

ELEKTRONISCH EINGEBRACHT

Handelsgericht Wien
Justizzentrum Wien Mitte
Marxergasse 1a
1030 Wien

**AT72 6000 0000 0957 8090, BIC: OPSKATWW
GZ: 55Cg28/18f**

Wien, am 15.12.2020

13/0058Klage201610/col_zwischenurteil_berufung_final_20201215.docx/
Zuständig: Mag. Ronald Frankl

1 von 209

frankl@lansky.at

Klagende Partei: Stadt Linz
Altes Rathaus, Hauptplatz 1, A-4020 Linz

vertreten durch: Aigner Rechtsanwalts-GmbH
Pestalozzigasse 4/5
1010 Wien

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

Beklagte Partei: BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und
Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft,
FN 205340x
Wiedner Gürtel 11, 1100 Wien

vertreten durch: **LANSKY, GANZGER & partner**
Rechtsanwälte GmbH
Biberstraße 5
1010 Wien
Code P130123

und durch: DORDA Rechtsanwälte GmbH
Universitätsring 10
1010 Wien

Vollmacht erteilt (§ 8 RAO)
(Die Zahlung der Kosten wird gem. § 19a RAO zu
Handen der gefertigten Gesellschaft begehrt)

wegen: wegen Zwischenantrag auf Feststellung
(Streitwert EUR 100.000,00)

BERUFUNG GEGEN ZWISCHENURTEIL



LANSKY, GANZGER & Partner
Rechtsanwälte GmbH

In Kooperation mit Andersen Global

1010 Wien
Biberstraße 5
T: +43 1 533 33 30-0
F: +43 1 532 84 83
www.lansky.at

ADV-Code P130123
FN 214760z HG Wien
UID: ATU 52816403
DVR: 0657794

Rechtsanwälte

Dr. Gabriel Lansky
Dr. Gerald Ganzger
Mag. Ronald Frankl
Dr. Julia Andras
Mag. Katharina Raabe-Stuppig
Mag. Valentin Neuser

Mag. Andreas Bauer
Univ.-Doz. DDR. Alexander Egger
Mag. Daniel Kocob, LL.M.
Dr. Michael Komuczky
DDR. Elisabeth Steiner
Mag. Piroška Vargha

Rechtsanwaltsanwärter

Mag. Hussein Al Rawi
Mag. Osai Amiri, MSc
Mag. Andreea Muresan
Dr. Levente B. Nagy
Mag. Daniel Söllner
Mag. Peter Virnbauer, LL.B.

Of counsel

Mag. Dimitrios Droutsas
Dr. Dietmar Fellner
Wolf-Dietrich Freiherr von
Fircs-Burgstaller
RAK Oldenburg
Mag. Peter Michael Ikrath
Prof. Dr. h.c.
Thomas Kruessmann LL.M.
em. o. Univ.-Prof. DDR. Heinz Mayer
Dr. Wolfgang Petritsch Botschaffer a.D.
Tatiana Urdaneta-Wittek
RAK Saarland
Kurt A. Wagner, JD, MBA
RAK Washington DC, Illinois
Dipl. jur. Anna Zeitlinger
RAK Region Moskau
Arlind Zeqiri, M.A.

Bankverbindungen

UniCredit Bank Austria AG
BLZ 12000, BKAUATWW
Kanzleikonto 0068-4141-005
IBAN: AT74 1200 0006 8414 1005
Fremdgeldkonto 0068-4141-013
IBAN: AT52 1200 0006 8414 1013

BAWAG
BLZ 14000, BAWAATWW
Nr. 02010-716-716
IBAN: AT29 1400 0020 10 716 716
PSK
BLZ 60000, OPSKATWW
Nr. 7-357-354
IBAN: AT73 6000 0000 0735 7354

In umseits bezeichneter Rechtssache erhebt BAWAG PSK gegen das Zwischenurteil, dem Vertreter von BAWAG PSK zugestellt am 18.11.2020 (§ 89d Abs 2 GOG), binnen offener Frist folgende

BERUFUNG

an das Oberlandesgericht Wien.

Das Zwischenurteil wird **zur Gänze angefochten**.

Geltend gemacht werden die Berufungsgründe der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Sachverhaltsfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung einschließlich sekundärer Verfahrensmängel.

Im Einzelnen:

Inhaltsübersicht

A.	Zusammenfassung.....	11
A.I.	Der Swap ist gültig	11
A.II.	Rechtliche Ausführungen sind unrichtig.....	11
1.	Der Abschluss des Swap stand unter keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis	11
2.	Mag █████ durfte den Swap für Stadt Linz abschließen	13
3.	Selbst wenn Mag █████ den Swap für Stadt Linz nicht gültig abschloss, genehmigte der Gemeinderat den Swap nachträglich	16
A.III.	Feststellungen widersprechen Beweisergebnissen	17
A.IV.	Zwischenurteil ist mangelhaft	19
B.	Rechtsrüge.....	20
B.I.	Kein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis (Punkt II.A des Zwischenurteils)	20
1.	Rechtsansicht des Erstgerichts	20
2.	Rechtlicher Rahmen.....	21
3.	VwGH: Swap unterlag keinem Genehmigungserfordernis	23
4.	Swap ist kein "Darlehen", keine "sonstige Haftung" und keine "Modifikation" der Anleihe (Punkte II.A.1.a und II.A.1.b des Zwischenurteils)	26
5.	Swap unterlag auch sonst keinem Genehmigungserfordernis (Punkt II.A.1.c des Zwischenurteils)	29
6.	Schwellenwerte sind unbeachtlich.....	46
7.	Zwischenergebnis	47
B.II.	Kein Vertretungsmangel (Punkte II.A.2 und 3 und II.B. des Zwischenurteils).....	48
1.	Vorbemerkung.....	48
2.	Gemeinden im Rechtsverkehr – ein Teilnehmer wie jeder andere (Punkte II.A.2.a und II.A.2.b des Zwischenurteils)	53
3.	Mag █████ durfte Swap für Stadt Linz abschließen (Punkt II.A.3 des Zwischenurteils)	60
4.	<i>In eventu</i> : Swap wurde nachträglich genehmigt (Punkt II.B des Zwischenurteils)	117
5.	Zusammenfassung.....	136
B.III.	Kein sonstiger Formmangel.....	136

1.	Vorbemerkung.....	136
2.	Kein Formmangel.....	137
3.	<i>In eventu</i> : Formmangel bewirkt keine Ungültigkeit.....	137
C.	Beweisrüge	138
C.I.	Vorbemerkung.....	138
C.II.	Ausführung der Beweisrügen	138
1.	Historischer Wille (S 16).....	138
2.	Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien (S 24)	140
3.	Kenntnis von Mag ██████ zum Swap (S 24)	141
4.	Kenntnis von BAWAG PSK des GRB 2004 (S 25)	144
5.	Mag ██████ als Vertreter der Stadt Linz (S 25 f)	145
6.	Einbindung des Gemeinderats konkret bei Abschluss (S 26)	147
7.	Darstellung in Debt-Management-Berichten (S 26-28)	148
8.	Kontrollamtsbericht über den Rechnungsabschluss 2007 (S 29).....	150
9.	Keine formelle Information über Zahlung am 15.10.2009 (S 30).....	152
10.	Gespräche zwischen BAWAG PSK und Stadt Linz ab Juli 2010 (S 30).....	153
11.	Einbindung des Gemeinderats (S 32).....	154
12.	Marktüblichkeit von Swap-Geschäften (S 35).....	157
13.	Austausch von Zahlungsströmen (S 35).....	159
14.	Risiko aus CHF-Anleihe und aus Swap (S 36)	161
15.	Chancen-Risiko-Profil des Swap (S 36).....	162
16.	Finanzmathematische Betrachtung des Swap (S 37)	164
17.	Ausstiegentscheidung und deren Umsetzung (S 38)	165
18.	Beherrschbarkeit keine Voraussetzung für Optimierung (S 39)	167
19.	Befassung des Gemeinderats (S 39).....	168
20.	Swap war beherrschbar und optimierend (S 39 f).....	169
21.	"Fremdwährungsportfolio" von Stadt Linz (S 48)	184
22.	Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz (disloziert auf S 72)	185
23.	Inhalt der Debt-Management-Berichte (S 100)	187
24.	Hohes Modellrisiko - "beliebige" Berechnungen (S 106).....	189
25.	Überschreiten der Genehmigungsgrenzen (S 107).....	191
D.	Mängelrüge	195
D.I.	Vorbemerkung.....	195
D.II.	Ausführung der Verfahrensmängel.....	195
1.	Ergänzung des Sachverständigengutachtens um weitere Wahrscheinlichkeitsberechnungen (S 104-107)	195
2.	Einsichtnahme in den Akt zum Disziplinarverfahren gegen Mag ██████ (S 109-110)	196
3.	Einvernahme der Zeugen ██████ ██████ und ██████ (S 110).....	199
4.	Gemeinderatsbeschlüsse als zivilrechtliche Vollmacht (S 110).....	199
5.	Nachträgliche Genehmigung (S 112)	200
6.	Stadt Linz wollte Risiko übernehmen (S 112)	201
7.	Ergänzende Einvernahme von ██████ ██████ (S 112-113)	202
8.	Stadt Linz verfügte über ein taugliches Risikomanagement (S 113 f)	203
9.	"Übrige Personalbeweisangebote" (S 114)	204
10.	Editionsanträge (S 114 ff).....	204
11.	Verweis auf "Gesamtergebnis" der Sachverständigengutachten (S 39 f).....	208
E.	Anträge	208

Inhaltsverzeichnis

A.	Zusammenfassung.....	11
A.I.	Der Swap ist gültig	11
A.II.	Rechtliche Ausführungen sind unrichtig.....	11
1.	Der Abschluss des Swap stand unter keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis	11
2.	Mag ██████ durfte den Swap für Stadt Linz abschließen	13
3.	Selbst wenn Mag ██████ den Swap für Stadt Linz nicht gültig abschloss, genehmigte der Gemeinderat den Swap nachträglich	16
A.III.	Feststellungen widersprechen Beweisergebnissen	17
A.IV.	Zwischenurteil ist mangelhaft	19
B.	Rechtsrüge.....	20
B.I.	Kein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis (Punkt II.A des Zwischenurteils)	20
1.	Rechtsansicht des Erstgerichts	20
2.	Rechtlicher Rahmen.....	21
3.	VwGH: Swap unterlag keinem Genehmigungserfordernis.....	23
4.	Swap ist kein "Darlehen", keine "sonstige Haftung" und keine "Modifikation" der Anleihe (Punkte II.A.1.a und II.A.1.b des Zwischenurteils)	26
5.	Swap unterlag auch sonst keinem Genehmigungserfordernis (Punkt II.A.1.c des Zwischenurteils)	29
5.1.	Vorbemerkung.....	29
5.2.	Verfassungsrecht gebietet restriktive Auslegung von Genehmigungstatbeständen	31
5.3.	Historisch, systematisch und teleologisch: Keine Genehmigungspflicht	34
5.4.	Genehmigungspflicht nicht denkmöglich	40
5.5.	<i>In eventum</i> : Unbestimmter "Gewöhnlicher Lauf der Dinge"	43
6.	Schwellenwerte sind unbeachtlich.....	46
6.1.	Schwellenwerte für Darlehen gelten nicht für den Swap.....	46
6.2.	<i>In eventum</i> : Einnahmen des ordentlichen Voranschlags	47
6.3.	<i>In eventum</i> : Überschreiten der Schwellenwerte praktisch auszuschließen	47
7.	Zwischenergebnis	47
B.II.	Kein Vertretungsmangel (Punkte II.A.2 und 3 und II.B. des Zwischenurteils).....	48
1.	Vorbemerkung.....	48
2.	Gemeinden im Rechtsverkehr – ein Teilnehmer wie jeder andere (Punkte II.A.2.a und II.A.2.b des Zwischenurteils)	53
2.1.	Gemeinden sind im Rechtsverkehr nicht besonders geschützt.....	53
2.2.	Gemeinden können privatwirtschaftlich handeln.....	58
2.3.	Zwischenergebnis	59
3.	Mag ██████ durfte Swap für Stadt Linz abschließen (Punkt II.A.3 des Zwischenurteils)	60
3.1.	Mag ██████ durfte Swap ohne Mitwirkung des Gemeinderats abschließen (Punkt II.A.3.a des Zwischenurteils)	60
3.1.1.	Rechtsansicht des Erstgerichts.....	60
3.1.2.	Kein ausdrücklicher Genehmigungstatbestand.....	60
3.1.3.	Kein jährliches Entgelt über EUR 50.000.....	61
3.1.4.	Keine Genehmigung – keine Ungültigkeit	63
3.2.	<i>In eventum</i> : Mag ██████ durfte Swap aufgrund des GRB 2004 abschließen	64

3.2.1.	Swap ist von GRB 2004 gedeckt – und war insbesondere optimierend (Punkt II.A.3 des Zwischenurteils).....	64
3.2.1.1.	Rechtsansicht des Erstgerichts.....	64
3.2.1.2.	Inhalt und Auslegung des GRB 2004.....	64
3.2.1.3.	Rahmenbeschlüsse sind erlaubt und üblich.....	66
3.2.1.3.1.	Rechtsansicht des Erstgerichts.....	66
3.2.1.3.2.	Verfassungsmäßige Grundlage von Rahmenbeschlüssen und praktische Anwendung	66
3.2.1.3.3.	Erstgericht verbietet Rahmenbeschlüsse.....	70
3.2.1.3.4.	Das Erstgericht verkennt die Arbeitsteiligkeit und Zurechnung in der Verwaltung.....	71
3.2.1.4.	Gültigkeit des Swap hängt nicht von der Erfüllung interner Zielvorgaben ab.....	75
3.2.1.4.1.	Die Optimierung ist nur eine interne Vorgabe	75
3.2.1.4.2.	Swap war marktüblich.....	77
3.2.1.5.	Swap war optimierend	78
3.2.1.5.1.	Swap war objektiv optimierend	78
(a)	Vorbemerkung	78
(b)	Rechtlich ist ein objektives Verständnis geboten	79
(c)	Finanzwirtschaftliche Interpretation: Swap war laut Gerichtssachverständigen objektiv optimierend	80
(d)	Zwischenergebnis	82
3.2.1.5.2.	<i>In eventu</i> : Auf die Beherrschbarkeit des Swap für die Stadt Linz kommt es nicht an.....	82
3.2.1.5.3.	<i>In eventu</i> : Swap war beherrschbar und deshalb optimierend.....	83
3.2.1.6.	Zwischenergebnis.....	84
3.2.2.	Rechtsnatur des GRB 2004 (Punkt II.A.3.c des Zwischenurteils).....	84
3.2.2.1.	Der Swap ist ein Akt der Privatwirtschaftsverwaltung	84
3.2.2.2.	GRB 2004 war an FVV gerichtete Willensäußerung (Weisung)	84
3.2.2.3.	Der GRB 2004 als Akt im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung	86
3.2.2.4.	Zusammenfassung	90
3.2.3.	(Nachträgliche) Mehrkosten können nicht zur Ungültigkeit führen	90
3.2.3.1.	Rechtlicher Rahmen: Der GRB 2004 als budgetäres Selbstbindungsgesetz	90
3.2.3.2.	Keine Ungültigkeit wegen Kostenüberschreitung.....	91
3.2.3.3.	Zwischenergebnis.....	92
3.2.4.	Keine Verletzung oder Umgehung von Organisationsvorschriften	92
3.2.4.1.	Rechtsansicht des Erstgerichts.....	92
3.2.4.2.	Keine unzulässige Kompetenzverschiebung.....	92
3.2.4.3.	<i>In eventu</i> : Jedenfalls keine zivilrechtliche Ungültigkeit.....	95
3.2.4.4.	Zwischenergebnis.....	96
3.2.5.	Zu den übrigen Argumenten des Erstgerichts.....	97
3.2.6.	Zwischenergebnis.....	97
3.2.7.	<i>In eventu</i> : GRB 2004 als öffentlich-rechtliche Approbationsbefugnis (Punkt II.A.3.b des Zwischenurteils)	99
3.2.8.	Sonderthema: Ermächtigung der "FVV" (Punkt II.A.3.b und c <i>passim</i> des Zwischenurteils).....	104
3.3.	Mag ████████ hatte auch Abschlussvollmacht nach außen (Punkt II.A.3.e des Zwischenurteils)	106
3.3.1.	Vollmacht aufgrund GRB 2004	106
3.3.2.	Vollmacht aufgrund Unterschriftenverzeichnisses.....	107
3.3.3.	Zwischenergebnis.....	110

3.4.	<i>In eventu</i> : Konkludente Vertretungsmacht und Vertretungsmacht durch Anschein (Punkt II.A.3.d des Zwischenurteils).....	110
3.4.1.	Rechtsansicht des Erstgerichts.....	110
3.4.2.	Anscheinsvollmacht auch bei Gebietskörperschaften	110
3.4.3.	Mag ██████ hatte Anscheinsvollmacht.....	111
3.4.4.	Vertrauen in Abschlussvollmacht geschützt.....	115
3.5.	Zwischenergebnis	116
4.	<i>In eventu</i> : Swap wurde nachträglich genehmigt (Punkt II.B des Zwischenurteils)	117
4.1.	Rechtsansicht des Erstgerichts	117
4.2.	Vorbemerkung.....	117
4.3.	Gemeinderat kannte den Swap	118
4.3.1.	Kenntnis des Gemeinderats selbst	118
4.3.1.1.	Unrichtige Feststellung des Erstgerichts.....	118
4.3.1.2.	Getroffene Feststellungen reichen aber ohnehin für Kenntnis	118
4.3.2.	Wissenszurechnung an den Gemeinderat	121
4.3.3.	Zurechnung des Wissens von Mag ██████	122
4.3.3.1.	Vorbemerkung.....	122
4.3.3.2.	Mag ██████ war die Struktur des Swap bekannt	122
4.3.3.3.	Wissenszurechnung von Mag ██████ an Gemeinderat	122
4.3.4.	Zurechnung des Wissens von Finanzausschuss und Kontrollausschuss	124
4.3.4.1.	Vorbemerkung.....	124
4.3.4.2.	Kenntnis von Finanzausschuss	124
4.3.4.3.	Kenntnis von Kontrollausschuss.....	125
4.3.4.4.	Wissenszurechnung von ██████ Finanzausschuss und Kontrollausschuss an Gemeinderat	126
4.3.5.	Zurechnung des Wissens von Dr Mayr und Dr Dobusch	128
4.3.5.1.	Vorbemerkung.....	128
4.3.5.2.	Kenntnis von Dr Mayr und Dr Dobusch.....	129
4.3.5.3.	Wissenszurechnung von Dr Mayr und Dr Dobusch.....	131
4.3.6.	Zusammenfassung.....	132
4.4.	Maßnahmen der nachträglichen Genehmigung.....	132
4.4.1.	Vorbemerkung.....	132
4.4.2.	Nachträgliche Genehmigung durch beharrliches Schweigen (Punkt II.B.1 des Zwischenurteils)	132
4.4.3.	Nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung (Punkt II.B.2 des Zwischenurteils)	134
4.5.	Zwischenergebnis	135
5.	Zusammenfassung.....	136
B.III.	Kein sonstiger Formmangel.....	136
1.	Vorbemerkung.....	136
2.	Kein Formmangel.....	137
3.	<i>In eventu</i> : Formmangel bewirkt keine Ungültigkeit.....	137
C.	Beweisrüge	138
C.I.	Vorbemerkung.....	138
C.II.	Ausführung der Beweisrügen	138
1.	Historischer Wille (S 16).....	138
2.	Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien (S 24)	140
3.	Kenntnis von Mag ██████ zum Swap (S 24)	141

4.	Kenntnis von BAWAG PSK des GRB 2004 (S 25)	144
5.	Mag [REDACTED] als Vertreter der Stadt Linz (S 25 f)	145
6.	Einbindung des Gemeinderats konkret bei Abschluss (S 26)	147
7.	Darstellung in Debt-Management-Berichten (S 26-28)	148
8.	Kontrollamtsbericht über den Rechnungsabschluss 2007 (S 29).....	150
9.	Keine formelle Information über Zahlung am 15.10.2009 (S 30).....	152
10.	Gespräche zwischen BAWAG PSK und Stadt Linz ab Juli 2010 (S 30).....	153
11.	Einbindung des Gemeinderats (S 32).....	154
12.	Marktüblichkeit von Swap-Geschäften (S 35)	157
13.	Austausch von Zahlungsströmen (S 35).....	159
14.	Risiko aus CHF-Anleihe und aus Swap (S 36)	161
15.	Chancen-Risiko-Profil des Swap (S 36).....	162
16.	Finanzmathematische Betrachtung des Swap (S 37)	164
17.	Ausstiegentscheidung und deren Umsetzung (S 38)	165
18.	Beherrschbarkeit keine Voraussetzung für Optimierung (S 39)	167
19.	Befassung des Gemeinderats (S 39).....	168
20.	Swap war beherrschbar und optimierend (S 39 f).....	169
20.1.	Angefochtene Feststellung	169
20.2.	Unrichtigkeit der Feststellung	170
20.3.	Swap objektiv beherrschbar	173
20.4.	Swap subjektiv für Stadt Linz beherrschbar.....	174
20.5.	Auflösungskosten sind keine laufenden Tilgungen	180
20.6.	Nicht jedenfalls Fremdfinanzierung nötig.....	180
20.7.	Insgesamt begehrte Feststellung.....	182
21.	"Fremdwährungsportfolio" von Stadt Linz (S 48)	184
22.	Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz (disloziert auf S 72)	185
23.	Inhalt der Debt-Management-Berichte (S 100)	187
24.	Hohes Modellrisiko - "beliebige" Berechnungen (S 106).....	189
25.	Überschreiten der Genehmigungsgrenzen (S 107).....	191
D.	Mängelrüge	195
D.I.	Vorbemerkung.....	195
D.II.	Ausführung der Verfahrensmängel.....	195
1.	Ergänzung des Sachverständigengutachtens um weitere Wahrscheinlichkeitsberechnungen (S 104-107)	195
2.	Einsichtnahme in den Akt zum Disziplinarverfahren gegen Mag [REDACTED] (S 109-110)	196
2.1.	Vorbemerkung.....	196
2.2.	Meinung zur Genehmigungspflicht	196
2.3.	Selbsteinschätzung von Mag [REDACTED]	197
2.4.	Rechtliches	197
2.5.	Wesentlichkeit	198
3.	Einvernahme der Zeugen [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] (S 110).....	199
4.	Gemeinderatsbeschlüsse als zivilrechtliche Vollmacht (S 110).....	199
5.	Nachträgliche Genehmigung (S 112)	200
6.	Stadt Linz wollte Risiko übernehmen (S 112)	201
7.	Ergänzende Einvernahme von [REDACTED] [REDACTED] (S 112-113)	202
8.	Stadt Linz verfügte über ein taugliches Risikomanagement (S 113 f).....	203
9.	"Übrige Personalbeweisangebote" (S 114)	204

10.	Editionsanträge (S 114 ff).....	204
10.1.	Vorberichte zu den Rechnungsabschlüssen, Kontrollamtsberichte.....	204
10.2.	Prüfbericht und Laufzettel.....	205
10.3.	Aktenvermerke oder Niederschriften gemäß § 27 Abs 2 GEOM über den Abschluss des Rahmenvertrags vom 26.9.2006 aus dem Verwaltungsakt zu GZ 901	206
10.4.	Restrukturierungs- und Ausstiegsangebote	207
11.	Verweis auf "Gesamtergebnis" der Sachverständigengutachten (S 39 f).....	208
E.	Anträge	208

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung	Begriff
AD	Amtsdirektor
BAWAG PSK ¹	BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft
BM	Bürgermeister (vgl Definition im Zwischenurteil, S 2)
CHF	Schweizer Franken
CHF-Anleihe	Von Stadt Linz am 6.10.2005 begebene endfällige und variabel verzinsten Anleihe in Höhe von CHF 195 Millionen mit Laufzeit bis 14.10.2017 (vgl Zwischenurteil, S 16)
EGA	Ergänzungsgutachten der Sachverständigen vom 29.12.2017
Ergänzung	Ergänzung zu dem Gutachten der Sachverständigen vom 26.10.2016
Erstgericht	Handelsgericht Wien
EUR	Euro
EZBW	EZB-Wechselkurs (vgl Definition im Zwischenurteil, S 35)
FD	Finanzdirektor (vgl Definition im Zwischenurteil, S 3)
FVV	Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz (vgl Zwischenurteil, S 3)
GEOM	Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz
GOCR	Verordnung des Gemeinderates der Landeshauptstadt Linz vom 23.1.1992 betreffend die Geschäftsordnung für den Gemeinderat (GOCR) kundgemacht an den Amtstafeln sowie im Amtsblatt der Landeshauptstadt Linz Nr 3/1992, in der jeweils geltenden Fassung
GR	Gemeinderat (vgl Definition im Zwischenurteil, S 2)
GRB 2004	Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 (vgl Zwischenurteil, S 16)
Gutachten	Gutachten der Sachverständigen vom 31.7.2016
KoA	Kontrollamt (vgl Definition im Zwischenurteil, S 3)

¹ In Feststellungen der Beweisrüge auch als "Beklagte" bezeichnet entsprechend der Bezeichnung im Zwischenurteil. Demgegenüber wird die sonst als Stadt Linz bezeichnete Partei dort als "Klägerin" bezeichnet.

S	Seite
StK	Stadtkämmerei (vgl Definition im Zwischenurteil, S 3)
StL 1992	Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992
Swap	Zwischen BAWAG PSK und Stadt Linz am 12.2.2007 abgeschlossenes Geschäft mit dem Namen Swap 4175 (vgl Zwischenurteil, S 25)
Zwischenurteil	Zwischenurteil des Erstgerichts vom 7.1.2020

A. ZUSAMMENFASSUNG

A.I. DER SWAP IST GÜLTIG

Der Swap wurde gültig geschlossen und hatte zwischen den Parteien Bestand. Zum gegenteiligen Ergebnis gelangt das Erstgericht nur aufgrund eines verfahrensrechtlich mangelhaften Zwischenurteils, dessen Feststellungen und rechtliche Ausführungen überwiegend unrichtig sind.

Da die BAWAG PSK der Auffassung ist, dass der Zwischenantrag auf Feststellung der Stadt Linz schon aus rechtlichen Gründen abzuweisen wäre, wird zunächst die Rechtsrüge ausgeführt. Dies ist auch deshalb zweckmäßig, weil die danach – für den Fall, dass das Berufungsgericht diese doch als relevant ansieht – enthaltenen Ausführungen zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens und zur Beweistrüge dann leichter nachvollziehbar sind.

A.II. RECHTLICHE AUSFÜHRUNGEN SIND UNRICHTIG

1. Der Abschluss des Swap stand unter keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis²

- § 78 StL 1992 enthält eine **abschließende Liste an Geschäften, für deren Abschluss die Stadt Linz eine aufsichtsbehördliche Genehmigung** des Landes Oberösterreich benötigt. Swap-Geschäfte (oder allgemeiner Derivatgeschäfte) waren dort **zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap nicht genannt**. Eine solche Genehmigungspflicht wurde erst 2012 eingeführt.
- Der VwGH entschied deshalb auch bereits zweimal, dass konkret der klagsgegenständliche Swap (wie auch Swaps im Allgemeinen) nicht von § 78 StL 1992 erfasst war und keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterlag.
- Das Erstgericht geht selbst davon aus, dass der Swap unter keines der in § 78 StL 1992 vertypen Geschäfte wie "Darlehen" oder "Haftung" fällt. Das trifft zu:
 - Der Swap ist kein Darlehen. Es fehlt unter anderem an der Zuzählung einer Darlehensvaluta und an einer unbedingten Rückzahlungsverpflichtung bei Vertragsschluss.
 - Der Swap ist keine Bürgschaft oder sonstige Haftung. Stadt Linz ging mit dem Swap insbesondere keine Haftung für eine materiell fremde Schuld ein.
 - Der Swap ist auch mit keinem dieser beiden Geschäfte (oder irgendeinem anderen der in § 78 StL 1992 taxativ genannten Geschäfte) vergleichbar. Selbst für das Erstgericht ist eine *"unmittelbar, aus der Natur des Geschäfts selbst entspringende Genehmigungspflicht ... als ausgeschlossen und denkunmöglich ... zu verneinen"* (Zwischenurteil, S 59).

² Vgl unten Punkt B.I.

- Das Erstgericht geht außerdem selbst davon aus, dass die in § 78 StL 1992 abschließend aufgezählten Geschäfte keiner Erweiterung oder Analogie zugänglich sind. Auch das trifft zu:
 - Da es sich bei § 78 StL 1992 um verwaltungsrechtliche Aufsichtsbefugnisse handelt, ist eine analoge Erweiterung nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ausgeschlossen.
 - Stattdessen sind die Tatbestände eng auszulegen. Eine Erweiterung über den Wortlaut hinaus wäre verfassungswidrig. Dies würde nämlich die verfassungsrechtlich gewährleistete Gemeindeautonomie unzulässig beschneiden.
- Trotz der Rechtsmeinung, dass der Swap unter keines der in § 78 StL 1992 genannten Geschäfte fällt und dass der Anwendungsbereich des § 78 StL 1992 nicht durch Analogie erweitert werden darf, geht das Erstgericht davon aus, dass der Swap genehmigungspflichtig war. Dies, weil es meint, es wäre denkmöglich, dass der Swap nach "gewöhnlichem Lauf der Dinge" zu Zahlungsverpflichtungen in vorweg unbekannter Höhe führen könnte, die eine Darlehensaufnahme in einer Höhe nötig machen würde, welche die Schwellen für Darlehen nach § 78 StL 1992 überschreiten. In diesem Fall sei schon das Grundgeschäft von einer Genehmigung abhängig zu machen. Damit entfernt sich das Erstgericht völlig von jeder gesetzlichen Grundlage:
 - Es bleibt wie oben geschrieben dabei: Der Abschluss von Swap-Geschäften war nach § 78 StL 1992 nicht genehmigungspflichtig, weil Swap-Geschäfte in der Bestimmung nicht genannt sind. Dies entspricht auch der Auffassung des VwGH, der ausführte, dass daran auch keine Zweifel bestanden.
 - Die Rechtsauffassung des Gerichts führt durch **Amalgamierung von zwei selbstständigen Verträgen**, nämlich dem Swap auf der einen und einem – nur eventuell oder auch nie – separat abzuschließenden – Finanzierungsgeschäft auf der anderen Seite, das dann zur Genehmigungspflicht des an sich nicht genehmigungspflichtigen Grundgeschäfts führen soll. Dadurch kommt es – insbesondere auch bei der im Hinblick auf den Vertrauensschutz und die Gemeindeautonomie gebotenen verfassungskonformen Interpretation – zu einer **gesetzwidrigen Ausdehnung der Genehmigungstatbestände**. Das Erstgericht schafft dadurch nämlich unzulässiger Weise einen neuen Genehmigungstatbestand, den das Erstgericht im Ergebnis analog heranzieht, obwohl es Analogien in diesem Bereich zu Recht explizit ablehnt.
 - Der vom Erstgericht als Maßstab herangezogene "gewöhnliche Lauf der Dinge" ist ebenso wenig vom Gesetz gedeckt, wie die Genehmigungspflicht an sich. Außerdem ist er völlig unbestimmt. Er wurde einzig und allein vom Erstgericht aufgrund nicht nachprüfbarer Kriterien (zwar kein "Worst Case" oder "völlig außergewöhnliche Umstände", aber doch auch "sporadisch auftretende Ereignisse", wobei die Markterwartungen aber nicht relevant sein sollen) ersonnen. Wie hätten Rechtsunterworfenen 2007 beim Abschluss des

Swap (oder auch noch später bis unmittelbar vor Zustellung des Zwischenurteils) wissen sollen, dass es bei § 78 StL 1992 überhaupt um den "gewöhnlichen Lauf der Dinge" gehen soll und dann noch dazu um jene Interpretation, die das Erstgericht nunmehr vornimmt?

- Dies alles entsprach daher aus gutem Grund weder der Rechtsprechung oder der Lehre noch der Praxis. Das Erstgericht schafft somit für die Teilnehmer am Rechtsverkehr mit Gemeinden **völlig unvorhersehbare Kriterien** (all dies ist dem StL 1992 nicht im Ansatz zu entnehmen). Dies steht nicht nur im **Widerspruch** zu dem – wie vom Erstgericht selbst betont – strengen Maßstab an die Erweiterung von Genehmigungstatbeständen, sondern auch dem verfassungsrechtlich gewährleisteten **Vertrauensschutz**.
- Selbst wenn man von einer grundsätzlichen Genehmigungspflicht ausgehen und dabei auf einen "gewöhnlichen Lauf der Dinge" abstellen würde (alles mit keinem Wort im Gesetz gedeckt), steht der Swap noch immer unter keiner Genehmigungspflicht. Die vom Erstgericht herangezogenen Schwellenwerte, aus denen sich eine solche begründen soll, gelten nämlich nur für **Darlehen und nicht für Swaps**. Die Zahlungspflichten aus dem Swap hätten die Schwellenwerte außerdem ohnehin selbst nach dem "gewöhnlichen Lauf der Dinge" nicht überschritten.
- Der Swap war also **keinesfalls aufsichtsbehördlich genehmigungspflichtig**.
- 2. **Mag ██████ durfte den Swap für Stadt Linz abschließen³**
- Auch wenn es das Erstgericht nicht so sehen möchte, zieht sich folgender Grundsatz wie ein roter Faden durch das Zwischenurteil, nämlich dass bei Geschäften mit Gemeinden alle schützenswert seien, nur nicht der Vertragspartner. Das ist unrichtig. Spätestens seit der Novelle des § 21 ABGB durch das VolljG 1973 stehen **Gemeinden nicht "unter dem besonderen Schutz der Gesetze"** wie Minderjährige oder Personen, die ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen können (die Gemeinden wurden damals aus der Bestimmung gestrichen). Auch aus § 867 ABGB lässt sich kein besonderer Schutz der Gemeinden ableiten (auch das Erstgericht betont, dass diese Bestimmung nicht dahingehend missverstanden werden darf, dass sie Gemeinden vor dem Abschluss nachteiliger Geschäfte schützen soll, spricht aber andererseits vom Schutz der "Linzerinnen und Linzer" durch diese). Gemeinden werden im Privatrechtsverkehr daher grundsätzlich wie jeder andere behandelt. Jede gegenteilige Ansicht ist ein klarer Verstoß gegen geltendes Verfassungsrecht, das eben eine Gleichbehandlung aller Privatrechtssubjekte – darunter eben auch Gemeinden, wenn sie nicht hoheitlich tätig werden – gebietet.
- Vor diesem Hintergrund ist die Rechtslage klar: Stadt Linz, vertreten durch den hierzu befugten Bürgermeister (§ 49 StL 1992), und BAWAG PSK schlossen einen Rahmenvertrag über den Abschluss von Finanzgeschäften. Gemeinsam mit diesem Rahmenvertrag wurde Mag ██████ von Stadt Linz (Bürgermeister) gegenüber

³ Vgl unten Punkt B.II.

BAWAG PSK als **bevollmächtigter Vertreter** bekannt gegeben. In dieser Eigenschaft schloss Mag [REDACTED] als Vertreter der Stadt Linz zwei Swap-Geschäfte mit BAWAG PSK, eines davon der klagsgegenständliche Swap (den ersten 2006 abgeschlossenen Swap stellte Stadt Linz übrigens vorzeitig mit Gewinn glatt). Ein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis bestand, wie oben ausgeführt, nicht, weil Swap-Geschäfte nicht in der abschließenden Aufzählung des § 78 StL 1992 genannt sind. Aus demselben Grund bestand auch kein Genehmigungserfordernis des Gemeinderats, weil Swap-Geschäfte nicht in der abschließenden Aufzählung des § 46 StL 1992 genannt sind. Der **Swap** wurde also **gültig geschlossen**.

- Das Erstgericht **konstruiert allerdings rechtlich auch beim Beschlusserfordernis des Gemeinderats einen Tatbestand, wo es gar keinen gab**. Es gab bis 2012 keine Zuständigkeit des Gemeinderats für Swaps. Das Erstgericht behauptet, der Swap habe für Stadt Linz zu jährlichen Zahlungsverpflichtungen über EUR 50.000 geführt, weshalb § 46 Abs 1 Z 12 StL⁴ einschlägig sei. Tatsache ist, dass es beim Swap eben gerade kein festgesetztes jährliches Entgelt gab – die entgegenstehende "Feststellung" des Erstgerichts ist unrichtig. Sie widerspricht auch den restlichen Feststellungen, in denen die Formel des Swap korrekt wiedergegeben wird.

Aus der Formel ergibt sich nämlich, dass der Swap den halbjährlichen Austausch von Zahlungsströmen abhängig von der EUR/CHF-Entwicklung vorsah – wer wem wieviel zu zahlen haben wird, war also vor jedem einzelnen Zahlungstermin und jedenfalls noch beim Abschluss unklar (und tatsächlich zahlte die klagende Partei auch in den ersten zweieinhalb Jahren nichts, sondern erhielt Zahlungen von BAWAG PSK). Die Schwelle von EUR 50.000 kann deshalb rechtlich und logisch nicht erfüllt sein. Das Erstgericht gelangt zu seiner Auffassung nur, weil es den **Swap künstlich in seine Bestandteile zerlegt** und daraus eine Zuständigkeit des Gemeinderats ableitet (während es bei der aufsichtsbehördlichen Genehmigung eine Kombination des Swaps mit einer potentiellen künftigen Finanzierung vornimmt). Auch der **VwGH** erachtete diese Bestimmung für **nicht anwendbar**.

- Selbst wenn man von einem Beschlusserfordernis ausgehen sollte, ändert das nichts an der Gültigkeit. Mit dem GRB 2004⁵ **ermächtigte** der **Gemeinderat** als zuständiges Organ nämlich die FVV (als zuständige Magistratsabteilung) ohnehin in Form eines **Rahmenbeschlusses** zum Abschluss von Finanzgeschäften, wie den **Swap**.
- Dass der Gemeinderat den Abschluss des Swap vom Magistrat, konkret von der FVV, deren Leiter Mag [REDACTED] war, umsetzen ließ, schadet nicht. Arbeitsteiliges Verhalten ist für Gemeinden üblich und verfassungsrechtlich zulässig.

⁴ "§ 46 Zuständigkeit des Gemeinderates
12. der Abschluß und die Auflösung sonstiger Verträge, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt 100.000 Euro oder das jährliche Entgelt 50.000 Euro übersteigt ...".

⁵ "Die FVV [Anmerkung: Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz] wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren."

- Trotz des GRB 2004 (das Erstgericht bestreitet nicht, dass dieser gültig gefasst wurde) geht das Erstgericht davon aus, dass das gültige Zustandekommen des Swap daran scheitert, dass es keinen Gemeinderatsbeschluss gab. Das ist offensichtlich unrichtig.
- Unter anderem behauptet das Erstgericht, der GRB 2004 sei zu unbestimmt. Darauf kommt es aber rechtlich gar nicht an – es gibt **keine gemeinderechtlichen "Determinierungsvorschriften"** für Rahmenbeschlüsse und jede ungeschriebene Einschränkung ist ein verfassungswidriger Eingriff in die Gemeindeautonomie. Das Legalitätsprinzip gilt in der Privatwirtschaftsverwaltung nicht. Der Gemeinderat kann daher – sofern ein Geschäft in seine Zuständigkeit fällt – selbst entscheiden, welche Spielräume er "seinem" Verwaltungsapparat einräumt.
- Außerdem behauptet das Erstgericht, der Swap erfülle nicht die (für die Zwecke dieser Argumentation offenbar doch nicht mehr zu unbestimmten) Vorgaben des GRB 2004. Auch das ist unrichtig. Auf die angeblich erforderliche **"Optimierungseignung" des Swap kommt es nicht an**. Dies zunächst deshalb, weil eine Befassung des Gemeinderats gar nicht erforderlich war. Auch sonst war die im GRB 2004 angesprochene Optimierung lediglich eine nach innen wirkende Vorgabe für die ausführenden Organe (das ist im Gemeinderecht häufig, vgl zB den Effektivitätsgrundsatz der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, der ebenfalls nur nach innen gilt).

Selbst wenn die "Optimierung" ein Gültigkeitserfordernis sein sollte, erfüllte der Swap dieses ohnehin. Rechtlich kommt es – wenn überhaupt – nur auf eine abstrakte Optimierungseignung an und diese erfüllte der Swap (auch im Sinn der ergänzend auf Basis des Sachverständigengutachtens begeherten Feststellungen). Und selbst wenn man für die Optimierung wie das Erstgericht auf die "Beherrschbarkeit" des Swap abstellt (was unrichtig ist), erfüllte der Swap diese Voraussetzung. Die entgegenlautende "Feststellung" des Erstgerichts wird auch im Rahmen der Beweisrüge bekämpft.

- Nach der Vorstellung des Erstgerichts sind alle Geschäfte, aus denen sich eine nachträgliche Mehrbelastung ergeben könnte (klassischerweise im kommunalen Bereich zB Bauvorhaben), einschließlich der potentiell künftig nötigen Finanzierung (in welcher Höhe?) vom Gemeinderat als Kollegialorgan persönlich abzuschließen. Er darf weder einen Rahmenbeschluss fassen (würde er es trotzdem tun, wäre dieser immer zu unbestimmt, weil nicht an alle Eventualitäten gedacht werden kann) noch darf er einen Gemeindemitarbeiter damit beauftragen, das Geschäft für ihn abzuschließen (würde er es trotzdem tun, wäre der Gemeindemitarbeiter vollmachtslos). All dies ist weder dem StL 1992 noch § 867 ABGB zu entnehmen. Würde die Rechtsauffassung des Erstgerichts zutreffen, wäre der **Handlungsspielraum** der Gemeinden entgegen der verfassungsrechtlich verankerten **Gemeindeautonomie stark eingeschränkt**. Zudem wäre aufgrund der **völlig unbestimmten Genehmigungserfordernisse** der **Vertrauensschutz** für Vertragspartner von Gemeinden **außer Kraft gesetzt**
- Aber selbst wenn man der Rechtsauffassung einer so "paralisierten Gemeinde" anhängt, wurde der Swap ursprünglich gültig abgeschlossen. Das StL 1992 sieht

nämlich keine ausdrückliche Nichtigkeit für fehlende Gemeinderatsbeschlüsse vor. Der Zweck der Norm gebietet im vorliegenden Fall – unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes – auch keine Nichtigkeit, weil der Gemeinderat einen Beschluss gefasst hat, der nach Ansicht des Gerichts nur eine zu weite Ermächtigung beinhaltet hat. Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall auch wesentlich von der zu § 867 ABGB ergangenen höchstgerichtlichen Rechtsprechung, wo der Gemeinderat gar nicht befasst war. Hier war er aber eingebunden und hat der Gemeindeverwaltung einen weiten Spielraum gewährt.

- Jedenfalls durfte BAWAG PSK auf die Abschlussvollmacht des Mag [REDACTED] kraft vom Gemeinderat durch den GRB 2004 gesetzten Anschein und andererseits auch kraft der vom Bürgermeister im Rahmenvertrag und dem damit verbundenen Unterschriftenverzeichnis erteilten Vollmacht vertrauen. Allfällige (aber ohnehin nicht vorliegende) Vollmachtsmängel wurden damit beseitigt. Niemand in der Stadtverwaltung zweifelte an der Gültigkeit des GRB 2004 und auch Mag [REDACTED] musste nach Meinung des VwGH nicht daran zweifeln. Wieso hätte es also die BAWAG PSK sollen?
- Der **Swap** wurde also jedenfalls **ursprünglich gültig abgeschlossen**.
- 3. **Selbst wenn Mag [REDACTED] den Swap für Stadt Linz nicht gültig abschloss, genehmigte der Gemeinderat den Swap nachträglich⁶**
- Auch Gemeinden können ursprünglich **vollmachtslose Geschäfte nachträglich genehmigen**. Genau das geschah beim Swap (geht man unrichtig davon aus, dass er nicht ohnehin ursprünglich gültig geschlossen wurde).
- Dem Gemeinderat war der Swap bekannt (die entgegenstehende Feststellung des Erstgerichts ist unrichtig, unvollständig und wird bekämpft). Der Swap war, wie auch das Erstgericht feststellte, unter anderem Gegenstand von Diskussionen im Gemeinderat.
- Darauf kommt es aber gar nicht an. Auch Mag [REDACTED] zwei Ausschüsse des Gemeinderats und weitere Organe der Stadt Linz wussten ebenfalls vom Swap und verstanden diesen ausreichend (die ergänzenden Feststellungen werden beigeht). Deren **Wissen** und Handeln wird **dem Gemeinderat 1:1 zugerechnet**.
- Fest steht also, dass der **Gemeinderat über den Swap Bescheid wusste, entweder tatsächlich unmittelbar oder rechtlich über Wissenszurechnung**. Davon ausgehend konnte BAWAG PSK das beharrliche Schweigen des Gemeinderats über Jahre hinweg nicht anders interpretieren denn als nachträgliche Genehmigung.
- Hinzukommt, dass Stadt Linz während der ersten zweieinhalb Jahre **rund EUR 10 Millionen am Swap verdiente**. Das Geld wurde (ohne Beanstandung) von Stadt Linz angenommen und die Zahlungseingänge in den Rechnungsabschlüssen korrekt ausgewiesen, die vom Gemeinderat statutengemäß geprüft und genehmigt

⁶ Vgl unten Punkt B.II.4.

wurden. Ein klassischer Fall von **Vorteilszuwendung**, der ebenfalls zur nachträglichen Genehmigung führt.

- Geht man davon aus, dass der **Swap** nicht ursprünglich gültig abgeschlossen wurde (was unrichtig ist), dann wurde er also mehrfach **nachträglich genehmigt und ist deshalb gültig**.

A.III. FESTSTELLUNGEN WIDERSPRECHEN BEWEISERGEBNISSEN⁷

- Aus der Rechtsrüge folgt, dass **bereits auf Grundlage der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen der Swap ursprünglich gültig** geschlossen wurde und der Zwischenfeststellungsantrag der Stadt Linz abzuweisen ist.
- Gleichzeitig ist festzuhalten, dass **viele der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen den Beweisergebnissen widersprechen oder unvollständig bzw missverständlich sind**. Diese unrichtigen Feststellungen werden sicherheitshalber für den Fall bekämpft, dass das Oberlandesgericht Wien diese als rechtlich relevant ansehen sollte. In der Folge werden fünf der – immer unter der oben genannten Maßgabe, dass der Berufung auch auf Basis der vorhandenen Feststellung stattgegeben werden kann, verstandenen – "relevantesten" unrichtigen Feststellungen zusammengefasst.
- **Mag █████ verstand den Swap:**⁸ Mag █████ verfügte über ein umfassendes Wissen über die Funktionsweise des Swap und insbesondere auch darüber, dass dessen Entwicklung vom EUR/CHF-Kurs abhängt und sich auch Zahlungspflichten daraus ergeben können. Die gegenteiligen Feststellungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 24) sind unrichtig und unvollständig. Mag █████ Wissen ist mehrfach bewiesen, insbesondere durch selbst von ihm erstellte Excel-Dokumente, in denen er die Formel des Swap nachrechnetete (Beilage ./98) und in denen er das sich aus dem Swap ergebende Risiko berechnete und laufend verfolgte (Beilage ./248).

Seine Kenntnis ergibt sich auch aus den dokumentierten Gesprächen mit BAWAG PSK vor Abschluss des Swap (Beilage ./60) und aus seinen eigenen Aussagen, wonach ihm das theoretisch unbeschränkte Risiko völlig klar war (Beilage ./87). Das Wissen von Mag █████ ist rechtlich dem Gemeinderat zuzurechnen und kann deshalb für die nachträgliche Genehmigung relevant sein.⁹

- **Der Swap war marktüblich:**¹⁰ Swap-Geschäfte, deren Entwicklung vom EUR/CHF-Kurs abhängig ist, waren *ex ante* Standardprodukte am Markt und auch der Swap war *ex ante* marktüblich. Da dies die Gerichtssachverständigen selbst schreiben und das Erstgericht selbst die Marktüblichkeit von Swaps feststellt (Zwischenurteil, S 35), ist unverständlich, weshalb es meint, dass eine abschließende Prüfung der Marktüblichkeit unterbleiben kann (Zwischenurteil, S 78). Im Gegenteil ergibt sich aus dem ganzen Beweisverfahren, dass der Swap marktüblich war.

⁷ Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.

⁸ Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.3.

⁹ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.3.

¹⁰ Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.12.

BAWAG PSK legte zahlreiche Beweismittel vor, die belegen, dass Swap-Geschäfte nicht nur von Stadt Linz (Beilage ./155, S 25), sondern von Kommunen in Österreich und in ganz Europa *ex ante* laufend geschlossen wurden. Dies wurde auch durch die Einvernahme unter anderem des damaligen Leiters der Direktion Inneres und Kommunales beim Land Oberösterreich bestätigt. Es verwundert also nicht, dass auch die Gerichtssachverständigen von der Marktüblichkeit ausgingen. Die Marktüblichkeit ist nach Ansicht des Erstgerichts Voraussetzung dafür, dass der GRB 2004 als Grundlage für den gültigen Abschluss des Swap herangezogen werden kann.¹¹

- **Stadt Linz musste aus dem Swap keine fixe Zahlung leisten:**¹² Beim Swap wurden zweimal jährlich Zahlungsströme zwischen BAWAG PSK und Stadt Linz ausgetauscht – eine fixe Zahlung einer Seite war nicht vorgesehen, weil die Zahlungsströme, die von der Entwicklung des EUR/CHF abhingen, zu saldieren waren (vgl § 3 Abs 3 des Rahmenvertrags, Beilage ./1). Bei Abschluss des Geschäfts stand also keinesfalls fest, dass eine Seite überhaupt jemals etwas zahlen (oder erhalten) wird. Die gegenteiligen Feststellungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 35 und disloziert S 72) basieren auf einer falschen Rechtsauffassung und sind auch inhaltlich mehrfach unrichtig.

Selbst in der Logik des Erstgerichts, das isoliert einen einzigen Zahlungsstrom, nämlich jenen von Stadt Linz, herausgreift und daraus eine Fixzahlung konstruiert – was wie gesagt unrichtig ist –, sind die Feststellungen des Erstgerichts unrichtig, weil dieses die angebliche Fixzahlung doppelt so hoch annimmt als vertraglich vorgesehen. Richtigerweise musste Stadt Linz aus dem Swap aber ohnehin gar keine fixe Zahlung leisten. Da es sich bei einer fixen Zahlung rechtlich um eine Voraussetzung für die Zuständigkeit des Gemeinderats nach § 46 Abs 1 Z 2 StL 1992 handelt, besteht ohne eine fixe Zahlung auch keine Gemeinderatszuständigkeit und Mag ██████ durfte den Swap selbst ohne GRB 2004 gültig schließen.¹³

- **Das Risiko aus dem Swap war beherrschbar:**¹⁴ Der Swap war laut Gerichtssachverständigen objektiv beherrschbar¹⁵ und – obwohl es darauf nicht ankommt – auch subjektiv für Stadt Linz beherrschbar.¹⁶ Stadt Linz hätte nur einen einfachen Risikoleitfaden befolgen und das Risiko entsprechend beobachten müssen.¹⁷ Tatsächlich ergibt sich aus den Unterlagen, dass Stadt Linz dies auch tat (vgl zB Beilage ./248). Dass Stadt Linz trotzdem nicht handelte, macht den Swap nicht plötzlich "unbeherrschbar". Die gegenteiligen Feststellungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 39 f) sind unrichtig und verkennen die Natur des Swap. Folgt man der (unrichtigen) Rechtsansicht des Erstgerichts, wäre die Beherrschbarkeit Voraussetzung für die Optimierung und die Optimierung wiederum Voraussetzung für den gültigen Abschluss des Swap.¹⁸

¹¹ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.2.1.4.2.

¹² Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.13.

¹³ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.1.3.

¹⁴ Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.20.

¹⁵ Gutachten, S 54 und 56.

¹⁶ EGA, S 39.

¹⁷ Gutachten, S 54 und 106; EGA, S 16 und 36 f.

¹⁸ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.2.1.

- **Die vom Erstgericht beauftragten Wahrscheinlichkeitsberechnungen führen zu beliebigen Ergebnissen:**¹⁹ Das Erstgericht beauftragte umfangreiche Wahrscheinlichkeitsberechnungen, deren Zahlen es als "Bandbreiten" im Zwischenurteil feststellt (Zwischenurteil, S 106). Die Gerichtssachverständigen sagen aber selbst, dass derartige Berechnungen im Jahr 2007 niemand angestellt hat. Sie halten auch fest, dass die Rechnungen mit einem hohen Modellrisiko belastet sind und man immer Argumente für oder gegen Modelle finden kann, wodurch die Wahrscheinlichkeiten besonders hoch oder niedrig aussehen.²⁰

Die Wahrscheinlichkeitsberechnungen sind deshalb nicht einmal im Ansatz tauglich, das Zwischenurteil zu begründen. Ohne diese "Bandbreiten" hätte das Erstgericht auch nach seiner (ohnehin unrichtigen) Rechtsansicht zum Ergebnis kommen müssen, dass die Grenzen für die Genehmigung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung nicht überschritten sind und der Swap deshalb keiner Genehmigung durch das Land Oberösterreich bedurfte.²¹

A.IV. ZWISCHENURTEIL IST MANGELHAFT

- Wie oben bei der Beweistrüge ausgeführt, folgt aus der Rechtsrüge, dass bereits auf Grundlage der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen der Swap ursprünglich gültig geschlossen wurde und der Zwischenfeststellungsantrag der Stadt Linz abzuweisen ist. Vergleichbar mit dem Vorgehen bei der Beweistrüge zeigt BAWAG PSK aber in der Mängelrüge trotzdem sicherheitshalber die **Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens**, für den Fall auf, dass das Oberlandesgericht Wien diese für relevant halten sollte. In der Folge werden zwei der – im oben beschriebenen Sinn – "relevantesten" Mängel zusammengefasst.
- **Unterlassene Einvernahme** [REDACTED]:²² BAWAG PSK beantragte zB die ergänzende Einvernahme von [REDACTED] die *ex ante* mit Stadt Linz, vertreten durch Mag [REDACTED] die Vorbereitung und den Abschluss des Swap abwickelte. Obwohl Mag [REDACTED] einvernommen wurde, wurde [REDACTED] nicht nochmals einvernommen, nachdem das Erstgericht seine Meinung änderte und anders als zum Zeitpunkt der Vernehmung der Zeugin [REDACTED] von der Rechtsmeinung, der Swap sei gültig, auf die Rechtsmeinung, der Swap sei ungültig, umschwenkte.

Nach diesem Schwenk und der inhaltlichen Änderung/Erweiterung des Prozessgegenstands auf die Ungültigkeit hatte BAWAG PSK keine Gelegenheit mehr, die Zeugin zu befragen. Die Zeugin hätte ausgesagt, dass Mag [REDACTED] über ausreichend Wissen und Kenntnis verfügte und dieses auch zur Schau stellte, was sowohl aufgrund der Zurechnung seines Wissens zum Gemeinderat als auch für eine allfällige Anscheinsvollmacht von Bedeutung ist.²³ Die unterlassene Einvernahme ist damit ein Verfahrensmangel.

¹⁹ Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.22 und auch C.II.24.

²⁰ EGA, S 38.

²¹ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.I.5.

²² Vgl bei der Mängelrüge Punkt D.II.7.

²³ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.3.

- **Unterlassene Einvernahme der Mitglieder von Finanzausschuss und Gemeinderat:**²⁴ Außerdem ist ein Verfahrensmangel, dass das Gericht keines der beantragten Finanzausschuss- und Gemeinderatsmitglieder hörte. Diese hätten sowohl zur ursprünglichen Gültigkeit als auch zur nachträglichen Genehmigung aussagen können, dass der GRB 2004 auch Geschäfte wie den Swap erfassen hätte sollen und sie nach Abschluss über den Swap Bescheid wussten. Das ist sowohl für die ursprüngliche Gültigkeit als auch für eine allfällige nachträgliche Genehmigung relevant.²⁵ Die unterlassene Einvernahme ist damit ein Verfahrensmangel.

B. RECHTSRÜGE

B.I. KEIN AUFSICHTSBEHÖRDLICHES GENEHMIGUNGSERFORDERNIS (PUNKT II.A DES ZWISCHENURTEILS)

1. Rechtsansicht des Erstgerichts

Das Erstgericht vertritt folgende Rechtsansicht:

Der Abschluss bestimmter Geschäfte durch Stadt Linz stehe nach § 76 StL 1992 unter dem Genehmigungsvorbehalt der Aufsichtsbehörde Land Oberösterreich. Der Abschluss des Swap selbst falle unter keinen der dort genannten Tatbestände, weil der Swap insbesondere kein "Darlehen" und keine "Haftung" sei. Da der Swap auch nicht die Struktur eines Darlehens ändere oder mit einer Haftung vergleichbar sei (insbesondere sei er weder Bürgschaft noch Eventualverbindlichkeit), seien die Tatbestände auf den Abschluss des Swap selbst auch nicht analog anzuwenden (Zwischenurteil, S 58-64).

Nach diesen in Einklang mit Lehre und Rechtsprechung stehenden Ausführungen kommt das Gericht dann allerdings – kurz zusammengefasst – zum überraschenden Schluss, der Abschluss eines Geschäfts, welches die Möglichkeit in sich berge, dass im Rahmen der Abwicklung oder der Auflösung eine genehmigungspflichtige Finanzierung notwendig werden könnte und nicht auszuschließen sei, dass ein solcher Fall bei "gewöhnlichem Lauf der Dinge" auch eintrete, führe doch zu einem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis des Grundgeschäfts. Das würde auf den Swap zutreffen. Dieser sei deshalb genehmigungspflichtig gewesen (Zwischenurteil, S 65-70).

Die Rechtsansicht des Erstgerichts ist unrichtig. Das Erstgericht kommt nämlich trotz überwiegend richtiger Rechtsausführungen am Ende doch zu einem unrichtigen Schluss.

Im Einzelnen:

²⁴ Vgl bei der Mängelrüge Punkt D.II.5 und D.II.6 und D.II.8.

²⁵ Vgl bei der Rechtsrüge insbesondere Punkt B.II.3.2.1 und Punkt B.II.4.3.4.

2. Rechtlicher Rahmen

§ 78 Abs 1 Z 2 StL in der Stammfassung²⁶ normierte eine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht für den Abschluss von Darlehensverträgen, "wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde". Außerdem sah Z 3 *leg cit* 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 Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde" eine Bewilligung durch die Aufsichtsbehörde vor.

Diese Bestimmungen wurden erst fünf Jahre nach Abschluss des Swap mit der Novelle 2012 neu gefasst und wesentlich ausgeweitet, sodass nunmehr auch "sonstige Finanzgeschäfte" in den Anwendungsbereich des aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalts fallen.²⁷ Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rahmenvertrags und des Swap aber waren sonstige Finanzgeschäfte von der Genehmigungspflicht nicht erfasst. Auch der Swap, der weder Darlehen noch Haftung ist,²⁸ **war deshalb damals von der Genehmigungspflicht nicht erfasst**. Wenn der Landesgesetzgeber bis zur Novelle 2012 die Genehmigungspflicht von Swap-Geschäften ausdrücklich nicht bestimmte, obwohl das Thema seit mehr als zehn Jahren nicht nur in Oberösterreich, sondern in allen Bundesländern bekannt war, dann spricht bereits das klar gegen eine Anwendung auch auf frühere Geschäfte.²⁹ Das ist vergleichbar mit Leasing-Geschäften, die ebenfalls nicht in § 76 StL 1992 aufgezählt waren und deshalb – genauso wenig wie Swap-Geschäfte – einem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterlagen.³⁰

Obwohl dies auch das Erstgericht ganz genauso sieht (Zwischenurteil, S 63 f), geht BA-WAG PSK – im Hinblick auf die gegenteiligen Behauptungen der klagenden Partei – im Folgenden trotzdem nochmals im Einzelnen auf die rechtliche Begründung ein, weshalb die spätere Novelle nicht auf frühere Fälle zurückwirken kann und darf:

In den Materialien zur Novelle 2012 steht nämlich zwar, dass die Einfügung der "sonstigen Finanzgeschäfte" lediglich aus Gründen der Klarstellung erfolgt wäre und Zinstauschgeschäfte ohnehin auch schon vorher ("nach bisheriger Rechtslage") dem Land als Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorgelegt hätten werden müssen. Das ist aber, wie gleich unten dargestellt wird, rechtlich unrichtig und widerspricht insbesondere auch der ständigen Rechtsprechung des VwGH. Diese Einfügung erfolgte offenbar auf prozesstaktisch motivierten Wunsch des Gesetzgebers, im Nachhinein für die Stadt Linz ungeliebte Verträge, konkret den Swap, "beseitigen" zu wollen. Derartige **nachträgliche "Klarstellungen" können aber im Rechtsverkehr keine Rückwirkung entfalten:**

Bloße Äußerungen – seien sie auch im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens gefallen – über den Sinn eines Gesetzes sind nämlich keine authentische Interpretation des Sinngehalts

²⁶ Stammfassung: LGBl Nr 7/1992.

²⁷ LGBl Nr 1/2012.

²⁸ Siehe dazu näher unten B.I.4.

²⁹ Prändl, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenzen der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 379 (384).

³⁰ "Zur Klarstellung hält die Abteilung Gemeinden in ihrem Brief vom 26.8.2002 ... fest: "Die Statuten der Landeshauptstadt Linz ... enthalten keine dem § 106 Abs. 1 Z. 3 der Oö. Gemeindeordnung 1990 ... entsprechende Bestimmung. Der Abschluss von Immobilien-Leasingverträgen und von Leasing-ähnlichen Finanzierungsformen für Immobilien durch die oberösterreichischen Statutarstädte bedürfen daher nicht der aufsichtsbehördlichen Genehmigung", Christ, Formen und Rahmenbedingungen der kommunalen Investitionsfinanzierung, in KDZ (Hrsg), Kreditfinanzierung für Gemeinden (2003), 104.

dieses Gesetzes (SZ 27/198; VwGH ÖStZB 1993, 485) anhand des Maßstabes des § 8 ABGB. Außerdem kommt den Gesetzesmaterialien keine normative Wirkung zu. Sie sind keine Rechtsquelle und daher nicht rechtsverbindlich. Sie geben lediglich – im Rahmen der subjektiv-historischen Interpretation – Auskunft über etwaige Motive des Gesetzgebers. "Klarstellen" können sie freilich nichts (und schon gar nicht für die Vergangenheit)! Rechtlich verbindlich ist nämlich nur der Gesetzestext, der nach dem bekannten Kanon der Auslegungsmethoden zu interpretieren ist, wobei der äußerst noch mögliche Wortlaut die Grenze jeder Auslegung bildet. Was hier versucht wurde, ist eine unzulässige, weil verfassungswidrige Rechtsfortbildung im Wege der (rückwirkenden) Gesetzesinterpretation.

Rückwirkend belastende Regelungen sind nur ganz ausnahmsweise mit einer besonderen Rechtfertigung möglich und sonst verfassungswidrig, weil das – berechnete – Vertrauen auf die Rechtslage vom Gleichheitssatz und dem aus dem Gleichheitssatz resultierenden Sachlichkeitsgebot geschützt sind. Die – hier unzulässige und zudem bloß in den Materialien erfolgte – "Klarstellung" wäre eine besonders belastende Regelung, weil sie im Ergebnis dazu führen würde, dass in eine Vertragsbeziehung rückwirkend eingegriffen würde; das ist ein schwerer Eingriff in die durch das Eigentumsgrundrecht geschützte Privatautonomie, der weder durch ein Gesetz und noch viel weniger durch eine "Klarstellung" in den rechtlich unverbindlichen Gesetzesmaterialien erfolgen darf.³¹

Selbst wenn eine authentische Interpretation vorliegen würde, wäre diese somit verfassungswidrig, da sie einen Eingriff in einen ursprünglich gültig zustande gekommenen Vertrag (und damit in das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentumsrecht der BAWAG PSK) bewirken würde. Eine solche verfassungswidrige Rückwirkung einer authentischen Interpretation hat das deutsche Bundesverfassungsgericht beispielsweise anhand einer vergleichbaren Konstellation konstatiert, bei der eine unliebsame Gesetzesauslegung *ex post* ausgeschlossen werden sollte.³² Genau dies war hier beabsichtigt: Eine der Stadt Linz unliebsame Interpretation im Nachhinein zu Lasten des Geschäftspartners zu korrigieren.

Ein solcher einseitiger Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen der Vertragspartner der Stadt Linz (insbesondere in deren durch das Eigentumsgrundrecht geschützte Privatautonomie), ohne dass es dafür eine (besondere) sachliche Rechtfertigung gäbe, wäre unsachlich und damit verfassungswidrig und kann daher der Auslegung des StL 1992 nicht zugrunde gelegt werden. Es läge überdies ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot sowie gegen das rechtsstaatliche Prinzip nach Art 18 B-VG vor.³³ Schließlich hätte der Landesgesetzgeber damit seine gesetzgeberische Macht missbraucht, um durch ein gegen den Gleichheitssatz verstoßendes Anlassgesetz – nachträglich – für die Stadt Linz eine bessere Rechtsposition und für BAWAG PSK als Vertragspartner der Stadt Linz eine schlechtere Rechtsposition zu schaffen. Da es sich hier aber um eine **rechtlich jedenfalls für die Vergangenheit unbeachtliche Äußerung in den Gesetzesmaterialien** handelt, ist die – vermeintliche – "Klarstellung" aber sowieso irrelevant!

³¹ Gerade im Verwaltungsrecht ist Zurückhaltung zu üben, wenn Materialien herangezogen werden. Außer bei Unklarheiten, die es hier nicht gibt, haben Materialien dort nämlich keine interpretative Aussagekraft, vgl Kodek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 28.

³² Deutsches Bundesverfassungsgericht 17.12.2013, 1 BvL 5/08.

³³ Vgl zum Rückwirkungsverbot *Berka*, Die Grundrechte, § 36 Rz 969 ff und allgemein zum Gleichheitsgrundsatz aaO § 36 Rz 895 ff, jeweils mwN.

Entgegen den Materialien war schon – wie dies das Erstgericht auf S 71 des Zwischenurteils selbst bestätigt – bisher klar, dass vor der Gemeinderechts-Novelle 2012 kein Spekulationsverbot bestand: Bis zum Inkrafttreten der Novelle war die Stadt Linz bei ihrem Schuldenmanagement nur an die Vorgaben des StL 1992 in der Fassung LGBl 2010/60 gebunden. Diese Vorgaben waren ihrerseits Ausgestaltung und zulässige Grenze der verfassungsrechtlich gewährleisteten Finanzierungshoheit der Gemeinden aus Art 116 Abs 2 B-VG und § 14 F-VG. Diese gewährleistete den Gemeinden im Grundsatz eine eigenverantwortliche Finanzierung.

Dies bestätigt auch ein Umkehrschluss: Wären nur "*im Interesse der Rechtssicherheit ... Konkretisierungen geboten, die den Gemeindeverantwortlichen mehr Klarheit im Umgang mit Finanzgeschäften geben*" sollen, so hätte es keiner Novelle des StL 1992 bedurft. Wenn "*die Gemeindeordnung und Stadtstatute schon bisher die Rechtslage und den Umgang von Gemeinden mit Finanzgeschäften umfassend geregelt*" haben (so der Ausschussbericht des Landtags), wäre allenfalls eine authentische Interpretation im Gesetz vorzunehmen gewesen, um vermeintliche Unklarheiten in verfassungskonformer Weise zu klären.

Zudem regelt die Novelle selbst, dass das mit 1.4.2012 in Kraft getretene Verbot nicht zurück wirkt (Art VI der Novelle) und daher keinesfalls jetzt (im Nachhinein) gegen die Forderung der BAWAG PSK eingewendet werden kann.

Zusammengefasst war der Swap (und ein Geschäft wie der Swap) **ex ante nicht vom aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis erfasst**. Etwas anderes gilt erst seit der Novelle im Jahr 2012. Diese wirkt nicht zurück (und kann und darf auch nicht zurückwirkend herangezogen werden, weil dies verfassungswidrig wäre).

3. VwGH: Swap unterlag keinem Genehmigungserfordernis

Angesichts des eindeutigen Wortlauts des StL 1992 **entschied der VwGH, dass der Swap ex ante keiner Genehmigungspflicht unterlag**.

In der Entscheidung vom 20.9.2018 zu **Ra 2017/09/0001** hielt der VwGH nämlich unter Verweis auf seine frühere Entscheidung **Ro 2015/09/0014** fest, dass konkret der Swap nicht als Darlehen im Sinn des StL 1992 zu verstehen und deshalb nicht von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen war.

Beide Entscheidungen ergingen im Disziplinarverfahren gegen Mag ██████ der beschuldigt wurde, beim Abschluss des Swap seine Befugnisse überschritten zu haben. Das ergibt sich offenkundig aus den Entscheidungen selbst, die ganz klar auf den hier klagsgegenständlichen Swap Bezug nehmen (Verweise auf Stadt Linz, Land Oberösterreich, etc). Außerdem sprach Mag ██████ auch in seiner Einvernahme über seine Beteiligung an den Verfahren, wie sich aus dem Protokoll seiner Einvernahme am 13.5.2019 ergibt.³⁴ Trotzdem stellte das Erstgericht nicht ausdrücklich fest, dass die Entscheidungen in beiden Disziplinarverfahren gegen Mag ██████ im Zusammenhang mit dem klagsgegenständlichen Swap ergingen (obwohl es wohl stillschweigend davon auszugehen scheint: vgl Zwischenurteil, S 109, "*... Einsichtnahme in den Akt zum Disziplinarverfahren gegen Mag ██████ ...*" und Protokoll 7.1.2020, S 2, "*... wird festgehalten, dass es sich um die beiden VwGH-Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Disziplinarverfahren gegen den Zeugen Mag. ██████ handle ...*"). Die Feststellung ist relevant,

³⁴ Protokoll 13.5.2019, 7 f, wo Mag ██████ über seine Beteiligung am Verfahren spricht.

weil in diesen Disziplinarverfahren höchstgerichtlich geklärt wurde, dass der Swap keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterlag und – wie unten gezeigt wird – auch mit keinem Vertretungsmangel behaftet war.

BAWAG PSK begehrt deshalb die folgende ergänzende Feststellung:

Die Disziplinarverfahren, die in den Entscheidungen des VwGH zu AZ Ra 2017/09/0001 und Ro 2015/09/0014 endeten, wurden gegen Mag ██████ im Zusammenhang mit dem klagsgegenständlichen Swap geführt.

Ob der Beschuldigte (also im Sinn der begehrten Feststellung Mag ██████ ein Disziplinarvergehen beging, hängt davon ab, ob der Swap vom Land zu genehmigen war (aber die Einholung einer Genehmigung zum Beispiel trotzdem unterlassen wurde). Es handelt sich bei der Frage, ob der Swap genehmigungspflichtig war, deshalb nach Ansicht des VwGH um eine Vorfrage für die Strafbarkeit des Beschuldigten. Diese Vorfrage löste der VwGH in zwei Entscheidungen zutreffend und entschied gegen ein Genehmigungserfordernis.

Ein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis für Geschäfte wie den Swap gibt es nach diesen beiden Entscheidungen überhaupt erst seit der oben genannten Novelle im Jahr 2012.³⁵ Der VwGH bestätigte deshalb die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich, das Straferkenntnis im Hinblick auf den Vorwurf der Unterlassung der Einholung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung oder eines Gemeinderatsbeschlusses für den Swap wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufzuheben. Damit hält der VwGH zusammengefasst in mittlerweile mehreren Entscheidungen fest, dass der Swap keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterlag.

Die Rechtsfrage ist damit bereits **eindeutig höchstgerichtlich geklärt**. Damit ist, wie gleich unten dargestellt werden wird, die Subsumtion des Swap unter einen Genehmigungstatbestand nicht nur denkunmöglich. Ein österreichisches Höchstgericht hat sogar bereits zweimal entschieden, dass definitiv kein Genehmigungserfordernis vorliegt. Der VwGH hat dabei nicht nur entschieden, dass Mag ██████ keine Zweifel an seiner Berechtigung zum Abschluss des Swap haben musste, sondern hat inhaltlich auch die Frage des Erfordernisses einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung verneint.

Das Erstgericht streift die einschlägigen VwGH-Entscheidungen im 120 Seiten starken Urteil nur an drei Stellen ganz kurz. Zwei davon betreffen das Genehmigungserfordernis. Beide Male pflichtet das Erstgericht – angesichts des Ergebnisses, zu dem dieses schlussendlich gelangt, etwas überraschend – dem VwGH grundsätzlich bei (Zwischenurteil, S 59 f: Swap kein Kredit oder einem Kredit ähnlich und Zwischenurteil, S 63: Swap-Geschäfte grundsätzlich erst seit der oben erwähnten Novelle 2012 erfasst). Wie das Erstgericht entgegen den VwGH-Entscheidungen und deren völlig eindeutigen Wortlaut trotzdem schließen kann, dass der Swap einem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterlag, lässt sich anhand des Zwischenurteils nicht zweifelsfrei feststellen, weil das Erstgericht eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit dem Widerspruch zwischen dem Zwischenurteil und den VwGH-Entscheidungen unterlässt.

³⁵ Gleiches gilt nach dieser Entscheidung auch für Zwecke des Erfordernisses eines Gemeinderatsbeschlusses, weil auch insoweit der Swap nicht als Darlehen zu qualifizieren war, eine sonstige Genehmigungspflicht nicht nachvollziehbar begründet wurde und auch hier derartige Finanzgeschäfte erst seit 2012 von der Genehmigungspflicht erfasst sind. Vgl dazu Punkt B.II.3.1.

Nur an einer einzigen Stelle, nämlich in zwei kurzen Sätzen, deutet das Erstgericht etwas in diese Richtung an: *"Der VwGH behandelt den Swap als Zinssicherungsgeschäft, lässt das mit ihm verbundene Währungsrisiko aber außer Betracht. Eine Aussage über eine Kreditähnlichkeit des Swaps lässt sich aus diesem Grunde nicht zwingend ableiten"* (Zwischenurteil, S 60). Da das Erstgericht später nur durch eine Vermischung von Swap-Geschäft und (potentiell erforderlichem) Finanzierungsgeschäft zum Genehmigungserfordernis gelangt, liegt der Schluss nahe, dass das Erstgericht aus der angeblich fehlenden Aussagekraft über eine Kreditähnlichkeit den Widerspruch zu den VwGH-Entscheidungen erklären will.

Drei Absätze davor schreibt das Erstgericht allerdings noch: *"Der Swap ist weder rechtlich noch wirtschaftlich einem Kredit ähnlich ..."* (Zwischenurteil, S 59). Es handelt sich also um einen ganz offensichtlichen Widerspruch: Wenn nach Ansicht des Erstgerichts der Swap ohnehin keinem Kredit ähnelt, kann sich aus der angeblich mangelnden Aussagekraft der VwGH-Entscheidungen über eine Kreditähnlichkeit auch keine Rechtsfolge ergeben.

Die Behauptung über die mangelnde Aussagekraft ist ohnehin unzutreffend. Das vom VwGH behandelte Geschäft war ausgehend von den Entscheidungen ein Swap-Geschäft (jedenfalls ausgehend von der begehrten ergänzenden Feststellung sogar genau der klagsgegenständliche Swap) und der VwGH als Höchstgericht in Verwaltungssachen entschied, dass dieses keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterliegt – eine Frage, die unstrittig dem Verwaltungsrecht zuzuordnen ist. Woher das Erstgericht nun also schließen will, dass der VwGH als verwaltungsgerichtliche oberste Instanz bei der Beurteilung einer verwaltungsrechtlichen Frage etwas "übersehen" haben soll, erschließt sich BAWAG PSK nicht. Im Gegenteil: Selbst wenn keine formale Bindungswirkung besteht, haben die Zivilgerichte, gerade wenn es sich um Unterinstanzen handelt, **im Sinn der einheitlichen Rechtsprechung auf früheren höchstgerichtlichen Entscheidungen aufzubauen.**

Die Behauptung, der VwGH habe sich mit der "Kreditähnlichkeit" des Swap nicht auseinandergesetzt, ist zudem unzutreffend, hat der VwGH doch einen Vergleich von Darlehen und (dem konkreten) Swap angestellt und diese als nicht vergleichbar angesehen. Er kommt zum Ergebnis (Hervorhebung hinzugefügt): *"Selbst wenn man - über die Definition des § 983 ABGB hinausgehend - unter dem Begriff des "Darlehens" iSd vorgenannten Bestimmungen vom **Regelungszweck der Überwachung der Verschuldung her auch Kreditaufnahmen oder gleichzuhaltende Geschäfte verstehen wollte**, so wären diese von Maßnahmen zur Verringerung damit einhergehender Risiken (hier des Risikos steigender Zinsen) grundsätzlich zu unterscheiden. Derartige Finanzgeschäfte sind erst durch die Oö Gemeinderechtsnovelle 2012 (LGBl. Nr. 1/2012) ausdrücklich erfasst."*³⁶

In einer weiteren Entscheidung zum konkreten Fall bekräftigt er erneut, dass Swaps keine nach dem StL 1992 genehmigungspflichtigen Darlehen sind und hält zudem fest (Hervorhebungen hinzugefügt): *"Zu den Ausführungen des Landesverwaltungsgerichts, dem Revisionswerber sei bewusst gewesen, dass für den Abschluss von "marktüblichen Finanztermingeschäften und Finanzterminkontrakten" zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios die Zustimmung des Gemeinderates gemäß § 46 Abs. 1 Z 9 Oö. StL 1992 einzuholen sei bzw. beim Revisionswerber hätten Bedenken aufkommen müssen, ob der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 noch als Grundlage für den Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 herangezogen werden könne, ist festzuhalten, dass es bei der Subsumtion des gegenständlichen*

³⁶ VwGH 26.4.2016 Ro 2015/09/0014, Rz 52 ff.

Finanzgeschäftes unter § 46 Abs. 1 Z 9 Oö. StL 1992 **darauf nicht ankommt**. Ausgehend von der **taxativen Aufzählung** in § 46 leg. cit. hätte sich das Landesverwaltungsgericht mit den dort normierten Tatbestandserfordernissen beschäftigen müssen, die eine Zustimmung des Gemeinderates vorsehen, wie im Fall der Z 9, **ob fallbezogen mit dem Abschluss eines Zins-swap tatsächlich ein Darlehen aufgenommen wurde**. Hinzu kommt, dass **auch hier erst durch die Oö Gemeinderechtsnovelle 2012 (LGBl. Nr. 1/2012) derartige Finanzgeschäfte ausdrücklich erfasst sind**.³⁷

Der VwGH hat den vom Erstgericht angezogenen Aspekt des Verschuldungsrisikos daher sehr wohl gewürdigt. Anders als das Erstgericht trennt der VwGH aber klar die Bewilligungspflicht des Swap von der Frage der Finanzierung, wobei er hier ebenfalls nur eine konkrete Darlehensaufnahme für relevant ansieht. Jedenfalls betont er mehrfach, dass solche Geschäfte wie der Swap erst seit 2012 von der Genehmigungspflicht erfasst sind.

Zusammengefasst folgt aus der Rechtsprechung des VwGH, dass der Swap keinem Genehmigungserfordernis unterlag. Im Folgenden wird noch einmal kurz zusammengefasst, weshalb dieser gefestigten (und konkret auf den gegenständlichen Swap bezogenen) Rechtsprechung zuzustimmen ist und welche rechtlichen und wirtschaftlichen Argumente inhaltlich gegen ein Genehmigungserfordernis sprechen.

4. Swap ist kein "Darlehen", keine "sonstige Haftung" und keine "Modifikation" der Anleihe (Punkte II.A.1.a und II.A.1.b des Zwischenurteils)

Der **Swap** (sowie einzelne Zahlungen aus dem Swap oder dessen Auflösungskosten) **kann einem Darlehen nicht gleichgehalten werden**:

- Das Darlehen ist in § 983 ABGB geregelt. Zum Zeitpunkt des Swap-Abschlusses war § 983 ABGB aF als Realkontrakt ausgestaltet; das heißt, dass neben der Willenseinigung zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer zusätzlich noch die tatsächliche Übergabe (zB des Geldbetrags) vorausgesetzt wurde.³⁸ BAWAG PSK **zählte** der Stadt Linz beim Abschluss des Swap aber **keine Darlehensvaluta zu** (vgl die Feststellungen zum Swap in Zwischenurteil, S 35 f, wo die Formel erklärt wird – eine einmalige "Upfront-Zahlung" ist nicht Teil des Geschäfts und wurde vom Gericht auch nicht festgestellt).³⁹ Der Swap fällt daher schon deshalb nicht unter den Darlehensbegriff.
- Auch nach der Neufassung des § 983 ABGB im Jahr 2010, nach der für den Vertrag nur mehr die Willenseinigung erforderlich ist (Konsensualkontrakt), liegt das Wesen des Darlehensvertrags im Kern unverändert darin, dass sich die eine Vertragspartei einen **bestimmten Betrag Geldes verschafft und** die andere im Gegenzug zusagt, **diesen Betrag zeitverzögert wieder zurückzuzahlen** und dafür Zinsen zu entrichten.⁴⁰ Im Gegensatz zu einem Darlehen verpflichten sich die Ver-

³⁷ VwGH 20.9.2018 Ra 2017/09/0001.

³⁸ Griss in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB² (2007) § 983 Rz 2.

³⁹ Vgl auch die wohl dislozierten Feststellungen im Zwischenurteil, S 58 (Hervorhebung hinzugefügt): "Es gibt bei diesem prämienfrei gestalteten Swap **keine Vorleistungspflicht**, sondern vielmehr wiederkehrende wechselseitige Zahlungsströme, die saldiert werden und so zu Auszahlungen an eine der beiden Swap-Vertragspartnerinnen führen. Er **verschaffte der Klägerin bei Abschluss auch keinen finanziellen Spielraum, vergleichbar einer Darlehensauszahlung**."

⁴⁰ Für viele Aichberger-Beig in: Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} § 983 Rz 3 (Stand 1.7.2016, rdb.at).

tragsparteien beim Swap aber wechselseitig zur Leistung eines nach jeweils unterschiedlichen Parametern bestimmten Zahlungsstromes. *"Wenn auch ein Darlehensvertrag unter einem bestimmten Verwendungszweck vereinbart werden kann, so ist doch die grundsätzliche Voraussetzung einer diesbezüglichen Qualifikation, dass eine Rückzahlung versprochen wird. Fehlt eine Rückzahlungsvereinbarung, so liegt allenfalls ein anderes Rechtsgeschäft vor."*⁴¹

- Bank- und kapitalmarktrechtlich stützt sich der Kredit- und Darlehensbegriff in § 1 Abs 1 Z 3 BWG auf das ABGB, und es gelten deshalb dieselben Wertungen.⁴² Das **BWG** kennt aber neben Darlehen noch eigens den **Swap als gesonderte Kategorie** (§ 1 Abs 1 Z 7 lit d BWG; diese Ziffer erfasst im Wesentlichen den Handel mit Wertpapieren und Derivaten). Eine ganz ähnliche ausdrückliche Unterscheidung findet sich auch in den Begriffsdefinitionen des WAG 2007 (§ 1 Z 3 lit b vs § 1 Z 6 lit d ff). Die österreichische **Rechtsordnung differenziert Darlehen und Swap** daher mehrfach.
- Selbst **Leasing-Geschäfte**, die wegen ihrer üblicherweise laufenden Ratenzahlung einem Darlehen von der Konstruktion her insoweit ähnlich sind, als sie einen Finanzierungszweck verfolgen,⁴³ unterlagen keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis nach § 76 StL 1992. Sie wurden insbesondere nicht als "Darlehen" verstanden, sondern waren – weil "Leasing", genau wie "Swap-Geschäfte" nicht ausdrücklich in § 76 StL 1992 genannt war – schlicht genehmigungsfrei.⁴⁴ Wieso man nun einen Swap der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht unterstellen sollte, weil eine Finanzierung notwendig werden könnte, während dies für Leasinggeschäfte, denen eine Finanzierungsfunktion inhärent ist, nicht der Fall ist, erschließt sich nicht.
- Dass aus dem Swap **Risiken** resultieren macht ihn daher auch nicht zum Darlehen.

Sowohl aus zivilrechtlicher als auch aus bank- und kapitalmarktrechtlicher Sicht gilt deshalb, dass ein Swap kein Darlehen ist (und umgekehrt). Rechtsvergleichend folgt übrigens auch aus der ganz einhelligen deutschen Lehre, dass die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht für Darlehen nicht auch bei Derivatgeschäften gilt.⁴⁵

Auch die **einzelnen Zahlungen** aus dem Swap an den Stichtagen sind aus den bereits genannten Gründen **kein Darlehen**:

- Während die im Zusammenhang mit einem Darlehen zu leistenden und somit geschuldeten (Rück-)Zahlungen im Wesentlichen bereits von Anfang an feststehen,

⁴¹ Vgl auch 5 Ob 52/11z; so auch *Aichberger-Beig* in: Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} § 983 Rz 12 (Stand 1.7.2016, rdb.at) und *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in: Dellinger (Hrsg), BWG⁸ § 1 Rz 42.

⁴² *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in: Dellinger (Hrsg), BWG⁸ § 1 Rz 39.

⁴³ *Schopper/Skarics* in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht² VII Rz 1/126 mwN.

⁴⁴ "Zur Klarstellung hält die Abteilung Gemeinden in ihrem Brief vom 26.8.2002 ... fest: "Die Statuten der Landeshauptstadt Linz ... enthalten keine dem § 106 Abs. 1 Z. 3 der Oö. Gemeindeordnung 1990 ... entsprechende Bestimmung. Der Abschluss von Immobilien-Leasingverträgen und von Leasing-ähnlichen Finanzierungsformen für Immobilien durch die oberösterreichischen Statutarstädte bedürfen daher nicht der aufsichtsbehördlichen Genehmigung", *Christ*, Formen und Rahmenbedingungen der kommunalen Investitionsfinanzierung, in KDZ (Hrsg), Kreditfinanzierung für Gemeinden (2003), 104.

⁴⁵ *Prokop/Borde*, Kommunales Finanzmanagement (2010) 159 und *Endler* in Zerey (Hrsg), Handbuch Finanzderivate (2010) 522 Rn 99 mwN.

ist dies bei einem Swap gerade nicht der Fall. Wie oben beschrieben, steht zu Beginn nicht einmal fest, wer von den beiden Kontrahenten im Ergebnis Zahler oder Zahlungsempfänger sein wird. Praktisch gesprochen steht deshalb am Anfang des Geschäfts nicht einmal fest, ob Stadt Linz überhaupt jemals Zahlungen aufgrund des Swap leisten wird müssen.

- Zahlungen aus einem Swap sind sofort fällig und die geschuldete Summe wird nicht kreditiert.⁴⁶ Selbst, wenn diese einzelnen Zahlungen fremdfinanziert würden, kann dadurch kein Darlehen zwischen den Parteien des Swap entstehen. Sonst wäre jede Zahlung aus einem Vertrag, die der Schuldner fremdfinanziert, als Darlehen zu betrachten. Die Genehmigungspflicht eines Vertrages kann zudem auch nicht davon abhängen, ob dann eine Partei Zahlungspflichten daraus fremdfinanziert. Eine Vereinbarung über eine solche Fremdfinanzierung kann zudem nicht nur mit der anderen Partei des Swap geschlossen werden, sondern mit jedem Dritten.
- Gleiches gilt auch für allfällige Zahlungen in Zusammenhang mit einer allfälligen Auflösung oder Restrukturierung des Swap. Dabei handelt es sich auch um keine Verpflichtung zur Rückzahlung eines hingegebenen Darlehens.

Dass es sich bei Swap-Geschäften (und auch beim konkreten Swap) um kein Darlehen handelt, hielt wie oben ausgeführt auch bereits der VwGH fest.⁴⁷ Das Erstgericht stimmte dieser Rechtsansicht zu (Zwischenurteil, S 58 ff). Der Swap ist also kein Darlehen und auch nicht einem Darlehen vergleichbar.

Der **Swap** (sowie einzelne Zahlungen aus dem Swap oder dessen Auflösungskosten) **kann** außerdem **nicht einer Bürgschaft oder einer sonstigen Haftung nach § 78 Abs 1 Z 3 StL gleichgehalten** werden, was auch das Erstgericht so sieht (die klagende Partei aber für möglich hält):

- Ein Bürge ist, wer sich zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verpflichtet, dass der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfüllt (§ 1346 Abs 1 ABGB). Der Bürge steht also für die Verbindlichkeit eines Dritten ein,⁴⁸ also für eine materiell fremde Schuld⁴⁹ und nicht für die eigene Schuld (was ohnehin selbstverständlich wäre).
- Sonstige Haftungen für eine materiell fremde Schuld sind insbesondere die Garantie und die Schuldübernahme.⁵⁰

Es geht in § 78 Abs 1 Z 3 StL also ausschließlich um Fälle der isolierten Haftungsübernahme einer fremden Schuld.⁵¹ Ganz anders liegt der Fall beim Swap. Stadt Linz versprach gerade

⁴⁶ *Aichberger-Beig* in: Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} § 983 Rz 5 (Stand 1.7.2016, rdb.at).

⁴⁷ VwGH 26.4.2016, Ro 2015/09/0014 und VwGH 20.9.2018 Ra 2017/09/0001.

⁴⁸ Für viele *Gamerith* in: Rummel (Hrsg), ABGB³ § 1346 Rz 1a (Stand 1.1.2002, rdb.at).

⁴⁹ *Gamerith* in: Rummel (Hrsg), ABGB³ § 1344 Rz 2 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

⁵⁰ Zur Abgrenzung näher *Bydlinski* in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB⁴ § 1344 *passim*; auch *Gamerith* in: Rummel (Hrsg), ABGB³ § 1344 Rz 2 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

⁵¹ Praktische Beispiele sind die Finanzierung städtischer Betriebe oder bestimmte Förderungen (wo der öffentliche Förderungsgeber, wie oft im Rahmen der Projekt- oder Unternehmensförderung üblich, statt einer direkten Förderung durch einen Geldbetrag die Haftung für ein Darlehen des Förderungswerbers bei einer Bank übernimmt und auf den Regress im Fall der Inanspruchnahme durch diese verzichtet).

nicht das Entstehen für eine fremde Schuld, sondern vereinbarte einen Austausch von Zahlungsströmen an den halbjährlichen Stichtagen, wobei es – der Natur des Geschäfts folgend – nicht von vornherein feststeht, welcher Vertragspartner Zahlungen in einer bestimmten Höhe zu leisten hat. Bereits deshalb sind weder der Swap noch die einzelnen Zahlungen aus dem Swap als Bürgschaft oder sonstige Haftung anzusehen.

Wieder **bestätigte auch der VwGH**⁵² diese Rechtsansicht und wieder stimmte dem auch das Erstgericht zu (Zwischenurteil, S 58 ff). Der Swap ist also auch keine "sonstige Haftung" oder einer solchen vergleichbar.

