen umfassend wahrzunehmen (*Graf in Gruber/Raschauer*, Kommentar zum WAG, § 38 Rz 8). Oberstes Prinzip ist, dass der Kunde in die Lage versetzt wird, die genaue Art, die Risiken und den speziellen Typ des Finanzinstruments so zu verstehen, dass er auf informierter Grundlage seine Entscheidung treffen kann. Aus diesem Grund muss die Bank ihr eigenes Fachwissen ohne Einschränkung in den Dienst des Kunden stellen, und sie darf keine den Kundeninteressen gegenläufige Eigeninteressen vertreten.

4.4.9.1.3. Bei der danach verbindlich verlangten anleger- und objektgerechten Beratung des Kunden sind maßgeblich einerseits der Wissensstand und die Risikobereitschaft sowie

das Anlageziel des Kunden und andererseits die allgemeinen mit dem Finanzprodukt verbunden Risiken sowie die speziellen Risiken, die sich aus den Besonderheiten des Anlageobjektes ergeben. Die Aufklärung des Kunden dazu, die letztlich seiner Anlageentscheidung dient, muss richtig und vollständig sein.

- 4.4.9.1.4. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, muss die Bank zu allererst neben den Erfahrungen und dem Wissen des Kunden seine Anlageziele (Anlagezweck und Risikobereitschaft) erfragen, um überhaupt feststellen zu können, ob diese mit dem Produkt übereinstimmen. Allein das Vertrauen auf angebliche oder wirkliche berufliche Qualifikationen des Kunden reicht nicht aus. Ein derartiges Wissen lässt nämlich weder den genauen Schluss auf die Kenntnis des Kunden von den spezifischen Risiken des Produkts zu, noch kann allein aus etwaigen Vorkenntnissen des Kunden auf seine konkrete Risikobereitschaft geschlossen werden.
- 4.4.9.1.5. Anders ist es nur, wenn es tatsächlich konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Kunden im Zusammenhang mit der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit Kenntnisse im Umgang mit dem konkreten Produkt hat (BGH XI ZR 33/10; XI ZR 244/95; XI ZR 453/02; XI ZR 202/13). Demnach lassen Vorkenntnisse die von der Bank übernommene Pflicht, die Anlageziele des Kunden zu ermitteln, unberührt. Nur so ist sichergestellt, dass der Kunde im Hinblick auf das Risiko des Geschäfts im Wesentlichen den gleichen Kenntnis- und Wissenstand hat, wie die ihn beratende Bank.
- 4.4.9.1.6. Bei einem derart komplexen Produkt wie dem Swap 4175 (er kam zwar im Kleid einer klassischen reinen Zinswette daher mit einer scheinbar einfachen, rechnerisch nachvollziehbaren Formel, versteckte aber dahinter in Wahrheit eine Optionsstruktur, nämlich den Verkauf von 21 Währungsoptionen mit einem Nominale von jeweils CHF 97,5 Mio.), sind die Anforderungen, die insoweit an die beratende Bank gestellt werden, besonders hoch. Der Kunde ist sowohl über die konkrete Struktur des Geschäftes als auch darüber aufzuklären, wie das Chancen-Risiko-Profil aussieht. Das gilt insbesondere dann, wenn – wie hier – das hinter der Formel stehende Risiko nicht dadurch zu erfassen ist, dass man die Rechenschritte zur Berechnung der variablen Zahlungen nachvollziehen kann (BGH XI ZR 33/10).
- 4.4.9.2. *Verletzung der Pflichten zur anleger- und objektgerechten Beratung durch die beklagte Partei*
- 4.4.9.2.1. Dass die beklagte Partei den oben dargestellten gesetzlichen Vorgaben zu einer anleger- und objektgerechte Beratung und Aufklärung nicht nachgekommen ist, liegt auf der Hand.

Die Defizite, welche die beklagte Partei zu vertreten hat, wurden von der Stadt Linz in der Klage vom 2. November 2011 (Punkt VI.7., S 47 ff), in der Klagebeantwortung vom 9. Dezember 2011 (Punkt VII.7., S 79 ff) und insbesondere im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt IV., S 56 ff) ausführlich dargestellt. Auf diese umfangreiche Darstellung wird – zur Vermeidung von Wiederholungen – verwiesen. In den folgenden Punkten III.4.4.9.3 ff werden daher nur mehr einige Details zusammenfassend herausgehoben.

4.4.9.2.2. Die beklagte Partei, die, in Kenntnis des fehlenden Wissens des Mag. W■■■■ F■■■ praktisch jede Erkundung nach den Interessen der Stadt Linz mit Rücksicht auf Anlagezweck und Risikobereitschaft unterlassen hat (vgl. Punkt III.4.4.6. in diesem Schriftsatz), rechtfertigt sich im Wesentlichen damit, dass es sich bei der Stadt Linz um einen professionellen Marktteilnehmer gehandelt habe und dass der Wunsch nach einem Produkt, wie es der Swap 4175 eben war, von Mag. W■■■■ F■■■ ausgegangen sei. Außerdem sei der Abschluss des Swap 4175 auf die guten Erfahrungen des Mag. W■■■■ F■■■ mit dem vorangehenden Produkt, nämlich dem Swap 3976, zurückzuführen. Der Swap 4175 sei aufgrund seiner Formel rechnerisch ganz leicht nachzuvollziehen, jedermann sei erkennbar, dass das Geschäft in einem Worst-Case-Szenario ein unbeschränktes Währungsrisiko enthalte; außerdem habe Mag. W■■■■ F■■■ eine eindeutige Währungsmeinung gehabt. Letztlich habe die Stadt Linz ohnehin auf jede Beratung und Aufklärung verzichtet.

4.4.9.2.3. Alle diese Argumente der beklagten Partei treffen – wie schon in den unter Punkt III.4.4.9.2.1. zitierten Schriftsätzen ausgeführt – nicht zu.

4.4.9.3. *Keine eingeschränkte bzw. fehlende Erkundungspflicht der beklagten Partei*

4.4.9.3.1. Die Wohlverhaltensregeln verlangen, dass sich die Bank nicht nur nach dem Wissen und den Erfahrungen des Kunden, sondern, dass sie sich auch nach den finanziellen Fähigkeiten sowie seinem Anlageziel (beinhaltend den Anlagezweck und die Risikobereitschaft) ausreichend erkundigt. Diese Verpflichtung ist nicht dispositiv. Dass sich die beklagte Partei nicht daran gehalten hat, wird im Ergebnis nicht einmal von der beklagten Partei geleugnet (Schriftsatz vom 28. Februar 2014, Punkt IV.2.3., S 69 ff, und Punkt III.4.4.6. in diesem Schriftsatz).

4.4.9.3.2. Eine angebliche Professionalität des Kunden oder seine theoretischen Vorkenntnisse rechtfertigen für sich ebenfalls nicht das Unterlassen der Erkundigung, da aus einem abstrakten Wissen nicht auf die Risikobereitschaft und die Anlagezwecke geschlossen

werden kann. Das Argument der beklagten Partei taugt aber auch schon deshalb nicht, weil sie einerseits wusste, dass Mag. W. F. bis zum Abschluss des Swap 3976 keinerlei Erfahrung mit komplexen Finanzgeschäften hatte und weil ihr überdies bewusst war, dass es auch keinen weiteren Finanzfachmann bei der Stadt Linz gab (Punkt III.4.4.3.9. in diesem Schriftsatz).

4.4.9.3.3. Die Erkundungspflicht entfällt nach der deutschen Rsp (BGH XI ZR 33/10; XI ZR 316/13), wenn der beratenden Bank alle für die anleger- und objektgerechte Beratung notwendigen Umstände, etwa aus einer langjährigen Geschäftsbeziehung mit dem Kunden und dessen bisherigem Anlageverhalten bereits bekannt sind. Dass diese Ausnahme nicht zutrifft, wurde einmal mehr unter Punkt III.4.4.6. in diesem Schriftsatz gezeigt. Auch die Ausnahme, wenn der Kunde bereits mit deutlichen Vorstellungen von dem gewünschten Anlagegeschäft an die Bank herantritt, ist in concreto nicht anwendbar. Das zeigt die Genese, wie es zum Abschluss des Swap 4175 kam. Mag. W. F. hat das Geschäft nicht gesucht, sein Abschluss war vielmehr das Ergebnis einer seit August 2006 von der beklagten Partei verheerend verfolgten Strategie, Mag. W. F. Währungsspekulationen zum Zweck der Zinsverbilligung aufzudrängen (Punkt III.4.4.3.8.).