Schließlich handelt es sich beim Swap auch um keine "Modifikation" einer Anleihe, konkret der CHF-Anleihe. Die offenbar ebenfalls einzig von Stadt Linz vertretene gegenteilige Rechtsansicht entfernt sich sowohl von zivilrechtlichen als auch verwaltungsrechtlichen Grundsätzen: Die CHF-Anleihe blieb über die ganze Laufzeit des Swap unverändert. Der Swap griff weder in die CHF-Anleihe ein (das wäre bei unterschiedlichen Parteien auch gar nicht möglich gewesen), noch wurde die CHF-Anleihe anlässlich des Swap verändert. Tatsache ist: Zuerst begab Stadt Linz die CHF-Anleihe (Zwischenurteil, S 16) und dann schloss Stadt Linz den Swap (Zwischenurteil, S 24 f). Es handelt sich um zwei selbständige Geschäfte mit unterschiedlichen Parteien (Vertragspartner der CHF-Anleihe war die Kommunalkredit Austria AG, also nicht die BAWAG PSK; vgl Zwischenurteil, S 16). Die Rechtsansicht, dass der Swap die CHF-Anleihe "änderte", ist nach Ansicht der beklagten Partei absurd. Ähnlich sieht das offenbar auch das Erstgericht (Zwischenurteil, 60 f).

Zusammengefasst handelt es sich beim Swap weder um ein "Darlehen", noch um eine "Haftung" im Sinne des StL 1992 oder etwas Vergleichbares. Es handelt sich auch um keine "Modifikation" der Anleihe. Lehre und Rechtsprechung sind sich dabei einig. Das Erstgericht stimmt dabei zu und schreibt: "*Eine unmittelbare, aus der Natur des Geschäftes selbst entspringende Genehmigungspflicht ist daher aus Sicht des Gerichts als ausgeschlossen und denkunmöglich ... zu verneinen*". Die gegenteiligen Rechtsansichten der Stadt Linz sind unrichtig.

5. Swap unterlag auch sonst keinem Genehmigungserfordernis (Punkt II.A.1.c des Zwischenurteils)

5.1. Vorbemerkung

Aus all dem bisher Gesagten ergibt sich, dass auch ein Höchstgericht entschied, dass bei Swap-Geschäften (im Sinn der oben begehrten ergänzenden Feststellung: sogar bei *dem* verfahrensgegenständlichen Swap) kein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis besteht. Lehre und Rechtsprechung sind sich also einig, dass Swap-Geschäfte wie der Swap nach dem StL 1992 nicht genehmigungspflichtig waren, weil man sie weder als "Darlehen" noch als "Bürgschaft oder sonstige Haftung" sehen kann. Andere taxativ aufgezählten Genehmigungstatbestände scheiden sowieso aus. Eine Analogie⁵³ verbietet sich, wie das Erstgericht selbst festhält (wozu das Ergebnis einer Genehmigungspflicht im Widerspruch steht).

⁵² VwGH 26.4.2016, Ro 2015/09/0014.

⁵³ "Die Ausfüllung einer festgestellten Gesetzeslücke bzw Rechtslücke hat nach § 7 [ABGB] in erster Linie durch Analogieschluss (*argumentum a simili* [...]) zu erfolgen, [...], kraft dessen die Rechtsfolgen nach der Tatbestandsformulierung unmittelbar gar nicht passender Normen auf den ähnl Fall erstreckt werden. [...] Entweder wird – mit Hilfe der Auslegungsre-

Analogien sind im öffentlichen Recht wegen des strengen Legalitätsprinzips nur ganz ausnahmsweise zulässig. Voraussetzung dafür ist das Bestehen einer "echten", dh planwidrigen Rechtslücke. Da das öffentliche Recht, im Besonderen das Verwaltungsrecht, schon von der Zielsetzung her nur einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses zu regeln bestimmt ist, muss eine auftretende Rechtslücke in diesem Rechtsbereich im Zweifel als beabsichtigt angesehen werden. Eine durch Analogie zu schließende Lücke kommt nur dann ausnahmsweise in Betracht, wenn das Gesetz anders nicht vollziehbar wäre.⁵⁴ Daher verbietet sich eine Analogie im vorliegenden Fall. Es bestand zum Zeitpunkt des Abschlusses des verfahrensgegenständlichen Swap **keine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht**. Das war nicht planwidrig, sondern gesetzlich so geregelt und macht das StL 1992 auch nicht unvollziehbar. Deshalb kann hier mittels Analogie keine Genehmigungspflicht konstruiert werden.

Das alles – insbesondere auch samt der Rechtsauffassung, dass die Genehmigungstatbestände keiner Analogie zugänglich sind (Zwischenurteil, S 59 und S 63) – sieht auch das Erstgericht so. Hier könnten die Ausführungen also auch schon aufhören.

Trotz all dem zuvor Gesagten gelangt das Erstgericht aber mit einer überraschenden Wende zum Ergebnis, dass der Swap einem Genehmigungserfordernis unterlag. Weshalb, also konkret aufgrund welches Genehmigungstatbestands, schreibt das Erstgericht nicht. An keiner einzigen Stelle der entsprechenden Ausführungen im Zwischenurteil (S 65-70) wird eine konkrete Bestimmung zitiert, aus der sich ergeben soll, dass der Swap zu genehmigen gewesen wäre.

Und obwohl das Erstgericht nur wenige Seiten zuvor noch schreibt, dass "*die verfassungsrechtlich abgesicherte Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden ... nach Meinung des Gerichts schwammige und für niemanden vorhersehbare Ausdehnungen der aufsichtsbehördlichen Kompetenzen*" ausschließt und die Nichtbeachtung von Gefahren durch Derivate bei den genehmigungspflichtigen Tatbeständen vor der Finanzkrise "*aber nicht dazu [führt], dass eine gewollte oder fahrlässige Untätigkeit des Landesgesetzgebers durch nachträgliche Analogieschlüsse saniert werden könnte*" (Zwischenurteil, S 62), begründet es die Genehmigungspflicht in der Folge damit, dass – auf den Punkt gebracht – der Swap deshalb genehmigungspflichtig sein müsse, weil alles andere dem Zweck der Genehmigungspflicht überhaupt widerspräche. Weil eine Finanzierung, die die Schwellenwerte übersteigt nötig werden könnte, ergäbe sich eine Genehmigungspflicht für das Grundgeschäft (also den Swap; Zwischenurteil, S 67). Abgesehen davon, dass das – wie schon oben anhand der Judikatur des VwGH gezeigt und wie gleich näher ausgeführt wird – unrichtig ist, handelt es sich dabei auch um genau jene

geln – die ratio legis, soweit im vorliegenden Zusammenhang nötig, ermittelt u festgestellt, dass sie sich auf den zu beurteilenden Fall erstreckt. Oder es wird gezeigt, dass die Sachverhaltsunterschiede zwischen dem geregelten u dem zu beurteilenden Fall nach den erkennbaren rechtl Wertmaßstäben jedenfalls bedeutungslos sind.", Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 7 ABGB Rz 36 f. Vgl auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre⁹ (2016) Rz 888 ff "Analogie" nennt man die Anwendung einer Rechtsnorm mit anderen Tatbestandsvoraussetzungen auf einen ähnlichen, ungeregelten Sachverhalt. Der Rechtsanwender geht dabei von der Annahme aus, die zu entscheidende Interessenlage sei der gesetzlich geregelten so ähnlich, dass die Gesetzgebung die getroffene Regelung auch für den ungeregelten Sachverhalt vorsehen würde. Nachweise jeweils mwN.

⁵⁴ VwGH 8.9.1998, 96/08/0207, in dem hier die Zulässigkeit der Analogie **verneint** wurde: "Eine analoge Anwendung des § 16 Abs1 AIVG auf einen Zeitraum, in dem eine aufrechte Ehe bestanden und das Einkommen der Ehegattin den Notstandshilfebezug ausgeschlossen hat, scheidet aus, weil die Schließung von vermeintlichen Rechtslücken per Analogie jedenfalls in Fällen unzulässig ist, in denen aus dem Gesetz zu erkennen ist, daß bestimmte Rechtswirkungen nur dem gesetzlich umschriebenen Tatbestand zukommen sollen (Hinweis E 30.9.1994, 93/08/0254; zu dem in der Beschwerde angestellten Vergleich von Haftentlassenen mit Geschiedenen genügt es, auf die unterschiedliche soziale und wirtschaftliche Situation beider Personengruppen hinzuweisen)." Siehe auch VwGH Ro 2019/19/0006. Die Zulässigkeit einer Analogie **verneinend** sieh auch jüngst VwGH Ra 2020/12/0001.

unzulässige (analoge) Ausdehnung der Genehmigungspflicht, die das Erstgericht eigentlich nicht vertreten will.

Im Einzelnen:

5.2. Verfassungsrecht gebietet restriktive Auslegung von Genehmigungstatbeständen

Ein allfälliges Genehmigungserfordernis könnte sich überhaupt nur aus § 78 StL 1992 ergeben. Das scheint auch das Erstgericht so zu sehen, weil es auf den Seiten 67 bis 70 des Zwischenurteils immer nur § 78 StL 1992 (und keine andere Bestimmung) in diesem Zusammenhang zitiert.

Bei der Auslegung des § 78 StL 1992 ist die verfassungsrechtliche Grundlage dieser Bestimmung in Betracht zu ziehen. Diese verfassungsrechtliche Grundlage findet sich in Art 119a Abs 8 B-VG. Der hier relevante erste Satz dieser Bestimmung lautet (Hervorhebung hinzugefügt): "**Einzelne** von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich zu treffende Maßnahmen, durch die auch überörtliche Interessen im besonderen Maß berührt werden, insbesondere solche von besonderer finanzieller Bedeutung, können durch die zuständige Gesetzgebung an eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde gebunden werden."

Bei der Auslegung dieser Bestimmung ist zunächst zu beachten, dass diese Verfassungsbestimmung dem zuständigen Gesetzgeber klare Grenzen hinsichtlich der Normierung von aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalten setzt – im vorliegenden Fall für den Landesgesetzgeber. Dies kommt schon dadurch zum Ausdruck, dass explizit nur von einzelnen Maßnahmen gesprochen wird, wodurch sich pauschale Genehmigungsvorbehalte verbieten. Der Grund dafür liegt zunächst in der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Autonomie der Gemeinden als Selbstverwaltungskörper (Art 115 ff B-VG). Die Ortsgemeinde ist dabei der Idealtypus der (territorialen) Selbstverwaltung, wonach aufgrund des Subsidiaritätsprinzips lokale Aufgaben auch lokal durch die Gemeinden besorgt werden sollen. Die Gemeindeautonomie äußert sich insbesondere darin, dass die Gemeinden einen eigenen Wirkungsbereich haben, in dem sie weisungsfrei (aber eingeschränkt beaufsichtigt) sind (Art 118 Abs 4 B-VG); die Tätigkeit als selbständiger Wirtschaftskörper (Art 116 Abs 2 iVm Art 118 Abs 2 B-VG) gehört zum weisungsfreien eigenen Wirkungsbereich.

Genehmigungsvorbehalte der Aufsichtsbehörde beschränken die Gemeindeautonomie, weil sie letztlich Kontrollrechte im weisungsfreien eigenen Wirkungsbereich normieren. Sie sollen die Gemeindeautonomie nicht unsachlich aushöhlen, weshalb der Landesgesetzgeber mit ihnen – entsprechend dem Verfassungsauftrag – sparsam umzugehen hat. Da Rechtsvorschriften im Zweifel verfassungskonform zu interpretieren sind, muss bei der Auslegung des § 78 StL 1992 die zitierte Verfassungsbestimmung berücksichtigt werden. Im Zweifel darf diese Auslegung nicht zu einem Ergebnis führen, das die einfachgesetzliche Bestimmung als verfassungswidrig erscheinen lässt. Das Verfassungsrecht gebietet sohin nach einhelliger Auffassung eine restriktive Auslegung von aufsichtsbehördlichen Genehmigungstatbeständen:

Die staatliche Gemeindeaufsicht darf in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde nur insoweit eingreifen, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufsichtszwecke unbedingt erforderlich ist. Von mehreren in Betracht

kommenden Aufsichtsinstrumenten ist das gelindeste, noch hinreichende Instrument einzusetzen.⁵⁵ Die – verfassungsrechtlich garantierte – Eigenverantwortlichkeit (die verfassungsgesetzlich garantierte Selbstverwaltung) der Gemeinde soll so wenig wie möglich berührt werden.⁵⁶

Deshalb sind auch Aufsichtsmittel auch unter möglichster Schonung erworbener Rechte Dritter, wie Vertragspartnern, zu handhaben.⁵⁷ Dies schon deshalb, weil eine extensive Auslegung dazu führen würde, dass Dritte **erheblichen Unsicherheiten im Geschäftsverkehr** mit Gemeinden ausgesetzt wären.⁵⁸ Es sind daher klare Regelungen nötig, aus denen Dritte einfach beurteilen können, ob ein Geschäft wirksam ist oder nicht. Dies gilt sowohl in der Hoheits- als auch in der hier relevanten Privatwirtschaftsverwaltung.

Da auch die Ausübung der Gemeindeaufsicht an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebunden ist, darf die Aufsichtsbehörde nur im Rahmen der ihr gesetzlich ausdrücklich eingeräumten Befugnisse von ihrem Aufsichtsrecht Gebrauch machen.⁵⁹ Aus der Geltung des Legalitätsprinzips resultiert, dass die Regelung der Aufsichtsinstrumente in den einfachgesetzlichen Gemeindeaufsichtsvorschriften und Stadtstatuten notwendiger Weise taxativ angelegt und im Zweifel im Sinn der Gemeindefreiheit, also eng, auszulegen und zu handhaben sind.⁶⁰ Eine analoge Erweiterung von Aufsichtsbefugnissen ist nach Lehre und Rechtsprechung ausgeschlossen; vielmehr ist eine restriktive Interpretation – wie im öffentlichen Recht ganz allgemein, wegen der Gemeindeautonomie aber noch "schärfer" – geboten.⁶¹

In diesem Sinn entschied der VwGH zur ausdehnenden Anwendung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht (Hervorhebungen hinzugefügt): *"Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht einer Verordnung, mit welcher, so wie hier, nur das örtliche Entwicklungskonzept geändert wird, ist nach dem Wortlaut des ROG nicht vorgesehen. Eine **ausdehnende Auslegung dieser Bestimmung verbietet sich schon mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlich garantierte Gemeindeautonomie, zumal ein Genehmigungsvorbehalt nach Art. 119a B-VG die Ausnahme und nicht die Regel darstellt.**"*⁶²

Genehmigungsvorbehalte sind auch deshalb eng, das heißt im Sinn der Gemeindeautonomie auszulegen, weil die Bindung von Entscheidungen und Verfügungen der Gemeindeorgane an eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde das Aufsichtsmittel mit der größten Eingriffsintensität ist und die Gefahr besteht, dass sich weit interpretierte Genehmigungsvorbehalte – insbesondere im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung – zu einer Bevormundung der Gemeinde auswachsen, die nicht erforderlich und – wie dargetan – wegen der Gemeindeautonomie und der daraus resultierenden Weisungsfreiheit im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde verfassungsrechtlich nicht zulässig ist.⁶³

⁵⁵ Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 459; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 393; Hauer, Gemeindeaufsicht, in: Pabel (Hrsg), Das Österreichische Gemeinderecht (2014) Rz 29; VwGH 9.6.2010, 2006/17/0150; vgl auch VfSlg 3632/1959.

⁵⁶ Berchthold, Gemeindeaufsicht (1972) 42 f.

⁵⁷ Berchthold, Gemeindeaufsicht (1972) 43.

⁵⁸ Insbesondere N. Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (71).

⁵⁹ Berchthold, Gemeindeaufsicht (1972) 34.

⁶⁰ Hauer, Gemeindeaufsicht, in: Pabel (Hrsg), Das Österreichische Gemeinderecht (2014) Rz 31.

⁶¹ Weber, Die Haftung des Bürgermeisters: Öffentlichrechtliche Aspekte, in: Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg), Die Haftung von Bürgermeistern und Gemeindeorganen (2010) 68.

⁶² VwGH 22.11.2005, 2004/05/0300.

⁶³ Berchthold, Gemeindeaufsicht (1972) 97.

Dies gilt insbesondere für große Statutarstädte wie Stadt Linz. Sie genießen wegen ihrer Größe (Art 116 Abs 3 B-VG) eine Sonderstellung, weil sie neben ihrer Stellung als (Stadt-)Gemeinde auch Bezirksverwaltungsbehörde sind. Sie unterliegen nicht dem allgemeinen Gemeinderecht (Gemeindeordnungen) der Länder, sondern verfügen über ein eigenes Stadtstatut, das ihrer Größe und Stellung entsprechend Rechnung trägt. Dies schließt eine interpretative Ausdehnung von in Stadtstatuten – wie im StL 1992 – enthaltenen Genehmigungstatbeständen aus.⁶⁴ Von Statutarstädten darf aufgrund ihrer politischen Funktion, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihres umfangreichen Behördenapparats und ihrer hohen Einwohnerzahl ein hohes Maß an Professionalität erwartet werden, die sie in die Lage versetzt, zum größten Teil selbstverantwortlich und ohne "Vorabkontrolle" zu handeln. Besondere Genehmigungserfordernisse von Stellen, die nicht mehr der Stadt selbst zuzuordnen sind, bilden deshalb die absolute Ausnahme und sind außer in den abschließend aufgezählten und eng auszulegenden Fällen nicht vorgesehen. Darauf dürfen auch alle Marktteilnehmer vertrauen.⁶⁵

Aufgrund von Art 119a Abs 8 B-VG dürfen nur "einzelne" im eigenen Wirkungsbereich zu treffende Maßnahmen der Gemeinde, durch welche auch überörtliche Interessen in besonderem Maß berührt werden, an eine aufsichtsbehördliche Genehmigung gebunden werden.⁶⁶ Diese einzelnen Maßnahmen sind durch den Gesetzgeber abstrakt zu umschreiben, müssen aber präzise abgegrenzt werden, weil eine Genehmigungspflicht "*nach Art 119 a B-VG die Ausnahme und nicht die Regel darstellt*".⁶⁷ Dies zwingt den Gesetzgeber zu einer präzisen Abgrenzung und zu einer möglichst engen Umschreibung der Genehmigungsfälle, die den Ausnahmefall bilden müssen.⁶⁸ Die einem Genehmigungsvorbehalt unterliegenden gemeindlichen Maßnahmen sind daher eng auszulegen.⁶⁹ Dass an die Zulässigkeit von Genehmigungsvorbehalten "*strenge Maßstäbe anzulegen sind, und dass insbesondere für eine weite Auslegung des Art 119 a Abs 8 B-VG im Zweifel kein Raum ist*", hat *Berchtold* in einer umfangreichen Studie zur Gemeindeaufsicht bereits im Jahr 1972 festgehalten.⁷⁰ Auch im Praktikerkommentar zur burgenländischen Gemeindeordnung 2003 wird von *Fasching/Weikovics*⁷¹ diese Auffassung vertreten. Eine ausdehnende Anwendung würde zudem zu verfassungswidrigen Kompetenzverschiebungen führen. *Kahl* weist in seiner Kommentierung des Art 119a Abs 8 B-VG außerdem ausdrücklich darauf hin, dass es nicht zulässig wäre, den Genehmigungsvorbehalt "für künftige Maßnahmen" vorzusehen.⁷²

Zusammengefasst ist somit festzuhalten: Eine Analyse der bisherigen Lehre und Judikatur zur Auslegung des Art 119a Abs 8 B-VG führt zum eindeutigen Ergebnis, dass der zuständige Gesetzgeber nur einzelne Genehmigungstatbestände einführen kann, die er präzise zu umschreiben hat, und dass eine extensive Interpretation dieser Bestimmung nicht zulässig ist.

⁶⁴ *Potacs*, Aufsicht über Gemeinden, in: Rebhahn (Hrsg), Beiträge zum Kärntner Gemeinderecht (1998) 136 ff, insbesondere 137.

⁶⁵ Das Vertrauen war im konkreten Fall der Stadt Linz außerdem auch berechtigt, weil die Stadt Linz ein "*Vertragspartner auf Augenhöhe*" war: vgl Schriftsatz der BAWAG PSK vom 5.12.2016 (ON 452), Punkt 2.5.

⁶⁶ *Berchtold*, Gemeindeaufsicht (1972) 104 ff; *Hauer*, Gemeindeaufsicht, in: Pabel (Hrsg), Das Österreichische Gemeinderecht (2014) Rz 140 ff.

⁶⁷ VwGH 22.11.2005, 2004/05/0300; *Hauer*, Rz 224 zu Gemeindeaufsicht in *Pabel* [Hrsg] Das österreichische Gemeinderecht² [2013].

⁶⁸ VwGH 22.11.2005, 2004/05/0300.

⁶⁹ *Berchtold*, Gemeindeaufsicht (1972) 104; *Gallant*, Genehmigungsvorbehalt, in *Fröhler/Oberndorfer* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (1983) 8.

⁷⁰ *Berchtold*, Gemeindeaufsicht [1972] 104

⁷¹ *Fasching/Weikovics*, Burgenländische Gemeindeordnung 2003² [208] 499, Rz 2 zu § 87 Abs 1 Burgenländische Gemeindeordnung 2003

⁷² *Kahl*, Rz 53 zu Art 119 a B-VG in *Kneihls/Linbacher* [Hrsg] Bundesverfassungsrecht

Dies vor allem deshalb, weil eine Genehmigungspflicht von Maßnahmen im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde einen erheblichen Eingriff in das Recht der Selbstverwaltung darstellt.

Theoretisch sieht das, wie oben zitiert, übrigens auch das Erstgericht so (Zwischenurteil, S 62). Praktisch verkehrt es diesen Grundsatz dann aber ins Gegenteil, indem es – entgegen dem eindeutigen Wortlaut von § 78 StL 1992 – ein Genehmigungserfordernis für den Swap annimmt, für den es im StL 1992 eben keinen hinreichend präzisen Genehmigungstatbestand gibt. Das vom Erstgericht konstruierte Genehmigungserfordernis widerspricht insbesondere auch dem historischen, systematischen und teleologischen Hintergrund des § 78 StL 1992, wie gleich gezeigt wird.

5.3. Historisch, systematisch und teleologisch: Keine Genehmigungspflicht

Die Wortinterpretation ergibt also – wie oben – gezeigt, dass der Swap (oder ein Swap) nicht genehmigungspflichtig war. Lehre, Rechtsprechung und Erstgericht kommen wie ebenfalls oben gezeigt zum selben Ergebnis.

Neben der Wortinterpretation, führt auch eine **historische, systematische und teleologische Interpretation** zum gleichen Ergebnis:

- **Historisch** standen § 78 Abs 1 Z 2 und Z 3 StL 1992 in engem Zusammenhang mit den Zuständigkeiten des Gemeinderats in § 46 StL 1992. Diese umfassen nicht nur die Aufnahme und Gewährung von Darlehen oder die Leistung von Bürgschaften ab einem bestimmten Betrag,⁷³ sondern zB auch den Erwerb und die Veräußerung von Wertpapieren,⁷⁴ den Abschluss und die Auflösung sonstiger Verträge,⁷⁵ die Gewährung von Subventionen⁷⁶ und die gänzliche oder teilweise Abschreibung (Nachsicht von Forderungen).

Der historische Gesetzgeber unterschied also deutlich zwischen einer Vielzahl von privatrechtlichen Geschäften. Nur ein Teil dieser Geschäfte unterlag aber auch der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht. Der Swap fiel ausdrücklich nicht darunter, zB wurde weder der Erwerb von Wertpapieren (auch kein Swap, aber einem Swap immerhin näher als das "Darlehen" oder die "Haftung") noch der Aufgangtatbestand der "sonstigen" Verträge unter Genehmigungsvorbehalt gestellt.

Dies ist insofern bemerkenswert, als Wertpapiere auch zu (durchaus hohen) Verlusten führen können. Insbesondere können auch manche Derivate in Wertpapierform verbrieft werden. Seit langem gängig sind bekanntlich beispielsweise Optionsscheine auf Aktien, wo die Gegenpartei, wenn die Option durch den Berechtigten ausgeübt wird, die Aktien entweder abnehmen muss oder aber Aktien verkaufen muss, wobei das Geschäft idR dadurch erfüllt wird, dass die Differenz zwischen Optionspreis und Marktpreis bezahlt wird (statt die Aktien zu liefern). Dennoch war keine aufsichtsbehördliche Genehmigung vorgesehen.

⁷³ § 46 Abs 1 Z 9 StL.

⁷⁴ Z 11 *leg cit.*

⁷⁵ Z 12 *leg cit.*

⁷⁶ Z 14 *leg cit.*

Ein weiteres Beispiel ist die Durchführung von Bauvorhaben, wobei die "veranschlagten" Kosten EUR 100.000 übersteigen.⁷⁷ Der Gemeinderat der Stadt Linz müsste etwa nach § 46 Abs 1 Z 10 StL 1992 die Durchführung eines Bauvorhabens genehmigen, weil die veranschlagten Gesamtkosten den Betrag von EUR 100.000 übersteigen. Damit erfolgt die Ermächtigung, den entsprechenden Vertrag zu schließen. Unabhängig davon hat die Stadt im Voranschlag dafür vorzukehren, dass die entsprechenden Gelder für den Bau bereitgestellt werden – also insbesondere durch vorhandene Mittel oder eine Finanzierung –, was aber rein im Innenverhältnis relevant ist.⁷⁸ Bekanntlich werden bei Bauvorhaben im kommunalen Bereich die veranschlagten Kosten nicht selten überschritten, wobei die Höhe aber zunächst unklar bleibt (man denke in jüngerer Zeit nur an das Wiener "Krankenhaus Nord").

Der Logik des Erstgerichts folgend müsste der Vertragspartner einer Gemeinde dann aber bei Abschluss (zB) des Generalunternehmervertrages überlegen, ob die Gemeinde bei solchen "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" möglichen Kostenüberschreitungen eine Finanzierung aufnehmen müsste, die Bewilligungsschwellen überschreitet, weil er sonst das Risiko hat, dass sein mit der Gemeinde geschlossener (und vom Gemeinderat genehmigter) Vertrag, wegen einer fehlenden aufsichtsbehördlichen Genehmigung unwirksam wird (auch wenn diese auf äußere Umstände, wie zB Planungsfehler Dritter, eine inflations- oder wechselkursbedingte Verteuerung der Baumaterialien, ungewöhnliche Witterungsbedingungen etc zurückzuführen sind).

Das Gegenteil ist der Fall: Würde sich in weiterer Folge herausstellen, dass die Baukosten den genehmigten Rahmen erheblich übersteigen, dann wird der geschlossene Bauwerkvertrag nicht ungültig. Selbst wenn der Gemeinderat keinen Nachtragsvoranschlag gemäß § 54 StL 1992 beschließen würde, könnte die fehlende budgetäre Ermächtigung im Innenverhältnis den außenwirksamen Vertrag nicht (nachträglich) beseitigen.⁷⁹

Alles andere würde dem **verfassungs- und zivilrechtlichen Vertrauensschutz diametral widersprechen** und würde zu einer untragbaren Situation für Vertragspartner einer Kommune führen. Warum sollte das im konkreten Fall anders sein?

Der GRB 2004 bringt zum einen in inhaltlicher Hinsicht einen Willensentschluss des Kollegialorgans Gemeinderat zum Ausdruck und spricht aus zivilrechtlicher Sicht eine Ermächtigung zum Abschluss bestimmter Geschäfte aus; zum anderen ist er die "finanzgesetzliche Grundlage", die im Innenverhältnis erforderlich ist, um mit der Beschlussabwicklung verbundene gebarungsrechtliche Akte durchführen zu können. Und selbst wenn das nicht der Fall wäre, dann kann die Notwendigkeit eines Nachtragsbudget nicht zur Ungültigkeit des Grundgeschäfts führen.⁸⁰

⁷⁷ Z 10 *leg cit.*

⁷⁸ Siehe dazu näher Punkt B.II.3.2.3.1.

⁷⁹ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 205 f.

⁸⁰ Vgl dazu auch unten Punkt B.II.3.2.3.

Anzumerken ist auch, dass – da Geld kein "Mascherl" hat – für den **Vertragspartner** einer Gemeinde gar **nicht ersichtlich** ist, ob nun die Mittel für seinen Vertrag aus eigenen Mitteln der Gemeinde stammen oder aus einer Finanzierung. Die Gemeinde finanziert nicht jedes Geschäft zwingend einzeln, sondern kann auch nur allgemein den Überhang der Ausgaben über die Einnahmen (insbesondere aus Kommunalabgaben, dem Finanzausgleich und der privatwirtschaftlichen Tätigkeit, wie Einnahmen aus oder dem Verkauf von Liegenschaften oder Beteiligungen) finanzieren. Schon deshalb ist die **Verknüpfung des Grundgeschäfts und seiner Finanzierung unzulässig**.⁸¹

Nach Meinung des Erstgerichts soll die aus seiner Sicht erforderliche Finanzierung hingegen auf die Genehmigung des Grundgeschäfts durch die Aufsichtsbehörde durchschlagen. Das würde dann aber de facto die vom Gesetzgeber gewollte Unterscheidung zwischen den Zuständigkeiten des Gemeinderats in § 46 StL 1992 und der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht nach § 78 StL 1992 aufheben.

Es gibt allerdings keinerlei Hinweis, dass dies die Intention des Gesetzgebers gewesen wäre, da er dann einen entsprechenden Tatbestand in § 78 StL 1992 hätte aufnehmen können. Vor diesem Hintergrund der obigen verfassungsrechtlichen Grenzen kann man einen solchen jedenfalls nicht einfach in das Gesetz (per Analogie oder sonst wie) hineininterpretieren.

- Es entsprach auch der **Praxis**, in solchen Fällen **keine Genehmigung für Swaps** einzuholen. Das Erstgericht traf in diesem Zusammenhang unrichtigerweise keine Feststellungen zum praktischen Umgang mit Swap-Geschäften und der Genehmigungspflicht ex ante. Aus den bisherigen Beweisergebnissen ergibt sich allerdings folgendes:

- *Ex ante* ist aus der Praxis bekannt, dass mit Kommunen geschlossene Derivatgeschäfte wie der Swap **nie von einer Aufsichtsbehörde genehmigt** werden musste. Die Aufsichtsbehörden hießen solche Geschäfte sogar ausdrücklich gut und empfahlen diese aktiv.

Dies sagte zusammengefasst der Bankfachmann [REDACTED] [REDACTED] der spezialisiert auf Geschäfte mit Kommunen war, in seiner Einvernahme aus: "*Grundsätzlich gibt es ja hinsichtlich der Genehmigungserfordernisse entsprechende Regelungen in den Gemeindeordnungen. Soweit ich mich jetzt aber erinnern kann, gab es in keiner einzigen Gemeindeordnung eine Regelung, die sich mit Derivaten beschäftigt hätte. Zumindest könnte ich mich nicht an eine erinnern. ... Die Lage war so, dass sowohl das Statut der Stadt Linz als auch die Oberösterreichische Gemeindeordnung konkret vorgesehen haben, welche Geschäfte genehmigungspflichtig sind und solche Derivatgeschäfte waren nicht angeführt. Ich kann übrigens sagen, dass das auch in den anderen Bundesländern nicht der Fall gewesen ist. Was jetzt den Umgang in der Praxis damit betrifft, so kann ich sagen, dass wir immer wieder Anfragen zu Swaps gehabt haben aus verschiedensten Ecken und*

⁸¹ Zur finanziellen Situation der Stadt Linz siehe die Beweisrüge unter C.II.20.6.

immer wieder transportiert wurde, dass man Rücksprache gehalten habe mit der Gemeindeaufsicht und dass diese diese Geschäfte gutgeheißen und teilweise sogar empfohlen haben. Es wurde uns auch immer wieder über Kommunikation berichtet, dass die Gemeindeaufsichtsbehörden die Swaps für in Ordnung befunden haben und auch keine Genehmigungspflicht urgieren worden wäre ... mir ist kein einziger Fall bekannt bzw. gab es keinen einzigen solchen Fall, bei dem ex ante hinsichtlich einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht von einer potentiellen Zahlungspflicht oder von einer potentiellen Wertentwicklung ausgegangen wurde als heranzuziehender Wert für die Prüfung einer Genehmigungspflicht. Dies aus meiner Sicht aus zwei Gründen: einerseits, weil es eben gesetzlich gar nicht vorgesehen war und andererseits auch, weil sich der Gesetzgeber dabei aus meiner Sicht durchaus etwas gedacht hat, weil Derartiges in der Praxis auch gar nicht durchführbar wäre".⁸²

- **Das Land Oberösterreich** ging als für Stadt Linz zuständige Aufsichtsbehörde *ex ante* nicht von einer Genehmigungspflicht bei Derivatgeschäften aus.

■■■■■ ■■■■■ Leiter der Direktion Inneres und Kommunales beim Land Oberösterreich, sagte den Oberösterreichischen Nachrichten noch am 12.7.2011, dass Swap-Geschäfte dieser Art (gemeint: wie der Swap) nicht vom Land genehmigt werden müssen.⁸³ Auch der **Landesrechnungshof Oberösterreich** hielt in seiner Sonderprüfung fest, dass **die zuständige Aufsichtsbehörde** "bisher", also zumindest bis zur Beendigung des Swap, **keine Genehmigungspflicht sah**.⁸⁴ Dazu passt, dass auch *ex ante* auch tatsächlich niemand – weder Kommunen noch deren Aufsichtsbehörden – Wahrscheinlichkeitsberechnungen über mögliche Entwicklungen von Finanzgeschäften angestellt haben. Dies bestätigten auch die Gerichtssachverständigen (siehe dazu die ergänzenden Feststellungen gleich unten).

Auch **Mag ■■■■■ selbst und sämtliche anderen zuständigen Personen in der Stadtverwaltung** der Stadt Linz gingen *ex ante* nicht von einer Genehmigungspflicht bei Derivaten aus. Die entsprechenden Aussagen des Beschuldigten im Disziplinarverfahren (im Sinn der oben begehrt ergänzenden Feststellung handelte es sich bei diesen Verfahren um solche gegen Mag ■■■■■ vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich werden von diesem Gericht wie folgt wiedergegeben: "**Auch innerhalb der Stadt Linz seien lange Zeit sämtliche damit befassten Stellen der Auffassung gewesen, dass keine zusätzlichen Genehmigungen erforderlich wären.**"⁸⁵

BAWAG PSK begehrt daher die folgenden drei ergänzenden Feststellungen:

⁸² Protokoll 10.4.2019, S 4 f: ZV Mag ■■■■■ ■■■■■
⁸³ Beilage ./47.
⁸⁴ Beilage ./199, S 42 (PDF-Seite 49).
⁸⁵ LVwG Oberösterreich 6.8.2015, LVwG900000/31/SE.

Ex ante ist aus der Praxis bekannt, dass mit Kommunen geschlossene Derivatgeschäfte wie der Swap nie von einer Aufsichtsbehörde genehmigt werden mussten. Die Aufsichtsbehörden hießen solche Geschäfte sogar ausdrücklich gut und empfahlen diese aktiv.

Das Land Oberösterreich ging als für Stadt Linz zuständige Aufsichtsbehörde *ex ante* nicht von einer Genehmigungspflicht bei Derivatgeschäften aus.

Auch Mag [REDACTED] selbst und sämtliche anderen zuständigen Personen in der Stadtverwaltung der Stadt Linz gingen *ex ante* nicht von einer Genehmigungspflicht bei Derivaten aus.

Die Feststellungen sind aufgrund der oben genannten Beweisergebnisse erwiesen.

Die Feststellungen sind relevant, weil das *ex ante* Verständnis der Genehmigungserfordernisse der beteiligten Personen, also der Stadt Linz auf der einen und dem Land Oberösterreich auf der anderen Seite, ein Indiz dafür ist, wie die Genehmigungserfordernisse historisch, das heißt insbesondere ohne Rückschaufehler, zu verstehen waren.

Selbst die Gerichtssachverständigen schreiben, dass die Vorstellung des Erstgerichts, für die **Prüfung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung seien wie vom Erstgericht beauftragte Wahrscheinlichkeitsrechnungen angestellt worden, unrichtig** ist. Im Gegenteil, solche Rechnungen waren *ex ante* unüblich:

Die Gerichtssachverständigen halten zu den Wahrscheinlichkeitsrechnungen, welche das Erstgericht seinem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu Grunde legt, fest: "*Abschließend sei bemerkt, dass uns kein einziger Fall bekannt ist, in dem eine derartige umfassende Optimierungsprüfung wirklich auch nur im Ansatz durchgeführt wurde, weder auf Seiten einer Bank, noch auf Seiten von Bankkunden.*"⁸⁶

Das bestätigt aus "Praktikersicht" konkret für Stadt Linz auch Dr [REDACTED] der Vorgänger von Mag [REDACTED] als Finanzdirektor. Dieser sagte aus, dass noch im Jahr 2002 eine Anleihe in Höhe von CHF 60 Millionen auch genau im Umfang von CHF 60 Millionen zur Genehmigung vorgelegt und schließlich genehmigt wurde. Berechnungen, insbesondere solche unter Berücksichtigung eines Fremdwährungsrisikos, wurden dabei gerade nicht angestellt. Schon gar nicht wurden Worst-Case-Rechnungen angestellt, obwohl grundsätzlich auch bei einer schlichten Anleihe in CHF – wie auch die Sachverständigen festhalten⁸⁷ – ein unbeschränktes Risiko in EUR besteht.⁸⁸

BAWAG PSK beantragt daher die ergänzende Feststellung:

⁸⁶ EGA, S 39.

⁸⁷ Siehe C.II.14.

⁸⁸ Protokoll 12.4.2019, S 6.

Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap wurden die von den Gerichtssachverständigen durchgeführten Wahrscheinlichkeitsrechnungen weder von Banken noch von Kunden auch nur im Ansatz durchgeführt.

Die Feststellung ist relevant, weil das Erstgericht diese Berechnungen offenbar seiner Auffassung zum "gewöhnlichen Lauf der Dinge" zugrunde legt, auf die es die Begründung der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht stützt.

- Das obige Auslegungsergebnis bestätigt auch ein vergleichender Blick auf die **historische Entwicklung** des Gemeindeaufsichtsrechts im Allgemeinen:

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

So führten etwa die meisten Bundesländer Genehmigungspflichten für bestimmte Formen des Leasings ein. Sie gingen dabei jedoch unterschiedlich vor: Während Salzburg bereits bestimmte Vorverträge betreffend Immobilien erfasste, beschränkten sich Tirol, Kärnten und Vorarlberg auf Leasingverträge über unbewegliche Sachen. Niederösterreich entschied sich hingegen im Jahr 1999 für die Einführung einer Generalklausel betreffend die "*Begründung einer Zahlungsverpflichtung, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommt (z.B. durch einen Leasingvertrag)*" (§ 90 Abs 1 Z 4 NÖ GO idF LGBl 1000-10), und auch die Steiermark beschritt diesen Weg. Andere Bundesländer taten das nicht, und wieder andere wie Oberösterreich führten für Gemeinden eine Genehmigungspflicht ein und sahen für Statutarstädte davon ab (was dem oben dargestellten Umstand Rechnung trägt, dass bei Statutarstädten ein besonders strenger Maßstab an Einschränkungen der Gemeindefreiheit anzulegen ist).

Bei derivativen Finanzinstrumenten war die Ausgangssituation etwas anders: Grundsätzlich wurde aus dem verfassungsrechtlichen **Effizienzgebot** eine Verpflichtung aller Gebietskörperschaften abgeleitet, sich solcher **Derivate "zur aktiven Kreditbewirtschaftung zwecks Senkung der Zinskosten" zu bedienen**.⁸⁹ Der Einsatz von Derivaten war also nicht nur erlaubt, sondern konnte rechtlich sogar geboten gewesen sein. Kurz nach Ausbruch der Finanzkrise führten das Burgenland und Niederösterreich Regelungen ein, die die Gemeinden zur Risikovermeidung und zur Risikobewertung verpflichteten; gleichzeitig verzichteten diese Bundesländer aber bewusst auf die Einführung eines Genehmigungstatbestands für die einschlägigen Verträge. Anders als das Erstgericht vermeint, ist eine Genehmigungspflicht daher keineswegs zwingend, sondern wurde nur im Einzelnen in

⁸⁹ Holoubek/Prändl, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatengeschäfte, in: Böck ua [Hrsg.], Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand [2005] 200 ([223]).

manchen Bundesländern differenziert und ausdrücklich eingeführt. Zu einer solchen Regelung rangen sich – allerdings erheblich später – im Jahr 2012 eben Oberösterreich (LGBl 2012/1) sowie auch Salzburg (vgl § 85 Abs 1 Z 8 GemO idF LGBl 2012/55) durch.

Es verbietet sich schon aus kompetenzrechtlichen Gründen, diese in den Landtagen eingehend diskutierten, differenziert ansetzenden Regelungen der Bundesländer durch analoge Anwendung des Darlehenstatbestandes zu überspielen und sie durch die weit hergeholte, nachträgliche Konstruktion einer – nicht existierenden – planwidrigen Lücke komplett zu nivellieren. Es ist nach den einzelnen Gemeindeordnungen zu differenzieren, ob diese darlehensähnliche Geschäfte (was auf Zinsswaps wie hier schon nach Meinung des VwGH⁹⁰ ohnedies nicht zutrifft) einer Genehmigungspflicht unterwerfen⁹¹ – das StL 1992 erfasst aber explizit nur den "Abschluss von Darlehensverträgen" und bezieht sich gerade nicht auf ähnliche Verträge oder Verträge, die eine Finanzierung vielleicht in Zukunft nötig machen könnten. Eine generelle Ausdehnung der Genehmigungspflicht von Darlehen auf Derivate kommt nicht in Betracht.⁹² Das Erstgericht meint auch selbst, dass die Novelle aus dem Jahr 2012 auf den Swap keinen Einfluss mehr haben konnte (Zwischenurteil, S 63 f). Die – vermeintliche – "Klarstellung" in den Gesetzesmaterialien, die Genehmigungspflicht hätte immer schon bestanden, ist rechtlich unbeachtlich. Die Materialien haben – wie dargetan – keine normative Bedeutung.

Zusammengefasst fiel auch aus all diesen Gesichtspunkten der Swap unter kein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis.

5.4. Genehmigungspflicht nicht denkmöglich

Trotzdem geht das Erstgericht von einem Genehmigungserfordernis aus. Die Begründung dafür liefert das Erstgericht auf den Seiten 65 bis 70, wie oben ausgeführt, ohne ein einziges Mal einen konkreten Genehmigungstatbestand des § 78 StL 1992 zu nennen und obwohl das Erstgericht zuvor ausdrücklich erklärte, dass der Swap unter keinen der von Stadt Linz behaupteten Genehmigungstatbestände des § 78 StL 1992 fallen würde. Die Antwort auf die einfache Frage, wieso es dann also überhaupt ein Genehmigungserfordernis geben kann, bleibt das Erstgericht schuldig.

Die Ausführungen des Erstgerichts lassen sich auf folgenden Kernsatz herunterbrechen (Zwischenurteil, S 65 f):

"Ein Finanzgeschäft, dessen Hauptleistungspflicht wechselseitige Zahlungsverprechen darstellen und das mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit bei der Abwicklung oder Beendigung zu Zahlungsverpflichtungen oder notwendigen Auflösungskosten in vorweg unbekannter Höhe führt, die wiederum zur Notwendigkeit einer Darlehensaufnahme in beträchtlicher, von den Grenzwerten des § 78 StL erfassten Höhe führen wird, muss aus Sicht des Gerichts auch selbst genehmigungspflichtig sein. ... Ist ex ante absehbar, dass ein solcher Fall eintreten

⁹⁰ Siehe Punkt B.1.3.

⁹¹ Holoubek/Prändl, Finanzmanagement 230 f.

⁹² Prändl, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenzen der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 379 [384].

kann, muss der Genehmigung der Finanzierung vorgelagert auch ein solcher Vertrag der Genehmigungspflicht unterstellt werden."

In diesen Sätzen (wie in der restlichen Begründung auf den Seiten 65 bis 70 des Zwischenurteils) sind nach Ansicht der beklagten Partei zahlreiche Unrichtigkeiten verpackt, auf die noch eingegangen wird. Zu Beginn ist aber angesichts der (unhaltbaren) Verknüpfung des Swaps mit einer möglicherweise nur über einen Fremdkredit zu finanzierenden künftigen Zahlungsverpflichtung der Stadt rechtlich schlicht nach der Bestimmung zu fragen, auf die sich das Erstgericht dabei stützt.

Tatsache ist: **Es gibt keine – und das weiß auch das Erstgericht. § 78 StL 1992 – und das ist der einzige in Frage kommende Ort, wo man danach suchen könnte – enthält keinen Genehmigungstatbestand**, wie ihn das Erstgericht formuliert. Unter die bestehenden Genehmigungstatbestände ist der Swap aber nicht subsumierbar (wie oben gezeigt und vom Erstgericht bestätigt) und auch eine Analogie verbietet sich (wie oben gezeigt und vom Erstgericht bestätigt).

Die Rechtsansicht des Erstgerichts ist deshalb –insbesondere, wenn man es an den von ihm selbst zuvor im Zwischenurteil entwickelten Maßstäben misst – unrichtig; sie ist auch verfassungswidrig, weil das Erstgericht damit – in kompetenzwidriger Weise – als rechtsschaffende Institution auftritt, sich also selbst zum "Quasi-Gesetzgeber" macht, obwohl es ganz klar auf die Auslegung der präjudiziellen rechtlichen Bestimmungen beschränkt ist. Das Erstgericht schafft einen Genehmigungstatbestand, der dem StL 1992 nicht zu entnehmen ist. Dies obwohl der Gesetzgeber auch in naheliegenderen Fällen – wie etwa dem einem Darlehen im Hinblick auf seine Finanzierungsfunktion näheren Leasing⁹³ – davon Abstand genommen hat, diese einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht zu unterwerfen.

Nur weil etwas aus Sicht des Erstgerichts genehmigungspflichtig "sein muss" (die Formulierung deutet schon darauf hin, dass das Gericht hier *de lege ferenda* und nicht *de lege lata* argumentiert), kann das aus den gerade oben angeführten Gründen eben noch nicht heißen, dass etwas auch tatsächlich genehmigungspflichtig ist. Der Swap ist nicht ein – allenfalls abzuschließendes oder auch nicht abzuschließendes, allenfalls zu genehmigendes oder auch nicht zu genehmigendes – dahinterliegendes Finanzierungsgeschäft, mit dem Verpflichtungen aus dem Swap bedient werden. Das sind **zwei verschiedene Geschäfte**. Diese beiden Geschäfte zu vermischen ist nicht nur gesetzlich nicht vorgesehen, sondern würde dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung widersprechen, wonach bestimmte Rechtsinstitute einheitlich zu interpretieren sind, und noch dazu genau zur uferlosen Ausdehnung der Genehmigungstatbestände führen (siehe etwa das obige Beispiel zu Bauvorhaben),⁹⁴ die das Erstgericht gerade ablehnt und die auch verfassungswidrig ist. Es ist offensichtlich, dass derartige "Gedankenspiele" nicht geeignet sind, die oben ausgeführten strengen Anforderungen an eng auszulegende Genehmigungstatbestände zu erfüllen.

In den vom Erstgericht zitierten Entscheidungen 6 Ob 73/14a und 10 Ob 14/19k ging es um die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen von Verwaltungsbehörden (Spruchbindung, keine "Begründungsbindung"), wenn diese über eine im Zivilverfahren zu prüfende Vorfrage als Hauptfrage entschieden haben (10 Ob 14/19k: Die aufsichtsbehördliche Genehmigung für

⁹³ Siehe B.I.4.

⁹⁴ Siehe Punkt B.I.5.3.

einen Zinsen-Collar-Vertrag wurde versagt, woran das Zivilgericht gebunden ist, sofern diese nicht absolut nichtig ist) oder erst zu entscheiden haben (6 Ob 73/14z: Genehmigungsverfahren eingeleitet, Genehmigung für gesellschaftsrechtliche Transaktionen noch ausständig). In beiden Entscheidungen sagt der OGH, dass das Zivilgericht nur prüfen darf, ob überhaupt eine Genehmigungspflicht in Betracht kommt und dabei durch die Entscheidung des Zivilgerichts der Zweck des aufsichtsrechtlichen Genehmigungsvorbehalts nicht unterlaufen werden darf.

Die beiden Fälle unterscheiden sich aber wesentlich vom vorliegenden: Im ersten Fall wurde die Genehmigung bereits versagt. Dann ist klar, dass sich das Gericht nur dann darüber hinwegsetzen darf, wenn eine Genehmigungspflicht undenkbar war (also die Behörde ihre Befugnisse überschritten hat). Im zweiten Fall gilt Ähnliches, da bereits ein aufsichtsbehördliches Genehmigungsverfahren anhängig war und das Firmenbuchgericht die Genehmigung im Wege eines Verbesserungsauftrags nachgefordert hat, der Antragsteller jedoch die Genehmigungspflichtigkeit geleugnet. Da das Bestehen der Genehmigungspflicht möglich war (Gemeindestiftung nach PSG und Nachstiftung zwecks Übertragung der Geschäftsanteile an gemeindeeigener VersorgungsbetriebeGmbH war unter den Wortlaut des Genehmigungsvorbehalts leicht subsumierbar), wurde die Firmenbucheintragung verweigert. Im Übrigen ergibt sich aus der zweiten Entscheidung, dass bei Zweifeln an der Genehmigungsbedürftigkeit vor einer Eintragung nicht zwingend die Vorlage eines Genehmigungsbescheids der Behörde nötig ist, sondern eine sonst die Zweifel beseitigende Bestätigung in Frage kommt.

Das Erstgericht **verkehrt** somit diese "**Bindungsjudikatur**" **in ihr Gegenteil**, wenn es daraus abzuleiten vermeint, dass von einer Genehmigungspflicht immer dann auszugehen sei, wenn der Vertrag in irgendeiner Weise (zB bei extensiver Interpretation) dem Genehmigungsvorbehalt unterfallen könnte.

Hinzu kommt noch, dass im vorliegenden Fall es **eben gerade nicht denkmöglich** ist, den Abschluss des Swap unter einen der taxativen Genehmigungstatbestände des § 78 StL 1992 zu subsumieren. Diese Möglichkeit besteht hier nicht, wie eben auch und gerade die eindeutig widersprechenden Entscheidungen des VwGH zeigen.⁹⁵ Nicht nur ist, wie dargestellt wurde, die Subsumtion des Swap 4175 unter einen Genehmigungstatbestand tatsächlich denkmöglich. Der Vorwurf des Erstgerichts an BAWAG PSK, "blind" auf das Gegenteil vertraut zu haben (Zwischenurteil, S 68), ist deshalb völlig verfehlt – im Gegenteil hat sogar ein österreichisches Höchstgericht bereits zweimal ausdrücklich entschieden, dass gerade von keinem Genehmigungserfordernis auszugehen war.

Selbst für das **Erstgericht** ist eine "**unmittelbar, aus der Natur des Geschäfts selbst entspringende Genehmigungspflicht ... als ausgeschlossen und denkmöglich ... zu verneinen**" (Zwischenurteil, S 59; Hervorhebung hinzugefügt). Zu einer Genehmigungspflicht kann das Erstgericht nur im Wege der Analogie kommen. Eine solche ist aber rechtlich sicher nicht denkmöglich, denn wie das Erstgericht selbst festhält und wie auch oben gezeigt wurde, verbieten sich Analogien in diesem Bereich gerade. Eine Analogie ist aber nicht nur in diesem Zusammenhang rechtlich verboten. Sie ist auch, wie oben gezeigt, inhaltlich nicht gerechtfertigt, da sie auf einer unzulässigen Vermischung von Swap-Geschäften und (allfälligen) Finanzierungsgeschäften beruht – somit zwei selbständigen Verträgen und Vertragsarten, für deren "Amalgamierung" es keine rechtliche Grundlage gibt. Diese beruht einzig auf dem nicht im

⁹⁵ Siehe Punkt B.I.3.

Gesetz gedeckten rechtlichen "Konstrukt" des Erstgerichts. Damit macht das Erstgericht genau das, was das Verfassungsrecht verbietet – nämlich die Genehmigungspflicht über ihren Wortlaut hinaus auf bei Schaffung des Vorbehalts nicht vorgesehene, künftige Maßnahmen auszudehnen.⁹⁶

5.5. *In eventu: Unbestimmter "Gewöhnlicher Lauf der Dinge"*

Klar ist – jedenfalls der Lehre, der Rechtsprechung, dem Erstgericht und der BAWAG PSK – dass der Swap nach dem Wortlaut des § 78 StL 1992 unter keinen der dort aufgezählten taxativen Genehmigungstatbestände fallen kann. Übrig bleibt nur mehr die vom Erstgericht abgelehnte, aber trotzdem zur Schaffung eines neuen Genehmigungstatbestands herangezogene Analogie. Eine solche scheidet im Verwaltungsrecht, wie oben ausgeführt, freilich aus und ist auch inhaltlich nicht gerechtfertigt, weil sie unzulässigerweise Swap-Geschäfte und Finanzierungsgeschäfte vermischt. Selbst wenn man das anders sehen und § 78 StL 1992 einer Analogie für zugänglich halten würde, wäre der vom Erstgericht angelegte Maßstab aber keinesfalls auch nur irgendwie tauglich, einen objektiv nachvollziehbaren und für Vertragspartner auch erkennbaren Genehmigungstatbestand zu begründen.

Das Erstgericht stellt nämlich für die Frage, ob ein Geschäft von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden muss, darauf ab, ob es "*nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge*" bei Abwicklung oder Beendigung des Geschäfts zu Zahlungspflichten in einer Höhe kommen kann, die eine genehmigungspflichtige Darlehensaufnahme notwendig machen (Zwischenurteil, 65 f). Das Erstgericht schreibt freilich nicht, was der gewöhnliche Lauf der Dinge sein soll, außer dass "Worst Case"-Szenarien außer Betracht zu bleiben haben, trotzdem aber "*sporadisch auftretende besondere Ereignisse wie Wirtschaftskrisen und auch deren Folgen*" mitumfasst sein sollen, nicht aber wiederum "*völlig außergewöhnliche Umstände wie die plötzliche und dauerhafte Wertlosigkeit des Euro*" (Zwischenurteil, 67).

Rechtlich **begründet das Erstgericht mit keinem Wort, woher es den Maßstab des "gewöhnlichen Laufs der Dinge" hat** – es gibt dafür weder im StL 1992 noch sonst in der Rechtsordnung ein Indiz. Ebenso gut hätte das Gericht auf eine "überwiegende Wahrscheinlichkeit" oder ähnliches abstellen können. Beides ist reine Willkür.

Außerdem begründet das Erstgericht nicht, wie es zu seinem Verständnis vom gewöhnlichen Lauf der Dinge gelangt. Auch hier bietet das StL 1992 (oder irgendein anderes Gesetz oder Rechtsprechung) keinen Anhaltspunkt. Der nicht objektiv vorhersehbare Maßstab des "gewöhnlichen Laufs" der Dinge (zwar kein "Worst Case" oder "völlig außergewöhnliche Umstände" aber doch auch "sporadisch auftretende Ereignisse", wobei die Markterwartungen aber nicht relevant sein sollen) ist offenbar vom Erstgericht selbst ersonnen worden und rechtlich nicht gedeckt. Das entspricht sicher nicht der bei Aufsichtsmitteln nötigen Determinierung, aus der folgt, dass klare Regelungen nötig sind, aus denen Dritte einfach beurteilen können, ob ein Geschäft wirksam ist oder nicht.⁹⁷

Besonders problematisch ist die Rechtsansicht des Erstgerichts, weil es für den "gewöhnlichen Lauf der Dinge" indirekt auf die von den Gerichtssachverständigen im EGA berechneten Wahr-

⁹⁶ Kahl in *Kneihls/Lienbacher* [Hrsg] Bundesverfassungsrecht zu Art 119 a B-VG Rz 53.

⁹⁷ Vgl insbesondere *N. Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (71).

scheinlichkeiten zurückzugreifen scheint (Zwischenurteil, S 104 ff). Diese Wahrscheinlichkeiten wurden aber mit Methoden und Modellen berechnet, die – im Sinn der begehrten ergänzenden Feststellungen –⁹⁸ zum Zeitpunkt des Abschluss des Swap noch gar nicht gebräuchlich waren und die – im Sinn der bei der Beweisrüge bekämpften Feststellungen des Erstgerichts – selbst nach Aussage der Gerichtssachverständigen, zwangsweise zu beliebigen Ergebnissen führen. Insbesondere hängen die Ergebnisse wesentlich von Prognosen und Annahmen der die Berechnung Durchführenden ab und sind dadurch von diesem fast beliebig steuerbar.⁹⁹

Vor diesem Hintergrund erscheint auch das vom Erstgericht herangezogene – nicht sehr lebensnahe¹⁰⁰ – Beispiel, dass Stadt Linz das Gemälde **"Salvator Mundi" von Leonardo da Vinci um USD 400 Millionen kauft, nicht vergleichbar:**

- Bereits rechtlich würde eine Genehmigungspflicht des Ankaufs des "Salvator Mundi" nach Ansicht von BAWAG PSK daran scheitern, dass § 78 StL 1992 keine Kaufverträge umfasst und ein Kaufvertrag nicht unter eine der in § 78 Abs 1 StL 1992 vertypen Verträge fällt. Ein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis für den Kaufvertrag kann es aus diesem Grund schon von vornherein nicht geben. Daran ändert auch ein allenfalls beabsichtigtes Finanzierungsgeschäft nichts.

Dieses **kann nicht zur Genehmigungspflicht des Grundgeschäfts führen**, wenn dessen Genehmigung in § 78 StL 1992 nicht ausdrücklich geregelt ist. Eine normative Verknüpfung des Grundgeschäfts mit der diesbezüglichen Finanzierung ist nicht einmal im Ansatz vorgesehen. Das Erstgericht zog das Beispiel aber natürlich erkennbar aufgrund des hohen Kaufpreises heran. Das zeigt aber einen **logischen und rechtlichen Fehler** des Zwischenurteils auf:

- Selbst wenn man den Abschluss des Swap und den Kauf des "Salvator Mundi" vergleichen wollte, dann dürfte man nach der Logik des § 76 Abs 1 Z 2 StL 1992 nur den allfälligen jährlichen Schuldendienst (also Zinszahlungen und allenfalls laufende Tilgung) aus einer allfälligen (gänzlichen oder teilweisen) Fremdfinanzierung des Kaufpreises für die Überschreitung des Schwellenwerts heranziehen und eben nicht den Kaufpreis (!). Dass der Schuldendienst die relevanten Schwellen übersteigt, wäre im Übrigen bei einer langfristigen Finanzierung gerade nicht zwingend.
- Im Fall des Swap geht das Erstgericht aber sogar noch einen deutlichen Schritt weiter: Es bejaht eine Genehmigungspflicht in Bezug auf ein nicht vom Wortlaut von § 78 StL 1992 erfasstes Geschäft, obwohl noch nicht einmal feststeht, (i) ob diesbezüglich überhaupt jemals eine Finanzierung erfolgen wird (und ein allfälliger Finanzierungsbedarf nicht aus Eigenmitteln oder dem Verkauf anderer Vermögenswerte gedeckt wird), geschweige denn (ii) ob der jährliche Schuldendienst die entsprechenden Schwellenwerte überschreiten würde.

⁹⁸ Vgl Punkt B.I.5.3.

⁹⁹ Vgl in diesem Zusammenhang zur Optimierungseignung bei der Beweisrüge Punkt C.II.24.

¹⁰⁰ Allerdings hat die Stadt Linz in Zusammenhang mit einem Gemälde bereits den OGH beschäftigt, als sie erfolglos versucht hat, die Herausgabe einer Leihgabe ebenfalls mit dem Hinweis auf Formmängel zu verweigern – siehe dazu unten Punkt B.II.3.4.4.

Das Erstgericht tut aber so, als ob die Auflösungskosten des Swap jedenfalls und immer anfallen würden, wie der Kaufpreis bei einem Kaufvertrag.

Das ist aber nicht der Fall: Geschuldet ist beim Swap der Austausch von Zahlungsströmen (vgl. Zwischenurteil, S. 35 f. zur Funktionsweise des Swap). Eine ordentliche Auflösung ist vertraglich nicht vorgesehen.¹⁰¹ Beim gekauften Bild ist *ex ante* klar, dass es bezahlt werden muss – ein abgeschlossener Swap muss aber *ex ante* nicht zwingend vorzeitig unter Zahlung von Auflösungskosten beendet werden.¹⁰²

Das Beispiel des Erstgerichts ist deshalb auf keiner Ebene stichhaltig.

Zusammengefasst ist die Rechtsansicht des Erstgerichts, wonach auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzustellen ist, deshalb selbst dann verfehlt, wenn § 78 StL 1992 einer Analogie oder sonstigen Erweiterung der Tatbestände zugänglich wäre (was er nicht ist). Die gegenteilige Rechtsansicht des Erstgerichts ist verfehlt und der versuchte Vergleich mit dem Kauf eines, wenn auch teuren, Bildes zeigt, dass das Erstgericht einem grundsätzlichen Missverständnis über die Funktionsweise von Derivatgeschäften und den Anwendungsbereich von § 78 StL 1992 unterliegt.

Die Heranziehung des "gewöhnlichen Laufs der Dinge" als Maßstab führt mangels Präzisierung zu einer reinen Bauchentscheidung. Sowohl die – wie oben dargestellt – verfassungsrechtlich gebotene Gemeindeautonomie als auch der Vertrauensschutz für Teilnehmer am Rechtsverkehr verbieten eine Orientierung an derart unbestimmten Kriterien für die Beurteilung der Frage einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht und damit der Gültigkeit eines Vertrages.

Die Rechtsansicht des Erstgerichts würde den **Verkehr mit Kommunen übrigens auch praktisch massiv erschweren und teilweise verunmöglichen**: Eine Partei müsste vor jedem einzelnen Geschäftsabschluss prüfen, ob die andere Partei "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" die Pflichten aus dem Vertrag durch eigene Mittel oder bereits genehmigte Darlehen decken kann. So etwas ist Teil von umfangreichen "Due Diligence"-Prüfungen bei Kaufprozessen, aber sicher nicht routinemäßiger Teil jedes Vertragsabschlusses mit einer Kommune. Auch das erkennt das Erstgericht im Grunde zutreffend und schreibt, "*dass es für Vertragspartner und auch für die Aufsichtsbehörde unmöglich wäre, eine allfällige Genehmigungspflicht zu prüfen, wenn diese ausschließlich von einem Zusammenhang mit einem (vielleicht nicht allen bekannten) früheren genehmigungspflichtigen Geschäft abhängt*" (Zwischenurteil, S. 63). Trotz der Gefahr, sich zu wiederholen ist auch hier festzuhalten: trotzdem, gelangt das Erstgericht zu seinem Schluss, dass der Swap genehmigungspflichtig war. Wie hätte BAWAG PSK die komplexen und diffizilen Überlegungen, die hinter dieser vom Erstgericht konstruierten angeblichen Genehmigungspflicht stecken, jemals nachprüfen können sollen? Was das Erstgericht in Wahrheit verlangt, ist viel mehr, als das Gesetz zu konsultieren, ob dieses einen Genehmigungstatbestand vorsieht. Vielmehr müsste der Vertragspartner einer Gemeinde mit Rechtsexperten und Sachverständigen mögliche und auch unmögliche extensive Auslegun-

¹⁰¹ Das Gericht verweist selbst darauf, dass der Swap nicht kündbar war, vgl. Zwischenurteil, S. 36.

¹⁰² Selbst bei ungünstiger Entwicklung bestehen andere Möglichkeiten der Risikobegrenzung, als eine Auflösung – siehe dazu insbesondere bei der Beweisrüge Punkte C.II.14 und C.II.20.

gen von Genehmigungstatbeständen und die Auswirkungen auch unerwarteter künftiger Entwicklungen prüfen, sowie ob die Gemeinde über für solche Eventualitäten nötigen Mittel verfügen wird. Es bleibt daher leider auch hier völlig offen, wie die zitierten und im Grunde zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts insbesondere zum Analogieverbot mit dem Ergebnis des Zwischenurteils zusammenpassen sollen.¹⁰³

6. Schwellenwerte sind unbeachtlich

6.1. **Schwellenwerte für Darlehen gelten nicht für den Swap**

Das Erstgericht führt (sollte es sich um Feststellungen handeln, disloziert – siehe dazu gleich) noch aus, dass kurz zusammengefasst mit dem *"Eintritt eines solchen Falls gerechnet werden kann und muss"*, dass die laufenden Zahlungen oder die Auflösungskosten des Swap die Schwellenwerte für Darlehen nach § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 übersteigen (Zwischenurteil, S 107 f). Das Erstgericht ist sich erkennbar nicht sicher, ob es sich dabei um eine Tat- oder Rechtsfrage handelt.

Nach Ansicht von BAWAG PSK ist die Frage, ob die Schwellenwerte des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 grundsätzlich überhaupt auf den Swap anwendbar sein können, eine Rechtsfrage. Diese verneint das Erstgericht selbst implizit, indem es den Genehmigungstatbestand für Darlehen für nicht anwendbar erachtet (Zwischenurteil, S 58 ff). Es ist aber unverständlich, weshalb das Erstgericht einerseits davon ausgeht, dass der Genehmigungstatbestand nicht anwendbar ist, aber die entsprechenden Wahrscheinlichkeitsberechnungen für ein Überschreiten der Schwelle für Darlehen trotzdem *"als beweiswürdigen Umstand und Grundlage der Feststellung, dass ein derartiges Überschreiten der Genehmigungsgrenzen nicht ausgeschlossen werden kann"*, heranzieht.

Wieso die gesetzliche Schwelle für Darlehen (15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags) auch für Swaps anwendbar sein sollen, erschließt sich aus den Ausführungen des Erstgerichts nicht.

Beim Darlehen geht es um den jährlichen Schuldendienst. Wie schon ausgeführt stehen aber die Zahlungen aus einem Swap nicht fest und sie sind nicht mit Zinsen oder Kredittilgungen zu vergleichen. Selbst wenn man diese heranzieht bleibt auf Basis der Feststellungen unklar, wieso diese die 15 % hätten übersteigen sollen. Auch die potentiellen Auflösungskosten passen nicht auf die Genehmigungspflicht. Abgesehen davon, dass auch hier offen bleibt, von welchen Beträgen das Gericht hier ausgeht, würden sich die Heranziehung der Auflösungskosten darauf hinauslaufen, dass man bei einem Darlehen die Rückzahlung heranziehen würde. Der jährliche Schuldendienst entspricht aber Zinsen und Tilgung bei einem Darlehen. Damit werden die berühmten Äpfel und Birnen verglichen.

Es kommt rechtlich aber ohnehin nicht darauf an, ob laufende oder einmalige Zahlungen aus dem Swap Schwellenwerte überschreiten, die sowieso nicht anwendbar sind. Die entsprechenden Ausführungen des Erstgerichts sind hinfällig.

¹⁰³ Vgl zur vom Erstgericht paralyisierten Gemeinde unten insbesondere Punkt B.II.3.2.1.3.

6.2. *In eventu: Einnahmen des ordentlichen Voranschlags*

Auch wenn dies wie ausgeführt mangels Relevanz der Schwelle von 15 % nicht entscheidungserheblich ist, ist vorsichtshalber festzuhalten: § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 stellt auf die Überschreitung der "*Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres*" um 15 % ab.

Das Erstgericht ist aber der Rechtsansicht (Zwischenurteil S107), dass unter den "*Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres*" nur die ordentlichen Einnahmen nach Zinsen Tilgungen und Tilgungsrücklage zu verstehen sind (im EGA Niveau 1 und Niveau 4 genannt).¹⁰⁴

Die Rechtsansicht des Erstgerichts ist unrichtig und wird im Zwischenurteil auch mit keinem Satz begründet. Richtigerweise ist unter den "*Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres*" einfach genau das zu verstehen, was im Gesetz steht: nämlich die **Summe der Gesamteinnahmen des ordentlichen Voranschlags**¹⁰⁵ (im EGA Niveau 3 und Niveau 6 genannt). Der **Wortlaut** des Gesetzes ist eindeutig.

Zumindest ist darunter aber die Summe der ordentlichen Einnahmen, ohne die vom Zwischenurteil herangezogenen Abzüge zu verstehen (im EGA Niveau 2 und Niveau 5 genannt). § 78 StL 1992 nimmt nämlich auf keine Abzüge Bezug, wenn er auf die Schwellenwerte verweist. Die vom Erstgericht herangezogenen Abzüge sind willkürlich und nicht im Gesetz gedeckt.

6.3. *In eventu: Überschreiten der Schwellenwerte praktisch auszuschließen*

Egal welches Niveau man zu Grund legt (richtigerweise gar keines, und wenn überhaupt wie oben geschrieben, Niveau 3 und Niveau 6 laut EGA), selbst nach dem vom Gericht angelegten "gewöhnlichen Lauf der Dinge" hätte ein **Überschreiten der Genehmigungsgrenzen immer ausgeschlossen** werden können. Das ist nach Ansicht von BAWAG PSK eine Tatfrage. Die entgegenstehende Feststellung des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 107) wird deshalb im Rahmen der Beweisrüge bekämpft.¹⁰⁶

7. Zwischenergebnis

Aus all dem folgt, dass der Swap **keiner Genehmigung der Gemeindeaufsichtsbehörde** bedurfte. Auch vor dem Hintergrund des österreichischen Verfassungsrechts kann ohne ausdrückliche Regelung, die es jedenfalls bis 2012 nicht gab, auch keine Genehmigungspflicht konstruiert werden

¹⁰⁴ Die Gerichtssachverständigen rechneten insgesamt sechs "Niveaus". Niveaus 1 bis 3 betreffen die (für Darlehensverträge nach § 78 StL 1992 relevante) Schwelle von 15 % der ordentlichen Einnahmen (wobei das Gesetz auf die Einnahmen des ordentlichen Voranschlags abstellt). Niveaus 4 bis 6 betreffen die für Bürgschaften und sonstige Haftungen vorgesehene Schwelle von 30 %. Niveau 1 und 4 verstehen die ordentlichen Einnahmen (unrichtig) abzüglich Zinsen, Tilgungen und Tilgungsrücklage. Niveau 2 und 5 verstehen die ordentlichen Einnahmen ohne diese Abzüge. Und Niveau 3 und 6 verstehen die ordentlichen Einnahmen richtig als Gesamteinnahmen.

¹⁰⁵ Vgl. /HV =9xV.

¹⁰⁶ Vgl dazu bei der Beweisrüge insbesondere Punkte C.II.20 und C.II.25.

B.II. KEIN VERTRETUNGSMANGEL (PUNKTE II.A.2 UND 3 UND II.B. DES ZWISCHENURTEILS)

1. Vorbemerkung

Zu den Ausführungen des Erstgerichts in den Punkten II.A.2 und 3 und II.B. des Zwischenurteils, die sich mit der Frage befassen, ob Mag ██████ auf Ebene der Stadt Linz den Swap wirksam abschließen durfte, zumindest eine Anscheinsvollmacht vorlag oder Vertretungsmängel geheilt wurden sind eingangs bestimmte Punkte klarzustellen, die das Erstgericht verkennt; dies deshalb, weil es in der Begründung des Zwischenurteils darauf immer wieder – wenn auch unrichtig – zurückkommt, um die Ungültigkeit des verfahrensgegenständlichen Swap zu begründen:

- Der Gemeinderat ist das oberste Gemeindeorgan im eigenen Wirkungsbereich und kann gemäß Art 118 Abs 5 B-VG allen anderen Gemeindeorganen Weisungen erteilen; diese sind ihm verantwortlich.
- Der **Gemeinderat**, dessen unmittelbare demokratische Legitimation das Erstgericht immer wieder betont (siehe dazu gleich), **hat** wie festgestellt (Zwischenurteil, S 16) einen **Beschluss gefasst**, nämlich, dass "*[d]ie FVV [...] ermächtigt [werde], das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren*". Das Erstgericht versucht wiederholt, diesen Gemeinderatsbeschluss als lediglich unverbindliche politische Willensäußerung oder Ähnliches abzutun, dem keine Normativität zukommt. Das ist insofern zutreffend, als § 46 StL 1992 im vorliegenden Fall **keine Zuständigkeit des Gemeinderats** normiert:
 - Der Gemeinderat war daher zum Abschluss des Swap gar nicht zuständig. Vor diesem Hintergrund kann der Ansicht des Erstgerichts gefolgt werden, dass der GRB 2004 (mangels Zuständigkeit zur Beschlussfassung) als politische Willensäußerung des Gemeinderats eingestuft werden muss.
 - Daraus folgt, dass gemäß § 49 Abs 1 StL 1992 der Bürgermeister die Gemeinde allein zu vertreten hat. Das hat er im Jahr 2006 auch getan. Er hat sich dabei beim Abschluss des Rahmenvertrages gemäß § 38 Abs 3 und § 11 Abs 4 StL 1992 zutreffend auf die GEOM gestützt. Als vertretungsbefugtes Organ der Gemeinde durfte er die FVV bzw deren Finanzdirektor ██████ Vollmacht erteilen. Das hat er auch getan (vgl auch Unterschriftenverzeichnis). Damit ist der Abschluss des Swap sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis rechtmäßig gedeckt.
 - Daran ändert sich auch nichts, wenn man den GRB 2004 nicht als bloße politische Willensäußerung, sondern entweder als eine öffentlich-rechtliche Weisung des willensbildenden Verwaltungsorgans Gemeinderat an den Geschäftsapparat "Magistrat" bzw an die Organisationseinheit "FVV" im Magistrat der Stadt Linz einstuft oder eine Ermächtigung an FVV zum Abschluss solcher Geschäfte im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung.

- Wäre man – unzutreffender Weise – mit dem Erstgericht der Ansicht, dass der Abschluss des Swap unter § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 und daher in die Zuständigkeit des Gemeinderats fällt, gilt Folgendes:
 - Wenn der Gemeinderat für den Abschluss von Finanzgeschäften wie dem Swap zuständig war, so kann es sich beim GRB 2004 nicht um eine unverbindliche, politische Willenserklärung handeln; vielmehr ist das Gegenteil der Fall: Es wurde ein rechtsverbindlicher Beschluss des Gemeinderats der Stadt Linz gefällt, der den **Abschluss des Swap abdeckt**.¹⁰⁷ Dass der Gemeinderat eine verbindliche Beschlussfassung intendiert hat, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des GRB 2004 ("*FVV [...] ermächtigt [...] Abschluss*").
 - Den gemeinderechtlichen Organisationsvorschriften sind **keine Vorschriften zu entnehmen, welche Bestimmtheit ein Beschluss des Gemeinderats haben muss**, damit er – wie das Erstgericht hier unzutreffend behauptet – nicht nur eine politisch mehr oder weniger verbindliche Willensäußerung ist, sondern als Grundlage für ein bestimmtes Geschäft – wie den Swap – angesehen werden kann.

Aus § 867 ABGB kann sich das nicht ergeben, auch wenn vom Erstgericht die Bestimmung – trotz gegenteiliger Beteuerungen, dass sie nicht dahingehend missverstanden werden dürfe, dass sie Gemeinden vor dem Abschluss nachteiliger Geschäfte schütze (Zwischenurteil, S 88 f) – praktisch trotzdem so verstanden wird. Und wenn es auf den Gemeinderat als unmittelbar demokratisch legitimiertes (Verwaltungs-) Organ ankommen soll, warum soll dieser einen Beschluss – wie den verfahrensgegenständlichen – nicht fällen können und warum soll der Swap darin keine Deckung finden? Das ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass in der Privatwirtschaftsverwaltung Art 18 B-VG (Legalitätsprinzip) **nicht** gilt, der ein Vorgehen der hoheitlichen Verwaltung an das Vorliegen einer gesetzlichen Ermächtigung bindet und bei dieser gesetzlichen Grundlage ein Mindestmaß an Bestimmtheit fordert. Dass der Abschluss des Swap in die Privatwirtschaftsverwaltung fällt ist unbestritten.

Es lag daher in der Entscheidungsgewalt des Gemeinderats als "höchstem" Verwaltungsorgan der Gemeinde, wie eng es seine Organe beim Abschluss von Finanzgeschäften wie dem Swap binden wollte. Behauptungen des Erstgerichts, wonach der GRB 2004 zu unbestimmt wäre, um den Abschluss des Swap zu decken, sind sohin weder rechtlich noch faktisch substantiiert.

Der Gemeinderat hat mit dem GRB 2004 verbindlich seinen Willen geäußert und damit – zulässigerweise – auch darüber entschieden, wie viel Flexibilität er seinem Geschäftsapparat Magistrat der Stadt Linz bzw dessen Teil FVV beim Abschluss derartiger Geschäfte ließ; dies vor allem auch vor dem Hintergrund, dass die im GRB 2004 angesprochenen Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte diese Flexibilität voraussetzen.

¹⁰⁷ Zwischenurteil, S 16. Vgl dazu Punkt B.II.3.2.1.

- Der Gemeinderat der Stadt Linz als beschlussfassendes Verwaltungsorgan sah diesen **Beschluss** offenkundig (wie auch verschiedene andere Organe der Stadt Linz)¹⁰⁸ als **ausreichend** an – sonst hätte er ihn auch nicht gefasst. Er war sich auch seiner Reichweite bewusst, wie die Diskussionen im Vorfeld des Beschlusses zeigen.¹⁰⁹ Gleichzeitig verlangt das Erstgericht von BAWAG PSK als Vertragspartnerin der Stadt quasi "gescheiter" als der Gemeinderat selbst und Organe der Stadt zu sein und meint, BAWAG PSK hätte die angebliche Ungültigkeit des Swap erkennen müssen.¹¹⁰ Das kann mit nichts und auch nicht mit § 867 ABGB begründet werden. Insbesondere widerspricht es der Rechtsprechung zu § 867 ABGB, die das Vertrauen des Vertragspartners der Gemeinde auf den objektiven äußeren Anschein schützt – *venire contra factum proprium* ist auch für Gemeinden unzulässig.¹¹¹
 - Dass (obwohl das Gesetz eine solche nicht ausdrücklich vorsieht) überhaupt eine Zuständigkeit des Gemeinderats bestehen "müsse", was bestritten wird, bzw der Gemeinderat, würde man seine grundsätzliche Kompetenz – unzutreffender Weise – bejahen, seine Zuständigkeit nicht aus der Hand geben dürfe, begründet das Zwischenurteil mehrfach mit der unmittelbaren demokratischen Legitimation dieses Organs. Dadurch wird der Eindruck erweckt, der Bürgermeister und andere der Gemeindeorgane wären nicht demokratisch legitimiert. Es wird so – freilich schlechterdings falsch – versucht, einen Gegensatz zwischen "Legislative" und "Exekutive" zu schaffen: die (unmittelbar) durch Wahl legitimierte Legislative und die demokratisch nicht oder nur vermindert demokratisch legitimierte Exekutive.
- Der so erzeugte Schein ist allerdings völlig falsch und verkennt Grundlegendes in der Gemeindeorganisation: Die Gemeinde ist der Vollziehung (Verwaltung) zuzuordnen. Der Gemeinderat ist ein Verwaltungsorgan, also der Exekutive zuzuordnen, und nicht wie die allgemeinen Vertretungskörper (Landtage) in den Ländern der Legislative.¹¹² Der **Gemeinderat** – als ausschließliches **Verwaltungsorgan** (das – im Gegensatz – zu den allgemeinen Vertretungskörpern keine Gesetze erlassen kann) – ist der Exekutive zuzuordnen; genauso wie der Bürgermeister, Stadtsenat und der Magistrat der Stadt Linz als administratives Hilfsorgan der Stadtverwaltung. Der Gemeinderat ist daher – wie man schon seit 1923 in "*Demokratie und Verwaltung*" von *Adolf Merkel* – nachlesen kann, ein Verwaltungsorgan, das als Ausnahme von der Regel nicht durch *Ernennung* (wie bei den Berufsbeamten), sondern durch *Wahl* bestimmt wird.
- Die anderen Verwaltungsorgane der Stadt Linz wie der Bürgermeister, der Stadtsenat, die einzelnen Mitglieder des Stadtsenats und der Magistrat sind aber genauso **demokratisch legitimiert**; ihre demokratische Legitimation ergibt sich aus

¹⁰⁸ Vgl dazu Punkt B.II.3.2.1.3.

¹⁰⁹ Vgl dazu bei der Beweisrüge Punkt C.II.1.

¹¹⁰ Das ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass **das** Standardwerk zum österreichischen Gemeinderecht nicht nur maßgeblich von oberösterreichischen Autoren stammt, sondern einer der Mitherausgeber, [REDACTED] [REDACTED] ehemaliger Magistratsdirektor der Stadt Linz war (der auch keine Bedenken gegen den Swap hatte).

¹¹¹ Vgl dazu Punkt B.II.3.4 und insbesondere B.II.3.4.4.

¹¹² Von der Sonderkonstellation Wien abgesehen.

der Übertragung der Legitimation des unmittelbar demokratisch legitimierten Gemeinderats auf sie. So hat der Gemeinderat gemäß Art 118 Abs 5 B-VG ein Weisungsrecht gegenüber dem Bürgermeister (wie auch gegenüber den anderen Gemeindeorganen im eigenen Wirkungsbereich, wozu das Handeln im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung zählt) und kann diesen durch Misstrauensvotum abberufen; er kann also gegenüber dem Bürgermeister der Stadt Linz seinen Willen durchsetzen; der Bürgermeister ist (und die anderen Gemeindeorgane sind) ihm gegenüber verantwortlich.

Damit wird durch die bestehende Ingerenz (Einflussmöglichkeit) die demokratische Legitimation des Gemeinderats auf den Bürgermeister übertragen. Dieser steht dem Magistrat vor und ist gegenüber den Bediensteten des Magistrats weisungsberechtigt. Damit "beherrscht" er den Magistrat und die Legitimationsketten beginnend mit dem Gemeinderat, die bis zum einzelnen Bediensteten des Magistrats reicht, ist geschlossen. Deshalb besteht demokratische Legitimation nicht nur beim Gemeinderat, sondern bei allen Verwaltungsorganen der Gemeinde und dem Geschäftsapparat Magistrat.¹¹³ Das ist deshalb von Bedeutung, weil nach Ansicht des Erstgerichts die demokratische Legitimation des Gemeinderats immer wieder als zentraler Grund für die Ungültigkeit des Swap ins Treffen geführt wird.

Dabei übersieht das Gericht, dass die Verwaltung durch ihren hierarchischen Aufbau und das vorherrschende Weisungsprinzip gemäß Art 118 Abs 5 iVm Art 20 Abs 1 B-VG personell durch geschlossene Legitimationsketten¹¹⁴ vom unmittelbar gewählten Gemeinderat über den (in Linz direkt gewählten) Bürgermeister und den Stadtsenat, den Magistrat bis zu der einzelnen natürlichen Person als Organwahrer demokratisch legitimiert sind. Ob der Swap also gültig ist und wie die Rolle des Gemeinderats zu sein hat, hat mit demokratischer Legitimation nichts zu tun. Das ist eine – schön klingende – Scheinargumentation. Maßgeblich ist ausschließlich, welche Aufgaben das StL 1992 dem Gemeinderat zuordnet.

- Das **strenge öffentlich-rechtliche Analogieverbot** gilt nicht nur im Hinblick auf das (angebliche) Erfordernis einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung, sondern genauso, wenn es um die (behauptete) **Zuständigkeit** des **Gemeinderats** für den Swap geht. Dem Erstgericht ist es aus Gründen der Kompetenzverteilung sowie dem Legalitätsprinzip untersagt, Genehmigungspflichten im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung zu konstruieren, die es nicht gibt; noch dazu greift es in verfassungswidriger Weise rückwirkend in die Privatautonomie der BAWAG PSK ein, ohne dass es dafür eine rechtliche Grundlage gäbe. Auch § 867 ABGB kann als einfachgesetzliche Norm natürlich nicht zur Rechtsfortbildung ermächtigen.
- Die FVV ist eine Organisation des Magistrats der Stadt Linz (Zwischenurteil, S 2 ff zum Organisationsaufbau). Die Geschäfte der Stadt sind durch den Magistrat zu besorgen (§ 51 Abs 1 StL); der Magistrat ist daher ein administratives Hilfsorgan, über das jede Stadt mit eigenem Statut verfügt. Der Bürgermeister ist der Vorstand des Magistrates und für dessen Geschäftsführung verantwortlich. Er erlässt mit

¹¹³ Müller, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2010) 350 f,

¹¹⁴ Vgl dazu Punkt B.II.3.2.1.3.

Genehmigung des Stadtsenates die Geschäftsordnung und die Geschäftseinteilung für den Magistrat (§ 49 Abs 2 StL). Der Magistrat ist daher – anders als vom Erstgericht suggeriert – nicht eine dritte Verwaltungseinheit, die mit dem Bürgermeister nichts zu tun hat. Das Gericht behauptet nämlich immer wieder, die Vertretung nach außen beim Abschluss des Swap hätte nicht an den Magistrat "übertragen" werden dürfen; das wäre dem Bürgermeister vorbehalten. Damit verkennt das Erstgericht Grundlegendes: Der Magistrat ist dem Bürgermeister zuzurechnen. Die einzelnen Beamten und Organisationseinheiten handeln in seinem Auftrag.¹¹⁵ Die – vom Gericht vorgenommene – Trennung zwischen Bürgermeister und Magistrat bzw FVV (als magistratsinterne Organisationseinheit) ist daher schlichtweg falsch und künstlich.

- Die **Zurechnung des Magistrats** endet– entlang den demokratischen Legitimationketten, aber in umgekehrter Reihenfolge – nicht beim Bürgermeister (§ 49 Abs 5), sondern dieser ist dem Gemeinderat als oberstem Gemeindeorgan verantwortlich (§ 49 Abs 7 StL).
- Das Erstgericht behauptet unter Berufung auf § 867 ABGB eine besondere Schutzwürdigkeit der "Linzerinnen und Linzer" und der "Oberösterreicherinnen und Oberösterreicher" (Zwischenurteil, S 88). Das ist rechtlich durch nichts gedeckt und das Zwischenurteil beruht offenbar auf der falschen Annahme¹¹⁶ einer besonderen Schutzwürdigkeit der Stadt Linz. Im Ergebnis führt das dazu, was das Erstgericht noch bei der mündlichen Verkündung des Ersturteils vertrat, nämlich eine besondere Schutzwürdigkeit der Gemeinden selbst. Abgesehen davon, dass diese nicht existiert, schwingt in der Begründung des Zwischenurteils mit, Swap-Geschäfts wären zwar grundsätzlich zulässig, rechtspolitisch wäre aber eine strenge Genehmigungspflicht geboten. Deshalb "müsse" der verfahrensgegenständliche Swap ungültig sein.

Durch die Berufung auf § 867 ABGB soll eine zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap nicht existierende Genehmigungspflicht konstruiert oder zumindest außer Kraft gesetzt werden, dass es sehr wohl einen einschlägigen Gemeinderatsbeschluss gab. § 867 ABGB mag zwar die Nicht-Befolgung außenwirksamer gemeinderechtlicher Organisationsvorschriften mit Ungültigkeit sanktionieren, kann selbst aber keine Genehmigungspflichten begründen und fordert auch nicht ein bestimmtes Niveau an inhaltlicher Bestimmtheit von Gemeinderatsbeschlüssen. Was genehmigungspflichtig und allenfalls nichtig ist, ergibt sich sohin im konkreten Fall aus dem StL 1992 (und nicht aus § 867 ABGB). Von einer Nichtigkeit kann hier aber keine Rede sein, weil der **Gemeinderat – anders als in den vom Gericht ins Treffen geführten Entscheidungen**, wo der Gemeinderat schlicht gar nicht befasst wurde – einen **Beschluss gefasst hat**, der den Abschluss von Finanzgeschäften wie dem Swap grundsätzlich erfasst.

- Betrachtet man die Tatsache, dass es herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung ist, dass der Staat – sohin auch die Stadt Linz – wegen seiner obrigkeitlichen

¹¹⁵ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 555.

¹¹⁶ Siehe dazu näher sogleich in Punkt B.II.2.1.

Stellung nicht nur im Bereich der Hoheits-, sondern auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung an die Grundrechte gebunden ist (sogenannte Fiskalgeltung der Grundrechte), weil der private Vertragspartner vor der staatlichen Übermacht geschützt werden soll (und nicht umgekehrt), wird klar, dass die vom Erstgericht behauptete und – unzutreffender Weise – auf § 867 ABGB gestützte besondere Schutzwürdigkeit der privatwirtschaftlich handelnden Stadt Linz nicht existieren kann.

2. Gemeinden im Rechtsverkehr – ein Teilnehmer wie jeder andere (Punkte II.A.2.a und II.A.2.b des Zwischenurteils)

2.1. **Gemeinden sind im Rechtsverkehr nicht besonders geschützt**

Laut Zwischenurteil hatte der Swap nie Bestand. Ausgangspunkt für diese Entscheidung ist, dass der Swap laut Erstgericht nach § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 in den eigenen Zuständigkeitsbereich des Gemeinderats gefallen sei und der Gemeinderat keinen tauglichen Beschluss über den Abschluss des Swap gefasst habe. Das ist, wie gleich gezeigt wird, mehrfach rechtlich unrichtig.

Vorweg kann aber bereits festgehalten werden, dass die rechtliche Begründung des Erstgerichts – auch wenn dieses an zahlreichen Stellen das Gegenteil behauptet (vgl zB Zwischenurteil, S 88) – auf einer völlig falschen Prämisse fußt: Nämlich, dass Gemeinden (bzw hier die "Linzerinnen und Linzer") im Verhältnis zu anderen Teilnehmern am Rechtsverkehr besonders schützenswert wären und insbesondere auch vor sich selbst zu schützen seien. Das ist nicht nur rechtspolitisch unrichtig, wobei – wie bereits mehrfach dargetan – es nicht Aufgabe eines Gerichts ist, Rechtspolitik zu machen. Es ist auch **verfassungswidrig und gesetzwidrig**:

Eine Gemeinde hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen, wirtschaftliche Unternehmungen zu betreiben sowie im Rahmen der Finanzverfassung ihren Haushalt selbständig zu führen und Abgaben auszuschreiben (Art 116 Abs 2 B-VG). Die Angelegenheiten der **Privatwirtschaftsverwaltung zählen zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde** (Art 118 Abs 2 B-VG). Die Privatrechtsfähigkeit von Gemeinden ist daher unbeschränkt (kein "ultra vires"-Grundsatz bei Gemeinden).¹¹⁷

Weder aus Art 116 Abs 2 B-VG, noch aus Art 118 Abs 2 BV-G kann eine Beschränkung der Privatrechtsfähigkeit der Gemeinde abgeleitet werden. Solche Beschränkungen können sich zwar etwa aus den landesrechtlichen Vorschriften über die Gemeindeaufsicht (Art 119 a B-VG) ergeben, diese sind aber – wie oben nachgewiesen –¹¹⁸ wegen der verfassungsgesetzlich garantierten gemeindlichen Selbstverwaltung (Autonomie) streng (eng) auszulegen; sonst würde nämlich die im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde, wozu auch das Handeln der Gemeinde als selbständiger Wirtschaftskörper zählt, bestehende Weisungsfreiheit unverhältnismäßig ausgehöhlt. Das entspricht auch dem Konzept des § 867 ABGB, wie unten gezeigt wird.¹¹⁹

¹¹⁷ Mayer/Muzak, B-VG⁵ Art 116 Rz III.1 mwN, wonach Gemeinden "bloß an die für jedermann geltenden Vorschriften gebunden werden [dürfen] und dass besondere Beschränkungen für die Gemeinde unzulässig sind."

¹¹⁸ Vgl dazu Punkt B.I.5.2.

¹¹⁹ Vgl insbesondere unten Punkt B.II.3.2.1.3 zum erlaubten arbeitsteiligen Handeln und Punkte B.II.3.2.4.3 und auch B.II.3.4.4 zu § 867 ABGB und Vertrauensschutz.

Zuletzt stellte der VfGH in seinem Erkenntnis vom 3.7.2015 (VfSlg 20.000/2015) klar, dass **auch möglicherweise existenzbedrohende Geschäfte, selbst wenn sie durch ein Fehlverhalten von Organen des Landes begründet wurden, nicht von vornherein als nichtig qualifiziert** werden können. Der Gerichtshof betonte dabei ausdrücklich das **berechtigte Vertrauen von Gläubigern auf von öffentlichen Schuldern eingegangene Verpflichtungen**. Aus dem VfGH-Erkenntnis ergibt sich insbesondere auch, dass sich Gebietskörperschaften **nicht** ihrer Verpflichtungen unter **Berufung auf die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit**¹²⁰ oder diesbezügliche **Prüfpflichten von Gläubigern**¹²¹ entledigen können. Auch nach Ansicht des Erstgerichts gab es übrigens *"kein allgemeines außenwirksames Spekulationsverbot"* (Zwischenurteil, S 71).

Alles andere als eine uneingeschränkte Privatrechtsfähigkeit würde zu einer verfassungswidrigen Privilegierung von Kommunen gegenüber privaten Schuldnern führen.¹²² Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Judikatur darf es aber eine Privilegierung von Hoheitsträgern im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung nicht geben. Nicht der Hoheitsträger ist vor dem Privaten zu schützen, sondern umgekehrt der Private vor dem Hoheitsträger.¹²³ Das, nämlich, dass der Private eigentlich schutzbedürftig ist, sieht auch der OGH so und hält fest, dass der Vertragspartner selbstverständlich nicht angehalten ist, sämtliche Grundsätze für die Willensbildung öffentlicher Körperschaften zu überprüfen und sein Verhalten danach einzurichten.¹²⁴ In dieser Entscheidung stellt der **OGH** ausdrücklich fest (Hervorhebung hinzugefügt): *"Daß nicht alle, sondern nur die für das besondere Arrangement [Anm: es ging um die künstlerische Leitung eines "Kultursommers"] maßgeblichen Mitglieder der Gemeindevertretung den äußeren Tatbestand vorhandener Abschlußbefugnis setzten, spielt keine Rolle, weil sonst die Vollmachtsvermutung des § 1029 ABGB - die die Wahrung des **schutzwürdigen Interesses desjenigen bezweckt, der über die internen Willensbildungsvorgänge des Vertragspartners nicht oder nicht in ausreichendem Maße informiert sein kann** - unterlaufen und illusorisch wäre."* Im Sachverhalt, den der OGH dort zu entscheiden hatte, gaben der Bürgermeister, der Finanzreferenz und der Kulturreferent ihr Einverständnis und redeten sich später darauf aus, dass der Gemeinderat noch nicht eingebunden gewesen sei. Die Ähnlichkeiten mit dem vorliegenden Fall sind frappant. Dort entschied der OGH, was nach Ansicht der BA-WAG PSK auch hier gelten sollte:

Die Kommune kann sich aus Vertrauensschutzgründen nicht unter Berufung auf interne Entscheidungsprozesse aus der Verantwortung stehlen. Im vorliegenden Fall hat zudem der Gemeinderat als Ganzes den GRB 2004 gefasst und BAWAG PSK durfte als privater Teilnehmer am Rechtsverkehr darauf vertrauen, dass die Stadt Linz Geschäfte wie den Swap abschließen darf, wenn man hier überhaupt eine Zuständigkeit des Gemeinderats zum Abschluss des verfahrensgegenständlichen Swap annimmt, was bestritten wird. Dies ist – wie sich aus dieser Entscheidung des OGH ergibt – keine Frage eines Vertrauensschadens, sondern das **berechtigte Vertrauen führt zu einem wirksamen Vertragsabschluss**.

¹²⁰ Siehe Rz 317 des Erkenntnisses.

¹²¹ Siehe Rz 313 des Erkenntnisses.

¹²² *Thunhart*, Eigenmächtige Vertragsabschlüsse des Bürgermeisters und die Notwendigkeit von Vertrauensschutz im Gemeinderecht, JBI 2001, 69 (73 f). OGH 13.9.1990, 8 Ob 573/90.

¹²³ *F. Bydliński*, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Sicht, JBI 1968, 9 ff; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993); *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015), 286 ff, 673 f mwN.

¹²⁴ OGH 13.9.1990, 8 Ob 573/90.

Im vorliegenden Fall fordert das Erstgericht im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung aber, BAWAG PSK hätte "gescheiter" als die Stadt Linz sein und deshalb erkennen müssen, dass der geschlossene Swap vom Gemeinderatsbeschluss nicht gedeckt wäre, obwohl er von seinem Wortlaut umfasst ist.¹²⁵ § 867 ABGB normiert – anders als vom Erstgericht unterstellt – für den Vertragspartner keine besonderen Sorgfaltspflichten, sondern stellt schlichtweg fest, dass, was "*zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer unter der besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Gemeinde, (§ 27) oder ihren einzelnen Gliedern und Stellvertretern erfordert werde, ist aus der Verfassung derselben und den politischen Gesetzen zu entnehmen (§ 290)*".

Die Bestimmung verweist daher – im konkreten Fall – auf das StL 1992. Dort wird in § 46 Abs 1 Z 12, aus dem das Erstgericht – freilich fälschlicherweise – die angebliche Genehmigungspflicht des Swap durch den Gemeinderat ableitet, nicht einmal ausdrücklich die Nichtigkeit von Geschäften angeordnet, die – trotz Zuständigkeit – nicht vom Gemeinderat geschlossen werden. Noch viel weniger werden dort besondere Sorgfaltspflichten des privaten Vertragspartners der Stadt Linz normiert, insbesondere findet sich dort keine Verpflichtung zu einer besonderen Nachforschungspflicht über Inhalt und vor allem Gültigkeit eines Gemeinderatsbeschlusses.

Ungeachtet, wie man den GRB 2004 einordnet (sofern man überhaupt eine Genehmigungspflicht durch den Gemeinderat annimmt), kann deshalb aus § 867 ABGB nicht auf dessen Ungültigkeit geschlossen werden, weil der GRB 2004 (angeblich) zu unbestimmt gewesen sein soll. Dieses Ergebnis und die angesprochene besondere Sorgfaltspflicht erschließt sich – wie gerade dargetan – auch nicht aus § 46 StL 1992. Die gleichen Grundsätze, nämlich dass Gemeinden nicht einseitig ausschließlich zu Lasten des privaten Vertragspartners besonders schutzwürdig wären, gelten im Übrigen nicht nur für den Abschluss von Rechtsgeschäften, sondern auch für alle Rechtshandlungen, die als nachträgliche Genehmigung oder Heilung zu qualifizieren sind.

Aus all dem ergibt sich, dass **Kommunen im Privatrechtsverkehr nicht privilegiert** werden dürfen und der (potenzielle) Vertragspartner der Kommune deshalb, genau wie wenn er einer gewöhnlichen juristischen Person gegenüber stünde, ein schützenswertes Vertrauen hat; vor allem dann, wenn es einen Gemeinderatsbeschluss und damit eine Willensäußerung des Gemeinderats wie in Form des GRB 2004 gibt. Eine Nachforschungspflicht ist – wie dargetan – ausgeschlossen, insbesondere ist eine Nachprüfung gemeindeinterner Beschlusserfordernisse unzumutbar¹²⁶ und würde zu völlig ungerechtfertigten und untypischen Risikoverteilungen führen.¹²⁷ Auch wenn sich die Stadt Linz (und gelegentlich auch andere Kommunen) gerne so darstellt, hat sie sich in ihrem Verhalten eben "*nicht an Minderjährigen, sondern [...] an anderen, in ihrer Tätigkeit uneingeschränkten Verkehrsteilnehmern [zu] orientieren*".¹²⁸

¹²⁵ Siehe dazu auch Punkte B.II.3.2.4.3 und Punkt B.II.3.4.4 zum gerade unter Berücksichtigung von § 867 ABGB geschützten Vertrauen in die Abschlussvollmacht.

¹²⁶ N. Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (71). Außerdem: Der Vertragspartner einer Gebietskörperschaft muss nicht prüfen, ob diese den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entspricht, weil das mit den Erfordernissen des funktionierenden geschäftlichen Verkehrs unvereinbar wäre (aaO 68).

¹²⁷ Thunhart, Eigenmächtige Vertragsabschlüsse des Bürgermeisters und die Notwendigkeit von Vertrauensschutz im Gemeinderecht, JBI 2001, 69 (73 f).

¹²⁸ Thunhart, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000), 131.

Eine andere Auffassung würde das bisherige Verständnis von Privatwirtschaftsverwaltung völlig auf den Kopf stellen. Bisher ist man immer davon ausgegangen, dass der privatwirtschaftlich handelnde Hoheitsträger – eben deshalb, weil er neben seiner Privatrechtsfähigkeit auch noch Hoheitsmacht einsetzen kann – eine strukturelle Übermacht genießt und daher etwa auch als privatwirtschaftlich handelnder Rechtsträger an die Grundrechte gebunden ist (Fiskalgeltung der Grundrechte). Dies bedeutet, dass der Bürger auch vor dem privatwirtschaftlich handelnden Hoheitsträger besonderen Schutz genießt. Das verkennt das Erstgericht auf S 88 des Zwischenurteils völlig, wenn es dort ausführt, beim privatwirtschaftlichen Handeln müsste die Stadt Linz vor dem privaten Vertragspartner BAWAG PSK geschützt werden. Wollte man die Gemeinde nun dadurch privilegieren, dass sie vor Geschäften, die für sie nachteilig sein könnten, besonders geschützt wird, so würde man das **bisherige Verständnis von Privatwirtschaftsverwaltung geradezu umkehren**.

Es bleibt also dabei: Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Judikatur kann es eine Privilegierung von Hoheitsträgern im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung in dem Sinn, dass Hoheitsträgern generell eine höhere Schutzwürdigkeit zugebilligt wird, nicht geben. Nicht der Hoheitsträger ist vor dem Privaten zu schützen, sondern umgekehrt der Private vor dem Hoheitsträger.¹²⁹ Gegenteiliges ergibt sich – auch wenn das Erstgericht das glauben machen will – auch nicht aus § 867 ABGB. Eine besondere Schutzwürdigkeit der Gemeinden ist ganz und gar nicht Norminhalt dieser Bestimmung. Gegen eine verglichen mit dem allgemeinen Vertretungsrecht untypische Risikoverteilung zu Lasten des Geschäftspartners werden in der Lehre zu Recht verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet,¹³⁰ weshalb eine verfassungskonforme Auslegung die Interessen des Geschäftspartners einer Gemeinde zu berücksichtigen hat.

Nur weil sich das *ex ante* zweckmäßige Geschäft nachträglich als ungünstig für Stadt Linz herausstellte, kann es nicht zu Lasten des Vertragspartners ungültig werden. Wäre Stadt Linz keine Kommune, hätte sie diesen "Luxus" schließlich auch nicht. Bei richtiger rechtlicher Betrachtung hat sie diesen "Luxus", wie gleich gezeigt wird, aber auch als Gemeinde (Statutarstadt) und privatwirtschaftliche handelnde Gebietskörperschaft gerade nicht. Tatsache ist: **Auch für Kommunen gilt im Rechtsverkehr: *pacta sunt servanda***.

Versuche, eine besondere Schutzwürdigkeit der Stadt Linz als Gemeinde zu begründen müssen auch angesichts der historischen Genese des § 21 ABGB scheitern:

§ 21 ABGB bestimmt, wer "*unter dem besonderen Schutz der Gesetze*" (Abs 1 aE *leg cit*) steht. § 21 ABGB aF¹³¹ zählte dazu neben den Minderjährigen unter anderem auch noch "*Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige*" sowie "*Abwesende und Gemeinden*". Mit dem VolljG 1973¹³² wurde nicht nur das Volljährigkeitsalter herabgesetzt, sondern es wurden unter anderem auch die "*Gemeinden*" aus der Bestimmung gestrichen. Es gibt somit nach der Ansicht des Gesetzgebers überhaupt keinen Grund, die "*Gemeinden*" unter den besonderen Schutz der Gesetze zu stellen, sondern sie sollen stattdessen so behandelt werden, wie jede

¹²⁹ F. Bydliński, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Sicht, JBl 1968, 9 ff; Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993); Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015), 286 ff, 673 f mwN.

¹³⁰ Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 867 ABGB Rz 8 mwN.

¹³¹ JGS Nr 946/1811 (Stammfassung).

¹³² BGBl I 1973/108.

andere juristische Person im ABGB auch.¹³³ Aus diesem Grund gilt als heute ganz herrschende Ansicht, dass die Gemeinden im Rechtsverkehr "*keines besonderen Schutzes* [bedürfen]".¹³⁴

Im Übrigen hat § 21 ABGB für den "besonderen Schutz der Gemeinden" in der Judikatur nie eine Rolle gespielt. Die beschränkte Handlungsfähigkeit der Vertretungsorgane einer Gemeinde hat der OGH ausschließlich in § 867 ABGB verortet. Das gilt auch – obwohl in § 867 ABGB zitiert – für die bis heute unverändert gebliebenen §§ 27 und 290 ABGB, wonach in den politischen Gesetzen enthalten ist, inwiefern Gemeinden in Rücksicht ihres Rechts unter einer besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehen bzw ua für Gemeindegüter und -vermögen bestimmt ist, dass das Zivilrecht in der Regel auch hier gilt, es sei denn, dass sich hinsichtlich deren Verwaltung und Gebrauch aus dem Staatsrecht und aus politischen Verordnungen Abweichungen ergeben.

Die **entscheidende Frage**, ob eine öffentliche Organisationsvorschrift, die einem Organ alleine oder im Zusammenwirken mit anderen eine **Entscheidungskompetenz** zuweist, nur die körperschaftsinterne Willens**bildung** regelt oder auch Teil des außenwirksamen Willensbetätigungsprozesses mit der Folge ist, dass eine fehlende (korrekte) Willensbildung des dafür zuständigen Organs zur Fehlerhaftigkeit der Willensbestätigung, sohin zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führt, ist einzig und allein durch **Auslegung** der einschlägigen **öffentlich-rechtlichen Vorschriften** zu ermitteln. § 867 ABGB trägt dazu als reine "Verweisungsnorm" (mit Warnfunktion) nichts bei.¹³⁵

Aus der **Zitierung des § 290** in § 867 ABGB lässt sich ableiten: Wie in § 290 ABGB wird man öffentlich-rechtliche Sondervorschriften hinsichtlich der Gültigkeit von Rechtsgeschäften als **Ausnahme** vom auch für öffentlich-rechtliche Körperschaften grundsätzlich geltenden allgemeinen Zivilrecht verstehen müssen.¹³⁶ Denn für § 290 ABGB ist anerkannt, dass das Zivilrecht in der Regel auch für den Erwerb von Sachen (iSd § 285 ABGB, sohin auch von Rechten) durch öffentlich-rechtliche Körperschaften (Gemeindegüter und -vermögen) im Privatverkehrsverkehr gilt und die sich auf Verwaltung und Gebrauch dieser Sachen beziehenden **Abweichungen und besonderen Vorschriften** in öffentlich-rechtlichen Vorschriften dazu in einem Regel-Ausnahmeverhältnis stehen. Daraus wird gefolgert, dass – vom im Einzelfall streng zu prüfenden Ausnahmefällen abgesehen – **diese nur im Innenverhältnis gelten**, aber nicht auf das Außenverhältnis zu anderen Rechtsgeschäften durchschlagen.¹³⁷

Es gibt daher **weder verfassungsrechtlich oder zivilrechtlich ein Sonderprivatrecht für Gemeinden**, sondern diese sind wie jeder andere Marktteilnehmer zu behandeln. Würde man Gemeinden anders behandeln, wäre das verfassungswidrig.

¹³³ Gegen die Einbeziehung der Gemeinden in den § 21 ABGB früher auch schon *Wolff* in Klang² I/1 148.

¹³⁴ *Aicher* in: Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ § 21 Rz 2 (Stand: 1.7.2015, rdb.at).

¹³⁵ Vgl statt vieler *Perner* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.02 § 867 Rz 3.

¹³⁶ So zutr *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 867 Rz 1. Zu § 290 ABGB weist bereits v.*Zeiller*, Kommentar über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (1813) darauf hin, dass solche Ausnahmen "*aus dem besonderen Verhältnisse und aus politischen Gründen Statt finden können, die aber zur Sicherheit des Verkehrs ausdrücklich zu bedingen oder durch öffentliche Justiz – oder politische Vorschriften allgemein bekannt zu machen sind*".

¹³⁷ So bereits *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³ § 290 Rz 1; ebenso *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 290 Rz 1,2; *Eccher/Riss*, KBB⁶ § 290 Rz 1.

Interessanterweise sieht das übrigens, zumindest theoretisch, auch das Erstgericht so und schreibt selbst, dass die Gemeinde nicht vor dem Vertragspartner zu schützen ist (Zwischenurteil, S 87 ff). Es bleibt dann im Zwischenurteil aber beim reinen Lippenbekenntnis, möchte es doch die Linzerinnen und Linzer schützen (Zwischenurteil, S 88). Praktisch läuft die Begründung des Erstgerichts nämlich darauf hinaus, dass es Stadt Linz (und jede andere Gemeinde) völlig in der Hand hat, ein nicht zu ihrem Gefallen verlaufendes Geschäft im Nachhinein für ungültig erklären zu lassen – sie muss dafür genau wie Stadt Linz nur lange genug warten, bis der Schaden groß genug ist (siehe dazu im Einzelnen gleich unten). Einen besseren Schutz kann man sich als privatwirtschaftlich tätige Gemeinde gar nicht wünschen. Gleichzeitig würde das aber auch bedeuten, dass niemand mehr mit einer privatwirtschaftlich tätigen Gemeinde kontrahieren will. Denn wer will sich vorhalten lassen, dass der über Jahre gelebte und von höchsten Organen der Gemeinde vollzogene Vertrag ungültig ist?

Im vorliegenden Fall ist es aber gerade nicht so, dass es keinen Beschluss gegeben hätte. Tatsache ist, dass es einen Beschluss gab, in dem das Gericht aber eine politisch – mehr oder weniger – unverbindliche politische Willensäußerung erblicken möchte. Dem kann insofern zugestimmt werden, als nach richtiger Ansicht für den Abschluss des verfahrensgegenständlichen Swap überhaupt kein Beschluss des Gemeinderats erforderlich war, weil der Swap nicht nach § 46 StL 1992 in dessen Zuständigkeit fiel.

Wenn man das nicht so sehen möchte, ergibt sich aus § 867 ABGB sicherlich kein Mindestanforderung hinsichtlich des Detaillierungsgrads von Gemeinderatsbeschlüssen für Akte der gemeindlichen Privatwirtschaftsverwaltung als verfassungsgesetzlich garantierter selbständiger Wirtschaftskörper (Art 116 Abs 2 B-VG). Das ergibt sich schon daraus, dass – wie bereits erwähnt – Art 18 B-VG in der Privatwirtschaftsverwaltung nach unbestrittener Ansicht nicht gilt. Deshalb kann es auch **kein Determinierungserfordernis für Gemeinderatsbeschlüsse** geben und konnte der **Gemeinderat** mit dem GRB 2004 **selbst bestimmen**, wie eng er die seinen Willen ausführenden Organe bzw Organwalter binden wollte.

Im Ergebnis sind Gemeinden daher nicht schutzwürdiger als andere Teilnehmer am Rechtsverkehr.

2.2. Gemeinden können privatwirtschaftlich handeln

Aus dem oben Geschriebenen ist klar, dass Gemeinden im Privatrechtsverkehr nicht besonders geschützt sind. Im Folgenden wird außerdem noch die (eigentliche) Selbstverständlichkeit begründet, dass Gemeinden im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung Verträge schließen dürfen, vor dem verfassungsrechtlichen und gemeinderechtlichen Hintergrund beleuchtet.

Gemeinden können sowohl hoheitlich als auch nicht-hoheitlich handeln:

- Ob eine Gemeinde hoheitlich oder nicht-hoheitlich, dh im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handelt, ergibt sich aus den gemeinderechtlichen gesetzlichen Vorgaben. Ist dort ein hoheitliches Handeln vorgeschrieben, so ist eine bestimmte Aufgabe mit *imperium* im Rahmen der Hoheitsverwaltung zu besorgen; sonst besteht für die Gemeinde Wahlfreiheit zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung. Ob ein konkretes Handeln einer Gemeinde hoheitlich oder privatwirtschaftlich erfolgt, ergibt sich nicht aus dem Inhalt der einzelnen Rechtsakte, son-

dem **ausschließlich aus den gewählten Handlungsformen: Verordnung, Bescheid oder Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt auf der einen (dann Hoheitsverwaltung) und zivilrechtliche Verträge auf der anderen Seite (dann Privatwirtschaftsverwaltung)**. Im konkreten Fall bediente sich die Stadt Linz der Mittel der Privatwirtschaftsverwaltung (Abschluss einer Rahmenvereinbarung, Beilage ./1, mit der BAWAG PSK sowie auf dieser Grundlage Abschluss des – in der Einzelabschlussbestätigung Beilage ./3 – Vertrages über den Swap).

- Welche Organe für die Gemeinde im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handeln und wie sich diese ihren Willen bilden, ergibt sich aus den Gemeindeordnungen oder Stadtstatuten – hier dem StL 1992. **Eine spezifische gesetzliche Ermächtigung zum Tätigwerden in der Privatwirtschaftsverwaltung ist nicht erforderlich, weil das Legalitätsprinzip in der (gemeindlichen) Privatwirtschaftsverwaltung nicht gilt.**¹³⁸ Sie wäre auch nicht erforderlich, weil sich die Gemeinde dabei der Rechtsatzformen des Zivilrechts bedient, die jedem Privaten auch zur Verfügung stehen. Im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ist – auch für Gemeinden – das zivilrechtliche Grundprinzip des Vertrauensschutzes prägend, wonach das zwischen den Parteien Vereinbarte gilt, das unter Umständen durch Auslegung ermittelt werden muss.

Aus all dem folgt, dass der Abschluss des Swap klar im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung erfolgte. Es handelte sich der Rechtsform nach weder um eine Verordnung, noch um einen Bescheid oder einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt – sondern um einen **zivilrechtlichen Vertrag**. Das wird auch vom Erstgericht auf S 88 des Zwischenurteils ausdrücklich zugestanden. Außerdem folgt daraus, dass das Tätigwerden von Stadt Linz, vertreten durch Mag ██████ beim Abschluss des Swap verfassungsrechtlich und gemeinderechtlich erlaubt war. **Es stand Stadt Linz frei, den Swap abzuschließen.**

2.3. Zwischenergebnis

Daraus ergibt sich, dass Gemeinden im Privatrechtsverkehr ein Teilnehmer wie jeder andere sind.

Dass das Erstgericht das zwar theoretisch auch so sieht, ändert nichts daran, dass die Begründung des Erstgerichts darauf hinausläuft, der Stadt Linz als Gemeinde und wegen ihrer Eigenschaft als Gemeinde unverdiente, unberechtigte und gesetzwidrige Privilegien über andere Rechtsteilnehmer, wie die BAWAG PSK, zu gewähren. Im Folgenden wird gezeigt, dass ein Gemeinderatsbeschluss für den Abschluss des Swap durch Mag ██████ mangels gesetzlich vorgesehener Genehmigungspflicht gar nicht erforderlich gewesen wäre und – wenn doch – der GRB 2004 ausreichend gewesen wäre, sowie weiters, dass Mag ██████ zum Abschluss bevollmächtigt war oder zumindest eine Anscheinsvollmacht vorlag:

¹³⁸ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 549.

3. **Mag [REDACTED] durfte Swap für Stadt Linz abschließen (Punkt II.A.3 des Zwischenurteils)**

3.1. **Mag [REDACTED] durfte Swap ohne Mitwirkung des Gemeinderats abschließen (Punkt II.A.3.a des Zwischenurteils)**

3.1.1. Rechtsansicht des Erstgerichts

Das Erstgericht vertritt folgende Rechtsansicht:

Der Swap würde nach § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 in die Zuständigkeit des Gemeinderats fallen und hätte deshalb von diesem genehmigt werden müssen. Die in der Bestimmung genannten Schwellen seien "*mathematisch zwingend*" erfüllt, "*zumal bei der Beurteilung der Zuständigkeit keine Saldierung der einzelnen Leistungen zu erfolgen hat. Das Gesetz stellt nämlich eindeutig nur auf die Leistung der Klägerin ab*". Diese habe jährlich CHF 253.500 betragen und damit die in der Bestimmung genannte Schwelle von EUR 50.000 überschritten (Zwischenurteil, S 72).

Diese **Rechtsansicht des Erstgerichts ist rechtlich unrichtig** die ermittelte Zahl ist auch rechnerisch unrichtig – sie dazu die Beweisrüge Punkt C.II.22).

3.1.2. Kein ausdrücklicher Genehmigungstatbestand

Richtig ist, dass der Abschluss des Swap **nicht** in die Zuständigkeit des Gemeinderats fiel.

Einschlägig für die dem Gemeinderat "vorbehaltenen" Geschäfte ist § 46 StL 1992, der abschließend aufzählt, welche Geschäfte der Genehmigung durch den Gemeinderat bedürfen. Die Bestimmung nennt weder konkret Swap-Geschäfte noch allgemein Derivat-Geschäfte. Sie enthält auch keine anderen Geschäfte, unter die der Swap subsumiert werden könnte, obwohl derartige Swap-Geschäfte *ex ante* grundsätzlich marktüblich waren (Zwischenurteil, S 35). So berichten zB *Holoubek/Prändl*¹³⁹ im Jahr 2005, dass Länder, Städte und Gemeinden "*seit einigen Jahren*" vermehrt modernes Finanzmanagement betreiben würden. Sie führen die von Gebietskörperschaften "*immer intensiver*" genutzten verschiedenen Arten von derivativen Finanzinstrumenten an.¹⁴⁰ Anscheinend sah der Gesetzgeber des StL 1992 aber keinen Handlungsbedarf und **nahm Swap-Geschäfte nicht in § 46 StL 1992** auf. Deshalb fällt die Genehmigung von Swap-Geschäften auch nicht in die Zuständigkeit des Gemeinderats. Dass das Erstgericht dies – augenscheinlich – *ex post* rechtspolitisch anders beurteilt, ist irrelevant.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Wortlaut der genannten Bestimmung klar ist.¹⁴¹ Einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 auf Swap-Geschäfte im Wege der Auslegung ist daher von vornherein der Boden entzogen, weil es die Aufgabe der Interpretation ist, Rechtsnormen *auszulegen* und nicht einen vom historischen Gesetzgeber nicht intendierten Willen in die Regelung "*einzu*legen". Das wäre – wo-

¹³⁹ Öffentliches Finanzmanagement, in: Böck ua (Hrsg), Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand, (2005) 201.

¹⁴⁰ Öffentliches Finanzmanagement, in: Böck ua (Hrsg), Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand, (2005) 203 f.

¹⁴¹ "**§ 46 Zuständigkeit des Gemeinderates**
12. der Abschluß und die Auflösung sonstiger Verträge, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt 100.000 Euro oder das jährliche Entgelt 50.000 Euro übersteigt ...".

rauf schon hingewiesen wurde – verfassungswidrige richterliche Rechtsfortbildung. Unter Beachtung auf die verfassungsgesetzlich garantierte Autonomie der Gemeinden sind die Bestimmungen des StL 1992 immer einschränkend dahingehend auszulegen, dass sie die Stadt Linz in ihrer Privatautonomie nicht beschränken und auch die zivilrechtliche Handlungsform nicht verbieten oder verunmöglichen darf. Eine derartige Vorgangsweise verlässt aber angesichts des klaren Wortlauts den Boden der zulässigen Interpretation und ist eine verfassungswidrige Rechtsfortbildung.

3.1.3. Kein jährliches Entgelt über EUR 50.000

Auch das Erstgericht erblickt offenbar ohnehin **keinen einschlägigen "Swap-Tatbestand"** im taxativen Katalog des § 46 StL 1992. Stattdessen stützt es sich auf die Z 12 *leg cit* für Verträge, bei denen das festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000 oder das jährliche Entgelt EUR 50.000 übersteigt (Zwischenurteil, S 72).¹⁴² Das war beim Swap aber beides nicht der Fall:

Bei einem Swap gibt es kein jährlich festgesetztes Entgelt, sondern nur zwei Zahlungsströme, die saldiert werden. Nur dieser Saldo ist nach dem Vertrag von einer Partei zu bezahlen. Es gibt also keine zwei getrennten Zahlungsverpflichtungen, die nur mittels Erklärung einer Partei aufgerechnet werden können, sondern es gibt nach dem Vertrag nur eine Zahlungsverpflichtung der einen oder anderen Partei, die aus der vereinbarten Formel resultiert. Dies gilt auch im vorliegenden Fall: Wie vom Erstgericht festgestellt (Zwischenurteil, S 35) und wie auch aus der Einzelabschlussbestätigung (Beilage ./3) hervorgeht, wurde beim Swap der halbjährliche Austausch zweier Zahlungsströme nach einer bestimmten Formel vereinbart. Das bedeutet:

- Die Stadt Linz musste für den Swap **kein festgesetztes einmaliges** Entgelt zahlen, weder bei Abschluss noch während der Laufzeit oder bei Beendigung des Swap. Trotzdem stellte das Erstgericht dies nicht fest. **BAWAG PSK begehrt deshalb die ergänzende Feststellung:**

Stadt Linz musste für den Swap **kein festgesetztes einmaliges** Entgelt zahlen, weder bei Abschluss noch während der Laufzeit oder bei Beendigung des Swap.

Dies geht eindeutig aus der Einzelabschlussbestätigung (Beilage ./3) hervor, in der abschließend aufgezählt ist, welche Verpflichtungen die Parteien mit dem Swap eingehen. Eine festgesetzte einmalige Prämie findet sich nicht darunter. Die Feststellung ist relevant, um auszuschließen, dass der erste Fall des § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 gegeben ist.

- Die Stadt Linz musste für den Swap auch **kein festgesetztes jährliches** Entgelt zahlen, das EUR 50.000 übersteigt. Dies ergibt sich schon aus den obigen Ausführungen zur rechtlichen Struktur des Swap. Die entgegenstehende Feststellung des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 72), wonach jährliche Zahlungsverpflichtungen von mindestens CHF 253.500 entstehen würden, ist daher rechtlich verfehlt, da es nicht relevant ist, wie hoch ein einzelner Zahlungsstrom war. Sie ist auch faktisch

¹⁴² "§ 46 Zuständigkeit des Gemeinderates
12. der Abschluß und die Auflösung sonstiger Verträge, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt 100.000 Euro oder das jährliche Entgelt 50.000 Euro übersteigt ...".

mehrfach und grob unrichtig und wird auch im Rahmen der Beweisrüge bekämpft.¹⁴³ Sollte das Oberlandesgericht Wien dies nicht als Feststellung, sondern als rechtliche Beurteilung des Erstgerichts erkennen, verweist BAWAG PSK für die Zwecke der Rechtsrüge auf die entsprechenden Ausführungen dazu in der Beweisrüge.

- Außerdem ist – neben der Beweisrüge – auch festzuhalten, dass die Behauptung des Erstgerichts, die (angebliche) Zahlungspflicht **in CHF** übersteige jedenfalls die vom Gericht angenommene Schwelle, un schlüssig ist, weil der maßgebliche Umrechnungskurs und auch der dafür maßgebliche Zeitpunkt (das Gericht bezieht sich ja auf künftige Zahlungspflichten) nicht angegeben sind. Damit lässt sich aber **nicht sagen, ob die Schwelle in EUR überschritten wird.**
- Die Beurteilung des Erstgerichts ist auch deshalb rechtlich verfehlt, weil das Erstgericht nur dadurch zu einer fixen Zahlungspflicht der Stadt Linz gelangt, indem es den **Swap künstlich "seziert"** und den Zahlungsstrom der BAWAG PSK isoliert betrachtet. Tatsächlich ist Vertragsgegenstand aber die Zahlung eines Betrages, der sich aus einer Formel ergibt und wo im Vorhinein nicht sicher ist, wer an wen eine Zahlung in welcher Höhe leisten muss, sodass es keine festgesetzten Zahlungen gibt. Diese Vorgangsweise ist auch inkonsequent, weil das Gericht bei der Frage der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht den Swap nicht in seine Bestandteile zerlegt, sondern diesen im Gegenteil mit einem (potentiellen) Finanzierungsgeschäft verknüpft und nur dadurch zu einer Genehmigungspflicht gelangt. Damit verabschiedet sich das Erstgericht endgültig von den rechtlichen Anforderungen an Bewilligungserfordernisse und insbesondere vom Vertrauensschutz, weil die von diesem aufgestellten Kriterien in keiner Weise klar bestimmt und vorhersehbar sind.

Zusammengefasst kann der Tatbestand des § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 nicht erfüllt sein: Weder gab es beim Swap ein festgesetztes einmaliges noch gab es ein jährliches Entgelt, das die in § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 genannten Schwellenwerte übersteigen konnte. **Es gab schlicht gar kein Entgelt (0). Die Schwellen konnten deshalb auch nicht überschritten werden.** Wiederum betätigt sich das Erstgericht in verfassungswidriger Weise auf dem Boden der Rechtspolitik. Ob es wünschenswert ist, dass der Swap genehmigungspflichtig gewesen wäre, ist von der anzustellenden rechtlichen Beurteilung auf Basis des positiven Rechts streng zu trennen. Ein Swap ist kein Geschäft mit einem festgesetzten und/oder jährlichem Entgelt – das liegt in der Natur des Geschäfts. Daher kann er auch nicht unter Z 12 fallen.

Zur Frage, ob der Abschluss des Swap *ex ante* unter § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 oder einen der anderen Tatbestände des § 46 Abs 1 StL 1992 zu subsumieren gewesen wäre, gibt es auch höchstgerichtliche Rechtsprechung, auch wenn dies vom Erstgericht immer wieder relativiert oder teilweise auch beiseitegelassen wird: Der VwGH entschied zur ZI Ra 2017/09/0001, dass *"Z 12 des § 46 Abs 1 Oö. StL 1992 [...] auf Basis der bisherigen Erwägungen im angefochtenen Erkenntnis keine taugliche Grundlage für einen Schuldspruch darstellt"* und *"erst durch die Oö Gemeinderechtsnovelle 2012 (LGBl. Nr. 1/2012) derartige Finanzgeschäfte [gemeint:*

¹⁴³ Dazu näher bei der Beweisrüge insbesondere Punkte C.II.13 und C.II.22.

Swap-Geschäfte] *ausdrücklich erfasst sind*."¹⁴⁴ Davor, also **zum Abschlusszeitpunkt des Swap, waren Swap-Geschäfte nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs also nicht von § 46 StL 1992 erfasst**. Im Sinn der oben begehrten ergänzenden Feststellung erging diese Entscheidung gegen Mag ██████ im Zusammenhang mit dem klagsgegenständlichen Swap.¹⁴⁵ Damit entschied der Verwaltungsgerichtshof genau wie zum (angeblichen) aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis, dass auch bei der Bestimmung zu den dem Gemeinderat vorbehaltenen Beschlussfassungen keine Rede von Swap-Geschäften war und der Swap deshalb unter keinen der dort genannten Tatbestände zu subsumieren war. Der Abschluss des Swap fiel also **auch nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht in den dem Gemeinderat vorbehaltenen eigenen Wirkungsbereich** nach § 46 StL 1992.

Der Hinweis des Erstgerichts, wonach – kurz zusammengefasst – der VwGH nur deshalb zu dieser Entscheidung gelangt wäre, weil Feststellungen über die Höhe des Entgelts fehlten (Zwischenurteil, S 72), ist unrichtig. Das Erstgericht wirft BAWAG PSK ein unvollständiges Zitat aus dem VwGH-Erkenntnis vor – dem ist zu entgegen, dass das Erstgericht selbst unvollständig zitiert und folgenden Satz weglässt: "*Hinzu kommt, dass auch hier erst durch die Oö Gemeinderechtsnovelle 2012 (LGBl. Nr. 1/2012) derartige Finanzgeschäfte ausdrücklich erfasst sind*." Daraus ergibt sich eindeutig, dass für den VwGH – unabhängig von irgendwelchen Feststellungen – "*derartige Finanzgeschäfte*" vor der Novelle 2012 nicht erfasst waren. Außerdem behandelte der VwGH ja – im Sinn der begehrten ergänzenden Feststellung – den Swap und damit das ganz konkrete Geschäft, um das es auch in diesem Verfahren geht. Die Höhe des jährlichen Entgelts hatte für ihn keine Bedeutung, weil er **Swap-Geschäfte ohnehin nicht von § 46 StL 1992 erfasst** sah.

Zusammengefasst kann der Abschluss des Swap nicht unter § 46 StL 1992 subsumiert werden. Das ergibt sich bereits aus dem klaren Gesetzeswortlaut, der nicht mit dem ebenso klaren Vertragsinhalt des Swap in Einklang zu bringen ist. Dort, wo Gesetz und Vertrag hinreichend bestimmt und eindeutig sind, wie dies hier der Fall ist, ist **für Auslegung kein Raum** mehr. Sonst würde das Gericht nämlich hinsichtlich der gesetzlichen Rahmenbedingungen für sich die Stellung als Gesetzgeber beanspruchen. Dies sieht der VwGH in der oben zitierten Entscheidung ganz genauso.

3.1.4. Keine Genehmigung – keine Ungültigkeit

Zwischenergebnis ist, dass der **Swap keinem Genehmigungstatbestand des § 46 StL 1992 unterlag**. Der Abschluss des Swap musste deshalb nicht vom Gemeinderat der Stadt Linz genehmigt werden. Mag ██████ als Vertreter der Stadt Linz durfte den Swap also alleine aufgrund seiner nach außen wirkenden Abschlussvollmacht abschließen.¹⁴⁶ Nach Meinung des VwGH gab es daran auch keine Zweifel.¹⁴⁷ Darauf, ob der GRB 2004 eine gültige Grundlage für Mag ██████ darstellte, um den Swap abzuschließen, kommt es also gar nicht an. Mag ██████ durfte den Swap daher jedenfalls schließen und dieser kann deshalb auch nicht nach § 867 ABGB ungültig sein.

¹⁴⁴ VwGH 20.9.2018, Ra 2017/09/0001. Siehe näher zu dieser Entscheidung beim aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis Punkt B.I.3.

¹⁴⁵ Vgl Punkt B.I.3.

¹⁴⁶ Vgl dazu gleich unten B.II.3.3.

¹⁴⁷ VwGH 26.4.2016, Ro 2015/09/0014.

3.2. *In eventu:* Mag [REDACTED] durfte Swap aufgrund des GRB 2004 abschließen

3.2.1. Swap ist von GRB 2004 gedeckt – und war insbesondere optimierend (Punkt II.A.3 des Zwischenurteils)

3.2.1.1. *Rechtsansicht des Erstgerichts*

Das Erstgericht behauptet, der Swap würde – "*unabhängig von den formalen Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen Grundsatzbeschlussfassung*"¹⁴⁸ – bereits nicht den Vorgaben des GRB 2004 entsprechen. Insbesondere sei er nicht "optimierend" gewesen, was der GRB 2004 aber verlangen würde (Zwischenurteil, S 77).

Diese Rechtsansicht ist mehrfach unrichtig, weil der Swap nicht unter die in § 46 StL aufgelisteten Gegenstände fällt, die der Beschlussfassung durch den Gemeinderat vorbehalten sind. Selbst wenn das so wäre, dann würde es – allein – dem Gemeinderat obliegen, wie detailliert er das Handeln des ihm zuzurechnenden Magistrats bzw des ihm zuzurechnenden Organwalters im Magistrat, namentlich Mag [REDACTED] als Leiter der FVV, vorherbestimmt. Der Abschluss des Swap ist nämlich – wie bereits mehrfach dargetan – ein Akt der Privatwirtschaftsverwaltung und in der Privatwirtschaftsverwaltung gilt der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz der Verwaltung, dh die Voraussetzung, dass es für Verwaltungshandeln eine ausreichend bestimmte gesetzliche Grundlage geben muss, nicht. Selbst wenn man aber – unzutreffender Weise – annehmen würde, der Abschluss des Swap fiele in die Zuständigkeit des Gemeinderats, gilt im Einzelnen Folgendes, woraus sich klar zeigt, dass Mag [REDACTED] den Swap aufgrund des GRB 2004 abschließen durfte:

3.2.1.2. *Inhalt und Auslegung des GRB 2004*

Der GRB 2004 steht im Mittelpunkt der rechtlichen Begründung des Erstgerichts. Für alle weiteren Fragen ist deshalb zentral, nach welchen Regeln der GRB 2004 auszulegen ist. Dies ist vor dem öffentlich-rechtlichen Hintergrund zu sehen, dass das StL 1992 keine inhaltlichen Vorgaben zur Bestimmtheit von Gemeinderatsbeschlüssen festlegt und das auch für Akte der Privatwirtschaftsverwaltung – wie der Swap einer ist – wegen der Nicht-Geltung des Legalitätsprinzips nicht erforderlich ist. Es bleibt daher dem Gemeinderat überlassen, wie er einen Gemeinderatsbeschluss inhaltlich hinsichtlich der Bestimmtheit ausgestaltet. Umso mehr verwundert, dass das Erstgericht im Zwischenurteil apodiktisch behauptet, der GRB 2004 wäre eine – mehr oder weniger – unverbindliche politische Willensäußerung, gleichzeitig – fälschlicherweise – von einer Zuständigkeit des Gemeinderats zum Abschluss des Swap ausgeht und in diesem Zusammenhang meint, der GRB 2004 wäre nicht bestimmt genug, um den Abschluss des verfahrensgegenständlichen Swap zu decken. Dies, obwohl Geschäfte wie der Swap vom Wortlaut des Beschlusses¹⁴⁹ abgedeckt sind und dieser eine Vollmacht zum Abschluss enthält.¹⁵⁰

Erklärungen wie der GRB 2004, die sich an einen größeren Adressatenkreis oder an die Öffentlichkeit richten, sind **verstärkt objektiviert nach §§ 914 f ABGB** auszulegen. Dies ist sachgerecht, weil die entsprechenden Rechtsakte an eine Mehr- oder Vielzahl von potenziellen Adressaten gerichtet sind und die näheren Umstände der Entstehung dieser Rechtsakte

¹⁴⁸ Vgl dazu gleich unten Punkt B.II.3.2.2.

¹⁴⁹ Siehe dazu B.II.3.2.1.

¹⁵⁰ Siehe dazu Punkt B.II.3.2.2.

(oft) nicht bekannt sind und nicht bekannt sein müssen. Speziell im Zusammenhang mit der Auslegung von solchen Gemeinderats-Beschlüssen und vergleichbaren Rechtsakten, die aus der Willensbildung einer Vielzahl unterschiedlicher Personen entstehen und die dem Publikum durch Veröffentlichung (wie hier zB im Amtsblatt) bekannt gemacht werden, ist aus diesen Gründen zur Wahrung der Sicherheit des Rechtsverkehrs eine verstärkt objektivierete Auslegung geboten.¹⁵¹

Das bedeutet: Ist eine eindeutige Auslegung nicht möglich, ist aufgrund der Regeln von §§ 914 f ABGB diejenige Auslegung heranzuziehen, die sich für den Erklärungsempfänger, also konkret BAWAG PSK als die günstigste herausstellt, weil nach § 915 ABGB eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt wird, der sich derselben bedient hat (hier also zum Nachteil der Stadt Linz). Mit anderen Worten: Es kommt unter Vertrauensgesichtspunkten **auf den Empfängerhorizont** von BAWAG PSK an, was sie im Zeitpunkt des Abschlusses des Swap unter dem GRB 2004 verstehen durfte. Es ist somit auch danach ein objektives Begriffsverständnis der BAWAG PSK als verständiger Dritten maßgeblich.

Dem kann auch nicht – wie es das Erstgericht versucht – mit § 867 ABGB entgegengetreten werden und auf den (angeblich) mangelnden Vertrauensschutz bei Geschäften mit der öffentlichen Hand argumentiert werden. § 867 ABGB verweist zur Frage, ob solche Geschäfte nichtig bzw schwebend unwirksam sind, auf die gemeinderechtlichen Organisationsvorschriften; darüber, wie der GRB 2004 auszulegen ist, enthält die Bestimmung keine Regelungen und insbesondere auch nicht, wie bestimmt ein Gemeinderatsbeschluss sein muss. § 867 *leg cit* ist daher keine Auslegungsmaxime für Willensäußerungen von Gebietskörperschaften, auch wenn das vom Erstgericht unterschwellig so behauptet wird. Auch die Rechtsprechung wendet dieses Prinzip an und führt aus, dass immer dort, wo der Rechtsverkehr betroffen ist, nach objektiven Kriterien unter Bedachtnahme auf den Empfängerhorizont eines verständigen Dritten auszulegen ist.¹⁵² Diese Auslegung muss deshalb für alle Dritten gleich sein.¹⁵³ Selbst Stadt Linz behauptete übrigens bisher immer, dass der Swap nach §§ 914 f ABGB auszulegen ist.¹⁵⁴

Im Zusammenhang mit dem für die Gültigkeit des Geschäfts relevanten § 867 ABGB folgt zusätzlich: § 867 ABGB bezieht sich nur auf im Organisationsrecht als Gültigkeitsvoraussetzungen normierte Bestimmungen. Kann einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift nichts über die Gültigkeit entnommen werden, kann § 867 ABGB alleine nicht zu einer Ungültigkeit führen.¹⁵⁵ Bloße interne Verhaltensanforderungen an die für eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelnden Organe sind keine Organisationsvorschriften iSd § 867 ABGB und entfalten daher im Lichte des § 867 ABGB auch keine Außenwirkung.¹⁵⁶ Konkret hinsichtlich § 867 ABGB wurde in diesem Zusammenhang vom OGH außerdem entschieden, dass es sich – um eine Einschränkung der Befugnis zu bewirken – "**um völlig eindeutige Anordnungen han-**

¹⁵¹ Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 303 ff und 311 ff. Vgl auch OGH 21.12.2004, 4 Ob 241/04a und F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 466.

¹⁵² Vgl nur OGH 21.12.2004, 4 Ob 241/04a.

¹⁵³ F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 466.

¹⁵⁴ Vorbereitender Schriftsatz 12.7.2013, S 21.

¹⁵⁵ Mit historischen Nachweisen Wilhelm, Die Vertretung der Gebietskörperschaften im Privatrecht (1981) 40 ff; Eccher/Purtscheller, Zur Gültigkeit privatrechtlicher Verträge juristischer Personen des öffentlichen Rechts (§ 867 ABGB), JBI 1977, 561 (566); Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 867 ABGB Rz 2.

¹⁵⁶ Siehe Hengstschläger in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht (1 Lfg, 1999) Band II/1 Art 51 Rz 89 f.

deln [muss], welche keinen Zweifel am Umfang der eingeräumten Vertretungsmacht übriglassen."¹⁵⁷ Ist die öffentlich-rechtliche Vorschrift derart unklar abgefasst, dass es erst einer eingehenden Analyse oder gar der Einholung eines Rechtsgutachtens bei hochspezialisierten gerichtlichen Sachverständigen bedarf, um auf dem Auslegungsweg die Befugnisse des Handelnden zu ermitteln, **kann sich die öffentliche Körperschaft nicht darauf berufen, dass der Umfang der Vertretungsmacht nach den kundgemachten Vorschriften eingeschränkt sei.**

Unklare Formulierungen in den öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften gehen nach Rechtsprechung und der herrschenden Lehre jedenfalls zu Lasten der öffentlichen Körperschaft.¹⁵⁸ Das folgt aus dem im privatrechtlichen Stellvertretungsrecht anerkannten Grundsatz des Vertrauensschutzes, der auch im Vertretungsrecht öffentlicher juristischer Personen anzuwenden ist.¹⁵⁹ Sollte der GRB 2004 also überhaupt missverständlich oder unklar gewesen sein, was bestritten wird, so kann § 867 ABGB nicht entnommen werden, dass dann zu Lasten des privaten Vertragspartner von der Ungültigkeit bzw schwebenden Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen wäre. Im Gegenteil, es kommt unter Vertrauensschutzgesichtspunkten auf den Empfängerhorizont von BAWAG PSK an, was sie im Zeitpunkt des Abschlusses des Swap unter dem GRB 2004 verstehen durfte – und BAWAG PSK durfte, wie gezeigt wurde und wird, eindeutig von der Gültigkeit ausgehen.

Es war auch zulässig, dass der Gemeinderat einen Rahmenbeschluss gefällt hat:

3.2.1.3. *Rahmenbeschlüsse sind erlaubt und üblich*

3.2.1.3.1. Rechtsansicht des Erstgerichts

Das Erstgericht vertritt die Rechtsansicht, der GRB 2004 stelle einen unzulässigen Versuch des Gemeinderats dar, seine Aufgaben ohne tiefere inhaltliche Befassung mit der Materie und demzufolge auch ohne Leitlinien oder sonstige Vorgaben auf den Magistrat abzuschieben. Deshalb sei der GRB 2004 "*rechtlich nicht gedeckt*" (Zwischenurteil, S 74-77, insbesondere S 77). Diese Rechtsansicht des Erstgerichts ist unrichtig:

3.2.1.3.2. Verfassungsmäßige Grundlage von Rahmenbeschlüssen und praktische Anwendung

Einleitend ist festzuhalten, dass es dem Gemeinderat als – unmittelbar durch Wahlen demokratisch legitimiertem – Vertretungskörper tatsächlich freisteht und auch verfassungsrechtlich freistehen muss, wie (detailliert) er im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung seinen Willen bildet.¹⁶⁰ Und er hat seinen Willen gebildet, das darf hier nicht übersehen werden, nämlich dass "*[d]ie FVV [...] ermächtigt [werden sollte], das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren*" (Zwischenurteil, S 16). Es ist nicht so, als ob es gar keinen Beschluss des Gemeinderats gegeben hätte. Vielmehr hat die vom Erstgericht geforderte interne Willensbildung sehr wohl

¹⁵⁷ OGH 15.5.1979, 4 Ob 28/79.

¹⁵⁸ Vgl OGH 15.5.1979, 4 Ob 28/79; *Krejci*, Vertretungsprobleme kommunaler Privatwirtschaftsverwaltung, in *Krejci/Ruppe*, Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 119 (139 f); *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 867 ABGB Rz 6; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 867 ABGB Rz 11; tendenziell auch *F. Bydliński*, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Sicht, JBI 1968, 9 (17).

¹⁵⁹ Vgl zum Vertrauensschutz näher unten B.II.3.2.4.3 und B.II.3.4, insbesondere B.II.3.4.4.

¹⁶⁰ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 82.

stattgefunden. Organisationsvorschriften, die Anforderungen an die Bestimmtheit von Gemeinderatsbeschlüssen stellen, existieren in der Privatwirtschaftsverwaltung nicht. Das ist der – gerade oben beschriebenen – Gemeindeautonomie und der Nicht-Geltung des Legalitätsprinzips geschuldet, wonach die Gemeinden als Selbstverwaltungskörper ihre territorialen Aufgaben im eigenen Wirkungsbereich selbst und eigenverantwortlich erfüllen sollen und es dabei im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung keiner gesetzlichen Ermächtigung bedarf.

Hinsichtlich des Determinierungsgrades von Gemeinderatsbeschlüssen könnte der (Landes-) Gesetzgeber des StL 1992 auch nur eingeschränkt eingreifen, weil Art 116 Abs 2 B-VG die Erlassung von gemeindespezifischem Sonderrecht für die Privatwirtschaftsverwaltung verbietet.¹⁶¹ **Bestimmungen über die Voraussetzungen und den Inhalt der privatrechtlichen Ermächtigungen durch den Gemeinderat, inhaltliche Bindungen desselben in der Privatwirtschaftsverwaltung sowie Vorgaben über den Detaillierungsgrad von Gemeinderatsbeschlüssen, etc sind daher verfassungswidrig.** Dies ist bei der Auslegung des StL 1992 zu berücksichtigen, aus der klar folgt: **Rahmenbeschlüsse sind nicht unzulässig.**

Selbst in der Hoheitsverwaltung, in der – anders als beim Abschluss eines Swap in der Privatwirtschaftsverwaltung – nach dem Legalitätsprinzip von einer strengen Gesetzesbindung auszugehen ist, führte der Verfassungsgerichtshof zur Bestimmtheit des § 1 Bundesgesetz über Sanierungsmaßnahmen für die HYPO ALPE ADRIA BANK INTERNATIONAL AG¹⁶² aus: angesichts "*des Gestaltungsspielraums, der dem Gesetzgeber bei der Regelung eines solchen Abwicklungsszenarios zukommt, und der Notwendigkeit flexiblen Handelns in wirtschaftlich schwierigen Prozessen ist es unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber der Vollziehung entsprechende Spielräume, insbesondere auch im Restrukturierungsprozess der Trennung zwischen der Abbaueinheit und der weiterzuführenden Teile der abzuwickelnden (ehemaligen) Hypo Alpe-Adria-Bank International AG, einräumt* (vgl. zum differenzierten Legalitätsprinzip VfSlg. 10.275/1984, 17.348/2004)."¹⁶³ Das muss umso mehr im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung gelten, in der das Legalitätsprinzip – bekanntlich – nicht gilt. Bei Gemeinderatsbeschlüssen, die komplexe wirtschaftlichen Vorgänge betreffen, darf nicht ein die notwendige Flexibilität torpedierender Bestimmtheitsgrad gefordert werden, wie dies das Erstgericht tut.

Das ist gerade bei Derivatgeschäften wie dem hier klagsgegenständlichen Swap der Fall. Gemeinden sind solche Derivatgeschäfte nicht verboten, weshalb Gemeinden diese grundsätzlich schließen dürfen müssen.¹⁶⁴ Diese Rechtsauffassung vertritt auch das Erstgericht (Zwischenurteil, S 71). Gleichzeitig unterläuft das Erstgericht aber diese Zulässigkeit, indem es an den konkreten Abschluss so strenge und weder verfassungsrechtlich noch einfachgesetzlich gedeckte Determinierungsgebote für den Gemeinderatsbeschluss ersinnt, dass der Abschluss von Derivaten praktisch verunmöglicht wird.

Was das Erstgericht eigentlich will, zeigt es anschaulich, wenn es schreibt, dass "*Bedenken gegen die Zulässigkeit einer bloßen Grundsatzbeschlussfassung ohne Anführung des konkreten Geschäfts*" (Zwischenurteil, S 77) bestehen. Das Erstgericht will also (aus seiner Sicht) genehmigungspflichtige Derivatgeschäfte nur erlauben, wenn das **konkrete Geschäft Gegenstand eines Beschlusses** ist. Das ist **aufgrund der Natur dieser Geschäfte, insbesondere**

¹⁶¹ Vgl Punkt B.II.2.

¹⁶² VfSlg 20.000/2015.

¹⁶³ Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁶⁴ Vgl dazu insbesondere Punkt B.II.2.2.

der sich ständig ändernden Parameter, aber völlig unmöglich. Der Bankfachmann [REDACTED] hielt dazu fest:

"Ergänzen muss ich dazu, dass es sich bei diesen Beschlüssen quasi um Grundsatzbeschlüsse gehandelt hat, weil ja die konkreten Parameter des Geschäfts da noch gar nicht feststanden zu dem Zeitpunkt, als der Beschluss gefasst wurde. Diese Geschäfte bewegen sich ja und sind am Markt und man weiß ex ante noch gar nicht die genauen Parameter.

Auf Nachfrage des Richters, ob es auch vorgekommen sei, dass der Gemeinderat nach dem Grundsatzbeschluss und Abschluss des Geschäftes nachträglich das konkrete Geschäft anhand der konkreten Parameter nochmals beschlossen bzw. genehmigt hat:

Nein, meiner Erinnerung nach ist so etwas nie vorgekommen. Oft ist auch gar nicht ein konkretes Produkt genannt worden in den Beschlüssen, sondern es stand dann beispielsweise, dass eine Zinsabsicherung beschlossen wird von beispielsweise 5 % und eine dann genannte Person X hat dann ein Geschäft abgeschlossen, mit dem diese Vorgabe erreicht wurde."¹⁶⁵

An sich sollte dies evident sein, da Kurse von Währungen und Finanzprodukten am Markt laufend Schwankungen unterliegen (siehe dazu auch die gleich unten zitierte Literatur).

BAWAG PSK **begehrt** aber aus advokatorischer Vorsicht **die folgende ergänzende Feststellung:**

Die genauen Parameter von Derivatgeschäften wie dem klagsgegenständlichen Swap verändern sich laufend. Die Parameter können deshalb auch nicht bereits mehrere Tage vor Abschluss fixiert werden.

Die ergänzende Feststellung ist -soweit man überhaupt von einem Beschlusserfordernis für den Swap ausgeht – relevant, weil sie zeigt, dass die vom Erstgericht vertretene Meinung die verfassungsrechtlich gebotene Gemeindeautonomie unzulässig einschränkt, indem sie Gemeinden den Abschluss grundsätzlich zulässiger Geschäfte, nämlich Derivatgeschäfte, effektiv verunmöglicht.

Das StL 1992 enthält eben – so wie andere Stadt- und Gemeinderechte – aus gutem Grund **keine Vorgaben zum Determinierungsgrad von Gemeinderatsbeschlüssen**; vor allem gibt es dort keine Bestimmung, wonach bei zivilrechtlichen Verträgen stets ein vollständig ausverhandelter Vertrag mit bestimmten Konditionen dem Gemeinderat zur Beschlussfassung vorgelegt werden müsste. Ferner sind keine Vorgaben festgelegt, wonach in einem solchen Fall vor Abschluss des Vertrags zwingend dieser (nochmals) dem Gemeinderat vorgelegt und von diesem beschlossen werden müsste. Das ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Abschluss eines Swap-Geschäfts im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung erfolgt. Damit entfällt – die aus dem Legalitätsprinzip resultierende und nur für die Hoheitsverwaltung, nicht aber die Privatwirtschaftsverwaltung relevante – Voraussetzung, das Ermessen der Verwaltung entsprechend (eng) einzugrenzen.

Außerdem basiert das Privatrecht – anders als das öffentliche Recht – auf dem Grundsatz der Richtigkeitsgewähr des einem Rechtsgeschäft zugrundeliegenden Interessenausgleichs.

¹⁶⁵ Protokoll 10.4.2019, S 13 (ZV [REDACTED])

Würde man bei privatrechtlichen Transaktionen auf einer detaillierten Inhaltskontrolle des jeweiligen Geschäfts bestehen, sei es durch Gesetz, sei es durch Beschlüsse, so würde das **gegen die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit verstoßen und wäre außerdem völlig systemwidrig**.¹⁶⁶ Ginge man also – unzutreffender Weise – davon aus, dass für den Swap nach dem StL 1992 eine "Genehmigung" des Gemeinderats erforderlich wäre, die jedes Detail des künftigen Vertrags vorherbestimmt, wäre eine solche Auslegung des Gesetzes aus dem vorgenannten Grund verfassungswidrig, weil die Gemeinde dann nicht mehr wie ein Privater handeln könnte. Genauso wäre es systemwidrig, vom Beschluss des Gemeinderats eine derart engmaschige Determinierung des Handelns der Verwaltungsorgane zu verlangen.

Dass im GRB 2004 nicht das konkrete Geschäft (der Swap) selbst, sondern nur eine gattungsmäßige Umschreibung des Swap (Finanzgeschäfte) in Form eines Rahmenbeschlusses enthalten ist, schadet deshalb nicht. Die – im konkreten Fall – gewählte Vorgangsweise eines Rahmenbeschlusses deckt sich auch mit den Überlegungen des im Auftrag des **Österreichischen Städtebundes im Jahr 2003 herausgegebenen Handbuchs "Kreditfinanzierung für Gemeinden"**. So führt *Knoth* dort aus (Hervorhebung hinzugefügt): "*Der fach- und sachgerechte Einsatz von Derivatgeschäften für die kommunale Schuldenbewirtschaftung ist daher nur in Form einer vom GR ausgesprochenen Ermächtigung, solche Geschäfte rechtswirksam abzuschließen, vorstellbar.*"¹⁶⁷ Klar war danach auch: Zustande kommt das Geschäft durch die – in der Regel per Telefon eingeholte – Zustimmung bei den im Vertrag namhaft gemachten, auf der Ebene der Administration angesiedelten Personen.¹⁶⁸ Dies überrascht – wie dargetan – nicht, weil Private bei Abschluss von Derivatgeschäften genauso handeln würden, da sich solche Transaktionen praktisch eben gar nicht anders durchführen lassen. Vom Erstgericht wird diese Tatsache freilich vollständig ausgeblendet.

Damit ist in der Literatur **gut dokumentiert, dass Rahmenbeschlüsse gerade bei Finanzgeschäften absolut gängig waren**. Die einhellige Lehre geht in Übereinstimmung damit auch rechtlich davon aus, dass solche Rahmenbeschlüsse zulässig sind und es nicht erforderlich, weil praktisch unmöglich ist, den einzelnen Swap durch den Gemeinderat zu genehmigen.¹⁶⁹ Das würde nämlich bedeuten, dass der Gemeinderat exakt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Derivatgeschäfts tagen müsste, um seine Zustimmung dafür zeitgerecht zu erteilen. Das ist praktisch völlig unvorstellbar (siehe dazu die ergänzend beehrte Feststellung oben). Da Gemeinden sonst von Derivatgeschäften ausgeschlossen werden – was selbst nach der Novelle des StL im Jahr 2012 nicht der Fall war – kann der Gemeinderat hier nur Ermächtigungen erteilen (wogegen bei wirtschaftlich komplexen Themen wie oben dargestellt nach dem VfGH nicht einmal im Bereich der Hoheitsverwaltung etwas spricht).

Trotzdem ging das Erstgericht davon aus, dass die rechtliche Unzulässigkeit des GRB 2004 "*offensichtlich*" sei. Es ist für BAWAG PSK völlig unerklärlich, wie das Erstgericht auf Grundlage der oben dargestellten Rechtsgrundlagen, der Praxis und der Meinung verschiedenster Stellen sowie der Literatur zu dieser rechtlichen Schlussfolgerung gelangen kann. Wie bereits oben beschrieben, beschäftigte sich übrigens auch der VfGH mit dem hier klagsgegenständlichen Swap und auch der VfGH erwähnte mit **keinem Wort**, dass der GRB 2004 rechtlich

¹⁶⁶ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 75.

¹⁶⁷ *Knoth*, Kommunale Schuldenbewirtschaftung, 289.

¹⁶⁸ *Knoth*, Kommunale Schuldenbewirtschaftung, 290; *N. Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013/16 [71].

¹⁶⁹ *N. Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013/16.

unzulässig gewesen sein soll.¹⁷⁰ Im Gegenteil hielt der VwGH dort fest, dass nicht einmal Mag █████ also der Leiter der FVV der Stadt Linz, Zweifel an der Gültigkeit des Beschlusses haben musste. Vor allem äußerte der VwGH selbst auch keine solchen Zweifel. Auch der Finanzausschuss des Gemeinderats, dem Mag █████ laufende berichtete, und andere Organe der Stadt Linz kamen nie auf die Idee, der Swap sei ungültig.¹⁷¹ Die angebliche Unzulässigkeit war daher für niemanden außer dem Erstgericht "offensichtlich" (in diesem Zusammenhang muss angemerkt werden, dass das Gericht in den ersten Jahren des Verfahrens selbst von einer Gültigkeit ausging, weshalb diese Aussage überrascht, weil ihm der GRB 2004 von Anfang an bekannt war).¹⁷²

3.2.1.3.3. Erstgericht verbietet Rahmenbeschlüsse

Wie soeben ausgeführt, erfordern Finanzgeschäfte im Hinblick auf mögliche Marktschwankungen entsprechende Handlungsspielräume für die umsetzenden Organe, und auch der Städtebund hielt daher eine entsprechende Ermächtigung an diese für eine zweckmäßige Vorgangsweise. Konkret sind deshalb auch mit Blick auf den Swap die **Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit von derart ermächtigenden Beschlüssen aufgrund der Natur solcher Geschäfte nicht streng auszulegen**, weil die Handlungsspielräume der Stadt, für das Zins- und Währungsmanagement sinnvolle und übliche Transaktionen durchzuführen, sonst extrem eingeschränkt wären.

Der Gemeinderat wollte daher sinnvollerweise der zuständigen FVV auch einen weiteren Spielraum zugestehen, Finanzgeschäfte wie den Swap durchzuführen: Dies ergibt sich aus dem Amtsbericht 2004 (Beilage ./C), der den Gemeinderatsmitgliedern bei der Beschlussfassung vorlag (Zwischenurteil, S 14 f). Demnach wurde die FVV zum Abschluss von Finanztermingeschäften ermächtigt, weil dieser *"sehr kurzfristig erfolgen muss"* (Zwischenurteil, S 15). Die Notwendigkeit kurzfristiger Entscheidungen entsprach dem Gesetz, wonach im *"Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit"* zu handeln sei (§ 38 Abs 3 StL 1992 und § 11 Abs 4 GEOM). Jeder Private hätte – zu Recht! – genauso gehandelt. Würde man der Stadt Linz diese Möglichkeit nehmen, wäre das nicht nur eine **verfassungswidrige Beschränkung der Gemeindeautonomie**, sondern würde de facto das Ende von Geschäften bedeuten, die es ermöglichen, ein Finanzierungsportfolio sinnvoll zu bewirtschaften. Wenn nämlich in jedem Einzelfall der Gemeinderat befasst werden müsste, wäre ein Ausnützen günstiger oder eine Reaktion auf ungünstige Marktentwicklungen praktisch kaum möglich.

Aus diesem Blickwinkel enthält der GRB 2004 alle erforderlichen Determinanten, die ein Rahmenbeschluss braucht, um auf seiner Grundlage einen individuellen Vertrag abschließen zu können. **Völlig offen ist, was das Erstgericht überhaupt noch mehr verlangt.** Immerhin schien dem Erstgericht der GRB 2004 übrigens determiniert genug, um zur Auslegung seines Wortlauts zwei umfangreiche Sachverständigengutachten einzuholen (die das Erstgericht dann aber weitgehend nicht berücksichtigte – siehe dazu unten bei der Optimierungseignung).

Im GRB 2004 bezog sich der Auftrag sinngemäß auf den Abschluss marktüblicher Finanzgeschäfte (im Innenverhältnis auch "optimierender" Geschäfte – siehe dazu oben), aber die Stadt

¹⁷⁰ VwGH Ra 2017/09/0001 und Ro 2015/09/0014.

¹⁷¹ Siehe näher Punkt B.II.3.2.2.3.

¹⁷² Protokoll, 4.10.2013, S. 29, wo der Erstrichter zum Abschluss der Verhandlung festhielt: *"Das Gericht hält unvorgreiflich einer späteren Änderung aufgrund geänderter Sachlage oder auch Rechtsmeinung fest, dass es derzeit eher von einer Gültigkeit des Geschäftes ausgeht [...]"* Erst in der Tagsatzung am 11.11.2016 änderte das Gericht seine Meinung wobei es selbst da nur Zweifel an der Gültigkeit äußerte und nicht von einer "offenkundigen" Ungültigkeit sprach (Protokoll, S 4).

Linz musste eben nicht für jedes einzelne Finanzgeschäft einen Gemeinderatsbeschluss fassen. Die Ermächtigung und Bevollmächtigung zum Abschluss war auf das Fremdfinanzierungsportfolio beschränkt und dadurch **nicht schrankenlos**, sondern zweckentsprechend und ausreichend determiniert.

Liest man das Zwischenurteil genau, wird insbesondere an einer Stelle deutlich, was das Erstgericht eigentlich mit seiner Argumentation bezweckt und wie deutlich es damit eine verfassungswidrige Beschränkung der Gemeindeautonomie vertritt. Dort schreibt das Erstgericht (Hervorhebung hinzugefügt): "*Unabhängig von den formalen Bedenken gegen die Zulässigkeit einer bloßen Grundsatzbeschlussfassung ohne Anführung des konkreten Geschäfts aufgrund der mangelnden Determination*". Was das Erstgericht also eigentlich will, ist nicht ein Rahmenbeschluss, der seine Voraussetzungen näher umschreibt oder weitere Voraussetzungen enthält – was das Erstgericht tatsächlich will, ist das Verbot von Rahmenbeschlüssen überhaupt, weil diese eben nicht das "konkrete Geschäft" anführen. Nach allem, was bisher dazu geschrieben wurde, ist das mehrfach rechts- und verfassungswidrig – es fesselt Gemeinden unzulässigerweise und nimmt ihnen die Möglichkeit, ihre Geschäfte im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung selbst zu regeln.

Dabei geht es nicht nur um Derivatgeschäfte (die – wie oben beschrieben und wie auch das Erstgericht festhält – grundsätzlich zulässig sind). Dabei geht es auch und gerade um ganz alltägliche Geschäfte wie zB Bauvorhaben, wie oben gezeigt wird.¹⁷³ Nimmt man das Erstgericht beim Wort, hat die Gemeinde zwar theoretisch die umfassenden verfassungsmäßigen Rechte, kann diese aber praktisch gesehen in bestimmten komplexen Bereichen nie ausüben, weil die für eine sinnvolle Handhabung nötigen Rahmenbeschlüsse *per se* zur Ungültigkeit des auf dessen Grundlage geschlossenen Geschäfts führen sollen. Die entgegenstehenden Beteuerungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 89) vermögen nicht zu überzeugen, zumal das Erstgericht nicht einmal ansatzweise aufzuzeigen versucht, wie ein Rahmenbeschluss anhand seiner Auffassung jemals möglich sein sollte.

3.2.1.3.4. Das Erstgericht verkennt die Arbeitsteiligkeit und Zurechnung in der Verwaltung

Das Erstgericht hält den GRB 2004 als Rahmenbeschluss auch deshalb für unzulässig, weil es die Arbeitsteiligkeit in der modernen Verwaltung grundlegend verkennt und eine künstliche Trennung der Gemeindeverwaltung vornimmt. Das Gericht sieht nämlich im GRB 2004 eine unzulässige Kompetenzverschiebung und -erweiterung zugunsten des Magistrats und seiner Unterorganisationseinheit FVV (Zwischenurteil, S 81 ff). Dieses Argument taucht im Zwischenurteil an verschiedenen Stellen auf, weshalb es Sinn macht, näher darauf einzugehen:

(Verwaltungs-)Organe der Stadt sind – wie bereits dargetan¹⁷⁴ – der Gemeinderat, der Bürgermeister, der Stadtsenat, die einzelnen Mitglieder des Stadtsenats und der Magistrat. **Arbeitsteiligkeit bedeutet in diesem Zusammenhang nicht nur, dass die einzelnen Aufgaben zwischen den einzelnen Verwaltungsorganen aufgeteilt sind, sondern dass diese nicht immer selbst handeln müssen**; vielmehr können sie auf einen Geschäftsapparat, im Fall einer Statutarstadt den Magistrat, zurückgreifen. Der Magistrat ist sohin der "Geschäftsapparat" der anderen Gemeindeorgane. Er besteht aus dem Bürgermeister als Vorstand, dem Magistratsdirektor und den übrigen Bediensteten (§ 31 Abs 1 StL 1992). Der Magistrat gliedert

¹⁷³ Vgl dazu Punkt B.I.5.3.

¹⁷⁴ Vgl bereits eingangs B.II.1.

sich in Dienststellen (Geschäftsgruppen, Ämter, Einrichtungen), auf die die Geschäfte nach ihrem Gegenstand und ihrem sachlichen Zusammenhang aufzuteilen sind (§ 38 Abs 1 StL 1992). Erledigt der Magistrat Aufgaben für den Gemeinderat, so ist er dessen Geschäftsapparat und wird dem Gemeinderat zugerechnet¹⁷⁵ (vgl für den Organisationsaufbau Zwischenurteil, S 2 ff).

Der Gemeinderat ist das oberste Organ der Gemeinde**verwaltung** im selbständigen Wirkungsbereich, dem der verfahrensgegenständliche Swap zuzurechnen ist. Der Gemeinderat musste den Swap aber nicht selbst schließen, sondern konnte seinen Hilfsapparat, den Magistrat der Stadt Linz bzw die FVV als deren Organisationseinheit damit beauftragen. Trotzdem hat beim Abschluss des Swap er – der Gemeinderat – und nicht der Bürgermeister oder ██████ als Leiter von FVV (Magistrat) gehandelt; der Magistrat ist nur der **verlängerte Arm** des Gemeinderats.

Verneint man – richtigerweise – die Zuständigkeit des Gemeinderats, weil durch den Abschluss des Swap kein Tatbestand des § 46 StL 1992 erfüllt ist, also gar keine Kompetenz des Gemeinderats besteht, dann wäre der Bürgermeister das zum Abschluss des Swaps zuständige Organ, weil er gemäß § 49 Abs 1 StL 1992 die Stadt Linz allein zu vertreten hat. Der Bürgermeister hat sich diesfalls beim Abschluss des Rahmenvertrages gemäß § 38 Abs 3 und § 11 Abs 4 StL 1992 zutreffend auf die GEOM gestützt. Als vertretungsbefugtes Organ der Gemeinde **durfte er daher dem Finanzdirektor ██████ Vollmacht erteilen**, weil dieser dem Magistrat der Stadt Linz angehörte und der Magistrat bei dieser Konstellation eben nicht nur Geschäftsapparat des Gemeinderats, sondern des Verwaltungsorgans Bürgermeister wäre. Wessen hätte sich der Bürgermeister sonst bedienen sollen als der **zuständigen Abteilung FVV**, dessen Leiter Mag ██████ als Finanzdirektor der Stadt Linz war.

Die "Lösung" liegt sohin in beiden Fällen, dh, ungeachtet, ob man eine Zuständigkeit des Gemeinderats oder des Bürgermeisters annimmt, in der *Zurechnung* in der arbeitsteiligen Verwaltung:

Zurechnung ist ein rechtstechnischer Vorgang, bei dem Handlungen und das Wissen (also rechtlich relevante Umstände) eines *Verhaltenssubjekts* – hier FVV bzw Mag ██████ –, der *Zurechnungsgegenstand* – wie etwa der verfahrensgegenständliche Swap –, auf das *Zurechnungssubjekt* – hier den Gemeinderat, der den **GRB 2004** fasste – projiziert werden, sodass das Zurechnungssubjekt (den Gemeinderat) die Rechtsfolgen treffen, die an das Vorhandensein der betreffenden Umstände geknüpft sind. Es wird also eine **Verbindung zwischen dem Verhaltens- (zB Mag ██████ beim Abschluss des Swap) und dem Zurechnungssubjekt (Gemeinderat)** hergestellt.¹⁷⁶ Der Grund dafür liegt im GRB 2004 und dem darin enthaltenen Auftrag zum Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios der Stadt Linz. Dass es diesen Beschluss gibt, steht zweifelsfrei fest (Zwischenurteil, S 16) – strittig ist lediglich, ob er ausreichend determiniert war (dies war der Fall). Darauf kommt es für die Zurechnung aber nicht an.

Die Grundlage der Zurechnung des Handelns des Bürgermeisters, des Magistrats bzw von Mag ██████ als Leiter der FVV zum Gemeinderat, nämlich dass der Gemeinderat seinen Willen

¹⁷⁵ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 555.

¹⁷⁶ Reinhardt, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht (2010) 40 f.

erklärt hat, FVV zu ermächtigen, bleibt unabhängig vom ausreichenden oder nicht ausreichenden Determinierungsgrad bestehen. Zu einer Zurechnung an den Gemeinderat kommt es deshalb in jedem Fall. Zugerechnet wird das Handeln (i.e. der Abschluss des Swap) genauso wie das Wissen um die Details des Swap, selbst wenn der Gemeinderat dieses Wissen nicht gehabt haben sollte. Dasselbe gilt, wenn man eine Zuständigkeit des Bürgermeisters annimmt. Dann ist dessen Handeln wegen der Bevollmächtigung von Mag █████ ihm zuzurechnen. Dies aus folgenden Gründen:

Zugerechnet wird bei juristischen Personen des Privatrechts nicht nur das Handeln und das Wissen ihrer Organe, sondern letztlich auch der Mitarbeiter im Wege von **Zurechnungsketten**. Bei juristischen Personen – wie auch der Stadt Linz – funktioniert das nicht anders, sodass ein bei einem Organwalter (zB Mag █████ als natürliche Person bekannter Umstand über das Organ (Magistrat der Stadt Linz) bis zum Gemeinderat als Organ und zu seinen Mitgliedern als Organwaltern zugerechnet werden kann – und zwar ungeachtet eines etwaigen Wechsels der Organwalter.¹⁷⁷

Es wurden durch den GRB 2004 – und das ist nicht für die Frage der Gültigkeit oder Zulässigkeit von Rahmenbeschlüssen, sondern ganz allgemein von Bedeutung – sohin keine Kompetenzen delegiert, übertragen, verschoben, erweitert, etc. Es hat letztlich immer der Gemeinderat gehandelt, weil ihm das Handeln von FVV bzw Mag █████ zuzurechnen ist. Dass er das nicht selbst getan hat, liegt schlicht und einfach in dem jeder modernen Verwaltung inhärenten Grundsatz der **Arbeitsteilung**. Wenn den einzelnen Gemeindeorganen also Zuständigkeiten zugewiesen sind, heißt das keineswegs, dass diese Zuständigkeit wie in der kleinen 400-Einwohnergemeinde, die gewöhnlich nur über einen Gemeinsekretär verfügen wird, selbst vom Organ wahrgenommen werden muss. Wenn der Bürgermeister selbst allein zuständig war, es also (nach richtiger Auffassung) zum Abschluss des Swap des GRB 2004 gar nicht bedurfte, dann gilt das umso mehr.

Die Stadt Linz als Statutarstadt hat mit dem Magistrat einen bedeutenden Geschäftsapparat mit einzelnen Untergliederungen, wie die FVV eine ist (vgl dazu wieder die Feststellungen Zwischenurteil, S 2 ff). Diese Untergliederungen und der Magistrat sind – wie gerade dargetan – dem jeweils handelnden Organ zuzurechnen. Weder der Gemeinderat noch der Bürgermeister etc müssen oder können in einer arbeitsteiligen Statutarstadt alles selbst machen. Erfüllen sie ihre Aufgaben durch die ihnen zuzurechnenden Hilfsorgane und Organwalter, so delegieren oder übertragen sie ihre Aufgaben nicht an diese, sondern das Handeln des Geschäftsapparats und seines Personals ist dem zuständigen Organ zuzurechnen. Die Zurechnung ist wegen des hierarchischen Aufbaus und der Weisungsgebundenheit gemäß Art 20 Abs 1 B-VG der Verwaltungsorgane stets gegeben. Der Gemeinderat hat gemäß Art 118 Abs 5 B-VG gegenüber dem Bürgermeister (und auch den anderen Gemeindeorganen) ein Weisungsrecht,¹⁷⁸ der Bürgermeister ist dazu berufen, Gemeinderatsbeschlüsse umzusetzen (§ 22 Abs 1 StL 1992). Dafür setzt er den Geschäftsapparat "Magistrat der Stadt Linz" ein, den er leitet (§ 37 Abs 1 StL 1992). Das bedeutet, dass sämtliche Bedienstete seinen Weisungen unterliegen. Das gilt genauso, wenn der Bürgermeister und nicht der Gemeinderat zum Abschluss des Swap zuständig gewesen sein sollte.

¹⁷⁷ Reinhardt, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht (2010) 402 f.

¹⁷⁸ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 55.

So stellt der hierarchische Verwaltungsaufbau sicher, dass der beschlussfassende Gemeinderat (bzw der Bürgermeister) seinen Willen durchsetzen kann und es kommt damit zur Zurechnung an diesen. Dies selbst dann, wenn das Organ, zu dem die Zurechnung erfolgt, nicht über alle Details des Verwaltungshandelns informiert ist.¹⁷⁹ Das hat seinen Grund darin, dass Arbeitsteiligkeit in einer größeren Verwaltungsorganisation sonst nicht funktionieren könnte. Die Möglichkeit, in das Handeln des Geschäftsapparats und der einzelnen Organisationseinheiten eingreifen zu können, genügt, um Zurechnung zu schaffen. Voraussetzung für die Zurechnung ist sohin die potentielle, allein durch die Weisungsmöglichkeit bestehende Willensübereinstimmung (genauso wird im Übrigen die demokratische Legitimation vom Gemeinderat an die anderen Verwaltungsorgane der Gemeinde und den Geschäftsapparat Magistrat "weitergegeben").¹⁸⁰

Dabei bildet sich der die **Zurechnung auslösende Hilfsapparat oder der einzelne Amtswalter keinen eigenständigen Willen, sondern vollzieht den Willen des Verwaltungsorgans**, für das er handelt. Deshalb erfolgt eben eine Zurechnung, weil die Weisung gemäß Art 20 Abs 1 iVm 118 Abs 5 B-VG hier als präsenzte Ordnungsreserve fungiert, ihr Vorhandensein und die Möglichkeit – hier – des Gemeinderats den Vollzug des GRB 2004 nach seinem Willen zu gestalten, eine potentielle Willensübereinstimmung herbeiführt, die die Zurechnung rechtfertigt. Dies kann – wie folgt – veranschaulicht werden: So bildet der einen Bescheid ausstellende Verwaltungsbeamte keinen eigenen Willen, sondern sein Willensentschluss ist beispielsweise dem zuständigen Bundesminister zuzurechnen, selbst wenn der Abteilungsleiter den Bescheid approbiert und ihn der Minister gar nicht sieht.

So funktioniert die arbeitsteilige Verwaltung, was das Erstgericht aber nicht berücksichtigt, sondern letztlich verlangt, dass der Gemeinderat (mit 61 Mitgliedern) einer Großstadt bei allen Geschäften über den – für eine Großstadt niedrigen Schwellenwerten – selbst die Details festlegt und den Vertrag abschließt (dass *ex post* betrachtet das Erstgericht in Kenntnis der Entwicklung meint, dies wäre besser gewesen, ändert daran nichts). Im konkreten Fall gab es – selbst wenn man nicht ohnehin der Auffassung folgt, dass eine alleinige Zuständigkeit des Bürgermeisters bestand – mit dem GRB 2004 einen gültigen Gemeinderatsbeschluss, der entsprechend vollzogen wurde.

Genauso sind übrigens **Ausschüsse** im Gemeinderat dem **Gesamtgemeinderat zuzurechnen** und das Handeln und das Wissen von Dr Mayr und Dr Dobusch sind ebenfalls dem Gesamtgemeinderat zuzurechnen.¹⁸¹

Zuzurechnen ist dem Gemeinderat nicht nur das **Handeln** der seinen Willen ausführenden Organe (wie oben ausgeführt)¹⁸², sondern **auch deren Wissen**. Das Erstgericht moniert in diesem Zusammenhang, die Mitglieder des Gemeinderats hätten die genauen "Konditionen" des Swap weder beschlossen und auch nicht gekannt, weil der Gemeinderat in seiner Gesamtheit darüber nie im Detail informiert worden wäre. Das Wissen von FVV, dem Magistrat als Geschäftsapparat bzw FVV oder sogar der Ausschüsse des Gemeinderats – das ist insbesondere für die weiter hinten behandelte nachträgliche Genehmigung von Bedeutung (wenn

¹⁷⁹ Zur Frage der auch bei Nicht-Wissen vorzunehmenden Zurechnung siehe *Reinhardt*, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht (2010) 48. Im vorliegenden Fall war der Gemeinderat übrigens ohnehin ständig unmittelbar über alles auch selbst informiert, vgl dazu unten bei der nachträglichen Genehmigung Punkt B.II.4.3.

¹⁸⁰ *Müller*, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2010) 347 mwN.

¹⁸¹ Vgl dazu unten bei der nachträglichen Genehmigung Punkt B.II.4.3.4 und Punkt B.II.4.3.5.

¹⁸² Siehe Punkt B.II.4.3.2.

schon der GRB 2004 den Abschluss des Swap nicht genehmigt hätte, dann wäre wenigstens durch den Gemeinderat eine nachträgliche Zustimmung erteilt worden) – sind dem Gemeinderat zuzurechnen. Dasselbe gilt, wenn allein den Bürgermeister als zuständig ansieht, weil keiner der die Zuständigkeit des Gemeinderats begründenden Tatbestände des § 46 StL 1992 erfüllt ist.

Zusammengefasst gilt also, dass in der arbeitsteiligen Verwaltung das Handeln der den GRB 2004 ausführenden Organe dem Gemeinderat als (sofern er überhaupt zuständig war) willensbildendes Organ zuzurechnen ist, selbst wenn der Gemeinderat nicht selbst handelt. Der Gemeinderat nutzte nämlich proaktiv die Möglichkeiten der arbeitsteiligen Verwaltung, in dem er mit dem GRB 2004 die FVV zum Abschluss bestimmter Geschäfte ermächtigte. Er muss sich deshalb auch deren Handeln und das Wissen von deren Organwaltern, also auch jenes von Mag █████ zurechnen lassen. Außerdem muss er sich aufgrund des Organisationsaufbaus der Stadt Linz auch das Wissen seiner Ausschüsse und das Wissen von Dr Mayr und Dr Dobusch zurechnen lassen.¹⁸³ All diese Personen hatten im Sinn der unten begehrteten Feststellungen ausreichend Kenntnis vom Swap, weshalb der Gemeinderat – auch wenn er selbst keine unmittelbare Kenntnis vom Swap gehabt haben sollte, was ohnehin unrichtig ist – bereits *ex lege* ebenfalls Kenntnis davon hatte.¹⁸⁴

3.2.1.4. Gültigkeit des Swap hängt nicht von der Erfüllung interner Zielvorgaben ab

3.2.1.4.1. Die Optimierung ist nur eine interne Vorgabe

Wenn man davon ausgeht, dass der Bürgermeister allein und auch ohne den GRB 2004 zum Abschluss des Swap zuständig war, dann ist der GRB 2004 nicht mehr als eine politische Willensäußerung (wie auch das Erstgericht – allerdings aus anderen Gründen – meint) und können sämtliche darin getroffenen "Vorgaben" **keine Außenwirksamkeit** entfalten und keine etwaige Ungültigkeit des GRB 2004 begründen, wie das Erstgericht meint. Sieht man den GRB 2004 – entgegen dieser Ansicht – als Notwendigkeit für den Abschluss des Swap an, ändert dies nichts daran, dass die Optimierung nur eine interne Vorgabe ist:

Der GRB 2004 lautet (Zwischenurteil, 15 f):¹⁸⁵

"Die FVV [Anmerkung: Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz] wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren."

Eine grammatische Interpretation des GRB 2004 ergibt, dass die Zielsetzung der Optimierung reine Innenwirkung hat. Daher bindet sie lediglich die FVV im Innenverhältnis. Eine Außenwirkung auch gegenüber BAWAG PSK als zusätzliches "Wirksamkeitserfordernis" besteht nicht. Warum sollte es auch anders sein? Die Stadt Linz wollte ihr Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten optimieren. Selbst vor dem Hintergrund des § 867 ABGB und auch sonst kann nicht ernsthaft behauptet werden, der private Vertragspartner der Stadt – also BAWAG PSK – müsste darauf achten, dass sie mit Linz nur solche Geschäfte abschließt, die ausschließlich zu Gunsten der Stadt ausgehen können. Das würde darauf hinauslaufen, dass Banken oder andere Vertragspartner

¹⁸³ Vgl dazu näher unten bei der nachträglichen Genehmigung Punkt B.II.4.3.4 und Punkt B.II.4.3.5.

¹⁸⁴ Vgl dazu näher unten bei der nachträglichen Genehmigung Punkt B.II.4.3.2.

¹⁸⁵ Vgl auch Beilage ./11.

einer Gemeinde bei diesen "Due Diligence"-Prüfungen durchführen müssten (hier darauf, ob das gewünschte Produkt aufgrund des aktuellen und geplanten Fremdfinanzierungsportfolios zur Optimierung geeignet ist; dies wäre auch nur eine Momentaufnahme, weil sich das Fremdfinanzierungsportfolio und ja jederzeit ändern kann).

Eine solche Nachforschungspflicht ist allerdings ausgeschlossen, insbesondere ist eine Nachprüfung gemeindeinterner Beschlusserfordernisse unzumutbar.¹⁸⁶ Zugespielt argumentiert das Erstgericht nämlich genau in diese Richtung. Es vermeint aus § 867 ABGB ableiten zu können, was natürlich verfehlt ist, dass ein nicht optimierendes Rechtsgeschäft ungültig, weil vom Gemeinderatsbeschluss nicht erfasst wäre. BAWAG PSK hätte das erkennen und dementsprechend handeln sollen. Hätte sich BAWAG PSK – oder ein anderer Vertragspartner der Stadt – das gesamte Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz und deren Planungen offenlegen lassen müssen, hätte dann eine Prognoseentscheidung über geeignete Transaktionen zur Optimierung des Portfolios treffen und nur eindeutig zur Optimierung dienende Geschäfte mit Stadt Linz abschließen dürfen? Das kann nicht ernsthaft unter dem Blickwinkel des § 867 ABGB gefordert werden.¹⁸⁷

Es ist daher völlig unverständlich, wenn das Erstgericht (Zwischenurteil, 78) die Ermächtigung im GRB 2004 so verstehen möchte, als lautete sie: "*Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte abzuschließen, wenn sie marktüblich sind und das Fremdfinanzierungsportfolio optimieren*". Eine derartige Verknüpfung von Mittel (= Finanzgeschäfte) und Zweck (= optimieren) ist dem GRB 2004 aber nicht zu entnehmen.

Der GRB 2004 ist stattdessen dahingehend zu verstehen, dass die **FVV selbst entscheiden** muss, was sie zur Verfolgung ihres Ziels der Optimierung als erforderlich erachtet.

Die Optimierungseignung des jeweiligen Geschäfts ist daher schon sprachlich kein relevantes Kriterium für den Umfang der sich aus dem **GRB 2004** ergebenden Vollmacht oder die Gültigkeit des Swap. Die Vorgabe, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten "zu optimieren", ist eine Handlungsmaxime (Sorgfaltsanforderung), die nur für die handelnden Organe gelten kann, **nicht aber eine Organisationsvorschrift im Sinn des § 867 ABGB**, weil darin weder die interne Willensbildung noch die Vertretung der öffentlichen Körperschaft geregelt werden. Zudem hat das zuständige Organ entschieden. Eine allfällige fehlende Eignung zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kann von vornherein nicht zur Unwirksamkeit des Swap führen, weil insoweit keine Verletzung einer Organisationsvorschrift im Sinn des § 867 ABGB vorliegt. Das ist **vergleichbar mit den Vorgaben der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit** des öffentlich-rechtlichen Effektivitätsgrundsatzes: Auch bei diesen **behauptet niemand**, dass deren Verletzung ein Geschäft **ungültig** machen kann.¹⁸⁸ Genauso verhält es sich bei der Vorgabe der "Optimierungseignung".

¹⁸⁶ N. Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (71). Außerdem: Der Vertragspartner einer Gebietskörperschaft muss nicht prüfen, ob diese den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entspricht, weil das mit den Erfordernissen des funktionierenden geschäftlichen Verkehrs unvereinbar wäre (aaO 68).

¹⁸⁷ Siehe dazu auch die bereits zitierte E des OGH 8 Ob 573/90.

¹⁸⁸ Diese Prinzipien sind nämlich allesamt nicht justizabel; siehe dazu etwa Müller, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2010) 167 ff.

Zusammengefasst ergibt sich daraus, dass die Gültigkeit des Swap nicht davon abhängt, ob er optimierend war¹⁸⁹ oder nicht.

3.2.1.4.2. Swap war marktüblich

Zunächst ist festzuhalten, dass auch die "Vorgabe" im GRB 2004, die Transaktionen zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios sollen marktüblich sein, **keine Organisationsvorschrift** ist und daher auch aus einer fehlenden Marktüblichkeit keine Nichtigkeit folgen könnte (siehe dazu oben).