4.4.9.3.4. Auch der Umstand, dass Mag. W. F. kurz vorher ein ähnliches Geschäft, nämlich den Swap 3976, abgeschlossen hatte, rechtfertigt das Vorgehen der beklagten Partei nicht. Zum einen wurde ihm dieses Geschäft ohne entsprechende Beratung ebenfalls aufgedrängt (vgl. Punkt III.4.2.3. in diesem Schriftsatz). Zum anderen sagt die Rsp, dass sich die fehlende Beratung in einer Kette von Geschäften dann fortsetzt, wenn der Kunde vor dem ersten empfohlenen Geschäft nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist. Dieser Aufklärungsmangel gilt dann grundsätzlich auch für gleichartige Folgegeschäfte (näher dazu: Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt II.3.7., S 10, und Punkt IV.2.2.9., S 66 f [Punkt IV.2.2.9.3. f, S 66 f]). Daran würde sich auch nichts ändern, wenn Mag. W. F. vor dem Abschluss des Swap 4175 „gute Erfahrungen“ mit dem Swap 3976 gemacht hätte, was nicht der Fall war, und er deshalb von sich aus das gleiche oder ein ähnliches Produkt nochmals wollte (Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt II.3.7. S 10). Selbst wenn das der Fall gewesen wäre, was es nicht war, könnte ein in der Vergangenheit nicht sichtbar gewordenes Risiko geradezu bedeuten, dass der nicht aufgeklärte Kunde in seinem Irrglauben bestätigt wird (OLG München 5 U 216/12).

4.4.9.4. *Keine Einschränkung bzw. kein Entfallen der Pflichten der beklagten Partei nach dem WAG 1996*

- 4.4.9.4.1. Auch drei weitere Gründe, weshalb die beklagte Partei nach ihrer Meinung nicht zur Einhaltung der Pflichten nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz verhalten gewesen ist, erwiesen sich als falsch. Einer dieser Gründe liegt in der Behauptung, bei der Stadt Linz habe es sich um einen professionellen Marktteilnehmer gehandelt, der zweite, angesichts der Größe der Stadt Linz und ihrer technischen sowie personellen Ausstattung sei eine Beratung und Aufklärung nicht erforderlich gewesen und drittens, die Stadt Linz habe ohnehin auf jede Beratung verzichtet.
- 4.4.9.4.2. Wie schon im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt IV.2.4., S 72 ff [insbesondere Punkte IV.2.4.1., IV.2.4.3. und IV.2.4.4., S 72, 77 ff]) dargestellt, handelt es sich bei der Stadt Linz um keinen „geborenen“ professionellen Marktteilnehmer, daher waren sowohl bei der Einstufung die gesetzlichen Voraussetzungen zu prüfen, als auch ein rechtskonformer Einstufungsprozess durchzuführen. Die personellen und technischen Voraussetzungen sprechen gegen eine Einstufung als professioneller Marktteilnehmer, ein rechtskonformer Einstufungsprozess durch die beklagte Partei ist nicht vorgenommen worden. Letztlich ist beim Bestehen und beim Umfang der Beratungs- und Aufklärungspflicht sowohl auf die konkreten Verhältnisse als auch auf das konkrete Geschäft abzustellen. Ein rein abstrakt vorhandenes Wissen oder eine gewisse Vorbildung lässt nämlich keinen geeigneten Schluss auf die tatsächliche Interessenlage des Kunden, insbesondere seine Anlagenziele und seine Risikobereitschaft im konkreten Fall zu.
- 4.4.9.4.3. Die Stadt Linz hat auch nicht auf die Beratung und Aufklärung durch die beklagte Partei verzichtet. Das wurde dargestellt in der Klagebeantwortung vom 9. Dezember 2011 (Punkt VII.7.3., S 80 ff) und im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt IV.2.4.6., S 82 ff) In diesem Schriftsatz wurden diese Argumente um die seit damals weiteren Verfahrensergebnisse ergänzt (Punkt III.4.4.4.).
- 4.4.9.4.4. Mag. W■■■■ F■■■ hatte die Beratung und Aufklärung nicht nur gesucht und entgegengenommen, sondern auch entsprechend nötig. Auch dazu wurde bereits im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 (Punkt IV.2.4.2., S 73 ff) Stellung genommen. Die inzwischen erzielten tatsächlichen Verfahrensergebnisse dazu wurden in diesem Schriftsatz in Punkt III.4.4.3., in dem es um das Wissen des Mag. W■■■■ F■■■ und seine Fehlvorstellungen geht, zusammengefasst.

4.4.9.5. Die Anlageziele (Anlagezweck und Risikobereitschaft) der Stadt Linz

- 4.4.9.5.1. Ausgangspunkt für den späteren Abschluss des Swap 4175 waren die Motive des Mag. W■■■■ P■■■, die Stadt Linz gegen steigende Zinsen aus den vorhandenen Kreditportfolios (Euro und CHF) abzusichern. Vor diesem Hintergrund trat er, nachdem im vorangehenden Finanzausschuss vom Mai 2006 ein einjähriger Fixzins-Swap überlegt worden war, im August 2006 an mehrere Banken heran, darunter auch an die beklagte Partei. Er bat um entsprechende Produktvorschläge. Was er wollte, waren Absicherungsgeschäfte im Zinsbereich, und zwar in Form von Fixzins-Swaps und Caps. Allerdings sollten diese Instrumente, wenn möglich, prämienfrei gestaltet sein.
- 4.4.9.5.2. Die Vorschläge der eingeladenen Banken gingen daher im Wesentlichen auch nur in diese Richtung. An eine Zinsverbilligung oder an Geschäfte, die anstelle der Absicherung eine Zinsverbilligung brachten, hat Mag. W■■■■ P■■■ vorerst nicht gedacht. Noch viel weniger an Produkte, die nicht nur Risiken im Bereich der Zinsen, sondern zusätzlich Risiken im Bereich der Währung hinzumischten. Lediglich die beklagte Partei bot mit dem Resettable CHF-linked Swap bereits am 9. August 2006 (Beilage /176) ein derartiges Produkt an. Mag. W■■■■ P■■■ war offensichtlich nicht standhaft genug, das abzulehnen, wie seine Zusammenstellung vom 11. August 2006 zeigt (vgl. weiter die gestraffte Sachverhaltsdarstellung in Punkt III.4.2.3.).
- 4.4.9.5.3. Selbst, wenn es der beklagten Partei schon im August 2006 gelungen war, Mag. W■■■■ P■■■ nicht nur das gewünschte Absicherungsgeschäft, sondern – unter dem euphemistischen Begriff der Optimierung – ein Produkt zur Zinsverbilligung einzureden, erwartete er sich ein dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 entsprechendes Finanzgeschäft, also ein Geschäft, das optimierend und für den Gebrauch durch eine Kommune marktüblich war. Das bedeutete für Zinsverbilligungsprodukte die Schaffung einer Planungssicherheit, das Senken der Zinsbelastung bei den bestehenden Kreditportfolios (also die Verringerung der Zahllast) und im Gegensatz dazu die Übernahme beherrschbarer und überschaubarer Risiken (d. h. es durfte sich niemals um Risiken handeln, die geeignet waren, die Existenz einer Kommune zu bedrohen oder ihren wirtschaftlichen Bestand so zu beeinträchtigen, dass sie nicht mehr in der Lage war, ihren eigentlichen Aufgaben nachzukommen).
- 4.4.9.5.4. Bei der Stadt Linz handelt es sich institutionell um einen risikoaversen Investor. Sie unterliegt nicht nur einem restriktiven Haushaltsrecht, sie hat das in Art 119 B-VG und in § 57 StL 1992 vorgegebene Effizienzprinzip zu beachten, welches sie zur Sparsamkeit,

Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit bei allen Anlageentscheidungen verpflichtet (Schriftsatz der Stadt Linz vom 28. Februar 2014, Punkt IV.2.2.6. f, S 62 ff). Das war der beklagten Partei bekannt (im Detail dazu im Schriftsatz vom 28. Februar 2014, Punkt IV.2.2.7.1., S 63). Dieses Prinzip verbietet einer Kommune schon grundsätzlich den Verkauf von Optionen, wenn sie die Funktion eines Stillhalters übernimmt (Richtlinien des österreichischen Gemeindebundes, Beilage ./3xR) ebenso, wie ein Produkt, bei dem sich die Kommune (überschaubare) Vorteile durch die Übernahme eines unangemessen hohen oder sogar eines unlimitierten Risikos erkaufte (Musterdienstanweisung des Deutschen Städtetags, Beilage ./8xD, Beilage ./362).

4.4.9.5.5. Die beklagte Partei musste daher bei der Beratung und Aufklärung das für sie erkennbare per se sicherheitsorientierte Risikoprofil der Stadt Linz beachten. Das galt umso mehr, als sie sich auf eine langjährige Erfahrung im Bereich des kommunalen Finanzmanagements berief (Klagebeantwortung vom 9. Dezember 2011, Punkt III.2.1., S 11). In einem solchen Fall muss sie auch ihre Beratung und Empfehlung danach ausrichten (so etwa OLG Stuttgart 9 U 148/08). Auf die Unwissenheit der zur Beratung abgestellten Mitarbeiter („*Die genauen Grundsätze der Gemeinden, wie sie tatsächlich wirtschaften müssen, sind mir nicht bekannt. Ich weiß nicht, welche Grundsätze es tatsächlich alle gibt*“: ■ S ■, LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 6. Dezember 2013, S 34, Beilage ./9xB) kann sie sich nicht berufen (4 Ob 50/11y).