Das Erstgericht stellte allerdings ohnehin fest, dass es sich beim Swap um ein vom Vertragstypus her grundsätzlich **marktübliches** und 2007 wie auch heute noch weit verbreitetes **Finanzgeschäft** handelt (Zwischenurteil, 35).

Der OGH judiziert zu Fragen der "Üblichkeit", dass es sich dabei um reine Tatfragen handelt: Was kommt am Markt vor?¹⁹⁰ Nach diesem Verständnis ist **lediglich zu prüfen, ob der Swap oder mit ihm vergleichbare Produkte am Markt vorkamen**. Das ist nach den Feststellungen des Erstgerichts der Fall.

Trotz der oben zitierten Feststellung schreibt das Erstgericht aber auch, dass eine abschließende Prüfung der Marktüblichkeit unterbleiben kann, weil bereits die zweite Voraussetzung (gemeint ist die Optimierungseignung) nicht erfüllt sei. Diese Rechtsansicht ist aber wie dargelegt unrichtig, weshalb sich das Erstgericht sehr wohl auf Tatsachenebene mit der Marktüblichkeit zu beschäftigen hatte. Nach Ansicht von BAWAG PSK tat es das auch mit der **oben zitierten Feststellung**, aus der sich die **Marktüblichkeit** des Swap ergibt.

Für den Fall, dass das Oberlandesgericht Wien dies anders sehen sollte, verweist BAWAG PSK auf die Ausführungen in der Beweistrüge, wo die Ersatzfeststellung begehrt wird, dass Geschäfte wie der Swap und konkret der Swap *ex ante* marktüblich waren.¹⁹¹

Außerdem bot nicht nur BAWAG PSK den Swap an, sondern auch eine weitere Bank. Beilage /345 enthält das mit dem Swap vergleichbare Gegenangebot, das die Stadt Linz einholte. **BAWAG PSK begehrt deshalb die folgende ergänzende Feststellung:**

Ein weiteres Kreditinstitut unterbreitete der Stadt Linz ein dem Swap vergleichbares Alternativangebot.

Die Feststellung ist relevant, weil aus dem Umstand, dass mindestens zwei Banken Produkte wie den Swap anboten, rechtlich bereits zwanglos die Marktüblichkeit folgt.

¹⁸⁹ Was der Fall ist – siehe unten Punkt 3.2.1.5.

¹⁹⁰ So zB zur "Ortsüblichkeit" iSd MRG vgl RS0111105.

¹⁹¹ Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.12.

3.2.1.5. Swap war optimierend

3.2.1.5.1. Swap war objektiv optimierend

(a) Vorbemerkung

Zum Hintergrund: Wie oben beschrieben verweist der GRB 2004 auf ein "optimierendes" Geschäft. Darunter versteht man üblicherweise ein Geschäft, das **weder Spekulationsgeschäft ist noch Absicherungsgeschäft** – was der Swap beides laut Feststellungen nicht war (Zwischenurteil, S 36): "*Der Swap 4175 war daher unabhängig von den Vorstellungen der Handelnden aus objektiver Sicht aufgrund seiner Wirkung auf das Gesamtportfolio der Klägerin weder ausschließlich Spekulations- noch Absicherungsgeschäft, weil er einerseits das Zinsrisiko aus der Anleihe im Portfolio minderte, dafür aber ein FX-Risiko schuf bzw das bereits aus der Anleihe vorhandene Risiko erhöhte (GA-Erörterung ON 570, S. 10).*"

- Zur Unterscheidung: Bei Spekulationsgeschäften geht es, wie das Erstgericht richtig festhält, um ein "rein auf einen möglichen Gewinn ohne Absicherung ausgerichtetes" Geschäft (Zwischenurteil S 35) ohne Bezug zu einem Grundgeschäft, was das Erstgericht eben aufgrund der Reduktion des Zinsrisikos aus der Anleihe verneinte.
- Bei Absicherungsgeschäften wird ein bestehendes Risiko gegen Bezahlung (zB eines Einmalbetrags bei Abschluss des Absicherungsgeschäfts) reduziert (Stadt Linz leistete für den Abschluss des Swap keine Zahlung).

Optimierungsgeschäfte liegen daher zwangsläufig dazwischen: Bei ihnen wird, wie unten gleich dargestellt wird, ausgehend von bereits bestehenden Finanzinstrumenten, die Risiko- und/oder Ertragssituation verbessert (optimiert), allerdings üblicherweise ohne dafür einen Einmalbetrag bei Abschluss bezahlen zu müssen.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Optimierung nicht nur eine interne Vorgabe an die FVV, sondern für die Gültigkeit des Swap relevant sein soll, kann es nur darauf ankommen, dass der Swap **objektiv abstrakt zur Optimierung eines Fremdfinanzierungsportfolios geeignet** war und nicht, dass dies konkret auf die Stadt Linz zutraf. Dies hat das **Erstgericht** mit der eingangs zitierten Feststellung, nämlich dass der **Swap "aus objektiver Sicht" das Zinsrisiko** aus der CHF-Anleihe **reduzierte** und folgerichtig kein Spekulationsgeschäft (aber auch kein reines Absicherungsgeschäft) vorlag, bereits **bestätigt**. Wie unten sogleich gezeigt wird, kommt es – wenn überhaupt – nur auf eine solche objektive Sicht an.

Das Erstgericht hält allerdings weiters fest: "*Nur solange ein entsprechend rasches Agieren möglich ist, ist auch das mit dem Swap verbundene Risiko beherrschbar, um im Falle einer Risikoverwirklichung weitere Verluste zu verhindern. Die Beherrschbarkeit des Risikos ... Grundvoraussetzung dafür, den Swap lege artis zur Optimierung des Portfolios einzusetzen*" (Zwischenurteil, S 39), sei. Aus advokatorischer Vorsicht wird diese Feststellung im Rahmen der Beweisrüge als Tatfrage bekämpft.¹⁹² Aus dieser Feststellung und der weiteren Argumentation des Erstgerichts ergibt sich allerdings auch, dass es aus rechtlicher Sicht von einer **sub-**

¹⁹² Vgl bei der Beweisrüge unter Punkt C.II.18.

jektiven Beurteilung ausgeht, weil es nämlich darauf abstellt, ob konkret die Stadt Linz rechtzeitig hätte agieren können, was es im Hinblick auf die (unrichtig angenommene) Notwendigkeit der Einholung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung sowie allenfalls eines Gemeinderatsbeschlusses verneint.

Nach Ansicht der BAWAG PSK handelt es sich bei der Frage, wie die im GRB 2004 erwähnte Optimierung rechtlich zu verstehen ist (und damit auch bei der Unterfrage, ob es dafür auf die Beherrschbarkeit ankommt, was BAWAG PSK verneint), um eine **Rechtsfrage**. Geht man wie das Erstgericht davon aus, dass der GRB 2004 zwingend als Rechtsgrundlage für den Abschluss des Swap heranzuziehen ist, dann ist nach Ansicht von BAWAG PSK im Zweifel auch den darin verwendeten Wörtern, darunter eben der Optimierung, primär ein rechtlicher Inhalt beizumessen (auch wenn im konkreten Fall die rechtliche Würdigung zeigt, dass aus rechtlichen Gründen unter anderem auch auf ein finanzwirtschaftliches Verständnis zurückzugreifen ist – siehe gleich).

Im Folgenden zeigt BAWAG PSK deshalb auf, wie "Optimierung" rechtlich zu verstehen ist, weshalb es nicht auf die vom Erstgericht geforderte "Beherrschbarkeit" ankommt und weshalb der Swap rechtlich optimierend war.

(b) Rechtlich ist ein objektives Verständnis geboten

Möchte man rechtlich überhaupt eine Außenwirkung des Begriffs "optimieren" annehmen, muss man ein **objektives Verständnis** des Begriffs anlegen. Das bedeutet, dass es nur darauf ankommen kann, was ein Vertragspartner als Dritter von außen beurteilen kann. Und das ist **einzig, ob ein Geschäft offensichtlich für eine Optimierung ungeeignet ist**. Nur eine objektiv verstandene Optimierung ist für Dritte nämlich überhaupt erkennbar.¹⁹³ Die konkrete Eignung zur Optimierung hängt von praktisch unendlich vielen Faktoren ab, die nur Stadt Linz kennen konnte und auch von deren Verhalten in der Zukunft abhängen. Der Vertragspartner hat auch keine rechtliche Pflicht, alle diese Faktoren zu erforschen, zu bewerten und ins Verhältnis mit dem abzuschließenden Geschäft zu setzen. Das einzige, was der Vertragspartner bei der Frage der Optimierungseignung prüfen kann, ist, ob diese nach dem äußeren Bild offensichtlich nicht gegeben ist. Alle übrigen Geschäfte, das heißt solche, die für eine Optimierung generell nicht offensichtlich ungeeignet sind, sind im Außenverhältnis zulässig.

Jede andere Interpretation würde dazu führen, dass der GRB 2004 keinen für Dritte erschließbaren Inhalt hätte und nicht umgesetzt werden könnte. Das ist unzulässig, denn Interpretationen dürfen nicht dazu führen, dass der zu interpretierende Rechtsakt völlig seines Sinns beraubt wird. Das wäre aber der Fall, wenn man den GRB 2004 so verstehen würde, dass er die Prüfung der "Optimierungseignung" dem Vertragspartner aufbürdet: Es kann keinem potentiellen Vertragspartner zugemutet werden, selbst zu beurteilen, ob ein Finanzinstrument konkret zur Optimierung des gesamten Fremdfinanzierungsportfolios geeignet ist. Der Vertragspartner kann das – wie gerade oben dargetan – in der Praxis schlicht nicht wissen.¹⁹⁴ Konkret traf BAWAG PSK auch weder nach Gesetz oder Vertrag eine Verpflichtung zur Prüfung der Optimierungseignung.

¹⁹³ Konkret würde auch ein subjektives Verständnis dazu führen, dass der Swap vom GRB 2004 erfasst war. Stadt Linz und insbesondere auch der Gemeinderat der Stadt Linz nahmen beim Beschluss des GRB 2004 nämlich in Kauf, dass mit dem GRB 2004 und den auf seiner Grundlage von Stadt Linz eingegangenen Geschäften auch Risiken verbunden sind – vgl dazu bei der Beweistrüge Punkt C.II.1.

¹⁹⁴ N. Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (71).

Auch das Erstgericht behauptet, ein objektives Verständnis des Optimierungsbegriffs zu vertreten (Zwischenurteil, S 78). So, wie das Erstgericht Optimierung versteht, ist aber nichts daran objektiv:

- Es soll laut Erstgericht nämlich darauf ankommen, ob derjenige, der mit einem Geschäft ein Risiko eingeht, in der Lage ist, dieses auch zu kontrollieren. Das ist erkennbar nicht objektiv – also losgelöst von den Besonderheiten der individuellen Partei –, sondern subjektiv, also gerade umgelegt auf die Kenntnisse und Fähigkeiten der Partei. Wie oben geschrieben, darf der Begriff "optimieren" rechtlich so nicht verstanden werden.
- Anders als bei der Marktüblichkeit, wo das Erstgericht– wie oben zitiert – von der Marktüblichkeit des Vertragstyps Swap ausging, verfolgt es bei der Optimierung also einen völlig anderen, unrichtigen Zugang. Dabei wäre auch und gerade bei der Optimierung danach zu fragen, ob der Swap als Vertragstyp grundsätzlich zur Optimierung geeignet war, was hier eben der Fall war.

Dass das Erstgericht nun meint, selbst nach dem von BAWAG PSK vertretenen objektiven Optimierungsverständnis wäre der Swap nicht optimierend (Zwischenurteil, S 80), ist ebenfalls rechtlich unrichtig. Wie oben ausgeführt, reicht es dafür nämlich, dass er objektiv nicht offensichtlich zur Optimierung ungeeignet ist. Das war eben gerade der Fall, weil der **Swap als Vertragstyp sinnvoll zur Optimierung eines Grundgeschäfts eingesetzt werden konnte**. Geht man einen Schritt weiter auf die subjektive Ebene, so gab es auch ein Grundgeschäft, auf das bei dem Geschäft Bezug genommen wurde und der Swap reduzierte das Zinsrisiko aus diesem Grundgeschäft (Zwischenurteil, S 35 f).

Es geht im rechtlichen Sinn, der zum finanzwirtschaftlichen Sinn parallel läuft, einzig um die mögliche Verbesserung der Ertragssituation bei Veränderung der Risikostruktur – und das war hier erfüllt, zumal die Stadt Linz in den ersten zweieinhalb Jahren der Laufzeit des Swap erhebliche Zahlungen erhielt (Zwischenurteil S 30; siehe auch gleich unten).

Nochmals zu betonen ist, dass das alles **mit dem Organisationsrecht**, mit dem sich BAWAG PSK laut Erstgericht zur Prüfung der abstrakten Optimierungseignung hätte beschäftigen müssen (Zwischenurteil, S 80), **nichts zu tun** hat und für die **Gültigkeit** des Geschäfts daher **nicht relevant** sein kann.

- (c) Finanzwirtschaftliche Interpretation: Swap war laut Gerichtssachverständigen objektiv optimierend

Legt man an Optimierung ein solches objektives Verständnis an, steht das dem GRB 2004 zugrundeliegende Verständnis des Begriffs "optimieren" im Einklang mit dem Begriff der **Optimierung im finanzwirtschaftlichen Sinn**. Das ist auch schlüssig – der GRB 2004 legt nicht fest, wie "Optimierung" zu verstehen ist (eine nähere Determinierung des Begriffs "optimieren" durch den Gemeinderat kann nicht festgestellt werden – Zwischenurteil, S 13), weshalb bei der Auslegung auf den Kontext, nämlich den Abschluss von Finanzgeschäften, zurückzugreifen ist. Deshalb ist auch rechtlich einer finanzwirtschaftlichen Interpretation des Begriffs der Vorzug zu geben. Der GRB 2004 gibt auch keinerlei Anhaltspunkt, dass dieser Begriff anders verstanden werden könnte.

Die Gerichtssachverständigen schreiben dazu: "Die gängigste Form der Optimierung geht auf Markowitz zurück."¹⁹⁵

BAWAG PSK begehrt deshalb die folgende ergänzende Feststellung:

Die gängigste Form der Optimierung im finanzwirtschaftlichen Sinn geht auf Markowitz zurück.

Die Feststellung ist – allerdings nur, wenn man die Optimierungseignung fälschlich als außenwirksame Gültigkeitsvoraussetzung ansehen will – relevant, weil sich aus der finanzwirtschaftlichen Optimierungseignung des Swap dessen objektive Optimierungseignung ergibt und der Swap im Sinn der Theorien von Markowitz optimierend ist (wie gleich gezeigt wird).

Markowitz stellt für die Optimierung unstrittig auf folgende Kriterien ab:¹⁹⁶

- Verbesserung der Ertrags- oder Kostensituation, das heißt Erhöhung von Erträgen oder Verringerung von Kosten und
- Veränderung der Risikostruktur.

Legt man diese von **Markowitz entwickelten objektiven Kriterien** an den Swap an, sieht man, dass es sich beim Swap um ein Optimierungsgeschäft handelt:

- Durch den Swap verbesserte sich die Ertrags-/Kostensituation der Stadt Linz: Mit dem Swap tauschte die Stadt Linz den variablen CHF-6-M-Libor aus der CHF-Anleihe gegen einen Fixzinssatz von 0,065% pa aus dem Swap (vgl Darstellung der Formel des Swap im Zwischenurteil, S 35). Aus diesem "Tausch" ergab sich ein "Ertrag" der Stadt Linz (Zwischenurteil, S 36).
- Durch den Swap veränderte sich die Risikostruktur. Stadt Linz reduzierte ihr Zinsrisiko und übernahm dafür das Wechselkursrisiko (Zwischenurteil, S 36).

In diesem Sinn stellten auch die Gerichtssachverständigen fest:

- Gerechnet vor einer Fünf-Jahres-Historie erhöhte sich durch die Hereinnahme des Swap in das Portfolio von Stadt Linz der Ertrag. Gleichzeitig verringerte sich das Risiko.¹⁹⁷ Es handelte sich damit um ein optimierendes Portfolio nach Markowitz.
- Das Portfolio mit Swap war in 87 % aller Fälle besser für die Stadt Linz war als das Portfolio ohne den Swap.¹⁹⁸ Damit meinen die Gerichtssachverständigen, dass die Situation für Stadt Linz mit Abschluss des Swap (also bestehende CHF-Anleihe plus Swap) in **87 % der Fälle vorteilhafter war als ohne Abschluss des Swap** (also bestehende CHF-Anleihe alleine ohne Swap). Schon deshalb ist auch nach einem allgemeinen Begriffsverständnis von einer Optimierung auszugehen.

¹⁹⁵ Gutachten, S 31: "Die gängigste Form der Optimierung geht auf Markowitz zurück

¹⁹⁶ Grundlegend Markowitz, Portfolio Selection, The Journal of Finance 1952, Vol 7, No 1, 77-91; Markowitz H. M, Portfolio Selection, Cowles Foundation for Research in Economics at Yale University, 1959.

¹⁹⁷ Gutachten, S 40 ff; Ergänzung zum Gutachten vom 26.10.2016, S 14.

¹⁹⁸ Ergänzung zum Gutachten vom 26.10.2016, S 10 f.

- Man hätte den Swap nur dann nicht abschließen sollen, wenn man extrem geringe Verlustwahrscheinlichkeiten von 3 aus 10.000 Fällen als bedrohlich empfunden hätte.¹⁹⁹

BAWAG PSK begehrt deshalb die folgenden ergänzenden Feststellungen:

Gerechnet vor einer Fünf-Jahres-Historie erhöhte sich durch die Hereinnahme des Swap in das Portfolio von Stadt Linz der Ertrag. Gleichzeitig verringerte sich das Risiko.

Für Stadt Linz war *ex ante* die Situation von CHF-Anleihe mit Swap in 87 % aller Fälle besser als die Situation von CHF-Anleihe ohne Swap.

Man hätte den Swap nur dann nicht abschließen sollen, wenn man extrem geringe Verlustwahrscheinlichkeiten von 3 aus 10.000 Fällen als bedrohlich empfunden hätte.

Die Feststellungen sind relevant, weil sie zur Beurteilung führen, dass der Swap für Stadt Linz **optimierend** und insbesondere optimierend im Sinn einer finanzwissenschaftlichen Betrachtung war. Sie zeigt außerdem, dass es auch nach Ansicht der Gerichtssachverständigen *ex ante* **empfehlenswert** war, den Swap abzuschließen und dieser also optimierend war.

Zusammengefasst verbesserte Stadt Linz mit dem Swap die Ertragssituation und veränderte die Risikostruktur, indem sie das Zinsrisiko gegen das Währungsrisiko tauschte. Damit ist der Swap optimierend im Sinn von *Markowitz* und damit im finanzwirtschaftlichen Sinn.

(d) Zwischenergebnis

Wie man es auch dreht und wendet: Rechtlich und finanzwirtschaftlich kommt man immer zum Ergebnis, dass der Optimierungsbegriff **objektiv zu verstehen war und der Swap den objektiv zu verstehenden Optimierungsbegriff erfüllte**. Er nahm nämlich, wie BAWAG PSK bekannt war, Bezug auf eine konkrete Anleihe und war weder Spekulationsgeschäft noch Absicherungsgeschäft (Zwischenurteil, S 35 f). Von außen, also für einen Dritten wie BAWAG PSK, war der Swap damit objektiv geeignet und jedenfalls nicht offensichtlich ungeeignet, das Portfolio von Stadt Linz zu optimieren. Und das reicht aus für die – rechtlich und finanzwirtschaftlich richtig verstandene – objektive Optimierungseignung.

3.2.1.5.2. *In eventu*: Auf die Beherrschbarkeit des Swap für die Stadt Linz kommt es nicht an

Wie oben dargestellt, kommt es für die Optimierungseignung nur darauf an, dass diese nach allgemeinen finanzwirtschaftlichen Kriterien besteht. Eine **Beherrschbarkeit konkret für die Stadt Linz gehört nicht dazu**, sodass diese für die Gültigkeit des Swap nicht relevant sein kann.

Selbst wenn man aber annimmt, dies wäre der Fall, hätte die Stadt Linz handeln und somit den Risiken aus dem Swap begegnen können (insbesondere durch von BAWAG PSK laufend angebotene Restrukturierungen des Swap).²⁰⁰ Das Erstgericht sieht die Beherrschbarkeit aber nicht gegeben, weil die Stadt Linz keine wirksamen Handlungen zur Risikobeendigung mehr

¹⁹⁹ EGA, S 39.

²⁰⁰ Vgl für eine Übersicht bei der Beweistrüge C.II.20.4.

setzen konnte, weil ein Gemeinderatsbeschluss einzuholen wäre und dann auch noch eine aufsichtsbehördliche Genehmigung (Zwischenurteil S 79). Dies trifft schon deshalb nicht zu, weil Restrukturierungen des Swap nach § 46 StL 1992 wie der Swap selbst gar nicht genehmigungspflichtig waren und selbst wenn doch, der GRB 2004 genauso wie den Swap selbst auch seine Restrukturierung abdecken würde, und schließlich dafür auch keine aufsichtsbehördliche Genehmigung nötig war.²⁰¹

Auch bleibt unklar, welcher Gemeinderatsbeschluss nach Meinung des Erstgerichts erforderlich gewesen wäre. Das Erstgericht geht offenbar von einer Genehmigung der Finanzierung aus. Es bleibt aber offen, ob dazu tatsächlich eine externe Finanzierung erforderlich wäre und ob diese die Schwellen für die Befassung des Gemeinderats überschreiten würde (was nicht der Fall gewesen wäre).²⁰² Zudem hält das Erstgericht richtig fest, dass der Bürgermeister eine **Notkompetenz** hatte, für den GR zu agieren (nach § 49 Abs 6 iVm § 47 Abs 5 StL 1992), sodass er bei Gefahr im Verzug auch für den Gemeinderat hätte handeln können (Zwischenurteil, S 3). Dabei ist nur die Möglichkeit zum Handeln relevant und nicht, ob die Möglichkeit genutzt worden wäre (Zwischenurteil, S 79 f).

Allerdings ist das Erstgericht der Meinung, die Beherrschbarkeit wäre nicht gegeben, weil der Bürgermeister mit der Notkompetenz nur für den Gemeinderat handeln kann, nicht aber für die Aufsichtsbehörde (Zwischenurteil, S 79). Wie oben ausführlich dargelegt, bestand für Swaps **keine Genehmigungspflicht durch die Aufsichtsbehörde**.²⁰³ Diese kann daher auch **kein Kriterium für die Beherrschbarkeit des Swap** und dessen Optimierungseignung sein.

Im Übrigen wird zur Frage der Beherrschbarkeit auf den folgenden Punkt sowie die Beweisrüge verwiesen.²⁰⁴

3.2.1.5.3. *In eventu*: Swap war beherrschbar und deshalb optimierend

Wie oben dargestellt, kommt es für die Optimierungseignung (wenn diese überhaupt außenwirksam sein sollte) nur auf ein objektives Verständnis an. Legt man ein solches zu Grunde, war der Swap optimierend.

Selbst wenn man, wie das Erstgericht, unrichtig davon ausgeht, dass es für die Optimierungseignung eines Geschäfts auf dessen Beherrschbarkeit ankomme (vgl Zwischenurteil, S 78), war der Swap aber noch immer optimierend. Richtigerweise war das **Risiko aus dem Swap nämlich für Stadt Linz beherrschbar**. Die entgegenstehende Feststellung des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 40) wird im Rahmen der Beweisrüge bekämpft, weil es sich nach Ansicht der BAWAG PSK und offenbar auch nach Ansicht des Erstgerichts dabei um eine Tatfrage handelt.²⁰⁵

Sollte das Oberlandesgericht Wien der Auffassung sein, dass es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt, verweist BAWAG PSK für die Begründung, weshalb der Swap aus rechtlicher

²⁰¹ Siehe dazu auch unten Punkt C.II.20.4.

²⁰² Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.20.6.

²⁰³ Vgl Punkt B.I.

²⁰⁴ Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.20.

²⁰⁵ Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.20.

Sicht beherrschbar war, auf ihre Ausführungen in der Beweisrüge.²⁰⁶ Diese gelten auch für die Rechtsrüge.

3.2.1.6. *Zwischenergebnis*

Der Swap war vom GRB 2004 gedeckt. Insbesondere war er auch optimierend. Für die Gültigkeit des Swap kommt es zwar nicht darauf an, ob dieser optimierend war oder nicht. Selbst wenn man das rechtlich anders sieht, ändert das aber nichts: Der Swap war nämlich unter jedem erdenklichen Blickwinkel ohnehin optimierend und das **Geschäft damit jedenfalls gültig**.

3.2.2. Rechtsnatur des GRB 2004 (Punkt II.A.3.c des Zwischenurteils)

3.2.2.1. *Der Swap ist ein Akt der Privatwirtschaftsverwaltung*

Der Abschluss eines Swap-Geschäfts durch eine Gemeinde ist kein Akt der Hoheitsverwaltung, sondern gehört unzweifelhaft zur Privatwirtschaftsverwaltung, die den Gemeinden verfassungsrechtlich garantiert ist. Dies sieht auch das Erstgericht so (Zwischenurteil, S 55).

Der Grund: Stadt Linz als selbständiger Wirtschaftskörper darf sich beim Abschluss von Verträgen aller Art derselben Rechtsatzformen bedienen, wie andere Private auch. Hoheitsverwaltung läge indes nur vor, würde die Stadt als Träger von Hoheitsgewalt (*imperium*) durch die Erlassung von Verordnungen oder Bescheiden oder das Setzen von Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt tätig, was beim Abschluss eines Swap augenscheinlich nicht der Fall ist, weil der Swap weder eine Verordnung noch ein Bescheid oder ein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ist und Stadt Linz weder mit der Fassung des GRB 2004 noch mit dem Abschluss des Swap jemanden zu etwas zwang (*imperium*). Der Abschluss des Swap als zivilrechtlicher Vertrag ist daher unzweifelhaft ein Akt der Privatwirtschaftsverwaltung.

Zur Rechtsnatur und zur Deutung des GRB 2004 selbst ist festzuhalten:

3.2.2.2. *GRB 2004 war an FVV gerichtete Willensäußerung (Weisung)*

Dem Gemeinderat als kollegiales Verwaltungsorgan sind, wie oben ausgeführt, bestimmte Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs nach § 46 StL 1992 zur Willensbildung vorbehalten. Es handelt sich dabei um eine Zuständigkeit des Gemeinderats kraft eigener Kompetenz. Wie ebenfalls bereits oben ausgeführt, fällt der Abschluss des Swap sowieso nicht unter § 46 StL 1992 und der Gemeinderat musste sich damit gar nicht beschäftigen. Selbst wenn man das anders sehen sollte, wurde der Swap aber trotzdem ursprünglich gültig abgeschlossen:

Dem Vertragsabschluss als privatwirtschaftliches Handeln vorgeschaltet ist bei den Gebietskörperschaften der Akt der internen Willensbildung. Diesen Willen hat sich der Gemeinderat gebildet. Er wollte, dass FVV das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss marktüblicher Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte optimiert. Das kann einerseits als Auftrag (öffentlich-rechtliche Weisung gemäß Art 20 Abs 1 iVm 118 Abs 5 B-VG) an die im Magistrat

²⁰⁶ Vgl Punkt C.II.20.

der Stadt Linz zuständige Abteilung verstanden werden, weil der Magistrat (auch) Geschäftsapparat des Verwaltungsorgans Gemeinderat ist und der Gemeinderat um die Zuständigkeiten im Magistrat Bescheid wusste; andererseits könnte es sich um eine Beauftragung und Bevollmächtigung zum Abschluss von Finanzgeschäften und damit des Swap handeln.

Wenn nämlich in § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 vom "Abschluss" von Verträgen durch den Gemeinderat die Rede ist, heißt das in einer arbeitsteiligen Verwaltungsorganisation nicht, dass der Gemeinderat direkt den Vertrag schließen muss. Das wäre weder möglich, noch ist es vorgesehen und würde auch dem oben dargestellten Prinzip der arbeitsteiligen Verwaltung widersprechen. Entscheidend ist, dass sich der Gemeinderat mit dem GRB 2004 einen entsprechenden Willen gebildet hat. So sind stattdessen zB gemäß § 22 Abs 1 StL 1992 Beschlüsse des Gemeinderats vom Bürgermeister zu vollziehen, der das auch nicht höchstpersönlich erledigen muss. Vielmehr steht ihm dafür der Magistrat der Stadt Linz zur Verfügung und dort auch die Direktion FVV (vgl Feststellungen in Zwischenurteil, S 2 ff). Der Gemeinderat ist sohin "beschließendes" Organ.

Er selbst schließt aber natürlich keine Verträge, sondern setzt bloß den dafür erforderlichen Akt der Willensbildung. Es geht bei der Ausübung der Zuständigkeit des Gemeinderats also nicht darum, dass dieser selbst und direkt Geschäfte tätigt oder Verträge abschließt, sondern darum, dass im Gemeinderat der entsprechende Akt der Willensbildung erfolgt. Die Durchführung obliegt dann anderen Organen der Gemeinde oder bestimmten Organwaltern in einzelnen Organisationseinheiten des Magistrats, die für den Gemeinderat handeln, und deren Verhalten dem Gemeinderat zuzurechnen ist. Der Gemeinderat kann seinen diesbezüglichen Willen auch jederzeit durchsetzen, weil alle anderen Gemeindeorgane ihm gegenüber gemäß Art 118 Abs 5 B-VG weisungsgebunden sind.²⁰⁷ Der Gemeinderat kann daher dem Verwaltungsorgan Bürgermeister genauso Weisungen erteilen wie gegenüber dem Geschäftsapparat Magistrat bzw einzelner Organisationseinheiten des Magistrats wie FVV und sämtliche dieser Organe sind ihm ebenfalls nach Art 118 Abs 5 B-VG verantwortlich.

Für diese (öffentlich-rechtliche) Weisung war auch keine gesetzliche Grundlage erforderlich, weil das Legalitätsprinzip nur Fragen der äußeren Organisation von Behörden erfasst.²⁰⁸ Innerbehördliche Weisungen wie der Auftrag an FVV, etwas Bestimmtes zu tun, erfordern daher keine gesetzliche Ermächtigung. Weisungen können in Angelegenheiten der Hoheits- genauso wie in Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung erteilt werden und sind zu befolgen. Dass Mag █████ den Swap außenwirksam gültig schließen konnte, liegt daran, dass die ihm zukommende Approbationsbefugnis nicht nur für den Bereich der Hoheits-, sondern auch in der Privatwirtschaftsverwaltung wirkt.²⁰⁹ Wer über Approbationsbefugnis verfügt, kann also nicht nur Bescheide zeichnen und hoheitliche Handlungen vornehmen, sondern auch für die Gemeinde Verträge eingehen, Verträge auflösen und sonstige nach Privatrecht zu beurteilenden rechtsgeschäftliche Handlungen vornehmen. Sollte die Approbationsbefugnis von Mag █████ den Abschluss privatrechtlicher Geschäfte nicht ohnehin gedeckt haben, dann ist der GRB 2004 – wie unten unter Punkt 3.2.7 nachgewiesen wird – als Akt der innerbehördlichen Erteilung einer Approbationsbefugnis zu sehen.

²⁰⁷ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 555.

²⁰⁸ Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 329 f; Pesendorfer, Der innere Dienstbetrieb im Amt der Landesregierung (1981) 29 f; Rill, Art 18 B-VG, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 2001) Rz 32 f; Schulev, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ (2018) Rz 79; VfSlg 10.338/1985; VwGH 28. 4. 2008, 2005/12/0268.

²⁰⁹ VwGH 29. 3. 2001, 99/06/0012.

Mit dem GRB 2004 wurden sohin keine Zuständigkeiten – an wen immer – delegiert oder übertragen, sondern ein Auftrag erteilt: Ein Auftrag bzw eine Weisung an die zuständige Stelle des Geschäftsapparats der Stadt, nämlich die Direktion FVV im Magistrat, deren Handeln dem Gemeinderat als willensbildendes Organ zuzurechnen ist. In diesem Sinn führte Dr Mayr im Finanzausschuss am 4.5.2006 aus, dass für den Abschluss eines Swap-Geschäfts (es handelte sich nicht um den klagsgegenständlichen Swap, sondern einen anderen) kein gesonderter Gemeinderatsbeschluss erforderlich sei, da ein solcher Abschluss als Maßnahme des Debt-Management mit dem GRB 2004 der FVV unterliege (Zwischenurteil, S 16). So wie die Finanzabteilung eines Konzerns kein rechtlich selbständiges Gebilde ist, sondern dem Unternehmen zuzurechnen ist, so sind von FVV als Teil des Geschäftsapparats Magistrat der Stadt Linz geschlossene Rechtsgeschäfte dem Gemeinderat zuzurechnen, weil dieser einen entsprechenden Willen gefasst hat.

Er kann die Vollmacht jederzeit entziehen und auch Weisungen erteilen und hat sich daher seiner Kompetenzen nicht generell begeben, sondern eben nur einen Rahmen vorgegeben, in dem die untergeordneten Verwaltungsorgane agieren können und dürfen. Niemand würde von einer Delegation der Zuständigkeit bzw Übertragung der Zuständigkeit sprechen, wenn ein Privater eine zivilrechtliche Vollmacht erteilt.²¹⁰ Das ist wichtig zu betonen, weil das Erstgericht die Verwaltungsorganisation der Stadt immer so zu "zerlegen" und zu "separieren" versucht, wie wenn der Magistrat nichts mit dem Gemeinderat und dem Bürgermeister zu tun hätte und FVV überhaupt ein "fremder Dritter" wäre. Das ist unrichtig, weil FVV Teil des Geschäftsapparats der Stadt Linz, mit anderen Worten eine, nämlich **die zuständige Organisationseinheit** für derartige Geschäfte ist. Damit sagt der GRB 2004 eigentlich Selbstverständliches aus, nämlich dass die zuständige organisatorische Untereinheit des Magistrats ihre geschäftsordnungsmäßige Zuständigkeit ausüben soll und ihr Verhalten dem Gemeinderat bzw dem Bürgermeister zuzurechnen ist, je nachdem um welchen Teil eines Rechtsgeschäfts es sich handelt. Wem sonst hätte der Linzer Gemeinderat diese Zuständigkeit übertragen sollen als der Stadtkämmerei, vielleicht dem Marktamt oder dem Archiv der Stadt Linz oder dem Integrationsbüro? Derart Selbstverständliches kann nicht als eine die Ungültigkeit des Swap begründende Delegation oder Aufgabenübertragung etc hingestellt werden.

Bei dieser Auslegungsvariante geschieht sohin nichts Anderes als die Durchführung des Abschlusses von Finanzgeschäften einschließlich des Swap anhand des vom Gemeinderat gebildeten Willens durch die dafür zuständige Organisationseinheit FVV, die von Mag █████ geleitet wurde. Eine Umgehung von Organisationsvorschriften ist ausgeschlossen, weil ja genau die zuständige Organisationseinheit in Person ihres Leiters tätig wurde.

Genauso kann man den GRB 2004 als zivilrechtliche Beauftragung und Bevollmächtigung zum Abschluss des Swap verstehen:

3.2.2.3. *Der GRB 2004 als Akt im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung*

Eine weitere Behauptung des Erstgerichts, nämlich dass zivilrechtliche Bevollmächtigungen die öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften aushebeln würden, ist – wie folgt – zu entkräften:

²¹⁰ Räumt etwa der Vorstand einer AG einem Abteilungsleiter eine Vollmacht für einen bestimmten Geschäftsbereich ein, würde man auch nicht davon ausgehen, dass er damit seine Kompetenzen an diesen abgegeben hat. Vielmehr kann er diese Vollmacht jederzeit entziehen und auch Weisungen erteilen, wenn er dies für erforderlich hält.

Wenn der Gemeinderat einen Vertrag wie den Swap "abschließt", dh als demokratisch legitimes Organ der Gemeindeverwaltung entsprechend den organisationsrechtlichen Bestimmungen des StL 1992 den Willen zum Abschluss fasst, kann auch diese Willensbildung als ein Akt im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung verstanden werden. In der Privatwirtschaftsverwaltung handelt der Staat in den Rechtsatzformen der Privaten. Würde die Stadt Linz einen Vertrag mit einem Dritten schließen, der keiner Zustimmung des Gemeinderats bedarf, so muss sie durch ihre zuständigen Organe, namentlich den Bürgermeister einen Willensentschluss fassen. Die Stadt tut dabei genau das, was häufig auch der private Vertragspartner macht, wenn es sich um eine juristische Person handelt: Sie beschließt einen Vertrag mit einem bestimmten Inhalt mit einem bestimmten Vertragspartner zu schließen.

Wenn in der Privatwirtschaftsverwaltung selbst der Staat in den Rechtsatzformen der Privaten handelt, dann kann es hinsichtlich des **Akts der Willensbildung keinen Unterschied zwischen dem Staat und dem Privaten** geben – die Entscheidung, den Vertrag zu schließen kann dann auch als eine privatrechtliche angesehen werden (und nicht nur – wie gerade oben gesagt – als "Auftrag" oder öffentlich-rechtliche Weisung, was aber nicht daran ändert, dass der Abschluss des Swap ein Akt der Privatwirtschaftsverwaltung ist). Der Unterschied zur Hoheitsverwaltung besteht darin, dass das gemeinderechtliche Organisationsrecht bzw das StL 1992 als Organisationsvorschrift bei einer Gemeinde (Stadt), die als Körperschaft öffentlichen Rechts nur durch ihre Organe handeln kann, auch für die Privatwirtschaftsverwaltung festlegt, wer für die Willensbildung zuständig ist. Das macht diese aber noch lange nicht zu einem Hoheitsakt. Letztlich ist hier nämlich kein Unterschied zu einer juristischen Person des Privatrechts festzustellen: Dort stecken das Gesellschaftsrecht und der Gesellschaftsvertrag/Satzung den organisationsrechtlichen Akt der Willensbildung und Vertretung ab und hier tut dies das Gemeinderecht, konkret das StL 1992.

Der GRB 2004 kann sohin, genau wie der Abschluss des Swap durch Mag ██████ als ein zivilrechtlicher Akt angesehen werden. Der GRB 2004 ist deshalb auch als zivilrechtlicher Akt zu behandeln und zu deuten.

Die – vom Erstgericht mehrfach und vehement behauptete – Umgehung der Organisationsvorschriften durch die zivilrechtliche Bevollmächtigung, verkennt völlig Folgendes (konkreter zur behaupteten Umgehung der Organisationsvorschriften, die hier nicht vorliegen kann, dann gleich unten): Erstens muss eine zivilrechtliche Bevollmächtigung zulässig sein, weil man sonst die unbeschränkte Privatrechtsfähigkeit der Gemeinden negieren würde.²¹¹ Diese ist aber verfassungsgesetzlich garantiert. Natürlich kann eine (Stadt-)Gemeinde Vollmacht erteilen und dies erfolgt auch regelmäßig im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung. Swap-Geschäfte sind Teil der Privatwirtschaftsverwaltung und dürfen – wie selbst das Erstgericht zugestehen muss – von Gemeinden grundsätzlich getätigt werden (Zwischenurteil, S 71). Wenn eine Gemeinde Vollmacht erteilt, dann ist das ein Akt der Privatwirtschaftsverwaltung, der mit den Organisationsvorschriften nichts zu tun hat. Die Erteilung der Vollmacht ist nämlich der Ausführungsakt, dem eine interne Willensbildung durch das zuständige Gemeindeorgan vorangeht. Vollmachterteilung und Organisationsvorschriften sind daher sicherlich kein Gegensatz, sondern die Bevollmächtigung setzt einen Willensentschluss der Gemeinde voraus. Den gibt es im vorliegenden Fall durch den GRB 2004. Von einer Umgehung von Organisationsvorschriften kann sohin von vornherein nicht die Rede sein.

²¹¹ Vgl in dem Sinn auch Zwischenurteil, S 71.

Auch bei einer zivilrechtlichen Bevollmächtigung gilt das oben zur Arbeitsteiligkeit und zur Zurechnung Gesagte: Es wurden keine Zuständigkeiten delegiert oder sonst wie übertragen, sondern FVV handelte als "verlängerter Arm" des Verwaltungsorgans Gemeinderat als Organisationseinheit des Magistrats der Stadt Linz als Geschäftsapparat der anderen Gemeindeorgane.

Auf der Tatebene handelte es sich dabei um eine **Beauftragung und Bevollmächtigung zum Vertragsabschluss**:

- Dies geht auch aus der **Stellungnahme der Stadt Linz gegenüber dem Rechnungshof** hervor. Diese behauptete nämlich gegenüber dem Rechnungshof, dass der GRB 2004 laut "*Stellungnahme der Stadt Linz ... keine Delegation dargestellt [habe] ... Es habe sich vielmehr um eine Beauftragung gegenüber der Finanz- und Vermögensverwaltung in Form einer Verhandlungsermächtigung gehandelt ...*" (Beilage .1155, S 55). Diese Aussage ist im Sinn einer historischen Interpretation ein Indiz dafür, wie der GRB 2004 rechtlich zu verstehen ist (auch wenn nach dem bisher Gesagten klar ist, dass es sich nicht – wie Stadt Linz offenbar zum eigenen Schutz nachträglich behauptete – um eine Verhandlungsermächtigung, sondern um eine Abschlussermächtigung handelte; der Wortlaut des GRB 2004, wonach zum **Abschluss** ermächtigt wird, lässt hier keinen Zweifel).
- Der Gemeinderat der Stadt Linz fasste übrigens bereits 1996 einen sehr ähnlichen Beschluss und ermächtigte die FVV auch damals ausdrücklich "*unter Beachtung der im Amtsbericht angeführten Vorgaben das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren*" (Zwischenurteil, S 13).

Gemeinsam mit den oben erwähnten ergänzenden Feststellungen zeigt sich eines: Der GRB 2004 war kein "Irrtum" und kein "Versehen" oder eine – mehr oder weniger – unverbindliche politische Willensäußerung; zumindest, wenn man der Ansicht des Erstgerichts folgt, der GRB wäre wegen § 46 StL 1992 zwingend wegen der Zuständigkeit des Gemeinderats erforderlich gewesen. Dann war der GRB 2004 historisch interpretiert eindeutig eine Fortführung der jahrelangen Praxis, die FVV mit der Abwicklung von Optimierungsgeschäften zu beauftragen. Zum gegenteiligen Ergebnis käme man allerdings dann, wenn man (richtiger Weise) davon ausgeht, dass der Bürgermeister und der von ihm geleitete Magistrat allein und nicht der Gemeinderat für den Abschluss des Swap zuständig war. Dann ist der GRB 2004 rechtlich tatsächlich bedeutungslos.

Dessen ungeachtet war der GRB 2004, sofern überhaupt erforderlich, unabhängig vom konkreten Willen des Gemeinderats bereits objektiv als Beauftragung und Vollmacht an die FVV zum Abschluss zu verstehen. Wie oben bei der Zurechnung von Handlungen und Wissen kommt es nicht auf die subjektive, sondern die objektive Komponente an. Für eine Abschlussermächtigung spricht insbesondere eine **Wortlautinterpretation**: Die FVV wird eben ermächtigt, "*durch den Abschluss*" solcher Geschäfte das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren. Der Gemeinderat brachte damit seinen Willen klar zum Ausdruck.

Rechtlich ist der GRB 2004 damit insbesondere keine öffentlich-rechtliche Delegation einer Organ-Kompetenz, sondern – ganz im Gegenteil – gerade deren Ausübung, und zwar durch die Erteilung eines zivilrechtlichen Auftrags und einer zivilrechtlichen Ermächtigung an die

fachlich zuständige Organisationseinheit FVV zur privatwirtschaftlichen Geschäftsführung für die Stadt Linz.²¹²

Der GRB 2004 ist rechtlich also eine zivilrechtliche Beauftragung und Bevollmächtigung zum Vertragsschluss. Daran kann es angesichts des Wortlauts des GRB 2004 keine Zweifel geben. **Zweifel würden aber ohnehin zu Lasten von Stadt Linz gehen** (§ 915 ABGB), da der GRB 2004 nach richtiger Rechtsansicht aufgrund des privatrechtlichen Charakters nach § 914 f ABGB zu interpretieren ist.²¹³ Ohnehin ist beim GRB 2004 kein besonders strenger Maßstab anzulegen, wenn es darum geht, ob das auf dessen Grundlage abgeschlossene Geschäft gültig sein soll: Der Zweck des § 867 ABGB ist nämlich jedenfalls nicht, dass geringfügige Verfahrensverstöße anlässlich der internen Beschlussfassung des Gemeinderats die rechtsgeschäftliche Erklärung ungültig machen sollten – so müssen im Sinn der Rechtsprechung nicht alle, sondern nur die für den besonderen Sachbereich maßgeblichen Mitglieder des Gemeinderats den äußeren Tatbestand vorhandener Abschlussvollmacht setzen, *"weil sonst die Vollmachtsvermutung des § 1029 ABGB, der die Wahrung des schutzwürdigen Interesses desjenigen bezweckt, der über die internen Willensbildungsvorschriften des Vertragspartners nicht oder nicht im ausreichenden Maße informiert sein kann, unterlaufen und illusorisch wäre"*.²¹⁴

Dieses rechtliche Ergebnis wird **durch Folgendes bestätigt:**

- Von einer Abschlussermächtigung geht rechtlich auch der Rechnungshof aus (Beilage ./155, S 56) – immerhin die Rechtsmeinung einer Behörde, die den Sachverhalt offenbar eingehend und umfassend analysierte und auch bestens mit den Organisationsvorschriften von Gemeinden und der Verwaltungspraxis vertraut ist.
- Mag █████ ging selbst davon aus, dass er die Stadt Linz wirksam vertreten und den Swap für Stadt Linz abschließen darf (Zwischenurteil, S 25). Der VwGH sah dies als berechtigt an.²¹⁵
- Das Kontrollamt der Stadt Linz selbst hielt zum Swap fest, dass nicht auszuschließen ist, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen wird leisten müssen (Zwischenurteil, S 29, Beilage ./16 = ./AN). **BAWAG PSK begehrt daher die folgende ergänzende Feststellung:**

Im Bericht des Kontrollamts der Stadt Linz (Beilage ./16) wurde mit keinem Wort an der Rechtmäßigkeit des Geschäftes gezweifelt, insbesondere also nicht daran, dass der dafür nach § 46 Abs 1 StL 1992 erforderliche Genehmigungsbeschluss

²¹² Im Detail bereits OGH, 15 Os 9/88 und 15 Os 10/88: "Der Abschluß zivilrechtlicher Verträge ... fällt nämlich in den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung der Fachgruppe, sodaß es ... zur Erteilung eines Mandats (§§ 1002ff. x GB) hiezu (nicht anders als beispielsweise zur Erteilung einer Liegenschaftsverwaltungs- oder Rechtsvertretungs-Vollmacht) keineswegs einer öffentlich-rechtlichen Verfügung bedarf und ihr auch die Rechtsnatur des Gremiums als Körperschaft öffentlichen Rechts (§ 1 Abs 2 HKG) durchaus nicht entgegensteht. Gleichmaßen geht der auf eine derartige Mandatserteilung an H*** bezogene Einwand des Angeklagten L*** (Z 9 lit a), der Gremialausschuß sei insoweit zu einer 'Übertragung seiner Befugnisse' nicht legitimiert gewesen, im Hinblick darauf fehl, daß es sich hiebei nach dem Gesagten ja nicht etwa um eine Delegation der Organ-Kompetenz als solche (vgl § 53 a HKG) handelt, sondern (ganz im Gegenteil) gerade um deren Ausübung, und zwar eben durch die Erteilung eines zivilrechtlichen Auftrags an einen Dritten (hier: an den Angeklagten H***) zur privatwirtschaftlichen Geschäftsführung für das Gremium." (Unterstrichene Hervorhebungen nicht im Original).

²¹³ Vgl dazu Punkt B.II.3.2.1.2.

²¹⁴ OGH 8 ObA 204/99d.

²¹⁵ Vgl zu dem Thema Punkt B.II.3.2. und insbesondere B.II.3.2.1.3.2.

des Gemeinderates fehle und sich daraus Konsequenzen für die Gebarung der Stadt ergeben könnten.

Die Feststellung ist relevant, weil ihn ihr zum Ausdruck kommt, dass selbst das Kontrollamt der Stadt Linz keine Zweifel an der Gültigkeit des Geschäfts hatte und ein Dritter (wie BAWAG PSK) daher ebenfalls von der Gültigkeit ausgehen durfte.

- Genau so stellte der Rechnungshof in seinem Prüfbericht zum Swap fest: *"Zum damaligen Zeitpunkt fanden sich im Bereich der Stadt Linz keine Hinweise, welche die Gültigkeit und Rechtmäßigkeit der abgeschlossenen Derivatengeschäfte, insbesondere des zwischenzeitlich umstrittenen Derivativs Nr. 9 [Anm: Swap] angezweifelt hätten. Erst im Laufe des Jahres 2010 änderte sich mit Bekanntwerden der bis dahin eingetretenen Verluste aus dem Derivat Nr. 9 auch das Rechtsverständnis der Stadt Linz"* Auch nach Ansicht des Rechnungshofs lagen zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap bei Stadt Linz also keine Hinweise auf Ungültigkeit oder Unrechtmäßigkeit beim Abschluss des Swap.

3.2.2.4. Zusammenfassung

Zusammengefasst handelt es sich beim GRB 2004 rechtlich um einen zulässigen öffentlich-rechtlichen Auftrag zur Durchführung des Willens des Gemeinderats durch die dafür zuständige Organisationseinheit des Magistrats der Stadt Linz als Geschäftsapparat oder, richtiger Weise, **eine zivilrechtliche Beauftragung und Bevollmächtigung zum Abschluss**. Alle damals handelnden Personen, das Kontrollamt der Stadt Linz und der Rechnungshof kamen deshalb alle zum selben, richtigen Ergebnis: Der Swap wurde gültig geschlossen. Davon durfte auch BAWAG PSK schon auf Basis des § 915 ABGB ausgehen; wieso sie den GRB 2004 anders verstehen musste ist nicht nachvollziehbar.

3.2.3. (Nachträgliche) Mehrkosten können nicht zur Ungültigkeit führen

3.2.3.1. *Rechtlicher Rahmen: Der GRB 2004 als budgetäres Selbstbindungsgesetz*

Werden gebarungsrelevante Akte vorgenommen, so ist stets **zwischen der materiell-rechtlichen (inhaltlichen) Willensbildung ("Genehmigung") und der entsprechenden budgetären Erlaubnis zu unterscheiden**: Das österreichische Budgetrecht geht im Rahmen der "doppelten rechtlichen Bedingtheit" davon aus, dass Akte der Staatsgebarung grundsätzlich stets einerseits nach Art 18 Abs 1 B-VG einer materiell-rechtlichen inhaltlichen gesetzlichen Grundlage bedürfen, die aber bei Akten der Privatwirtschaftsverwaltung entfallen kann (weil das Legalitätsprinzip hier nicht gilt), wie der Abschluss des Swap einer ist.

Andererseits bedarf es einer "finanzgesetzlichen Deckung" im Budget. Ein solches **"Finanzgesetz"** – hier (auch) der GRB 2004, weil Gemeinden keine gesetzgebenden Körperschaften sind und daher keine Gesetze erlassen können – **wirkt freilich nur im Innenverhältnis**. Mit anderen Worten: Er bindet die Verwaltung, kann aber die Gültigkeit des Geschäfts nach außen, dh gegenüber dem Vertragspartner nicht berühren. Eine Körperschaft muss daher auch dann leisten, wenn es an der budgetären Beschlusslage fehlt, weil diese dem Dritten gegen-

über unbeachtlich ist. **Ein etwaiger zivilrechtlicher Vertrag kann sohin nicht ungültig werden, nur weil es keinen Budgetbeschluss für die daraus zu leistenden Zahlungen gibt.**²¹⁶ Im konkreten Fall gibt es aber sogar einen Budgetbeschluss.

Der GRB 2004 bringt nämlich zum einen in inhaltlicher Hinsicht einen Willensentschluss des Kollegialorgans Gemeinderat zum Ausdruck und spricht eine zivilrechtliche Ermächtigung und Beauftragung zum Abschluss bestimmter Geschäfte aus; zum anderen ist er die "finanzgesetzliche Grundlage", die **im Innenverhältnis** erforderlich ist, um mit der Beschlussabwicklung verbundene gebärungsrechtliche Akte durchführen zu können. Die vom Erstgericht insbesondere auf S 79 des Zwischenurteils zum Ausdruck gebrachten Bedenken, wonach der Gemeinderat sonst vor vollendeten Tatsachen stünde, wenn er erst die budgetrechtliche Deckung von aus dem Swap zu leistenden Zahlungen genehmigen müsste (und nicht schon das Grundgeschäft), löst sich damit in Luft auf. Entweder ist der GRB 2004 nur ein budgetrechtliches Selbstbindungsgesetz, weil der Swap selbst nicht genehmigungspflichtig ist, oder er ist ein Akt mit Doppelnatur, dh materiellrechtliche Genehmigung nach den Organisationsvorschriften und die haushaltsrechtliche Bedeckung etwaig erforderlicher Mittel.

Daher gilt auch Folgendes:

3.2.3.2. *Keine Ungültigkeit wegen Kostenüberschreitung*

Das Auflaufen von *ex ante* nicht – oder zumindest nicht in der genauen Höhe – bekannten Kosten kann nicht dazu führen, dass ein Geschäft, das auf einem Rahmenbeschluss beruht, nachträglich ungültig wird. Die "Idee", dass der **Swap also deshalb ursprünglich ungültig sein soll, weil er nicht das von Stadt Linz offenbar "erhoffte" wirtschaftliche Ergebnis brachte**, ist schlicht **unhaltbar**. Dafür fehlt es an jeder Rechtsgrundlage. Außerdem ist der GRB 2004 als budgetäre Innennorm zu verstehen, die etwaige mit dem Swap verbundene Kosten deckte. Selbst wenn das nicht der Fall wäre, können nachträgliche Mehrkosten unter Umständen (nur) aus budgetrechtlichen Gründen "problematisch" sein, weil sie ein Nachtragsbudget erfordern, können aber – wie oben dargetan – **nichts mit der inhaltlichen Gültigkeit des Grundgeschäfts zu tun** haben. Dies hat seinen Grund darin, dass der im Privatrecht immanente Vertrauensgrundsatz – das hat nichts mit § 867 ABGB zu tun! – auch in Geschäften mit der öffentlichen Hand gilt.²¹⁷

Was damit gemeint ist, lässt sich anhand des oben genannten Beispiels zu Bauvorhaben veranschaulichen.²¹⁸ Auch dort gilt nämlich: Würde sich in weiterer Folge herausstellen, dass die Baukosten den genehmigten Rahmen erheblich übersteigen, dann wird der geschlossene Bauwerkvertrag nicht ungültig. Die Notwendigkeit eines Nachtragsbudget kann nicht zur Ungültigkeit des Grundgeschäfts führen. Selbst wenn das Nachtragsbudget nicht zustande käme und eine budgetäre Bedeckung tatsächlich fehlen sollte, kann der **"Grundvertrag" aber nicht ungültig werden und müsste die Stadt Linz an BAWAG PSK leisten**. Haushaltsrechtliche Regelungen zählen nämlich nicht zu den organisationsrechtlichen Vorschriften im Sinne des § 867 ABGB und sind deshalb nicht relevant, wenn es um die Frage der Ungültigkeit des Geschäfts geht.²¹⁹

²¹⁶ Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 205 f.

²¹⁷ Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 73 f.

²¹⁸ Vgl Punkt B.I.5.3.

²¹⁹ Thunhart, Privatrechtlicher Vertrauensschutz und § 867 ABGB, öarr 2001,419 ff.

Zusammengefasst: Dass es **keine ausreichende Finanzierung** gibt, ist – genau wie bei sonstigen Privatrechtssubjekten auch – bei Gemeinden ebenfalls **Problem des Schuldners** (und nicht des Gläubigers).

3.2.3.3. *Zwischenergebnis*

Zusammengefasst war (sofern überhaupt eine Zuständigkeit des Gemeinderats bestand) der GRB 2004 als **Rahmenbeschluss** deshalb der Natur des Swap und dem Zweck, damit die FVV mit dem Abschluss eines Geschäfts wie des Swap zu ermächtigen, **rechtskonform** und genau das, was Stadt Linz – vertreten durch den Gemeinderat – wollte. Die entgegenstehende Rechtsmeinung des Erstgerichts ist mehrfach verfassungswidrig und würde zum völligen Erlahmen des Privatrechtsverkehrs mit Gemeinden führen.

3.2.4. Keine Verletzung oder Umgehung von Organisationsvorschriften

3.2.4.1. *Rechtsansicht des Erstgerichts*

Das Erstgericht begründet die Ungültigkeit des GRB 2004 mit der "*Verletzung und Umgehung*" von Organisationsvorschriften (Zwischenurteil, S 86-89). Auf den Punkt gebracht meint das Erstgericht, eine Kompetenzverschiebung vom Kollegialorgan (Gemeinderat) zum monokratischen Organ (FVV, Mag ██████ sei nach StL 1992 und GEOM unzulässig und deshalb auch zivilrechtlich nicht möglich (Zwischenurteil, S 87).

Die Rechtsansicht des Erstgerichts ist mehrfach unrichtig:

3.2.4.2. *Keine unzulässige Kompetenzverschiebung*

Es handelt sich bei der Ermächtigung der FVV im GRB 2004 um keine gesetzlich unzulässige Kompetenzverschiebung. Weder das StL 1992, noch die GEOM oder sonst irgendein anderes Gesetz können die Unzulässigkeit begründen.

Wie bereits oben dargetan²²⁰, ist es das Wesen einer arbeitsteiligen Verwaltungsorganisation, dass die Verwaltungsorgane (Gemeinderat, Bürgermeister, Stadtsenat etc) nicht sämtliches Verwaltungshandeln höchstpersönlich vornehmen, sondern es gibt dafür einen Geschäftsapparat, nämlich den Magistrat der Stadt Linz.

FVV ist ein Bereich / Abteilung / organisatorische Einheit des Magistrats der Stadt Linz (vgl dazu die Feststellungen im Zwischenurteil, S 2 ff). Geht man davon aus, dass für den Abschluss des Swap überhaupt ein Gemeinderatsbeschluss notwendig war, so liegt dieser in Gestalt des GRB 2004 vor (Zwischenurteil, S 16). Damit erfolgte die im StL 1992 in § 46 Abs 1 erforderliche interne Willensbildung mit dem Ergebnis, dass der Gemeinderat eine Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten rechtsverbindlich beschloss.

Die Durchführung dieses Beschlusses sollte also laut GRB 2004 durch die FVV erfolgen. FVV ist ein Geschäftsbereich des Magistrats der Stadt Linz, dem der Bürgermeister vorsteht (§ 49 Abs 2 StL), der die Beschlüsse des Gemeinderats zu vollziehen hat (§ 22 Abs 1 StL). Der Gemeinderat meint daher mit "FVV", dass die im Magistrat zuständige Abteilung seinem

²²⁰ Vgl Punkt B.II.3.2.1.3.4.

im GRB 2004 gebildeten Willen umsetzen soll. Wer sollte es denn sonst machen? Damit wurden FVV (oder der Magistrat) aber **nicht an Stelle des Gemeinderats ermächtigt, sich einen Willen zu bilden, sondern mit dem Vollzug des vom Verwaltungsorgan Gemeinderat gebildeten Willens beauftragt.**

Der Gemeinderat spricht offenkundig deshalb von "FVV", weil er natürlich die Organisation der Stadtverwaltung kannte. Genauso gut hätte er "Magistrat" (als Geschäftsapparat, dessen Teil FVV ist) oder "Bürgermeister" sagen können (der der Vorstand des Magistrats ist). Die gemäß § 867 ABGB erforderliche interne Willensbildung erfolgte daher. Dass der Gemeinderat nicht selbst die Vollzugshandlung, mithin den Vertragsabschluss durchführen muss, wurde bereits oben gesagt. Damit ist aber auch klar, dass die Ausführungen des Erstgerichts zur Kompetenzverschiebung ins Leere gehen. Im Gegenteil, der Gemeinderat hat seine (aus Sicht des Erstgerichts gegebenen) Kompetenzen wahrgenommen und auch nicht – an wen immer – delegiert oder übertragen.

Er – der Gemeinderat – selbst hat damit in der in § 46 Abs 1 StL vorgesehenen Weise den Swap geschlossen, weil ihm – wie oben dargetan – die Vollzugshandlungen des Magistrats, von FVV und Mag █████ zuzurechnen sind. Der Magistrat unter der Leitung des Bürgermeisters ist – wie dargetan – der Geschäftsapparat, der für den Gemeinderat tätig wird, der sich mit dem GRB 2004 einen Willen gebildet hat. FVV ist Teil des Geschäftsapparats "Magistrat" und der Leiter von FVV war damals Mag █████. Deshalb hat die Zurechnung – wie beschrieben – zu erfolgen.

Das Erstgericht verwechselt damit den Begriff der "Zurechnung" in der arbeitsteiligen Verwaltung mit jenem der "Kompetenzverschiebung". Nur weil ein Bundesminister den Bescheid nicht selbst erlässt oder im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung Förderverträge nicht höchstpersönlich schließt, wird niemand ernsthaft behaupten, er hätte seine Kompetenz zu handeln an den zuständigen Abteilungsleiter delegiert oder übertragen; vielmehr ist ihm das Verhalten seines Geschäftsorgans im Rahmen der politischen (Art 74 B-VG) und rechtlichen Verantwortlichkeit (Art 142 B-VG) zuzurechnen. Gehandelt hat in diesen Fällen daher nicht der Abteilungsleiter "X", sondern das Verwaltungsorgan "Bundesminister". Dies selbst dann, wie oben dargetan, wenn der Minister weder vom Bescheid noch vom Fördervertrag wusste, weil ihm im Rahmen der Wissensvertretung durch die Organwalter seines Geschäftsapparats "Bundesministerium" deren Wissen (genauso wie ihr Handeln) zuzurechnen ist.²²¹

Nichts Anderes gilt hier im Fall des Vertragsabschlusses durch Mag █████/ FVV. Sein Handeln und Wissen ist dem Gemeinderat der Stadt Linz zuzurechnen, selbst wenn dieser keine unmittelbare Kenntnis vom Swap gehabt hätte (was ohnehin unrichtig ist, vgl dazu bei der nachträglichen Genehmigung unten Punkt 4.3.3). Auch der Gemeinderat, dem es nach § 40 StL 1992 freisteht, zur Vorberatung von Verhandlungsgegenständen Ausschüsse, wie den Finanzausschuss einzusetzen, muss sich nämlich das Handeln und das Wissen desselben genauso zurechnen lassen, auch wenn die einzelnen Mitglieder nicht über die Details des Geschäfts Bescheid wussten (vgl dazu ebenfalls unten).

Zur "Besorgnis" des Erstgerichts, dass Kompetenzen vom unmittelbar demokratisch legitimierten Gemeinderat zum (angeblich) nicht demokratisch legitimierten Organwalter Mag █████ oder zur Organisationseinheit FVV verschoben würden, ist zu sagen:

²²¹ Müller, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2010) 350 f.

Abgesehen davon, dass es sich – wie dargetan – nicht um eine Kompetenzverschiebung handelt, hat das Gericht ein falsches Verständnis von demokratischer Legitimation. Sämtliche staatlichen Organe sind – wenn auch unterschiedlich – demokratisch legitimiert.²²² In der Verwaltung erfolgt die demokratische Legitimation ganz wesentlich durch die Bindung an die Gesetze, sofern es sich um die Hoheitsverwaltung handelt (in der Privatwirtschaftsverwaltung gilt das Legalitätsprinzip bekanntlich nicht). Auf die Stadt Linz und ihre Verwaltungsorgane zurückzukommend wird das Verwaltungsorgan Gemeinderat vom Volk gewählt und erfährt so eine unmittelbare personelle demokratische Legitimation. Diese endet aber nicht dort, weil die Stadtverwaltung – wie jeder Verwaltungsapparat – hierarchisch gegliedert ist und den einzelnen Organwaltern gemäß Art 20 Abs 1 B-VG Weisungen erteilt werden können. **Damit überträgt sich die hohe personelle demokratische Legitimation vom Gemeinderat bis "zum letzten Beamten" im Magistrat.**

Die "Klammer" zwischen dem Bürgermeister und den Mitgliedern des Stadtsenats auf der einen und dem Gemeinderat auf der anderen Seite ist gemäß § 31 Abs 4 und 5 StL 1992 die Möglichkeit eines Misstrauensvotums. So kann der Gemeinderat sicherstellen, dass Bürgermeister und Stadtsenat seinen Willen befolgen. Der Bürgermeister und die Mitglieder des Stadtsenats haben – wie dargetan – gegenüber den Organwaltern des Magistrats ein Weisungsrecht. Damit bleibt die Legitimationskette geschlossen und die demokratische Legitimation ist sichergestellt.

Die Ausführungen des Erstgerichts zur demokratischen Legitimation und dass sich der Gemeinderat beim Abschluss der in § 46 Abs 1 StL genannten Geschäfte nicht seiner Hilfsorgane bedienen könnte, sind daher von einem gänzlich falschen Verständnis von Zurechnung in der arbeitsteiligen Verwaltung sowie von demokratischer Legitimation geprägt.

Im Gegenteil: Das Verfassungsrecht gebietet geradezu, dass Behörden den politischen Willen als verlängerter Arm der demokratisch legitimierten Organe (Minister, Bürgermeister, Gemeinderat etc) unter deren Verantwortung vollziehen. Die Geschäfte der Gemeinden werden eben durch das Gemeindeamt (Stadtamt), jene **der Städte mit eigenem Statut – wie bei der Stadt Linz – durch den Magistrat besorgt.**²²³ Der Magistrat und seine Organisationseinheiten haben hier ein "Geschäftsführungsmonopol" – ausschließlich ihnen kommt es zu, als Geschäftsapparat bzw Hilfsorgan der Gemeindeorgane Aufgaben der – hoheitlichen sowie privatwirtschaftlichen – (Gemeinde-) Verwaltung zu besorgen.²²⁴ Es entspricht also gerade dem Organisationsaufbau einer Stadt mit eigenem Statut, dass der Magistrat die Beschlüsse des Gemeinderats vollzieht. Genauso sollte es hier nach dem Willen des Gemeinderats, den dieser unmissverständlich im GRB 2004 ausdrückte ("*... FVV ... ermächtigt ... Abschluss*") auch geschehen.

Hinzu kommt, dass es letztlich – zugespitzt – irrelevant ist, wem der GRB 2004 die Zuständigkeit zuweist, weil die im StL 1992 normierten, wegen des Legalitätsprinzips zwingenden und durch Beschluss des Gemeinderats nicht abänderbaren Zuständigkeiten unverändert bestehen, ungeachtet welche Zuständigkeit der Beschluss vorsieht. Dass sich der Gemeinderat auf FVV als zuständige Direktion bezieht, liegt nahe, ist aber weder eine Delegation noch eine

²²² Müller, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2010) 350 f,

²²³ Vgl bereits eingangs Punkt B.II.1.

²²⁴ Stolzlechner, in Kneihls/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Art 117 B-VG, Rz 27 f.

sonstige Übertragung von Zuständigkeiten. Hier nimmt das Erstgericht, wegen der Nennung von "FVV" eine angebliche Rechtswidrigkeit an, die es aber nicht gibt.

Auch was das mit einer "virtuellen" Spaltung von Mag █████ in zwei Personenhälften zu tun haben soll (vgl so die – um das Erstgericht zu zitieren – "sibyllinischen" Ausführungen im Zwischenurteil, S 87), bleibt für BAWAG PSK völlig unverständlich. Wie üblich und wie Tag für Tag gelebt, beauftragte der Gemeinderat seinen Magistrat mit der Umsetzung seines Willens. Da der Magistrat keine natürliche Person ist, handelt eben der Leiter der FVV für den Magistrat, dem der Bürgermeister vorsteht.²²⁵ Es braucht keine besonderen zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Verrenkungen, um den Inhalt des GRB 2004 korrekt zu deuten.

Die Rechtsauffassung des Erstgerichts, dass der GRB 2004 eine **unzulässige Kompetenzverschiebung** darstelle, ist deshalb **unrichtig**. Vielmehr drückte der Gemeinderat mit dem GRB 2004 aus, dass der Wille des Gemeinderats vom Magistrat, konkret der FVV, umgesetzt werden sollte. Eine Kompetenzverschiebung ist das nicht, und schon gar keine unzulässige. Der Gemeinderat übte seine Kompetenz (so eine solche überhaupt vorlag) durch den GRB 2004 statutengemäß aus.

3.2.4.3. *In eventu: Jedenfalls keine zivilrechtliche Ungültigkeit*

Selbst wenn man rechtlich unrichtig davon ausginge, dass es sich beim als Rahmenbeschluss gefassten GRB 2004 um eine unzulässige Kompetenzverschiebung handelt, ist der GRB 2004 zivilrechtlich trotzdem gültig und der Swap konnte auf dessen Grundlage wirksam geschlossen werden:

Die gegenteilige Rechtsansicht, dass eine organisationsrechtliche Unzulässigkeit 1:1 auf das Zivilrecht durchschlägt, begründet das Erstgericht vage mit § 867 ABGB und dessen Regelungszwecken. In dem einzigen Absatz des Zwischenurteils, der sich damit beschäftigt, findet sich freilich kein einziges Zitat aus Lehre oder Rechtsprechung (Zwischenurteil, S 86 f). Tatsächlich lässt sich die vom Erstgericht vertretene Auffassung gerade nicht mit § 867 ABGB begründen:

Die Organisationsvorschriften des Hoheitsträgers regeln die Zurechnung menschlichen Verhaltens. § 867 ABGB bezieht sich nur auf im Organisationsrecht als Gültigkeitsvoraussetzungen normierte Bestimmungen. Daher hat er keine normative, sondern bloß klarstellende Bedeutung. Wo das Organisationsrecht Ungültigkeit anordnet, bedarf es nicht § 867 ABGB, wo ihm hingegen nichts über die Gültigkeit entnommen werden kann, greift § 867 ABGB ohnehin nicht ein.²²⁶ Welche Folgen eine Verletzung dieser Vorschriften hat, kann somit nicht aus § 867 ABGB, sondern aus den gemeinderechtlichen Vorschriften abgeleitet werden.

Anders als § 78 Abs 3 StL 1992, der eine Unwirksamkeit des Geschäfts bei Fehlen einer erforderlichen aufsichtsbehördlichen Genehmigung ausdrücklich anordnet, fehlt eine solche Regelung in § 46 StL 1992 zu den Zuständigkeiten des Gemeinderats. Auch nach dem Zweck der Regelung ist eine Nichtigkeit im vorliegenden Fall nicht geboten. Die Regelung bezweckt eine Einbindung des Gemeinderats in bestimmte Vorgänge, die der Bürgermeister/Magistrat anders als sonst nicht alleine im Rahmen der Gemeindeverwaltung durchführen sollen.

²²⁵ Vgl Punkt B.II.3.2.8.

²²⁶ *Perner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 867 Rz 2 f mwN; *Wilhelm*, Die Vertretung der Gebietskörperschaften im Privatrecht [1981] 40 ff.

Hier wurde der **Gemeinderat aber nicht übergangen**, sondern er habe – aus Sicht des Erstgerichts – einen zu weiten Beschluss gefasst, mit dem er unzulässigerweise versucht hätte, seine Aufgaben auf den Magistrat "abzuschieben" (Zwischenurteil, S 77). Da der Gemeinderat als das zuständige Organ aber eingebunden war, kann sich daraus nach dem Zweck der Regelungen keine Nichtigkeit ergeben und § 867 ABGB greift hier nicht. Dies folgt auch aus einer verfassungskonformen Interpretation aus der Sicht des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes.²²⁷ Diesen können weder § 867 ABGB noch das StL 1992 aushebeln.

Aus diesem Blickwinkel sind übrigens auch die in RS0014664 gesammelten Entscheidungen nicht anwendbar. Laut diesen Entscheidungen beinhalten Bestimmungen, die bestimmte Rechtsgeschäfte dem Gemeinderat vorbehalten, zwar eine Beschränkung der allgemeinen Vertretungsmacht. Allerdings gab es **in keiner einzigen der zahlreichen Entscheidungen** (erfasst seit 15.7.1981) den Fall, dass der **Gemeinderat** vor Abschluss des dort klagsgegenständlichen Geschäfts **tatsächlich einen Beschluss fasste**. Hier war das bekanntlich anders und der Gemeinderat fasste wie festgestellt den GRB 2004 (Zwischenurteil, S 16). Die Entscheidungen im Rechtssatz können deshalb nicht einschlägig sein. Sie sind aus Vertrauensschutzgesichtspunkten völlig anders zu werten als der hier vorliegende Fall. In den Entscheidungen im Rechtssatz konnte der Vertragspartner auf keinen Gemeinderatsbeschluss vertrauen – hier durfte BAWAG PSK das aber, wie oben ausgeführt sehr wohl.

Das Statut der Stadt Linz enthielt zum Zeitpunkt des Gemeinderatsbeschlusses außerdem kein Verbot von Swap-Geschäften, wie dies auch das Erstgericht festgestellt hat (S 71 des Zwischenurteils).²²⁸ Schranken hinsichtlich der Zulässigkeit bestimmter Geschäfte können sich aber nur aus einschlägigen Rechtsnormen zum Zeitpunkt des Abschlusses ergeben, weil sonst – wie oben dargetan – eine verfassungswidrige, weil belastende rückwirkende Regelung geschaffen würde, die in unverhältnismäßiger Weise in die Privatautonomie insbesondere des "privaten Vertragspartners", also hier BAWAG PSK, eingreifen und diese in Ermangelung einer sachlichen Rechtfertigung verletzen würde.²²⁹ Auch deshalb kann im konkreten Fall aus dem StL 1992 keine Nichtigkeitsfolge abgeleitet werden.

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass eine organisationsrechtliche Unzulässigkeit (sollte sie überhaupt gegeben sein, was BAWAG PSK bestreitet) nichts an der zivilrechtlichen Gültigkeit des GRB 2004 ändern kann. Eine andere Rechtsauffassung könnte sich nur aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung ergeben, die es jedenfalls zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap nicht gab.

3.2.4.4. *Zwischenergebnis*

Der GRB 2004 bewirkte keine unzulässige Kompetenzverschiebung. Selbst wenn man das anders sehen sollte, ändert das nichts daran, dass Mag ██████ auf dessen Grundlage den Swap ursprünglich wirksam abschließen durfte und konnte.

²²⁷ Vgl Punkt B.II.3.2.4.3.

²²⁸ Auch N. Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 *passim*, insbesondere 72, verwies noch 2013 darauf, dass die geltende Rechtsordnung den Gebietskörperschaften den Abschluss riskanter Finanzgeschäfte erlaubt.

²²⁹ Erst Jahre später wurde auf Bundes- und Landesebene versucht, bestimmte Grundsätze einer "Risikoaverse[n] Ausrichtung der Finanzgebarung der Gebietskörperschaften" (vgl die "Vereinbarung zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden über eine risikoaverse Finanzgebarung" nach Art 15a Abs 1 B-VG) festzulegen. Selbst nach der neuen Art 15a-Vereinbarung ist aber bei Derivaten nur darauf abzustellen, ob es ein entsprechendes Grundgeschäft gibt (Art 1 Z 1 der Vereinbarung), was beim Swap 4175 mit der CHF-Anleihe zweifelsfrei der Fall war.

3.2.5. Zu den übrigen Argumenten des Erstgerichts

Abschließend geht BAWAG PSK noch auf die weiteren Argumente ein, welche das Erstgericht gegen die zivilrechtliche Gültigkeit des GRB 2004 einwendet: Einerseits behauptet das Erstgericht, der GRB 2004 sei wegen Vollmachtsüberschreitung unwirksam (S 89 f). Andererseits behauptet das Erstgericht, der GRB 2004 sei mangels aufsichtsbehördlicher Genehmigung unwirksam (Zwischenurteil, S 90). Beide Argumente sind Zirkelschlüsse, mit denen das Erstgericht andere (ebenfalls unrichtige) rechtliche Argumente aus anderem Blickwinkel nochmals ins Treffen führt:

- Geht man davon aus, dass der GRB 2004 die Optimierungseignung eines Geschäfts verlangt, dass Optimierung gleich Beherrschbarkeit heißt und dass der Swap nicht beherrschbar war, dann könne sich BAWAG PSK nach dem Erstgericht für die Gültigkeit des Swap nicht auf den GRB 2004 stützen.
- Geht man davon aus, dass der Swap unter einem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis stand und die aufsichtsbehördliche Genehmigung nicht erteilt wurde, dann könne sich BAWAG PSK nach Meinung des Erstgerichts für die Gültigkeit des Swap ebenfalls nicht auf den GRB 2004 stützen.

Nichts davon ist aber, wie bereits oben dargelegt, hier der Fall. Der Swap unterlag vielmehr weder einem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis noch ist die Optimierung im Außenverhältnis relevant (und selbst wenn war der Swap nach dem anzulegenden allgemeinen Maßstab – und selbst konkret für die Stadt Linz – "optimierend"). Es kann daher auch keine Vollmachtsüberschreitung gegeben haben (wie schon mehrfach betont hat der VwGH auch keine solche geortet). Daher ist der **Swap** auch unter diesem Blickwinkel **gültig zustande gekommen**.

3.2.6. Zwischenergebnis

Die vom **Erstgericht** vertretene Rechtsansicht, die sich auf ein Verbot der zivilrechtlichen Handlungsformen der Beauftragung und der Bevollmächtigung beim Abschluss des Swap hinausläuft, würde – konsequent weitergedacht – eine **verfassungswidrige Einschränkung der gemeinderechtlichen Privatautonomie des Art 116 Abs 2 B-VG bedeuten**. Nimmt man das Erstgericht beim Wort, dürften Gemeinden dann nämlich keine Verträge mehr schließen, die eine schnelle Reaktion verlangen oder bei denen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine Überschreitung der ursprünglich geschätzten Kosten zu befürchten ist. Wer die Nachrichten liest und dort regelmäßig mit dem Bau des Flughafens Berlin oder des Krankenhauses Nord konfrontiert wird, weiß, dass gerade das Verbot im zweiten Fall nur ein Ergebnis haben kann: Die paralyisierte Gemeinde.

Ein einfacher Blick auf die Natur des Swap (oder anderer, vergleichbarer Geschäfte) zeigt, dass die ständige kollegiale Beschlussfassung im Gemeinderat nicht zwingend sein kann, da dies nicht praktikabel wäre und den praktischen Effekt einer – vom Verfassungsgesetzgeber (Art 116 Abs 2 B-VG) nicht gewünschten – **Beschneidung der Privatautonomie** der Gemeinde hätte. Eine anderslautende Auslegung wäre mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung von Gemeinden als Privatrechtssubjekt nicht vereinbar.²³⁰ Demnach ist es

²³⁰ Weber, Art 116 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Rz 14 [1999].

der Bundes- und Landesgesetzgebung "verwehrt, diskriminierende Vorschriften gegenüber der Gemeinde auf diesem Gebiet aufzustellen".²³¹

Tatsächlich enthält das (Landesgesetz) StL 1992 keine derartigen Vorschriften. Insbesondere ist dort nicht vorgesehen, dass (i) Swaps einer Beschlussfassung bedürfen (weder durch den Gemeinderat, noch die Aufsichtsbehörde), (ii) ein potentiell nötiges künftiges Finanzierungsfordernis zur Genehmigungspflicht des Grundgeschäfts führen soll, oder (iii) es dem Gemeinderat verwehrt wäre, einen Rahmenbeschluss zu fassen und den Magistrat mit der Durchführung von Finanzgeschäften in Zusammenhang mit dem Fremdfinanzierungsportfolio zu betrauen.

Dies ergibt sich vielmehr rein aus der Sichtweise des Erstgerichts. Dies ist deshalb inkonsistent, weil das Erstgericht – wie bereits dargetan – an verschiedensten Stellen die hohe, weil unmittelbare demokratische Legitimation des Gemeinderats als das zur Beschlussfassung über den Swap zuständige Verwaltungsorgan betont (etwa auf S 83 des Zwischenurteils), gleichzeitig, aber den Willen des Gemeinderats ignoriert bzw diesem die Möglichkeit abspricht, einen Beschluss wie den GRB 2004 zu fassen. In einem gewaltentrennenden System und vor dem Hintergrund der Gemeindeautonomie beschneidet das Erstgericht – mit einer teils als *de lege ferenda* zu bezeichnenden Begründung – die verfassungsgesetzlich gewährleistete Privatautonomie.

Das Erstgericht lässt in seine Entscheidung erkennbar **rechtspolitische Erwägungen** einfließen, wenn es unter Berufung auf § 867 ABGB den Schutz der Linzerinnen und Linzer und auch der Oberösterreicherinnen und Oberösterreicher postuliert (Zwischenurteil S 87 f). Aus § 867 ABGB lässt sich dies gerade nicht ableiten (und § 21 ABGB sieht ebenfalls keinen Schutz von Gemeinden vor). Schlichtweg falsch ist auch die Behauptung im Zwischenurteil auf S 88, der Private wäre nur in der Hoheitsverwaltung schützenswert. Wie bereits weiter oben dargetan, bleibt der Staat der Staat, auch wenn er privatwirtschaftlich handelt, weil seine obrigkeitliche Stellung dadurch nicht verloren geht. Warum sonst sollten die Grundrechte auch den privatwirtschaftlich handelnden Staat im Rahmen der Fiskalgeltung schützen? Doch nur, weil es notwendig ist, auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung den privaten Vertragspartner vor dem Staat zu schützen, dem es im Übrigen freisteht, ob er hoheitlich oder privatwirtschaftlich handelt.²³²

Glaubt man den Ausführungen des Erstgerichts, soll die Stadt Linz als Landeshaupt- und Stadt mit eigenem Statut, einem großen Magistrat mit hoch qualifizierten Beamten etc vor sich selbst geschützt werden, obwohl das (aus seiner Sicht) zuständige Organ befasst war: Davor, Gemeinderatsbeschlüsse zu fassen und diese dann durch die zuständigen Stellen vollziehen zu lassen. Das ist vom geltenden positiven Recht und insbesondere von § 867 ABGB nicht gedeckt und würde den Handlungsspielraum der Gemeinden unzulässig beschneiden. Spekulationsverbote und Genehmigungsvorbehalte für Derivate einzuführen ist – im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Gemeindeautonomie und Gemeindeaufsicht – dem oberösterreichischen Landtag als Gesetzgeber des StL 1992 überlassen. Dieser hat von dieser Möglichkeit aber erst 2012 Gebrauch gemacht.

²³¹ So ausdrücklich die Materialien zur Gemeindeverfassungsnovelle 1962, RV 639 BlgNR 19. GP, 14.

²³² Ob der Staat eine Förderung mittels Bescheid (Hoheitsverwaltung) oder durch Vertrag (Privatwirtschaftsverwaltung) "verg bt", in beiden Fällen ist er an die Grundrechte, die Schutzgesetze sind, gebunden.

Auf den Punkt gebracht: Alles, was **sonstige Privatrechtssubjekte** (zB GmbH und AG) dürfen, muss auch die **Gemeinde** im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung dürfen. Dies abgesehen von gesetzlich **eindeutig** geregelten aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernissen, welche hier nicht vorliegen.²³³

3.2.7. In eventu: GRB 2004 als öffentlich-rechtliche Approbationsbefugnis (Punkt II.A.3.b des Zwischenurteils)

Geht man davon aus, dass überhaupt ein Gemeinderatsbeschluss für den Abschluss des Swap nötig war, dann erfüllt der GRB 2004 alle erforderlichen Voraussetzungen für einen solchen. Wie gerade dargelegt, beauftragte und bevollmächtigte der Gemeinderat damit Mag ██████ zum Abschluss von Finanzgeschäften wie dem Swap in einem zivilrechtlichen Akt.

Selbst wenn man das anders sieht und den GRB 2004 – trotz seines klaren Wortlauts – nicht als zivilrechtliche Beauftragung und Bevollmächtigung zum Abschluss einordnet, durfte Mag ██████ den Swap trotzdem für Stadt Linz abschließen. Der GRB 2004 kann dann nämlich auch als **Approbationsbefugnis** verstanden werden, sollte Mag ██████ nicht sowieso schon über diese Approbationsbefugnis verfügt haben,²³⁴ was auch wieder dazu führt, dass Stadt Linz und BAWAG PSK den Swap ursprünglich gültig abschlossen:

Nach Auffassung des Erstgerichts handelt es sich bei einer Approbationsbefugnis **um einen innerbehördlichen Akt**, der in Form einer Weisung oder einer Verwaltungsverordnung ergeht und – was zutrifft – seinen **Adressaten dazu ermächtigt, nach außen rechtsgestaltende Akte zu setzen**, die der Behörde zuzurechnen sind, in deren Namen er handelt (Zwischenurteil S 82). Die Interpretation des GRB 2004 als Approbationsbefugnis scheidet seiner Ansicht nach aber deshalb aus, weil eine solche Befugnis nur im monokratischen System eingeräumt werden darf und weil sie an einen konkreten Organwalter gerichtet sein muss (Zwischenurteil, S 82 und 84). Der GRB 2004, so die (unzutreffende) Conclusio, wäre doppelt mangelhaft: Der Gemeinderat ist ein Kollegialorgan, die FVV eine Organisationseinheit der Stadt Linz und keine natürliche Person (Zwischenurteil, S 84). Abgesehen davon, dass es wie oben dargelegt einer solchen Approbationsbefugnis nicht bedurfte, gilt Folgendes:

Von Approbationsbefugnis spricht man, wenn **ein Verwaltungsorgan (hier: der Gemeinderat) durch ein Mandat eine andere der Verwaltung angehörige Person, dh einem Organwalter (hier: Mag ██████ der Leiter der FVV) beauftragt**, bestimmte Aufgaben (hier: Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios) für ihn zu erledigen.²³⁵

Approbationsbefugnis kann sowohl durch individuelle als auch durch generelle Akte eingeräumt werden. Approbationsbefugnisse knüpfen regelmäßig an die Leitung von Sektionen, Gruppen, Abteilungen oder Referaten, also an das **abstrakte Leitungsorgan** und nicht an den konkreten (möglicher Weise wechselnden) Organwalter an. Wenn der GRB 2004 die FVV ermächtigte, so ist dies also erstens nicht zu beanstanden, und es ist zweitens klar, dass diese Ermächtigung an den Leiter dieser Geschäftsgruppe des Magistrats, namentlich damals Mag ██████ gerichtet war. In der natürlichen, handlungsfähigen Person ein Wesensmerkmal der Approbationsbefugnis zu sehen, geht fehl, weil ihre Erteilung mit einer Organstellung steht und

²³³ Vgl dazu Punkt B.I.

²³⁴ Siehe Punkt B.II.3.2.2.2.

²³⁵ *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten [1980] 213.

fällt. Mag ██████ wurde sohin nicht als natürliche Person Mag ██████ sondern als Organwalter ██████ Approbationsbefugnis erteilt.

Es handelt sich bei der Erteilung der Approbationsbefugnis immer noch um **keine Delegation**, weil ein solches Mandat – anders als die Delegation – die **Zuständigkeitsordnung nicht verändert**. Aus dem GRB 2004 (Beilage ./11) wird nämlich, wie schon oben dargestellt, sehr deutlich, dass sich der Gemeinderat seiner Zuständigkeit nicht generell begeben, sondern bloß jemanden für einen eingegrenzten Zweck "ermächtigen" wollte, für ihn zu handeln.²³⁶ Kurz: Approbationsbefugnis und Delegation sind etwas grundlegend Verschiedenes. Im vorliegenden Fall wurden vom Gemeinderat keine Zuständigkeiten delegiert, weil dies von vornherein nicht beabsichtigt war.²³⁷ Die Regelung der Approbation ist eine Angelegenheit der inneren Organisation, die die Zuständigkeit nicht berührt.²³⁸ Wie schon weiter oben dargetan, handelt der Gemeinderat einfach durch seinen Geschäftsapparat, den er beherrscht (Weisungsbefugnis) und der ihm deshalb im Rahmen der demokratischen Legitimation, aber auch im Hinblick auf die Handlungen und das Wissen im Rahmen einer arbeitsteiligen Verwaltungsorganisation zugerechnet wird.

Die entsprechende Kontroll- und Weisungsbefugnis des Gemeinderats, die demnach zur Zurechnung führt, ergibt sich aus seiner Stellung als oberstes Organ der Gemeindeverwaltung im eigenen Wirkungsbereich. Dies kann nicht einmal durch einfaches Gesetz beschränkt werden.²³⁹

Eine spezifische gesetzliche Grundlage für die Erteilung der Approbationsbefugnis im Innenverhältnis durch den Gemeinderat ist nicht erforderlich.²⁴⁰ Vielmehr wäre die konkrete Aufgabe (Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios) vom Gemeinderat selbst, wie oben beschrieben, gar nicht zu bewerkstelligen gewesen (wie sich auch aus dem Gemeinderatsprotokoll zum GRB 2004 ergibt).²⁴¹ Um dennoch die Handlungsfähigkeit zu sichern, gewährt die Verfassung eine **allgemeine gesetzliche Ermächtigung zur Erteilung von Approbationsbefugnissen**, die sich **auch auf privatwirtschaftliches Handeln erstreckt**. Dies ergibt sich insbesondere aus der in Art 117 Abs 7 B-VG geregelten Grundstruktur der Gemeindeverwaltung, die dem Gemeinderat als "*Verwaltungsorgan*" das Gemeindeamt bzw hier: den Magistrat als "*Verwaltungshilfsorgan*" zur Seite stellt.²⁴²

Die Zuordnung des Magistrats als bürokratische Organisationseinheit (gemäß Art 117 Abs 7 B-VG und StL 1992) beinhaltet damit gleichzeitig auch die (verfassungs-) gesetzliche Befugnis des Gemeinderats als oberstes Gemeindeorgan, mittels Gemeinderatsbeschluss Mitarbeitern des Magistrats Aufgaben im Wege der Erteilung von Approbationsbefugnissen zuzuweisen.²⁴³ Aufgrund nachstehender Berichtspflichten ist auch ein entsprechender Formalzusammenhang gegeben: In § 48 StL 1992 und insbesondere in § 8 Abs 4 GEOM ist ausdrücklich vorgesehen: "*Die Gruppenleiter haben den Magistratsdirektor und das sachlich in Betracht kommende Mit-*

²³⁶ Vgl dazu Punkt B.II.3.2.

²³⁷ Vgl VfSlg 10.338/1985; VwGH 28.4.2008, 2005/12/0268.

²³⁸ Vgl VfSlg 10.338/1985; VwGH 28.4.2008, 2005/12/0268.

²³⁹ *Neuhofer*, Gemeinderecht² [1998], 160.

²⁴⁰ VfSlg 7941/1976; VwGH 27. 5. 1988, 88/18/0015; *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung Bd II (1978) 182; *Koja*, Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer² (1988) 368; *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ (2018) Rz 163; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 346.

²⁴¹ Vgl dazu Punkt C.II.1.

²⁴² *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 554.

²⁴³ *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten [1980] 214 f und 218.

glied des Stadtsenats regelmäßig von allen bedeutsamen Angelegenheiten der Geschäftsgruppe zu informieren, sofern diese nicht ohnehin rechtzeitig im Dienstweg damit befasst werden." Finanzstadtrat Dr Mayr (als zuständiges Mitglied des Stadtsenats) wiederum war der Vorsitzende des Finanzausschusses. Außerdem berichtete auch Mag ████████ dem Finanzausschuss regelmäßig über die aus seiner Sicht auf dem GRB 2004 beruhenden Maßnahmen des Debt Managements, darunter den Swap (Zwischenurteil, S 26).

Dass auch Kollegialorgane (hier: der Gemeinderat) Approbationsbefugnisse an unterstellte Bedienstete (hier: FVV und Mag ████████ als deren Leiter) erteilen können, ist eine seit vielen Jahren bestehende Tatsache der **Verwaltungspraxis**, deren Zulässigkeit von der **Judikatur** bestätigt wird.²⁴⁴ Hinzu kommt Folgendes:

- Nach § 3 Abs 3 BVG über die Ämter der Landesregierungen²⁴⁵ ist in der Geschäftsordnung des Amtes der Landesregierung insbesondere auch zu regeln, "inwieweit der Landeshauptmann, die Landesregierung oder einzelne Mitglieder derselben" sich unbeschadet ihrer Verantwortlichkeit durch den Landesamtsdirektor oder durch sonstige Bedienstete des Amtes der Landesregierung vertreten lassen können. Damit ist es explizit für zulässig erklärt, Bedienstete in der Geschäftsordnung mit der Befugnis auszustatten, für die Landesregierung zu handeln. Der Umstand, dass in dieser Bestimmung die Landesregierung neben ihren Mitgliedern angeführt ist, zeigt deutlich, dass mit der Landesregierung nur das Kollegialorgan gemeint sein kann. Die These von der Beschränkung der Approbationsbefugnis auf das monokratische System ist damit schon auf Verfassungsebene widerlegt.
- Dasselbe zeigt ein Blick ins Linzer Stadtrecht, das innerbehördliche Mandate auch bei Kollegialorganen kennt und nennt: Der Stadtsenat ist gemäß § 28 StL 1992 ein Kollegialorgan, das aus dem Bürgermeister, Vizebürgermeistern und weiteren Mitgliedern besteht, die den Titel "Stadtrat" führen. Nach § 32 Abs 6 StL 1992 hat der Stadtsenat eine Geschäftseinteilung zu beschließen, mit der die in seine Zuständigkeit fallenden Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Stadt nach Sachgebieten geordnet in so viele Geschäftsbereiche eingeteilt werden, als der Stadtrat stimmberechtigte Mitglieder hat. In dieser Geschäftseinteilung sind gemäß § 32 Abs 7 StL 1992 jene Angelegenheiten zu bezeichnen, die der kollegialen Beratung und Beschlussfassung bedürfen. Die dort nicht bezeichneten Angelegenheiten werden gemäß § 34 Abs 2 StL 1992 von dem nach der Geschäftseinteilung zuständigen Mitglied des Stadtsenats besorgt.

Das ändert aber nichts am Umstand, dass allein der Stadtsenat Behörde ist: Die Besorgung erfolgt im Wege eines innerbehördlichen Mandats aufgrund einer den Stadträten durch das Gesetz in Verbindung mit der Geschäftseinteilung eingeräumten Approbationsbefugnis – nicht anders, als auch die Fertigung von Bescheiden durch einzelne Mitglieder der Landesregierung im Namen der Landesregierung erfolgt und eine Zurechnung des gebildeten Willens zum Kollegialorgan Landesregierung bewirkt, ohne es durch ein monokratisches behördliches Organ namens "Landesrat" zu ersetzen.

²⁴⁴ Pichler, Die Approbationsbefugnis als Problem der Verwaltungsreform, ZfV 1978, 11 [14], unter Hinweis auf VfSlg 4938, 6486 und 7656, sowie VwGH 28.6.1976, 246/76.

²⁴⁵ BGBl 1925/289 idF BGBl I 2019/14.

Das Erstgericht dürfte hingegen – fälschlicherweise – davon ausgehen, dass die Stadträte im Umfang der ihnen durch § 34 Abs 2 StL eröffneten Geschäftsbesorgungsbefugnis zur Behörde werden und an die Stelle des Stadtsenates treten (Zwischenurteil, S 83). Diese Lesart unterstellt dem Gesetz freilich einen verfassungswidrigen Inhalt. Denn nach § 34 Abs 4 StL 1992 kann der einzelne Stadtrat beantragen, dass ein von ihm zu besorgender Geschäftsfall der kollegialen Beratung und Beschlussfassung unterzogen wird, und nach § 34 Abs 3 StL 1992 kann der Stadtsenat jeden solchen Geschäftsfall der kollegialen Beratung und Beschlussfassung unterwerfen. Diese Möglichkeiten beliebiger Zuständigkeitsmanipulation verstießen gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG), würden sie sich auf Behördenzuständigkeiten beziehen und nicht auf Besorgungszuständigkeiten innerhalb ein und derselben Behörde. Desgleichen wäre § 32 Abs 8 StL 1992 bedenklich, weil er dem Art 83 Abs 2 B-VG zuwider eine Doppelzuständigkeit – sowohl des Stadtrats als auch des Stadtsenats – in ein und derselben Sache begründete.

- Eine ausdrückliche Regelung findet sich in § 38 Abs 3 StL 1992 nur für die Vertretung des Bürgermeisters und der Mitglieder des Stadtsenats durch Bedienstete des Magistrats. Aus ihr ergibt sich, dass eine Approbationsbefugnis nicht eingeräumt werden darf, soweit ein Geschäftsfall vom Stadtsenat kollegial beraten und beschlossen werden muss (so auch § 11 Abs 5 Z 1 GEOM). § 38 Abs 3 StL bezieht sich jedoch lediglich auf die Vertretung des Bürgermeisters und der Mitglieder des Stadtsenats. Für den Gemeinderat fehlt eine gesetzliche Regelung. Nachdem die Einräumung von Approbationsbefugnissen als Angelegenheit der inneren Organisation aber keine gesetzliche Grundlage braucht, konnte der Gemeinderat Mag █████ mit dem GRB 2004 wirksam Approbationsbefugnis erteilen. Das gilt (auch) für die Hoheits-, aber noch vielmehr für die Privatwirtschaftsverwaltung, wie den hier interessierenden Abschluss eines Swap.

Entgegen der Auffassung des Erstgerichts stand es dem Gemeinderat daher frei, eine Ermächtigung zum Abschluss des Swap zu erteilen. Das entspricht auch der langjährigen unangefochtenen Praxis der Klägerin, die von ihrem Magistrat – und damit von einem maßgeblichen Kompetenzzentrum des Gemeinderechts in Österreich – zutreffend als rechtskonform erachtet wurde. In diesem Zusammenhang spielt es nicht einmal eine Rolle, ob eine Approbationsbefugnis zu Recht oder Unrecht erteilt wurde.²⁴⁶ Es ist zweitens unerheblich, ob die Bedingungen erfüllt sind, unter denen eine Zeichnung erfolgen soll.²⁴⁷ Es ist drittens irrelevant, ob der Bedienstete seinen Kompetenzbereich eingehalten oder ihn überschritten hat. Eine Gebietskörperschaft muss sich sogar Akte zurechnen lassen, zu denen der Approbationsbefugte gar nicht zuständig war.²⁴⁸ Ebenso wenig kommt es darauf an, ob Vorgesetzte von den Handlungen Kenntnis hatten.²⁴⁹

Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass Mag █████ weil er durch den GRB 2004 individuell-konkret mit einer Approbationsbefugnis versehen war, die Stadt Linz im gegebenen Zusammenhang zu vertreten vermochte. Überschreitungen seiner Approbationsbefugnis

²⁴⁶ VwGH 21. 4. 2016, Ra 2016/11/0017.

²⁴⁷ VwGH 17. 9. 1996, 95/05/0231; ferner VwGH 2. 7. 1998, 97/06/0068;

²⁴⁸ VwGH 28. 10. 1998, 97/03/0010.

²⁴⁹ VwGH 28. 10. 1998, 97/03/0010.

sind im **Außenverhältnis** ebenso **unerheblich** wie die Frage, ob ihm diese Befugnis zu Recht erteilt wurde und ob er allfällige Vorbehalte einer Genehmigung durch seine Vorgesetzten beachtet hat. Es kommt daher weder darauf an, ob der Gemeinderat Mag [REDACTED] als Leiter der FVV mit Mandat ermächtigen durfte, noch darauf, ob der Swap eine Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios bewirkte.

In diesem Zusammenhang bedarf schließlich noch die Ansicht des Erstgerichts der Korrektur, der Gemeinderat hätte mit dem GRB 2004 die Kompetenz des Bürgermeisters missachtet, die Beschlüsse des Gemeinderats umzusetzen (so Zwischenurteil, S 85). Nach § 33 StL 1992 steht es nicht im Ermessen des Bürgermeisters zu entscheiden, welcher Mitglieder des Staatsenats oder des Magistrats er sich zur Umsetzung seiner Beschlüsse bedienen will. Er hat sich vielmehr des nach seinem Geschäftsbereich zuständigen Mitglieds des Stadtsenats – also des Finanzstadtrats mit seiner Geschäftsgruppe FVV – zu bedienen. Dass der Gemeinderat diese Konsequenz im GRB 2004 antizipiert hat, führt nicht zu seiner Rechtswidrigkeit, sondern entspricht dem Organisationsgefüge der Stadt Linz. Doch auch wenn die Erteilung von Approbationsbefugnis an Mag [REDACTED] als Leiter der Gruppe FVV als rechtswidrig zu werten wäre, vermöchte dies an der Zurechnung des von Mag [REDACTED] abgeschlossenen Swap zur Stadt Linz als Trägerin von Privatrechten nach der oben angeführten Rechtsprechung nichts zu ändern.

Mag [REDACTED] durfte daher aufgrund einer solchen öffentlich-rechtlichen **Approbationsbefugnis rechtmäßig für die Stadt Linz handeln** und konkret den Swap für Stadt Linz abschließen. Das Argument des Erstgerichts, der unmittelbar demokratisch legitimierte Gemeinderat hätte aufgrund der Wichtigkeit der Angelegenheit (zu dieser Wichtigkeit kommt das Erstgericht übrigens nur mit seinem Wissen *ex post*) die "Willensbildung" nicht an den nicht demokratisch legitimierten Organwalter Mag [REDACTED] übertragen dürfen, geht – aus den oben angeführten Gründen – ins Leere, weil die Organwalter des Magistrats der Stadt Linz – mittelbar – über den vom Vertrauen des Gemeinderats abhängigen und dem Gemeinderat weisungsgebundenen²⁵⁰ Bürgermeister, der dem Geschäftsapparat "Magistrat" vorsteht, und seinen und damit auch den Willen des Gemeinderats (handelt er nämlich gegen des Willen des Gemeinderats, so wird er von diesem mittels Misstrauensvotums abberufen werden) durch den hierarchischen Verwaltungsaufbau *qua* Weisung gemäß Art 20 Abs 1 iVm 118 Abs 5 B-VG durchsetzen kann. Durch diese "**geschlossene Legitimationskette**" vom Gemeinderat bis zum Leiter der FVV Mag [REDACTED] fällt dieser Einwand weg. Es verkennt aber auch das – ebenfalls bereits angesprochene – arbeitsteilige Wesen der Verwaltung und die Zurechnung der Organwalter zum beschließenden Verwaltungsorgan "Gemeinderat". Deshalb steht auch fest, dass das Handeln von FVV und dessen Leiter Mag [REDACTED] dem Gemeinderat zuzurechnen ist und sich Mag [REDACTED] keinen eigenen Willen bildete; vielmehr führte der den im GRB 2004 zum Ausdruck kommenden Willen des Gemeinderats durch (es lag kein eigenmächtiges Handeln vor, wie auch der VwGH im konkreten Fall feststelle).²⁵¹ Es erfolgte somit keine – verbotene – Übertragung der Willensbildung vom Gemeinderat an Mag [REDACTED] wie vom Erstgericht behauptet. Deshalb werden auch **keine Kompetenzen** von einem Kollegialorgan (Gemeinderat) zu einem monokratischen Organ bzw Organwalter (Mag [REDACTED] **verschoben**. Die Erteilung einer Approbationsbefugnis widerspricht sohin auch nicht dem Organisationsrecht der Stadt Linz.

²⁵⁰ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 555.

²⁵¹ Siehe Punkt B.II.3.1.3.

3.2.8. Sonderthema: Ermächtigung der "FVV" (Punkt II.A.3.b und c *passim* des Zwischenurteils)

Egal, ob man den GRB 2004 auf eine zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Grundlage stellt: "FVV" im GRB 2004 bedeutet, dass der Magistrat der Stadt Linz, dessen Organisationseinheit die Finanz- und Vermögensverwaltung (eben die FVV) ist, als Hilfsorgan des Gemeinderats für die Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios durch den Abschluss von marktüblichen Finanzierungsgeschäften zuständig ist. Da dem Gemeinderat klar war, dass die FVV keine eigene Rechtsperson ist, ist klar, dass **damit der jeweils zuständige Finanzdirektor, also im relevanten Zeitraum Mag [REDACTED] gemeint** ist. Ein Dritter kann dies auch nur so verstehen (wie auch sonst?).

Dass der Finanzdirektor für die FVV handelt, ist weder überraschend noch bedenklich oder gar rechtswidrig – im Gegenteil es ist etwas Selbstverständliches. Damals war Mag [REDACTED] der Leiter der FVV und gleichzeitig auch der Leiter der Stadtkämmerei, einer "Untereinheit" der FVV (Zwischenurteil, S 3). Dass es also auch Mag [REDACTED] sein sollte, der für die FVV zu handeln hatte, solange er deren Vorsteher war, ist offensichtlich und ergibt sich zwingend aus der Organisation des Magistrats. In einer arbeitsteiligen Verwaltungsorganisation sind es regelmäßig die Abteilungs- und/oder Bereichsleiter (sowie der Magistratsdirektor), die für den Magistrat als administrativen Geschäftsapparat der Stadt Linz, im vorliegenden Fall als Geschäftsapparat des Verwaltungsorgans handeln. Das Erstgericht zog das dennoch in Zweifel und begründete damit sowohl die Ungültigkeit des GRB 2004 als zivilrechtlicher Akt (Zwischenurteil, S 86) als auch als öffentlich-rechtlicher Akt (Zwischenurteil, S 84 f). Die Rechtsansicht des Erstgerichts ist aber unrichtig.

Es kommt aus den folgenden Gründen nur Mag [REDACTED] und niemand anderes in Frage:

Im konkreten Fall war und ist der jeweilige Leiter der FVV für die rechtzeitige, vorschriftsmäßige und den Weisungen entsprechende Erfüllung der seiner Dienststelle (das heißt der Geschäftsgruppe FVV) zugewiesenen Aufgaben verantwortlich (so ausdrücklich § 9 Abs 2 GEOM).

Selbst wenn mit "FVV" dennoch nicht Mag [REDACTED] gewesen sein sollte, dann jedenfalls der Bürgermeister selbst, der gemäß § 49 Abs 2 StL 1992 der Vorstand des Magistrats und für dessen Geschäftsführung verantwortlich ist und seinerseits Mag [REDACTED] bevollmächtigte (wie gleich auch unten dargelegt über den Rahmenvertrag und das "Unterschriftenverzeichnis"). Die FVV ist eine Organisationseinheit des dem Bürgermeister unterstellten Magistrats (vgl die Feststellungen im Zwischenurteil, S 2 ff). Keinesfalls kann man dem GRB 2004 so auslegen, dass mit FVV überhaupt niemand gemeint sein soll (worauf sich die Meinung des Erstgerichts hinausläuft) – das würde die vom Gemeinderat getätigte Willensäußerung im GRB 2004 völlig missachten. Es kann ja nicht davon ausgegangen werden, dass der Gemeinderat schlicht ins "Leere" ermächtigen wolle.

Aufgrund des **internen Ressortsystems** ist es auf Bundes-, Landes- und Gemeindeebene üblich, Abteilungen (denen als Geschäftsapparate einer Behörde niemals Rechtspersönlichkeit zukommt) mit der Bearbeitung und Erledigung von Angelegenheiten zu betrauen, sonst wäre eine arbeitsteilige Erledigung der Fülle von Verwaltungsaufgaben nicht leistbar:

- Im behördlichen Umgangston ist zum Beispiel häufig von einem Rechtsakt "*des Bundesministeriums*" die Rede: Auch in diesem Fall ist jedermann klar, dass damit nicht der Geschäftsapparat (dh das "*Bundesministerium*"), sondern das Leitungsorgan (der "*Bundesminister*") gemeint ist. Klar ist in solchen Fällen auch, dass nicht der Bundesminister selbst, sondern sein Geschäftsapparat, das heißt die zuständigen Abteilungen des Ministeriums.
- Vielmehr ist es durchaus üblich und kommt sogar oft vor, dass sogar Bundes- oder Landesgesetzgeber sich bei der Festlegung der Zuständigkeit eines Einzelnen nicht vollends korrekt ausdrücken und auf Dienststellen, dh administrative "*Hilfsapparate*" beziehen. Zuständigkeiten, die im öffentlichen Recht zwingend sind, werden dadurch nicht geändert. Es werden auch keine Kompetenzen delegiert oder übertragen. So heißt es zB in § 6 ASVG, dass "*das Bundesministerium für Arbeit und Soziales*" (also der Hilfsapparat, nicht der Bundesminister als monokratisches Leitungsorgan) über die Gleichwertigkeit entscheidet (vgl auch § 415 Abs 2a ASVG), oder in § 8 Abs 2 Strafregistergesetz, dass der Antrag "*beim Bundesministerium für Inneres*" einzubringen ist, das hierüber entscheidet. Damit wird das – unzuständige – Ministerium auch nicht zuständig, sondern bleibt der Minister Behörde bzw handelndes Verwaltungsorgan.
- Selbst das B-VG verwendet in Art 12 Abs 3 die Formel, dass in Angelegenheiten des Elektrizitätswesens die Entscheidungskompetenz – wenn die Bescheide der Landesinstanzen voneinander abweichen – auf Antrag "*an das sachlich zuständige Bundesministerium*" übergeht.
- Sogar der Verfassungsgerichtshof sieht kein Problem in einer diesbezüglich unscharfen Ausdrucksweise: In VfGH 26.11.2012, V 82/12 spricht er etwa davon, dass die gegenständliche Verordnung in Umsetzung der zwischen dem "*Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung*" und der Medizinischen Universität Wien abgeschlossenen Leistungsvereinbarung erfolgt.

In allen diesen Fällen ist eben nicht der "*Geschäftsapparat*" zuständig, sondern der Leiter der Dienststelle, das heißt der jeweilige Bundesminister oder das jeweilige Verwaltungsorgan. Nichts Anderes gilt im Fall des Magistrats als den Gemeindeorganen beigegebener administrativer Geschäftsapparat (Art 117 Abs 7 B-VG). Ob im Beschluss "Bürgermeister Dobusch", "Magistrat der Stadt Linz", "FVV" oder "Mag █████ stünde, ändert im Ergebnis nichts.

Aus all dem ergibt sich, dass die Ermächtigung der "*Finanz- und Vermögensverwaltung*" nur als Ermächtigung und Beauftragung (oder Approbationsbefugnis) des **jeweiligen Leiters dieser Dienststelle, das heißt im konkreten Fall von Mag █████ verstanden werden muss**, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren.

Ermächtigende und bevollmächtigte Rechtsperson (Stadt Linz vertreten durch den dafür zuständigen Gemeinderat) sowie ermächtigte und bevollmächtigte Rechtsperson (Mag █████ in seiner Funktion als Leiter der FVV) waren somit in vollkommener Willensübereinstimmung der Auffassung, dass eine Ermächtigung des Mag █████ durch die

Stadt Linz vorlag. Dies galt auch für alle anderen Beteiligten auf Seite der Stadt Linz, wie der Rechnungshof zutreffend feststellte und der VwGH ebenfalls entschied.²⁵²

Dass im GRB 2004 FVV als Organisationseinheit des Magistrats der Stadt Linz genannt wurde, ist übrigens auch praktisch nichts Ungewöhnliches. Im Gegenteil, es ist sehr naheliegend. Wie bereits weiter oben festgehalten, ist es Aufgabe des kollegialen Verwaltungsorgans "Gemeinderat", den entsprechenden Akt der Willensbildung und -feststellung zu setzen. Die Durchführung indes kann selbstverständlich durch die im Magistrat dafür zuständige Organisationseinheit zu erfolgen, vor allem auch deshalb, weil der **Magistrat** gemäß § 51 Abs 3 Z 1 lit a StL 1992 für "**die unmittelbare laufende Verwaltung des Vermögens der Stadt**" Linz **zuständig** ist. Hier kam dem Gesetzgeber des StL 1992 kein Ermessen zu, weil Art 117 Abs 7 B-VG eine ganz eindeutige Regelung trifft: Die Geschäfte der Gemeinden werden durch das Gemeindeamt (Stadtamt), jene **der Städte mit eigenem Statut – wie bei der Stadt Linz – durch den Magistrat besorgt**. Der Magistrat und seine Organisationseinheiten haben hier ein "Geschäftsführungsmonopol" – ausschließlich ihnen kommt es zu, als Geschäftsapparat bzw Hilfsorgan der Gemeindeorgane Aufgaben der – hoheitlichen sowie privatwirtschaftlichen – (Gemeinde-) Verwaltung zu besorgen.²⁵³ Wer sonst außer FVV im Magistrat der Stadt Linz hätte also den Auftrag des Gemeinderats umsetzen können?

Wiederum dem Wesen von einzelnen Organisationseinheiten des Geschäftsapparats "Magistrat" entspricht es, dass **für den Magistrat bzw FVV Personen, mithin Organwalter handeln**, die im Regelfall Leiter der bestimmten Organisationseinheit sind. Logischerweise wurde daher Mag [REDACTED] als Leiter von FVV (Zwischenurteil, S 3) ermächtigt, den beschlossenen Willen des Gemeinderats umzusetzen.

Sollte entgegen diesem klaren und eindeutigen Willen des Gemeinderates dennoch Zweifel bestehen (die nach Ansicht des VwGH ohnehin nicht vorliegen konnten und mussten),²⁵⁴ wer mit FVV gemeint war, so gilt die Zweifelsregel des § 915 ABGB. Wie oben beschrieben ist der GRB 2004 nämlich nach §§ 914 f ABGB wie ein zivilrechtlicher Vertrag auszulegen.²⁵⁵ Eine **Unklarheit** bei der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Gemeinderates, die FVV zu ermächtigen, geht folglich **zu Lasten (des Gemeinderates) der Stadt Linz** und würde erst wieder dazu führen, dass unter FVV jene Person zu verstehen ist, welche die FVV *ex ante* personifizierte: Mag [REDACTED] als deren Vorsteher.

3.3. Mag [REDACTED] hatte auch Abschlussvollmacht nach außen (Punkt II.A.3.e des Zwischenurteils)

3.3.1. Vollmacht aufgrund GRB 2004

Aus all dem ergibt sich, dass Mag [REDACTED] im Innenverhältnis den Swap abschließen durfte (egal ob er – wie nach richtiger Ansicht – dafür den GRB 2004 überhaupt nicht gebraucht hätte oder ob der GRB 2004, nach der vom Erstgericht vertretenen Ansicht, eben nötig war).

²⁵² Vgl Punkt B.II.3.2.1.3.2.

²⁵³ *Stolzechner*, in Kneihls/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Art 117 B-VG, Rz 27 f.

²⁵⁴ VwGH 26.4.2016, Ro 2015/09/0014.

²⁵⁵ Vgl Punkt B.II.3.2.1.2.

Mit der Ermächtigung und Beauftragung (oder Approbationsbefugnis) im GRB 2004 war aber zwingend immer auch die Vertretungsmacht zum Abschluss nach außen verbunden. Wie oben bereits ausgeführt, handelt es sich nach dem klaren Wortlaut und allen weiteren möglichen Interpretationsarten beim GRB 2004 nämlich um eine eindeutige Bevollmächtigung zum Abschluss bestimmter Geschäfte wie des Swap.²⁵⁶ Dritte, wie BAWAG PSK, durften darauf selbstverständlich auch vertrauen.

Selbst wenn der GRB 2004 als Approbationsbefugnis unbeachtlich wäre, *quod non*, könnte und müsste er als zivilrechtliche Bevollmächtigung gedeutet werden. Entgegen der Auffassung des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 85) steht dem nicht entgegen, dass die FVV als interne Gliederung des Magistrats nicht über Rechtsfähigkeit verfügt. Denn bei einer zivilrechtlichen Deutung kommt von vornherein nur ein Verständnis in Frage, dass das (jeweilige) Leitungsorgan, also Mag [REDACTED] als Person, gemeint ist, so wie umgekehrt als Vollmachtgeber nur die Gemeinde Linz in Frage kommt. Wenn die Rechtsprechung ungeachtet anhaltender Kritik der Lehre den gemeindeinternen Genehmigungserfordernissen in gewissem Umfang Außenwirksamkeit zuspricht, dann muss sie, um konsequent zu bleiben, auch akzeptieren, dass die Zuständigkeiten zur Genehmigung von Geschäften auch die Zuständigkeit zur Erteilung dahingehender Vollmachten inkludieren.

Desgleichen kann auch keine Rede davon sein, dass beim gebotenen privatrechtlichen Verständnis des GRB 2004 Mag [REDACTED] virtuell in zwei Personenhälften gespalten würde (so Zwischenurteil, S 87). So wie nichts eine GmbH hindert, einem ihrer Angestellten Vollmacht zu erteilen, so hindert nichts eine Gemeinde, sich ihrer Bediensteten auch als privatrechtlicher Vertreter zu bedienen.

3.3.2. Vollmacht aufgrund Unterschriftenverzeichnisses

Selbst wenn man das anders sieht, bevollmächtigte Stadt Linz, vertreten durch ihren Bürgermeister als höchstrangigen Vertreter, Mag [REDACTED] zivilrechtlich spätestens 2006 im Rahmenvertrag und im damit verbundenen **Unterschriftenverzeichnis** (Beilage ./13):

Festgestellt ist, dass Bürgermeister Dobusch ein "*aktuelles Unterschriftenverzeichnis der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen*" unterschrieb, wobei als solche unter anderem Mag [REDACTED] angeführt war (Zwischenurteil, S 24). Aus dem Unterschriftenverzeichnis folgt zwanglos, dass Bürgermeister Dobusch damit Mag [REDACTED] gegenüber BAWAG PSK zum Abschluss der genannten Geschäfte bevollmächtigte. Das ist auch organisationsrechtlich so vorgesehen:

Der Gemeinderat vollzieht seine Beschlüsse bekanntlich nicht selbst. Die Vollziehung liegt stattdessen beim Bürgermeister, der sich dabei des nach seinem Geschäftsbereich sachlich in Betracht kommenden Mitgliedes des Stadtsenates zu bedienen hat (§ 22 Abs 1 StL 1992). So vollzog Bürgermeister Dr Dobusch den GRB 2004 durch Unterzeichnung des Rahmenvertrages und des Unterschriftenverzeichnisses (Zwischenurteil, S 17-24). Diese beinhalteten eine **außenwirksame Erteilung einer Vollmacht an Mag [REDACTED] aufgrund § 6 Z 3 GEOM.**²⁵⁷

²⁵⁶ Vgl dazu Punkt B.II.3.2.1.

²⁵⁷ Dieser lautet: "*Dem Bürgermeister obliegen außer den ihm im StL 1992, in dieser GEOM und anderen Vorschriften, z.B. in der Geschäftsordnung für den Gemeinderat oder in der Geschäftsordnung für den Stadtsenat, zugewiesenen Aufgaben insbesondere auch folgende Angelegenheiten: die Erteilung von Prozessvollmachten und anderen Vollmachten betreffend die Vertretung der Stadt*".

Diese Zuständigkeit des Bürgermeisters zur Vertretung nach außen, insbesondere auch zur Unterzeichnung des Rahmenvertrags und zur Bevollmächtigung weiterer Personen, ergibt sich aus § 49 Abs 1 StL 1992. Hätte die Bevollmächtigung und Beauftragung von Mag. [REDACTED] als Leiter der FVV nicht ohnehin schon durch den GRB 2004 stattgefunden, wäre sie in Umsetzung des GRB 2004 gemäß § 22 Abs 1 StL 1992 also jedenfalls nach Maßgabe des Rahmenvertrages 2006 durch den Bürgermeister erfolgt.

Auf diese **Bevollmächtigung von Mag. [REDACTED] durfte BAWAG PSK auch vertrauen** und das Geschäft ist daher **wirksam** – und zwar selbst dann, wenn Stadt Linz das tatsächlich anders gemeint haben sollte (wofür sowieso keine Ergebnisse des Beweisverfahrens sprachen und was auch nicht festgestellt wurde). Dem Prinzip des Vertrauensschutzes kommt im Privatrecht nämlich zentrale Bedeutung zu: Die Privatrechtsordnung baut auf dem objektiv nach außen in Erscheinung tretenden Sinn von zurechenbaren Handlungen und Erklärungen als Verpflichtungsgrund auf und schützt das Vertrauen auf den objektiven Erklärungswert von Unstimmigkeiten zwischen diesem und der tatsächlich gemeinten oder "richtigen" Erklärung, die ausschließlich in der Sphäre des "Erklärenden" begründet liegt. Damit schützt die Privatrechtsordnung das Vertrauen in den Bestand gültig zustande gekommener Rechtsgeschäfte vor einer nachträglichen Geltendmachung von "Unrichtigkeiten". Nach der ganz herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist deshalb auch der Inhalt einer **Vollmachtsurkunde nach der Übung des redlichen Verkehrs auszulegen, worauf sich der Dritte verlassen darf und nicht besonders nachfragen muss**.²⁵⁸ Dieser umfassende Vertrauensschutz gilt auch und gerade im Bereich von § 867 ABGB.²⁵⁹ Dies führt zu einer **Wirksamkeit des Geschäfts** (und ist nicht nur für einen Vertrauensschaden relevant).

Gegen die zivilrechtliche Bevollmächtigung durch den GRB 2004 spricht auch das **Legalitätsprinzip** des Art 18 Abs 1 B-VG nicht, wonach die Verwaltung nur aufgrund der Gesetze erfolgen dürfe. Der verfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt gilt nämlich **ausschließlich für die Hoheits- und nicht für die Privatwirtschaftsverwaltung**. Das hat seinen Grund darin, dass die Eigenart privatrechtsförmiger Rechtsetzung mit einer Geltung des Legalitätsprinzips in Widerstand stünde. Wenn die Stadt Linz im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handelt, braucht sie diese gesetzliche Grundlage nicht, weil sie doch – wie ein Privater – mit den allgemein bekannten Instrumenten des Privatrechts handelt. Das hat auch überhaupt nichts mit § 867 ABGB und der Norm des § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 (die – wie weiter oben dargetan – nicht einschlägig ist) zu tun: § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 regelt iSd § 867 ABGB, wie die interne Willensbildung in der Gemeinde (Stadt) bei bestimmten Angelegenheiten erfolgen soll und begründet die Zuständigkeit des Gemeinderats zur Bildung des Willens.

Eine inhaltliche Determinierung der einzelnen Geschäfte etc iSd Legalitätsprinzips erfolgt durch die Bestimmung nicht, weil dies in der Privatwirtschaftsverwaltung – wie gerade dargetan – nicht erforderlich ist und systemwidrig, ja sogar unzulässig wäre. Dass im Rahmen der Hoheitsverwaltung die Delegation uä geregelt sein muss, ist klar, weil dort Art 18 Abs 1 B-VG gilt; daraus den Schluss zu ziehen, eine derartige gesetzliche Ermächtigung müsste es auch bei Geschäften im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung geben, ist schlichtweg falsch. Außerdem legt auch der VfGH auch in der Hoheitsverwaltung bei komplexeren Angelegenheiten,

²⁵⁸ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 42; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1028 Rz 1; Strasser in Rummel, ABGB³ §§ 1027 – 1033 Rz 1; OGH 11.6.2002, 1 Ob 269/01t; OGH 13.10.1993, 9 Ob A 266/93.

²⁵⁹ Vgl dazu Punkte B.II.3.2.4.3 und B.II.3.4.4.

die eine gewisse Flexibilität der ausführenden Organe erfordern, auch keinen sehr strengen Maßstab an.²⁶⁰

Das Erstgericht wendet sich gegen eine ausdrückliche Bevollmächtigung mit dem Argument, dass es sich beim Unterschriftenverzeichnis nicht um eine Willenserklärung, sondern um eine Wissenserklärung handle. Das folge "*schon nach Inhalt und Aufmachung*". Näher äußert sich das Erstgericht aber nicht dazu. Der festgestellte Wortlaut des Dokuments spricht sehr wohl für eine Bevollmächtigung:

Wie oben erwähnt und auch festgestellt (Zwischenurteil, S 24), heißt das Dokument nämlich (Hervorhebung hinzugefügt) "*Aktuelles Unterschriftenverzeichnis der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen*", wobei Mag █████ auf diesem aufscheint. Ein Dritter muss bei einem solchen Dokument, unterschrieben durch den Bürgermeister, zwangsläufig den Eindruck gewinnen, dass die darin genannten Personen eben vom Bürgermeister zum Abschluss bevollmächtigt wurden. Wie hätte BAWAG PSK – oder irgendein anderer Dritter – das anders verstehen sollen denn als Erteilung der Vollmacht?

Dazu muss insbesondere berücksichtigt werden, dass ausdrücklich im Rahmenvertrag vorgesehen war, dass ein solches Unterschriftenverzeichnis mit Bevollmächtigten bei Vertragsabschluss übermittelt wird (Zwischenurteil, S 23). Die Verknüpfung von Abschluss des Rahmenvertrags und gleichzeitiger Übermittlung eines Unterschriftenverzeichnisses mit "*bevollmächtigten Personen*" verdeutlicht, dass es eindeutig um eine Willenserklärung ging. Der Rahmenvertrag sieht neben dem Unterschriftenverzeichnis keine andere Form der Bevollmächtigung mehr vor. Ausgehend von der Systematik des Rahmenvertrags – Übermittlung an Vertragspartner beim Abschluss (vgl § 12 des Rahmenvertrags; festgestellt im Zwischenurteil, S 23) – ist offensichtlich, dass das Unterschriftenverzeichnis dazu dienen sollte, gegenüber dem Vertragspartner natürliche Personen als Abschlussbevollmächtigte zu benennen. Eine andere Interpretation widerspricht wie gezeigt allen Auslegungsarten, zuallererst der Wort- und Satzinterpretation

Aus all diesen Gründen war **Mag █████** (auch) aufgrund des Rahmenvertrags in Verbindung mit dem Unterschriftenverzeichnis wirksam **nach außen bevollmächtigt, den Swap mit BAWAG PSK abzuschließen**.

Dass der Swap – wie bei derartigen Geschäften üblich – telefonisch (mündlich) abgeschlossen wurde, hindert übrigens dessen Gültigkeit nicht. Aus § 66 Abs 1 StL 1992 ist nämlich **kein Schriftformgebot** abzuleiten und auch zivilrechtlich unterliegen Swaps keiner Schriftform. Auch hier gilt: Hätte der Gesetzgeber damit die verfassungsgesetzlich garantierte Privatautonomie der Stadt Linz durch derart beschränken wollen, hätte er dies klar und eindeutig zum Ausdruck bringen müssen. Dies tat er nicht. Eine anderslautende Auslegung wäre mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung von Gemeinden als Privatrechtssubjekt nicht vereinbar.²⁶¹ Demnach ist es der Bundes- und Landesgesetzgebung "*verwehrt, diskriminierende Vorschriften gegenüber der Gemeinde auf diesem Gebiet aufzustellen*" (so ausdrücklich die Materialien zur B-VG Novelle 1962, RV 639 BlgNR 19. GP, 14). Der mündlich erfolgte Abschluss des Swap durch Mag █████ war daher aufgrund Vollmachtserteilung durch den Bürgermeister zulässig.

²⁶⁰ Siehe bereits Punkt B.II.3.2.1.3.2.

²⁶¹ Weber, Art 116 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht, Rz 14 [1999].

3.3.3. Zwischenergebnis

Wie man es dreht und wendet, ausgehend von der Gültigkeit des GRB 2004 war **Mag** nicht nur beauftragt, sondern auch **bevollmächtigt den Swap zu schließen**. Die außenwirkende Vollmacht ergibt sich zusätzlich auch aus dem Unterschriftenverzeichnis.

3.4. ***In eventu: Konkludente Vertretungsmacht und Vertretungsmacht durch Anschein (Punkt II.A.3.d des Zwischenurteils)***

3.4.1. Rechtsansicht des Erstgerichts

Das Erstgericht vertritt folgende Rechtsansicht:

BAWAG PSK könne sich für den gültigen Vertragsschluss auch weder auf eine konkludente Vollmacht noch auf eine Anscheinsvollmacht von Mag als Vertreter der Stadt Linz stützen. Sowohl konkludente Vollmacht als auch Anschein hätten nämlich vom Gemeinderat gesetzt werden müssten. Kurz zusammengefasst: Es komme daher überhaupt nur der GRB 2004 in Frage und dieser sei, wegen der vom Erstgericht behaupteten grundsätzlichen rechtlichen Probleme,²⁶² nicht geeignet, einen Vertrauenstatbestand zu schaffen. Andere Handlungen als den GRB 2004 habe der Gemeinderat in diesem Zusammenhang nicht gesetzt (Zwischenurteil, S 91f).

Diese **Rechtsansicht des Erstgerichts ist rechtlich unrichtig**. Im Einzelnen:

3.4.2. Anscheinsvollmacht auch bei Gebietskörperschaften

Das Erstgericht verweist richtig darauf, dass **konkludente Vollmachtserteilung und Anscheinsvollmacht auch bei Gebietskörperschaften wie der Stadt Linz in Frage kommen** (Zwischenurteil, S 91). Es lässt aber die einschlägige Rechtsprechung dazu völlig außer Acht, aus der sich ergibt, dass der Vertragspartner gerade mit Blick auf § 867 ABGB auf den äußeren Anschein vertrauen darf:

Grundsätzlich ist anerkannt, dass auch juristische Personen öffentlichen Rechts durch konkludente Vollmacht, Anscheinsvollmacht oder Verwalterbestellung Vertretungsmacht einräumen können. Wer zB einem anderen eine Verwaltung anvertraut hat, von dem wird vermutet, dass er ihm auch die Macht eingeräumt habe, alles dasjenige zu tun, was die Verwaltung selbst erfordert und was gewöhnlich damit verbunden ist.²⁶³

Ein Dritter darf sich **nach ständiger Rechtsprechung** auf den vom Gemeinderat durch die Fassung eines Beschlusses (hier: der GRB 2004) gesetzten **äußeren Anschein verlassen**, wenn dieser objektiv das Vertrauen in die Erteilung der entsprechenden Vollmacht rechtfertigt: *"Es kommt auf den objektiv feststellbaren Schein an und nicht darauf, welche Kenntnis über den Beschlussinhalt der Kläger [Anmerkung: der Dritte] hatte"*.²⁶⁴ Wenn der **Dritte den Eindruck gewinnen muss, das fragliche Geschäft sei durch einen Gemeinderatsbeschluss gedeckt, so darf und muss er von der Wirksamkeit des Geschäfts ausgehen**.²⁶⁵ Dies gilt

²⁶² Vgl dazu unter Punkt B.II.3.2.1, weshalb diese nicht stichhaltig sind.

²⁶³ OGH 6 Ob 129/10d.

²⁶⁴ OGH 3 Ob 551/91 = ecolex 1991, 678.

²⁶⁵ OGH 2 Ob 108/10m.

übrigens vor allem dann, wenn sich das zuständige Organ die aus dem Vertrag resultierenden Vorteile aneignet, was – wie gleich unten gezeigt wird –²⁶⁶ hier ebenfalls geschehen ist.²⁶⁷

Vor dem Hintergrund, dass der Anschein nur objektiv erkennbar, dem Dritten aber nicht bekannt sein muss, erachtete es der OGH sogar als **unschädlich, dass dem Kläger im dortigen Verfahren der Wortlaut des Beschlusses nicht mitgeteilt worden war** und er auch nicht von dem Recht Gebrauch machte, in das Sitzungsprotokoll der öffentlichen Gemeinderatssitzung Einsicht zu nehmen oder Abschriften herzustellen.²⁶⁸

Unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes spielt es **auch keine Rolle**, wenn "**nicht alle, sondern nur die für das besondere Arrangement maßgeblichen Mitglieder der Gemeindevertretung den äußeren Tatbestand vorhandener Abschlußbefugnis setzten**".²⁶⁹ Die Berechtigung der Überzeugung des Dritten von der Vertretungsmacht des Verhandlungspartners darf "**nicht darauf hinauslaufen, dass der Verhandlungspartner sämtliche Grundsätze für die Willensbildung öffentlicher Körperschaften zu überprüfen und sein Verhalten danach auszurichten hätte**".²⁷⁰ Es kommt stattdessen auf die Zumutbarkeit der Erkenntnis innergemeindlicher Gegebenheiten an.²⁷¹ Jedenfalls sollen "**geringfügige Verfahrensverstöße anlässlich der internen Beschlussfassung des Gemeinderats die rechtsgeschäftliche Erklärung**" nicht ungültig machen.²⁷²

3.4.3. Mag. [REDACTED] hatte Anscheinsvollmacht

Wie oben beschrieben, gibt es also **gesicherte Rechtsprechung zur Anscheinsvollmacht** bei Gebietskörperschaften. Nicht nur bejaht die Rechtsprechung die grundsätzliche Anwendbarkeit der Anscheinsvollmacht bei Gebietskörperschaften – sie tut das sogar noch unter **Voraussetzungen, die hier nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens jedenfalls "überboten"** werden. Wie oben beschrieben ist es laut OGH nämlich unschädlich, wenn der genaue Wortlaut des Beschlusses nicht bekannt ist. Im vorliegenden Fall steht aber ohnehin im Gegenteil fest, dass der GRB 2004 öffentlich zugänglich war und der BAWAG PSK jedenfalls bekannt sein musste (dislozierte Feststellung in Zwischenurteil, S 91). Das Vertrauen von BAWAG PSK auf den GRB 2004 ist deshalb umso mehr geschützt.

Mit dem GRB 2004, auf den BAWAG PSK also Vertrauen durfte, **setzte der Gemeinderat** – selbst wenn man nicht von einer direkten Bevollmächtigung ausgeht – **den Anschein der Bevollmächtigung** zum Abschluss durch FVV, konkret also vertreten durch deren Leiter Mag. [REDACTED]. Wie oben beschrieben schuf der Gemeinderat mit dem GRB 2004 einen grundsätzlich tauglichen Vertrauenstatbestand, weil sowohl Form als auch Inhalt des GRB 2004 – im Unterschied zur Rechtsansicht des Erstgerichts – grundsätzlich geeignet waren, zum Abschluss eines Geschäfts wie des Swap zu ermächtigen (wenn man überhaupt davon ausgeht, dass dies erforderlich wäre, weil § 46 StL 1992 anwendbar ist, was unrichtig ist). Aufgrund dieses vom zuständigen Organ, nämlich dem Gemeinderat geschaffenen Vertrauenstatbestands wurde der Swap von Stadt Linz, vertreten durch Mag. [REDACTED] gültig abgeschlossen.

²⁶⁶ Vgl unten Punkt B.II.4.4.3.

²⁶⁷ OGH 9 ObA 9/09b.

²⁶⁸ OGH 3 Ob 551/91.

²⁶⁹ OGH 8 Ob 573/90.

²⁷⁰ OGH 8 Ob 573/90.

²⁷¹ OGH 2 Ob 129/12b.

²⁷² OGH 8 ObA 204/99d.

Selbst nach Ansicht des VwGH mussten an der Vertretungsmacht von Mag. [REDACTED] keine Zweifel bestehen.²⁷³

Die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass der GRB 2004 aufgrund seiner "objektiv erkennbaren Mängel und Verstöße gegen die Organisationsvorschriften" (Zwischenurteil, S 91) nicht geeignet war, einen Vertrauenstatbestand zu begründen, ist unrichtig. Wie oben geschrieben bestanden solche Mängel und Verstöße nämlich nicht. Selbst wenn diese bestanden haben sollten, ist es nach Ansicht von BAWAG PSK aber absurd, sie als "objektiv erkennbar" und damit insbesondere auch als erkennbar für BAWAG PSK zu qualifizieren. Die **längste Zeit waren sie nämlich allen Personen bei Stadt Linz, die sich damit beschäftigten und den Swap sowie den zu Grunde liegenden GRB 2004 eingehend prüften, nicht einmal erkennbar:**

- Mag. [REDACTED] ging selbst davon aus, dass er die Stadt Linz wirksam vertreten und den Swap für Stadt Linz abschließen darf, wie das Erstgericht feststellte (Zwischenurteil, S 25). Er bestätigte folgerichtig in der Einzelabschlussbestätigung, über alle erforderlichen Voraussetzungen für dieses Geschäft zu verfügen (Zwischenurteil, S 25).

BAWAG PSK begehrt zusätzlich die folgende ergänzende Feststellung:

Mag. [REDACTED] vertrat Stadt Linz vor Abschluss des Swap weitgehend selbständig gegenüber BAWAG PSK. Er war für diese immer der Ansprechpartner und führte alle Gespräche.

Dies ergibt sich aus Mag. [REDACTED] eigener Aussage. So erwähnte er in der Tagsatzung am 13.5.2019 neben zahlreichen österreichischen Banken auch Merrill Lynch, JP Morgan, Nomura "und andere", mit denen er selbständig laufende Geschäftsbeziehungen für Stadt Linz pflegte.²⁷⁴ Genauso pflegte er auch die Geschäftsbeziehung mit BAWAG PSK selbständig und bestätigte, dass "vor allem" er mit dem Swap beschäftigt gewesen sei.²⁷⁵

Dies ergibt auch aus [REDACTED] Aussage. In der Tagsatzung am 30.9.2013 sagte sie:

"Bei den Terminen war Dr. MAYR nie dabei; Mag. [REDACTED] war der einzige Ansprechpartner für uns. Wenn es in Richtung Geschäftsabschluss gegangen ist, hat Mag. [REDACTED] gesagt, dass er zwar kurz Rücksprache mit Dr. MAYR hält, er aber sozusagen alleine abschlussberechtigt sei zu Währungen und Zinssicherungen."²⁷⁶

"Ich kann mich nicht erinnern, aber ich nehme an, dass wir durchaus angeboten haben und Mag. [REDACTED] ziemlich unmissverständlich gesagt hat, dass der Chef ihm

²⁷³ VwGH 26.4.2016, Ro 2015/09/0014.

²⁷⁴ Protokoll, S 7.

²⁷⁵ Protokoll, S 5.

²⁷⁶ Protokoll, S 16.

*vertraut und es nicht notwendig ist, dass er bei Geschäftsabschlüssen eingebunden wird, denn wenn etwas ist, hätte er Rücksprache mit ihm gehalten und daher war es nicht Thema, dass wir mit Dr. MAYR Kontakt aufnehmen."*²⁷⁷

Die ergänzende Feststellung ist relevant, weil sie ein weiteres "Puzzlestück" ist, das den äußeren Anschein von Mag █████ Vertretungsmacht indiziert und die Stellung von Mag █████ als Verwalter (im Sinn der oben zitierten Rechtsprechung zur Verwaltungsvollmacht) verfestigt). In diesem Sinn zitiert übrigens auch der **VwGH** in der Disziplinaentscheidung gegen Mag █████ (vgl dazu die oben begehrte ergänzende Feststellung) die Vorinstanz und kommt dann zum Ergebnis, dass **selbst Mag █████** der bei Stadt Linz immerhin am meisten involviert war, **keinen Zweifel daran haben musste, dass er den Swap abschließen durfte.**²⁷⁸

- Vor dem Swap schlossen Stadt Linz, vertreten durch Mag █████ und BAWAG PSK bereits ein anderes Swap-Geschäft (Zwischenurteil, S 24). **Dieses Swap-Geschäft untersagte weder der Gemeinderat noch irgendein anderes Organ der Stadt Linz.** In einem vergleichbaren Fall entschied der OGH bereits, dass auch daraus eine Anscheinsvollmacht im Zusammenhang mit § 867 ABGB abgeleitet werden könne: *"Da das vertretungsbefugte Organ der beklagten Partei-Landesregierung – die eigenmächtige Vorgangsweise der ihm unterstellten Behörden nicht in Wahrnehmung seiner Kontrollpflicht untersagte, ist auch der zur Verpflichtung des Vertretenen erforderliche Beitrag des vertretungsbefugten Organs zum äußeren Tatbestand gegeben."*²⁷⁹ Genau das trifft hier auch zu und entspricht auch den Ausführungen zur Wissenszurechnung der Organe des Magistrats zum Gemeinderat.²⁸⁰ Egal, ob man davon ausgeht, dass der GRB 2004 rechtlich gültig war (was richtig ist) oder nicht (was unrichtig ist): Fakt ist, dass der Gemeinderat den GRB 2004 beschloss (Zwischenurteil, S 16). Wenn der Gemeinderat einen solchen Beschluss fasst, trifft ihn selbstverständlich auch die mit dem Beschluss zusammenhängende Kontrollpflicht. Und wenn er diese nicht wahrnimmt (oder sie wahrnimmt und auf Grund des GRB 2004 geschlossene Geschäfte nicht untersagt), dann begründet das einen Vertrauenstatbestand für eine Anscheinsvollmacht.
- Das **Kontrollamt** der Stadt Linz, das den Swap prüfte, zweifelte mit keinem Wort an der Rechtmäßigkeit des Geschäfts (vgl zur ergänzenden Feststellung oben Punkt 3.2.2.3).
- Auch nach Ansicht des **Rechnungshofs** gab es zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap bei Stadt Linz keine Hinweis auf eine Ungültigkeit oder Unrechtmäßigkeit (vgl zu dessen Rechtsmeinung oben Punkt 3.2.2.3).
- Bürgermeister **Dobusch** sagte aus, dass der GRB 2004 vom Magistratsdirektor rechtlich geprüft wurde, bevor er ihn unterschrieb: *"Ri: Wenn also der Bericht unterschrieben wird, gehen Sie davon aus, dass er okay ist? D: Ja, und er auch*

²⁷⁷ Protokoll, S 22

²⁷⁸ VwGH 20.9.2018, Ra 2017/09/0001.

²⁷⁹ OGH 9 ObA 78/89.

²⁸⁰ Siehe Punkt B.II.4.3.2.

rechtlich in Ordnung ist."²⁸¹ Im konkreten Fall sei er geprüft und vom Magistratsdirektor unterschrieben worden, was bedeutet, dass es kein Problem gegeben habe.

BAWAG PSK begehrt aufgrund dieser Beweismittel deshalb die folgende ergänzende Feststellung:

Der GRB 2004 ist laut Bürgermeister Dobusch vom Magistratsdirektor, der ein Jurist ist, geprüft und für unbedenklich gehalten worden.

Die Feststellung ist relevant, weil sich aus ihr ergibt, dass selbst der Magistratsdirektor als juristischer Spitzenbeamter der Stadt Linz keine Zweifel an der Gültigkeit des GRB 2004 hatte.

- Bürgermeister Dobusch bekräftigte wenig später den GRB 2004, in dem er den Rahmenvertrag mit BAWAG PSK abschloss (Zwischenurteil, S 17). Der Rahmenvertrag führt als "*Zweck und Gegenstand*" unter anderem den Abschluss von Finanztermingeschäften "*zur Gestaltung von Zinsänderungs-, Währungskurs- und sonstigen Kursrisiken*" einschließlich "*Options-, Zinsbegrenzungs- und ähnliche Geschäfte*" an (Zwischenurteil, S 17). Damit zusammenhängend **bevollmächtigte** Bürgermeister Dobusch **Mag [REDACTED] im Unterschriftenverzeichnis** (Zwischenurteil, S 24). Er setze ihn damit als Verwalter im Sinn der oben zitierten Rechtsprechung zur Verwaltervollmacht ein. Die Rechtsprechung fordert dafür übrigens nicht einmal, wie hier ohnehin gegeben, eine Vollmacht – eine Vollmacht muss gar nicht ausdrücklich eingeräumt werden, stattdessen reicht, dass die Betrauung der Verwaltung nicht erkennbar auf das Innenverhältnis beschränkt ist, also eine Bevollmächtigung irgendwelcher Art **nicht ausgeschlossen** ist.²⁸² Auch in diesem Punkt überbietet der klagsgegenständliche Sachverhalt also die Anforderungen, welche die Rechtsprechung an die Anscheinsvollmacht/Vertretervollmacht stellt.
- Wie aus Beilagenkonvolut ./233 ersichtlich (vgl insbesondere das "Übersichtsdocument mit der tabellarischen Auflistung nach Jahren), beauftragte und "ermächtigte" Stadt Linz lange vor Abschluss des Swap regelmäßig in Form von öffentlich einsehbaren und kundgemachten Gemeinderatsbeschlüssen. BAWAG PSK behauptete im erstinstanzlichen Verfahren, dass es damit nie Probleme gab und Stadt Linz widersprach dem nicht substantiiert.

BAWAG PSK begehrt aufgrund dieser Beweismittel deshalb die folgende ergänzende Feststellung:

Stadt Linz fasste zumindest seit dem Jahr 2000 regelmäßig Gemeinderatsbeschlüsse, in denen andere Personen "beauftragt" oder "ermächtigt" wurden und es gab mit diesen Gemeinderatsbeschlüssen nie Probleme.

Die Feststellung ist relevant, um zu zeigen, dass der GRB 2004 kein "Ausreißer" ist und Stadt Linz genau wusste, was sie tat.

²⁸¹ Protokoll 19.8.2013, S 56 f.

²⁸² OGH 6 Ob 129/10d.

- Dieses Bild stimmt auch damit überein, dass selbst Mitte 2010, als Dr Dobusch bereits aktiv in die Verhandlungen mit BAWAG PSK involviert war, auf Nachfrage von BAWAG PSK noch Mag [REDACTED] (und nicht etwas Dr Dobusch, der Gemeinderat oder einzelne Gemeinderatsmitglieder) als Ansprechpartner genannt wurde.²⁸³

Zusammengefasst sind die **Voraussetzungen, welche der OGH an das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht bei Gebietskörperschaften anlegt, im vorliegenden Fall "übererfüllt"**. BAWAG PSK durfte deshalb auf den Anschein der Vertretungsmacht des Mag [REDACTED] vertrauen. Der Swap wurde also **aufgrund der Anscheinsvollmacht des Mag [REDACTED] ursprünglich gültig abgeschlossen**.

3.4.4. Vertrauen in Abschlussvollmacht geschützt

Trotz der oben dargestellten überwältigenden Beweisergebnisse des erstinstanzlichen Verfahrens (einige davon freilich noch nicht festgestellt), verwarf das Erstgericht die Möglichkeit einer Anscheinsvollmacht. Das ist insbesondere deshalb überraschend, weil es an mehreren Stellen des Zwischenurteils selbst geradezu erschüttert über die Zustände in der Stadt Linz ist, zum Beispiel: *"Die teilweise zu Tage getretene Unkenntnis der Beteiligten [gemeint offensichtlich auf der Seite von Stadt Linz] vom Organisationsrecht der Klägerin ist zur Kenntnis zu nehmen und fügt sich in ein ernüchterndes Gesamtbild"* (Zwischenurteil, S 46) und Bürgermeister Dobusch habe schlüssig und nachvollziehbar ausgeführt, dass Mitglieder des Gemeinderats (nach Ansicht des Erstgerichts aber nicht der Gemeinderat als Kollegialorgan) vom Swap wussten (Zwischenurteil, S 46).

All das berücksichtigt das Erstgericht aber nicht bei der Frage der Gültigkeit des Swap. Warum nicht fasst das Erstgericht hier zusammen: *"Festzuhalten ist, dass die Frage des Anscheins einer Vollmachterteilung losgelöst zu betrachten ist von der Prüfung der Vertretbarkeit und des Verschuldens iZm der Beschlussfassung. Ein allfälliges Versagen des GR, sich an das StL zu halten und wissentlich Beschlüsse zu fassen, die von der Aufsichtsbehörde in dieser Form als unzulässig eingestuft werden, wird bei der Prüfung des Verschuldens am auf beiden Seiten eingetretenen Schaden möglicherweise noch eine Rolle spielen."* (Zwischenurteil, S 92). Kurz gesagt: Für das Erstgericht handelt es sich bei den oben erwähnten Aspekten also durchwegs um Fragen, die (nur) beim Vertrauensschaden zu berücksichtigen sind und nicht (auch) bei der Gültigkeit.

Das ist unrichtig. Wie die oben erwähnte Zusammenstellung der Rechtsprechung zu § 867 ABGB zeigt, berücksichtigt die Rechtsprechung nämlich sehr wohl auch solche Sachverhaltselemente bei der Frage, ob ein Vertrauenstatbestand für eine konkludente Vollmacht oder Anscheinsvollmacht (bzw Duldungsvollmacht) begründet wurde. Die Rechtsprechung schützt also – verfassungskonform²⁸⁴ – gerade auch bei Geschäften mit Gebietskörperschaften das Vertrauen des Geschäftspartners auf den äußeren Tatbestand.

Diesen Vertrauensschutz lässt das Erstgericht **völlig** außer Acht und will alle diese Fragen nur im Zusammenhang mit dem Vertrauensschaden behandeln. Das entspricht schlicht nicht der Rechtsprechung. Wendet man die bisherige Rechtsprechung auf den klagsgegenständlichen

²⁸³ Protokoll 10.4.2019, S 15 (ZV [REDACTED] [REDACTED])

²⁸⁴ Siehe dazu B.II.2. – Gemeinden sind im Rechtsverkehr schließlich ein Teilnehmer wie jeder andere und müssen sich auch so behandeln lassen.

Sachverhalt korrekt an, ergibt sich, dass alles dafür spricht, dass BAWAG PSK auf den vom Gemeinderat gesetzten äußeren Anschein vertrauen durfte, dass der Swap wirksam so vereinbart werden durfte, wie es tatsächlich auch geschah.

Die spätere von Stadt Linz vollzogene "180-Grad-Drehung" – nachdem sich das Geschäft nach Zahlungen der BAWAG PSK an Stadt Linz von rund EUR 10 Millionen in den ersten zweieinhalb Jahren (Zwischenurteil, S 30) in weiterer Folge nicht wunschgemäß entwickelte – entgegen dem *ex ante* gesetzten Anschein ändert daran nichts. Im Gegenteil: Die Vorgehensweise, Verpflichtungen zuerst einzugehen und später unter Berufung auf § 867 ABGB die eingegangenen Verpflichtungen nicht wahrnehmen zu wollen, ist von Stadt Linz mittlerweile schon höchstgerichtlich notorisch:

- So wollte die Stadt Linz als Galeriebetreiberin durch kostenlose Vereinnahmung eines – bei der Stadt Linz nicht mehr auffindbaren – Schiele-Gemäldes die Erben einer verstorbenen Leihgeberin um ihre berechtigten Ansprüche bringen. Die Stadt Linz versuchte auch in diesem Fall – erfolglos – mit einer mangelnden Ermächtigung durch ihre zuständigen Organe und der Nichterfüllung von Formerfordernissen zu argumentieren.²⁸⁵
- Eine schon länger zurückliegende arbeitsrechtliche Entscheidung zeigt besonders deutlich, wie rücksichtslos Stadt Linz sich auf angebliche gemeinderechtliche Mängel beruft, wenn es ihr gerade hilft: Trotz jahrzehntelanger gelebter Praxis bei der Bezahlung von Überstunden meinte Stadt Linz von einem Tag auf den anderen, unter Berufung auf § 867 ABGB nicht mehr daran gebunden zu sein. Auch dieser offensichtliche Versuch der Stadt Linz, eigene Verträge qua Sonderstatus als Gemeinde brechen zu dürfen, scheiterte natürlich.²⁸⁶

Sich nachträglich auf (vermeintlich) bestehende Mängel zu berufen ist im Sinn der Rechtsprechung zu § 867 ABGB jedenfalls nicht nur wirkungslos, wie die zitierten Fälle zeigen. Es ist auch ein klarer Verstoß gegen Treu und Glauben (*venire contra factum proprium*) zunächst die Vorteile aus einem Geschäft in Anspruch zu nehmen und dann die Nachteile nicht tragen zu wollen, den die Rechtsordnung gerade nicht belohnen will und – im Interesse der Rechtssicherheit beim Abschluss von Verträgen mit Gemeinden – auch nicht belohnen darf.

3.5. Zwischenergebnis

Der Swap wurde ursprünglich gültig geschlossen, entweder ausdrücklich aufgrund des GRB 2004 oder über eine Anscheinsbevollmächtigung. Daran, dass der Swap ursprünglich gültig geschlossen wurde, kann aber so oder so kein Zweifel bestehen. Dieses Ergebnis wird auch durch die reichhaltige Rechtsprechung zu § 867 ABGB gestützt, welche gerade beim Privatrechtsverkehr mit Kommunen das Vertrauen des Vertragspartners auf das nach außen tretende, objektiv erkennbare Verhalten der Kommune schützt.

²⁸⁵ OGH 6 Ob 129/10d.

²⁸⁶ OGH 9 ObA 294/89.

4. **In eventu: Swap wurde nachträglich genehmigt (Punkt II.B des Zwischenurteils)**

4.1. **Rechtsansicht des Erstgerichts**

Das Erstgericht geht zutreffend davon aus, dass eine **nachträgliche Genehmigung** eines einmal wegen eines Vertretungsmangels nicht gültig geschlossenen Geschäfts (das hier so wieso nicht vorliegt) **auch bei Gemeinden möglich** ist (Zwischenurteil, S 98). Konkret beim Swap verneint das Gericht aber eine nachträgliche Genehmigung. Es fehle schlicht am nötigen Wissen des Gemeinderats über den Swap. Zu einer Wissenszurechnung einzelner Organe oder Organwalter an den Gemeinderat komme es nicht und selbst wenn, reiche auch deren zugerechnetes Wissen nicht für eine nachträgliche Genehmigung aus (Zwischenurteil, S 98 ff). Deshalb scheitere sowohl eine konkludente nachträgliche Genehmigung als eine nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung.

Die Rechtsansicht des Erstgerichts ist unrichtig:

4.2. **Vorbemerkung**

Der Swap wurde ursprünglich gültig geschlossen. Selbst wenn man das anders sehen sollte, ist der Swap trotzdem gültig, weil er nachträglich vom Gemeinderat genehmigt wurde und die Stadt Linz hier wie schon im vorigen Punkt ausgeführt **wieder Treu und Glauben** handelt:

- In der Welt der Stadt Linz darf der Gemeinderat den Magistrat zwar ermächtigen, bestimmte Geschäfte abzuschließen, aber wenn etwas "schiefeht", ist das Geschäft wegen Vertretungsmangels plötzlich ungültig, weil der Magistrat nicht der Gemeinderat ist.
- In der Welt der Stadt Linz darf der Gemeinderat seine Kontrollpflichten zwar über Gemeinderatsausschüsse (deren Mitglieder selbst Gemeinderatsmitglieder sind!) wahrnehmen, aber wenn etwas "schiefeht", wusste plötzlich niemand von irgendetwas, weil der Gemeinderatsausschuss nicht der Gemeinderat ist.
- In der Welt der Stadt Linz darf die Stadt Linz jahrelang Millionenbeträge kassieren sowie für eigene Zwecke verwenden und der Gemeinderat über diese Millioneinnahmen Beschlüsse fassen, aber wenn etwas "schiefeht", sieht man sich nicht mehr an das Geschäft gebunden.

Kurz: Die Welt der Stadt Linz, immerhin einer österreichischen Landeshauptstadt, zeichnet sich durch arbeitsteiliges Verhalten nur solange aus, bis es nachteilig für die Stadt Linz ist – dann weiß plötzlich niemand mehr etwas vom anderen und der Gemeinderat weiß von nichts und ist auch für seinen Verwaltungsapparat nicht verantwortlich.

So ein Verhalten belohnt die Rechtsordnung nicht und genau für so ein Verhalten ist das Instrument der nachträglichen Genehmigung gemacht. Tatsache ist:

- Der Gemeinderat wusste vom Swap. Selbst wenn er nicht (ausreichend) vom Swap wusste, wird ihm das Wissen von Mag ██████ und den einzelnen Ausschüssen, die jedenfalls ausreichend vom Swap wussten, 1:1 zugerechnet.²⁸⁷ Für die Wissenszurechnung ist nämlich nicht das subjektive Wissen der einzelnen Gemeinderatsmitglieder, sondern das objektive Wissen des Verwaltungsorgans "Gemeinderat" maßgeblich.
- Da der Gemeinderat trotz Wissen vom Swap (entweder tatsächlich oder über objektive Wissenszurechnung) nicht handelte, genehmigte er dessen Abschluss nachträglich, sowohl durch konkludente Erklärung als auch durch Vorteilszuwendung.²⁸⁸

Im Einzelnen:

4.3. Gemeinderat kannte den Swap

4.3.1. Kenntnis des Gemeinderats selbst

4.3.1.1. *Unrichtige Feststellung des Erstgerichts*

Der **Gemeinderat** (insbesondere unter Berücksichtigung der ihm zuzurechnenden Organe)²⁸⁹ **kannte und verstand die Struktur des Swap**. Insbesondere wusste der Gemeinderat, dass der Swap geschlossen wurde, dass damit die CHF-Anleihe optimiert werden sollte, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können.

Das Erstgericht hielt im Gegensatz dazu fest, dass nicht festgestellt werden kann, dass sich der Gemeinderat eine Meinung über den Swap gebildet hat und dass der Gemeinderat über die Wirkungen des Swap, das mit ihm verbundene Risiko und den Ablauf seines Abschlusses informiert wurde (Zwischenurteil, S 32 f). Diese Feststellung des Erstgerichts ist unrichtig und wird im Rahmen der Beweisrüge bekämpft.²⁹⁰

4.3.1.2. *Getroffene Feststellungen reichen aber ohnehin für Kenntnis*

Selbst auf Grundlage der Feststellungen des Erstgerichts hatte der **Gemeinderat bereits Kenntnis vom Swap**. Das Erstgericht stellt nämlich fest, dass in der Gemeinderatssitzung am 16.12.2010 umfassend über die Finanzen der Stadt Linz berichtet wurde (Zwischenurteil, S 30). Dabei zitiert das Erstgericht die öffentlichen Wortmeldungen von zwei Gemeinderäten (Zwischenurteil, S 31 f; Hervorhebungen hinzugefügt):

- *"... Dass sich dieser Trend aber ganz schnell umkehren kann, zeigt zuletzt die dramatische Entwicklung des Schweizer Franken Kredits, der nach positiven Ergebnissen, nach kleinen Gewinnen in den Vorjahren **heuer bereits einen Verlust von fast 16 Millionen Euro herbeigeführt hat. Durch die mit diesem Kredit verbundenen Spekulationsgeschäfte drohen uns im nächsten Jahr und auch in den kommenden Jahren enorme weitere Verluste.** Hier zeigt sich einmal*

²⁸⁷ Vgl unten Punkt B.II.4.3.2.

²⁸⁸ Vgl unten Punkt B.II.4.4.

²⁸⁹ Siehe dazu unten Punkt B.II.4.3.2.

²⁹⁰ Vgl insbesondere Punkt C.II.11.

mehr, dass jede Art von Spekulationsgeschäften, sei es CrossBoarderLeasing oder Swap Spekulationen, völlig untaugliche Mittel zur Finanzbeschaffung sind. ..."

- *" ... Dritter zentraler Kritikpunkt, weil sehr aktuell, sind die Hochrisikospekulationen mit dem Steuergeld, konkret der Schweizer Franken Swap, den Sie in Ihrer Budgetpräsentation nicht angesprochen haben, der aber umso aktueller ist, weil mein Vorredner gesagt hat, wir machen Business as usual und wir spekulieren, **und das trifft auch auf dieses Zinstauschgeschäft zu. 2004 hat sich dieses Haus entschieden, die Verantwortung zu delegieren an den zuständigen Finanzreferenten, um die Finanzgebarung zu optimieren. Ein Ergebnis war dieses Zinstauschgeschäft, das uns ordentlich bluten lässt, aktuell in diesem Jahr bereits 15,9 Millionen Euro. Und wenn ich mir den Voranschlag anschau, für das Jahr 2011 weitere zehn Millionen Euro, die darin budgetiert sind. Da gehen Sie aber von einem Kurs aus von 1,43. Schau ich mir den Kurs von gestern an, 1,28, würde das im Jahr 30 Millionen Euro bedeuten. Einfach futsch, einfach weg. Und wenn ich das summiere, komme ich auf eine Riesensumme, die für eine Kommune wie die Stadt Linz nicht vertragbar ist. ... Ein Tag im April und ein Tag im Oktober wird entscheiden, ob zehn Millionen, ob 30 Millionen, ob 20 Millionen, hoffentlich vielleicht auch nur fünf Millionen. Die Schwierigkeit beim Budgetieren sieht man dieses Jahr. Im Budget 2010, in dem entsprechenden Budgetansatz, 333.000 Euro werden es nicht sein. 15,9 der Swap, ich weiß nicht, was dann sonst noch dazukommt. Wenn ich mir die Debt Management Berichte noch anschau, kommen wir vielleicht auf 17 Millionen Euro, kommen wir vielleicht auf 18 Millionen Euro, wir werden es sehen. Wir sind aber weit weg von der Budgetierung. Das heißt, jetzt zum finanzwirtschaftlichen Kapitel gesprochen als Schlusssätze folgendes Fazit: Bei diesen Hochrisikospekulationen sind uns die Hände gebunden, da kann man jetzt niemandem sagen, du bist jetzt schuld, dass es nächstes Jahr 20 oder 30 werden, weil diese Verpflichtungen sind wir eingegangen. ..."***

Anschließend an diese **öffentlichen Wortmeldungen** stellte der Gemeinderat den Voranschlag für das Rechnungsjahr 2011 fest (Zwischenurteil, S 32). Wenn man den GRB 2004 nicht als Rahmengenehmigung sämtlicher In Zusammenhang mit dem Fremdfinanzierungsportfolio abgeschlossenen Finanzgeschäfte ansieht, liegt jedenfalls mit der Feststellung des Voranschlags für das Rechnungsjahr 2011, dem Zahlungen aus dem Swap zugrunde lagen, eine inhaltliche und auch haushaltsrechtliche Bewilligung des verfahrensgegenständlichen Swap in Kenntnis der damit verbundenen Risiken (besonders die zweite Wortmeldung mit ihren konkreten Berechnungen zeugt ja von eingehendem Verständnis des Swap) vor. Von objektiver Zurechnung von Handlungen und Wissen braucht nicht weiter nachgedacht werden, weil sogar subjektiv feststeht, dass der Gemeinderat – spätestens zu diesem Zeitpunkt – vom Swap wusste und diesen genehmigte.

Die Kombination aus den öffentlich in der Gemeinderatssitzung geäußerten Wortmeldungen und unmittelbar anschließender Feststellung des Voranschlags, über den in den Wortmeldungen gesprochen wurde, lässt nämlich keinen Zweifel mehr offen. Die beiden Gemeinderäte erwähnten in ihren Diskussionsbeiträgen alle wesentlichen Elemente, die für ein Verständnis des Swap nötig sind (sofern man dies für die Erteilung der Genehmigung überhaupt als erforderlich ansieht). Insbesondere: Es handelt sich nach den Wortmeldungen um einen vom Finanzreferenten (also Mag ██████ nach Zustimmung des Gemeinderats abgeschlossenen

Swap ("*hat sich dieses Haus entschieden, die Verantwortung zu delegieren*", wobei die Wortwahl "*delegieren*" nichts über die rechtliche Natur betreffend die Durchführung des GRB 2004 aussagt und als sprachliche Unschärfe zu werten ist), dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und der zu millionenschweren Zahlungspflichten der Stadt Linz führen kann. Und zu guter Letzt: Der Swap wurde geschlossen, "*da sind uns die Hände gebunden*". Dass Zweifel an der Gültigkeit des GRB 2004 geäußert wurden, stellte das Erstgericht nicht fest. Vor diesem Hintergrund ist es absurd, wenn das Erstgericht von der BAWAG PSK verlangt, sie müsse "gescheiter" als das zuständige Verwaltungsorgan sein und hätte erkennen müssten, dass der Swap vom GRB 2004 nicht erfasst worden sei.

Nicht festgestellt wurde, dass nach diesen beiden Wortmeldungen besorgte Gemeinderäte entsetzt aufsprangen und die Hände über dem Kopf zusammenschlugen. Ebenso wenig festgestellt wurde, dass die Gemeinderatssitzung nach diesen beiden Wortmeldungen abgebrochen wurde, um zu beraten, wie die Stadt Linz mit diesem – nach Ansicht des Erstgerichts offenbar ja bisher völlig unbekanntem (vgl bekämpfte Feststellung in Zwischenurteil, S 32 f) – Geschäft jetzt umgehen soll. Was stattdessen festgestellt wurde: Dass die Gemeinderäte nach diesen beiden Wortmeldungen den Voranschlag wie vorgelegt beschlossen. **Ein Gemeinderat, der zum ersten Mal von dem Swap und dessen Funktionsweise (millionenschwere Verluste!) hört, handelt anders.** Jedenfalls **genehmigte der Gemeinderat den Swap aber spätestens zu diesem Zeitpunkt** (nachträglich). Die tatsächliche Reaktion des Gemeinderats indiziert allerdings ohnehin viel mehr, dass er auch schon vor der Sitzung am 16.12.2010 vom Swap wusste und sich deshalb bewusst war, dass er den Swap bereits davor mit dem GRB 2004 genehmigt hatte. Die gegenteilige Feststellung des Erstgerichts ist deshalb offenkundig unrichtig und wird im Rahmen der Beweistrüge bekämpft.²⁹¹

Jedenfalls geht aus den Wortmeldungen aber eines hervor: Spätestens ab der Sitzung am 16.12.2010 wusste der Gemeinderat vom Swap und dessen grundlegender Struktur. Und spätestens ab diesem Moment hätte er auch handeln können und müssen. Da er es nicht tat, genehmigte der Gemeinderat den Swap nachträglich spätestens am 16.12.2010 (siehe dazu gleich unten).

Dass der Gemeinderat später vom Swap nichts mehr wissen wollte, ändert daran nichts. Insbesondere der Gemeinderatsbeschluss vom 7.4.2011 (Zwischenurteil, S 35: "*Der GR fasste nun den ersten Beschluss, der konkret den Swap 4175 behandelt ...*") kann die nachträgliche Genehmigung nicht erschüttern – am 7.4.2011 war der Swap schon lange (zumindest nachträglich) genehmigt. Auch am 7.4.2011 erklärte der Gemeinderat übrigens noch seinen Willen, die nächste "Rate" zu zahlen. Die Zahlung stand zwar unter Vorbehalt (Zwischenurteil, S 33), aber das zeigt bereits, dass der Gemeinderat damals keinesfalls davon ausging, dass der Swap nie gültig geschlossen wurde – im Fall der Ungültigkeit hätte ja gar nicht bezahlt werden müssen. Selbst im Oktober 2011 fasste der Gemeinderat noch den Beschluss, den Swap mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grund aufzulösen (Zwischenurteil, S 34) – dies wäre ebenfalls nicht nötig (und auch nicht möglich) gewesen, wenn der Gemeinderat davon ausging, dass der Swap nie gültig bestand.

²⁹¹ Vgl dazu ausführlich bei der Beweistrüge Punkt C.II.11.

4.3.2. Wissenszurechnung an den Gemeinderat

Wie oben schon angesprochen,²⁹² ist dem Gemeinderat nicht nur das Handeln der seinen Willen ausführenden Organe zuzurechnen, sondern **auch deren Wissen**.²⁹³ Wissen bedeutet in diesem Zusammenhang aber nicht, dass das Verwaltungsorgan "Gemeinderat" oder die einzelnen Mitglieder desselben etwas wissen müssen, damit ein Handeln oder ein Wissen dem Gemeinderat zugerechnet werden kann. Hier greift das Rechtsinstitut der "Wissensvertretung" im Rahmen der Zurechnungskette. Das Wissen der einzelnen Personen in der Zurechnungskette (zB: Finanzausschuss als Gemeinderatsausschuss) ist daher letztlich dem obersten Organ (hier: Gemeinderat) zuzurechnen, auch wenn dessen einzelne Mitglieder tatsächlich (teilweise) davon nichts wussten.²⁹⁴

Es gilt sohin bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts ein **objektiver** und kein subjektiver **Wissensbegriff**. Wissen ist auch keineswegs auf das Aktenwissen beschränkt, sondern umfasst auch jedes sonstige Wissen des Organwalters, egal ob formeller Bestandteil eines Aktes oder nicht.²⁹⁵ So wurde vom deutschen Bundesgerichtshof etwa das Wissen des ehemaligen Bürgermeisters, der über die Mangelhaftigkeit einer Liegenschaft Bescheid wusste, der Gemeinde zugerechnet.²⁹⁶

Die objektive Zurechnung von Wissen erfolgt freilich nicht nur im Verhältnis zwischen dem Magistrat und anderen Verwaltungsorganen der Stadt Linz, sondern auch im Verhältnis zwischen dem **Gemeinderat und seinen Ausschüssen**, wie dem Finanzausschuss. Der Gemeinderat kann nach § 40 StL und § 15 f der Geschäftsordnung des Gemeinderats Ausschüsse zur Vorberatung und zur Abgabe von Gutachten bestellen. Die **Ausschüsse berichten dann dem Gesamtgemeinderat**. Der Swap war auch tatsächlich mehrfach im Finanzausschuss Thema.²⁹⁷ Selbst wenn ein Ausschuss und damit auch der Finanzausschuss dem Gesamtgemeinderat nicht vollumfänglich berichtet, ist er Wissensstellvertreter für den Gesamtgemeinderat und ist dem Gesamtgemeinderat das Wissen seines Finanzausschusses zuzurechnen.

Der Grund für diese Fremdzurechnung (nicht nur des Handelns) ist der Verkehrs- und Vertrauensschutz. Hinzu kommen das Gerechtigkeits- und das Gleichstellungsargument.²⁹⁸ Kurz gesagt: Wer – wie die Stadt Linz – durch den Magistrat als Geschäftsapparat die Vorteile der Arbeitsteiligkeit genießt, der soll auch die in diesem Zusammenhang stehenden Risiken tragen, nämlich, dass das Handeln und das Wissen von Organwaltern in der Zurechnungskette, das nicht zum obersten Organ und dessen Organwalter dringt, in Form dem Verwaltungsorgan "Gemeinderat" zugerechnet wird.

Dies deshalb, weil es für den Vertragspartner der öffentlichen Hand auf Gründen des Vertrauensschutzes und der Verkehrssicherheit unmöglich ist zu kontrollieren, welcher Gemeinderat zum welchem Zeitpunkt welchen Kenntnisstand zum verfahrensgegenständlichen Swap hatte.

²⁹² Siehe Punkt B.II.3.2.

²⁹³ Reinhardt, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht (2010) 44.

²⁹⁴ In diesem Zusammenhang ist auch auf § 337 ABGB hinzuweisen, der die Wissenszurechnung (Redlichkeit/Unredlichkeit) an die Gemeinde über das Wissen ihrer Machthaber (das sind Personen, die nach der tatsächlichen Organisationsstruktur eine leitende Stellung mit selbständigem Wirkungsbereich innehaben) vorsieht. Die Bestimmung wird auch für rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Vertreter angewendet und führt zu einer objektiven Wissenszurechnung an die juristische Person.

²⁹⁵ Reinhardt, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht (2010) 79.

²⁹⁶ Reinhardt, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht (2010) 44 ff und 65 f.

²⁹⁷ Vgl dazu insbesondere Punkt C.II.7.

²⁹⁸ Reinhardt, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht (2010) 49 f.

BAWAG PSK konnte auch nicht wissen, ob und in welchem Umfang Mag [REDACTED] dem Bürgermeister und dieser wieder dem Gemeinderat berichtet und ob und welche Informationen in welchem Detaillierungsgrad vom Finanzausschuss an den Gemeinderat weitergegeben wurden. Derartiges kann auch nicht unter Berufung auf § 867 ABGB behauptet werden, weil die Bestimmung lediglich auf das Einhalten der Organisationsvorschriften abzielt. Die Organisationsvorschriften wurden eingehalten und der Gemeinderat hat den GRB 2004 gefasst. Um die Problematik zuzuspitzen, könnte man daran denken, dass einzelne Gemeinderäte beim Beschluss gar nicht anwesend gewesen sein oder sich nicht näher mit dem Inhalt des Beschlusses befasst haben könnten. Ist dann der Beschluss auch ungültig? Nein, das wird niemand ernsthaft behaupten. Deshalb ist auch das Wissen des Finanzausschusses dem Gemeinderat zuzurechnen, der mit dem GRB 2004 ja eine Genehmigung erteilte. Sonst wäre es dem Gemeinderat möglich, sich durch Auslagerung heikler Themen in Ausschüsse seiner **Verantwortung zu entziehen**.

Im Folgenden wird im Einzelnen dargelegt, welches Wissen dem Gemeinderat zugerechnet wird:

4.3.3. Zurechnung des Wissens von Mag [REDACTED]

4.3.3.1. *Vorbemerkung*

Selbst wenn der Gemeinderat keine unmittelbare Kenntnis vom Swap gehabt haben sollte (was wie oben ausgeführt nicht zutrifft), ist ihm die Kenntnis von Mag [REDACTED] zuzurechnen. Wie bereits weiter oben dargetan, funktioniert die Zurechnung von Handlungen und von Wissen in einer arbeitsteiligen Organisation durch "Wissensstellvertreter".²⁹⁹ Es **geht nicht um tatsächliches Wissen oder "wissen müssen", sondern schlichtweg darum, dass das Wissen von Organwaltern dem zuständigen Verwaltungsorgan zuzurechnen ist**. Mag [REDACTED] als Direktor der FVV (vgl die Feststellungen im Zwischenurteil, S 2 ff) handelte beim Abschluss des Swap im Auftrag des Gemeinderats. Er ist dem Gemeinderat daher zuzurechnen – und zwar sowohl hinsichtlich seines Handelns als auch hinsichtlich seines Wissens.

4.3.3.2. *Mag [REDACTED] war die Struktur des Swap bekannt*

Mag [REDACTED] schloss den Swap für Stadt Linz (Zwischenurteil, S 25).

Aus Sicht der BAWAG sind die Kenntnisse von Mag [REDACTED] (oder der Stadt Linz) für die Frage der Gültigkeit nicht relevant. Sollte dies das Berufungsgericht anders sehen, ist aber auf Folgendes hinzuweisen: Mag [REDACTED] kannte und verstand auch die Struktur des Swap. Insbesondere wusste er, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können. Dies ergibt sich auch aus der Beweisrüge.³⁰⁰

4.3.3.3. *Wissenszurechnung von Mag [REDACTED] an Gemeinderat*

Wie bereits oben beschrieben kommt es rechtlichen zu einer objektiven Wissenszurechnung des Wissens von Mag [REDACTED] an den Gemeinderat. Das bedeutet: Egal, was der Gemeinderat

²⁹⁹ Siehe B.II.4.3.2.

³⁰⁰ Vgl zur Beweisrüge Punkt C.II.3.

wusste oder nicht wusste – das Wissen von Mag ██████ in Bezug auf den Swap wird ihm ohne Einschränkung zugerechnet.³⁰¹

Ergänzend und alternativ zu den Ausführungen oben folgt die konkrete Zurechnung des Wissens von Mag ██████ auch **aufgrund öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften, auf deren Einhaltung sich BAWAG PSK verlassen durfte** (Zuständigkeiten, Vertretungsregeln und Berichtspflichten):

Grundlage dafür ist die Mag ██████ gemäß dem StL 1992 und der GEOM zukommende Vertretungsmacht. Deren Umfang lässt sich eindeutig aus diesen öffentlich bekannt gemachten Rechtsvorschriften sowie Beschlüssen ableiten. Gemäß § 49 Abs 1 StL 1992 vertritt der Bürgermeister die Stadt nach außen und ist er auch der Vorstand des Magistrats (vgl § 49 Abs 2 StL 1992). Dieses gliedert die Verwaltung der Stadt Linz in Dienststellen (Geschäftsgruppen, Ämter, Einrichtungen), auf die die Geschäfte nach ihrem Gegenstand und ihrem sachlichen Zusammenhang aufgeteilt werden (§ 4 Abs 1 Satz 1 GEOM iVm § 49 Abs 2 StL 1992). Die Dienststellen besorgen die ihnen nach der Geschäftsverteilung (vgl Anhang II zur GEOM) zukommenden Geschäfte. Das Nähere über den Geschäftsgang im Magistrat wird durch die GEOM geregelt (vgl § 38 Abs 3 StL 1992). In dieser ist in Verbindung mit dem StL 1992 auch geregelt, inwieweit sich der Bürgermeister, der Stadtsenat bzw einzelne Mitglieder des Stadtsenats unbeschadet ihrer durch StL 1992 geregelten Verantwortung, sich bei den zu treffenden Entscheidungen oder Verfügungen oder sonstigen Amtshandlungen durch – unter anderem – Gruppenleiter vertreten lassen können (vgl § 6 Z 3, § 11 Abs 4 und § 22 GEOM).

Das Wissen der FVV und deren Leiter Mag ██████ ist unmittelbar dem Gemeinderat zuzurechnen, da der Gemeinderat den Magistrat (konkret: die FVV) im GRB 2004 mit dem Abschluss bestimmter Geschäfte ermächtigte. Die Wissenszurechnung wird auch durch umfassende wechselseitige Berichts- und Kontrollpflichten untermauert: Die BAWAG PSK durfte sich nämlich insbesondere darauf verlassen, dass Mag ██████ als Gruppenleiter der FVV (Zwischenurteil, S 3) sein Wissen nicht für sich behalten, sondern seine öffentlich-rechtlich statuierten Berichtspflichten erfüllen werde, wie es in § 48 StL 1992 und insbesondere in § 8 Abs 4 GEOM ausdrücklich vorgesehen ist: *"Die Gruppenleiter haben den Magistratsdirektor und das sachlich in Betracht kommende Mitglied des Stadtsenats regelmäßig von allen bedeutsamen Angelegenheiten der Geschäftsgruppe zu informieren, sofern diese nicht ohnehin rechtzeitig im Dienstweg damit befasst werden."*

Als Gruppenleiter iSd § 8 GEOM hätte er jedenfalls "unmittelbar rechtzeitig und laufend" den zuständigen Finanzstadtrat Dr Mayr gemäß § 48 StL 1992 iVm § 8 Abs 4 GEOM zu unterrichten gehabt. Unabhängig davon, ob Mag ██████ Gruppenleiter war, traf ihn jedenfalls auch die Pflicht zur "magistratsinternen Information und Kommunikation" iSd § 15 GEOM durch Weitergabe von wesentlichen Informationen, die eine außerordentliche Maßnahme zu rechtfertigen vermögen, an Finanzstadtrat Dr Mayr. Diese Informationspflicht ist für Gruppenleiter insofern verschärft, als sie – wie gerade dargetan – gemäß § 8 Abs 4 GEOM ohne Anlass (*arg* "regelmäßig") das "sachlich in Betracht kommende Mitglied des Stadtsenats" zu informieren haben. Ob Mag ██████ und was Mag ██████ berichtete, ist vor dem Hintergrund der objektiven Wissenszurechnung irrelevant (da Mag Mayr allerdings auch im Finanzausschuss saß war dies auch der Fall). Vielmehr kommt es ausschließlich darauf an, dass die Weisungs- und Informationskette geschlossen ist, was – offensichtlich – zutrifft.

³⁰¹ Vgl Punkt B.II.4.3.3.

Finanzstadtrat Dr Mayr wiederum hätte sein Wissen als Vorsitzender des Finanzausschusses in dessen Verhandlungen einzubringen gehabt. Ob und in welchem Umfang er das tat, ist – wie bei Mag █████ – bedeutungslos. Da der Finanzausschuss das für die Vorberatung der streitgegenständlichen Geschäfte zuständige Hilfsorgan des Gemeinderates ist, reicht die Wissenszurechnung hinsichtlich der Kommunikation der BAWAG PSK mit Mag █████ bis in den Gemeinderat, da die BAWAG PSK nicht von einer gezielten und langjährigen Verletzung organisationsrechtlicher Vorschriften durch alle Beteiligten ausgehen musste³⁰² und diese Verletzung – wie bereits mehrfach betont – irrelevant ist.

Zusammenfassend gebietet der nach der herrschenden Rechtsprechung anzulegende "objektive Beurteilungsmaßstab"³⁰³ die Zurechnung des Wissens von Mag █████ zur Stadt Linz. Wenn daher Mag █████ es unterlassen haben sollte, laufend zu berichten, dann hat diese interne Pflichtverletzung keinen Einfluss auf die Zurechnung seines Wissens an die Stadt Linz.

4.3.4. Zurechnung des Wissens von Finanzausschuss und Kontrollausschuss

4.3.4.1. *Vorbemerkung*

Selbst wenn der Gemeinderat keine unmittelbare Kenntnis vom Swap gehabt haben sollte, ist ihm auch die Kenntnis von **Finanzausschuss und Kontrollausschuss zuzurechnen**, weil es sich in beiden Fällen um Hilfsorgane des Verwaltungsorgans Gemeinderat handelt. Wenn der Gemeinderat bestimmte Aufgaben an Ausschüsse auslagert kann er sich dann nicht darauf berufen, keine Kenntnis von den in diesen Ausschüssen erörterten Themen zu haben.

4.3.4.2. *Kenntnis von Finanzausschuss*

Der Finanzausschuss ist ein vom Gemeinderat eingerichteter Ausschuss (Zwischenurteil, S 2). Die Ausschüsse setzen sich aus Mitgliedern des Gemeinderats zusammen (Zwischenurteil, S 2). Er ist – rechtlich betrachtet – ein Hilfsorgan des Gemeinderats.

Mag █████ berichtete dem Finanzausschuss regelmäßig über die aus seiner Sicht auf dem GRB 2004 beruhenden Maßnahmen des Debt Management (Zwischenurteil, S 26). In diesem Rahmen berichtete er auch unter der Überschrift "Zinssicherungsgeschäfte" nach dessen Abschluss regelmäßig über den Swap (Zwischenurteil, S 26). In den Berichten gab er die Formel des Swap in Worten wieder (Zwischenurteil, S 26), wies auf das CHF-Risiko hin (Zwischenurteil, S 26 f) und nannte ein maximales Risiko von (jedenfalls in den ersten Berichten) rund EUR 5 Millionen jährlich, "*wenn der EUR/CHF-Wechselkurs den historischen Höchststand von 1,4464 erreicht*" (Zwischenurteil, S 27; implizit ergibt sich daraus auch, dass jenseits dieses Kurses auch höhere Kosten anfallen können). In der Sitzung am 15.5.2008 bedankte sich Dr Mayr, Mag █████ Vorgesetzter, ausdrücklich bei diesem für dessen äußerst erfolgreiche Maßnahmen des Debt Managements (Zwischenurteil, S 29).

Ausgehend vom festgestellten Inhalt dieser Berichte **kannte der Finanzausschuss die Struktur des Swap**. Insbesondere hatte der Finanzausschuss Kenntnis davon, dass der Swap geschlossen wurde, dass die CHF-Anleihe damit optimiert werden sollte, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können.

³⁰² Siehe zu Finanzausschuss und Kontrollausschuss gleich näher.

³⁰³ Vgl SZ 60/204.