4.4.9.5.6. Damit war das zur Verfügung stehende Spektrum der Finanzgeschäfte, die zu einem derartigen Profil passten, von vorne herein eingeschränkt. Die beklagte Partei musste diese Einschränkung schon grundsätzlich (also auch ohne vorherige genaue Erkundung der Anlageinteressen einer Kommune) beachten, weil sie institutionell für alle Kommunen gilt, zusätzlich war von ihr die konkrete Risikobereitschaft der Stadt Linz mit Bezug auf das konkret ins Auge gefasste Geschäft zu ermitteln (dazu, dass es auf die konkrete Risikobereitschaft ankommt: 2 Ob 189/08w; BGH XI ZR 33/10, XI ZR 316/13). Der Grund liegt auf der Hand: Die Bank kann nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Kunde (abstrakt) bereit ist, das höchste denkbare Risiko aus einem bestimmten Produkt zu übernehmen (BGH XI ZR 33/10). Zusätzlich war es ohne Belang, zu welchem Risiko Mag. W ■ F ■ bereit war, weil es in Vertretungsverhältnissen nicht um die Risikobereitschaft des Vertreters, sondern um die Risikobereitschaft des Vertretenen geht (RIS-Justiz: RS0119829; 1 Ob 231/04h). Auch konnte die beklagte Partei a priori nicht davon ausgehen, Mag. W ■ F ■ werde sich entgegen den gesetzlichen Vorgaben verhalten

- 4.4.9.5.7. Eine an den Interessen der Stadt Linz orientierte Beratung und Aufklärung des Mag. W■■■■ F■■■ hatte sich daher an jenen rechtlichen Rahmenbedingungen, Verpflichtungen und Spielräumen zu orientieren, die einer Kommune zur Verfügung stehen. Dafür können mutatis mutandis jene Ergebnisse herangezogen werden, die auch dem Optimierungsbegriff (Punkt III.3.2.2.) zu Grunde gelegt wurden. Der Swap 4175 entsprach also nur dann der Interessenlage der Stadt Linz, wenn er ex ante überhaupt geeignet war, die Zahllast aus der CHF-Anleihe zu reduzieren und wenn er die Reduzierung der Zahllast nicht durch die Übernahme eines exorbitanten Risikos erkaufte. Außerdem musste es möglich sein, ihn unter kommunalen Rahmenbedingungen und mit den Mitteln einer Gemeinde ausreichend zu beherrschen.
- 4.4.9.5.8. Der Swap 4175 widersprach in allen Belangen den Interessen einer Gemeinde und damit auch den Interessen der Stadt Linz:
- (a) Der Swap war im höchsten Ausmaß intransparent: Er kam als klassischer Zinstausch daher, in Wahrheit war allerdings dominierend der Verkauf von 21 Währungsoptionen durch die Stadt Linz an die beklagte Partei, noch dazu mit einem exponentiellen Auszahlungsprofil zu Lasten der Stadt Linz, sollte die Option unter einem Strike von 1,54 schlagend werden (die beklagte Partei legte es geradezu darauf an, dass diese Konstruktion dem Kunden im Allgemeinen und Mag. W■■■■ F■■■ im Besonderen bei Abschluss des Geschäftes nicht auffiel [vgl. oben Punkt III.4.4.7.6.]).
 - (b) Mag. W■■■■ F■■■ erkaufte eine minimale Zinsverbilligung, von der allerdings nicht einmal nach dem historisch-statistischen Modell den Gutachtern klar ist, dass sie überhaupt eintreten würde (vgl. oben Punkt III.3.2.3.; die risikoneutralen Modelle führen durchgehend zu zusätzlichen Zahlungen und zu keiner Zinsverbilligung [vgl. oben Punkt III.3.2.3.4.]) mit einer exorbitanten Risikosteigerung (im Schnitt erhöhten sich sämtliche geläufigen Risikokennzahlen dadurch, dass der Swap 4175 dem Fremdwährungsportfolio hinzugefügt wurde, um mehr als 100 % [in absoluten Zahlen betrug der Value-at-Risk 99 % (je nach der zur Berechnung verwendeten Datenhistorie) bis zu EUR 420 Mio. Die Varianz stieg über das 20-fache: vgl. oben Punkt III.3.2.4.2.]).
 - (c) Der Swap 4175 war unter kommunalen Rahmenbedingungen und mit den Mitteln einer Kommune nicht beherrschbar (Näheres dazu bereits oben Punkt III.3.2.5.):

- (i) Der Swap 4175 verlangte von vornherein das Einrichten eines Risikobudgets von zumindest EUR 100 Mio. (Gerichtsgutachten, S 58 f; Ergänzungsgutachten, Anfragebeantwortung zu B101 iVm A3, S 40, 55).
- (ii) Die Wahrscheinlichkeit, dass die Ausstiegskosten die Grenze, ab der eine aufsichtsbehördliche Genehmigung notwendig wird, womit die Stadt Linz den Swap nicht mehr durch eigene Entscheidung beherrschen konnte, lag im Mittel bei EUR 86,7 %. Selbst, dass ein Risikobudget von EUR 90 Mio. überschritten würde, lag im Mittelwert noch immer bei 31 % (vgl. dazu oben Punkt III.3.2.5.7.).

4.4.9.5.9. Wie die Ausführungen oben unter Punkt III.3.2.2. dieses Schriftsatzes zeigen, widersprach der Swap 4175 diesen Vorgaben. Er entsprach also nicht den Anlagezielen der Stadt Linz. Damit durfte die beklagte Partei den Swap 4175 entweder Mag. W■■■■ F■■■■ gar nicht zum Abschluss anbieten oder sie musste ihn über alle jene Komponenten des Swap 4175 im Detail aufklären, die geeignet waren, die kommunalen Interessen zu beeinträchtigen. Das hat sie nicht getan.

4.4.9.6. *Die Aufklärungserfordernisse*

4.4.9.6.1. Die beklagte Partei hätte Mag. W■■■■ F■■■■, dessen fehlenden Kenntnisse und Erfahrungen ihr bewusst waren bzw. dessen Fehlvorstellungen sie kannte (Punkte III.4.2.4. und III.4.4.5. [insbesondere Punkt III.4.4.5.6.]) in die Lage versetzen müssen, die spezifischen Eigenschaften des Swap 4175 und die von ihm ausgehenden (existenzbedrohenden) Risiken so zu verstehen, dass er auf dann informierter Grundlage seine Entscheidung treffen konnte. Dies umso mehr, als die Struktur des Geschäftes den Anlagezwecken und Anlageinteressen einer Kommune zuwiderlief (Punkt III.4.4.9.5., insbesondere Punkt III.4.4.9.5.8.). Mag. W■■■■ F■■■■ hätte also im Grunde genommen den gleichen Kenntnis- und Wissensstand wie die beklagte Partei haben müssen, um sich sachgerecht für oder gegen den Abschluss des Geschäftes entscheiden zu können. Dieses Wissen und diese Kenntnisse hatte er nicht, denn dazu brauchte es das Wissen um die konkrete Struktur des Geschäftes und das Wissen um das darin zum Ausdruck kommende Chancen-Risiko-Profil.

4.4.9.6.2. Worüber die beklagte Partei Mag. W■■■■ F■■■■ im Detail hätte aufklären müssen, wurde bereits ausführlich im aufgetragenen Schriftsatz vom 28. Februar 2014, Punkt IV.2.5., vorgetragen; darauf darf verwiesen werden, um umfangreiche Wiederholungen zu vermeiden. Die Stadt Linz ergänzt dieses Vorbringen im Folgenden aufgrund der diese

Vorwürfe bestätigenden Erkenntnisse in den Gerichtsgutachten. Zusammengefasst ist zu diesen Ergebnissen zu sagen, dass Mag. W. F. angesichts der Intransparenz der Formel hätte gesagt werden müssen, dass der darin enthaltene Zinsaufschlag bei Unterschreiten des Strike, den die beklagte Partei intern als „FX-Adjustment“ bezeichnete (vgl. Punkte III.4.2.4.2. und III.4.4.7.) in Wahrheit der Verkauf von 21 Terminoptionen durch die Stadt Linz an die beklagte Partei war. Weiters hätte Mag. W. F. im Zusammenhang mit der Struktur des Geschäftes über das asymmetrische Chancen-Risiko-Profil aufgeklärt werden müssen, weil es so strukturiert war, dass es der Stadt Linz praktisch jede Chance nahm, mit Gewinn aus dem Geschäft auszusteigen. Was die Risikostruktur und das Risikoausmaß angeht, hätte Mag. W. F. bekannt sein müssen, dass sich die Stadt Linz mit der angebotenen Zinsverbilligung nicht nur eine Vervielfachung des Währungsrisikos in existenzbedrohender Höhe eingekauft hat, sondern dass sie für die (ihr verborgene) Währungswette auch noch ein Risikobudget von mehr als EUR 100 Mio. gebraucht hat, da ein Ausstieg darunter mit hoher Wahrscheinlichkeit das Geschäft von vornherein sinnlos gemacht hätte. Mag. W. F. hätte letztlich auch wissen müssen, dass es sich beim Swap 4175 keinesfalls um ein „Buy-and-Hold“-Produkt gehandelt hat, wie er annahm, sodass es a priori eines ausreichenden Risikokonzepts einschließlich des gegebenenfalls mit der beklagten Partei abgestimmten Risikoleitfadens mit täglicher Kontrolle und genauer Festlegung von Ausstiegsschwellen und Ausstiegskosten bedurft hätte.