Die Ausführungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 100), wonach die Debt-Management-Berichte "irreführende Angaben" beinhalten und die "maßgeblichen Umstände des Swaps, insbesondere das tatsächlich mit ihm verbundene Risiko im Dunkeln" gelassen hätten, sind angesichts des festgestellten Inhalts der Berichte schlicht unverständlich und – wie bereits mehrfach dargetan – bedeutungslos, weil es um objektive Wissenszurechnung geht. Es kann nach Ansicht der BAWAG PSK nicht darauf ankommen, ob in den Debt-Management-Berichten der Swap in jedem kleinsten Detail erläutert wird. Stattdessen ist einzig wichtig, ob die oben genannten wesentlichen Merkmale des Swap, insbesondere das aus dem Swap Risiken, insbesondere Währungsrisiken in Millionenhöhe bestanden, dem Ausschuss so zur Kenntnis gebracht wurden, dass es für ihn eindeutig war. Und das war selbst ausgehend vom festgestellten Inhalt der Fall.

Sollten die Ausführungen des Erstgerichts als Feststellungen gewertet werden (und nicht als die Rechtsausführungen, als die sie das Erstgericht offenbar selbst sieht, da sie ja im rechtlichen Teil stehen), dann bekämpft BAWAG PSK diese Feststellungen, weil sie dem Inhalt der Debt-Management-Berichte widersprechen. Die (Nicht-)Feststellung ist relevant, weil sie eine Aussage über die Kenntnis des Finanzausschusses trifft, dessen Wissen dem Gemeinderat zuzurechnen ist.³⁰⁴

4.3.4.3. *Kenntnis von Kontrollausschuss*

Der Kontrollausschuss ist ein zwingend vorgesehener Ausschuss des Gemeinderats und dient der Behandlung der Berichte des Kontrollamtes (Zwischenurteil, S 2). Die Ausschüsse setzen sich aus Mitgliedern des Gemeinderats zusammen (Zwischenurteil, S 2).

Das **Kontrollamt hielt in seinem Bericht über den Rechnungsabschluss 2007** die Zusatzeinnahmen aus dem Swap (EUR 2.991.500) fest und führte konkret dazu aus (Hervorhebungen hinzugefügt): *"Die Einnahmen aus den Zinssicherungsgeschäften mit den diversen Banken (RLB OÖ., Sparkasse OÖ., Bawag PSK und Nomura International) konnten bei der Budgeterstellung nicht vorhergesehen werden. **Der Abschluss von Terminkontrakten wurde mit GRB vom 3.6.2004 genehmigt ... Bis jetzt konnten Ausgleichszahlungen der Banken lukriert werden. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen leisten wird müssen**"* (Zwischenurteil, S 29).

Dieser Bericht wurde in Sitzungen des Kontrollausschusses behandelt und diskutiert. Das Wissen des Kontrollausschusses ist dem Gemeinderat zuzurechnen.

Ausgehend vom festgestellten Inhalt dieses Berichts kannte der Kontrollausschuss die Struktur des Swap. Insbesondere hatte der Kontrollausschuss Kenntnis davon, dass der Swap (*"Zinssicherungsgeschäften mit diversen Banken ... Bawag PSK ..."*) geschlossen wurde, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können.

Die Ausführungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 100), wonach der Kontrollamtsbericht (wie die Debt-Management-Berichte) nicht über den Swap, dessen Wirkungsweise und seine Risiken aussagen würden, sind wieder unverständlich, wenn man sich den festgestellten Inhalt

³⁰⁴ Vgl zur Beweisrüge Punkt B.II.4.3.4.

des Kontrollamtsberichts vor Augen hält. Für die Entgegnung wird auf die Ausführungen zu den Debt-Management-Berichten verwiesen.³⁰⁵

Sollten die Ausführungen des Erstgerichts als Feststellungen gewertet werden (und nicht als die Rechtsausführungen, als die sie das Erstgericht offenbar selbst sieht, da sie ja im rechtlichen Teil stehen), dann bekämpft BAWAG PSK auch diese Feststellungen wieder, weil sie dem Inhalt des Kontrollamtsberichts widersprechen. Die Feststellung ist relevant, weil sie eine Aussage über die Kenntnis des Kontrollausschusses trifft, dessen Wissen dem Gemeinderat zuzurechnen ist.

4.3.4.4. Wissenszurechnung von ██████ Finanzausschuss und Kontrollausschuss an Gemeinderat

Wie bereits oben beschrieben kommt es rechtlich zu einer objektiven Wissenszurechnung des Wissens des Finanzausschusses und des Kontrollausschusses an den Gemeinderat. Das bedeutet: Egal, was der Gemeinderat wusste oder nicht wusste – das Wissen von Mag ██████ in Bezug auf den Swap wird ihm zugerechnet.³⁰⁶ Dass der Finanzausschuss und der Kontrollausschuss nicht aus sämtlichen Gemeinderäten (sondern nur aus einigen Gemeinderäten, vgl. Zwischenurteil, S 2) bestehen, ist kein schlüssiges Gegenargument. Wenn dem so wäre, dann könnte man – zugespitzt formuliert – immer dann, wenn beispielsweise Gemeinderäte wegen Krankheit oder aus sonstigen Gründen einer Sitzung fernbleiben würden, keine Zurechnung an den Gesamtgemeinderat vornehmen; unter Umständen wäre dann eine so erfolgte Willensbildung ungültig. Käme es auf das subjektive Wissen an, wie wäre dann der Fall zu sehen, dass ein Gemeinderat zwar an der Beschlussfassung mitwirkt, aber den Bericht davor im Gemeinderat nicht mitverfolgt. Dann wüsste er – subjektiv – nicht, welches Geschäft beschlossen worden wäre. Ist sein Nicht-Wissen dann problematisch. Das wäre absurd! Auch hier gilt, dass Arbeitsteiligkeit die Zurechnung von Wissen und Handlungen bedingt.

Ergänzend und alternativ zu den Ausführungen oben folgt die konkrete Zurechnung des Wissens von Mag ██████ und der Ausschüsse auch **aufgrund öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften, auf deren Einhaltung sich BAWAG PSK verlassen durfte** (Zuständigkeiten, Vertretungsregeln und Berichtspflichten):

Der Gemeinderat muss sich das Wissen ebenso wie das Verhalten seiner Hilfsorgane, allen voran des Finanzausschusses und des Kontrollausschusses, zurechnen lassen.

Als verlängerter Gemeinderat ("Gemeinderat light") war es deren Aufgabe, den vollen Gemeinderat mit Themen zu befassen, die nach deren Auffassung nach in dessen Zuständigkeit fallen. Geschieht dies nicht, darf das nicht zu Lasten von BAWAG PSK gehen.

Konkret ergibt sich diese "Redepflicht" der Ausschüsse gegenüber dem Gemeinderat aus folgenden Bestimmungen:

- Aus § 14 GOGR ergibt sich, dass ein Finanzausschuss im Gemeinderat einzurichten war, dem unter anderem alle Anträge zur Vorberatung zuzuweisen waren, die eine über den Voranschlag der Stadt Linz hinausgehende finanzielle Belastung der Stadt Linz zur Folge haben konnten.

³⁰⁵ Vgl. Punkt C.II.23.

³⁰⁶ Vgl. Punkt B.II.4.3.3.

Gerade beim Finanzausschuss mit seiner zentralen Stellung ist die Rolle klar: Er sollte nach dem Willen des Gesetzgebers der "Wissensmittler" sein, durch den der Gemeinderat informiert bleiben sollte. Politisch ist dies nachvollziehbar, sind doch im Finanzausschuss alle Fraktionen des Gemeinderates nach Maßgabe ihrer Stärke im Gemeinderat vertreten (§ 40 Abs 2 StL 1992), sodass dieser ein Spiegelbild der politischen Zusammensetzung des Plenums aufgrund des Wählerwillens ist. Er ist somit das engere und effizientere, aber noch immer durch Wahlen mittelbar legitimierte Gremium, in dem die Experten der Fraktionen des Gemeinderates zusammensitzen und einschlägige Themen für das Plenum vorberaten, um ihren Fraktionen die Linie für die Abstimmung vorzugeben. Im Finanzausschuss sind auch konkret jene Mitglieder des Gemeinderates vertreten, die nach dem Willen ihrer Fraktion für die betreffende Sachthematik (konkret: für die Finanzen) bestmöglich geeignet sind.

- Gleiches gilt aufgrund seiner gesetzlichen und statutarischen Stellung für den Kontrollausschuss, der Kontrollamtsberichte – wie den in der oben zitierten Feststellung erwähnten – nicht nur zu beraten, sondern selbstverständlich auch zu hinterfragen und wenn nötig das Plenum des Gemeinderates zu befassen hat. Dies ergibt sich schon ganz klar aus dem Gesetz:

Im Gemeinderat war im relevanten Zeitraum nach dem StL 1992 ein Kontrollausschuss einzurichten, dem alle Berichte des Kontrollamtes (Stadtrechnungshof) im Wege seines Vorsitzenden vorzulegen (§ 39 Abs 3 StL 1992) und von diesem zu beraten waren (§ 40a Abs 1 StL 1992; vgl auch § 15 Abs 1 GOGR). Der Kontrollausschuss ist ein Hilfsorgan des Gemeinderates, das nach außen hin als Organ der Gemeinde tätig wird.³⁰⁷

Prüfungsziele der Kontrolltätigkeiten von Kontrollamt und Kontrollausschuss sind grundsätzlich Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit, Rechtmäßigkeit und Richtigkeit der Gemeindegebarung,³⁰⁸ wobei in Übereinstimmung mit der Judikatur des VfGH von einem weiten Verständnis des Begriffs der Gebarung auszugehen ist.³⁰⁹ Erfasst sind alle vom Magistrat getroffenen Gebarungsmaßnahmen, die sich im Gemeindehaushalt oder -vermögen niederschlagen.³¹⁰ Die Rechtmäßigkeitskontrolle umfasst dabei die Übereinstimmung der Gebarung mit den Gesetzen und sonstigen Vorschriften.³¹¹ Für die Prüfungsmittel gilt der Grundsatz der Unbeschränktheit der Prüfungsmittel, das heißt dass die Kontrollorgane all jene Überprüfungsmittel einsetzen können, die notwendig sind, um die Übereinstimmung der Gebarungstätigkeit mit den vorgegebenen Prüfungszielen feststellen zu können; es ist somit den Prüfungsorganen überlassen festzustellen, welche Auskünfte und Unterlagen sie benötigen und welche Prüfungsmaßnahmen sie setzen, um die Kontrollzwecke und -ziele zu erreichen.³¹²

³⁰⁷ Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 22, 130, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

³⁰⁸ Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 46, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

³⁰⁹ Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 51, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008]; Wolny/Kliba, 10. Teil, Struktur und Aufgaben des Gemeindeamtes [Magistrates] Rz 32, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

³¹⁰ Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 54, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

³¹¹ Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 50, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

³¹² Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 120, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

Jedenfalls kann er selbst Anträge auf Fassung von Beschlüssen an den Gemeinderat stellen (§ 40 Abs 4 StL 1992).³¹³ Das wäre bei Bedenken auch seine Pflicht gewesen.

- Selbst wenn Bedenken – von wem auch immer – an das Plenum des Gemeinderats herangetragen worden wären, hätte dies übrigens wiederum zuerst zu einer Befassung des zuständigen Ausschusses (also des Finanzausschusses oder des Kontrollausschusses) geführt. Dies ergibt sich aus § 10 GOGR, wonach der Bürgermeister als Vorsitzender des Gemeinderats alle "*Geschäftsstücke, deren Entscheidung in den Wirkungsbereich des Gemeinderates fällt, nach ihrer Vorberatung gemäß § 15*" (das heißt nach Vorberatung durch den zuständigen Ausschuss) dem Gemeinderat vorlegt. Umso absurder wäre es, angesichts der tragenden Rolle der Ausschüsse deren Wissensstand nicht auch dem Gemeinderat zuzurechnen.

Zusammengefasst erfolgt auch von den **Ausschüssen** des Gemeinderats eine **umfassende 1:1-Wissenszurechnung an den Gemeinderat selbst**.

4.3.5. Zurechnung des Wissens von Dr Mayr und Dr Dobusch

4.3.5.1. *Vorbemerkung*

Selbst wenn der Gemeinderat keine unmittelbare Kenntnis vom Swap gehabt haben sollte, was aber aufgrund der objektiven Wissenszurechnung irrelevant wäre, ist ihm zusätzlich die Kenntnis von Dr Mayr und Dr Dobusch zuzurechnen:

³¹³ Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 127, in Klug/Oberndorfer/Wolny [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

4.3.5.2. Kenntnis von Dr Mayr und Dr Dobusch

BAWAG PSK begehrt die folgende ergänzende Feststellung:

Dr Mayr und Dr Dobusch wussten vom Swap. Insbesondere wussten sie, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können.

Die Feststellung ergibt sich jedenfalls im Hinblick auf Dr Mayr, der aber sicher auch an den Bürgermeister Dr Dobusch berichtete und berichten musste (siehe dazu gleich unten), aus folgenden Beweisergebnissen:

- Mag ██████ erstellte schon am 11.8.2006, also vor Abschluss des Swap, einen umfangreichen Aktenvermerk (Beilage ./30), wie mit der "offenen Position" (S 1) der CHF-Anleihe am besten umgegangen werden kann. Er stellte in dem Aktenvermerk verschiedene Varianten dar, darunter auch der "Verkauf von Optionen" (S 5). Angesprochen ist insbesondere auch die Möglichkeit, Fixzinssätze zu senken, wenn "wir gewisse Risiken übernehmen" (S 5). Dieser Aktenvermerk war für Dr Mayr bestimmt, um abzuklären, in welche "Richtung wir weiter gehen sollen", wie Mag ██████ aussagte.³¹⁴ Dies besprachen Mag ██████ und Dr Mayr dann auch im September 2006.³¹⁵
- Aus den Transkripten der Telefonate zwischen ██████ ██████ und Mag ██████ vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 ergibt sich vor allem, dass Mag ██████ am 1.2.2007 noch die Zustimmung von Dr Mayr für den Abschluss einholen wollte (": "Aber sonst gefällt mir das recht gut. Nun muß ich mal mit dem Chef reden drüber")³¹⁶.
- Im Strafverfahren sagte Mag ██████ aus:
 - dass mit dem "Chef" Dr Mayr gemeint war und dass das "Einvernehmen mit dem Finanzreferenten (das für Finanzen zuständige Mitglied des Stadtsenates der Stadt Linz, konkret Dr. MAYR) [...] auch tatsächlich hergestellt" wurde",³¹⁷
 - mit Dr Mayr im Vorfeld Rücksprache zu halten war für Mag ██████ zwingend nötig: "im Übrigen hätte ich sonst ein Problem bekommen, wenn ich vor dem Abschluss der Geschäfte, über welche im Finanzausschuss berichtet wurde, keine Rücksprache mit Dr. MAYR gehalten hätte",³¹⁸
 - zum Inhalt des Gesprächs führte Mag ██████ dabei aus: "Ich habe Dr. MAYR berichtet, dass bei einem Strike-Preis von 1,54 die geringste Zinsbelastung für die Stadt Linz besteht. Ich habe ihm auch erklärt, dass es auch vorkommen kann, dass in Perioden, wo dieser Strike unterschritten wird, wir höherer

³¹⁴ Protokoll 13.5.2019, S 12.

³¹⁵ Protokoll 13.5.2019, S 12.

³¹⁶ Beilage ./60, Seite 1, Telefonat ██████ ██████ am 1.2.2007.

³¹⁷ Beilage ./87, Beschuldigtenvernehmung von Mag. ██████ am 4.3.2013, Seite 3.

³¹⁸ Beilage ./87, Beschuldigtenvernehmung von Mag. ██████ am 4.3.2013, Seite 6.

Zinsen zu bezahlen hätten [...] Dr. MAYR stimmte meinem Vorschlag mit 1,54 abzuschließen zu, wollte aber, dass ich zwei Angebote einhole".³¹⁹

Nach diesen Aussagen steht also fest, dass Dr Mayr von Mag █████ von Anfang an eingebunden und noch kurz vor Abschluss über die grundsätzliche Funktionsweise des Swap informiert wurde.

In weiterer Folge übermittelte BAWAG PSK das an Mag █████ adressierte Schreiben am 11.11.2008 auch Dr Mayr. Aus diesem ein Schreiben samt Präsentation zum Swap gehen insbesondere die bisherigen Zahlungsströme und der negative Marktwert in der Höhe von EUR 62 Mio hervor (Beilage ./20). Zu diesem Zeitpunkt wusste Dr Mayr aber, wie oben dargelegt, ohnehin schon längst Bescheid. Das Schreiben dürfte keine Überraschung mehr für ihn gewesen sein. Jedenfalls sah er keine Veranlassung zum Einschreiten wegen angeblich vollmachtslosen Handelns von Mag █████ oder überraschender Informationen zum Swap (dergleichen wurde auch nicht festgestellt).

Aber nicht nur Dr Mayr war informiert, **Dr Dobusch** wusste darüber genauso Bescheid:

- Sowohl Dr Mayr als auch Dr Dobusch waren von Anfang in das Projekt der Optimierung des Fremdwährungsportfolios eingebunden und wurden von Mag █████ am Laufenden gehalten. Das zeigt das Schreiben vom 13.9.2006 von Mag █████ an den Bürgermeister, welches durch Dr Mayr übermittelt wurde (Beilage ./70: "An B via FR") und in dem verschiedene Varianten von Derivatgeschäften diskutiert werden.
- Wie BAWAG PSK vor Abschluss des konkreten Swap mitgeteilt wurde, sollte nach Dr Mayr auch noch Dr Dobusch eingebunden werden (Beilage ./58). Der Kontakt mit Dr Dobusch lief laut Aussage von Mag █████ über Dr Mayr, weshalb Mag █████ zwar nicht abschließend bestätigen konnte, dass es tatsächlich ein Gespräch zwischen Dr Mayr und Dr Dobusch gab.³²⁰ Angesichts der Angaben gegenüber BAWAG PSK (dokumentiert in Beilage ./58) und dem Verständnis, dass sonst auch immer der Kontakt zu Dr Dobusch über Dr Mayr lief, ist aber davon auszugehen, dass auch Dr Dobusch vom Swap informiert wurde.
- Jedenfalls waren sowohl Dr Mayr als auch Dr Dobusch spätestens im Oktober 2007 informiert. Damals eröffneten Dr Dobusch und Dr Mayr für Stadt Linz nämlich eigens für den Swap ein Verrechnungskonto bei der Kommunalkredit AG (Zwischenurteil, S 26). Mag █████ sagte dazu aus, dass diese Eröffnung eines in CHF geführten Kontos Dr Dobusch unterschrieben habe.³²¹ Es ist völlig unglaubwürdig, dass Dr Dobusch und Dr Mayr ein Fremdwährungskonto in CHF (!) für Stadt Linz eröffnen, ohne dessen Zweck zu kennen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass beide spätestens im Oktober 2007 über den Swap und dessen grundsätzliche Funktionsweise (Abhängigkeit vom CHF-Kurs) Bescheid wussten.

³¹⁹ Beilage ./87, Beschuldigtenvernehmung von Mag. █████ am 4.3.2013, Seite 6.

³²⁰ Protokoll, 14.5.2019, S 8.

³²¹ Protokoll 14.5.2019, S 8.

- Dass Dr Dobusch von Anfang an eingebunden war, ergibt sich auch aus dem gemeinsam mit der Ladung ON 614 übermittelten Schriftstück. In diesem an das Erstgericht übermittelten Brief steht, dass in einem Buch von [REDACTED] [REDACTED] ausgeführt wird, dass Dr Dobusch von Anfang über das Geschäft informiert war. Trotz dieser eindeutigen Aussage in dem aktenkundigen Schreiben stellte das Erstgericht weder fest, dass Dr Dobusch von Anfang an über den Swap informiert war, noch lud das Erstgericht den Zeugen [REDACTED] [REDACTED]. Die Einvernahme des Zeugen hätte die Aussagen im Schreiben ON 614 bestätigt, weshalb das Erstgericht von der Kenntnis des Dr Dobusch ausgehen hätte müssen; diese Kenntnis wieder wäre dem Gemeinderat zuzurechnen gewesen, der dann – wie in diesem Kapitel gezeigt wird – den Swap auf Grundlage dieser Kenntnis nachträglich genehmigt hätte. Der Zwischenfeststellungsantrag wäre in der Folge abzuweisen gewesen. Dass das Erstgericht den Zeugen nicht lud, wird deshalb auch als Verfahrensfehler geltend gemacht.

Zusammengefasst begehrt BAWAG PSK aus diesen Gründen die oben ausgeführte Feststellung zum Wissen von Dr Mayr und von Dr Dobusch. Die Feststellung ist relevant, weil sie eine Aussage über die **Kenntnis von Dr Mayr und Dr Dobusch** trifft, deren Wissen dem Gemeinderat zuzurechnen ist. Rechtlich folgt daraus, dass der Swap kein unbefugter Alleingang von Mag [REDACTED] war – wie dies Stadt Linz immer (auch trotz der gegenteiligen Sicht des VwGH) darstellen will – und daher der Zwischenantrag auf Feststellung abzuweisen ist.

4.3.5.3. *Wissenszurechnung von Dr Mayr und Dr Dobusch*

Zusätzlich zu den oben dargelegten Wissenszurechnungen an den Gemeinderat kommt es rechtlichen zu einer objektiven Wissenszurechnung des Wissens von Dr Dobusch (laut Zwischenurteil, S 2 Bürgermeister) und Dr Mayr (laut Zwischenurteil, S 2 Finanzstadtrat) zum Gemeinderat.

Abgesehen vom Bürgermeister, der vom Volk direkt gewählt werden kann (§ 23 Abs 1 StL 1992), werden die Vizebürgermeister und Mitglieder des Stadtsenats vom Gemeinderat gewählt (§ 28 Abs 2 StL 1992) und sind sämtliche Mitglieder der Stadtregierung – und damit auch der Bürgermeister – vom Vertrauen des Gemeinderats abhängig (§ 31 Abs 4 und 5 StL). Diese legitimatorische Klammer zwischen dem unmittelbar vom Volk gewählten Gemeinderat über die Mitglieder der Stadtregierung bis hin zum einzelnen Magistratsbediensteten, der Weisungen des Bürgermeisters und der Mitglieder des Stadtsenats gehorchen muss, stellt die Verantwortlichkeit der Stadtorgane sicher und bewirkt die Zurechnung der Handlungen und des Wissens zum Gemeinderat, der durch die Abberufung "korrigierend" in die Amtsführung eingreifen kann, wenn sie nicht seinen Vorstellungen entspricht.

Dazu müssen die einzelnen Mitglieder der Stadtregierung auch dem Gemeinderat berichten, damit dieser **seine Kontrollpflichten auch tatsächlich ausüben kann**. Nicht zuletzt dazu war Dr Mayr der Vorsitzende des Finanzausschusses des Gemeinderats. Daher ist auch er dem Gemeinderat zuzurechnen.

Der Bürgermeister wiederum steht dem Magistrat der Stadt Linz als administratives Hilfsorgan vor und vertritt die Stadt zudem nach außen. Dobusch und Mayr sind daher auch dem Gemeinderat zuzurechnen insoweit es um ihr Wissen betreffend den verfahrensgegenständlichen Swap geht.

4.3.6. Zusammenfassung

Zusammengefasst wusste der Gemeinderat **aus erster Hand** selbst über den Swap Bescheid. Auch wenn man das anders sieht, wurde ihm **jedenfalls das umfassende Wissen von Mag [REDACTED] dem Finanzausschuss, dem Kontrollausschuss, Dr Mayr und Dr Dobusch zuge-rechnet.**

4.4. **Maßnahmen der nachträglichen Genehmigung**

4.4.1. Vorbemerkung

Wie oben ausgeführt kannte und verstand der Gemeinderat den Swap. Davon ausgehend erfolgte eine nachträgliche Genehmigung, sowohl durch konkludente Erklärung als auch durch Vorteilszuwendung.

4.4.2. Nachträgliche Genehmigung durch beharrliches Schweigen (Punkt II.B.1 des Zwischenurteils)

Der Gemeinderat der Stadt Linz schuf nach Abschluss des Swap den Anschein einer nachträglichen Genehmigung nach § 1016 1. Fall ABGB. Ein solcher **äußerer Tatbestand, aus dem auf die nachträgliche Genehmigung zu schließen ist, ist nach der ganz herrschenden Meinung wie eine (ausdrückliche) nachträgliche Genehmigung zu behandeln.**³²²

Nach herrschender Rechtsprechung ist ein solcher Anschein bereits anzunehmen, *"wenn das beschlusslose Rechtsgeschäft den Mitgliedern des Gemeinderats nicht verborgen geblieben sein konnte und sie dennoch nicht reagierten"*.³²³ Auch eine Vernachlässigung von Kontrollpflichten durch das zur Beschlussfassung zuständige Kollegialorgan kann zur Begründung einer Duldungsvollmacht führen.³²⁴ Auch Schweigen des Gemeinderates über einen längeren Zeitraum kann nach dieser Rechtsprechung den Anschein einer nachträglichen Genehmigung begründen.³²⁵ Ein Vertragspartner kann sich bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit praktisch gesagt auch einer Gemeinde gegenüber auf das Prinzip des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand berufen.³²⁶

Dafür spielt es auch keine Rolle, dass nicht alle, sondern nur bestimmte Mitglieder der Gemeindevertretung den Anschein setzten. Sonst würde nämlich *"die Vollmachtsvermutung des § 1029 ABGB – die die Wahrung des schutzwürdigen Interesses desjenigen bezweckt, der über die internen Willensbildungsvorgänge des Vertragspartners nicht oder nicht in ausreichendem Maße informiert sein kann – unterlaufen"*.³²⁷ Im Sachverhalt, den der OGH dort zu entscheiden hatte, gaben übrigens ähnlich wie hier der Bürgermeister, der Finanzreferenz und der Kulturreferent ihr Einverständnis und redeten sich später darauf aus, dass ja der Gemeinderat noch nicht eingebunden gewesen sei. Der OGH entschied eindeutig, dass ein solches Verhalten der Gemeinde nicht von der Rechtsordnung belohnt werden darf und an der Gültigkeit eines Geschäfts damit nicht gerüttelt werden kann.

³²² Für viele *Perner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1016 Rz 3 mwN.

³²³ OGH 13.2.2001, 4 Ob 26/01d.

³²⁴ OGH 27.9.1989, 9 Ob A 251/89; OGH 10.5.1989, 9 Ob A 78/89; OGH 29.5.2013, 2 Ob 173/12y.

³²⁵ *Wilhelm* in NZ 2001, 149 ff mwN.

³²⁶ Vgl OGH 29.5.2013, 2 Ob 173/12y.

³²⁷ OGH 8 Ob 573/90.

Entscheidend ist zusammengefasst **nur der nach Abschluss des Geschäfts objektiv geschaffene Anschein**. Dieser fordert weder ein Erklärungsbewusstsein noch einen formellen Erklärungsakt (nachträglichen Gemeinderatsbeschluss), sondern eine Erklärungsfahrlässigkeit, die das Vertrauen des redlichen Vertragspartners darauf, dass das Geschäft gewollt und genehmigt ist, rechtfertigt. Maßgeblich ist dabei nicht das Erklärungsbewusstsein (also was das jeweilige Organ subjektiv will), sondern nur der objektive Anschein.³²⁸

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist eindeutig, dass der Gemeinderat der Stadt Linz durch sein beharrliches Schweigen und seine Handlungen trotz Kenntnis den Swap dessen Abschluss nachträglich genehmigte:

- Nach richtiger Feststellung wusste der Gemeinderat von Anfang an selbst über den Swap Bescheid (siehe dazu oben zur Beweistrüge).³²⁹
- Nach richtiger Rechtsansicht war dem Gemeinderat das Wissen von Mag. [REDACTED] dem Finanzausschuss, dem Kontrollausschuss, Dr. Mayr und Dr. Dobusch zurechenbar, weshalb der Gemeinderat über den Weg der objektiven Wissenszurechnung von Anfang an über den Swap Bescheid wusste (siehe dazu oben zur Rechtsrüge).³³⁰
- Selbst wenn man das alles unrichtigerweise anders sieht, ergibt sich bereits aus den oben zitierten Feststellungen des Erstgerichts, dass der Gemeinderat spätestens seit der Sitzung am 16.12.2010 (und den während dieser getätigten Wortmeldungen) ausreichend Kenntnis vom Swap und dessen Struktur hatte und nicht auf die Ungültigkeit hinwies, sondern im Gegenteil den Swap im Rahmen des Voranschlags für 2011 beschloss.

Mit dem beschäftigt sich das Erstgericht übrigens gar nicht. Es lässt alle Umstände, die dazu führen, dass der Gemeinderat ausreichende Kenntnis vom Swap hatte, außer Betracht und stellt stattdessen sogar unrichtigerweise zum Teil das Gegenteil fest.³³¹ Auch die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts ist bereits aus diesem Grund zwingend verfehlt.

Dasselbe trifft übrigens auch die rechtliche Beurteilung im vom Erstgericht angeführten und von Stadt Linz beauftragten Privatgutachten ./EW (früher ./WWWWWW) zu. Dass sich das Erstgericht diesem "vollinhaltlich" anschließt (Zwischenurteil, S 102) kann seine Auffassung nicht stützen. Auch der von Stadt Linz beauftragte Privatgutachter hat nämlich den völlig kenntnislosen Gemeinderat vor Augen. Die oben angeführten Tatsachen, die für eine unmittelbare Kenntnis des Gemeinderats sprechen, erwähnt er nicht einmal am Rande. Rechtliche Argumente, die für eine Wissenszurechnung der oben genannten Organe und Organwalter an den Gemeinderat sprechen, wischt er ohne nähere Begründung beiseite (./EW, S 20).

Sowohl die Rechtsansicht des Erstgerichts als auch jene des Privatgutachters sind deshalb unrichtig. Außerdem gehen beide vom falschen Sachverhalt aus.

³²⁸ Wilhelm in NZ 2001, 149 ff.

³²⁹ Vgl dazu Punkt B.II.4.3.1.

³³⁰ Vgl dazu Punkt B.II.4.3.2.

³³¹ Vgl dazu bei der Beweistrüge Punkt C.II.11.

Zusammengefasst setzte der Gemeinderat seit Abschluss des Swap durch sein beharrliches Schweigen und seine Handlungen den äußeren Anschein einer nachträglichen Genehmigung. Spätestens setzte der Gemeinderat diesen Anschein aber seit 16.12.2010 und den Beschluss zum Voranschlag 2011. Auf diesen äußeren Anschein durfte BAWAG PSK vertrauen. Der äußere Anschein führte zur nachträglichen Genehmigung des Swap.

4.4.3. Nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung (Punkt II.B.2 des Zwischenurteils)

Außerdem genehmigte Stadt Linz den Swap nachträglich über die Zuwendung der Vorteile daraus nach § 1016 2. Fall ABGB. Die **Vorteilszuwendung** ist ein Akt der Willensbetätigung. Der **Geschäftsherr muss dabei weder ein Geschäft aktiv genehmigen noch die Rechtsfolge einer Genehmigung herbeiführen wollen**.³³² Entscheidend ist einzig und allein, dass der (Schein-)Geschäftsherr Kenntnis vom Geschäft (der Quelle des Vorteils) hat und sich den Vorteil zuwendet.³³³ Ob das der Fall ist, muss einzig aus dem **objektiven Verhalten** des Geschäftsherrn beurteilt werden.³³⁴

Und genau dieses objektive Verhalten ließ hier keinen Zweifel daran, dass sich der Gemeinderat die Vorteile im Sinn von § 1016 2. Fall ABGB zuwendete. Das Erstgericht stellte dazu fest, dass es an den ersten sieben (halbjährlichen) Fälligkeitszeitpunkten zu Salden zu Gunsten der Klägerin kam (Zwischenurteil, S 30). Addiert man die festgestellten Beträge, ergibt das rund CHF 10,1 Millionen oder, umgerechnet zum aktuellen Wechselkurs, rund EUR 9,3 Millionen.

Diese Einnahmen waren in den vom Gemeinderat genehmigten Rechnungsabschlüssen enthalten. Trotzdem stellte das Erstgericht dies aber nicht fest.

BAWAG PSK begehrt deshalb folgende ergänzende Feststellung:

Zahlungen, die Stadt Linz aufgrund des Swap erhielt, sind unter anderem im Rechnungsabschluss der Stadt Linz aus dem Jahr 2007 unter dem Punkt "Zinsabsicherungsgeschäfte", im Rechnungsabschluss der Stadt Linz aus dem Jahr 2008 unter dem Punkt "Zinsabsicherungsgeschäfte" und im Rechnungsabschluss der Stadt Linz aus dem Jahr 2009 unter dem Punkt "Zinsgeschäfte" ausgewiesen.

Dies ergibt sich aus den Rechnungsabschlüssen der Stadt Linz der Jahre 2007, 2008 und 2009 unter dem Punkt "Zinsabsicherungsgeschäfte" (2007, Beilage ./173), "Zinssicherungsgeschäfte" (2008, Beilage ./174) und "Zinsgeschäfte" (2009, Beilage ./175). Das ist faktisch zwischen den Parteien unstrittig. Implizit geht davon auch das Erstgericht davon aus (vgl zB Zwischenurteil, S 32 f, S 100, 102), stellt es aber zumindest nicht ausdrücklich fest und weist gleichzeitig immer darauf hin, dass es keine konkrete Bezugnahme auf den Swap gegeben habe. Das ist unrichtig (jedenfalls nach dem Verständnis von "konkreter Bezugnahme" der BAWAG PSK im Hinblick auf die oben dargestellte Wissenszurechnung) und rechtlich irrelevant – es ändert aber nichts daran, dass auch das Erstgericht davon ausgeht, dass die **Einnahmen aus dem Swap unter den oben genannten Posten ersichtlich waren**.

³³² Strasser in *Rummel*³, Rz 12 und 14 zu § 1016 mwN.

³³³ Vgl nur 6 Ob 316/00i.

³³⁴ *Apathy* in *Schwimann*³, Rz 6 zu § 1016.

Die Feststellung ist relevant, weil die ausdrückliche Nennung der Einnahmen aus dem Swap in den vom Gemeinderat statutengemäß geprüften und genehmigten Rechnungsabschlüssen indiziert, dass der Gemeinderat sich die Vorteile aus diesem Geschäft zuwenden wollte.

BAWAG PSK durfte davon ausgehen, dass der Gemeinderat entsprechend § 56 Abs 3 StL 1992 die **Rechnungsabschlüsse statutengemäß prüft**. Da die Rechnungsabschlüsse 2007, 2008 und 2009 im Sinn der oben begehrten ergänzenden Feststellung ausdrücklich die Einnahmen aus dem Swap enthielten, durfte BAWAG PSK mit Blick auf die Pflicht des Gemeinderats nach § 56 Abs 3 StL 1992 also davon ausgehen, dass auch die Einnahmen aus dem Swap statutengemäß geprüft wurden. Und da der Gemeinderat im Sinn der oben begehrten ergänzenden Feststellung alle drei Rechnungsabschlüsse genehmigte und sich auch nie beschwerte, rund EUR 9,3 Millionen von BAWAG PSK erhalten zu haben, durfte BAWAG PSK zusammengefasst auf den vom Gemeinderat gesetzten äußeren Anschein der Vorteilszuwendung vertrauen. Auch deshalb genehmigte der Gemeinderat den Swap nachträglich.

Das Erstgericht sieht das anders und behauptet, dass sich aus den Rechnungsabschlüssen kein für die Annahme einer Genehmigung als Grundlage notwendiges Wissen ableiten lässt (Zwischenurteil, S 100). Das entspricht aber nicht der geltenden Rechtslage. Wie oben ausgeführt kommt es **einzig auf das objektiv erkennbare Verhalten des Geschäftsherrn an**. Im konkreten Fall **wandte sich dieser die Vorteile (Einnahmen) faktisch zu** (Zwischenurteil, S 30) und fasste über diese Zuwendung, vertreten durch den Gemeinderat, sogar noch einen eigenen Beschluss (oben ergänzend begehrte Feststellung). Das ließ für BAWAG PSK nur einen Schluss zu: Stadt Linz, vertreten durch den Gemeinderat, war mit dem Swap einverstanden und genehmigte diesen nachträglich. Auch hier ist dem Gemeinderat insbesondere das Wissen seiner Ausschüsse³³⁵ und von Mag █████³³⁶ zuzurechnen.³³⁷

Auch die vom Erstgericht als Nachweis zitierte Entscheidung 3 Ob 51/85 taugt nicht dazu, diese Rechtsansicht zu erschüttern: Dort ging es nicht um Vorteilszuwendung, sondern um die Frage der nachträglichen Genehmigung eines Inschlaggeschäfts bei einer GmbH und um fehlenden Titel und Modus für die Übertragung eines Gemäldes. Bei Stadt Linz fielen mehr als zwei Jahre Millionenbeträge an, die noch dazu extra im Rechnungsabschluss als "Zinssicherungsgeschäft" ausgewiesen waren (im Sinn der oben begehrten ergänzenden Feststellung) – der Gemeinderat beschloss also Jahr für Jahr im Rechnungsabschluss, die Einnahmen auch tatsächlich zu behalten und für eigene Zwecke zu verwenden. Stadt Linz wandte sich damit regelmäßig und in Kenntnis der Herkunft die Vorteile zu.

Zusammengefasst bleibt es dabei: Stadt Linz, vertreten durch den Gemeinderat, genehmigte den Swap nachträglich auch durch Zuwendung von dessen Vorteilen.

4.5. Zwischenergebnis

Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Swap nicht ursprünglich gültig geschlossen wurde (was unrichtig ist), wurde er jedenfalls **nachträglich** von Stadt Linz, vertreten durch den Gemeinderat, **genehmigt**. Dieser kannte und verstand den Swap (jedenfalls auf Basis einer Wissenszurechnung). Durch das Setzen des äußeren Anscheins der Genehmigung und durch die Zuwendung von Vorteilen genehmigte er so den Swap nachträglich.

³³⁵ Vgl zum Wissen der Ausschüsse Punkt B.II.4.3.4.

³³⁶ Vgl zum Wissen von Mag █████ Punkt B.II.4.3.3.

³³⁷ Siehe grundlegend B.II.4.3.2.

5. Zusammenfassung

Der Abschluss des Swap war **ursprünglich gültig**. Insbesondere gab es keinen rechtlichen Mangel bei der Vertretung der Stadt Linz durch Mag ██████

- Nach richtiger Ansicht brauchte Mag ██████ zum gültigen Abschluss des **Swap keinen Beschluss** des Gemeinderats. Einen solchen Beschluss fasste der Gemeinderat aber ohnehin. Der Swap erfüllte alle Anforderungen, die dieser Beschluss aufstellte.
- Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass Mag ██████ über keine Abschlussvollmacht verfügte, weil es keinen entsprechenden Beschluss gab (oder der entsprechende Beschluss ungültig war), durfte BAWAG PSK auf den **Anschein** der Abschlussvollmacht des Mag ██████ **vertrauen**. Der Swap wäre deshalb aufgrund einer Anscheinsvollmacht gültig geschlossen worden.
- Und selbst wenn man das alles anders sehen würde, bliebe immer noch über, dass die ursprüngliche Ungültigkeit des Swap und jeder Formmangel bereits **längst geheilt** ist. Stadt Linz, vertreten durch den Gemeinderat, genehmigte den Swap nämlich nachträglich wendete sich außerdem die millionenschweren Vorteile daraus zu.

B.III. **KEIN SONSTIGER FORMMANGEL**

1. Vorbemerkung

Das Erstgericht gelangte zu dem Spruch im Zwischenurteil, weil es davon ausging, dass der Swap weder von der Aufsichtsbehörde noch vom Gemeinderat genehmigt worden sei, was aber beides für die Gültigkeit des Swap rechtlich erforderlich gewesen sein soll. Dass das unrichtig ist, wurde bereits oben gezeigt.

Stadt Linz wandte im bisherigen Verfahren daneben auch noch weitere "**Formmängel**" ein, welche die Ungültigkeit des Swap bewirken sollen. Da davon auszugehen ist, dass Stadt Linz diese auch in der Berufungsbeantwortung ausführt, legt BAWAG PSK im Folgenden dar, wieso auch diese weiteren "Formmängel" rechtlich nicht stichhaltig sind:

- Nach § 66 StL 1992 seien Urkunden über Rechtsgeschäfte, die der Beschlussfassung des Gemeinderats bedürfen (was auf den Swap zutrefte) mit der Unterschrift des Bürgermeisters und dem Stadtsiegel zu versehen.
- Sowohl am von Bürgermeister Dr Dobusch unterschriebenen Rahmenvertrag zwischen BAWAG PSK und Stadt Linz als auch auf der von Mag ██████ unterschriebenen Einzelabschlussbestätigung über den Swap fehle zwar das Stadtsiegel. Dabei handelt es sich (anders als Stadt Linz meint) aber nur um die Verletzung einer internen Organisationsvorschrift und das alleine könne nichts an der Gültigkeit ändern (wenn der Rahmenvertrag nicht ohnehin ungültig sein sollte, weil er nicht vom GRB 2004 gedeckt ist).
- Die Einzelabschlussbestätigung über den Swap sei allerdings nur von Mag ██████ und nicht vom Bürgermeister unterschrieben. Das Unterschriftserfordernis des

Bürgermeisters sei, im Unterschied zum Anbringen des Stadtsiegels, außenwirksam. Daher fehle hier nicht nur der Beschluss des Gemeinderates, sondern auch die Unterschrift des Bürgermeisters.

Diese Rechtsansicht ist – wovon auch das Erstgericht ausgeht – unrichtig. Im Einzelnen:

2. Kein Formmangel

§ 66 Abs 1 StL 1992 bestimmt:

"Urkunden über Rechtsgeschäfte, die der Beschlussfassung des Gemeinderates oder des Stadtsenats bedürfen, sind vom (von der) Bürgermeister (Bürgermeisterin) zu unterfertigen und mit dem Stadtsiegel zu versehen."

Weder auf dem Rahmenvertrag noch auf dem Unterschriftenverzeichnis wurde das Stadtsiegel beigesetzt (Zwischenurteil, S 24). Stadt Linz behauptete in der Vergangenheit regelmäßig, dass der Swap auch aus diesem Grund ungültig sei.³³⁸ Das trifft aber rechtlich nicht zu:

Selbst wenn man nämlich der unrichtigen Rechtsansicht ist, dass es sich beim Swap um ein Rechtsgeschäft handelte, welches der Beschlussfassung durch den Gemeinderat bedurfte,³³⁹ dann ist diese Beschlussfassung mit dem GRB 2004 als Rahmenbeschluss bereits erfolgt. Der Swap selbst bedurfte jedenfalls keiner eigenen Beschlussfassung durch den Gemeinderat mehr, weil er durch den GRB 2004 gedeckt war. Da der Swap keiner eigenen Beschlussfassung durch den Gemeinderat mehr bedurfte, sind auch die Regeln des § 66 Abs 1 StL 1992 auf Urkunden über den Swap nicht anwendbar. Urkunden über den Swap waren deshalb **weder mit der Unterschrift des Bürgermeisters noch mit dem Stadtsiegel zu versehen**.

3. In eventu: Formmangel bewirkt keine Ungültigkeit

Es handelt sich bei § 66 Abs 1 StL 1992 nach der ganz herrschenden Lehre außerdem um eine bloße Ordnungsvorschrift. Wird diese nicht eingehalten, ist das Geschäft deshalb nicht ungültig.³⁴⁰ Das sieht auch das Erstgericht so (Zwischenurteil, S 95).

Stadt Linz könnte aber sowieso nicht daraus gewinnen, da sich der Gemeinderat im GRB 2004 einen klaren Willen darüber bildete, welche Finanztermingeschäfte geschlossen werden sollen und von wem.³⁴¹ In einem solchen Fall kann sich **die Gemeinde nicht nachträglich auf angebliche Formmängel berufen**. Ein solches Vorgehen wäre außerdem auch rechtsmissbräuchlich.

Dasselbe gilt auch für die Unterschrift des Bürgermeisters. § 66 Abs 1 StL 1992 beinhaltet nämlich kein Schriftformgebot, da nur von Urkunden "über" Rechtsgeschäfte die Rede ist. Es handelt sich vielmehr um eine bloße Urkundenfertigungsbestimmung mit dem Charakter einer Ordnungsvorschrift, die für die Gemeinde Beweiserleichterung und Kontrollmöglichkeiten bezweckt. Ihre Verletzung berührt die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte nicht.³⁴²

³³⁸ Vgl zB Schriftsatz vom 8.4.2019, S 26 f.

³³⁹ Vgl zum Gegenteil Punkt B.II.3.1.

³⁴⁰ Vgl nur Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ § 867 Rz 11 mwN. Auch Grillberger ua, Privatrechtsgeschäft, 68 ff, insb 70.

³⁴¹ Vgl insbesondere zur entsprechenden Beweisrüge bezüglich des historischen Willens C.II.1.

³⁴² Grillberger/Probst/Strasser, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde [1981] 71.

Würden öffentlich-rechtliche Organisationsvorschriften übrigens tatsächlich der zivilrechtlichen Bevollmächtigung im Rahmen des GRB 2004 entgegenstehen, wären diese Organisationsvorschriften verfassungswidrig. Sie würden nämlich unzulässig die gemeinderechtliche Privatautonomie (Art 118 Abs 2 B-VG) einschränken.³⁴³ Praktisch würden damit alle Arten von Vertragsabschlüssen (wie auch der vorliegende), die von der Gemeinde eine schnelle Reaktion verlangen und daher nicht von einem nur periodisch zusammentretenden Kollegialorgan mit 61 Mitgliedern gesteuert sind, von der Gemeinde nicht abgeschlossen werden könnten. Berücksichtigt man, dass Geschäfte wie der Swap marktüblich waren und sind (Zwischenurteil, S 35), ist dieses Ergebnis völlig lebensfremd. Eine verfassungskonforme Auslegung verbietet daher ein derartiges Ergebnis.

C. BEWEISRÜGE

C.I. VORBEMERKUNG

Wie oben dargelegt, ergibt sich rechtlich schon auf Basis der Feststellungen des Erstgerichts (soweit diese für die rechtliche Beurteilung überhaupt relevant sind), dass der Swap gültig zustande gekommen ist und auch nicht ungültig wurde, sodass der Zwischenantrag auf Feststellung der Stadt Linz abzuweisen ist. Weiters sind zahlreiche Feststellungen überschießend, da sie für die Frage der Gültigkeit des Swap nicht relevant sind. Dennoch werden die folgenden Feststellungen des Erstgerichts für den Fall bekämpft, dass das Oberlandesgericht Wien diese doch als rechtlich relevant ansehen sollte (sofern im Folgenden daher ausgeführt wird, dass die Feststellung wesentlich ist, gilt dies grundsätzlich nur unter dieser Prämisse).

C.II. AUSFÜHRUNG DER BEWEISRÜGEN³⁴⁴

1. Historischer Wille (S 16)

Angefochtene Feststellung:

Der genaue Verlauf der Debatte, insbesondere die Wortmeldungen und die Beschlussfassungen, werden wie aus dem Protokoll .11 ersichtlich festgestellt, es ist dem Urteil als Anhang 1 angeschlossen.

Die Feststellung gibt die relevanten Tatsachen nicht vollständig wieder. Sie lässt nämlich insbesondere die historische Genese des GRB 2004, den Kontext der – vom Erstgericht nur dem Wortlaut nach, aber nicht ihrer tatsächlichen Bedeutung nach festgestellten – Wortmeldungen in der Gemeinderatssitzung und das dem Gemeinderat wie ausgeführt zuzurechnende Wissen von Mag ████████ als Leiter der FVV außer Acht.

Wer zum Abschluss von Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten ermächtigt ist, muss zwangsläufig das diesen Geschäften immanente Risiko in Kauf nehmen und damit rechnen, dass der angestrebte Erfolg unter Umständen auch ausbleibt. Auch das Erstgericht hält ausdrücklich fest, dass § 867 ABGB Gemeinden nicht vor schlecht gelaufenen Spekulationen oder

³⁴³ Vgl dazu Punkt B.II.2.

³⁴⁴ Änderungen in der begehrten gegenüber der angefochtenen Feststellung sind in der begehrten Feststellung unterstrichen. Die Referenzen auf Seitenzahlen in den Überschriften beziehen sich jeweils auf das Zwischenurteil.

vor zu riskanten Geschäften schützen soll (Zwischenurteil, S 89). Die historische Interpretation von Tatsachen, die auch nach außen erkennbar waren (zB über Protokolle) bestätigt, dass dem Gemeinderat der Stadt Linz bei der Beschlussfassung bewusst war, dass im Zusammenhang mit der Erteilung dieser Ermächtigung auch Risiken entstehen können (und nicht so ahnungslos war, wie das Erstgericht dies suggeriert) – und stützt damit auch die objektive Interpretation des Begriffs "optimieren". Trotzdem stellte das Erstgericht den historischen Willen der Stadt Linz nicht fest.

Richtigerweise ergibt sich aus den Ergebnissen des Beweisverfahrens folgendes:

- Es wurde bereits in der Gemeinderatssitzung vom 21.9.1993 (Beilage ./HHHH) im Lichte der erstmaligen CHF-Verschuldung auf das **Fremdwährungsrisiko** hingewiesen und als "Mutprobe" bezeichnet. Der (damalige) GR Dr Mayr nahm diese Bemerkung zur Kenntnis, vertrat allerdings die Meinung, "*daß der Schweizer Franken, so wie die D-Mark, die stabilste Währung ist*", weshalb die "Fremdwährungsstrategie beziehungsweise Anleihestrategie" der Stadt Linz nicht schlecht sein könne. GR Dr [REDACTED] von der Opposition wies damals ebenfalls auf Risiken aus der ungewissen künftigen Entwicklung hin. Spätere Diskussionen im Gemeinderat – und es gab regelmäßig Diskussionen über das CHF-Portfolio – verliefen ganz ähnlich. Bürgermeister Dr Dobusch vertrat in diesem Zusammenhang am 17.10.2002 die damals durchaus gängige Auffassung, dass Fremdwährungsgeschäfte "*im internationalen Geldgeschäft üblich [und] grundsätzlich Tagesgeschäft*" sind (Beilage ./UUUU).
- Später im Amtsbericht zum GRB 2004 vom 13.05.2004 (Beilage ./C) wird ausgeführt, dass die "*Divergenzen im Geld- und Kapitalmarkt optimal*" ausgenutzt werden sollen. Aus dem Protokoll der – grundsätzlich öffentlichen – Sitzung des Gemeinderates wird deutlich, dass einige Mitglieder des Gemeinderates davon sprechen, dass die "*Schwankungsbereitschaft*" der Fremdwährungskredite möglicherweise auch zu Verlusten führen und Verbindlichkeiten erhöhen kann. Die Rede ist auch von Risiken, die von der "*Stadt Linz sicher nicht beeinflusst*" werden können. Genannt werden insbesondere Kursschwankungen, ein Anstieg des Rohölpreises etc. Betont wird auch die **Notwendigkeit einer professionellen Finanzoptimierung durch die FVV**.
- Der damalige Bürgermeister Dr Dobusch ergänzte in der Gemeinderatssitzung, dass Ziel die hervorragende Bewirtschaftung des Fremdfinanzierungsportfolios in kürzestmöglicher Zeit sei (Beilage ./11). Dem Gemeinderat war daher völlig klar, dass rasches Handeln der FVV notwendig ist und dass sie daher selbst entscheiden muss, welche Geschäfte sie zur Optimierung des gesamten Fremdfinanzierungsportfolios für notwendig erachtet. Beschränkungen der Möglichkeiten und der Parameter der Optimierung wurden nicht erörtert.
- Das Verständnis, wonach die erteilte Ermächtigung mit Risiken verbunden ist, zeigt sich auch besonders deutlich in der Wortmeldung des (damaligen) Stadtrats Dr Mayr: "*Dass in Fremdwährung gehen Risiken beinhaltet, ist keine Frage, es war aber ein Abwägen zwischen Risiko und den extrem niedrigen Zinssätzen.*" (Beilage ./11).

- Das alles war selbstverständlich auch Mag █████ klar: "*Mir war bewusst, dass man eine besondere Verbilligung eines Fixzinssatzes nur dann bekommt, wenn man einem anderen ein Recht einräumt oder **selbst gewisse Risiken übernimmt.***"³⁴⁵ Dies bestätigte Mag █████ im Wesentlichen auch noch einmal in diesem Verfahren: Er sagte aus, dass es aus seiner Sicht klar ein Risiko gab, dieses aber nach seiner damaligen Meinung begrenzt war, weil nach seiner Erwartungshaltung der EUR/CHF Kurs nicht unter 1,44 fallen hätte sollen.³⁴⁶
- Dass den Mitgliedern des Gemeinderats das bestehende Fremdwährungsrisiko seit langem bewusst war und dieses Bewusstsein auch in den Debatten der Vergangenheit zum Ausdruck kam, brachte Stadt Linz außerdem ohnehin bereits im vorbereitenden Schriftsatz vom 12.7.2013 vor (Punkt 1.5.2.11) und wurde von BA-WAG PSK in der Replik vom 30.8.2013 außer Streit gestellt.

Begehrte Feststellung:

Der genaue Verlauf der Debatte, insbesondere die Wortmeldungen und die Beschlussfassungen, werden wie aus dem Protokoll .11 ersichtlich festgestellt, es ist dem Urteil als Anhang 1 angeschlossen. Stadt Linz und insbesondere auch der Gemeinderat der Stadt Linz nahmen beim Beschluss des GRB 2004 in Kauf, dass mit dem GRB 2004 und den auf seiner Grundlage von Stadt Linz eingegangenen Geschäften auch Risiken verbunden sind.

Die Feststellung ist relevant, weil sie das *ex ante*-Verständnis der beteiligten Personen bei Stadt Linz ausdrückt. Damit ist sie als Teil der historischen Interpretation ein Indiz dafür, wie der Optimierungsbegriff im GRB 2004 zu verstehen war und ist. Richtig verstanden hätte das Erstgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass der Swap diesen Optimierungsbegriff erfüllt und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abzuweisen ist.

2. Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien (S 24)

Angefochtene Feststellung:

Zwischen Klägerin und Beklagter bestand bereits eine Geschäftsbeziehung, die Beklagte genoss "Hausbankstatus" bei der Klägerin und war über die wirtschaftliche Lage der Klägerin, insbesondere ihren ordentlichen und außerordentlichen Haushalt, ihre Finanzschulden, ihren effektiven Schuldendienst und die Erfüllung der Maastricht-Kriterien laufend informiert. Diese Informationen bezog sie jährlich aus öffentlich zugänglichen Informationsquellen wie den Rechnungsabschlüssen, aber auch über die Statistik Austria (Ausführungen in den Kreditanträgen ./BJ, ZV █████ ON 593, S. 5 f).

Die Feststellung ist unrichtig. Die Beklagte hatte keinen "Hausbankstatus", was suggeriert, dass die Beklagte über mehr Kenntnisse der inneren Vorgänge bei der Stadt Linz verfügt hätte, als vergleichbare Banken. Wie aus den vom Gericht als Beweis herangezogenen Urkunden hervorgeht, gab es zwar eine existierende Geschäftsbeziehung, allerdings hatte die Stadt Linz

³⁴⁵ ON 172 aus dem Strafact, S 5 (Beilage .187).

³⁴⁶ Protokoll 13.5.2019, 16.

auch Geschäftsbeziehungen zu zahlreichen anderen Banken, wie Allgemeine Sparkasse Linz, BA-CA, Hypo, Raiffeisen Landesbank OÖ, Kommunalkredit (zitiert nach ./BJ). Auch der Zeuge [REDACTED] hat nichts von einem "Hausbankstatus" ausgesagt, sondern nur, dass die Informationen aus öffentlich zugänglichen Informationsquellen stammen (wie festgestellt).

Außerdem ist die vom Erstgericht getroffene Feststellung ungenau, weil sie den Stichtag der Informationen nicht enthält. Tatsächlich teilte Stadt Linz der BAWAG PSK die vom Erstgericht aufgezählten Informationen (allerdings diese nicht "insbesondere", was ja bedeuten würde, es gab darüber hinaus noch Informationen) zum im Kreditantrag genannten Datum (somit Monate vor dem Abschluss des Swap) mit. Ab diesem Tag bezog BAWAG PSK Informationen nur mehr, soweit diese öffentlich verfügbar waren (Statistik Austria, öffentlich zugängliche Rechnungsabschlüsse) und nicht mehr von Stadt Linz selbst.

Begehrte Feststellung:

Zwischen Klägerin und Beklagter bestand bereits eine Geschäftsbeziehung, die Beklagte war über den ordentlichen und außerordentlichen Haushalt der Klägerin, ihre Finanzschulden, ihren effektiven Schuldendienst und die Erfüllung der Maastricht-Kriterien zum Stichtag 27.9.2006 (Datum des Kreditantrags ./BJ) informiert. In der Folge bezog sie diese Informationen jährlich aus öffentlich zugänglichen Informationsquellen wie den Rechnungsabschlüssen, aber auch über die Statistik Austria (Ausführungen in den Kreditanträgen ./BJ, ZV [REDACTED] ON 593, S. 5 f).

Diese Feststellung ist wesentlich, weil aus einem "Hausbankstatus" möglicherweise eine spezielle Kenntnis der Beklagten abgeleitet werden könnte. Außerdem ist die vom Erstgericht getroffene Feststellungen aus den oben genannten Gründen ungenau und kann auch so verstanden werden, dass Stadt Linz der BAWAG PSK laufend Informationen zur Verfügung stellte, was unrichtig ist. Ein besonderes Wissen von BAWAG PSK, entweder wegen unrichtigem "Hausbankstatus" oder unrichtigen laufenden Informationen, kann als (wenn auch unrichtige) rechtliche Grundlage des Arguments dienen, dass BAWAG PSK trotz Kenntnis der genauen Umstände von Stadt Linz keine individuelle Prüfung der Eignung des Swap vornahm – eine solche Prüfung war rechtlich zwar nicht geschuldet und der Swap war ohnehin geeignet, das Erstgericht sieht das aber offenbar zumindest implizit anders.

Das angeblich besondere Wissen von BAWAG PSK trägt jedenfalls dazu bei, dass das Erstgericht sowohl eine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht bejahen als auch eine Optimierungseignung verneinen kann, beides unter dem Hinweis, dass das für BAWAG PSK ex ante hätte erkennbar sein müssen. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap hatte BAWAG PSK aber keine Sonderinformationen, wie die Feststellung dies suggeriert. Ohne dieses besondere Wissen hätte der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils also abgewiesen werden müssen.

3. Kenntnis von Mag [REDACTED] zum Swap (S 24)

Angefochtene Feststellung:

Am 31.1.2007 schickte [REDACTED] an [REDACTED] (cc auch an [REDACTED] ein Angebot zur "Optimierung über einen Resettable chf linked Swap" und darauf auch geänderte Indikationen und eine Übersicht von sich ergebenden Fixzinssätzen bei bestimmten Strikes. [REDACTED] rechnete auf Grundlage seiner Erwartungen von der EZBW-Entwicklung Kurse

in die Formel ein und berechnete die sich daraus ergebenden Zinsbelastungen (.IT=.195, .IU=.196, .N, .197).

Mag [REDACTED] erstellte im August 2006 aber auch eine ausführliche Unterlage mit der Überschrift "BEURTEILUNG ZINSNIVEAU IN CHF / USD / EURO" mit einer Aufstellung und Erklärung verschiedener möglicher, für das Schuldenmanagement der Stadt Linz von Mag [REDACTED] erwogener Maßnahmen.³⁴⁷ Die Ausführungen zeugen vom umfassenden Verständnis Mag [REDACTED] von der Funktions- und Wirkungsweise von Derivatprodukten generell.

Aus den Transkripten der Telefonate zwischen [REDACTED] [REDACTED] und Mag [REDACTED] vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 ergibt sich vor allem,

- dass Mag [REDACTED] Kenntnis davon hatte, dass bei einem Ansteigen des CHF gegenüber EUR sich der Zinssatz aus dem Swap – exponentiell – erhöht ([REDACTED]: "Und zu der 1,45 kommt ein grauslicher Zinssatz raus von 5,7."³⁴⁸; "Ich hab das auf 10 Jahre zurück gerechnet"³⁴⁹), sich mit dem Swap also das Währungsrisiko der Stadt Linz erhöht,
- dass ein niedrigerer Strike für die Stadt Linz grundsätzlich weniger Risiko bedeutet ([REDACTED]: "Na, ja 1.51 wäre mir lieber"³⁵⁰), ein höherer Strike beim Swap dagegen einen niedrigeren Fixzinssatz ermöglicht ("Und der müßte dann jetzt bei 1,53 und 1,54 auch noch sinken unter die"³⁵¹),
- dass ein solcher Swap von der Bank gehedged werden muss ([REDACTED]: "Weil so eine Größe gehedged werden muss im Markt ja"³⁵²), und
- dass das Geschäft im Hintergrund mit Optionen abgebildet wird ([REDACTED]: "Ja und ja dann kriegt man halt entsprechende Optionspreise sag ich mal gestellt ja"³⁵³).

Ferner waren in der von Mag [REDACTED] am 16.2.2007 unterfertigten Abschlussbestätigung sämtliche Parameter des Swap ausgewiesen.³⁵⁴ Während der Laufzeit des Swap verfasste Mag [REDACTED] jährlich, und zwar erstmals am 28.8.2007, sogenannte "Debt-Management-Berichte" an den Finanzausschuss des Gemeinderats der Stadt Linz und erstattete und erläuterte diese auch mündlich. In diesen war jeweils ein eigener Abschnitt dem Swap gewidmet. Darin erklärte er nicht nur völlig korrekt die Formel des Swap, sondern zeigte auch auf völlig richtige Weise auf, wie sich ein EUR/CHF-Wechselkurs von über oder unter dem sogenannten Strikt von 1,54 auf die Zahlungen aus dem Swap auswirkt.³⁵⁵

Im Rahmen seiner Einvernahme sagte Mag [REDACTED] auch aus, dass für ihn klar war, dass das theoretische Risiko beim Swap unbeschränkt ist ("Dass das theoretische Risiko unbeschränkt

³⁴⁷ Beilage ./30, "BEURTEILUNG ZINSNIVEAU IN CHF / USD / EURO".

³⁴⁸ Beilage ./60, Seite 1, Telefonat [REDACTED] am 1.2.2007.

³⁴⁹ Beilage ./60, Seite 6, Telefonat [REDACTED] am 8.2.2007.

³⁵⁰ Beilage ./60, S 3, Telefonat [REDACTED] am 1.2.2007.

³⁵¹ Beilage ./60, S 5, Telefonat [REDACTED] am 2.2.2007.

³⁵² Beilage ./60, S 7, Telefonat [REDACTED] am 8.2.2007.

³⁵³ Beilage ./60, S 8, Telefonat [REDACTED] am 8.2.2007.

³⁵⁴ Beilage ./3, Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007.

³⁵⁵ Beilagenkonvolut ./15, insb Beilage ./15.0 vom 28.8.2007. Vgl zu dem Thema Debt-Management-Berichte die Beweistrüge Punkt C.II.23.

ist, ist klar"), und dass "man eine besondere Verbilligung eines Fixzinssatzes nur dann bekommt, wenn man einem anderen ein Recht einräumt oder selbst gewisse Risiken übernimmt."³⁵⁶

Dass Mag █████ diese Funktionsweise des Swap *ex ante* klar war, ist auch aufgrund der von seiner Festplatte rekonstruierten Dateien schlüssig:

- Mag █████ prüfte nämlich konkret nicht nur die Zinsbelastungen aus dem Swap, sondern prüfte und verstand generell dessen Funktionsweise. Er setzte die Formel des Swap auch korrekt in Excel um und berechnete damit richtig mögliche Zahlungspflichten von Stadt Linz (Beilage ./98). Das Ergebnis dieser Rechnung überprüfte er via E-Mail durch Rückfrage bei der BAWAG PSK (vgl Beilage ./37).
- Außerdem zeichnete er in einem anderen Dokument die Bewertungen des Swap detailliert auf und analysierte diese, zB in dem er Zahlungsströme saldierte (Beilage ./248.2). Das Dokument passte er laufend über die gesamte Laufzeit des Swap an, was zeigt, dass er das Risiko aus dem Geschäft ständig im Auge hatte (Beilage ./248.1 – Erstellungsdatum ist 26.2.2007, also unmittelbar nach Abschluss des Swap; zuletzt bearbeitet wurde es aber am 4.4.2011 und aus dem Inhalt ist ersichtlich, dass es über die ganze Zeitspanne aktuell gehalten wurde).

Zusammengefasst hatte Mag █████ ein umfassendes Wissen über die Funktionsweise des Swap und insbesondere auch darüber, dass dieser vom CHF-Kurs abhängt und sich auch Zahlungspflichten daraus ergeben können.

Begehrte Feststellung:

Am 31.1.2007 schickte █████ an █████ (cc auch an █████ ein Angebot zur "Optimierung über einen Resettable chf linked Swap" und darauf auch geänderte Indikationen und eine Übersicht von sich ergebenden Fixzinssätzen bei bestimmten Strikes. █████ rechnete auf Grundlage seiner Erwartungen von der EZBW-Entwicklung Kurse in die Formel ein und berechnete die sich daraus ergebenden Zinsbelastungen (./T=./95, ./U=./96, ./V, ./97). Außerdem erstellte er vor Abschluss des Swap selbständig ein Excel-Dokument, in dem die Funktionsweise des Swap samt sich allenfalls daraus ergebender Zahlungspflichten für die Klägerin korrekt wiedergegeben ist. Mag █████ kannte und verstand also die wesentlichen Eckdaten der Struktur des Swap. Insbesondere wusste er, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch erhebliche Zahlungspflichten treffen können.

Aus Sicht der beklagten Partei ist rechtlich für die aufsichtsrechtliche Gültigkeit des Geschäfts nicht relevant, ob Mag █████ das Produkt verstanden hat. Sollte das Oberlandesgericht Wien dies anders sehen, ist diese Feststellung wesentlich, weil von Stadt Linz vielfach behauptet wurde, dass █████ nicht informiert worden sei oder die Funktionsweise nicht verstanden hätte. Folgt man der rechtlichen Argumentation der BAWAG PSK, wonach dem Gemeinderat das Wissen von Mag █████ zuzurechnen ist,³⁵⁷ dann ist das Wissen von Mag █████ mittelbar auch für das Wissen des Gemeinderats relevant. Dessen Wissen wieder ist rechtlich für die Frage

³⁵⁶ Beilage ./87, Einvernahme Mag. █████ am 4.3.2013.

³⁵⁷ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.11.4.3.3.

bedeutsam, ob der Swap nachträglich genehmigt wurde.³⁵⁸ Auf Basis der begehrten Feststellung wäre das Erstgericht davon ausgegangen, dass der Swap zumindest nachträglich genehmigt wurde, und das Gericht hätte den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abgewiesen.

4. Kenntnis von BAWAG PSK des GRB 2004 (S 25)

Angefochtene Feststellung:

Der Amtsbericht vom Mai 2004 (.I/C) wurde nicht veröffentlicht und ist auch nicht Teil des öffentlich zugänglichen Protokolls der GR-Sitzung vom 3.6.2004. **Ob den befassen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Beklagten der Amtsbericht vor Abschluss des Swaps 4175 und der GR-Beschluss vom 3.6.2004 übergeben wurden oder diesen sonst inhaltlich bekannt waren, kann nicht festgestellt werden** (ZV [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] .I/27, .I/38, .I/101, .I/135).

Der fett gedruckte Teil der Feststellung ist unrichtig. Im Widerspruch dazu stellt das Erstgericht selbst disloziert fest (S 91 – Hervorhebung hinzugefügt): "*Der GRB 2004 war öffentlich zugänglich und **musste der BAWAG PSK jedenfalls bekannt sein***". Tatsächlich war der GRB 2004 der BAWAG PSK auch vor Abschluss bekannt.

Beweise dafür:

- Tatsächlich erhielt BAWAG PSK den GRB 2004 von Mag [REDACTED] Mag [REDACTED] bestätigt in dem von ihm selbst erstellten Aktenvermerk (Beilage .I/27) ausdrücklich, dass er der BAWAG PSK den GRB 2004 bereits am 10. oder 11.8.2006 übergab. Damit stimmt die Aussage von Mag [REDACTED] in der Hauptverhandlung im gegen ihn geführten Strafverfahren (Protokoll .I/HA, S 38) überein: "*Es war sicher in Diskussion und eine Frage von Mag. [REDACTED] auf welcher Rechtsgrundlage ich diesen Swap abschließen kann. Ich habe ihm höchstwahrscheinlich den Beschluss übergeben.*" Die spätere Aussage im Zivilverfahren im Jahr 2020, auf die alleine sich das Erstgericht stützt (Zwischenurteil, S 45), erfolgte Jahre später und widerspricht dem zeitgenössischen Dokument, in dem Mag [REDACTED] seine Erinnerungen fast zehn Jahre zuvor verschriftlichte (Beilage .I/27) und seinen Aussagen im Strafverfahren. Dass BAWAG PSK den GRB 2004 vor Abschluss erhalten hat, bestätigte sogar Dr Dobusch im Strafverfahren (Beilage .I/48, S 5).
- Es ist deshalb nicht nachzuvollziehen, dass das Erstgericht nicht dem Inhalt des Aktenvermerks von Mag [REDACTED] der Aussage von Mag [REDACTED] im Strafverfahren und der Aussage von Dr Dobusch im Strafverfahren folgte. Die restlichen Beweisergebnisse, die das Erstgericht auf S 45 würdigt, sind dafür irrelevant – für die Frage, ob Mag [REDACTED] der BAWAG PSK den GRB 2004 übergab, kommt es einzig darauf an, ob man Mag [REDACTED] Aktenvermerk aus 2011 (bestätigt durch seine und Dr Dobusch's Aussage im Strafverfahren) oder seiner fast zehn Jahre späteren Aussage im Zivilverfahren mehr Glauben schenkt. Richtig gewürdigt ergibt sich deshalb, dass Mag [REDACTED] der BAWAG PSK den GRB 2004 übergab.

³⁵⁸ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.4.

- Darauf kommt es aber nicht an. Auch wenn Mag ██████ der BAWAG PSK den GRB 2004 nicht übergab, kannte BAWAG PSK diesen. Das Erstgericht stellte selbst fest, dass er öffentlich zugänglich war (disloziert in Zwischenurteil, S 91). Die Zeugin ██████ sagte dazu in diesem Verfahren aus, dass sie ihn im Internet abgerufen habe und dass der GRB 2004 der BAWAG PSK jedenfalls bekannt war (Protokoll 30.9.2013, S 36). Das stimmt mit ihrer Aussage im Strafverfahren überein (Beilage ./43, S 8).
- Das wird durch Beilage ./238 bestätigt: Diese zeigt die historische Webseite der Stadt Linz zum Datum 18.2.2005 samt Inhalt des GRB 2004.
- Auch ██████ ██████ gab in seiner Vernehmung an, dass Mag ██████ auf Nachfrage die Deckung durch einen Gemeinderatsbeschluss gegenüber der Bank Austria bestätigt habe. Auch die Bank Austria hatte keinen Zweifel an dieser Aussage (Beilage ./31).

Begehrte Feststellung:

Der Amtsbericht vom Mai 2004 (./C) wurde nicht veröffentlicht und ist auch nicht Teil des öffentlich zugänglichen Protokolls der GR-Sitzung vom 3.6.2004. Ob der Amtsbericht (./C) den befassten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Beklagten vor Abschluss des Swap bekannt war, kann nicht festgestellt werden. Der GR-Beschluss vom 3.6.2004 war der Beklagten vor Abschluss des Swap hingegen bekannt.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil für die Beurteilung der Vertretung der Stadt Linz und insbesondere einer Anscheinsvollmacht relevant sein kann, ob der BAWAG PSK der GRB 2004 bekannt war. Derzeit sind die Feststellungen im Zwischenurteil dazu widersprüchlich. Richtig ist, dass der BAWAG PSK der GRB 2004 bekannt war. BAWAG PSK durfte deshalb auf den durch den Gemeinderat mit dem GRB 2004 gesetzten Anschein vertrauen. Auf Basis der begehrten Feststellung hätte das Erstgericht eine Anscheinsvollmacht angenommen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abgewiesen.

5. Mag ██████ als Vertreter der Stadt Linz (S 25 f)

Angefochtene Feststellung:

Jedenfalls hat sich ██████ gegenüber der Beklagten aber auf diesen Beschluss zur Begründung seiner Ermächtigung für den Abschluss des Geschäfts vor und nach dem Abschluss berufen und trat auch als Vertreter der Klägerin auf. ██████ ging auch selbst zum Abschlusszeitpunkt davon aus, dass er die Klägerin wirksam vertrete und befugt sei, den Swap, den er als marktübliches und zur Optimierung geeignetes Finanzgeschäft einstufte, für die Klägerin abzuschließen. **Er hätte sich aber nicht mehr für befugt erachtet, wenn der Abschluss Geldmittel als Risikobudget benötigt hätte, die zur Verfügung gestellt werden müssen oder wenn ihm gesagt worden wäre, dass ein Ausstieg möglicherweise EUR 100 Mio oder mehr kosten könnte (ZV ██████ Prot ON 607 und 608 iZm ./HA, S. 7 und der gesamten aktenkundigen Verantwortung im Strafverfahren, ZV ██████ ZV ██████ ./27, ./70).**

Der fett markierte Teil der Feststellung ist unrichtig. Abgesehen davon, dass es rechtlich darauf für Zwecke des Zwischenurteils nicht ankommen kann, weil gegenüber Dritten nicht relevant

sein kann, was der Bevollmächtigte sich denkt oder gedacht hätte: Die Feststellung suggeriert auch fälschlich, die beklagte Partei wäre zu einer entsprechenden Information verpflichtet gewesen. Die Behauptung von Mag [REDACTED] er hätte sich bei bestimmten Ausstiegskosten nicht mehr für befugt erachtet, ist eine reine nachträgliche (wenn auch nicht unverständliche) Schutzbehauptung und nicht durch Beweise gedeckt. Richtigerweise hat Mag [REDACTED] – obwohl er wusste, dass das Risiko theoretisch unbeschränkt war (siehe seine Aussage in ON 608, S 5) – wohl nicht damit gerechnet, dass sich das Risiko in einer derartigen Höhe realisiert (tatsächlich war damit, wie an anderer Stelle ausgeführt, nicht zu rechnen³⁵⁹ und ein derartiger Verlust wäre auch trotz der Sondersituation aufgrund der Finanzkrise bei adäquatem Verhalten von Linz vermeidbar gewesen).

Beweise dafür:

- Die Aussagen [REDACTED] und [REDACTED] stützen diese Feststellung gerade nicht, auch nicht die Beilagen ./27 und ./70.
- Mag [REDACTED] hat ausgesagt "*Das theoretisch unbeschränkte Risiko, das mit der Formel verbunden war, war mir bewusst.*" (Protokoll 14.5.2019, ON 608, S 5). Auch im Strafverfahren hat Mag [REDACTED] (schon in Kenntnis der tatsächlichen Entwicklung) eindeutig ausgesagt "*Nein. Ich bin davon ausgegangen in Sachen Swap, dass ich vom Gemeinderat bevollmächtigt war.*" (S 11 des Protokolls ./HA) und "*Ich habe zu keiner Zeit damit gerechnet, dass der Wechselkurs dauerhaft unter den 1,54 bleiben wird.*" (S 35 des Protokolls ./HA).
- Mag [REDACTED] hat auch in seiner Zeugenbefragung (Protokoll 13.5.2019, ON 607, S 19) ausgesagt, dass er von einem Korridor für die Kursentwicklung des Schweizer Franken ausgegangen ist. Wenn Mag [REDACTED] "zu keiner Zeit" damit gerechnet hat, dass der Wechselkurs sich so entwickelt, dann waren Spekulationen über Ausstiegskosten bei einem Wechselkurs, der um vieles unter 1,54 liegt, auch nicht relevant.
- Mag [REDACTED] hat auch explizit ausgesagt, dass es ihm nicht mehr möglich ist, auch nur eine konkrete Wahrscheinlichkeit [gemeint: für eine bestimmte, die Finanzkraft der Stadt Linz übersteigende Summe] zu nennen, bis zu der er sich selbst noch für kompetent erachtet hätte, den Swap aus Eigenem abzuschließen, ohne den Gemeinderat für zuständig zu sehen (ON 608, S 5).

Zusammengefasst war nach der hypothetischen *ex ante*-Meinung von Mag [REDACTED] eine Ausstiegzahlung von EUR 100 Millionen oder mehr zwar theoretisch möglich, aber nicht erwartet. Die *ex post*-Meinung von Mag [REDACTED] wonach er sich bei einer solchen Ausstiegzahlung für nicht befugt gehalten hätte, den Swap alleine abzuschließen, ist spekulativ und nicht relevant, zumal der GRB 2004 auch keinerlei Betragsbeschränkungen enthielt. Da zudem Mag [REDACTED] das **theoretisch** unbeschränkte (also eben theoretisch auch über EUR 100 Millionen hinausgehende Risiko) bekannt war, ist die Feststellung auch nicht schlüssig, weil offen bleibt, bei welcher Wahrscheinlichkeit einer solchen Zahlungsverpflichtung Mag [REDACTED] seine alleinige Kompetenz noch bejaht hätte – und hier sagt Mag [REDACTED] dass er keine konkrete Wahrscheinlichkeit nennen kann.

³⁵⁹ Der Swap war nämlich beherrschbar, sowohl objektiv als auch konkret für Stadt Linz: Vgl Punkt C.II.20.

Begehrte Feststellung:

Jedenfalls hat sich [REDACTED] gegenüber der Beklagten aber auf diesen Beschluss zur Begründung seiner Ermächtigung für den Abschluss des Geschäfts vor und nach dem Abschluss berufen und trat auch als Vertreter der Klägerin auf. [REDACTED] ging auch selbst zum Abschlusszeitpunkt davon aus, dass er die Klägerin wirksam vertrete und befugt sei, den Swap, den er als marktübliches und zur Optimierung geeignetes Finanzgeschäft einstufte, für die Klägerin abzuschließen. Es kann nicht festgestellt werden, bei welcher Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Zahlungspflichten, die Stadt Linz nicht mehr ohne Fremdfinanzierung bewältigen kann, [REDACTED] sich selbst noch für kompetent erachtet hätte, den Swap aus eigenem abzuschließen, ohne den Gemeinderat für zuständig zu sehen.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil die verzerrte Interpretation und die bekämpfte Feststellung des Erstgerichts zu einer unrichtigen Entscheidung des Gerichts geführt haben, da die EUR 100 Millionen Ausstiegskosten für Mag [REDACTED] schlicht nie relevant waren und er deswegen keine Vorstellung zu dem für ihn hypothetischen Fall hatte. Bei richtiger Feststellung hätte das Erstgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass sich Mag [REDACTED] jedenfalls befugt gesehen hätte, den nach seiner Ansicht mit einem theoretisch unbeschränkten Risiko verbundenen Swap zu schließen. Seine ex ante-Meinung ist ein Indiz für das Verständnis des GRB 2004. Hätte das Erstgericht dieses Indiz richtig gewertet, hätte es zum Ergebnis gelangen müssen, dass der Swap gültig geschlossen wurde (was rechtlich nach Ansicht von BAWAG PSK, wie bereits mehrfach oben ausgeführt, ohnehin eindeutig ist) und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils hätte abgewiesen werden müssen.

6. Einbindung des Gemeinderats konkret bei Abschluss (S 26)

Angefochtene Feststellung:

Eine Information, Einbindung, Willensbildung, Beratung oder Beschlussfassung des GR in bzw über diesen Geschäftsabschluss in irgendeiner Form kann nicht festgestellt werden. Es wurde auch nicht um aufsichtsbehördliche Genehmigung angesucht.

Die Feststellung ist insofern unrichtig, als sie nicht nur eine formelle Einbindung des Gemeinderates verneint, sondern jede Information "in irgendeiner Form". Das geht zu weit. Während richtig ist, dass es vor Geschäftsabschluss – und nur so ist die Feststellung des Erstgerichts wohl gemeint, da es ja selbst feststellt, dass es nach Geschäftsabschluss zum Antrag auf nachträgliche aufsichtsbehördliche Genehmigung kam (Zwischenurteil, S 33) – keinen formellen Beschluss des Gemeinderats als Kollegialorgan gab, der konkret die Spezifika des klagsgegenständlichen Swap anführt (was praktisch auch gar nicht möglich wäre),³⁶⁰ gab es natürlich sehr wohl den Rahmenbeschluss GRB 2004, der als Grundlage für den Abschluss des Swap diente. Über den Rahmenbeschluss war der Gemeinderat vor dem Abschluss des Swap eingebunden. Das ist aber hauptsächlich eine Rechtsfrage und betrifft wohl ohnehin nicht den Punkt, den das Erstgericht hier machen wollte – nämlich, dass es betreffend den konkreten Abschluss des vorab Swap keinen weiteren einzelnen Beschluss gibt. BAWAG PSK ficht die Feststellung deshalb an, um sie zu präzisieren.

³⁶⁰ Siehe Punkt B.II.3.2.1.3.2.

Beweise dafür: Dass unrichtig ist, dass der Gemeinderat nicht "in irgendeiner Form" eingebunden war ergibt sich neben dem festgestellten GRB 2004 (Zwischenurteil, S 16), auch aus den laufenden Berichten an den Finanzausschuss, die Berichte des Kontrollausschusses, Wortmeldungen zum Swap in öffentlichen Sitzungen und jährliche Genehmigungen der Rechnungsabschlüsse, in denen der Swap ausgewiesen war. Die Kenntnis des Gemeinderats wird aber ohnehin bereits in der entsprechenden Beweistrübe behandelt, auf die verwiesen wird.³⁶¹

Begehrte Feststellung:

Eine weitere Willensbildung, Beratung oder Beschlussfassung des GR als Kollegialorgan in bzw über diesen Geschäftsabschluss vor dem konkreten Geschäftsabschluss oder zum Zeitpunkt des konkreten Geschäftsabschlusses über den GRB 2004 hinaus kann nicht festgestellt werden. Es wurde vor dem konkreten Geschäftsabschluss oder zum Zeitpunkt des konkreten Geschäftsabschlusses auch nicht um aufsichtsbehördliche Genehmigung angesucht.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil die zu weitgehende Feststellung des Erstgerichts insinuiert, dass es in keiner Form eine Einbindung des Gemeinderats gegeben habe. Das ist viel zu weit und betrifft außerdem auch bereits die rechtliche Würdigung. Die begehrte Feststellung präzisiert das und stellt das klar. Tatsächlich war der Gemeinderat selbstverständlich vor Abschluss des Geschäfts und auch beim Abschluss des Geschäfts über den GRB 2004 eingebunden. Mag █████ vollzog mit dem Abschluss des Swap nur den Willen des Gemeinderats. Hätte das Erstgericht dies richtig gewürdigt, wäre es zum Ergebnis gelangt, dass der Swap gültig abgeschlossen wurde, und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung eines Zwischenurteils wäre abgewiesen worden.

7. Darstellung in Debt-Management-Berichten (S 26-28)

Angefochtene Feststellung (Zwischenurteil, S 27):

Zusammenfassung:

maximales Risiko: € 5.055.655⁵ p.a. - wenn der EUR/CHF-Wechselkurs den historischen Höchststand von 1,4464 erreicht (bei aktuellem 6-Monats CHF-Libor).

Risikoquote: ...% (x von 21 Fälligkeitsterminen sind noch offen)⁶

maximaler Ertrag: € 3.437.825⁷ p.a. - wenn EUR/CHF-Wechselkurs bei 1,54 (bei aktuellem 6- Monat CHF-Libor)

realisiertes Ergebnis: € + 425.598

Die Feststellung ist in – allerdings wichtigen – Details unvollständig, schon weil eingangs die Beilage ./BH erwähnt wird, die aus neun verschiedenen Dokumenten ("Debt management Berichte" im Zeitraum 2005-2010) besteht, von denen eine derartige Zusammenfassung (nur) in ./BH3-7 enthalten ist. Die Feststellung der geschilderten Beträge – *maximales Risiko*: €

³⁶¹ Vgl bei der Beweistrübe Punkt C.II.11.

5.055.655 p.a. und maximaler Ertrag: € 3.437.825 p.a. in der von Mag [REDACTED] jeweils gegebenen Zusammenfassung ist zwar richtig, bezieht sich aber nur auf den Bericht ./BH1. Zusätzlich stellt das Erstgericht in Fußnoten 5 und 7 zu den Beträgen fest "später € 6.183.600" und "Später € 4.397.840 p.a".

Aus den Beilagen ./BH3-7 ergibt sich für *maximales Risiko* und *maximaler Ertrag* vollständig folgendes:

Bericht	<i>maximales Risiko</i>	<i>maximaler Ertrag</i>
BH3	5.055.655	3.437.825
BH4	4.942.871	3.688.222
BH5	6.183.600	4.397.840
BH6	6.183.600	4.397.840
BH7	6.183.600	4.397.840

Beweise dafür: Beilagen ./BH3-7.

Begehrte Feststellung:

Zusammenfassung:

maximales Risiko: € 5.055.655 p.a. - wenn der EUR/CHF-Wechselkurs den historischen Höchststand von 1,4464 erreicht (bei aktuellem 6-Monats CHF-Libor).

Risikoquote: ...% (x von 21 Fälligkeitsterminen sind noch offen)⁶

maximaler Ertrag: € 3.437.825 p.a. - wenn EUR/CHF-Wechselkurs bei 1,54 (bei aktuellem 6- Monat CHF-Libor)

realisiertes Ergebnis: € + 425.598

Die Beträge "maximales Risiko" und " maximaler Ertrag" änderten sich in den Berichten wie folgt:

<u>Bericht Beilage</u>	<u>maximales Risiko</u>	<u>maximaler Ertrag</u>
<u>BH3</u>	<u>5.055.655</u>	<u>3.437.825</u>
<u>BH4</u>	<u>4.942.871</u>	<u>3.688.222</u>
<u>BH5</u>	<u>6.183.600</u>	<u>4.397.840</u>
<u>BH6</u>	<u>6.183.600</u>	<u>4.397.840</u>
<u>BH7</u>	<u>6.183.600</u>	<u>4.397.840</u>

Diese Feststellung ist wesentlich, weil aus den von Mag █████ selbst angestellten Berechnungen, die dieser regelmäßig dem Finanzausschuss berichtete, sowohl ein relevantes Risiko, als auch eine beachtliche Änderung/Schwankung dieses Risikos hervorgeht, die dem Finanzausschuss und dessen Mitgliedern bekannt wurde, dies aber bei den befassten Gremien der Stadt Linz keinerlei Reaktion auslöste. Daraus kann abgeleitet werden, dass der Finanzausschuss über den Swap, insbesondere über das mit ihm verbundene Risiko, Bescheid wusste und dass für den Finanzausschuss derartige Schwankungen nicht unerwartet waren, das geschilderte "maximale Risiko" also im Verständnis der Beteiligten keine absolute Grenze war. Das Erstgericht bewertet diese Berichte zwar als irreführend, und meint, dass der Gemeinderat offenbar unwissend war und das Risiko nicht erkennen konnte – das ist aber unrichtig und wird gesondert bekämpft.³⁶²

Die begehrte Ersatzfeststellung hätte als weiterer "Puzzlestein" dazu geführt, dass das Erstgericht umfassendes Wissen des Finanzausschusses über den Swap hätte feststellen müssen. Dieses Wissen wird nach richtiger Rechtsansicht dem Gemeinderat zugerechnet,³⁶³ der aufgrund der Kombination aus Wissen über den Swap und beharrlichem Schweigen sowie Zuwendung der Vorteile den Swap nachträglich genehmigte, weshalb das Erstgericht zum Ergebnis gekommen wäre, dass der Swap gültig ist (sollte man nicht richtigerweise ohnehin von der Gültigkeit ausgehen) und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung eines Zwischenurteils hätte abgewiesen werden müssen.

8. Kontrollamtsbericht über den Rechnungsabschluss 2007 (S 29)

Angefochtene Feststellung:

In seinem an den BM, drei Gemeinderäte und eine Gemeinderätin, den MD, den FD und die StK, nicht aber an den GR übersandten Bericht über den Rechnungsabschluss 2007 hielt das KoA zu ausgewiesenen Zusatzeinnahmen von EUR 2.991.500,-- aus "Sonstigen Einnahmen (StK)" fest:

"Die Einnahmen aus den Zinnsicherungsgeschäften mit den diversen Banken (RLB OÖ., Sparkasse OÖ., Bawag PSK und Nomura International) konnten bei der Budgeterstellung nicht vorhergesehen werden. Der Abschluss von Terminkontrakten wurde mit GRB vom 3.6.2004 genehmigt, um das Zinsniveau zu sichern und das Zinsrisiko möglichst niedrig zu halten. Im Portfolio sind hauptsächlich Kredite auf Basis Euro variabel Euribor und CHF variabel Libor enthalten. Bis jetzt konnten Ausgleichszahlungen der Banken lukriert werden. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen leisten wird müssen." (.16 = .1AN, pdf-S. 22 (im Dokument als S. 21 bezeichnet)).

Die Berichte und Nachprüfberichte des KoA wurden in Sitzungen des Kontrollausschusses behandelt und diskutiert, nicht aber im GR. Im GR wurden lediglich die Jahresberichte behandelt und zur Kenntnis genommen. Es kann nicht festgestellt werden, dass dabei der Swap 4175 thematisiert wurde oder aus den Salden Zahlungen aufgrund des Swaps extrahiert oder identifiziert wurden (.1CV, .1CW).

³⁶² Vgl zur Beweisrüge Punkt C.II.23.

³⁶³ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.4.

Die Feststellung ist aus mehreren Gründen unrichtig:

- Die Feststellung ist jedenfalls unvollständig, weil sie nur pauschal "drei Gemeinderäte und eine Gemeinderätin" erwähnt, nicht aber die konkreten Personen. Dies sind die GR [REDACTED], GR [REDACTED], GRin [REDACTED] und GR [REDACTED] (Beilage ./16, S 1). GR [REDACTED] und GRin [REDACTED] waren Mitglieder nicht nur im GR, sondern auch im Finanzausschuss der Stadt Linz (und wurden von der beklagten Partei als Zeugen beantragt), GR [REDACTED] war auch Vorsitzender des Kontrollausschusses. [REDACTED] [REDACTED] (ausgebildeter Betriebswirt) war seit 2003 Mitglied des Linzer Gemeinderats, im Finanz- und Hochbauausschuss sowie im Kontrollausschuss tätig (und in weiterer Folge 2013 Nachfolger von Finanz-Stadtrat Johann Mayr). Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] (verstorben 2014) war seit 1997 Mitglied des Linzer Gemeinderats, und von 1997 bis 2009 Mitglied des Kontroll- und Verfassungsausschusses. Die erwähnten Gemeinderäte haben den Bericht daher nicht zufällig bekommen, sondern um diesen in den relevanten Ausschüssen des Gemeinderates zu behandeln, und waren als Verantwortliche des Gemeinderates informiert.
- Der Kontrollamtsbericht wurde auch dem Kontrollausschuss des Gemeinderates vorgelegt und von diesem erörtert, da diesem alle Berichte des Kontrollamtes (Stadtrechnungshof) im Wege seines Vorsitzenden vorzulegen sind (§ 39 Abs 3 StL 1992) und von diesem zu beraten sind (§ 40a Abs 1 StL 1992; vgl auch § 15 Abs 1 der Geschäftsordnung des Gemeinderates), so auch die Feststellung (2. Absatz, 1.Satz), wobei die Erörterung in mehreren Sitzungen (vgl zitierte Feststellung auf S 29: "in Sitzungen des Kontrollausschusses behandelt und diskutiert") als ausführlich zu beschreiben ist. Es ist daher etwa wesentlich, dass der Vorsitzende des Kontrollausschusses den Bericht erhalten hat. Der Abschluss des Swap konnte den Mitgliedern des Gemeinderats aus diesem und anderen Gründen also nicht verborgen geblieben sein, auch wenn sie dennoch nicht reagierten – darum geht es aber im Folgenden in einer weiteren Beweistrüge, weshalb auf diese verwiesen wird.³⁶⁴
- Außerdem ist unklar, was das Gericht mit "Extraktion" oder "Identifikation" von Zahlungen aufgrund des Swap meint. Jedenfalls waren diese in den jährlichen Rechnungsabschlüssen, die statutengemäß vom Gemeinderat zu prüfen sind, gesondert als "Zinsgeschäfte" oder "Zinsabsicherungsgeschäfte" ausgewiesen.³⁶⁵

Beweise dafür:

- Der Kontrollamtsbericht 2007 (Beilage ./16 = ./AN) beschreibt ausdrücklich auf der ersten Seite, an wen die Information erging.
- Für Beweismittel zur Kenntnis des Gemeinderats verweist BAWAG PSK auf die bereits oben genannte Beweistrüge.³⁶⁶ Dieses Thema soll im Rahmen der hier angefochtenen Feststellung aber ohnehin ausgeklammert werden.

³⁶⁴ Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.11.

³⁶⁵ Vgl dazu bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.4.3.

³⁶⁶ Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.11.

Begehrte Feststellung:

In seinem an den BM Dr Dobusch, den Vorsitzenden des Kontrollausschusses GR [REDACTED] GR [REDACTED] GRin [REDACTED] und GR [REDACTED] (die alle auch Mitglieder des Finanzausschusses waren), den MD, den FD und die StK übersandten Bericht über den Rechnungsabschluss 2007 hielt das KoA zu ausgewiesenen Zusatzeinnahmen von EUR 2.991.500,-- aus "Sonstigen Einnahmen (StK)" fest:

"Die Einnahmen aus den Zinssicherungsgeschäften mit den diversen Banken (RLB OÖ., Sparkasse OÖ., Bawag PSK und Nomura International) konnten bei der Budgeterstellung nicht vorhergesehen werden. Der Abschluss von Terminkontrakten wurde mit GRB vom 3.6.2004 genehmigt, um das Zinsniveau zu sichern und das Zinsrisiko möglichst niedrig zu halten. Im Portfolio sind hauptsächlich Kredite auf Basis Euro variabel Euribor und CHF variabel Libor enthalten. Bis jetzt konnten Ausgleichszahlungen der Banken lukriert werden. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen leisten wird müssen." (./16= ./AN, pdf-S. 22 (im Dokument als S. 21 bezeichnet)).

Die Berichte und Nachprüfberichte des KoA wurden in Sitzungen des Kontrollausschusses ausführlich behandelt und diskutiert.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil klar zu trennen ist zwischen den feststellbaren Berichten und der durch das Erstgericht vorgenommenen (unzutreffenden) Würdigung, dass der Gemeinderat diese Berichte nicht behandelt und diskutiert hätte. Richtig ist, dass der Gemeinderat diese Berichte sehr wohl kannte, einerseits rechtlich wegen Wissenszurechnung unter anderem des Wissens des Kontrollausschusses und andererseits unmittelbar unter anderem weil die Berichte im Gemeinderat behandelt wurden. Das Wissen des Gemeinderats ex post ist Voraussetzung für die nachträgliche Genehmigung. Wäre das Erstgericht vom zutreffenden Wissen des Gemeinderats ausgegangen, hätte es die nachträgliche Genehmigung des Swap bejaht und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung eines Zwischenurteils wäre abzuweisen gewesen.

9. Keine formelle Information über Zahlung am 15.10.2009 (S 30)

Angefochtene Feststellung:

Am 15.10.09 ergab sich erstmals eine Zahlungsverpflichtung der Klägerin aus dem Swap 4175 in Höhe von CHF 1.033.695,33 (./128, ./129). Die Zahlung wurde geleistet, eine Information des GR erfolgte nicht.

Die Feststellung ist zu weitgehend und muss klargestellt werden. Tatsächlich gab es keine aktive Befassung des Gemeinderats vor Durchführung der Zahlung, insbesondere also keinen formellen Gemeinderatsbeschluss dazu – und das ist wohl, was das Erstgericht ausdrücken will. Unabhängig davon war der Gemeinderat aber ohnehin laufend über den Swap und auch über Zahlungen daraus informiert. Das sieht das Erstgericht anders und wird bereits an anderer Stelle in der Beweisrüge bekämpft.³⁶⁷ Diese Ersatzfeststellung soll sich deshalb auf eine Klarstellung beschränken.

³⁶⁷ Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.11.

Beweise dafür: Grundsätzlich trifft die Auffassung, dass der Gemeinderat anlässlich der konkreten Zahlung nicht formell damit befasst wurde zu. Es handelt sich wie oben ausgeführt um eine bloße Klarstellung.

Begehrte Feststellung:

Am 15.10.09 ergab sich erstmals eine Zahlungsverpflichtung der Klägerin aus dem Swap 4175 in Höhe von CHF 1.033.695,33 (. /128, . /129). Die Zahlung wurde geleistet, eine gesonderte formelle Information des GR als Kollegialorgan vor Durchführung dieser Zahlung erfolgte nicht.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil nur durch die Klarstellung deutlich wird, dass es keine gesonderte formelle Information vor Durchführung der Zahlung gab. Das könnte man lediglich anhand der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen unrichtigerweise auch so verstehen, dass der GR davon nie Kenntnis erlangte. Wäre das Erstgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der Gemeinderat laufend über den Swap und dessen Zahlungen informiert war, hätte es auch zutreffend die Kenntnis des Gemeinderats und damit die nachträgliche Genehmigung des Swap bejahen können. Folge wäre die Abweisung des Antrags der Stadt Linz auf Fällung eines Zwischenurteils gewesen.

10. Gespräche zwischen BAWAG PSK und Stadt Linz ab Juli 2010 (S 30)

Angefochtene Feststellung:

Zwischen Juli 2010 (. /133) und März 2011 kam es zu mehreren Gesprächen zwischen Vertretern der Klägerin, darunter BM Dobusch und StR Mayr, und der Beklagten, in denen vom BM auch der Standpunkt vertreten wurde, das Geschäft sei aus Formalgründen nicht gültig, bei einem Gespräch am 5.8.2010 auch konkret mit der Begründung, der Swap sei vom GR-Beschluss nicht umfasst (. /136).

Die Feststellung ist unvollständig, weil in der Besprechung zwischen BAWAG PSK und Stadt Linz am 6.7.2010 noch keine Rede davon war, dass der Swap nicht vom GRB 2004 erfasst sei (. /133). Daraus zeigt sich, dass das Argument, der Swap sei vom GR-Beschluss nicht umfasst, erst nachträglich "gefunden" wurde, aber nicht dem Verständnis der Stadt Linz und ihres Bürgermeisters vor August 2010 entsprach.

Die Feststellung ist auch unvollständig, weil auch Mag █████ wesentlich an den Gesprächen beteiligt war und in weiterer Folge sogar von der Stadt Linz (weiterhin) als der Zuständige benannt wurde. Auch dies zeigt, dass die Stadt Linz nicht davon ausging, Mag █████ hätte den Swap eigenmächtig abgeschlossen. Am 5.8.2010 war Mag █████ lediglich wegen Urlaub entschuldigt.

Beweise dafür:

- Aus der Aktennotiz der Besprechung am 6.7.2010 (Beilage . /133) geht hervor, dass auch Mag █████ beteiligt war und dass noch keine Rede davon war, dass der Swap nicht vom GRB 2004 erfasst war.

- Aus der Aktennotiz der Besprechung am 5.8.2010 (Beilage ./136) geht hervor, dass auch Mag █████ anwesend sein hätte sollen, aber wegen Urlaubs entschuldigt war und dass Stadt Linz (erstmalig) erklärte, dass der Swap nicht vom GRB 2004 erfasst war.
- Am 19.8.2010 fand eine weitere Besprechung statt, bei der auch Mag █████ teilnahm (Beilage ./137).
- Aus der begleitenden Korrespondenz von BAWAG PSK an Stadt Linz ergibt sich ebenfalls, dass Mag █████ laufend an den Gesprächen beteiligt war (Beilage ./134: "... laufenden Kontakt mit Ihren Experten, insbesondere mit Finanzdirektor Mag. █████ ... Mag. █████ hat im Nachgang zum gestrigen Termin ...").
- ZV █████ █████ Selbst Mitte 2010, als Dr Dobusch bereits aktiv in die Verhandlungen mit BAWAG PSK involviert war, wurde auf Nachfrage von BAWAG PSK weiter Mag █████ (und nicht etwa Dr Dobusch, der Gemeinderat oder einzelne Gemeinderatsmitglieder) als Ansprechpartner genannt.³⁶⁸

Begehrte Feststellung:

Zwischen Juli 2010 (./133) und März 2011 kam es zu mehreren Gesprächen zwischen Vertretern der Klägerin, darunter BM Dobusch, StR Mayr und AD █████, und der Beklagten, in denen vom BM auch der Standpunkt vertreten wurde, das Geschäft sei aus Formalgründen nicht gültig, bei einem Gespräch am 5.8.2010 erstmals konkret mit der Begründung, der Swap sei vom GR-Beschluss nicht umfasst, da ein solches Geschäft für Städte nicht üblich sei (./136). Der Gemeinderat als Kollegialorgan war an diesen Gesprächen nie beteiligt.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil damit gezeigt wird, dass die "Verteidigungslinie" des angeblich ursprünglich ungültigen Swap erst im Nachhinein ersonnen wurde. Außerdem zeigt sie, dass Mag █████ von Stadt Linz noch lange nach Abschluss des Geschäfts bis ins Jahr 2011 als vertretungsbefugter Ansprechpartner genannt wurde. Das ist ein Indiz dafür, dass Mag █████ ursprünglich schon immer vom Gemeinderat mit dem Abschluss des Swap betraut werden sollte, zumindest aber des vom Gemeinderat gesetzten Anscheins, Mag █████ damit zu betrauen. So oder so hätte das Erstgericht auf Grundlage der begehrten Feststellung von einem gültigen Abschluss des Swap durch Mag █████ ausgehen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.

11. Einbindung des Gemeinderats (S 32)

Angefochtene Feststellung:

Der Voranschlag der Klägerin für das Rechnungsjahr 2011 wurde sodann mit Stimmenmehrheit festgestellt, eine Beschlussfassung über eine Zustimmung zum Swap 4175 oder dessen Genehmigung fand nicht statt.

³⁶⁸ Protokoll 10.4.2019, S 15.

Es kann nicht festgestellt werden, dass sich der GR als Kollegialorgan vor dem 7.4.2011 eine Meinung über den Swap 4175 gebildet hat und, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, eine Entscheidung über diesen Geschäftsabschluss getroffen hat oder treffen wollte, ebenso wenig, dass er über den allenfalls vollmachtslos abgeschlossenen Swap 4175, dessen konkrete Struktur, eine allfällige (schwebende) Unwirksamkeit dieses Geschäftes und eine mögliche oder notwendige Genehmigung desselben Bescheid gewusst, beraten, abgestimmt, sich einen Willen gebildet oder Beschluss gefasst hat. Auch eine Informationserteilung des GR als Gremium über den Swap, dessen Wirkungen, das mit ihm verbundene Risiko und den genauen Ablauf seines Abschlusses kann vor dem 7.4.2011 nicht festgestellt werden. (. /A - /B2, . /AN = . /16 (Bezugnahme nur auf den GR-Beschluss vom 3.6., keine Verbindung zum Swap 4175 oder auch nur zu Geschäften mit der Beklagten), . /BE, . /BH, . /BK, . /BN, . /BS (keine Erwähnung des Swaps 4175), . /CA (keine Erwähnung des GR), . /CV und . /CW (keine Erwähnung), . /CX und . /CZ (Erwähnung von "Zinssicherungsgeschäften" bei sonstigen Einnahmen im Rechnungsabschluss ohne Bezugnahme auf den Swap 4175), . /DA - /DP (keine Erwähnung, in . /DO S. 15 und S. 21 lediglich allgemeine Ausführungen ohne Bezug auf konkrete Geschäfte), . /ES, . /ET, . /FT (keine aufgeschlüsselte Darstellung, Swap nicht erkennbar), . /FW (Ausweis von Mehr- und Mindereinnahmen aus "Zinssicherungsgeschäften" ohne Bezug zum Swap 4175), . /GX, . /14 - /16, . /54 (Erwähnung des Finanzausschusses und des StR Mayr als "zuständige Gremien der Kommune", nicht aber des GR), . /57 (keine Befassung des GR mit Maßnahmen des Debt Managements, sondern lediglich des Finanzausschusses), . /58 (als zustimmende Gremien werden nur StR Mayr und BM Dobusch angeführt), . /61 (Erwähnung von nicht näher dargelegten Zinssicherungsgeschäften, die Einnahmen gebracht haben im Rahmen der Erörterung des Voranschlages 2010 – zu einer Beschlussfassung des GR in dieser Sitzung existiert kein Vorbringen), . /112 (Wunsch von █████ Rücksprache mit "Chef" StR Mayr zu halten, aber kein Anhaltspunkt für eine Einbindung des GR), . /121 (keine Einbindung des GR), . /150, PV Dobusch ON 112, S.20).

Die Feststellung ist unrichtig und wird angefochten.

Dem Gemeinderat wird rechtlich ohnehin das Wissen von Mag █████ des Finanzausschusses, des Kontrollausschusses und Dr Mayr zugerechnet. Da diese alle ausreichendes Wissen über den Swap hatten, hatte ein solches Wissen rechtlich automatisch auch der Gemeinderat – unabhängig von seinem tatsächlichen unmittelbaren Wissen.³⁶⁹

Daneben hatte der Gemeinderat aber auch aus Eigenem ausreichend unmittelbares Wissen über den Swap. Richtig ist zwar, dass der Gemeinderat neben dem GRB 2004 nicht noch aktiv einen weiteren Beschluss über eine Genehmigung des Swap fasste (was auch nicht erforderlich war³⁷⁰). Unrichtig ist aber, dass der Swap nicht Gegenstand der Gemeinderatssitzungen und sogar von längeren Wortmeldungen war.

Dies ergibt sich aus Folgendem:

³⁶⁹ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.2.

³⁷⁰ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.2.1.

- Mag █████ berichtete dem dafür zuständigen Finanzausschuss des Gemeinderats in den Debt-Management-Berichten regelmäßig über den Swap. Ausgehend vom festgestellten Inhalt dieser Berichte (und im Sinn der angefochtenen Feststellung betreffend den Inhalt dieser Berichte³⁷¹) kannte der Finanzausschuss die Struktur des Swap.³⁷²

Der Finanzausschuss ist ein Hilfsorgan des Gemeinderats. Er ist ein vom Gemeinderat eingerichteter Ausschuss (Zwischenurteil, S 2). Die Ausschüsse setzen sich aus Mitgliedern des Gemeinderats zusammen (Zwischenurteil, S 2). Es herrscht also teilweise Personenidentität. Alles, was der Finanzausschuss als "kleiner Gemeinderat" weiß, weiß auch der Gemeinderat.

- Das Kontrollamt hielt in seinem Bericht über den Rechnungsabschluss 2007, der auch im Kontrollausschuss behandelt wurde (Zwischenurteil, S 29), fest, dass der Abschluss von Terminkontrakten mit dem GRB 2004 genehmigt wurde, daraus unter anderem CHF-Risiken eingegangen wurden und nicht auszuschließen ist, dass Stadt Linz daraus auch einmal Zahlungspflichten treffen können (Beilage /16, S 21).

Der Kontrollausschuss ist ein zwingend vorgesehener Ausschuss des Gemeinderats und dient der Behandlung der Berichte des Kontrollamtes (Zwischenurteil, S 2). Die Ausschüsse setzen sich aus Mitgliedern des Gemeinderats zusammen (Zwischenurteil, S 2). Es herrscht also teilweise Personenidentität. Alles, was der Kontrollausschuss als "kleiner Gemeinderat" weiß, weiß auch der Gemeinderat.

- Das Erstgericht stellt fest, dass in der Gemeinderatssitzung am 16.12.2010 umfassend über die Finanzen der Stadt Linz berichtet wurde (Zwischenurteil, S 30). In diesem Zusammenhang stellt es auch die Wortmeldungen zweier Gemeinderäte vor der Beschlussfassung fest (Zwischenurteil, S 31 f):

Diese nehmen auf den Swap Bezug, sprechen etwa von "*positiven Ergebnissen, nach kleinen Gewinnen in den Vorjahren*" und aktuell einen "*Verlust von fast 16 Millionen Euro*". Auch auf die Funktionsweise des Swap wird dabei Bezug genommen, und auf ein Verlustpotential bei der weiteren Kursentwicklung des CHF. Es handelt sich nach den Wortmeldungen eindeutig um den vom Finanzreferenten (also Mag █████ mit Zustimmung des Gemeinderats unwiderruflich abgeschlossenen Swap ("*hat sich dieses Haus entschieden, die Verantwortung zu delegieren*", "*da sind uns die Hände gebunden*"), dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und der zu millionenschweren Zahlungspflichten der Stadt Linz führen kann.

In *derselben* Sitzung und anschließend an diese Wortmeldungen **genehmigte der Gemeinderat den Voranschlag für das Rechnungsjahr 2011 einschließlich des Swap**. Ein Gemeinderat, der zu ersten Mal vom Swap und dessen Funktionsweise (millionenschwere Verluste!) hört, und meint, dass ein solches Geschäft nicht genehmigt gewesen wäre, handelt anders. Dass die beiden Wortmeldungen

³⁷¹ Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.23.

³⁷² Vgl dazu näher bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.4.2.

im Wesentlichen unkommentiert blieben, kein Mitglied des Gemeinderats nachhakte, niemand Nachfragen stellte und die Sitzung zB auch nicht unterbrochen wurde, indiziert, dass der Swap und dessen Funktionsweise – die in den Wortmeldungen klar hervorkommt – für den Gemeinderat keine Überraschung war.

Jedenfalls wusste der *Gemeinderat* aber spätestens seit dem 16.12.2010 über den Swap und dessen Funktionsweise, insbesondere erzielte Gewinne in Vorjahren sowie hohe aktuelle und drohende Verluste Bescheid.³⁷³

Begehrte Feststellung:

Der *Voranschlag* der Klägerin für das Rechnungsjahr 2011 wurde sodann mit Stimmenmehrheit festgestellt, eine ausdrückliche Beschlussfassung über eine Zustimmung zum Swap 4175 oder über dessen nachträgliche Genehmigung fand nicht statt.

Aufgrund der regelmäßigen Debt-Management-Berichte an den Finanzausschuss und des Kontrollamtsberichts 2009 an den Kontrollausschuss kannten und verstanden der Finanzausschuss und der Kontrollausschuss als Teil des Gemeinderats den Swap und dessen grundsätzliche Funktionsweise, wonach die Entwicklung vom EUR/CHF-Kurs abhängt und Stadt Linz daraus auch erhebliche Zahlungspflichten treffen können. Jedenfalls wusste der Gemeinderat als Kollegialorgan dies spätestens seit der Gemeinderatssitzung am 16.12.2010.

Diese Feststellung ist wesentlich für die Frage, ob und inwieweit der Gemeinderat eingebunden war und ob es zu einer nachträglichen Genehmigung kam. Wäre das Erstgericht zutreffend von der Einbindung des Gemeinderats ausgegangen, hätte es die nachträgliche Genehmigung bejahen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.

12. Marktüblichkeit von Swap-Geschäften (S 35)

Angefochtene Feststellung:

Swaps von Zahlungsströmen in EUR und CHF, die vom EUR/CHF-Wechselkurs abhängen zur Reduktion von Zinszahlungen und Swaps, bei denen die Höhe der Kupons vom EUR/CHF Kurs abhängig ist und die unter Verwendung von Standardoptionen (ohne Quanto-Effekt) strukturiert werden, waren bis 2008 Standardprodukte am Markt. In welchem Ausmaß Swaps gehandelt wurden, zu deren Konstruktion Quanto-Optionen benötigt werden (wie beim Swap 4175), kann nicht festgestellt werden. Es kann auch nicht festgestellt werden, ob derart konstruierte Swaps im Kommunalbereich abgeschlossen wurden (SV-GA ON 427, S. 25 ff).

Die Feststellung ist in Details unrichtig, weil auch Swaps mit "Quanto-Effekt" nach Aussage der Sachverständigen marktüblich waren, wie das bisherige Beweisverfahren ergab:

- Die in diesem Verfahren bestellten Gerichtssachverständigen gehen von einer Marktüblichkeit des Swap aus. Sie schreiben dazu: "*Vereinbarung von Zahlungsströmen in EUR und CHF, die vom EUR-CHF Wechselkurs abhängen, und die zur*

³⁷³ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.4.3.

Reduktion von Zinszahlungen führen. Betrachtet man diese allgemein mögliche Auffassung, so können wir aus unserer Erfahrung, sogar aus eigener Handelserfahrung, bestätigen, dass derartige Geschäfte in größeren Volumen bis 2008 und davor üblich waren. Solche Swaps wurden mit einer Vielzahl von Devisenoption, darunter auch besonders exotische Optionen, vor allem Digitaloptionen strukturiert ... Eine Untermenge besteht aus solchen Swaps, bei denen die Höhe der Kupons vom EUR-CHF Kurs abhängig ist, und die unter Verwendung von Standardoptionen (ohne Quanto-Effekt) strukturiert werden. Auch für derartige Produkte können wir einen großen Umsatz bestätigen. Sie wurden im Markt sogar üblicherweise mit dem Begriff „Currency Related Swap (CRS)“ bezeichnet und gehörten unter den strukturierten Zinsverbesserern zum Standardangebot bei vielen Banken. ... Grenzt man den Begriff auf genau die Eigenschaften des Swap 4175 ein, für dessen Konstruktion man Quanto-Optionen benötigt, ist uns kein weiteres gehandeltes Produkt einer Bank mit der öffentlichen Hand bekannt. Das bedeutet allerdings nicht, dass keines abgeschlossen wurde, denn derartige Geschäfte sind in aller Regel Schaltergeschäfte (OTC), von denen nur die Vertragsparteien wissen.“³⁷⁴

- Im Strafverfahren ging der dortige Gerichtsgutachter Dr Imo davon aus, "dass strukturierte Produkte, die mit dem von der Stadt Linz und der BAWAG abgeschlossen Swap-Geschäft 4175 vergleichbar sind, im gegenständlichen Zeitraum in nicht unerheblichem Ausmaß von österreichischen Gemeinden abgeschlossen wurden".³⁷⁵ Dies übernahm auch das Landesgericht Linz in sein Urteil.³⁷⁶
- Stadt Linz und ihre Tochtergesellschaft Immobilien Linz GmbH & Co KG sowie LINZ AG schlossen nach den Feststellungen des Rechnungshofs insgesamt 23 OTC-Derivate, darunter neun unter dem Regime des GRB 2004.³⁷⁷ Eines dieser Derivatgeschäfte war der zwischen den Parteien 2006 abgeschlossene Swap 3976 (Zwischenurteil, S 24).
- Öffentlich bekannt sind die vom Land Salzburg eingegangenen Derivatgeschäfte. Sie werden im Buch von *Rathgeber* eindrucksvoll beschrieben.³⁷⁸
- 77 niederösterreichische Gemeinden schlossen im verfahrensgegenständlichen Zeitraum CHF-linked resettable Swap ab.³⁷⁹
- In einem Medienbericht aus 2013 werden 57 österreichische Gebietskörperschaften erwähnt, die Finanzderivate schlossen.³⁸⁰
- Aus dem Ausland sind ähnliche Geschäfte mit Kommunen in hoher Anzahl bekannt. Für Deutschland gibt es Auswertungen von Swap-Geschäften im Bundesland Nordrhein-Westfalen,³⁸¹ Anfragebeantwortungen der Landesregierung des Bundeslands Brandenburg dazu,³⁸² eine Antwort des Ministeriums für Inneres und

³⁷⁴ Gutachten, S 26.

³⁷⁵ Beilage 8xY (Strafakt, ON 129a, S 380, Gutachten Dr. [REDACTED] vom 25.10.2012).

³⁷⁶ Beilage ./9xE (Urteil des LG Linz, S 22 in ON 260).

³⁷⁷ Beilage ./155, S 25.

³⁷⁸ Beilage ./255, insbesondere S 37 f, 43 f und 51 f.

³⁷⁹ Beilagenkonvolut ./282.

³⁸⁰ Beilage ./264.

³⁸¹ Beilage ./271.

³⁸² Beilage ./276.

für Sport des Bundeslands Rheinland-Pfalz³⁸³ und Beispiele von unterschiedlichen OTC-Derivaten mit Kommunen aus der vielschichtigen deutschen Rechtsprechung.³⁸⁴

- Vergleichbare Aufstellungen über Derivatgeschäfte mit Kommunen gibt es auch aus Italien³⁸⁵ und aus den Niederlanden.³⁸⁶
- Laut der Aussage von Dr. [REDACTED] vor und bei Abschluss des Swap Leiter der Direktion Inneres und Kommunales beim Land Oberösterreich, wurden zwischen Kommunen und Banken regelmäßig Gespräche geführt und dabei "dicke Wälzer" mit allen möglichen angebotenen Derivatprodukten ausgetauscht.³⁸⁷ Dies konkretisierte [REDACTED] [REDACTED] in seiner Aussage, wonach die Gemeindeaufsicht *ex ante* Derivatgeschäfte wie den Swap guthieß und aktiv empfahl.³⁸⁸

Aus dieser ohnehin notwendigerweise bloß beispielhaften Aufzählung (die für Kommunen "gut laufenden" Derivatgeschäfte schaffen es naturgemäß weniger häufig an die Öffentlichkeit) ergibt sich bereits, dass der Swap *ex ante* marktüblich war.

Zusammengefasst folgt aus all dem die oben begehrte Feststellung, dass sowohl Geschäfte wie der Swap als auch der konkrete Swap *ex ante* marktüblich waren.

Begehrte Feststellung:

Swaps von Zahlungsströmen in EUR und CHF, die vom EUR/CHF-Wechselkurs abhängen zur Reduktion von Zinszahlungen und Swaps, bei denen die Höhe der Kupons vom EUR/CHF Kurs abhängig ist, waren bis 2008 Standardprodukte am Markt. Konkret war deshalb auch der Swap *ex ante* marktüblich.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil die Marktüblichkeit als Kriterium für die Gültigkeit des Swap und dessen Optimierungseignung (nach der Rechtsansicht des Erstgerichts) relevant sein kann. Hätte das Erstgericht die Rechtsansicht vertreten, dass es nach außen nur auf die Marktüblichkeit (und nicht auch auf die Optimierung) ankommt, hätte es von der Gültigkeit des Swap ausgehen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.

13. Austausch von Zahlungsströmen (S 35)

Angefochtene Feststellung:

Solange der EZBW zu den Fälligkeitszeitpunkten CHF 1,54 nicht unterschreitet, kommt es aus dem Swap aufgrund des sich zu ihren Gunsten ergebenden Saldos aus den Zahlungsströmen zu Einnahmen der Klägerin in CHF, die der Höhe nach dem variablen Teil der Zinszahlungsverpflichtung aus der CHF-Anleihe ohne den Aufschlag entsprechen (6M-CHF-LIBOR) und daher bei wirtschaftlicher Betrachtung das

³⁸³ Beilage ./278.

³⁸⁴ Beilagenkonvolut ./283.

³⁸⁵ Beilage ./284.

³⁸⁶ Beilage ./280.

³⁸⁷ Protokoll 12.4.2019, 14.

³⁸⁸ Protokoll 10.4.2019, 4.

entsprechende Zinsänderungsrisiko aus der CHF-Anleihe der Klägerin für sie eliminiert. Jede Veränderung des LIBOR führte einerseits zu einer Veränderung der Zinszahlung aus der Anleihe, aber auch zu einer korrespondierenden Änderung des Ertrags aus dem Swap. Die Klägerin hatte dafür ihrerseits fix 0,065 % von CHF 195.000.000,-- zu zahlen.

Die Feststellung (insbesondere der letzte Satz) ist unrichtig oder zumindest unvollständig und widerspricht anderen (richtigen) Feststellungen, weil die Klägerin diesen Betrag nicht zu zahlen hatte; vielmehr wurden nach der getroffenen Vereinbarung die Ergebnisse saldiert und es wurde immer nur der Saldo gezahlt. **Bis Mitte 2009 hatte daher immer nur die beklagte Partei zu zahlen** (wie auch richtig auf Seite 30 oben festgestellt). Außerdem insinuiert das Erstgericht, die 0,065 % fix von CHF 195 Millionen seien bei jedem einzelnen Zahlungstermin, also halbjährlich, angefallen – tatsächlich handelte es sich dabei aber um den jährlichen Zahlungsstrom (siehe dazu auch die weitere bekämpfte Feststellung unten).³⁸⁹

Zur Erklärung des Hintergrunds: Ausgangspunkt für Stadt Linz war eine variable verzinsten CHF-Anleihe, aus der Stadt Linz Zinsen in Höhe von 6-Monats-CHF-LIBOR+0,049 % zu zahlen hatte (Zwischenurteil, S 16). Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap wären das zB 2,369 %.³⁹⁰ Die 0,065 % fix, die Stadt Linz stattdessen zu zahlen hatte, waren also jedenfalls auf der Zinsseite eine sichere und deutliche Verbesserung für Stadt Linz. Aufgrund der damit deutlich höheren Verzinsung der CHF-Anleihe, die BAWAG PSK aufgrund des Zinstauschgeschäfts zu tragen hatte, waren daher Zahlungen von Linz alles andere als sicher. Lediglich wenn der EUR/CHF-Kurs unter 1,54 fallen würde, würde sich für Linz aus der Formel ein höherer Zinssatz ergeben, der saldiert zu einem Zahlungsanspruch der BAWAG PSK führen würde (oder wenn die Zinsen aus der Anleihe unter 0.065% gesunken wären).

Beweise dafür: Siehe bei der unten bekämpften Feststellung.³⁹¹

Begehrte Feststellung:

Solange der EZBW zu den Fälligkeitszeitpunkten CHF 1,54 nicht unterschreitet, kommt es aus dem Swap aufgrund des sich zu ihren Gunsten ergebenden Saldos aus den Zahlungsströmen zu Einnahmen der Klägerin in CHF, die der Höhe nach dem variablen Teil der Zinszahlungsverpflichtung aus der CHF-Anleihe ohne den Aufschlag entsprechen (6M-CHF-LIBOR) und daher bei wirtschaftlicher Betrachtung das entsprechende Zinsänderungsrisiko aus der CHF-Anleihe der Klägerin für sie eliminiert. Jede Veränderung des LIBOR führte einerseits zu einer Veränderung der Zinszahlung aus der Anleihe, aber auch zu einer korrespondierenden Änderung des Ertrags aus dem Swap. Die Klägerin hatte dafür ihrerseits fix 0,065 % von CHF 195.000.000,-- zu zahlen. Entsprechend dieser Mechanik wurden zu halbjährlichen Zahlungsterminen die Zahlungsströme einerseits der Klägerin und andererseits der Beklagten berechnet und saldiert. Nur ein allfälliger Überhang war dann von der aus dem Überhang verpflichteten Partei an die aus dem Überhang berechnete Partei zu bezahlen.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil sich aus dem Swap eben keine fixe Zahlungsverpflichtung für Stadt Linz ergab. Es bestand rechtlich kein Anspruch auf Zahlung eines einzelnen

³⁸⁹ Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.22.

³⁹⁰ Vgl die öffentlich zugänglichen historischen Daten unter <http://iborate.com/chf-libor/>.

³⁹¹ Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.22.

Zahlungsstroms, sondern immer nur des Saldos. Ohne diese Feststellung hätte das Erstgericht nicht davon ausgehen dürfen, dass die Schwelle des § 46 StL 1992 überschritten ist und hätte in der Folge den gültigen Abschluss des Swap auch ohne Einbindung des Gemeinderats bejahen müssen. Der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils wäre damit abzuweisen gewesen.

14. Risiko aus CHF-Anleihe und aus Swap (S 36)

Angefochtene Feststellung:

Die CHF-Anleihe war allerdings im Gegensatz zum Swap 4175 kündbar, **wodurch auch das mit ihr verbundene Risiko beschränkt war.**

Bei der Frage, ob ein Vertrag kündbar ist oder nicht, handelt es sich um keine Feststellung, sondern um eine rechtliche Würdigung. Nur beim fett gedruckten Teil handelt es sich nach Ansicht von BAWAG PSK um eine Feststellung. Diese wird angefochten.

Die Feststellung ist nämlich irreführend. Einerseits verknüpft sie die Beschränkung des Risikos aus dem Swap mit der Möglichkeit seiner Kündigung ("*kündbar, wodurch auch das mit ihr verbundene Risiko beschränkt war*"). Tatsächlich hat die Beschränkung des Risikos mit der Beherrschbarkeit und nicht mit der Kündbarkeit eines Produkts zu tun. Und beherrschbar war der Swap.³⁹² Andererseits wird darin behauptet, die CHF-Anleihe habe ein beschränktes Risiko gehabt – das ist aber unrichtig.

Dies alles ergibt sich aus den Aussagen der Gerichtssachverständigen:

- Laut Gerichtssachverständigen handelt es sich bei der Frage, ob Verluste oder Gesamtverluste begrenzt werden können, um eine Frage der Beherrschbarkeit des Risikos.³⁹³ Um den Swap beherrschen zu können, hätte man einen Risikoleitfaden gebraucht.³⁹⁴ Man hätte zB mit einer Bank vereinbaren können, dass der Swap dann geschlossen wird, wenn sein Wert erstmals eine gewisse Wertgrenze unterschreitet.³⁹⁵ Damit unterscheidet sich das Risiko aus dem Swap nicht vom Risiko aus jedem gewöhnlichen Fremdwährungsdarlehen, wie Stadt Linz mit der CHF-Anleihe schon vor dem Swap eines hatte.³⁹⁶ Von der Möglichkeit einer Kündigung schreiben die Gerichtssachverständigen nicht – das ist aus Sicht der Gerichtssachverständigen für die Beschränkbarkeit des Risikos auch gar nicht nötig. Laut den Gerichtssachverständigen wäre es nämlich Aufgabe der Stadt Linz gewesen, sich darum zu kümmern, das Risiko zu beschränken und zB regelmäßig indikative Auflösungspreise einzuholen (EGA, S 59).
- Stadt Linz hatte übrigens während der Laufzeit des Swap ohnehin ausreichend Gelegenheit, auszusteigen – am Anfang sogar noch mit Gewinn, wie damals bei ihrem Ausstieg aus dem ersten mit BAWAG PSK geschlossenen Swap 3976. Keine einzige der Gelegenheiten, aus dem Swap auszusteigen, nahm sie an.

³⁹² Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.20.

³⁹³ EGA, S 16.

³⁹⁴ Gutachten, S 54 und 106; EGA, S 16 und 36 f.

³⁹⁵ Gutachten, S 54, EGA, S 16.

³⁹⁶ Gutachten, 54.

- Die Feststellung widerspricht außerdem auch den Aussagen der Gerichtssachverständigen. Diese bejahen die Frage, ob das CHF-Währungsrisiko aus der CHF-Anleihe theoretisch unbeschränkt war.³⁹⁷ Das Erstgericht stellt im Widerspruch dazu fest, dass das Risiko beschränkt war. Das alleine mit der CHF-Anleihe übernommene Risiko war *ex ante* jedenfalls deutlich höher als das zusätzlich mit dem Swap übernommene Risiko.³⁹⁸
- Alleine durch die vertragliche Kündigungsmöglichkeit war das Risiko an die CHF-Anleihe übrigens noch nicht beschränkt, wenn das Erstgericht darin den gleichen Maßstab anlegen würde, wie an den Swap. Die Emittentin Stadt Linz konnte nämlich nur zu jedem Kupontermin, also alle sechs Monate, mit zehn Bankarbeitstagen Frist kündigen (§ 8 der Beilage ./D). Eine rasche Reaktion war damit nicht möglich. Der Konnex des Erstgerichtes zwischen Kündbarkeit und Risikobeschränkung ist deshalb verfehlt.

Begehrte Feststellung:

Das CHF-Währungsrisiko aus der CHF-Anleihe war theoretisch unbeschränkt. Beim Swap 4175 war die Kündbarkeit keine zwingende Voraussetzung für die Beschränkbarkeit des Risikos.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil die bekämpfte Feststellung unzutreffend unterstellt, dass der Swap nur mit ordentlicher Kündigungsmöglichkeit beherrschbar gewesen wäre. Das ist unrichtig, wie sich aus den Aussagen der Gerichtssachverständigen ergibt. Die Beherrschbarkeit kann, jedenfalls wenn man der (unrichtigen)³⁹⁹ Rechtsansicht des Erstgerichts folgt, für die Optimierungseignung des Swap und damit für dessen gültigen Abschluss relevant sein. Hätte das Erstgericht die Beherrschbarkeit zutreffend bejaht, hätte es von der ursprünglichen Gültigkeit des Swap ausgehen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.

15. Chancen-Risiko-Profil des Swap (S 36)

Angefochtene Feststellung:

Der Swap ist asymmetrisch gestaltet, die für die Klägerin erzielbaren Gewinne sind betraglich beschränkt, wohingegen die möglichen Verluste unbeschränkt sind. Gewinne der Klägerin treten mit höherer Wahrscheinlichkeit und geringeren Beträgen auf, Verluste wesentlich seltener, dann allerdings mit höheren Beträgen (korrigiertes SV-GA ON 444, S 3 ff, 20 f). Das Ergebnis zu den einzelnen Zahlungsterminen und damit einhergehend auch das Gesamtergebnis des Swaps am Ende der Laufzeit hängen vom jeweiligen (variablen) EZBW zu den Stichtagen ab und waren daher bei Vertragsabschluss nicht bekannt. Der Swap beinhaltet somit ein aleatorisches Element und entspricht wirtschaftlich einem Wetten auf den jeweiligen EZBW-Stand zu den einzelnen Fälligkeitsterminen.

³⁹⁷ EGA, S 69.

³⁹⁸ Ergänzung, S 12 und 26.

³⁹⁹ Siehe Rechtsrüge Punkt B.II.3.2.1.5.2.

Der erste Teil der Feststellung ist unvollständig und reißt Aussagen der Gerichtssachverständigen völlig aus dem Zusammenhang. Tatsache ist: Die Gerichtssachverständigen bestätigten im Gesamtbild, dass es sinnvoll war, den Swap abzuschließen. Diese Aussage wird durch die angefochtene Feststellung völlig verzerrt.

Auch die Beweismwürdigung des Erstgerichtes (Zwischenurteil, S 50), der Swap sei "ein Geschäft, das bei Abschluss und danach nahezu während der gesamten Laufzeit unter Wasser war" ist falsch. Damit reißt es die Aussagen der Gerichtssachverständigen unzulässig aus dem Kontext. Tatsächlich verdiente Stadt Linz an dem Geschäft zunächst Millionen und bereits aus diesem Blickwinkel ist die Feststellung unverständlich. "Unter Wasser" ist kein definierter finanzmathematischer Begriff. Umgangssprachlich versteht man darunter wohl ein Geschäft, welches für den Kunden nachteilig ist. Für die ersten zweieinhalb Jahre, in denen Stadt Linz Millionen daraus verdiente (Zwischenurteil, S 30), kann das nicht ernsthaft behauptet werden. Offenbar will das Erstgericht aber auf etwas Anderes hinaus, nämlich auf den negativen Marktwert, den der Swap angeblich über die Laufzeit gehabt habe. Dazu fehlen aber konkrete Feststellungen und es gibt auch keine Beweisergebnisse, aus denen das hervorgehen würde.

Im Gegenteil: Die Gerichtssachverständigen hielten fest, dass die Marge (ausschlaggebender Teil eines allfälligen anfänglichen negativen Marktwerts) der BAWAG PSK im marktüblichen Bereich lag.⁴⁰⁰ Wenn die Gerichtssachverständigen davon sprechen, dass der Swap "unter Wasser" war, dann nur im Zusammenhang mit einer bestimmten Art der Bewertung des Swap und nur bezogen auf der Annahme, dass Stadt Linz trotz nachteiliger Marktentwicklungen nicht handelt.⁴⁰¹ Diesen Zusammenhang ignoriert das Erstgericht in seiner Würdigung.

Für den zweiten Teil der Feststellung, wonach der Swap wirtschaftlich einem Wetten auf den jeweiligen EZBW-Stand zu den einzelnen Fälligkeitsterminen entsprechen soll, fehlt jeder Beleg. Der Aussage der Gerichtssachverständigen entspricht das nicht (der erste Teil der Feststellungen war zumindest wörtlich aus den Sachverständigengutachten übernommen, wenn auch unvollständig). Soweit es sich dabei überhaupt um eine Feststellung handelt, ist sie unrichtig:

- Nicht jedes aleatorische Element macht ein Finanzinstrument wirtschaftlich zu einer Wette. Ansonsten wäre sogar ein Fixzins-Sparbuch auch wirtschaftlich eine Wette auf sinkende Zinsen zu den einzelnen, jährlichen Fälligkeitsterminen.
- Rechtlich ist der Einwand einer Wette bei Finanzinstrumenten sowieso ausgeschlossen (§ 1 Abs 5 BWG).

Beweise dafür:

- Laut den Gerichtssachverständigen war das Portfolio mit Swap in 87 % der Fälle (simulierte künftige Entwicklung) besser für die Stadt Linz als das Portfolio ohne Swap.⁴⁰² Damit meinen die Gerichtssachverständigen, dass die Situation für Stadt Linz mit Abschluss des Swap (also bestehende CHF-Anleihe plus Swap) in 87 % der Fälle vorteilhafter war als ohne Abschluss des Swap (also bestehende CHF-Anleihe alleine ohne Swap).

⁴⁰⁰ Gutachten, S 125.

⁴⁰¹ Gutachten, S 71 f.

⁴⁰² Ergänzung zum Gutachten vom 26.10.2016, S 10 f.

- Laut den Gerichtssachverständigen hätte man den Swap nur dann nicht abschließen sollen, wenn man extrem geringe Verlustwahrscheinlichkeiten von 3 aus 10.000 Fällen als bedrohlich empfunden hätte.⁴⁰³

Begehrte Feststellung:

Der Swap ist asymmetrisch gestaltet, die für die Klägerin erzielbaren Gewinne sind betraglich beschränkt, wohingegen die möglichen Verluste unbeschränkt sind. Gewinne der Klägerin treten mit höherer Wahrscheinlichkeit und geringeren Beträgen auf, Verluste wesentlich seltener, dann allerdings mit höheren Beträgen (korrigiertes SV-GA ON 444, S. 3 ff, 20 f). Das Ergebnis zu den einzelnen Zahlungsterminen und damit einhergehend auch das Gesamtergebnis des Swaps am Ende der Laufzeit hängen vom jeweiligen (variablen) EZBW zu den Stichtagen ab und waren daher bei Vertragsabschluss nicht bekannt. Die Situation für Stadt Linz war mit Abschluss des Swap (also bestehende CHF-Anleihe plus Swap) aber in 87 % der Fälle vorteilhafter als ohne Abschluss des Swap (also bestehende CHF-Anleihe alleine ohne Swap). Stadt Linz hätte den Swap nur dann nicht abschließen sollen, wenn sie extrem geringe Verlustwahrscheinlichkeiten von 3 aus 10.000 Fällen als bedrohlich empfunden hätte.

Diese Ergänzung der Feststellung ist wesentlich, weil sie sonst die wirtschaftliche Natur und insbesondere das Chancen-Risiko-Profil des Swap extrem verzerrt darstellt. Das Erstgericht gibt die Aussagen der Gerichtssachverständigen nicht vollständig wieder. Die vollständige Wiedergabe ist aber nötig, um die *ex ante* mögliche Entwicklung des Swap korrekt würdigen zu können. Bei korrekter Würdigung hätte das Erstgericht die Optimierungseignung des Swap zutreffend bejahen, von der ursprünglichen Gültigkeit des Swap ausgehen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.

16. Finanzmathematische Betrachtung des Swap (S 37)

Angefochtene Feststellung:

Der Swap entspricht daher bei finanzmathematischer Betrachtung einem Verkauf von EUR-Put-Optionen zu jedem Fälligkeitszeitpunkt durch die Klägerin an die Beklagte, eingebettet in die Swapkonstruktion.

Die Feststellung ist unrichtig und unvollständig. Insbesondere ist sie nicht durch die – vom Erstgericht in ihrer Gesamtheit offenbar als zutreffend erachteten – Sachverständigengutachten gedeckt. Tatsächlich entspricht der vom Erstgericht festgestellte Verkauf von EUR-Put-Optionen wirtschaftlich – nicht aber rechtlich –, sofern man diesen in Bestandteile zerlegen möchte, allenfalls nur einem Teil des Swap.

Beweise dafür:

- Das Erstgericht gibt selbst die korrekte Formel des Swap in Worten wieder (Zwischenurteil, S 35) und weist insbesondere auch auf den gegenläufigen Zahlungsstrom von BAWAG PSK an Stadt Linz hin.

⁴⁰³ EGA, S 39.

- Die Funktionsweise des Swap ergibt sich außerdem auch aus den Sachverständigengutachten. Grundlegend führen die Gerichtssachverständigen zum Optionsteil (also insbesondere auch den vom Erstgericht festgestellten, Zahlungsstrom von Stadt Linz an BAWAG PSK) und zum davon verschiedenen Zinsteil (also den vom Erstgericht nicht festgestellten, Zahlungsstrom von BAWAG PSK an Stadt Linz) im Gutachten auf S 24 aus.

Begehrte Feststellung:

Ein Teil des Swap (nämlich der "Optionsteil" - Zahlungsstrom Stadt Linz an BAWAG PSK; daneben gibt es noch den "Zinsteil" - Zahlungsstrom BAWAG PSK an Stadt Linz) entspricht daher bei finanzmathematischer Betrachtung einem Verkauf von EUR-Put-Optionen zu jedem Fälligkeitszeitpunkt durch die Klägerin an die Beklagte, eingebettet in die Swapkonstruktion.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil das Erstgericht die Funktionsweise des Swap unzulässig verkürzt und so darstellt, als habe es nur einen Zahlungsstrom von Stadt Linz an BAWAG PSK gegeben (und nicht auch in die andere Richtung). Mit dieser Feststellung hätte das Erstgericht die Zahlungsströme richtig dargestellt und insbesondere nicht davon ausgehen dürfen, dass die Schwelle des § 46 StL 1992 überschritten ist und hätte in der Folge den gültigen Abschluss des Swap auch ohne Einbindung des Gemeinderats bejahen müssen. Der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils wäre damit abzuweisen gewesen.

17. Ausstiegsentscheidung und deren Umsetzung (S 38)

Angefochtene Feststellung:

Das mit dem Swap für die Klägerin verbundene Risiko und damit auch die Kosten eines Ausstiegs oder einer Glattstellung des Risikos hingen insbesondere vom CHF-Kassakurs und dessen Volatilität ab, der sich innerhalb eines Tages oder sogar innerhalb weniger Stunden auch sehr stark verändern und zu Tagesschwankungen des Marktwertes von über EUR 100.000.000,-- führen konnte und auch führte, sodass auch allfällige Auflösungskosten einer entsprechenden Schwankung unterlagen. Der Swap ist für eine Buy-and-hold-Strategie (im Sinne eines Abschlusses und Beibehaltens über die gesamte Laufzeit ohne ständige Beobachtung, Kontrolle oder Eingriff) nicht geeignet, er bedurfte ständiger Beobachtung und gegebenenfalls auch einer Reaktion bis hin zur sofortigen Auflösung oder Glattstellung des Risikos. Notwendig war dabei jedenfalls zumindest eine tägliche Beobachtung des EUR/CHF- Devisenkassakurses und ein äußerst rasches Handeln im Sinne einer Entscheidung über die weitere Vorgangsweise innerhalb einer Stunde notwendig. Daran anschließend wäre eine temporäre Absicherung gegen eine weitere Verschlechterung bis zur Umsetzung der Entscheidung mittels eines "Delta Hedges" möglich, bei dem CHF angekauft werden, um Auswirkungen von Schwankungen des Kurses für die Dauer der Auflösung des Swaps abzufedern.

Die Feststellung ist unvollständig, weil sie nicht näher erklärt, was unter "laufender Beobachtung" zu verstehen ist und was unter "äußerst raschem Handeln" zu verstehen ist. Beides stellen die Gerichtssachverständigen aber dar. Die Aussagen der Gerichtssachverständigen sind also nicht zur Gänze in den Feststellungen wiedergegeben.

Beweise dafür:

- Die vom Erstgericht herangezogene Schwankung von EUR 100 Millionen an einem Tag ist laut Gerichtssachverständigen ein absoluter Einzelfall (Gutachten, S 58 f). Er kam in der Laufzeit des Produkts nur einmal vor und war ein Ausreißer aufgrund der bekanntlich unerwarteten Finanzkrise. Das Erstgericht zog damit genau jenen Wert heran, der vom 8. auf den 9.8.2011 (Gutachten, S 58 f) - also am sogenannten "**Black Monday**", an dem die amerikanische und mit ihr praktisch die gesamte Weltwirtschaft "zusammenbrach" – auftrat.⁴⁰⁴ Dieser Wert ist nicht repräsentativ für den restlichen Verlauf des Swap. Der Grund für die Schwankung lag primär nicht im Swap, sondern im Kollaps der gesamten Finanzwirtschaft weltweit. Jedenfalls hielt auch diese einmalige Schwankung die Gerichtssachverständigen nicht davon ab, die **Optimierungseignung des Swap zu bejahen**.⁴⁰⁵
- Im ursprünglichen Gutachten halten die Gerichtssachverständigen fest, dass die tägliche Beobachtung des EUR/CHF-Devisenkassakurses nur einen Taschenrechner und einen freien Internetzugang erfordert.⁴⁰⁶
- Im Ergänzungsgutachten halten die Gerichtssachverständigen fest, dass zwar die Ausstiegsentscheidung innerhalb eines Tages getroffen werden muss, aber eben gerade nicht auch deren Umsetzung (wie zB eine allenfalls notwendige Einholung einer Genehmigung). Zum Überbrücken zwischen Ausstiegsentscheidung und Umsetzung hätte Stadt Linz dann den vom Erstgericht festgestellten kostenfreien "Delta Hedge" schließen können. Die vom Erstgericht festgestellte "eine Stunde" ist deshalb auch nicht von den Beweisergebnissen gedeckt.
- Dass Mag ████████ die Ausstiegsentscheidung innerhalb eines Tages treffen hätte können, gab er in seiner Einvernahme an (Protokoll 14.5.2019, S 17).

Begehrte Feststellung:

Das mit dem Swap für die Klägerin verbundene Risiko und damit auch die Kosten eines Ausstiegs oder einer Glattstellung des Risikos hingen insbesondere vom CHF-Kassakurs und dessen Volatilität ab, der sich innerhalb eines Tages oder sogar innerhalb weniger Stunden auch sehr stark verändern und in einem einzigen Fall, nämlich vom 8. auf den 9.8.2011, zu Tagesschwankungen des Marktwertes von über EUR 100.000.000,-- führen konnte und auch führte, sodass auch allfällige Auflösungskosten einer entsprechenden Schwankung unterlagen. Der Swap ist für eine Buy-and-hold-Strategie (im Sinne eines Abschlusses und Beibehaltens über die gesamte Laufzeit ohne ständige Beobachtung, Kontrolle oder Eingriff) nicht geeignet, er bedurfte ständiger Beobachtung und gegebenenfalls auch einer Reaktion bis hin zur sofortigen Auflösung oder Glattstellung des Risikos. Notwendig war dabei jedenfalls zumindest eine tägliche Beobachtung des EUR/CHF-Devisenkassakurses (für die man nur einen Taschenrechner und einen Internet-Zugang gebraucht hätte) und ein rasches Handeln im Sinne einer Entscheidung über die weitere Vorgangsweise innerhalb eines

⁴⁰⁴ Vgl [https://en.wikipedia.org/wiki/Black_Monday_\(2011\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Black_Monday_(2011)).

⁴⁰⁵ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.2.1.5.1.

⁴⁰⁶ Gutachten, S 56.

Tages notwendig. Das wäre Mag █████ möglich gewesen. Die weiteren Umsetzungsmaßnahmen, das heißt insbesondere allenfalls notwendige Genehmigungen für die Umsetzung, müssen aber nicht auch innerhalb eines Tages durchgeführt werden. Anschließend an die Ausstiegsentscheidung wäre eine temporäre Absicherung gegen eine weitere Verschlechterung bis zur Umsetzung der Entscheidung mittels eines "prämienneutralen" (kostenfreien) "Delta Hedges" möglich, bei dem CHF angekauft werden, um Auswirkungen von Schwankungen des Kurses für die Dauer der Auflösung des Swaps abzufedern.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil das Erstgericht wesentliche Ausführungen der Gerichtssachverständigen übergeht und verzerrt darstellt. Die richtige Darstellung der Ausstiegsmöglichkeit ist aber relevant für die Beherrschbarkeit. Hätte das Erstgericht die Beherrschbarkeit zutreffend bejaht, hätte es von der ursprünglichen Gültigkeit des Swap ausgehen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.

18. Beherrschbarkeit keine Voraussetzung für Optimierung (S 39)

Angefochtene Feststellung:

Die Beherrschbarkeit des Risikos wiederum ist die Grundvoraussetzung dafür, den Swap lege artis zur Optimierung des Portfolios einzusetzen (GA ON 427, S. 53; ON 522, S. 16, Prot ON 569, S. 3).

Nach Ansicht der BAWAG PSK handelt es sich bei der Frage, wie die im GRB 2004 erwähnte Optimierung zu verstehen ist (und damit auch bei der Unterfrage, ob es dafür auf die Beherrschbarkeit ankommt, was BAWAG PSK verneint), um eine Rechtsfrage. Wieso Optimierung rechtlich nicht auf die Beherrschbarkeit abstellt, führt BAWAG PSK in der Rechtsrüge aus.⁴⁰⁷

Sollte das Oberlandesgericht Wien das anders sehen und die Frage, ob Optimierung von Beherrschbarkeit (insbesondere subjektiv für Stadt Linz) abhängt, als Tatfrage betrachten, bekämpft BAWAG PSK die oben zitierte Feststellung. Objektiv spricht insbesondere die finanzwirtschaftliche Interpretation des Optimierungsbegriffs dafür, wie auch die Gerichtssachverständigen aussagen.⁴⁰⁸ Subjektiv spricht der historische Wille der maßgeblichen Organe der Stadt Linz dafür.⁴⁰⁹

Begehrte Feststellung:

Die Beherrschbarkeit des Risikos ist keine zwingende Voraussetzung dafür, den Swap lege artis zur Optimierung des Portfolios einzusetzen.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil – wenn man der Rechtsmeinung anhängt, dass überhaupt ein Gemeinderatsbeschluss nötig war und Optimierung im GRB 2004 außenwirksam verstanden werden musste – das Verständnis von Optimierung über die Gültigkeit eines Geschäfts Aufschluss gibt, welches aufgrund des GRB 2004 geschlossen wurde. Bei richtiger

⁴⁰⁷ Vgl Punkt B.II.3.2.1.5.2.

⁴⁰⁸ Vgl dazu bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.2.1.5.1(c).

⁴⁰⁹ Vgl dazu bei der Beweistrüge Punkt C.II.1.

Auffassung wäre der Swap damit gültig geschlossen worden und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils hätte abgewiesen werden müssen.

19. Befassung des Gemeinderats (S 39)

Angefochtene Feststellung:

Eine Befassung des GR mit einem vorgeschlagenen Ausstieg bedurfte vier bis acht Wochen Zeit bis zu einer Entscheidung (ZV ■■■ ON 607, S. 17, PV Dobusch ON 112, S. 11), dies gilt auch für eine Beschlussfassung über eine nachträgliche Genehmigung von Maßnahmen, die der oder die BM im Rahmen der Notkompetenz setzt. Eine allenfalls notwendige Genehmigung einer vom GR beschlossenen Maßnahme durch die Aufsichtsbehörde verzögert eine wirksame Entscheidung um weitere Wochen.

Die Feststellung ist unrichtig, oder jedenfalls unvollständig, weil sie nicht berücksichtigt, dass der GR entsprechende Maßnahmen vorab beschließen hätte können. Offenkundig ist, dass bei einer echten Notsituation – und dem entsprechenden Willen – eine Entscheidung und Umsetzung in sehr kurzer Zeit (maximal ein Tag) in Notkompetenz/Notentscheidungsrecht möglich gewesen wäre, was auch das Gericht festhält. Das war übrigens auch bei anderen Notsituationen möglich. Ein aktuelles Beispiel ist die Covid19-Krise, bei der erkennbar wurde, dass gerade auf kommunaler Ebene rasch Entscheidungen getroffen werden können, wenn es sein muss. So richtete Stadt Linz einen "Solidaritätsfonds" für "in Notlagen geratene Linzerinnen und Linzer" ein. Die Einrichtung wurde zuerst alleine vom Stadtsenat beschlossen und nachträglich dem Gemeinderat zur Genehmigung vorgelegt.⁴¹⁰

Zudem ist in einer Notsituation die Aufsichtsbehörde verpflichtet, rasch zu handeln und kann sich nicht wie das Gericht meint Wochen Zeit lassen. Wenn der politische Wille da ist, sich mit einem Problem zu beschäftigen, können Entscheidungen also auch sehr rasch getroffen werden – dass dieser politische Wille trotz Kenntnis der Risiken beim Swap fehlte, ist alleine die Verantwortung von Stadt Linz und macht den Swap weder unbeherrschbar noch für die Stadt Linz ungeeignet.

Es wäre jedenfalls die Verantwortung von Stadt Linz gewesen, sich um die Schaffung der nötigen Voraussetzungen zu kümmern. In vergleichbarem Zusammenhang halten die Gerichtssachverständigen fest, dass es an der Stadt Linz gelegen wäre, zB regelmäßig indikative Auflösungspreise einzuholen, um das Risiko aus dem Swap zu beobachten (EGA, S 59). Genau so wäre es an der Stadt Linz gelegen, rechtzeitig die nötige Beschlusslage herzustellen, um im Notfall aus dem Swap auszusteigen. Bei gebotener Risikobeobachtung wäre dies für Stadt Linz auch problemlos möglich gewesen – die Gerichtssachverständigen halten den Swap für ein grundsätzlich beherrschbares Produkt und Stadt Linz hatte genug konkrete Möglichkeiten, das Risiko zu beschränken.⁴¹¹ Das ist aus Sicht von BAWAG PSK zwar eine Rechtsfrage, aber sollte das Oberlandesgericht Wien dies anders sehen, wird dies ergänzend als Feststellung begehrt.

⁴¹⁰ Vgl https://www.linz.at/medienservice/2020/202004_105864.php.

⁴¹¹ Vgl bei der Beweistrüge unten C.II.20.4.

Beweise dafür: Die vom Erstgericht zitierten Aussagen beziehen sich nur auf einen Teil einer Zeugenaussage von Mag ██████ zur Aufnahme von Darlehen, für die laut Zeugen ein Beschluss des Gemeinderates notwendig wäre. Sie berücksichtigen aber nicht, dass Mag ██████ ebenfalls aussagte, dass er seine Entscheidung innerhalb eines Tages treffen hätte können - und das reicht bereits. Es ist außerdem offenkundig – und die jüngste Krise zeigte das wieder – das in Krisensituationen rascher gehandelt werden kann und muss.

Begehrte Feststellung:

Eine Entscheidung über einen Ausstieg aus dem Swap wäre innerhalb eines Tages möglich gewesen (ZV ██████ ON 607), dies gilt auch für eine Beschlussfassung über eine (nachträgliche) Genehmigung von Maßnahmen, die der oder die BM im Rahmen der Notkompetenz setzt.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil die rechtliche Begründung des Erstgerichts davon ausgeht, dass eine Entscheidung viel länger als einen Tag gedauert hätte und das Risiko aus dem Swap deshalb unbeherrschbar war. Tatsächlich war das Risiko aus dem Swap für Stadt Linz aber beherrschbar.⁴¹² Da wie rechtlich ausgeführt keine aufsichtsbehördliche Genehmigung erforderlich war, kann sich diese auch nicht auf die Beherrschbarkeit auswirken. Wenn man das wie das Erstgericht anders sieht, hätte man im Sinn der begehrten Feststellung aber von Beherrschbarkeit und damit von der Gültigkeit des Swap ausgehen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.

20. Swap war beherrschbar und optimierend (S 39 f)

20.1. Angefochtene Feststellung

S 39 f:

Es war bei Abschluss des Swaps ex ante nicht auszuschließen, dass sich dieser während der gesamten Laufzeit zu Lasten der Klägerin so entwickelt, dass das aus dem Swap resultierende Risiko und die zu erwartenden Zahlungspflichten für die Klägerin nicht mehr tragbar sein werden und das Geschäft daher aufgelöst oder durch Hedging neutralisiert werden muss. In beiden Fällen war nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ex ante nicht auszuschließen, dass es zu Auflösungskosten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres der Klägerin übersteigen, wenn man ex ante von einem Erstarren des CHF gegenüber dem EUR über die Laufzeit ausgeht (negative Drift in den Wahrscheinlichkeitsberechnungen). Unter der Annahme einer Kursstabilität (neutralen Drift) und unter der Prämisse eines Erstarkens des EUR gegenüber des CHF (positive Drift) werden die Wahrscheinlichkeiten des Eintritts solcher Szenarien mit entsprechend hohen Auflösungs- oder Glattstellungskosten geringer bis hin zu einer Unmöglichkeit eines solchen Szenarios. Sowohl ein Erstarren des EUR, als auch ein Erstarren des CHF über die Swap-Laufzeit war 2007 ex ante im Bereich des Möglichen und konnte bei einer Abschätzung der möglichen Folgen des Swaps lege artis nicht als gänzlich unwahrscheinlich außer Betracht bleiben.

⁴¹² Vgl dazu auch bei der Beweisrüge Punkt C.II.20.

Es war ex ante nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch erkennbar und nicht auszuschließen, dass es bei aufrehtem Swap über die gesamte Laufzeit zu jährlichen Zahlungsverpflichtungen der Klägerin zu den Fälligkeitszeitpunkten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen (Ergänzungs-GA ON 522 und Erörterungen im Prot ON 569).

[...]

S 40:

15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags der Klägerin, das sind 15% der ordentlichen Einnahmen 2007 abzüglich Zinsen, Tilgungen und Tilgungsrücklage, betragen im Jahr 2007 EUR 31.391.415,- (der Höhe nach unstrittig). Eine aus dem Swap resultierende Zahlungspflicht in dieser Höhe oder darüber hätte die Klägerin jedenfalls über eine Darlehensaufnahme finanzieren müssen (ZV █████ Prot ON 607, S. 17, 19 und Prot ON 608, S. 3).

Es bestand daher zusammengefasst bei Abschluss des Swaps die erkennbare, prognostizierbare und nicht bloß unter außergewöhnlichen Umständen gegebene Möglichkeit und Gefahr, dass die Klägerin das mit dem Swap verbundene Risiko nicht mehr beherrschen werde können, weil der Fall eintreten konnte, dass sie einen zur Risikobeherrschung notwendigen Ausstieg oder eine Risikoneutralisierung weder zeitgerecht beschließen, noch die Finanzierung dafür sicherstellen kann und auch die Möglichkeit, dass sie selbst die Zahlungen aus dem laufenden Swap ohne genehmigungspflichtige Darlehensaufnahmen nicht leisten werde können (Gesamtergebnis Gutachten ON 427, Ergänzungsgutachten ON 522 und GA-Erörterung Prot ON 569).

20.2. Unrichtigkeit der Feststellung

Alle diese Feststellungen werden zusammengefasst angefochten. Sie sind durch die unten angeführten Feststellungen zu ersetzen. Die unrichtigen Feststellungen bilden nach (allerdings rechtlich unrichtiger) Ansicht des Erstgerichts und nach der erkennbaren Systematik des Zwischenurteils offenbar einen ganz wesentlichen Teil des entscheidungsrelevanten Sachverhalts ab und hängen inhaltlich zusammen. Kurz zusammengefasst geht es darin nach dem Verständnis von BAWAG PSK um folgende Frage:

War *ex ante* "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" nicht auszuschließen und/oder erkennbar, dass Stadt Linz aufgrund des Swap an den halbjährlichen Zahlungsterminen oder wegen einer notwendigen Auflösung des Swap Zahlungen wird leisten müssen, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres (§ 78 Abs 1 Z 2 StL 1992) übersteigen?

Bereits auf den ersten Blick ist erkennbar, dass die vom Erstgericht in den Feststellungen beantwortete Frage viele Annahmen und Unsicherheiten beinhaltet ("gewöhnlicher Lauf der Dinge", Notwendigkeit einer Auflösung aus dem Swap, etc). Das Gericht braucht alle diese aufeinander aufbauenden Annahmen, um zu einem – zumindest in sich einigermaßen schlüssigen – Konstrukt zu gelangen. Dieses Konstrukt hat aber nichts mit der Realität zu tun:

- Vorweg: Das Erstgericht trifft diese Feststellungen im Zusammenhang mit dem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis für Darlehen (dort kommt auch die 15 %-Grenze des Erstgerichts her). Wie aber bereits in der Rechtsrüge ausgeführt, kommt ein solches Genehmigungserfordernis schon rechtlich nicht in Betracht. Außerdem ergibt sich nirgends aus dem Gesetz, dass bei der Beurteilung eines Genehmigungserfordernisses auf den "gewöhnlichen Lauf der Dinge" abzustellen ist – das ist eine reine Erfindung des Erstgerichts, ohne dass hierfür eine gesetzliche Grundlage bestehen würde.⁴¹³ Geht man – unzutreffender Weise – wie das Erstgericht davon aus, dass es ein Genehmigungserfordernis gab und der "gewöhnliche Lauf der Dinge" dafür irgendwie relevant sein kann, zeigt sich jedoch, dass bei richtiger Feststellung auch in diesem Fall keine Ungültigkeit des Swap wegen einer fehlenden Genehmigung angenommen werden kann.
- "Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" war *ex ante* nämlich sowohl tatsächlich als auch erkennbar auszuschließen, dass Stadt Linz entweder laufend oder einmalig Zahlungen wird leisten müssen, die die 15 %-Schwelle überschreiten. Es war nämlich laut den Gerichtssachverständigen objektiv kein Problem, das Risiko aus dem Swap zu beherrschen. Zu einer anderen Ansicht gelangt das Erstgericht nur, weil es die Sachverständigengutachten beharrlich missinterpretiert und einem Rückschaufehler unterliegt.⁴¹⁴
- Obwohl es darauf nicht ankommt und (wenn überhaupt) eine objektive Beherrschbarkeit ausreichend wäre, war eine solche Beherrschung des Risikos auch subjektiv der Stadt Linz möglich. Insbesondere hatte sie ausreichend (kostenfreie) Gelegenheit dazu, den Swap zu restrukturieren oder ganz auszusteigen. BAWAG PSK bot nämlich praktisch über die ganze Laufzeit Restrukturierungsmöglichkeiten an. Darauf kommt es aber gar nicht an: Es wäre nämlich laut Gerichtssachverständigen sowieso an der Stadt Linz gelegen, das Risiko zu beobachten und sich um die Restrukturierung zu kümmern.⁴¹⁵
- Die 15 %-Schwelle ist in § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 für **laufende Tilgungen** (!) von Darlehen vorgeschrieben. Das Erstgericht zieht die Schwelle hier aber heran, um sie ins Verhältnis zur **kompletten Darlehensvaluta**, also dem gesamten kreditierten Betrag, zu setzen ("*über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen*"). Das ist offensichtlich (logisch und finanzmathematisch) unrichtig.⁴¹⁶
- Und selbst wenn man das alles anders sehen sollte, ist die Feststellung des Erstgerichts noch immer unrichtig: Angesichts der Finanzkraft der Stadt Linz ist nämlich nicht davon auszugehen, dass eine Fremdfinanzierung in den vom Erstgericht genannten Fällen jedenfalls notwendig gewesen wäre, wovon das Erstgericht aber ohne nähere Begründung ausgeht.⁴¹⁷

⁴¹³ Vgl zur Rechtsrüge Punkt B.I.5.5.

⁴¹⁴ Unten Punkt C.II.20.3.

⁴¹⁵ Unten Punkt C.II.20.4.

⁴¹⁶ Unten Punkt C.II.20.5.

⁴¹⁷ Unten Punkt C.II.20.6.

Mit all diesen Argumenten setzte sich das Erstgericht übrigens nicht auseinander. Stattdessen verweist es am Ende des oben zitierten Feststellungsblocks schlicht auf das "**Gesamtergebnis**" aller Sachverständigengutachten. Dies macht die **Beweiswürdigung unüberprüfbar** und zeigt, dass es sich dabei um eine reine Scheinbegründung handelt:

Die Begründungspflicht der Beweiswürdigung stellt nämlich wesentliche objektive Kriterium zur notwendigen Korrektur der Subjektivität der (freien) richterlichen Beweiswürdigung dar. Sie soll verhindern, dass die Freiheit der Beweiswürdigung missbraucht und damit zur Willkür wird:

- Das Ersturteil müsste also nicht nur die erforderlichen Tatsachenfeststellungen klar und zweifelsfrei erkennen lassen, sondern auch die Begründung dafür, warum der Richter die festgestellten Tatsachen als erwiesen und andere behauptete Tatsachen als nicht erwiesen angenommen hat.⁴¹⁸ Das Erstgericht müsste außerdem in knapper, überprüfbarer und logisch einwandfreier Form darlegen, warum er auf Grund bestimmter Beweis- oder Verhandlungsergebnisse bestimmte Tatsachen feststellt, damit sowohl die Parteien als auch das Rechtsmittelgericht die Schlüssigkeit seines Werturteils überprüfen können.⁴¹⁹ All dies ist nicht geschehen.
- Wie der Oberste Gerichtshof grundsätzlich dargelegt hat, muss das Gericht klar und zweifelsfrei aussprechen, welche Tatsachen seiner Meinung nach vorliegen. Es hat sie im Einzelnen anzuführen, die Beweismittel zu bezeichnen, die für die Gewinnung dieser Feststellung von Bedeutung waren, und schließlich die Gründe darzulegen, warum es die festgestellten Tatsachen als erwiesen angenommen hat und warum es andere Tatsachen, die zwar behauptet wurden und die für die Entscheidung gleichfalls von Bedeutung wären, nicht als erwiesen angesehen hat.⁴²⁰ Auch dies ist nicht geschehen.

Der Mangel einer Begründung der Beweiswürdigung stellt damit einen wesentlichen Verfahrensmangel dar. Mit diesem Verfahrensmangel ist das Ersturteil aufgrund der bloßen Scheinbegründung des Erstgerichts belastet, was gesondert geltend gemacht wird.⁴²¹

Im Folgenden geht BAWAG PSK trotzdem auf jeden einzelnen oben genannten Aufzählungspunkt gesondert und unter Verweis auf konkrete Beweismittel ein. Am Ende jedes Unterkapitels fasst BAWAG PSK als Zwischenergebnis die aus den Ausführungen folgende Ersatzfeststellung zusammen. Alle Ersatzfeststellungen gemeinsam werden zur besseren Übersicht am Ende dieses Punktes der Beweisrüge noch einmal gesammelt als neue Ersatzfeststellung begehrt.

⁴¹⁸ *Rechberger* in Fasching/Konecny³ III/1 § 272 Rz 7.

⁴¹⁹ OLG Wien EFSlg 64.091.

⁴²⁰ OGH 6 Ob 139/70 RZ 1971, 15.

⁴²¹ Vgl bei Mängelrüge Punkt D.II.11.

20.3. Swap objektiv beherrschbar

Laut Gerichtssachverständigen geht es bei Beherrschbarkeit eines Swap nicht wesentlich um Wahrscheinlichkeiten für das Eintreten gewisser Verlustereignisse. Stattdessen verstehen die Gerichtssachverständigen unter Beherrschbarkeit eines Risikos, dass man in einem Szenario, in dem Verluste drohen oder bereits angefallen sind, so handeln kann, dass weitere Verluste oder Gesamtverluste begrenzt (nicht ausgeschlossen) werden können.⁴²² Legt man diese Definition auf die angefochtene Feststellung des Erstgerichts um, zeigt sich: Wenn das Risiko aus dem Swap beherrschbar war, hätten Verluste oder Gesamtverluste begrenzt werden können und damit wäre die 15 %-Schwelle nie überschritten worden. Tatsächlich war es auch so, dass das Risiko aus dem Swap beherrschbar war:

Sowohl im ursprünglichen Gutachten als auch im Ergänzungsgutachten halten die Gerichtssachverständigen dazu fest, dass der Swap mit Hilfe eines Risikoleitfadens beherrschbar war.⁴²³ Man hätte zB mit einer Bank vereinbaren können, dass der Swap dann geschlossen wird, wenn sein Wert erstmals eine gewisse Wertgrenze unterschreitet.⁴²⁴ Damit unterscheidet sich das Risiko aus dem Swap nicht vom Risiko aus jedem gewöhnlichen Fremdwährungsdarlehen, wie Stadt Linz mit der CHF-Anleihe schon vor dem Swap eines hatte.⁴²⁵ Mit einem Risikoleitfaden wäre das Risiko aus dem Swap auch für eine Institution der öffentlichen Hand beherrschbar, sie könnte so die Chancen im Markt für Zins-/Währungs-Optimierung nutzen⁴²⁶ und der Swap war wirtschaftlich sinnvoll.⁴²⁷

Beim Risikoleitfaden muss es sich auch nicht um ein gesondertes Dokument oder überhaupt etwas Schriftliches handeln. Die Gerichtssachverständigen sagten dazu aus: *"Anzumerken ist, dass es sich dabei nicht um ein förmliches Papier handeln muss, es kann auch quasi eine Art mentaler Leitfaden sein, etwa wenn der Entscheidungsbefugte für sich diese Strategie und alle möglichen Folgen bei bestimmten Ereignissen bei sich gespeichert hat gegebenenfalls unter Beiziehung aller sonstigen Entscheidungsträger die für die Umsetzung notwendig wären."*⁴²⁸ Wie unten gezeigt wird verfügte Stadt Linz über einen solchen Risikoleitfaden (obwohl es ohnehin nicht darauf ankommt, ob Stadt Linz subjektiv den Swap beherrschen konnte, sondern nur, ob er objektiv beherrschbar war).

Neben dem Risikoleitfaden bestand die erforderliche Infrastruktur für eine grundlegende Risikoinschätzung, um während der Laufzeit des Swap reagieren zu können, lediglich in einem Taschenrechner und in einem Internetzugang.⁴²⁹ Selbst das war aber nicht nötig - man hätte, wie oben zitiert, auch einfach mit einem Dritten, zB einer Bank, vereinbaren können, dass ab einem bestimmten Wert das Geschäft aufgelöst werden soll (anstatt das Risiko selbst mit Internet und Taschenrechner einzuschätzen).

Aufgrund dieser Aussagen der Gerichtssachverständigen steht nach Ansicht von BAWAG PSK fest:

⁴²² Ergänzungsgutachten, S 16.

⁴²³ Gutachten, S 54 und 106; EGA, S 16 und 36 f.

⁴²⁴ Gutachten, S 54, EGA, S 16.

⁴²⁵ Gutachten, 54.

⁴²⁶ Gutachten, S 54.

⁴²⁷ EGA, S 39.

⁴²⁸ Protokoll 11.3.2019, S 14.

⁴²⁹ Gutachten, S 56.

Versteht man Beherrschbarkeit als Begrenzung der Verluste/Gesamtverluste, war der Swap für jeden, auch für eine Kommune, alleine mit Hilfe eines Risikoleitfadens, der auch ein bloßer mentaler Leitfaden sein kann und nicht verschriftlicht sein muss, beherrschbar. Damit unterscheidet sich das Risiko aus dem Swap nicht vom Risiko aus Fremdwährungsdarlehen.

Bereits diese Feststellung hätte gereicht, um die Beherrschbarkeit und damit im Sinn des Erstgerichts auch die Optimierungseignung des Swap zu bejahen und den Zwischenfeststellungsantrag abzuweisen.

20.4. Swap subjektiv für Stadt Linz beherrschbar

Neben dem Risikoleitfaden bestand laut Gerichtssachverständigen die erforderliche Infrastruktur, für eine grundlegende Risikoeinschätzung um während der Laufzeit des Swap reagieren zu können, wie erwähnt in einem Taschenrechner und in einem Internetzugang.⁴³⁰ Stadt Linz verfügte über beides.⁴³¹ Damit hatte Stadt Linz auch subjektiv-konkret die Möglichkeit, den Swap zu beherrschen. Ein einfaches – aus Sicht der Sachverständigen ausreichendes – Risiko-Monitoring wäre für Stadt Linz damit möglich gewesen.⁴³²

Tatsächlich nutzte Stadt Linz die Möglichkeiten zur Risikobeobachtung und –beherrschung auch:

- Mag █████ dessen Handeln und Wissen der Stadt Linz zuzurechnen ist,⁴³³ beobachtete die Entwicklung des Swap (sowie anderer Finanzgeschäfte der Stadt Linz) in der Excel Datei "Swaps.xls" laufend. Es handelt sich dabei um eine aus der Festplatte von Mag █████ rekonstruierte, zeitgenössische Datei, in der Mag █████ die Formel des Swap korrekt nachbaute und regelmäßig während der Laufzeit des Swap das maximale Risiko anhand bestimmter EUR/CHF-Werte ausrechnete und in das Dokument eintrug (Beilage ./98).
- Außerdem zeichnete er in einem anderen Dokument die Bewertungen des Swap detailliert auf und analysierte diese, zB in dem er Zahlungsflüsse saldierte (Beilage ./248.2). Das Dokument passte er laufend über die gesamte Laufzeit des Swap an, was zeigt, dass er das Risiko aus dem Geschäft ständig im Auge hatte (Beilage ./248.1 – Erstellungsdatum ist 26.2.2007, also unmittelbar nach Abschluss des Swap; zuletzt bearbeitet wurde es aber am 4.4.2011 und aus dem Inhalt ist ersichtlich, dass es über die ganze Zeitspanne aktuell gehalten wurde). Genau eine solche Tabelle wäre laut Gerichtsachverständigen eine taugliche, einfach zu realisierende Vorgehensweise zur Risikobegrenzung gewesen.⁴³⁴
- Aus diesen Unterlagen ist bereits ersichtlich, dass Mag █████ offensichtlich eine Strategie im Zusammenhang mit dem Swap verfolgte. Dies bestätigte er in seiner Einvernahme in diesem Verfahren: *"Da war es eine relativ einfache Formel, in die man einfach die Schweizer Franken Kurse einsetzten konnte, und da habe ich die*

⁴³⁰ Gutachten, S 56.

⁴³¹ Protokoll 13.5.2019, S 6 (ZV Mag █████)

⁴³² EGA, S 39.

⁴³³ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.3.

⁴³⁴ Gutachten, S 72.

Kurse von 1,44 bis 1,62 eingegeben. Ich habe damals ja hinsichtlich des Swaps 4175 auch einen Backtest gemacht mit einer 10 Jahres-Zeitlinie und den entsprechenden Wechselkursen und mein Ergebnis der Prüfung war, dass er durchaus zur Optimierung geeignet ist." (Protokoll 13.5.2019, 14). Daraus ergibt sich auch Mag [REDACTED] Risikoleitfaden: EUR/CHF 1,44 war für ihn die Untergrenze. Dass die Stadt Linz trotzdem nicht entsprechend dieses Risikoleitfadens handelte, als EUR/CHF diesen Wert unterschritt, ändert nichts daran, dass er über einen tauglichen Risikoleitfaden mit Stop-Loss-Strategie verfügte.

- Für die Beurteilung künftiger Zahlungen aus dem Swap stützte sich Mag [REDACTED] außerdem auch auf die Analysen und Erwartungen von österreichischen und ausländischen Banken, sowohl bezogen auf die Zinsseite als auch auf die Währungsseite des Swap (Protokoll 13.5.2019, S 6 f).

Zusammengefasst verfügte Stadt Linz über einen Risikoleitfaden im oben von den Gerichtssachverständigen beschriebenen Sinn. Wie zitiert ist dafür kein gesondertes schriftliches Dokument nötig, ein mentaler Leitfaden reicht.⁴³⁵ Dieser bestand hier in dem von Mag [REDACTED] selbst gesetzten annehmbaren "Korridor", in dem sich der EUR/CHF seinem Risikoappetit nach bewegen durfte.

Der Stadt Linz war damit die Risikobeobachtung und -beherrschung möglich. Mag [REDACTED] als ihr Vertreter nutzte diese Möglichkeiten auch. BAWAG PSK durfte *ex ante* auch davon ausgehen, dass Stadt Linz diese Möglichkeiten nutzen wird: Im Sinn der oben bekämpften Feststellung hatte Mag [REDACTED] ausreichend Kenntnisse und Erfahrungen, was er gegenüber BAWAG PSK, vertreten durch [REDACTED] [REDACTED] auch zeigte.⁴³⁶ Im Sinn der ergänzend begehrten Feststellung in der Rechtsrüge und der dort genannten Beweismittel vertrat Mag [REDACTED] Stadt Linz gegenüber BAWAG PSK und anderen nationalen und internationalen Großbanken als Profi weitgehend selbständig.⁴³⁷

All das wäre für die subjektive Beherrschbarkeit nach Ansicht der Gerichtssachverständigen aber gar nicht nötig gewesen. Man hätte, wie oben laut den Gerichtssachverständigen zitiert, auch einfach mit einem Dritten, zB einer Bank, vereinbaren können, dass ab einem bestimmten Wert das Geschäft aufgelöst werden soll (anstatt das Risiko selbst mit Internet und Taschenrechner einzuschätzen). Laut den Gerichtssachverständigen wäre es dabei Aufgabe der Stadt Linz gewesen, sich darum zu kümmern und zB regelmäßig indikative Auflösungspreise einzuholen (EGA, S 59). Wenn Stadt Linz das nicht aktiv tat, ändert das nichts an der grundsätzlichen Beherrschbarkeit des Geschäfts.

Die Beherrschbarkeit des Swap ergab sich auch aus der Möglichkeit, den Swap zu restrukturieren, um Risiken auszuschließen oder zu begrenzen. Solche Restrukturierungen sind laut den Gerichtssachverständigen in vergleichbaren Fällen absolut üblich, wie auch gleich unten näher ausgeführt wird.⁴³⁸ Dass Stadt Linz diese Möglichkeit nicht ergriff, ändert nichts daran, dass der Swap beherrschbar war.

⁴³⁵ Protokoll 11.3.2019, S 14.

⁴³⁶ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt C.II.3.

⁴³⁷ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.4.3.

⁴³⁸ Protokoll 13.5.2019, S 23.

Konkret hatte Stadt Linz während der Laufzeit des Swap auch tatsächlich reichlich Gelegenheiten zur Restrukturierung, woraus sich die Beherrschbarkeit des Swap ebenfalls ergibt:

BAWAG PSK unterbreitete der Stadt Linz nämlich zwischen Sommer 2007 und bis ins Jahr 2010 zahlreiche Ausstiegs- und/oder Restrukturierungsangebote zur Reduktion/Absicherung des mit dem Swap verbundenen Risikos. Sämtliche dieser nachstehend genannten Vorschläge wurden von der Stadt Linz ausgeschlagen, obwohl BAWAG PSK jederzeit zu deren Abschluss bereit war (Zwischenurteil, S 38):

- Das erste Ausstiegsangebot wurde am 17.7.2007 unterbreitet. Der Vorschlag, den Swap glattzustellen, verwarf Stadt Linz "wegen Kosten", wie aus der Aufstellung von BAWAG PSK über die schriftliche Korrespondenz mit der Stadt Linz ersichtlich ist.⁴³⁹ Die Gerichtssachverständigen gehen davon aus, dass Stadt Linz aufgrund des vorzeitigen Ausstiegs aus dem Swap zu diesem Zeitpunkt sogar noch Geld **erhalten** hätte, nämlich rund EUR 1,7 Millionen (selbst unter Einrechnung einer zusätzlichen Auflösungsmarge, welche die Gerichtssachverständigen naturgemäß nicht berücksichtigen können, hätte das noch immer Einnahmen für Stadt Linz bedeutet).⁴⁴⁰
- Am 7.1.2008, als sich die Marktlage – als Konsequenz der beginnenden weltweiten Finanzkrise – erstmals zu Ungunsten der Stadt Linz verändert hatte, bot BAWAG PSK eine Absicherung zum Swap an, wonach Stadt Linz weiterhin den 6-Monats-CHF-Libor erhalten hätte, fortan aber bei ansonsten gleichbleibender Formel einen Fixzinssatz von 1,065 % (statt wie bisher 0,065 %) bezahlt hätte, allerdings begrenzt mit einem maximalen variablen Zinssatz von 10 % ("Cap"). In Summe, gemeinsam mit dem Fixzinssatz, hätte der Zinssatz also höchstens 11,065 % betragen können. BAWAG PSK wies in dem E-Mail sogar ausdrücklich darauf hin, dass der starke Anstieg von Volatilitäten "*im Markt nach wie vor eine wichtige Rolle*" spiele.

BAWAG PSK konnte zu dem Zeitpunkt natürlich genau so wenig die Zukunft vorhersagen wie Stadt Linz. Allerdings gab BAWAG PSK Stadt Linz mit dem E-Mail (sowie davor und danach) alle Mittel in die Hand, um eine informierte Entscheidung so einfach wie möglich treffen zu können.⁴⁴¹ Dies hätte übrigens, wie auch andere Vorschläge, keinerlei Darlehensaufnahme erfordert und wäre daher ohne Einbindung von Gemeinderat oder Aufsichtsbehörde möglich gewesen.

- Im Rahmen eines Gesprächs zwischen Mitarbeitern von BAWAG PSK und Mag █████ am 1.2.2008 schlugen diese Mag █████ vor, den Swap zu restrukturieren oder aus dem Geschäft auszusteigen, da der Marktwert des Swap klar negativ war und die Wechselkursprognosen zunehmend unsicherer wurden.⁴⁴² Mag █████ gab übrigens selbst an, dass er ab dieser Besprechung Bewertungen überschlagsmäßig selbst ausrechnen konnte.⁴⁴³ Dies tat er später auch ("*Pi x Daumen*").⁴⁴⁴

⁴³⁹ Vgl ON 38, AS 417 (Beilage ./75).

⁴⁴⁰ Gutachten, S 94 f.

⁴⁴¹ Vgl ON 5 AS 345 E-Mail von █████ vom 7.1.2008 an Mag █████ (Beilage ./19).

⁴⁴² Vgl Präsentation vom 1. Februar 2008, ON 38 AS 299 ff; siehe auch ON 38 AS 605 (Beilagen ./54, ./68, ./75).

⁴⁴³ ZV █████ am 14.5.2019, S 12 f.

⁴⁴⁴ ON 253, S 43 (Beilage ./9xA).

- Am 15.5.2008 bot BAWAG PSK erneut zwei weitere Umstrukturierungsmöglichkeiten an. Diese waren einerseits ein Closing der FX-Komponente, wobei für die Restlaufzeit ein CHF-Fixzinssatz von 3,55 % angeboten wurde, und andererseits ein Cap, wobei sich ein maximales Risiko von 10 % Zinszahlung ergeben hätte. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass weitere Varianten bei einer Laufzeitverlängerung um 2 bis 5 Jahre möglich wären.⁴⁴⁵ Auch dies hätte keinerlei Darlehensaufnahme erfordert und wäre daher ohne Einbindung von Gemeinderat oder Aufsichtsbehörde möglich gewesen.
- Am 4.11.2008 fand von 9.00 Uhr bis 10.30 Uhr im Magistrat der Landeshauptstadt Linz ein Treffen zwischen BAWAG PSK und der Stadt Linz zur aktuellen Analyse der EUR/CHF Resettable Struktur statt. Teilnehmer waren: Mag ██████████ ██████████ Mag ██████████ ██████████ und ██████████ ██████████. Aus der Gesprächsnotiz geht hervor, dass Mag ██████████ über die aktuellen Bewertungen informiert wurde, allerdings eine Restrukturierung ablehnte, weil er im Hinblick auf von ihm erwartete höhere EUR/CHF-Kurse keinen unmittelbaren Handlungsbedarf sah und dass Mag ██████████ betonte, dass Stadt Linz als professioneller Marktteilnehmer eingestuft ist und sich Stadt Linz der Risiken der Struktur voll bewusst sei.⁴⁴⁶
- Am 5.11.2008 übermittelte ██████████ ██████████ an Mag ██████████ Optimierungsvorschläge zur Absicherung der Zahlungsverpflichtung für die nächsten Fälligkeitstermine 15.4.09, 15.10.09 und 15.4.10.⁴⁴⁷
- Im Rahmen eines Termins am 5.11.2008 informierte Mag ██████████ Mag ██████████ dass der Swap 4175 zum 4.11.2008 einen negativen Marktwert von EUR 62 Millionen aufwies. Zusätzlich übermittelte Mag ██████████ Mag ██████████ am 11.11.2008 die aktuelle Bewertung und Darstellung der verschiedenen Einflussfaktoren zur Verwendung durch Mag ██████████ bzw zur Information seiner Gremien.⁴⁴⁸
- Am 25.11.2008 übermittelte ██████████ ██████████ an Mag ██████████ erneut das Angebot vom 5.11.2008 in adaptierter Form.⁴⁴⁹
- Am 13.3.2009 wurde ein weiterer Vorschlag zur Absicherung des Swap 4175 von ██████████ ██████████ an Mag ██████████ unterbreitet.⁴⁵⁰
- Am 5.5.2009 wurde der Stadt Linz von BAWAG PSK angeboten, das schwankende Währungsrisiko (FX-Risiko) durch einen CHF-Fixzinssatz zu ersetzen.⁴⁵¹
- Ebenfalls im Mai 2009 präsentierte BAWAG PSK der Stadt Linz mehrere Varianten zur Absicherung des Zinsrisikos: Zum einen wurde der Stadt Linz vorgeschlagen, einen Cap im Hinblick auf die Zinszahlungen bei einem worst case von 1,400 mit

⁴⁴⁵ Vgl ON 5 AS 377 = ON 38 AS 305, Email von ██████████ ██████████ an Mag ██████████ vom 15.5.2008 (Beilage ./114).

⁴⁴⁶ Vgl ON 5 AS 379 (Beilage ./128).

⁴⁴⁷ Vgl Email von ██████████ ██████████ an Mag ██████████ vom 5.11.2008, ON 5 AS 381 (Beilage ./118).

⁴⁴⁸ Vgl Schreiben vom 11.11.2008 von Mag ██████████ an Mag ██████████ ON 38 AS 339 ff (Beilage ./20).

⁴⁴⁹ Vgl Email vom 25.11.2008 von ██████████ ██████████ an Mag ██████████ ON 5 AS 387 (Beilage ./130).

⁴⁵⁰ Vgl Email vom 13.3.2009 von ██████████ ██████████ an Mag ██████████ ON 5 AS 391 (Beilage ./123).