- 4.4.9.6.3. Dass hinter der harmlos wirkenden Formel, „die einfach mit dem Taschenrechner nachgerechnet werden kann“, nicht nur ein Zinstausch stand, sondern der Verkauf von 21 Terminoptionen auf das Währungspaar CHF/EUR, hätte Mag. W. F. vor Augen geführt, welches Volumen und damit welches Risikoausmaß hinter dem „Zinszuschlag“ stand. Jede Terminoption hatte ein Volumen von CHF 97,5 Mio. und bedeutete nichts Anderes, als dass sich die Stadt Linz verpflichtete, und zwar 21 mal nach Abschluss des Vertrages, je zum 15. April und 15. Oktober, der beklagten Partei Schweizer Franken im Volumen von EUR 97,5 Mio. zu dem vereinbarten Kurs zu verkaufen, auch wenn der Schweizer Franken inzwischen stärker geworden war. Der Verkauf dieser Währungsoptionen war also vom Volumen und Risiko („Delta“) her so, wie wenn Mag. W. F. für die Stadt Linz einen (zusätzlichen) Kassakredit von CHF 1,2 Mrd. im Nominale aufgenommen hätte (Gerichtsgutachten, S 55; Ergänzungsgutachten Fragebeantwortung zu B157). Da die Stadt Linz zum jeweiligen Fälligkeitstermin die Schweizer Franken nicht besaß, stellte das auch einen sogenannten Leerverkauf dar, der bei seinem Abschluss ein Volumen von EUR 500 Mio. umfasste (Janssen, Gutachten vom 18. Juni 2012, S 16, Beilage .17xZ2). Die, eingebettet in den Swap 4175, verkauften

Terminoptionen (Gerichtsgutachten, S 14) repräsentierten einen Wert von rund EUR 50 Mio. Mag. W. P. kaufte sich dafür den aus seiner Sicht vorteilhaften Fixzins-Swap ein, bei dem es sich um ein komplett standardisiertes Produkt handelte; dessen Wert betrug aber nur EUR 30 Mio. Die Differenz von EUR 20 Mio., die danach den negativen Marktwert darstellt, ist gleichzeitig Ausdruck des völlig asymmetrischen Chancen-Risiko-Profiles und der Verkürzung der Stadt Linz. Von diesem asymmetrischen Chancen-Risiko-Profil und von der konkreten Höhe des negativen Marktwertes hätte er erfahren müssen. Erst mit diesem Wissen wäre ihm vor Augen geführt worden, welche Währungsvolumina mit dieser Formel bewegt werden, er hätte also plastisch das Währungsrisiko vor Augen gesehen. Außerdem hätte er sofort erkannt, dass er die Zinsverbilligung mit hoher Wahrscheinlichkeit am Ende des Tages wieder verlieren würde. Weiters wäre mit der Aufklärung sichtbar geworden, dass die beklagte Partei mit dem Swap 4175 vor allem das eigene Verdienstinteresse verfolgte, wobei sie aufgrund des negativen Marktwertes von EUR 20 Mio. über die Möglichkeit des sofortigen Weiterverkaufs des Kundenrisikos verfügte und somit kein eigenes Risiko zu tragen hatte. Die beklagte Partei konnte sich aufgrund der „innovativen“ Strukturierung (vgl. Beilage .J71 „ad 2...“) sogar darauf beschränken, zunächst nur den nicht exponentiellen Teil der Formel (also „Plain Vanilla Optionen“) zu verkaufen um sich damit weiteres Gewinnpotential aus dem exponentiellen Teil mit einer Wette gegen den Kunden zu sichern („Superreplikation“, Gerichtsgutachten S 60). Dieses Potential hat die beklagte Partei auch ausgenützt und weitere Einnahmen von EUR 66 Mio. (!) daraus generiert (vgl. Gerichtsgutachten S 87, 90).

- 4.4.9.6.4. Auch die Tatsache, dass es sich bei dem Swap 4175 keinesfalls um ein „Buy-and-Hold“-Produkt gehandelt hat, hätte ihm die beklagte Partei sagen müssen. Mag. W. P. wollte den Swap 4175 für die gesamte Laufzeit der CHF-Anleihe abschließen. Deshalb war er auch mit der Unkündbarkeit des Vertrages einverstanden. Die beklagte Partei hat dies offenbar genauso gesehen („Eine Schließung des Swap 4175 [sei] *ex ante* somit nie beabsichtigt [gewesen]“: Schriftsatz BAWAG, 6. März 2015, S 7). Der Swap 4175 war allerdings als „Buy-and-Hold“-Produkt völlig ungeeignet. Behandelt man ihn als derartiges Produkt, so sind die möglichen Verluste daraus tatsächlich unbegrenzt und nicht kontrollierbar (Gerichtsgutachten, S 117; Ergänzungsgutachten, Anfragebeantwortung B121: „Der Swap erfordert regelmäßige Beobachtung und eignet sich grundsätzlich nicht als Buy-and-Hold-Strategie.“). Hätte Mag. W. P. das gewusst, so hätte er auch erkannt, dass die dadurch zwingend notwendige Risikostrategie für eine Kommune absolut ungeeignet war (das zeigen auch zwei Feststellungen der Gutachter: „Hätte die Einschätzung beispielsweise ergeben, dass ein Verlust von EUR 50 Mio. plausibel gewesen wäre, hätte die Stadt Linz den Swap

wahrscheinlich nicht abgeschlossen.“; Gerichtsgutachten, S 57; *„Die Stadt Linz hat hier [zu ergänzen: im Risikoleitfaden] zu beurteilen, ob sie mit diesem Risiko bewusst leben kann und hätte die Risikoertragsfähigkeit in einem Risikoleitfaden regeln müssen, möglicherweise auch mit der Entscheidung, den Swap nicht abzuschließen.“*; Ergänzungsgutachten Fragebeantwortung B82).

4.4.9.6.5. Die beklagte Partei hätte Mag. W. P. sagen müssen, dass er schon bei Abschluss des Swap 4175 ein Risikobudget von EUR 133 Mio. benötigen würde (Gerichtsgutachten, S 58: *„Die Stadt Linz hätte bei Abschluss des Swap 4175 [...] zumindest dieses Risikobudget in Höhe von EUR 133 Mio. bereithalten müssen.“*). Auch vor dem Hintergrund der risikoneutralen Simulationsmodelle war aus Sicht der vom Gericht bestellten Gutachter eine Ausstiegsschwelle von EUR 100 Mio. naheliegend, da bei 12 der von den Gutachtern gerechneten Varianten in vier Fällen (also mit einer Wahrscheinlichkeit von 25 %) sogar diese Grenze noch überschritten worden wäre (Ergänzungsgutachten S 39). Hätte Mag. W. P. das gewusst, hätte er den Swap nicht abgeschlossen (Gerichtsgutachten, S 57).

4.4.9.6.6. Der Grund für dieses hohe Risikobudget liegt einerseits in der Größe des Geschäftes und den damit schon seiner Natur nach verbundenen Risiken und andererseits darin, dass die Festlegung einer Ausstiegsschwelle unter EUR 100 Mio. regelmäßig zu einem vorzeitigen Ausstieg und damit zu einem mit Sicherheit zu erwartenden Verlust geführt hätte (zu den Wahrscheinlichkeiten, dass sogar relativ hohe Ausstiegsschwellen mit einiger Wahrscheinlichkeit überschritten worden wären: oben Tabelle zu Punkt III.3.2.5.8.; dass ein vorzeitiger Ausstieg aus einem Geschäft als Folge der Stop-Loss-Strategie mit einem Gesamtverlust für die Stadt Linz enden würde: Ergänzungsgutachten, Fragebeantwortung B29; Gerichtsgutachten, S 53: *„Typischerweise wird das Geschäft nicht gewinnbringend abschließbar sein, wenn es vor Ablauf durch einen Ausstieg beendet wird“*). Zum selben Ergebnis kommt man bei einer bloß am Wechselkurs orientierten Ausstrategie: Angesichts dessen, dass die beklagte Partei selbst noch in der Lehmann-Krise gemeint hatte, dass der Stadt Linz ein Kurs von EUR/CHF 1,4975 noch immer Vorteile bringt, also das Geschäft nicht beendet zu werden braucht („Break-even“, Beilage ./2xQ), bot sich ein Ausstieg erst nach Unterschreiten an. Bei einem derartigen Wechselkurs hätte Mag. W. P. aber ebenfalls ein Risikobudget von zumindest EUR 99 Mio. vorhalten müssen (Ergänzungsgutachten, Fragebeantwortung B111). Mag. W. P. hätte dann sofort gewusst, dass ein Geschäft, bei dem man ein Risikobudget von EUR 133 Mio. benötigt,

das höher ist als das Nominale aus der Anlage, bei der man nur die Zinsen verbilligen will, für eine Gemeinde absolut nicht geeignet ist.

4.4.9.6.7. Die beklagte Partei hätte sich zumindest überzeugen müssen, dass Mag. W■■■■ P■■■ über ein Risikokonzept in Form eines Risikoleitfadens verfügt („Eine wie auch immer geartete Empfehlung [zu ergänzen: eines Finanzproduktes] hätte erfordert, auf die Risiken und die damit einhergehende Notwendigkeit hinzuweisen, einen Risikoleitfaden zu erstellen und diesen auch umzusetzen.“: Ergänzungsgutachten Anfragebeantwortung B121). Der Swap 4175 erfordert nämlich eine tägliche Beobachtung, was im Rahmen eines solchen Risikoleitfadens festgelegt hätte werden müssen („Dieses Risiko kann durch Beobachtung des EUR/CHF-Wechselkurses abgeschätzt und kontrolliert werden.“ [...] „Eine Alternative hierzu – ebenfalls eine Stop-Loss-Strategie – ist, eine untere Schranke für den Marktwert festzulegen. [...] Hier wäre zur aktiven Steuerung des Risikos mindestens eine tägliche Bewertung erforderlich, da die Wertschwankungen innerhalb eines Monats einen Betrag von EUR 100 Mio. überschreiten können (und auch taten)“: Gerichtsgutachten, S 51 f); Der Swap 4175 eignete sich für ein Fremdfinanzierungsportfolio nur bei Vorliegen eines Risikoleitfadens. Ein solcher muss unverzichtbar Ausstiegsschwellen beinhalten (Gerichtsgutachten, S 45), wobei ein solcher Risikoleitfaden im Vorfeld mit der Bank zumindest dann zu vereinbaren ist (Ergänzungsgutachten S 17), wenn als Schranke für die Stop-Loss-Strategie der Marktwert festgelegt wird (Gerichtsgutachten, S 51 f). Ein solcher Risikoleitfaden, der die von den Gutachtern aufgestellten Erfordernisse erfüllt, existierte nach dem Wissen der Stadt Linz nicht. Auch die Vereinbarung von Ausstiegsschwellen bzw. einer Ausstiegsstrategie mit der beklagten Partei gab es nicht. Ohne diese Voraussetzungen war der Swap 4175 für die Stadt Linz nicht geeignet (und auch keinesfalls optimierend), er durfte Mag. W■■■■ P■■■ daher nicht empfohlen werden.

4.4.9.6.8. Die beklagte Partei hätte Mag. W■■■■ P■■■ auch über das asymmetrische Chancen-Risiko-Verhältnis aufklären müssen (BGH XI ZR 33/10: „[...] sondern insbesondere auch eine eindeutige Aufklärung des Kunden darüber, dass das Chance-Risiko-Profil zwischen den Teilnehmern der Zinswette unausgewogen ist.“). Unter diese Aufklärungspflicht fiel also nicht nur die Information darüber, dass Leistung und Gegenleistung in einem Missverhältnis standen, sondern auch, dass selbst nach einfachen Simulationsmodellen, wie es das historisch-statistische Simulationsmodell der Gutachter war, eine mögliche erwartbare Zinsverbilligung im Ausmaß von EUR 16 Mio. (von der gar nicht einmal sicher war, ob sie, und wenn ja, ob sie in dieser Höhe erzielbar war) mit Risikosteigerungen von mehr als 100 %, nimmt man die üblichen Risikomesskennzahlen, erkaufte wurde (siehe

oben Punkt III.3.2.4.). Hätte das Mag. W. F. gewusst, hätte er auf objektiver Grundlage entscheiden können, ob er ein solches Geschäft abschließt. Er hätte es nicht getan.

- 4.4.9.6.9. Schlussendlich verkörperte der Swap 4175 auch im Vergleich von Leistung und Gegenleistung ein ganz und gar schlechtes Geschäft. Hätte die beklagte Partei in der Beratung dargelegt, dass die Chancen der Stadt durch die Prämienabzüge von 39 % auf die Optionspreise dermaßen verkürzt wurden, dass die Grenze noch tolerierter Schwellen (11 %) um das 3-Fache überschritten wurden (BGH XI ZR 76/05) hätte Mag. F. das Geschäft nicht geschlossen. Es wäre ihm klar geworden, dass das Swap-Geschäft 4175 nur den Interessen der Bank und nicht den Interessen der Stadt Linz dienen kann.

5. Das unwirksame Swap-Geschäft ist nachträglich auch nicht genehmigt worden

5.1. Unmöglichkeit der nachträglichen Genehmigung durch den Gemeinderat in folgenden Fällen

- 5.1.1. Eine nachträgliche Sanierung der Nichtigkeit infolge des Verstoßes gegen § 879 Abs 1 ABGB kommt nicht in Betracht. Verstößt ein Geschäft gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten, ist selbstverständlich auch die nachträgliche Genehmigung eines solchen Geschäftes, durch welches Organ auch immer, ausgeschlossen.
- 5.1.2. Nichts anderes gilt bei einem evidenten Befugnismissbrauch durch Mag. W. F. Denn auch eine nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes 4175 durch ein anderes Gemeindeorgan würde evidenterweise gegen die gesetzliche Pflicht zur sparsamen und pfleglichen Vermögensverwaltung verstoßen. Liegt der Befugnismissbrauch in einer Verletzung gesetzlicher Vorschriften und ist diese Verletzung offenkundig, konnte also auch der beklagten Partei nicht verborgen geblieben sein, so kann sie sich auch nicht auf eine nachträgliche Genehmigung durch ein anderes Gemeindeorgan berufen, weil dieses dann ebenfalls einen offenkundigen Befugnismissbrauch begehen würde.
- 5.1.3. Was § 78 Abs 1 StL 1992 (aF) betrifft, ist eine nachträgliche Genehmigung durch Gemeindeorgane ebenfalls ausgeschlossen. Nur durch einen Akt der Gemeindeaufsichtsbehörde kann der Nichtigkeitsgrund des § 78 Abs 3 StL 1992 beseitigt werden. Eine nachträgliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde hat die Stadt Linz nicht erlangt (siehe Beilage /3xP).

5.1.4. Schließlich scheidet, der Natur der Sache entsprechend, eine nachträgliche Genehmigung auch in allen jenen Fällen aus, in denen das Geschäft unter anderem auch mit dieser Klage nachträglich angefochten wird.

5.2. Die angebliche Genehmigung des Gemeinderats aus Sicht der beklagten Partei

5.2.1. Der Gemeinderat der Stadt Linz hat sich mit dem Swap 4175 erstmals in den Jahren 2010 und 2011 auseinandergesetzt, als er entschied, wegen Nichtigkeit des Geschäfts (auf die sich der Bürgermeister der Stadt Linz bereits im Gespräch mit Vertretern der beklagten Partei am 6. Juli 2010, Beilage ./133, sowie am 4. August 2010, Beilage ./135, berufen hatte) die Zahlungen einzustellen und ein Prozessverfahren einzuleiten. Dennoch behauptet die beklagte Partei, das Swap-Geschäft sei, sollte Mag. W. F. keine Vertretungsbefugnis besessen haben, vom Gemeinderat jedenfalls nachträglich genehmigt worden. Jedenfalls habe die beklagte Partei auf den Anschein vertraut, dass der Gemeinderat nachträglich eine solche Genehmigung erteilt habe. Tatsächlich stützt die beklagte Partei ihr Argument in der Folge lediglich auf den Anschein einer nachträglichen Genehmigung und nicht auf einen tatsächlichen Genehmigungsbeschluss des Gemeinderates.

5.2.2. Die nachträgliche Genehmigung des vollmachtlos abgeschlossenen Geschäfts habe – so die beklagte Partei – in der Beschlussfassung des Gemeinderates über die Verabschiedung der Rechnungsabschlüsse der Jahre 2007 bis 2010 bestanden, da in diesen auch die Einnahmen und Zahlungen aus dem Swap 4175 enthalten gewesen seien. Da der Finanzausschuss, der Finanzstadtrat Dr. J. M., Mag. W. F. und auch das Kontrollamt um die Existenz des Swap 4175 gewusst hätten, ein Wissen, das dem Gemeinderat zuzurechnen sei, sei im Beschluss um die Verabschiedung der Rechnungsabschlüsse der nachträgliche Genehmigungswille zum Ausdruck gebracht worden; zumindest habe der Gemeinderat damit aber den Anschein einer nachträglichen Genehmigung erzeugt.

5.2.3. Eine Genehmigungswirkung habe aber auch das „Nichtreagieren des Gemeinderats“ über mehrere Jahre hinweg gehabt. Die beklagte Partei habe daraus nur den Schluss ziehen können, der Gemeinderat sei mit dem Geschäft einverstanden gewesen, selbst wenn Mag. W. F. dazu keine Vertretungsbefugnis gehabt hätte. Ob die Gemeinderäte den Swap 4175 oder Details darüber gekannt haben, sei nicht entscheidend. Ein Gemeinderat erzeuge schon dann den Anschein der Genehmigung, wenn er seine Pflicht zur ausreichenden Kontrolle der letztlich vollmachtlos handelnden Gemeindeorgane vernachlässigt habe („Kontrollpflichtverletzung“).

5.2.4. Da zwar nicht der Gemeinderat, jedenfalls aber andere Organe der Gemeinde von der Existenz des Swap 4175 gewusst hätten, habe es, um die nachträgliche Genehmigung zu bewirken, genügt, dass die Gemeinde die in den Rechnungsabschlüssen verzeichneten Einnahmen aus dem Swap 4175 vereinnahmt habe.

5.3. Der Gemeinderat hat den Swap 4175 weder genehmigt noch einen dahingehenden Anschein erzeugt

5.3.1. Die ausschließliche Zuständigkeit des Gemeinderats

5.3.1.1. § 46 Abs 1 StL 1992 verlangt für den Abschluss eines Geschäfts, wie es der Swap 4175 war, die Willensbildung und Beschlussfassung im Gemeinderat. Einzelne Mitglieder des Gemeinderats oder andere Organe reichen dazu nicht aus. Ausschließlich jenes Organ der Gemeinde, das die ursprüngliche Willensbildungskompetenz hat, ist deshalb auch für die nachträgliche Genehmigung zuständig („*nachträgliche Willensbildungskompetenz*“), und zwar das gesamte Organ (4 Ob 26/01d; der von der beklagten Partei genannte Finanz- und Kontrollausschuss enthält nur acht von 61 Gemeinderatsmitgliedern, wobei Finanzstadtrat Dr. J. ■■■■■ M. ■■■ nicht einmal dem Gemeinderat angehört hat). Auch die Zuständigkeit zur nachträglichen Willensbildung kann nicht durch ein Organ der Gemeinde ausgeübt werden, das ursprünglich nicht zuständig war, den Willen der Gemeinde zu bilden (so ausdrücklich zum Prüfungsausschuss nach § 91 OÖ GemO, der im Wesentlichen dem Kontrollamt der Stadt Linz entspricht: 5 Ob 52/11z).

5.3.1.2. Auch der Anschein einer nachträglichen Genehmigung ist nur beachtlich, wenn er von dem dafür zuständigen Organ, nämlich dem Gemeinderat, gesetzt worden ist (*P. Bydlinski* in KBB⁵ § 1016 Rz 4 mwN; 10 Ob 42/07k; 4 Ob 197/07k; 6 Ob 71/07w; 9 Ob 41/09h). Es ist daher nach der Rsp (4 Ob 197/07k) nicht möglich, ein Geschäft, dessen Abschluss dem „höchsten“ Organ vorbehalten war, nicht aber durch dieses Organ abgeschlossen wurde, durch ein „niedrigeres“ Organ zu sanieren. Aus dem gleichen Grund scheidet auch eine nachträgliche Genehmigung oder auch nur der Anschein einer solchen Genehmigung durch den vollmachtlosen Vertreter selbst aus; bei diesem kommt noch hinzu, dass aufgrund des offenkundigen Interessenkonflikts nicht einmal sein Wissen dem vorgeblich Vertretenen zugerechnet werden kann (1 Ob 116/10f; 1 Ob 64/00v). Einzelne Ausreißer in der Rsp wurden inzwischen korrigiert (*Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, Beilage /6xW).

5.3.2. In der Genehmigung muss die nachgeholte Willensbildung liegen

- 5.3.2.1. Die nachträgliche Genehmigung eines – mangels Vertretungsmacht vollmachtlos abgeschlossenen – schwebenden Geschäfts durch den Gemeinderat setzt voraus, dass er die Tatsache der schwebenden Unwirksamkeit des Geschäfts gekannt und diese schwebende Unwirksamkeit mit der Genehmigung beseitigen wollte. Die nachträgliche Genehmigung verlangt also sowohl das Wissen um die schwebende Unwirksamkeit als auch einen Genehmigungswillen (*Schramm* in MüKo, BGB⁶ § 177 Rz 27; 6 Ob 71/07w; RIS-Justiz: RS0014363; *Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, Beilage /6xW).
- 5.3.2.2. Bezogen auf den Swap 4175, hätte also der Gemeinderat wissen müssen, dass Mag. W. P. mit dem Abschluss des Geschäfts dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 zuwidergehandelt hat (der Swap 4175 also nicht optimierend oder nicht marktüblich gewesen ist oder dass Mag. W. P. sonst eigenmächtig entschieden und nicht nur die Vorstellungen des Gemeinderates umgesetzt hat). Der Gemeinderat hätte zumindest rudimentär eine Vorstellung vom Wesen und der Struktur des Swap 4175 haben müssen. Das wäre jedenfalls der Umstand gewesen, dass sich hinter seiner Formel die Verschreibung von 21 exotischen Optionen versteckt, die wirkungsgleich der Aufnahme eines Fremdwährungsdarlehens von CHF 1,2 Mrd. entsprach, dass zur Beherrschung des damit verbundenen Fremdwährungsrisikos nicht nur ein Risikoleitfaden und eine Stop-Loss-Strategie mit einem Ausstiegsszenario und einem Budget von EUR 133 Mio. notwendig gewesen wäre und dass ein derartiges Ausstiegsszenario mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit EUR 31 Mio. überschritten und damit die aufsichtsbehördliche Zuständigkeit ausgelöst hätte.
- 5.3.2.3. Die beklagte Partei wäre also überhaupt nur dann schutzwürdig gewesen, wenn sie Indizien für ein derartiges Wissen des Gemeinderats und seine Absicht gehabt hätte, das Geschäft dennoch nachträglich zu genehmigen. Die einzigen Indizien, die die beklagte Partei selbst in Treffen führt, sind – neben der Verabschiedung der Rechnungsabschlüsse – aber lediglich das „Nichtreagieren“ der Stadt Linz, also ein Schweigen des Gemeinderates zum Swap 4175 bzw. die Verletzung von Kontrollpflichten. Schweigen stellt aber keine Genehmigung dar.

5.3.3. Die nachträgliche Genehmigung des Swap 4175 war nie Gegenstand von Gemeinderatsitzungen

5.3.3.1. Finanzgeschäfte der Stadt Linz waren, sieht man vom Gemeinderatsbeschluss am 3. Juni 2004 ab, bis Ende des Jahres 2010 kein Gegenstand einer Debatte im Gemeinderat. Der Gemeinderat wusste weder um die Existenz des Swap 4175 noch um seine Struktur oder seinen Inhalt. Er war auch kein Gegenstand der Beschlussfassung des Gemeinderats (das bestätigt auch der Bescheid des Landes Oberösterreich vom 10. Oktober 2011 [Beilage ./3xP], der die Zurückweisung des Genehmigungsantrages vor allem damit begründet, dass der Swap 4175 kein Gegenstand einer Beschlussfassung des Gemeinderats gewesen und damit auch keiner aufsichtsbehördlichen Genehmigung zugänglich sei).

5.3.3.2. Eine mögliche Behandlung von Finanzgeschäften im Allgemeinen und des Swap 4175 im Besonderen hätte sich im Zusammenhang mit der vorangehenden Behandlung im Finanzausschuss, aus Kontrollamtsberichten oder aus den Debatten um das Budget und den Rechnungsabschluss ergeben können. Verhandlungen im Finanzausschuss sind aber, sofern sie nicht durch Vorberatung gemeinderatspflichtiger Geschäfte oder über Auftrag des Gemeinderats erfolgen, nach § 3 Abs 4 der Geschäftsordnung für Ausschüsse vertraulich, seine Ergebnisse oder auch Protokolle der Verhandlungen werden dem Gemeinderat nicht vorgelegt. Das Kontrollamt prüft zwar nachträglich die Rechnungsabschlüsse der Gemeinde, Detailergebnisse darüber erhält allerdings nur der Kontrollausschuss (dessen Sitzungen ebenfalls vertraulich sind), an den Gemeinderat ergeht lediglich ein zusammenfassender Jahresbericht. Sämtliche Protokolle des Gemeinderats im fraglichen Zeitraum der Jahre 2007 bis 2010, die sich mit den Jahresberichten des Kontrollamtes, dem Budget oder den Rechnungsabschlüssen befassen, enthalten keinerlei Hinweis auf eine Behandlung des Swap 4175 (Beilage ./4xZ, Beilage 5xG, Beilage ./5xN).

5.3.4. Nur auf das eigene Wissen des Gemeinderats kommt es an

5.3.4.1. Die Einnahmen und Ausgaben der Gemeinde werden sowohl im Budget als auch im Rechnungsabschluss nicht einzeln erwähnt oder beschrieben, es sei denn, es kommt ihnen eine besondere Bedeutung zu. Im Speziellen finden sich die Ein- und Ausgänge aus Finanzgeschäften der Stadt Linz nur als Saldo im Rechenwerk auf Konten, die die Bezeichnung „Sonstige Einnahmen“ trugen. Eine konkrete Zuordnung zu bestimmten Geschäften war daraus ebenso wenig möglich wie das Erkennen eines konkreten Geschäfts.

5.3.4.2. Auch die Prüfungen des Rechnungsabschlusses vonseiten des Kontrollamtes beinhalten nicht die Prüfung einzelner Geschäfte („keine Einzelfallprüfung“, es sei denn, diese werden im Zuge von Initialprüfungen und Prüfungsaufträgen nach § 39 Abs. 2 StL 1992 untersucht). Ein einziger Bericht des Kontrollamtes, der allerdings nur an den Kontrollausschuss und nicht an den Gemeinderat gegangen ist (nämlich jener vom 23. September 2008 betreffend den Rechnungsabschluss des Jahres 2007, Beilage ./5xA), beschäftigte sich demgemäß auch nur sehr cursorisch mit den von Mag. W■■■■ F■■■■ abgeschlossenen Finanzgeschäften (konkrete Geschäfte werden nicht beschrieben). Deren Zweck wird darin beschrieben, das Zinsrisiko abzusichern (wörtlich werden sie bezeichnet als: „Zinsbegrenzungsgeschäfte“) und das Zinsniveau gering zu halten (von Zinsverbilligungsgeschäften ist etwa nie die Rede). Nur sehr oberflächlich wird darauf hingewiesen, dass es möglicherweise zu Ausgleichszahlungen der Stadt Linz kommen könne, was im Zusammenhang mit „Zinsbegrenzungsgeschäften“ zwanglos als Prämienzahlung verstanden werden kann. In dem ebenfalls zum Rechnungsabschluss des Jahres 2007 ergangenen Nachprüfungsbericht vom 16. Jänner 2009 werden die Finanzgeschäfte nicht einmal mehr erwähnt. Die Mitglieder des Finanzausschusses bezogen ihre Informationen aus den von Mag. W■■■■ F■■■■ verfassten Debt-Management-Berichten, in denen der Swap 4175 fälschlicherweise als Zinssicherung mit einem begrenzten Risiko („*maximales Risiko*“) bezeichnet wird.

5.3.5. Es gab keine Handlungen des Gemeinderats, die als Ausdruck einer nachträglichen Willensbildung hätten gedeutet werden können

5.3.5.1. Mögliche Genehmigungshandlungen des Gemeinderats, die als Ausdruck einer nachträglichen Willensbildung gedeutet werden könnten, müssen vom Gemeinderat selbst stammen und iSd § 863 ABGB mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund zum Zweifeln lassen, dass der Gemeinderat damit einen bestimmten Willen erklären und ein bis dahin schwebend unwirksames Geschäft genehmigen wollte. Die Genehmigung nach § 1016 Fall 1 ABGB stellt nämlich einen Anwendungsfall des § 863 ABGB dar (vgl. *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ zu § 1016 Rz 4). Wie streng das Höchstgericht dazu die Anforderungen stellt, zeigen etwa die Fälle in 1 Ob 205/06p und 9 Ob 41/09h (*Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, Beilage ./6xW). Ein Verhalten, das eine ausdrückliche oder schlüssige Willenserklärung darstellen soll, muss letztlich zur Erzeugung von Rechtsfolgen nach außen treten, und sie muss dem, der auf sie vertraut, auch tatsächlich zugehen.

5.3.5.2. Die oben dargestellten Voraussetzungen müssen umso mehr für ein Verhalten gelten, das bloß den Anschein einer Willenserklärung, in concreto also einer nachträglichen

Genehmigung, erzeugt haben soll. Schützenswert ist daher die beklagte Partei nur dann, wenn sie bei Geschäftsabschluss den Rechtsschein gekannt hat, und wenn für sie der Rechtsschein kausal für den Geschäftsabschluss gewesen ist (2 Ob 107/08m). Damit scheiden als Genehmigungshandlungen alle Vorgänge aus, welche die beklagte Partei tatsächlich gar nicht wahrgenommen hat, aber auch Vorgänge, denen sie redlicherweise keinen Erklärungswert in Richtung einer nachträglichen Genehmigung unterstellen durfte (zuletzt OGH 7 Ob 140/17i).

- 5.3.5.3. Das bloße Wissen oder Verhalten einzelner Mitglieder des Gemeinderates scheidet als schlüssige Genehmigung daher ebenso aus wie das Wissen oder Verhalten von Beamten oder einzelnen sonstigen Politikern, da die Genehmigungshandlung als Form der „nachgeholtten Willensbildung“ vom Gemeinderat zu setzen ist (4 Ob 26/01d; 5 Ob 52/11z; *Lukas*, Wenn der Bindungswille des Gemeinderates fehlt, *ecolex* 2012, 120). Die vom administrativen Hilfsapparat mit Mag. W. F. an seiner Spitze erfolgte Vereinnahmung der Zahlungen aus dem Swap 4175 und deren Verbuchung im Rechenwerk der Gemeinde kann also ebenfalls (nicht einmal theoretisch) eine Genehmigungshandlung des Gemeinderats darstellen, geschweige denn einen derartigen Anschein erzeugen.
- 5.3.5.4. Ein „Nichtreagieren“ des Gemeinderates reicht – im Gegensatz zu der nicht weiter belegten Meinung der beklagten Partei – für die nachträgliche (schlüssige) Genehmigung eines vollmachtlos abgeschlossenen Geschäfts niemals aus (Schweigen stellt keine nachträgliche Genehmigung dar: 1 Ob 205/06p; 1 Ob 223/06f; Nichtstun oder Verstreichen der Zeit begründet keinerlei Vertrauenstatbestand für den Dritten: *Schramm* in *MüKo BGB*⁶ § 177 Rz 28); das gilt sogar dann, wenn die beklagte Partei den Gemeinderat selbst vom Geschäftsabschluss informiert hätte: BGH WM 1964, 224; *Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, *Beilage* ./6xW; selbst wenn der vermeintlich Vertretene das Ingangsetzen des Vertrages mit Schweigen zur Kenntnis genommen hat, genehmigt er damit nicht den Vertrag: 1 Ob 205/06p; nicht einmal, wenn er die Gelder aus dem unwirksam zustande gekommenen Kreditvertrag verwendet und sie sogar teilweise zurückzahlt, wird der Vertrag wirksam: 9 Ob 41/09h;).
- 5.3.5.5. Dazu kommt, dass das Vertrauen auf die Wirksamkeit bei Geschäftsabschluss bereits vorliegen muss (*Schurr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ zu § 1029 Rz 9 mwN). Durfte die beklagte Partei bei Abschluss des Swap 4175 am 12. Juni 2007 nicht auf die Vertretungsmacht des Mag. W. F. vertrauen, so kann der spätere Glaube an eine nachträgliche Genehmigung die beklagte Partei nur vor Schäden bewahren, die sie im Vertrauen auf die nachträgliche Genehmigung erlitten hat, nicht aber ein a priori unwirksames

Geschäft rückwirkend sanieren. Die beklagte Partei könnte – mit anderen Worten – aus dem Anschein der nachträglichen Genehmigung lediglich den Ersatz von Vertrauensschäden verlangen, die sie ab der Verwirklichung des Vertrauenstatbestandes erlitten hat. Die beklagte Partei macht aber einen (Erfüllungs-) Anspruch geltend, den sie nicht aus den späteren Vertrauenstatbestand, sondern aus der unmittelbaren Wirksamkeit des Vertrages ableitet. Darauf hat sie aber nicht vertraut.

5.3.5.6. Die bloße Behandlung der summarischen Rechnungsabschlüsse im Gemeinderat der Stadt Linz stellte ebenfalls kein Verhalten dar, das unter Berücksichtigung aller Umstände den Schluss auf einen damit „nachgeholt“ Abschlusswillen des Gemeinderates zuließ (abgesehen davon, dass die beklagte Partei niemals behauptet hat, sie habe sich vor 2010/2011 überhaupt die Gemeinderatsbeschlüsse besorgt und sie habe daraus den Schluss gezogen, damit habe der Gemeinderat ein Geschäft nachträglich genehmigt, das bis dahin ungültig war). Der Beschluss, mit dem der Gemeinderat den ihm vorgelegten Rechnungsabschluss genehmigt, besitzt keinerlei normative Wirkung. Der Gemeinderat stellt lediglich den Deckungserfolg und die Umsetzung des Voranschlages fest. Erfasst sind im Rechnungsabschluss lediglich in summarischer Form Einnahmen und Ausgaben der Gemeinde, der Rechnungsabschluss ist also kein Vermögensvergleich, in dem bestimmte Wirtschaftsgüter aufgenommen werden. Schon seiner Funktion nach eignet er sich nicht zur Genehmigung von Einzelgeschäften oder zu deren nachträglichen Genehmigung. Daher konnte die beklagte Partei daraus auch keinen Anschein ableiten, mit dem Rechnungsabschluss würde sich der Gemeinderat nachfolgend zu den in § 46 Abs 1 StL 1992 aufgezählten und ihm vorbehaltenen Geschäften einen Abschlusswillen bilden. Das ist aber Voraussetzung für die nachträgliche Genehmigung.

5.3.6. Kein Vertrauen der beklagten Partei an den Anschein einer nachträglichen Genehmigung

5.3.6.1. Der Schutz des Vertrauens auf den bloßen Anschein verlangt, dass der vorgeblich Vertretene diesen Rechtsschein selbst gesetzt hat und dass der Dritte berechtigterweise auf diesen Rechtsschein als Ausdruck des dahinterstehenden Geschäftswillens vertrauen durfte. Niemand kann sich also auf einen Vertrauenstatbestand berufen, wenn er tatsächlich nicht daran geglaubt hat oder objektiverweise daran nicht glauben konnte. Geschützt ist nur der, für den im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses der Rechtsschein kausal für sein Handeln gewesen ist; das setzt die Kenntnis und das berechtigte Vertrauen auf diesen Rechtsschein voraus (RIS-Justiz: RS0019400). Geht es um den Anschein einer Vertretungsmacht, so kommt ein Vertrauen auf den äußeren Anschein nicht in Frage, wenn sich das Fehlen der

Vertretungsmacht schon aus dem Gesetz ergibt; es gibt kein Vertrauen auf einen gesetzwidrigen Zustand (RIS-Justiz: RS0014715).

- 5.3.6.2. Im Verfahren ist kein Sachverhalt hervorgekommen, aus dem die beklagte Partei ein Vertrauen ableiten konnte, dass der Gemeinderat der Stadt Linz iSd § 46 Abs 1 StL 1992 ursprünglich oder nachträglich einen (positiven) Willen auf Abschluss des Swap 4175 gebildet hat.
- 5.3.6.3. Das gilt schon für den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004, den die beklagte Partei angeblich bereits bei Abschluss des Vertrages gekannt haben will. Das ist eine offensichtliche Schutzbehauptung. Erst mehr als zwei Monate nach Abschluss des Swap 4175 wird intern (E-Mail von H. M. an Mag. W. A. vom 26. April 2007, Beilage /2xE) ein kurz zuvor gefasster Vorstandsbeschluss erörtert, in dem sinngemäß davon die Rede ist, dass in Zukunft für den Abschluss von Finanzgeschäften ein Gemeinderatsbeschluss eingeholt werden sollte. Gleichzeitig stellen sich die Mitarbeiter der beklagten Partei die Frage, ob denn für den Abschluss des Swap 4175 schon ein solcher Gemeinderatsbeschluss notwendig wäre oder bestünde. Es liegt auf der Hand, dass wer sich mehr als zwei Monate nach dem Vertragsabschluss die Frage stellt, ob es dazu einen Gemeinderatsbeschluss gibt, ihn bei Abschluss des Vertrages noch nicht gekannt hat.
- 5.3.6.4. Dazu kommt, dass der Beschluss vom 3. Juni 2004 der beklagten Partei lediglich den Anschein vermitteln konnte, der Gemeinderat der Stadt Linz habe seine Willensbildungskompetenz auf die Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen, nicht aber, dass er damit selbst über den Abschluss des Swap 4175 entschieden hat (weitergehend: Punkt III.5.3.1.7.). Schützenswert wäre die beklagte Partei aber nur dann, wenn sie auf einen Anschein vertraut hätte, der Gemeinderat der Stadt Linz habe selbst den Swap 4175 abschließen wollen.
- 5.3.6.5. Soweit sich die beklagte Partei auf das Wissen einzelner Politiker oder interne Vorgänge beruft (geheime Beratungen im Finanz- und Kontrollausschuss, Berichte des Kontrollamtes und Vorberichte des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen) und daraus den Anschein einer (positiven) Beschlussfassung des Gemeinderates über den Swap 4175 ableiten will, scheidet dieser Versuch schon daran, dass bloß interne Vorgänge oder Vorgänge, von denen die beklagte Partei bei Abschluss des Vertrages nichts gewusst hat, niemals einen Vertrauenstatbestand darstellen können, aber auch daran, dass der Vertrauenstatbestand vom Gemeinderat selbst hätte gesetzt werden müssen, was bei den von der beklagten Partei behaupteten Vorgängen nicht der Fall war.

5.3.7. Keine nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung

- 5.3.7.1. Bei der nachträglichen Genehmigung durch Vorteilszuwendung (§ 1016 2. Fall ABGB) handelt es sich nicht um eine zugangsbedürftige Willenserklärung, sondern um eine bloße Willensbetätigung. Dass allein die Tatsache der Entgegennahme von Zahlungen aus dem Swap 4175 durch Beamte der Stadt Linz nicht die Wirkung einer konkludenten Willenserklärung der Gemeinde im Sinne des § 1016 1. Fall ABGB haben kann, folgt nicht nur daraus, dass eine solche Erklärung nicht vom zuständigen Organ, nämlich dem Gemeinderat, stammte (die Verabschiedung von Rechnungsabschlüssen stellt weder eine ausdrückliche noch eine schlüssige Willenserklärung auf nachträgliche Genehmigung vollmachtlos abgeschlossener Geschäfte dar, sondern ergibt sich auch daraus, dass ansonsten der 2. Fall des § 1016 ABGB keinen Anwendungsbereich mehr hätte.
- 5.3.7.2. Da die Willensbetätigung – anders als die nachträgliche Genehmigung durch Willenserklärung – keinen Vertrauensschutzerwägungen unterliegt, kommt es für die Wirksamkeit der nachträglichen Genehmigung ausschließlich darauf an, ob der Gemeinderat der Stadt Linz tatsächlich die Absicht gehabt hat, mit der Verabschiedung der Rechnungsabschlüsse das ohne seine Befassung abgeschlossene Geschäft nachträglich zu genehmigen (zum Erfordernis, dass das zuständige Organ einen entsprechenden Rechtsfolgewillen bildet: 9 Ob 41/09h). Das war nach den Verfahrensergebnissen nicht der Fall.
- 5.3.7.3. Die Verabschiedung der summarischen Rechnungsabschlüsse stellt an sich schon keine Entscheidung über die nachträgliche Genehmigung von Geschäften dar, deren Einnahmen und Ausgaben im Rechnungsabschluss enthalten sind, sodass den Gemeinderat schon allein der Rechtsfolgewille gefehlt hat.
- 5.3.7.4. Überdies hätte der Gemeinderat der Stadt Linz als zuständiges Organ (und nicht etwa einzelne seiner Mitglieder oder andere Organe) Kenntnis von der Struktur des Swap 4175 als exotischer Währungswette sowie eine Ahnung von den damit verbundenen Risiken haben müssen (zur Notwendigkeit von Detailkenntnissen 3 Ob 57/15a; 7 Ob 140/17i; RIS-Justiz: RS0125514); das Wissen und Wollen von Beamten oder anderen Organen ist dabei irrelevant.
- 5.3.7.5. Zusätzlich hätte der Gemeinderat wissen müssen, dass das Geschäft bis zu seiner Entscheidung schwebend unwirksam war, weil Mag. W■■■■ P■■■ die ihm eingeräumte Befugnis missbraucht hat. Diese Voraussetzungen lagen nicht vor, sodass auch eine nachträgliche Genehmigung durch Zueignung der Vorteile ausscheidet.

IV. Anträge der Stadt Linz

1. Antrag auf Verfahrenstrennung und Verfahrensunterbrechung

Die Stadt Linz stellt gemäß § 192 Abs 1 ZPO die

A N T R Ä G E :

Das Handelsgericht Wien möge

- die mit Beschluss vom 10. April 2013, ON 43, verfügte Verbindung der Verfahren 55 Cg 28/18f (vormals 48 Cg 218/11k) und 55 Cg 29/18b (vormals 48 Cg 222/11y) aufheben;

und

- das Verfahren 55 Cg 29/18b bis zur Rechtskraft der Entscheidung über den Zwischenantrag auf Feststellung im Verfahren 55 Cg 28/18f unterbrechen.

2. Hauptbegehren des Zwischenfeststellungsantrags

Aus den angeführten Gründen beantragt die Stadt Linz weiters nachstehendes

Z W I S C H E N U R T E I L N A C H § 3 9 3 A b s 2 Z P O :

Zwischen den Parteien wird festgestellt, dass der Swap vom 12. Februar 2007 mit der Nr. 4175 nicht wirksam zustande gekommen ist und damit zu keinem Zeitpunkt wirksam war;

3. Eventualbegehren des Zwischenfeststellungsantrags

3.1. in eventu zu Punkt 2.: Eventualbegehren des Zwischenfeststellungsantrags

Für den Fall, dass das Gericht dem Antrag iSd Punktes 2. aus inhaltlichen oder formellen Gründen nicht stattgeben sollte, beantragt die Stadt Linz nachstehendes

Z W I S C H E N U R T E I L N A C H § 3 9 3 A b s 2 Z P O :

Zwischen den Parteien wird festgestellt, dass der Swap vom 12. Februar 2007 mit der Nr. 4175 auf den Vertragsabschlusszeitpunkt rückwirkend aufgehoben ist.

3.2. in eventu zu Punkt 3.1: Eventualbegehren des Zwischenfeststellungsantrags

Für den Fall, dass das Gericht auch dem Antrag iSd Punktes 3.1 aus inhaltlichen oder formellen Gründen nicht stattgeben sollte, beantragt die Stadt Linz nachstehendes

ZWISCHENURTEIL NACH § 393 Abs 2 ZPO:

Zwischen den Parteien wird festgestellt, dass der Swap vom 12. Februar 2007 mit der Nr. 4175 am 20. Oktober 2011 nicht mehr gültig war.

Stadt Linz

KOSTENVERZEICHNIS

Tarif: TP 3A (Schrifts.)	(Bem.Grl.: EUR 442 922 092,59)
Schriftsatz TP3A	EUR 17 308,80
50% Einheitssatz	EUR 8 654,40
Erhöhungsbetrag (ERV)	EUR 2,10
Summe USt-pflichtig	EUR 25 965,30
20% USt.	EUR 5 193,06
GESAMT	EUR 31 158,36