⁴⁵¹ Vgl Email von ██████████ ██████████ an Mag ██████████ vom 5.5.2009, ON 5 AS 393 (Beilage ./124).

maximal 8,14% einzuziehen. Zum anderen wurde der Stadt Linz angeboten, den Strike zur Gänze zu eliminieren.⁴⁵²

- Am 26.6.2009 übermittelte BAWAG PSK an Mag [REDACTED] einen Optimierungsvorschlag des Swaps und Szenarien am Beispiel der Optionstermine 15.10.2009 und 15.4.2010. Weiters stellte sie den zu erwartenden Prämienaufwand dar.⁴⁵³
- Aus der Gesprächsnotiz von BAWAG PSK über ein Gespräch zwischen Mitarbeitern von BAWAG P.S.K und Mag [REDACTED] sowie Dr [REDACTED] am 13.4.2010⁴⁵⁴ sowie aus der Präsentation von BAWAG PSK vom 13.4.2010⁴⁵⁵ geht hervor, dass mit Mag [REDACTED] und Dr [REDACTED] unterschiedliche Varianten zur Auflösung des Swap 4175 erörtert wurden. Mag [REDACTED] und Dr [REDACTED] wurde vorgeschlagen, durch Laufzeitverlängerung um 1 Jahr und Fixzinsanhebung auf 3,95% eine Absicherung bei EUR/CHF von 1,42 zu erwerben, um sich zu 100% gegen weiter sinkende Notierungen zu schützen. Dies wurde jedoch ausdrücklich von Mag [REDACTED] und Dr [REDACTED] abgelehnt. Wie bei anderen Vorschlägen wäre hier keine Darlehensaufnahme notwendig gewesen.
- Am 26.4.2010 wurde Mag [REDACTED] von Herrn [REDACTED] über Rückkaufpreise für einzelne Optionen zur Risikominderung informiert.⁴⁵⁶
- Am 6.7.2010 fand zwischen Mitarbeitern von BAWAG PSK und dem damaligen Bürgermeister Dr Dobusch ein Gespräch statt. Aus dem darauffolgenden Schreiben von Dr [REDACTED] (BAWAG PSK) an Bürgermeister Dr Dobusch vom 7.7.2010 geht hervor, dass die Mitarbeiter von BAWAG PSK in ständigem Kontakt mit Mag [REDACTED] und Dr Mayr standen und diesen laufend Restrukturierungsvorschläge unterbreiteten.⁴⁵⁷
- Am 5.8.2010 fand eine Besprechung zum Thema "Bestehender FX Resettable Swap mit der Stadt Linz" zwischen BAWAG PSK und Vertretern der Stadt Linz statt, in der Dr [REDACTED] auf die laufende Produktinformation und die angebotenen Auflösungsvorschläge und Umstrukturierungsvarianten, die von der Stadt Linz wiederholt abgelehnt worden waren, hinwies.⁴⁵⁸
- Im Rahmen eines Termins von BAWAG PSK mit der Stadt Linz am 19.8.2010 wurden insgesamt drei Handlungsoptionen präsentiert, die sich nach den Worten von Bürgermeister Dr Dobusch im Rahmen des Gemeinderatsbeschlusses 2004 bewegen (EUR 195 Mio Nominale).⁴⁵⁹

⁴⁵² Vgl ON 5 AS 817-837 = ON 38 AS 365 ff (Beilage ./125).

⁴⁵³ Vgl Email vom 26.6.2009 von [REDACTED] an Mag [REDACTED] ON 5 AS 395 (Beilage ./126).

⁴⁵⁴ Vgl ON 5 AS 399 (Beilage ./74).

⁴⁵⁵ Vgl ON 5 AS 839-857 (Beilage ./131).

⁴⁵⁶ Vgl Email vom 26.4.2010 von [REDACTED] an Mag [REDACTED] ON 5 AS 401 (Beilage ./132).

⁴⁵⁷ Vgl ON 5 AS 411 (Beilage ./134).

⁴⁵⁸ Vgl ON 5 AS 417 (Beilage ./75).

⁴⁵⁹ Vgl ON 5 AS 425 (Beilage ./139), wo auf die Besprechung am 19.8.2010 Bezug genommen wird und noch ergänzende Handlungsoptionen übermittelt werden (wo also BAWAG PSK Stadt Linz noch mehr Möglichkeiten bietet, zu restrukturieren – die Stadt Linz dann schließlich ebenfalls alle ausgeschlagen hat).

- Am 24.8.2010 erfolgte eine ergänzende Präsentation von BAWAG PSK an Stadt Linz, in der weitere Varianten einer möglichen Auflösung des Swap dargestellt wurden.
- Am 25.8.2010 übermittelte Herr [REDACTED] (BAWAG PSK) eine Unterlage zu den ergänzenden Handlungsoptionen an Mag [REDACTED] und Mag [REDACTED].⁴⁶⁰
- Am 31.8.2010 fand zwischen Mitarbeitern von BAWAG PSK und Mag [REDACTED] eine Besprechung über diverse Varianten zur Auflösung/Restrukturierung statt.⁴⁶¹
- Am 27.10.2010 boten Dr [REDACTED] und Herr [REDACTED] (BAWAG PSK) gegenüber Mag [REDACTED] erneut an, eine Auflösung bzw Restrukturierung für den Swap auszuarbeiten.⁴⁶²
- Am 22.2.2011 erging ein weiteres Angebot von Dr [REDACTED] und Dr [REDACTED] (BAWAG PSK) an den damaligen Bürgermeister Dr Dobusch weitere Auflösungs- und Umstrukturierungsvorschläge auszuarbeiten.⁴⁶³

Jedes dieser Angebote und Vorschläge für sich genommen wäre tauglich gewesen, das Risiko aus dem Swap zu begrenzen und damit im Sinn des oben zitierten Beherrschbarkeitsverständnisses zu beherrschen.

Auch nach Ansicht des **Rechnungshofes** hätten übrigens konsequente und zeitnahe Maßnahmen dazu beigetragen, die **drohenden finanziellen Nachteile zu vermeiden** oder zumindest deutlich zu reduzieren.⁴⁶⁴ Stadt Linz schlug trotzdem jedes dieser Angebote aus. Darauf kommt es aber nicht an – das Geschäft muss nur beherrschbar sein, aber nicht tatsächlich beherrscht werden. Sonst könnte eine Gemeinde durch schlichte Untätigkeit – wie hier – eine Situation herbeiführen, in der ein vermeidbares Risiko tatsächlich eintritt, um daraus abzuleiten, es sei nicht beherrschbar. Das ist aber weder durch den Schutzzweck öffentlich-rechtlicher Vorschriften noch durch § 867 ABGB erfasst.

Die FVV der Stadt Linz hätte diese Handlungsoptionen auch jederzeit umsetzen, können, da wie rechtlich ausgeführt für Restrukturierung des Swap (einschließlich des Abschlusses weiterer Derivatgeschäfte) kein Beschluss des Gemeinderats erforderlich war. § 46 StL 1992 sieht keine Pflicht zur Befassung des Gemeinderats vor.⁴⁶⁵ Selbst wenn man dies fälschlich anders sehen sollte, würde der GRB 2004 nicht nur den Swap selbst abdecken, sondern auch dessen Restrukturierung.⁴⁶⁶ Eine aufsichtsbehördliche Genehmigung wäre ebenfalls nicht erforderlich gewesen, da § 78 StL 1992 damals schlicht keine solche Genehmigungspflicht vorsah.⁴⁶⁷ Da zudem wie schon festgehalten BAWAG PSK jederzeit zur Umsetzung ihrer Restrukturierungsangebote bereit war (Zwischenurteil, S 38) und die Stadt Linz natürlich auch Geschäfte mit Dritten hätte schließen können, stand einer Risikobeherrschung nichts im Wege.

⁴⁶⁰ Vgl Email von [REDACTED] (BAWAG PSK) an Mag [REDACTED] und Mag [REDACTED] vom 25.8.2010, ON 5 AS 425 (Beilage ./139).

⁴⁶¹ Vgl Brief der BAWAG PSK. an Mag [REDACTED] vom 27.10.2010, in dem nochmals auf das Gespräch vom 31.8.2010 Bezug genommen wurde, ON 5 AS 447 (Beilage ./142).

⁴⁶² Vgl Schreiben vom 27.10.2010 von Dr [REDACTED] und [REDACTED] an Mag [REDACTED] ON 5 AS 447 (Beilage ./142).

⁴⁶³ Vgl Schreiben vom 22.2.2011 von Dr [REDACTED] und Dr [REDACTED] an Bürgermeister Dr Dobusch, ON 5 AS 451 (Beilage ./146).
⁴⁶⁴ Beilage ./116, S 96.

⁴⁶⁵ Siehe Punkt B.II.3.1.

⁴⁶⁶ Siehe zur Gültigkeit von Rahmenbeschlüssen Punkt B.II.3.2.

⁴⁶⁷ Siehe Punkt B.I.

Aus diesen Gründen steht nach Ansicht von BAWAG PSK fest:

Es war generell und auch der Stadt Linz tatsächlich möglich, das Risiko aus dem Swap zu beherrschen.

Bereits diese hiermit begehrte Feststellung ist für sich alleine genommen wesentlich, weil das Erstgericht bei einer festgestellten Beherrschbarkeit des Risikos durch die Stadt Linz bei richtiger Rechtsansicht zur Gültigkeit des Swap gekommen wäre und den Zwischenfeststellungsantrag abgewiesen hätte.

20.5. Auflösungskosten sind keine laufenden Tilgungen

Das Erstgericht vermengt laufende Zahlungen mit Auflösungskosten. Die Gerichtssachverständigen unterschieden hier aber deutlich: So grenzen sie zB im Ergänzungsgutachten die "zu erwartenden Zahlungsströme" ganz klar von den "Auflösungskosten" ab.⁴⁶⁸ Das ist schlüssig: Während die Zahlungsströme Hauptleistungspflichten des Vertrags sind (vgl Einzelabschlussbestätigung, Beilage ./3) und regelmäßig, also bei jedem Zahlungstermin, anfallen können, sind die Auflösungskosten vertraglich überhaupt nicht vorgesehen und fallen entweder gar nicht oder höchstens einmal an, nämlich am Ende des Geschäfts. Trotzdem setzt das Erstgericht mögliche Auflösungskosten zu den Schwellenwerten für Darlehen nach § 78 Abs 1 StL 1992 ins Verhältnis. Das ist verfehlt, weil es bei der vom Gericht (analog) herangezogenen Genehmigungspflicht für Darlehen auch nicht um die einmalige Rückzahlung geht, sondern die Schwelle der Genehmigungspflicht für Darlehen auf 15 % des jährlichen Schuldendienstes (also Zinsen und allenfalls laufende Tilgung – sofern nicht endfällig) maßgeblich ist.

Aus diesen Gründen steht nach Ansicht von BAWAG PSK fest:

Kosten, um den Swap zu beenden oder zu "neutralisieren" (glatt zu stellen) fallen nicht zwingend an. Wenn sie überhaupt anfallen, dann während der Laufzeit des Swap jedenfalls nur einmal (und zwar bei Beendigung) und nicht jährlich.

Auch auf Basis dieser Feststellung hätte das Erstgericht zur Beherrschbarkeit des Swap gelangen und den Zwischenfeststellungsantrag abweisen müssen, weshalb die begehrte Feststellung wesentlich ist.

20.6. Nicht jedenfalls Fremdfinanzierung nötig

Selbst wenn man das alles anders sehen würde, ergibt das Beweisverfahren nicht, dass – wie das Erstgericht meint – Stadt Linz bei Zahlungspflichten aus dem Swap, die EUR 31.391.415,- übersteigen, jedenfalls ein Darlehen hätte aufnehmen müssen.

Das Erstgericht stützt seine Feststellung einzig (!) auf die Aussage von Mag █████. Dieser meinte auf die Frage, ob Auflösungskosten von beispielsweise EUR 30 Millionen einer Darlehensaufnahme zur Finanzierung bedurften hätten: "Ja, bei 30 Mio auf jeden Fall".⁷⁴ Es hätte aber laut Gerichtssachverständigen durch Restrukturierung des Swap auch Möglichkeiten eines Ausstiegs gegeben, die keine sofortige Zahlung erfordern (weder eine solche aus eigenen noch aus fremden Mitteln). Die Frage einer möglicherweise genehmigungspflichtigen Darlehensaufnahme hätte sich dann erst gar nicht gestellt.

⁴⁶⁸ EGA, S 20.

In der mündlichen Erörterung sagte nämlich der Gerichtssachverständige [REDACTED] auf die Frage, ob es möglich sei, bei einem laufenden Swap, wenn einer der Vertragspartner erkennt, dass sich seine Erwartungshaltung möglicherweise nicht erfüllen werde, den Swap durch Restrukturierung so umzuformen, dass etwa durch höhere Zinszahlungen das Risiko beschränkt werden könne: *"Ja, natürlich und das wird auch gemacht"*.⁴⁶⁹ In anderen Worten: Anstatt aus dem Swap ganz auszusteigen und dafür einmalige (nicht jährliche!) Auflösungskosten zu zahlen, hätte Stadt Linz den Swap auch so umstrukturieren können, dass sie höhere Raten zahlt, das Risiko aber dafür beschränkt ist.

Dass es sich dabei um keine bloß theoretische Möglichkeit handelt, geht aus der Aufzählung im vorherigen Punkt hervor: Wie dort beschrieben ist, bot BAWAG PSK der Stadt Linz zahlreiche Restrukturierungsangebote an, deren Abschluss ohne Einmalzahlung möglich gewesen wäre. Diese Restrukturierungsangebote hätten durch Abschluss eines weiteren Derivatgeschäfts umgesetzt werden können. Da Derivatgeschäfte keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterliegen⁴⁷⁰ und auch nicht vom Gemeinderat zu genehmigen sind,⁴⁷¹ bestand dabei auch keine Notwendigkeit, das Land Oberösterreich als Aufsichtsbehörde oder den Gemeinderat einzubinden (es hätte daher wie dargelegt auch keine Verzögerung gegeben).

Wieso solche Restrukturierungsgeschäfte trotz Aussage der Gerichtssachverständigen, dass diese absolut üblich sind (siehe oben),⁴⁷² laut Erstgericht *"außer Betracht"* (Zwischenurteil, S 79) zu bleiben haben, wird im Zwischenurteil mit keinem Wort begründet – im Gegenteil steht selbst noch im Satz davor, dass es bei der Beherrschbarkeit darauf ankommt, Einfluss zu nehmen *"gegebenenfalls auch durch Beendigung des Geschäfts (oder allenfalls auch durch Abschluss von anderen Finanzgeschäften) das Risiko zu neutralisieren"* (Zwischenurteil, S 78 f). Die beiden unmittelbar hintereinanderstehenden Aussagen widersprechen sich. Das Zwischenurteil leidet in diesem Punkt deshalb unter einem inneren Widerspruch. Richtig ist einzig die Aussage, dass Restrukturierungsmöglichkeiten selbstverständlich einzubeziehen sind – alles andere würde die Finanzmarktpraxis völlig auf den Kopf stellen.

Selbst wenn Stadt Linz solche alternativen Möglichkeiten nicht ergriffen hätte und tatsächlich eine sofortige Zahlung angefallen wäre, war (und ist) Stadt Linz finanziell so leistungsstark, dass sie auch Zahlungen über EUR 30 Millionen problemlos ohne Fremdfinanzierung hätte bewältigen können. Jedenfalls wäre nicht zwingend eine Fremdfinanzierung nötig gewesen, was das Erstgericht zu meinen scheint – und unzutreffend ohne nähere Begründung feststellt. Auch Mag [REDACTED] relativierte seine oben vom Erstgericht nur halb zitierte Aussage in seinem nächsten Satz und meinte, die finanzielle Lage sei damals angespannt gewesen, aber ohne sich die damaligen Zahlen noch einmal anzusehen, können er nicht konkret sagen, ab wann eine Finanzierung ohne Darlehensaufnahme möglich gewesen wäre.

Dass nicht zwingend eine Fremdfinanzierung nötig gewesen wäre, indizieren folgende unstrittige Beweisergebnisse:

- Laut Bilanz der Stadt Linz per 31.12.2014 beläuft sich ihr Vermögen auf rund EUR 2,4168 Milliarden (Beilage ./356).

⁴⁶⁹ Protokoll 13.5.2019, S 23.

⁴⁷⁰ Vgl bei Rechtsrüge Punkt B.I.

⁴⁷¹ Vgl bei Rechtsrüge Punkt B.II.

⁴⁷² Protokoll 13.5.2019, S 23.

- Laut freiwilligem "Konzernabschluss" der Unternehmensgruppe Stadt Linz für das Jahr 2013 beträgt das Vermögen von Stadt Linz samt allen Beteiligungen rund EUR 5,1 Milliarden mit einer Eigenmittelquote von 38,5 %.
- Laut Medienberichten ist Stadt Linz eine äußerst vermögende Stadt. Laut Artikel auf orf.at (Beilage ./355) vom 27.5.2014 erwirtschaftete Stadt Linz einen Überschuss von EUR 5,3 Millionen bei einem Gesamtvermögen von rund EUR 2,5 Milliarden (mit allen Beteiligungen sogar EUR 5,2 Milliarden). Dieses Bild wird übrigens auch durch einen ganz aktuellen Bericht der Oberösterreichischen Nachrichten vom 26.11.2020 bestätigt – nach diesem stehen den Verbindlichkeiten von EUR 886 Millionen rund EUR 3 Milliarden an Vermögen gegenüber.⁴⁷³

Unabhängig davon, welche Meinung also Mag █████ vertrat, der sich wie oben zitiert ohnehin nicht sicher war, ab welchem Betrag Stadt Linz ein Darlehen gebraucht hätte, zeigt sich an den absoluten Zahlen, dass auch Zahlungspflichten über EUR 30 Millionen von Stadt Linz problemlos aus Eigenem und ohne Fremdfinanzierung erfüllt hätten werden können.

Aus diesen Gründen steht nach Ansicht von BAWAG PSK fest:

Anstatt durch eine Auflösung des Swap hätte das Risiko aus dem Swap auch durch "Restrukturierung", das heißt durch Abschluss eines oder mehrerer weiterer Derivatgeschäfte, beschränkt werden können, deren Abschluss nicht zwingend etwas gekostet hätte.

Es kann nicht festgestellt werden, dass Stadt Linz bei Zahlungspflichten aus dem Swap (insbesondere solchen, die EUR 31.391.415,- übersteigen) jedenfalls ein Darlehen hätte aufnehmen müssen.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil das Erstgericht sogar auf Basis seiner eigenen – unzutreffenden – Rechtsansicht mit der begehrten Feststellung zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass mangels Erforderlichkeit eines Darlehens keine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht, keine fehlende Beherrschbarkeit und damit auch keine Ungültigkeit des Swap vorliegt, was zur Abweisung des Zwischenfeststellungsantrags geführt hätte.

20.7. Insgesamt begehrte Feststellung

Statt der oben zitierten angefochtenen Feststellung begehrt BAWAG PSK deshalb insgesamt folgende Feststellung, die sich im Wesentlichen aus den oben bei den einzelnen Unterkapiteln genannten Einzelfeststellungen zusammensetzt:

S 39 f:

Versteht man Beherrschbarkeit als Begrenzung der Verluste/Gesamtverluste, war der Swap für jeden, auch für eine Kommune, alleine mit Hilfe eines Risikoleitfadens, der auch ein bloßer mentaler Leitfaden sein kann und nicht verschriftlicht sein muss, beherrschbar. Damit unterscheidet sich das Risiko aus dem Swap nicht vom Risiko aus

⁴⁷³ https://www.nachrichten.at/oberoesterreich/linz/stadt-linz-ist-drei-milliarden-euro-schwer;art66,3326458;_die_Verbindlichkeiten_enthalten_übrigens_bereits_eine_Rückstellung_von_EUR_100_Mio_für_das_gegenständliche_Verfahren.

gewöhnlichen Fremdwährungsdarlehen. Es war generell und auch der Stadt Linz tatsächlich möglich, das Risiko aus dem Swap zu beherrschen.

Es war bei Abschluss des Swaps deshalb ex ante nicht zu erwarten, dass sich dieser während der gesamten Laufzeit zu Lasten der Klägerin so entwickelt, dass das aus dem Swap resultierende Risiko und die zu erwartenden Zahlungspflichten für die Klägerin nicht mehr tragbar sein werden und das Geschäft daher aufgelöst oder durch Hedging neutralisiert werden muss. In beiden Fällen war nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ex ante nicht anzunehmen, dass es zu Auflösungskosten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres der Klägerin übersteigen, egal ob man ex ante von einem Erstarren des CHF gegenüber dem EUR über die Laufzeit (negative Drift in den Wahrscheinlichkeitsberechnungen), von einem stabilen Kurs (neutrale Drift) oder einem Erstarren des EUR gegenüber dem CHF (positive Drift) ausgeht. Sowohl ein Erstarren des EUR, als auch ein Erstarren des CHF über die Swap-Laufzeit war 2007 ex ante im Bereich des Möglichen und konnte bei einer Abschätzung der möglichen Folgen des Swaps lege artis nicht als gänzlich unwahrscheinlich außer Betracht bleiben. Kosten, um den Swap zu beenden oder zu "neutralisieren" (glatt zu stellen) fallen nicht zwingend an. Wenn sie überhaupt anfallen, dann während der Laufzeit des Swap jedenfalls nur einmal (und zwar bei Beendigung) und nicht jährlich.

Es war ex ante nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch nicht erkennbar, dass es bei aufrehtem Swap über die gesamte Laufzeit zu jährlichen Zahlungsverpflichtungen der Klägerin zu den Fälligkeitszeitpunkten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen (Ergänzungs-GA ON 522 und Erörterungen im Prot ON 569).

[...]

S 40:

15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags der Klägerin, das sind 15% der ordentlichen Einnahmen 2007 abzüglich Zinsen, Tilgungen und Tilgungsrücklage, betragen im Jahr 2007 EUR 31.391.415,-- (der Höhe nach unstrittig). Es kann nicht festgestellt werden, dass Stadt Linz bei Zahlungspflichten aus dem Swap (insbesondere solchen, die EUR 31.391.415,-- übersteigen) jedenfalls ein Darlehen hätte aufnehmen müssen.

Anstatt durch eine Auflösung des Swap hätte das Risiko aus dem Swap auch durch "Restrukturierung", das heißt durch Abschluss eines oder mehrerer weiterer Derivatgeschäfte, beschränkt werden können, deren Abschluss nicht zwingend etwas gekostet hätte.

Es bestand daher zusammengefasst bei Abschluss des Swaps keine Gefahr, dass die Klägerin das mit dem Swap verbundene Risiko nicht mehr beherrschen werde können, weil sie für die Beherrschbarkeit und damit die Möglichkeit der Begrenzung

von Verlusten nur einen Risikoleitfaden befolgen hätte müssen, was ihr möglich gewesen wäre.

Die Feststellung ist wesentlich, weil das Erstgericht mit der angeblich fehlenden Beherrschbarkeit die Anwendbarkeit des aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernisses und indirekt auch die Ungültigkeit des GRB 2004 mangels Beherrschbarkeit begründet.

Daraus ergibt sich dann auch nach den übrigen Feststellungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 35 f) sowie auch den begehrten Feststellungen oben zum Risikoprofil des Swap⁴⁷⁴ sowie im Rahmen der Rechtsrüge,⁴⁷⁵ dass der Swap optimierend war, weshalb auch folgende Feststellung begehrt wird, sofern das Berufungsgericht die Frage der Auslegung des Begriffes "Optimierung" im GRB 2004 überhaupt für relevant hält und diese nicht ohnehin als Rechtsfrage einstuft:

Der Swap war daher nicht nur objektiv zur Optimierung geeignet, sondern auch konkret optimierend.

Bei richtiger Auffassung im Sinn der oben begehrten Ersatzfeststellungen, wonach der Swap – kurz zusammengefasst – beherrschbar war, hätte das Erstgericht – selbst unter Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung – zum Ergebnis kommen müssen, dass der Swap auch im Sinne des GRB 2004 optimierend und gültig geschlossen wurde und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abzuweisen ist.

21. "Fremdwährungsportfolio" von Stadt Linz (S 48)

Angefochtene Feststellung:

Auch bei den Feststellungen zur wirtschaftlichen Wirkung des Swaps auf die CHF-Anleihe (**unstrittig stellt diese das gesamte Fremdwährungsportfolio der Klägerin dar**) folgt das Gericht (neben der Berufung auch auf Allgemeinwissen und mathematische Selbstverständlichkeiten) dem Gutachten (ON 427, S. 30 ff).

Der fett gedruckte Teil der Feststellung ist unrichtig, zumindest aber unvollständig. Das Fremdwährungsportfolio von Stadt Linz war nämlich tatsächlich viel umfangreicher.

Dies ergibt sich aus Folgendem:

- Dass Stadt Linz vor der CHF-Anleihe bereits eine weitere Anleihen in Schweizer Franken begab, stellte das Erstgericht selbst fest (Zwischenurteil, S 12 ff). Die Feststellung des Erstgerichts ist bereits aus diesem Grund unrichtig.
- Aus den von Stadt Linz selbst erstellten Debt-Management-Berichten (Beilagen ./BH1 bis BH9) ergibt sich außerdem, dass Stadt Linz noch weitere Finanzinstrumente mit Fremdwährungsbezug hatte. Darunter zB ein "Resettable CHF linked Swap" (Beilage ./BH3, S 4) und ein "USD linked Swap" (Beilage ./BH3, S 5).

⁴⁷⁴ Siehe Punkt C.II.15.

⁴⁷⁵ Siehe oben Punkt B.II.3.2.1.5.1.

Begehrte Feststellung:

Auch bei den Feststellungen zur wirtschaftlichen Wirkung des Swaps auf die CHF-Anleihe folgt das Gericht (neben der Berufung auch auf Allgemeinwissen und mathematische Selbstverständlichkeiten) dem Gutachten (ON 427, S. 30 ff).

Diese Feststellung ist wesentlich, weil das Erstgericht in der bekämpften Feststellung unrichtigerweise feststellt, dass die CHF-Anleihe das einzige Fremdwährungsengagement der Stadt Linz gewesen wäre – tatsächlich hatte Stadt Linz aber mehrere Geschäfte, die Fremdwährungsbezug aufweisen. Bei richtiger Auffassung hätte das Erstgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass Stadt Linz schon vor dem Swap und zusätzlich zum Swap maßgeblichen Fremdwährungsrisiken ausgesetzt war, der Swap in dieser Hinsicht also weder einzigartig noch unbeherrschbar war, sondern einfach ein weiterer – marktübliches – Bestandteil im Fremdwährungsportfolio von Stadt Linz. Das hätte dazu führen müssen, dass das Erstgericht die Gültigkeit des Swap bejaht und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweist. Tatsächlich lässt sich auf Basis der begehrten Feststellung insbesondere keine fehlende Marktüblichkeit und auch keine fehlende Optimierungseignung wegen fehlender Beherrschbarkeit des Swap ableiten, sodass das Erstgericht auf Basis der begehrten Feststellung abgewiesen

22. Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz (disloziert auf S 72)

Angefochtene Feststellung:

Die halbjährliche Zahlungsverpflichtung der Klägerin (das "Entgelt" im Sinne der zitierten Bestimmung), betrug zumindest 0,065% von CHF 195 Mio, also CHF 126.750 [Fußnote 11: Das sind CHF 253.500,-- jährlich.] weswegen (unter Zugrundelegung realistisch möglicher CHF/EUR-Wechselkurse) die Schwelle von jährlich EUR 50.000,-- jedenfalls überschritten wird.

Die Feststellung ist mehrfach unrichtig.

Die Stadt Linz musste für den Swap schon aus rechtlicher Sicht kein jährliches Entgelt zahlen, das EUR 50.000 übersteigt. Die Stadt Linz musste richtigerweise für den Swap überhaupt gar kein jährliches Entgelt zahlen, weder eines, das EUR 50.000 übersteigt noch eines das EUR 50.000 unterschreitet. Wie das Erstgericht selbst feststellte, vereinbarten BAWAG PSK und Stadt Linz den halbjährlichen Austausch von Zahlungsströmen nach einer bestimmten Formel, die unter anderem von der Entwicklung des EUR/CHF-Kurses abhing (Zwischenurteil, S 35). Die wechselseitigen Zahlungsströme waren vereinbarungsgemäß zu saldieren. Bei Abschluss des Swap und selbst noch vor den einzelnen Zahlungsterminen war deshalb jeweils völlig unklar, ob und wenn ja wieviel eine Partei der anderen Partei zu zahlen haben wird. Es kann deshalb auch keine Rede davon sein, dass die Schwelle von jährlich EUR 50.000 jedenfalls überschritten wird. Das widerspricht auch den Feststellungen, wonach die Stadt Linz in den ersten zweieinhalb Jahren nicht "jährlich EUR 50.000" zahlte, sondern jährlich Millionen an Einnahmen hatte (Zwischenurteil, S 30).

Außerdem ist selbst nach der Logik des Erstgerichts die im Zwischenurteil herangezogene absolute Zahl von CHF 253.500 falsch. Die 0,065 % von CHF 195 Millionen fallen pro Jahr an und nicht pro Halbjahr. CHF 253.500 sind als jährliches Entgelt deshalb falsch.

Dies ergibt sich aus folgenden Beweismitteln:

- Einzelabschlussbestätigung (Beilage ./3): Unter Zahler Stadt Linz (S 1) steht "0,065% fix solange zu den jeweiligen Zinsfälligkeiten der EUR-CHF-EZB-Wechselkurs ...". Unter Zahler BAWAG PSK (S 2) steht "6-month-CHF-LIBOR". Dadurch werden die beiden gegenläufigen Zahlungsströme bestimmt. Unter Fälligkeitstage steht bei beiden "Halbjährlich". Unter "Zinsberechnungsusance" steht bei beiden "klm/360". "klm/360" drückt aus, dass der errechnete Betrag nicht zur Gänze zusteht, sondern nur *pro rata temporis*, konkret also im Verhältnis jenes tatsächlichen Zeitabstands, der zwischen dem letzten und dem aktuellen Zahlungstermin liegt (das "klm" steht für "kalendermäßig", also die tatsächlichen Tage) ins Verhältnis gesetzt zur fiktiven Annahme eines Jahres von 360 Tagen (die Zinsen fallen daher wie üblich jährlich und nicht wie vom Gericht offenbar angenommen halbjährlich an). Beispiel: Zwischen den Zahlungsterminen liegen 100 Tage – dann gilt: Der Betrag für die eine Zahlungsperiode ist nicht der jährliche Betrag, sondern der Jahresbetrag multipliziert mit 100/360. Es sind also kurz zusammengefasst nicht, wie vom Erstgericht festgestellt, zweimal pro Jahr die vollen Zahlungsströme zu zahlen, sondern der sich aus der Formel ergebene Betrag ist auf zwei halbjährliche Zahlungen aufzuteilen (also ungefähr 182/360tel oder 183/360tel bei jedem Zahlungstermin, abhängig wie der Zahlungstermin dann aufgrund Bankfeiertagen etc im Einzelnen fällt). Die Verdoppelung des Richters, wonach Stadt Linz jährlich CHF 253.500 zu zahlen gehabt hätte, ist bereits deshalb unrichtig.
- Dieses Ergebnis kann anhand einer tatsächlichen Zahlung plausibilisiert werden: Zum Zahlungstermin 16.10.2007 betrug laut Feststellungen (Zwischenurteil, S 30) der Saldo zugunsten von Stadt Linz CHF 2.333.960,41. Zwischen dem Zahlungstermin davor und dem Zahlungstermin 16.10.2007 lagen 182 Tage. Der zu Grunde zu legende CHF-LIBOR-6M betrug 2,4325 %⁴⁷⁶ – daraus ergibt sich der Betrag, den Stadt Linz erhielt. Da der EUR/CHF-Kurs über 1,54 lag, ergab sich der Betrag, den Stadt Linz zu "zahlen" hatte, aus dem Fixzins von 0,065 %. Die Berechnung lautet deshalb:

$$(2,4325-0,065)\% * 195.000.000 * 182/360.$$

Das ergibt CHF 2.333.960,42, also bis auf eine Rundungsungenauigkeit in der zweiten Nachkommastelle genau den vom Erstgericht festgestellten tatsächlich von BAWAG PSK bezahlten Betrag. Dadurch ist plausibilisiert, dass die Feststellung des Erstgerichts unrichtig ist – laut Feststellung des Erstgerichts hätte man den Formelausdruck "* 183/360" nämlich nicht hinzufügen dürfen und wäre damit auf ein falsches Ergebnis gekommen.

- Rahmenvertrag (Beilage ./1): Der Rahmenvertrag bestimmt in § 3 Abs 3 ausdrücklich, dass wechselseitige Zahlungspflichten gegeneinander aufzurechnen sind und (nur) der Überhang von der einen an die andere Partei zu zahlen ist: "*Haben beide Parteien an demselben Tag aufgrund desselben Einzelabschlusses Zahlungen in*

⁴⁷⁶ Vgl <http://borate.com/chf-libor/>. "Fixing", also Festlegung des Werts, war vertragsgemäß bereits ein Tag rund ein halbes Jahr vor dem Zahlungstermin.

der gleichen Währung zu leisten, zahlt die Partei, die den höheren Betrag schuldet, die Differenz zwischen den geschuldeten Beträgen." Stadt Linz muss also nicht, wie vom Erstgericht festgestellt, jedenfalls einen bestimmten Betrag pro Zahlungstermin zahlen, sondern es ergibt sich erst aus dem Aufrechnen der wechselseitigen Zahlungsströme, ob Stadt Linz überhaupt etwas bezahlen muss und wenn ja, in welcher Höhe.

- Es bleibt übrigens auch völlig unklar, was das Gericht mit "realistisch möglicher CHF/EUR-Wechselkurs" ausdrückt, es mangelt dazu an Feststellungen. Der guten Ordnung halber wird deshalb auch festgehalten, dass die Behauptung des Gerichts, die (angebliche) Zahlungspflicht in CHF übersteige jedenfalls die vom Gericht angenommene Schwelle unschlüssig ist, weil der maßgebliche Umrechnungskurs und auch der dafür maßgebliche Zeitpunkt (das Gericht bezieht sich ja auf künftige Zahlungspflichten) nicht angegeben sind. Damit lässt sich aber nicht sagen, ob die Schwelle in EUR überschritten wird.

Begehrte Feststellung:

Eine fixe Zahlungsverpflichtung der Stadt (als "Entgelt" im Sinne der zitierten Bestimmung) bestand nicht und wenn kann nicht festgestellt werden, ob diese EUR 50.000 erreichte oder überschritt.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil das Erstgericht mit der unrichtigen Feststellung begründet, weshalb der Swap unter dem Genehmigungsvorbehalt des Gemeinderats stand. Richtig verstanden gab es mangels Überschreitung des Schwellenwerts keinen Genehmigungsvorbehalt und der Swap wurde auch ohne Einbindung des Gemeinderats (die ohnehin vorlag) gültig geschlossen. Das Erstgericht hätte den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils auf Grundlage der begehrten Feststellung also abweisen müssen.

23. Inhalt der Debt-Management-Berichte (S 100)

Angefochtene Feststellung:

Die breiteste Informationsquelle, die Debt Management Berichte für den Finanzausschuss, beinhalten irreführende Angaben und lassen die maßgeblichen Umstände des Swaps, insbesondere das tatsächlich mit ihm verbundene Risiko im Dunkeln. Die theoretische Möglichkeit von Zahlungspflichten weit jenseits des dort angeführten "maximalen Risikos" kann nur erahnt werden, die Einführung einer Risikoquote, die lediglich auf die einzelnen Zahlungstermine abstellt, führt zu einem völlig falschen Eindruck vom tatsächlichen Risiko. Beim (für eine gewisse Zeit enthaltenen) Marktwert fehlt eine Beschreibung, was dieser überhaupt aussagt (vgl dazu die umfassenden Ausführungen der Sachverständigen im GA ON 427, S. 7 ff). Es fehlen Angaben zum Umstand, dass bei einer Verschlechterung des CHF/EUR-Kurses ein möglicherweise notwendiger Ausstieg zur Verhinderung weiterer Verluste mit einer massiven Kostenbelastung einhergehen kann und welche enormen Schwankungsbreiten diese Kosten innerhalb kurzer Zeitspannen aufweisen können. Nicht einmal der sogar nach Ansicht der Mitarbeiterin der Beklagten [REDACTED] trotz angeblichen Beratersverzichtes dennoch unbedingt notwendige Hinweis, dass ein Erstarren des CHF sich doppelt negativ auf die Position der Klägerin auswirke (.W: "doppeltes Risiko"), ist in

dieser Information enthalten (trotz des viel höheren Wissensstandes von ■■■ als beim Finanzausschuss oder gar dem GR zu erwarten).

BAWAG PSK geht davon aus, dass es sich dabei um Rechtsausführungen handelt. Warum diese unrichtig sind ist deshalb bereits in der Rechtsrüge ausgeführt.⁴⁷⁷ Sollten die Ausführungen des Erstgerichts stattdessen als Feststellungen gewertet werden (und nicht als die Rechtsausführungen, als die sie das Erstgericht offenbar selbst sieht, da sie ja im rechtlichen Teil stehen), dann bekämpft BAWAG PSK diese Feststellungen, weil sie dem Inhalt der Debt-Management-Berichte widersprechen:

Die Ausführungen sind angesichts des tatsächlichen Inhalts der Debt-Management-Berichte (Beilagenkonvolut /15) nämlich schlicht unverständlich. Die Debt-Management-Berichte enthielten alle Informationen, die der Finanzausschuss und in der Folge der Gemeinderat benötigten, um den Swap zu verstehen: Das Geschäft (Zinstausch) und die Parteien (Stadt Linz, BAWAG PSK) werden klar dargestellt, die Formel wird von Mag ■■■ in Worten korrekt wiedergegeben, die Möglichkeit von Zahlungspflichten der Stadt Linz wird behandelt und sogar auf ein maximales Risiko für Stadt Linz bei einem Kurs, den Mag ■■■ nachvollziehbar als "Worst Case" einstufte (EUR/CHF zum Zeitpunkt von 9/11) wird hingewiesen.

Das Erstgericht schloss die Debt-Management-Berichte ohnehin dem Zwischenurteil an, weshalb der Inhalt der Debt-Management-Berichte als festgestellt gilt. Auch sonst finden sich – abgesehen von den oben zitierten Ausführungen - im Zwischenurteil bereits Feststellungen zu den Debt-Management-Berichten:

- So stellte das Erstgericht fest, dass Mag ■■■ unter der Überschrift "Zinssicherungsgeschäfte" nach dem Abschluss regelmäßig über den Swap berichtete (Zwischenurteil, S 26).
- In den Berichten gab er die Formel des Swap in Worten wieder (Zwischenurteil, S 26), wies auf das CHF-Risiko hin (Zwischenurteil, S 26 f) und nannte ein "maximales" Risiko von (jedenfalls in den ersten Berichten) rund EUR 5 Millionen jährlich, allerdings nur "*wenn der EUR/CHF-Wechselkurs den historischen Höchststand von 1,4464 erreicht*" (Zwischenurteil, S 27). Daraus ergibt sich klar, dass jenseits des Höchststandes auch höhere Kosten anfallen können.
- Das ist auch aus der festgestellten Grafik ersichtlich, die in den Debt-Management-Berichten enthalten war (Zwischenurteil, S 27): Die x-Achse stellt den EUR/CHF-Kurs beginnend bei 1,40 dar und die y-Achse stellt die Zahlungspflichten von Stadt Linz dar. Die von Mag ■■■ eingezeichnete Linie fällt immer mehr ab, je höher der EUR/CHF-Kurs ist, was richtigerweise ausdrückt, dass die Zahlungspflichten immer geringer werden und vice versa. Umgekehrt ist aber aus der Beschriftung der x-Achse ersichtlich, dass die Grafik selbstverständlich nur einen Ausschnitt zeigt und es auch noch unter EUR/CHF-Kurs unter 1,40 – der in der x-Achse ganz links dargestellte Wert – gibt. Aus der Grafik wird damit ersichtlich, dass es Möglichkeiten der Entwicklung des EUR/CHF gibt, die zu noch höheren Zahlungspflichten von Stadt Linz führen, weil die Linie dann eben nach links oben logisch noch höher steigen muss.

⁴⁷⁷ Vgl Punkt B.II.4.3.4.2.

- In der Sitzung am 15.5.2008 bedankte sich Dr Mayr, Mag ██████ Vorgesetzter, ausdrücklich bei diesem für dessen äußerst erfolgreiche Maßnahmen des Debt Managements (Zwischenurteil, S 29).

Auch diese Feststellungen sind aus Sicht von BAWAG PSK grundsätzlich in Ordnung.⁴⁷⁸

BAWAG PSK begehrt zusammengefasst ersatzweise zu der oben zitierten Feststellung (sollte dies als Feststellung gesehen werden) schlicht, dass die Wertungen des Erstgerichts ("irreführend", etc) gestrichen werden und stattdessen auf den objektiven Inhalt der dem Zwischenurteil angeschlossenen Debt-Management-Bericht verwiesen wird. Dass dieser objektive Inhalt nicht irreführend war, ergibt sich auch aus der Aussage von Mag ██████ dem Verfasser Debt-Management-Berichte, im Strafverfahren: *"Ich bin der Meinung, dass ich diese Grundstruktur im Ausschuss hinreichend und verständlich allen Mitgliedern erklärt und erläutert habe."*⁴⁷⁹

Begehrte Feststellung:

Die breiteste Informationsquelle, die Debt Management Berichte für den Finanzausschuss, haben den vom Erstgericht im Anhang des Zwischenurteils festgestellten Inhalt.

Die Feststellung ist wesentlich, weil sie eine Aussage über die Kenntnis von Mag ██████ die Kenntnis des Finanzausschusses und über Wissenszurechnung auch die Kenntnis des Gemeinderats trifft. Richtig verstanden hatte der Gemeinderat ausreichend Kenntnis über den Swap und genehmigte diesen in der Folge nachträglich (wenn man unrichtig vom ungültigen ursprünglichen Abschluss ausgeht). Ohne die bekämpfte Feststellung stünde – wie in der Rechtsrüge bereits dargestellt –⁴⁸⁰ auf Basis der begehrten Feststellung und der weiteren Beweisergebnisse fest, dass der Swap gültig war. Der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils wäre damit abzuweisen gewesen.

24. Hohes Modellrisiko - "beliebige" Berechnungen (S 106)

Angefochtene Feststellung (Hervorhebung hinzugefügt):

Soweit die Beklagte ausführt, die angestellten Berechnungen stellen keine "echten Wahrscheinlichkeiten" dar, es handle sich vielmehr um "Wahrscheinlichkeiten für den Eintritt eines Ereignisses lediglich innerhalb eines bestimmten Modells - und nicht in der Wirklichkeit" und dass "nicht alle Modelle die Wirklichkeit richtig abbilden können", verkennt sie offensichtlich völlig **das Wesen und die Grundlagen der Wahrscheinlichkeitsrechnung an sich, die sich zwangsläufig auf Modellannahmen beziehen muss und die mit dem späteren tatsächlichen Verlauf nichts zu tun hat und daher durch diesen (außer in den Extremfällen der Wahrscheinlichkeit von 0 oder 1) auch weder bestätigt noch widerlegt werden kann.**

Sollte es sich bei diesen Ausführungen um Feststellungen handeln, dann um dislozierte und nach Ansicht der BAWAG PSK wohl nur im Umfang des oben fett gedruckten Teils (der Rest

⁴⁷⁸ Vgl aber oben zur Beweistrüge hinsichtlich des maximalen Risikos, Punkt C.II.7.

⁴⁷⁹ ON 253, AS 33 (Beilage .I9xA).

⁴⁸⁰ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.4.

ist ganz offensichtlich Beweiswürdigung). Dieser fett gedruckte Teil, sollte er als Feststellung gewertet werden, ist unvollständig und damit verzerrend.

Die Ausführungen des Erstgerichts, wonach Modellannahmen durch die Wirklichkeit weder bestätigt noch widerlegt werden können, sind zwar richtig. Sie greifen aber zu kurz, weil sie sich auf Wahrscheinlichkeitsrechnungen und Modellannahmen ganz allgemein beziehen. Die Gerichtssachverständigen hielten aber im Einzelnen zu den für dieses Verfahren angestellten Berechnungen fest, dass in diesem konkreten Fall ein hohes Modellrisiko besteht und man immer Argumente finden wird können, um Wahrscheinlichkeiten höher oder niedriger aussehen zu lassen. Das macht die Ergebnisse, auf die das Erstgericht offenbar sein Zwischenurteil stützt, beliebig.

Die Behauptung, des Erstgerichts, dass Wahrscheinlichkeitsrechnungen jedenfalls Modellannahmen benötigen ist unrichtig und stammt auch nicht aus dem Sachverständigengutachten. So kann als einfaches Beispiel angeführt werden, dass die Ermittlung der Wahrscheinlichkeit, dass beim Würfeln die Zahl 2 herauskommt, keiner komplexen Modellannahmen bedarf, wie dies bei den Berechnungen der Sachverständigen bei – nach deren eigenen Angaben – im Jahr 2007 nicht gebräuchlichen Berechnungsmethoden.

Dies ergibt sich auch aus dem EGA. Die Gerichtssachverständigen beschreiben dort die den Wahrscheinlichkeitsrechnungen zu Grunde liegenden Modelle wie folgt (Hervorhebungen hinzugefügt):

*"Alles in allem zeigt die obige Analyse wie entscheidend die Auswahl und die Kombination der Simulationsmodelle und Optionsbewertungsmodelle die Wahrscheinlichkeiten beeinflusst. Das **hohe Modellrisiko** wird durch die Bandbreite an Ergebnissen besonders deutlich. Die statistische Unsicherheit kann umgekehrt auch dazu genutzt werden, bestimmte **Klassen von Modellen zu selektieren um die Wahrscheinlichkeiten entweder besonders hoch oder besonders niedrig aussehen zu lassen**. Dazu wird man ebenfalls **immer Argumente finden, warum ein bestimmtes Modell oder eine bestimmte Auswahl von Parametern besonders gut geeignet ist.**"⁴⁸¹*

Damit stehen die Ergebnisse der Berechnungen aber – wie die Sachverständigen klar offenlegen – im Belieben, des Berechnenden, der sie über die Annahmen mehr oder minder beliebig steuern kann.

Ergänzend fügt BAWAG PSK hinzu, dass die Ansicht, dass Wahrscheinlichkeitsrechnungen zur Erklärung des Finanzmarkts herangezogen werden können, mittlerweile ohnehin schon grundsätzlich hinterfragt wird. Die neueste Lehre geht davon aus, dass Wahrscheinlichkeitsrechnungen dazu überhaupt nicht taugen.⁴⁸²

Begehrte Feststellung:

[...] das Wesen und die Grundlagen der Wahrscheinlichkeitsrechnung an sich, die sich zwangsläufig auf Modellannahmen beziehen muss und die mit dem späteren

⁴⁸¹ EGA, 38.

⁴⁸² Mekhail/Gerogiorgakis/Milde, Selbstverschuldete Finanzkrisen, ÖBA 2020, 707.

tatsächlichen Verlauf nichts zu tun hat und daher durch diesen (außer in den Extremfällen der Wahrscheinlichkeit von 0 oder 1) auch weder bestätigt noch widerlegt werden kann. Die von den Gerichtssachverständigen durchgeführten Wahrscheinlichkeitsrechnungen sind mit einem hohen Modellrisiko belastet. Man kann immer Argumente finden, um bestimmte Modelle auszuwählen, die die Wahrscheinlichkeiten entweder besonders hoch oder niedrig aussehen lassen.

Die Feststellung ist wesentlich, weil das Erstgericht diese Berechnungen offenbar als "beweiswürdigen Umstand und Grundlage der Feststellung, dass ein derartiges Überschreiten der Genehmigungsgrenzen nicht ausgeschlossen werden kann" (Zwischenurteil, S 107), betrachtet. Nach Ansicht von BAWAG PSK ist zwar ohnehin unklar, was eine "Grundlage der Feststellung" sein soll. Da das Erstgericht aber, egal worum es sich bei den Ausführungen nun prozessual konkret handelt, diesen jedenfalls Bedeutung zumisst, ist nach Ansicht von BAWAG PSK auch relevant, dass die Ausführungen korrekt sind. Denn richtigerweise wurden die Genehmigungsgrenzen keinesfalls überschritten, weshalb auf Basis der begehrten Feststellung ein Genehmigungserfordernis zu verneinen und der gültige Abschluss des Swap zu bejahen ist. Das Erstgericht hätte auf dieser Grundlage den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abgewiesen.

25. Überschreiten der Genehmigungsgrenzen (S 107)

Angefochtene Feststellung:

Für die Überschreitung des Niveaus 1 ergaben sich in den Modellberechnungen der Sachverständigen dabei Wahrscheinlichkeiten für ein Überschreiten der Grenzen des § 78 Abs 1 Z 2 StL bei den laufenden Zahlungen von 0,5 % – 23 % und bei den Auflösungskosten von 76 % – 100 % (vgl Ergänzungsgutachten ON 522, S. 28 ff, zusammengefasst durch den Richter im Prot ON 595, pdf-S. 6). Das Gericht sieht die Ergebnisse der Wahrscheinlichkeitsrechnung als beweiswürdigen Umstand und Grundlage der Feststellung, dass ein derartiges Überschreiten der Genehmigungsgrenzen nicht ausgeschlossen werden kann.

Jedenfalls beim fettgedruckten Teil handelt sich möglicher Weise um eine dislozierte Feststellung. Diese wäre unrichtig und wird bekämpft.

Wie bereits in der Rechtsrüge ausgeführt und als ergänzende Feststellung begehrt, wurden solche Berechnungen *ex ante* nicht angestellt und diese Modelle waren damals im nicht einmal bekannt.⁴⁸³ Es handelt sich somit nicht um 2007 gebräuchliche oder verfügbare "Bordmittel" (da das Erstgericht diese dennoch heranziehen möchte, unterliegt es auch einem Rückschaufehler). Außerdem führen die Modelle, auf denen die Berechnungen beruhen, selbst nach Ansicht der Gerichtssachverständigen zu, kurz gesagt, beliebigen Ergebnissen.⁴⁸⁴ Die konkreten vom Erstgericht aus dem EGA übernommenen Zahlen können deshalb sowieso **nicht entscheidungserheblich** sein (wofür auch immer – was ja aus dem Zwischenurteil nicht klar hervorgeht).

⁴⁸³ Vgl bei Rechtsrüge Punkt B.I.5.3.

⁴⁸⁴ Vgl bei Beweistrüge Punkt C.II.24.

Selbst wenn man das alles anders sieht, der Logik des Erstgerichts folgt und den Zahlen überhaupt irgendeine Bedeutung zumisst, ist die Feststellung aber unrichtig, unvollständig und grob irreführend. Dies ergibt sich aus folgenden Beweismitteln:

- Die Sachverständigen führen im Ergänzungsgutachten aus, dass die **Wahrscheinlichkeit des Eintritts der tatsächlichen Kursentwicklung** auf Grundlage des damaligen Marktsentiments *ex ante* bei **0** lag.⁴⁸⁵ Das zeigt, dass niemand die tatsächlich eingetretene Entwicklung vorhergesehen hat oder vorhersehen konnte. Das Erstgericht versucht mit seinen "Bandbreiten", theoretischen Berechnungen mit aktuellen Mitteln zu konstruieren, die die tatsächliche Entwicklung 2007 vorhergesagt hätten, wenn man sie damals angestellt hätte, was aber nicht der Fall war und auch nicht möglich war.
- Im Sinn einer konsequenten *ex ante*-Betrachtung wäre bei den Berechnungen der Gerichtssachverständigen auf das damalige Marktsentiment und die historischen Kurse von damals (also insbesondere den EUR/CHF-Kurs von 2000 bis 2007) abzustellen gewesen. Die Gerichtssachverständigen schreiben dazu, dass das gängige Marktsentiment aus dem (historischen) Kursverlauf geschlossen hat, dass sich der EUR/CHF-Kurs stabil bis steigend entwickeln wird.⁴⁸⁶ Deshalb ist von einer positiven Drift auszugehen. Setzt man die Berechnungen der Sachverständigen bei den richtiger Weise anzunehmenden Niveaus⁴⁸⁷ mit einer positiven Drift um, beträgt die Wahrscheinlichkeit der Überschreitung eines Schwellenwerts ungefähr 0 % (vgl auch näher die nicht substantiiert bestrittenen Beilagen ./374 bis ./376).

Wie im Schriftsatz vom 9.4.2018⁴⁸⁸ näher begründet und beantragt, nochmal in der Tagsatzung am 13.5.2019 wiederholt⁴⁸⁹ und erneut im Schriftsatz vom 4.6.2019 beantragt, wurden die Sachverständigen deshalb ersucht, die Variante 2 laut EGA mit angemessener positiver Drift in Höhe von 1,877 % und Varianten 3 bis 12 mit Drift null sowie 1,877 % zu rechnen. Die Ergebnisse dieser alternativen Berechnungen wären nach Ansicht von BAWAG PSK deshalb maßgeblich gewesen, weil nur bei Zugrundelegung einer positiven oder zumindest neutralen Drift die Modellannahmen die Feststellung der Sachverständigen reflektieren, dass das Marktsentiment von einem stabilen (neutrale Drift) bis steigenden (positive Drift) EUR/CHF-Kurs ausging. Will man also überhaupt Berechnungsmodelle heranziehen, dann zumindest solche, welche den Gegebenheiten *ex ante* entsprechen (abgesehen eben davon, dass *ex ante* nach den Feststellungen der Sachverständigen wie oben erwähnt ohnehin überhaupt niemand solche Berechnungen anstellte).

⁴⁸⁵ Ergänzungsgutachten, S 70.

⁴⁸⁶ EGA, S 25.

⁴⁸⁷ Die Sachverständigen ziehen als Grundlage für ihre Berechnungen drei verschiedene Ansätze heran und rechnen daraus sechs verschiedene "Niveaus". Richtiger Weise ist unter den Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres (§ 78 StL 1992) die Summe der Gesamteinnahmen des ordentlichen Voranschlags zu verstehen (Niveau 3 und Niveau 6), zumindest aber die Summe der ordentlichen Einnahmen ohne Abzüge (Niveau 2 und Niveau 5); vgl dazu Rechtsrüge Punkt B.I.6.

⁴⁸⁸ S 25.

⁴⁸⁹ Protokoll 13.5.2019, 22.

Der Gerichtssachverständige ████████ bestätigte im Rahmen der Gutachtenserörterung, dass eine solche Vorgangsweise nicht unplausibel gewesen wäre.⁴⁹⁰ Trotzdem beauftragte das Erstgericht die Berechnungen nicht und gab dem Beweisantrag der BAWAG PSK nicht statt. Die Begründung des Erstgerichts, weshalb nicht stattgegeben wurde, ist nicht stichhaltig (Zwischenurteil, S 49 und 104 ff): Wie oben dargelegt entsprach (nur) eine positive Marktmeinung den Erwartungen *ex ante*, die gegenteilige Auffassung des Erstgerichts widerspricht schlicht dem Beweisverfahren. Außerdem sind, im Unterschied zur Meinung des Erstgerichts, natürlich auch die von BAWAG PSK beantragten Berechnungen relevant, auch wenn sie erwartbar zu positiven Ergebnissen führen. Nur weil es sich um die Wahrscheinlichkeitsberechnung eines Risikos (also des Eintritts eines unerwünschten Ereignisses) handelt, heißt das ja nicht, dass den Wahrscheinlichkeiten für diesen Eintritt nur negative und keine positiven Berechnungsszenarien zu Grunde gelegt werden dürfen.

Hätte das Erstgericht die von BAWAG PSK beantragten Berechnungen beauftragt, hätte sich erwartungsgemäß auch die Bandbreite sowohl bei laufenden Zahlungen als auch bei Ausstiegskosten zu Gunsten von BAWAG PSK verändert. Das wird auch daran deutlich, dass laut den Gerichtssachverständigen das Portfolio mit Swap in 87 % der Fälle (simulierte künftige Entwicklung) besser für die Stadt Linz als das Portfolio ohne Swap war – eine solche Aussage, die klar für den Abschluss des Swap spricht, lässt sich mit der Annahme einer positiven Drift viel besser in Übereinstimmung bringen.⁴⁹¹ Die negativen Bandbreiten resultieren daher nur daraus dass diese primär die negativen Szenarien abbilden, was ein grob verzerrendes Bild ergibt, zumal bei einer kaufmännischen Betrachtung immer Chancen und Risiken abzuwägen sind, das Gericht aber nur die Risiken betrachtet. Dass das Erstgericht die ergänzenden Berechnungen nicht beauftragte, wird als Verfahrensmangel geltend gemacht. Das Zwischenurteil ist deshalb aufzuheben und die Beantwortung dieser Frage zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellung an das Erstgericht zurückzuverweisen.⁴⁹²

- Die Gerichtssachverständigen rechnen sowohl die Wahrscheinlichkeit des Überschreitens der Schwellen aufgrund Zahlungen an den halbjährlichen Zahlungsterminen und aufgrund Zahlungen aufgrund einer "Auflösung" des Swap, also was für einen kompletten Ausstieg aus dem Swap am Markt bezahlt hätte werden müssen.

Die Zahlungen an den halbjährlichen Zahlungsterminen fallen laufend an. Die Zahlungen für einen kompletten Ausstieg fallen aber nicht laufend an, sondern nur einmalig und zwar wenn eine Partei entscheidet, aus dem Vertrag auszusteigen. Es ist deshalb grob irreführend, diese Einmalzahlungen in Relation zu jener Schwelle zu setzen, welche die Genehmigung für die laufende Rückzahlung von Darlehen regelt (§ 78 Abs 1 Z 2 StL 1992). Die Bestimmung verweist nämlich darauf, dass "der jährliche Gesamtschuldendienst" 15 % der Einnahmen übersteigen müsse – und nicht die ganze Darlehensvaluta!

⁴⁹⁰ Protokoll 13.5.2019, 22.

⁴⁹¹ Ergänzung zum Gutachten vom 26.10.2016, S 10 f.

⁴⁹² Vgl bei Mängelrüge Punkt D.II.1.

Daraus wird ersichtlich, dass das Erstgericht hier "Äpfel mit Birnen" vergleicht. Es ist sachlich falsch, Einmalzahlungen wie Ausstiegskosten auf Schwellenwerte anzuwenden, die für laufende Zinszahlungen und Tilgungen bemessen wurden. Die Unrichtigkeit wird besonders evident, wenn man – wie das Erstgericht – das Genehmigungserfordernis nicht auf eine möglicherweise gesondert abzuschließende Fremdfinanzierung anwendet (was vom Wortlaut des § 78 StL 1992 gedeckt wäre, wenn es sich um ein Darlehen handelt), sondern auf den Swap selbst. Damit behandelt das Erstgericht nämlich einerseits Zahlungen aus dem Swap faktisch so, als wären sie Zahlungen aus einem Darlehen (das üblicherweise tilgend und in Raten zu zahlen ist), tut andererseits aber so, als wäre die Zahlung auf einmal zu leisten (also gerade nicht wie üblicherweise bei einem Darlehen). Das passt nicht zusammen.

- Wenn überhaupt (was rechtlich wie dargelegt völlig verfehlt wäre) eine Anwendung der Schwellen für Darlehen auf einen Swap käme, dürfte man ausschließlich die laufenden Kosten der Refinanzierung ansetzen. Eine Refinanzierung hätte nämlich keinen sofortigen Zahlungsaufwand in Höhe der Schließungskosten zur Folge, sondern würde eben gerade diesen Effekt vermeiden. Nur wenn der jährliche Schuldendienst aus solchen Refinanzierungen die Schwelle für das aufsichtsbehördliche Genehmigungserfordernis überschreiten würde, wäre eine Genehmigungspflicht überhaupt denkbar. Betragen etwa die Schließungskosten EUR 100 Millionen⁴⁹³ und die Laufzeit der Finanzierung beträgt zehn Jahre, so läge die jährliche Belastung bei gleichmäßiger Tilgung (EUR 100 Millionen / 10 = EUR 10 Mio zuzüglich Zinsen) selbst dann weit unter der Schwelle der Genehmigungspflicht, wenn man für den jährlichen Schuldendienst Niveau 1 laut Ergänzungsgutachten (ca EUR 31 Mio) heranzieht.⁴⁹⁴

Solche Refinanzierungen wären entweder gar nicht genehmigungspflichtig gewesen (wenn sie als kurzfristige Kassenkredite ausgestaltet werden)⁴⁹⁵ oder sowieso unterhalb der Genehmigungsschwelle gelegen. Wenn man – wie das Erstgericht – eine hypothetisch notwendige Finanzierung als Auslöser der Genehmigungspflicht des Grundgeschäfts sieht, kann dies nicht zu einer strengeren Behandlung führen, als wenn tatsächlich ein Darlehen aufgenommen wird (wo dann eben nicht die Darlehensvaluta für die Frage relevant sind, ob die 15 % überschritten werden, sondern nur die laufenden Zahlungen).

- Jedenfalls sind die vom Erstgericht herangezogenen Bandbreiten bereits deshalb rein von den Zahlen her falsch, weil das Erstgericht Variante 8 laut EGA außer Betracht lässt. Dort beträgt die Wahrscheinlichkeit bei Auflösungskosten nämlich 70,37 % (also weniger als die vom Erstgericht als unterste Grenze angeführten 76 %). Nochmals ist zu betonen, dass die Auflösungskosten bei der Betrachtung allerdings ohnehin keine Rolle spielen können.

⁴⁹³ Die negative Bewertung des Swap betrug zu dem bereits relativ späten Zeitpunkt, als Bürgermeister Dobusch erstmals davon erfahren haben will (Mai/Juni 2010) ca EUR 96 Mio (Beilage ./133) – davor waren wie dargelegt deutlich günstigere Ausstiege oder Restrukturierungen möglich.

⁴⁹⁴ Die Laufzeit des Swap ging bis 2017, also 2010 noch 7 Jahre. Zieht man für die Laufzeit Finanzierung die Restlaufzeit des Swap heran, bliebe man mit den jährlichen Zahlungen noch immer weit unter der vom Erstgericht angenommenen Schwelle.

⁴⁹⁵ Vgl ON 256 23 Hv 79/13k, S 56 (Beilage ./9xB).

Begehrte Feststellung:

Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der tatsächlichen Kursentwicklung auf Grundlage des damaligen Markt sentiments lag ex ante bei 0. Für die Überschreitung des Niveaus 1 ergaben sich aus den mit den erwähnten Modellunsicherheiten behafteten⁴⁹⁶ Modellberechnungen der Sachverständigen dabei Wahrscheinlichkeiten für ein Überschreiten der Grenzen des § 78 Abs 1 Z 2 StL bei den laufenden Zahlungen von 0,5 % – 23 % und bei den Auflösungskosten von 70,37 % – 100 % (vgl Ergänzungsgutachten ON 522, S. 28 ff, zusammengefasst durch den Richter im Prot ON 595, pdf-S. 6), wenn man die einmal anfallenden Auflösungskosten auf den Tatbestand des § 78 Abs 1 Z 2 StL anwendet. Das Gericht sieht die Ergebnisse der Wahrscheinlichkeitsrechnung als beweismäßigenden Umstand und Grundlage der Feststellung, dass ein derartiges Überschreiten der Genehmigungsgrenzen nicht ausgeschlossen werden kann.

Die Feststellung ist wesentlich, denn auch wenn unklar ist, welchen Teil des Zwischenurteils das Erstgericht darauf stützt, so scheint das Erstgericht der Feststellung doch im Zusammenhang mit der mangelnden Beherrschbarkeit und mangelnden Optimierungseignung Bedeutung zuzumessen. Beides war aber gegeben. Hätte das Erstgericht das richtigerweise auch so gesehen, hätte es den Swap für gültig geschlossen halten und den Antrag auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.

D. MÄNGELRÜGE

D.I. VORBEMERKUNG

Das Zwischenurteil ist mit den in der Folge ausgeführten Verfahrensmängeln belastet. Die Reihenfolge folgt der Aufzählung des Gerichts ab S 103 ff des Zwischenurteils. Am Ende wird noch ein Verfahrensmangel aus dem "Feststellungsteil" geltend gemacht.

Wie oben in der Rechtsrüge dargelegt, ergibt sich rechtlich schon auf Basis der Feststellungen des Erstgerichts (soweit diese für die rechtliche Beurteilung überhaupt relevant sind), dass der Swap gültig zustande gekommen ist, sodass der Zwischenantrag auf Feststellung der Stadt Linz abzuweisen ist. Die folgenden Verfahrensmängel werden deshalb, genau wie die Beweisrügen, ergänzend für den Fall aufgezeigt, dass das Oberlandesgericht Wien diese doch als relevant ansehen sollte.

D.II. AUSFÜHRUNG DER VERFAHRENSMÄNGEL

1. Ergänzung des Sachverständigengutachtens um weitere Wahrscheinlichkeitsberechnungen (S 104-107)

Das Erstgericht gab dem mehrfachen Antrag der BAWAG PSK, die von den Gerichtssachverständigen im EGA durchgeführten Wahrscheinlichkeitsrechnungen auch mit einer positiven

⁴⁹⁶ Vgl die oben in Punkt C.II.24 begehrte Feststellung.

Drift zu rechnen, nicht statt. BAWAG PSK verweist auf die entsprechenden Ausführungen in der Beweisrüge, in denen auch der genaue Antrag samt Fundstellen angeführt ist.⁴⁹⁷

Hätte das Erstgericht die von BAWAG PSK beantragten Berechnungen beauftragt, hätte sich die Bandbreite der aus den Wahrscheinlichkeitsrechnungen ergebenden Zahlen sowohl bei laufenden Zahlungen als auch bei Ausstiegskosten zu Gunsten von BAWAG PSK verändert. Das hätte dazu geführt, dass das Erstgericht nicht unrichtig davon ausgehen hätte können, dass bei gewöhnlichem Lauf der Dinge eine Fremdfinanzierung nötig ist und damit ein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis bestand sowie die Optimierungseignung fehlt (alles unrichtig). Der Antrag der Stadt Linz auf Fällung eines Zwischenurteils wäre also abzuweisen gewesen.

Dass die zusätzlichen Berechnungen nicht durchgeführt wurden, wird deshalb als wesentlicher Verfahrensmangel geltend gemacht.

2. Einsichtnahme in den Akt zum Disziplinarverfahren gegen Mag [REDACTED] (S 109-110)

2.1. Vorbemerkung

Das Erstgericht lehnt die Beischaffung des Akts zum Disziplinarverfahren gegen Mag [REDACTED] aus allen Instanzen aus mehreren Gründen ab, von denen keiner zutrifft.

2.2. Meinung zur Genehmigungspflicht

Die BAWAG PSK beantragte die Beischaffung dieses Aktes zu Inhalten von Aussagen Mag [REDACTED] zu seiner Meinung und der Meinung der ganzen Stadtverwaltung zur Genehmigungspflicht (Äußerung 4.6.2019, S 19 f):

- Laut der Entscheidung des Oberösterreichischen Landesverwaltungsgerichts gab Mag [REDACTED] im Disziplinarverfahren schriftlich an, dass weder er noch sonst jemand in der Verwaltung der Stadt Linz von einer Genehmigungspflicht des Swap ausgegangen sei: "*Auch innerhalb der Stadt Linz seien lange Zeit sämtliche damit befassten Stellen der Auffassung gewesen, dass keine zusätzlichen Genehmigungen erforderlich wären. [...] Wenn die Zulässigkeit eines Grundsatzbeschlusses für Darlehensaufnahmen und deren selbstständige Umsetzung durch die Stadtverwaltung befürwortet werde, müsse dies umso mehr für den gegenständlichen S. [Anm: Swap] gelten, bei welchem zusätzlich noch die Vorfrage zu klären ist, ob diese überhaupt einem Darlehen gleich zu halten sei.*"⁴⁹⁸
- In seiner Einvernahme vor dem Erstgericht am 14.5.2019 sagte Mag [REDACTED] hingegen aus, dort gar keine Aussagen getätigt zu haben: "*Wie das Landesverwaltungsgericht zu dieser Feststellung kommt, weiß ich nicht, ich habe dort keine Aussage abgelegt. [...] Ich kann dazu nichts sagen, wie das Landesverwaltungsgericht dazu kommt.*"⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.25.

⁴⁹⁸ LVwG900000/31/SE.

⁴⁹⁹ Protokoll 13.5.2019, S 7 f.

Die Aussage von Mag ██████ im erstinstanzlichen Verfahren steht damit bei einem wesentlichen Punkt im Widerspruch zur öffentlich zugänglichen Disziplinarentscheidung, wo an mehreren Stellen festgehalten ist, dass der Beschwerdeführer, also Mag ██████ (vgl dazu die ergänzende Feststellung oben),⁵⁰⁰ Stellungnahmen abgab.

2.3. Selbsteinschätzung von Mag ██████

Die BAWAG PSK beantragte die Beischaffung des Disziplinaraktes außerdem auch zum Beweis der Selbsteinschätzung des Mag ██████ dessen Aussage im Disziplinarverfahren in der Entscheidung des oberösterreichischen Landesverwaltungsgerichts zitiert wird, dass er sich ex ante "*sattelfest*"⁵⁰¹ fühlte, den Swap abzuschließen, was nur so verstanden werden kann, dass er nach seiner Auffassung ex ante über die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügte (Äußerung 4.6.2019, S 19 f). Vor dem Erstgericht sagte er am 13.5.2019 als Zeuge jedoch wie oben zitiert aus, dass er im Disziplinarverfahren keine Aussage machte und sich auch nicht erklären könne, wie das Landesverwaltungsgericht zu einer anderslautenden Aussage komme.

Es liegt somit in einem zweiten aus Sicht des Erstgerichts (das dazu Feststellungen traf) relevanten Punkt, nämlich hinsichtlich Mag ██████ Selbsteinschätzung seiner Kenntnisse und Erfahrungen ex ante, ein Widerspruch vor. In der Beweistrüge wird die Feststellung auf S 24 des Zwischenurteils zur Kenntnis des Mag ██████ über die Funktionsweise des Swap bekämpft und deren Unvollständigkeit aufgezeigt, die sich schon auf Grundlage der bereits vorliegenden Beweismittel ergibt. Zu den begehrten Feststellungen wird auf diesen Punkt der Beweistrüge verwiesen.⁵⁰² Ihr wesentlicher Kern ist, dass Mag ██████ die wesentlichen Eckdaten der Struktur des Swap kannte und insbesondere wusste, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können. Die rechtliche Relevanz dieser Feststellung wurde in der oben genannten Beweistrüge eingehend dargelegt.

2.4. Rechtliches

Die Antragstellung sei laut Erstgericht ohne Behauptung des eigenen Unvermögens erfolgt und daher schon nach § 301 ZPO nicht geeignet, eine Verpflichtung des Gerichts zur Beschaffung der Beweismittel für die BAWAG PSK zu begründen. Sollte, was im Hinblick auf die Sensibilität eines Disziplinarverfahrens nicht überraschend wäre, der BAWAG PSK keine Akteneinsicht gewährt werden, sei es ihr auch verwehrt, über einen Antrag im Zivilverfahren zu versuchen, Akteneinsicht zu erlangen.

Gemäß § 301 Abs 1 ZPO ist Voraussetzung für den Antrag, die Vorlage einer als Beweismittel zu benützenden Urkunde zu veranlassen, welche sich bei einer öffentlichen Behörde oder in Verwahrung eines Notars befindet, dass die Partei deren Ausfolgung oder Vorlage "*im Wege unmittelbaren Einschreitens nicht zu erlangen vermag*". Die Beischaffung einer solchen Urkunde durch das Gericht ist daher lediglich subsidiär; primär obliegt diese dem Beweisführer. Die beweisführende Partei muss daher in ihrem Antrag auf Beischaffung der Urkunde behaupten und bescheinigen, dass die Behörde bzw der Notar die Vorlage der Urkunde verweigert.⁵⁰³

⁵⁰⁰ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.I.3.

⁵⁰¹ LVwG900000/31/SE.

⁵⁰² Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.3.

⁵⁰³ *Kodek* in Fasching/Konecny³ III/1 § 301 ZPO Rz 2.

Der hier von der BAWAG PSK gestellte und vom Erstgericht zurückgewiesene Antrag hat jedoch nicht die Vorlage einer Urkunde, sondern die Beischaffung eines Disziplinaraktes zum Gegenstand. Es liegt auf der Hand und bedarf keiner Behauptung oder Bescheinigung, dass ein solcher Akt oder auch Teile eines solchen Aktes einer am Disziplinarverfahren nicht beteiligten Person nicht ausgefolgt wird. Das Verlangen des Erstgerichts an die BAWAG PSK, vorher einen derartigen Antrag zu stellen, ist auch in § 301 Abs 1 ZPO nicht gedeckt, der nur die Vorlage von Urkunden zum Gegenstand hat. Die Aktenübersendung ist vielmehr ein Fall der Amtshilfe zwischen den Organen der Vollziehung.⁵⁰⁴

Die Beurteilung, ob dieser Akt tatsächlich übersendet werden wird, obliegt nicht dem Erstgericht. Erst dann, wenn die Übersendung des Disziplinaraktes verweigert werden sollte oder nur mit der Auflage erfolgen sollte, dass nur das Gericht, nicht aber die Parteien Einsicht nehmen dürfen, dürfte der Akt nicht als Beweismittel verwendet werden.⁵⁰⁵

Diese Situation liegt aber nicht vor, sodass die Weigerung des Erstgerichts, das Ersuchen auf Übersendung des Disziplinaraktes zu stellen, nicht begründet ist.

Nach Ansicht des Erstgerichts ist die Frage der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht außerdem eine Rechtsfrage, zu der nicht Beweis aufzunehmen ist. Für die Gültigkeit des Swap sei es aber unerheblich, was andere über die Genehmigungspflicht denken oder dachten.

Das ist zwar grundsätzlich zutreffend und das aufsichtsbehördliche Genehmigungserfordernis kann schon aus rechtlichen Gründen nicht vorliegen.⁵⁰⁶ Sollte man dies anders sehen – was das Erstgericht offenbar tut –, dann ist die historische Meinung aller auf der Seite der Stadt Linz involvierten Personen zur praktischen Anwendung der Genehmigungspflichten und die historische Einschätzung von Mag. [REDACTED] ob er mit dem Swap "umgehen" konnte, allerdings schon ein Indiz, wie die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht auszulegen ist und wie die Kenntnisse und Erfahrungen Mag. [REDACTED] *ex ante* waren.

2.5. Wesentlichkeit

Die Beischaffung des Aktes zum Disziplinarverfahren gegen Mag. [REDACTED] aus allen Instanzen (AZ LVwG900000/31/SE vor dem OÖ Landesverwaltungsgericht) ist notwendig, weil sich aus den Protokollen ergeben wird, dass das Landesverwaltungsgericht die Aussage Mag. [REDACTED] richtig wiedergegeben hat und die Aussage des Zeugen Mag. [REDACTED] vor dem Erstgericht in diesen Punkten objektiv unrichtig ist.

Das Erstgericht hätte in diesem Sinn feststellen müssen, dass niemand in der Stadtverwaltung *ex ante* von einer Genehmigungspflicht ausging, was ein Indiz gegen das Vorliegen der Genehmigungspflicht ist.⁵⁰⁷ In der Folge hätte das Erstgericht die Genehmigungspflicht verneinen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.

Außerdem hätte das Erstgericht in diesem Sinn feststellen müssen, dass Mag. [REDACTED] sich *ex ante* "sattelfest" fühlte, was ein Indiz für sein umfassendes Wissen über den Swap ist, welches dem Gemeinderat zugerechnet wird und ein "Baustein" bei der nachträglichen Genehmigung

⁵⁰⁴ *Kodek* in Fasching/Konecny³ III/1 § 301 Rz 8.

⁵⁰⁵ *Kodek* in Fasching/Konecny³ III/1 § 301 Rz 11.

⁵⁰⁶ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.I.

⁵⁰⁷ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.I.5.3.

durch den Gemeinderat ist.⁵⁰⁸ In der Folge hätte das Erstgericht die nachträgliche Genehmigung bejahen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.

Dass das Erstgericht den Disziplinarakt trotzdem nicht beischaffte, wird als Verfahrensmangel geltend gemacht.

3. Einvernahme der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] (S 110)

Das Erstgericht hatte die Einvernahme dieser Zeugen ursprünglich von Amts wegen beschlossen und diese Zeugen auch geladen (ON 576: [REDACTED] ON 578: [REDACTED] und [REDACTED]. In der Tagsatzung am 14.5.2019 kündigte das Erstgericht jedoch an, diese Zeugen nun nicht mehr hören zu wollen. Für das Zwischenurteil sei nicht relevant, ob Swap-Geschäfte genehmigt wurden und ob und was für Berechnungen angestellt wurden. Daraufhin beantragte BAWAG PSK die Zeugen zum Beweis, dass *ex ante* tatsächlich Swap-Geschäfte nicht aufsichtsbehördlich genehmigt wurden und generell (also etwa auch bei der Genehmigung von Fremdwährungsdarlehen) auch keine Berechnungen künftiger Risiken mit mathematischen Modellen angestellt wurden (Äußerung vom 4.6.2019, S 20).

Die Zeugen hätten ausgesagt, dass *ex ante* Swap-Geschäfte nicht aufsichtsbehördlich genehmigt wurden, nicht zu genehmigen waren und auch keine Berechnungen künftiger Risiken mit mathematischen Modellen angestellt wurden. Entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts sind die Tatsachen, zu deren Beweis die Einvernahme dieser Zeugen beantragt wurde, auch nach wie vor relevant. Dies wird in der Rechtsrüge dargelegt und auf diese Ausführungen wird verwiesen.⁵⁰⁹

Deshalb wären die Zeugen vom Erstgericht zu hören gewesen. Dass dies nicht geschah, wird als Verfahrensmangel geltend gemacht.

4. Gemeinderatsbeschlüsse als zivilrechtliche Vollmacht (S 110)

Zum Beweis, dass das Verständnis des GRB 2004 als zivilrechtliche Vollmacht der langjährigen Praxis der Stadt Linz entsprach, beantragte die BAWAG PSK die Einvernahme weiterer Zeugen (Äußerung vom 4.6.2019, S 32). Es handelt sich dabei um die im Schriftsatz vom 18.5.2017 genannten ehemaligen Mitglieder des Finanzausschusses und des Gemeinderats, nämlich Mayr, [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] (vgl zum Antrag und zu den Anschriften Schriftsatz vom 18.5.2017, S 36 f).

Das Erstgericht meint ohne nähere Begründung (S 111 des Zwischenurteils), mangels Wesentlichkeit des Beweisthemas für die Entscheidung erübrige sich "eine differenzierte Prüfung, welcher konkreten Zeugen aus dem Schriftsatz ON 465 sich die Beklagte zum Beweis dieses Umstands bedienen möchte". Aus den Schriftsätzen ergibt sich klar, dass die Einvernahme aller dort angeführten Personen als Zeugen beantragt wurde. Für eine Einschränkung auf bestimmte Personen, wie sie das Erstgericht möglicherweise überlegt, besteht daher keine Veranlassung.

⁵⁰⁸ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.3.

⁵⁰⁹ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.I.5.3.

des Swap. Rechtlich führt dies zu einer Gültigkeit des Swap und der Abweisung des Zwischenantrags.

7. Ergänzende Einvernahme von [REDACTED] (S 112-113)

BAWAG PSK beantragte die ergänzende Einvernahme der Zeugin [REDACTED] zum – soweit für die Gültigkeit des Swap relevant – Beweis dafür, dass die Stadt Linz, vertreten durch Mag [REDACTED] vor und im Abschlusszeitpunkt über die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt habe, das Geschäft abzuschließen (Äußerung vom 4.6.2019, S 48).

Die vom Erstgericht gebrauchte Begründung, weshalb dieser Beweisantrag zurückzuweisen sei, ist unzutreffend.

Die Rechtsansicht des Erstgerichts, die Kenntnisse Mag [REDACTED] seien – im Gegensatz zum Wissen des Gemeinderats – irrelevant, weil er Stadt Linz gerade nicht wirksam vertreten habe, ist unrichtig. Rechtlich kommt es nach Ansicht der BAWAG PSK zwar primär tatsächlich nicht auf die Kenntnisse von Mag [REDACTED] an und es steht bereits von vornherein fest, dass es weder ein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis noch eine Genehmigungspflicht des Gemeinderats gibt.⁵¹⁶ Sollte das Oberlandesgericht Wien dies anders sehen, ist aber die ergänzende Einvernahme der Zeugin wichtig für die *ex ante* gegenüber BAWAG PSK (vertreten durch die Zeugin) zur Schau gestellten Kenntnisse und Erfahrungen von Mag [REDACTED]. Für die Relevanz wird auf die entsprechende Beweisrüge verwiesen.⁵¹⁷ Aus Vorsichtsgründen wird also die Nicht-Einvernahme der Zeugin als Verfahrensmangel gerügt.

Wie die BAWAG PSK bereits im Schriftsatz vom 4.6.2019 vorbrachte, hatte [REDACTED] im Zusammenhang mit dem Abschluss des Swap nämlich den intensivsten Kontakt mit Mag [REDACTED] (Äußerung vom 4.6.2019, S 48). Sie kann deshalb auch unmittelbar darüber berichten, welchen Eindruck Mag [REDACTED] auf sie machte.

Das Erstgericht lehnt eine ergänzende Einvernahme dieser Zeugin deshalb ab, weil sie bereits einvernommen worden sei und der Umstand, dass ein Zeuge vor dem anderen einvernommen wurde, nicht automatisch dazu führe, dass eine ergänzende Befragung des früher einvernommenen Zeugen durchzuführen wäre. Damit verkennt das Erstgericht, dass eine derartige Automatik von der BAWAG PSK niemals behauptet wurde. Sehr wohl kann es aber bei Bekanntwerden neuer, bisher nicht berücksichtigter Umstände erforderlich werden, einen Zeugen oder eine Zeugin ergänzend einzuvernehmen. Dies ist aus folgenden Gründen bei der von der BAWAG PSK beantragten Zeugin [REDACTED] der Fall:

[REDACTED] wurde bereits am 30.9.2013 als Zeugin einvernommen. Das Erstgericht änderte seine damalige ausdrücklich protokollierte Rechtsmeinung, wonach der Swap gültig sei (siehe etwa Protokoll vom 4.10.2013, S 29) erst wesentlich später. So erörterte der Erstrichter in der Tatsatzung vom 16.11.2016 (S 3 des Protokolls), dass er bislang von einer Gültigkeit des Geschäfts ausgegangen sei, nun aber eine Gültigkeit des Geschäfts nicht notwendigerweise angenommen werden könne. Schon der Umstand, dass das Erstgericht nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens seine Rechtsmeinung über die Gültigkeit des Swap geändert hat, ist Grund dafür, die Zeugin [REDACTED] ergänzend einzuvernehmen.

⁵¹⁶ Vgl bei der Rechtsrüge Punkte B.I und B.II.

⁵¹⁷ Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.3.

Für die Begründung und Relevanz dieses Verfahrensmangels verweist BAWAG PSK auch auf die Beweistrüge.⁵¹⁸ Das Wissen von Mag [REDACTED] ist insbesondere relevant, weil dieses Wissen rechtlich dem Gemeinderat zuzurechnen ist; dessen Wissen wieder ist rechtlich für die Frage bedeutsam, ob der Swap nachträglich genehmigt wurde.⁵¹⁹

Aus all diesen Gründen wird die Nicht-Einvernahme der Zeugin als Verfahrensmangel geltend gemacht.

8. Stadt Linz verfügte über ein taugliches Risikomanagement (S 113 f)

BAWAG PSK beantragte im Schriftsatz vom 18.5.2017 (S 38 f) zum Beweis dafür, dass die Stadt Linz über ein taugliches Risikomanagement verfügte, die Einvernahme der namentlich angeführten, im verfahrensgegenständlichen Zeitraum tätigen (ehemaligen) Mitglieder des Finanzausschusses: Mayr, Giegler, Kiesewetter, Hörzing, Reisinger, Schaller, Terbuch, Kaltenhuber, Lausegger, Schmied, Hattmansdorfer, Ortner (vgl zum Antrag und zu den Anschriften Schriftsatz vom 18.5.2017, S 38 f).

Außerdem beantragte BAWAG PSK die Einvernahme der namentlich angeführten (ehemaligen) Mitarbeiter des Magistrats der Stadt Linz: [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] (bereits verstorben), [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] (vgl zum Antrag und zu den Anschriften Schriftsatz vom 18.5.2017, S 39).

Außerdem beantragte BAWAG PSK die Einvernahme von damaligen Beratern der Stadt Linz, die ebenfalls das taugliche Risikomanagement bestätigen können: [REDACTED] (bereits verstorben), [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] (vgl zum Antrag und zu den Anschriften Schriftsatz vom 18.5.2017, S 39 f).

BAWAG PSK hielt alle diese Anträge im Schriftsatz vom 4.6.2019 (S 48) ausdrücklich aufrecht.

Das Erstgericht erachtet dieses Beweisthema als irrelevant, weil die Stadt Linz ohne Genehmigung des Landes nicht hätte handeln können, auch wenn ein stadtinternes Risikomanagement existent gewesen wäre. Jedenfalls hätte Stadt Linz warten müssen, bis das Land Oberösterreich einer Fremdfinanzierung des Ausstiegs zustimmt.

Die Unrichtigkeit dieser Argumentation wird in der Rechtsrüge⁵²⁰ und in der Beweistrüge⁵²¹ aufgezeigt. Auf diese Ausführungen wird verwiesen. Die Zeugen hätten zusammengefasst bestätigt, dass Stadt Linz über ein taugliches Risikomanagement verfügte. Das hätte dazu geführt, dass der Swap als subjektiv beherrschbar qualifiziert wird (worauf es gar nicht ankommt, was aber vorsorglich trotzdem geltend gemacht wird – siehe dazu bei der Rechtsrüge)⁵²² und der Swap damit auch im Sinn der vom Erstgericht unrichtig vertretenen Rechtsauffassung optimierend im Sinn des GRB 2004 ist.

Zusammengefasst wären die beantragten Zeugen deshalb zu hören gewesen. Dass dies nicht geschah, wird als Verfahrensmangel geltend gemacht.

⁵¹⁸ Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.3.

⁵¹⁹ Vgl bei der Rechtsrüge Punkte B.II.4.3.3.

⁵²⁰ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.I.

⁵²¹ Vgl bei der Beweistrüge insbesondere Punkt C.II.20 zur Beherrschbarkeit des Swap.

⁵²² Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.2.1.5.2.

9. "Übrige Personalbeweisangebote" (S 114)

Das Erstgericht weist die "*übrigen Personalbeweisangebote*" mangels "*abstrakter Relevanz*" ab. BAWAG PSK geht davon aus, dass damit die *ex ante* von Stadt Linz beschäftigten Mitarbeiter von Kreditinstituten und Finanzberatern gemeint sind und verweist auf die Ausführungen dazu oben.⁵²³ Die Nicht-Einvernahme der Zeugen wird wie dort oben beschrieben als Verfahrensmangel geltend gemacht.

10. Editionsangebote (S 114 ff)

10.1. **Vorberichte zu den Rechnungsabschlüssen, Kontrollamtsberichte**

BAWAG PSK beantragte, dass Stadt Linz aufgetragen wird, folgende Urkunden vorzulegen:

- Vorberichte des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011;
- Kontrollamtsberichte zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011;
- Kontrollamtsbericht vom 12.9.2012 betreffend die ILG.

Das Erstgericht meint, die beantragten Berichte seien nicht wesentlich, da sie zum Nachweis einer erfolgten nachträglichen Genehmigung schon abstrakt nicht geeignet seien. Wiederum geht das Erstgericht davon aus, dass alle Beweise, die nicht eine unmittelbare Debatte und Beschlussfassung im Gemeinderat belegen, irrelevant seien. Diese Rechtsansicht ist aber – wie ausführlich in der Rechtsrüge dargelegt – unrichtig:

Zusammengefasst ist dem Gemeinderat nicht nur das Handeln der seinen Willen ausführenden Organe zuzurechnen, sondern auch deren Wissen, auch im Rahmen des Rechtsinstitutes der "Wissensvertretung" über eine Zurechnungskette. Das Wissen der einzelnen Personen in der Zurechnungskette (zB: Finanzausschuss oder Kontrollausschuss als Gemeinderatsausschuss) ist daher letztlich dem obersten Organ (hier: Gemeinderat) zuzurechnen. Selbst wenn ein Ausschuss (Finanzausschuss oder Kontrollausschuss) dem Gesamtgemeinderat nicht vollumfänglich berichtet, ist er Wissensstellvertreter für den Gesamtgemeinderat und ist dem Gesamtgemeinderat das Wissen zuzurechnen.⁵²⁴

Aus den Rechnungsabschlüssen gehen im Rahmen der darin jeweils enthaltenen Abweichungsanalyse die finanziellen Folgen aus dem Swap hervor. Konkret ergeben sich aus der jeweiligen Abweichungsanalyse die anfänglichen ganz erheblichen Mehreinnahmen und die aus dem Swap in weiterer Folge entstandenen Zahlungsverpflichtungen. Entsprechend dazu werden in den Vorberichten des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen die Einnahmen und Zahlungen aus dem Swap geschildert.

Daher ist es relevant festzustellen, welches Wissen der Finanzausschuss und der Kontrollausschuss gehabt haben. Dies ergibt sich (nicht nur, aber auch wesentlich) aus den erwähnten und beantragten Vorberichten und Kontrollamtsberichten, die von Finanzdirektion oder Kon-

⁵²³ Vgl bei der Mängelrüge Punkt D.II.8.

⁵²⁴ Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.4.

trollamt an Finanzausschuss und/oder Kontrollausschuss gingen. Das Erstgericht selbst erwähnt, dass die Kontrollamtsberichte an den Kontrollausschuss gehen, hat dazu aber den Beweis nicht aufgenommen.

Die beantragten Urkunden dienen zum Beweis dafür, dass die Stadt Linz (bzw deren Gemeinderat) den Swap gekannt und genehmigt hat, zumindest aber nachträglich genehmigt hat.

Das Erstgericht hat daher zu Unrecht die Vorlageanträge nicht behandelt.

Die Vorlage der oben erwähnten beantragten Berichte – Vorberichte des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011 und Kontrollamtsberichte zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011 und Kontrollamtsbericht vom 12.9.2012 – ist notwendig, weil sich aus den Berichten ergeben wird, dass:

1. der Kontrollausschuss Kenntnis davon hatte, dass der Swap ("Zinssicherungsgeschäften mit diversen Banken ... Bawag PSK ...") geschlossen wurde, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können und
2. der Finanzausschluss Kenntnis davon hatte, dass der Swap geschlossen wurde, wie dessen Struktur ist, insbesondere dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass es sich um ein theoretisch unbegrenztes Risiko handelt.

Wegen der Zurechnung des Wissens dieser Ausschüsse an den Gemeinderat ergibt sich daraus, dass zumindest eine nachträgliche Genehmigung des Swap durch beharrliches Schweigen (siehe Punkt B.II.4.4.2 der Rechtsrüge) erfolgt ist, wenn eine solche nach Rechtsmeinung des Berufungsgerichtes notwendig war. Bei nachträglicher Genehmigung ist der Zwischenfeststellungsantrag zwingend abzuweisen. Aus dem Kontrollamtsbericht vom 12.9.2012 betreffend die ILG wäre auch die Marktüblichkeit derartiger Optimierungsprodukte und auch des Swap im speziellen belegbar, die Marktüblichkeit wurde vom Erstgericht nicht abschließend geprüft (Zwischenurteil, S 78 oben),⁵²⁵ ist aber zumindest nach Ansicht des Erstgerichtes Voraussetzung für die Gültigkeit des Swap und damit erforderlich für die Abweisung des Zwischenfeststellungsantrags.

10.2. Prüfbericht und Laufzettel

Beantragt wurde die Vorlage des Prüfberichtes des Präsidialamtes zum Amtsbericht 2004, auf dem der GRB 2004 basierte ("Aktueller AV zur Prüfung der Vorlage an den GR/StS") und Laufzettel zum Beschlussgegenstand im Hinblick auf die Fassung des GRB 2004 ("Amtsvorlage samt Abstimmungsformular").

Das Erstgericht hat diese Urkunden, die die interne *ex ante*-Prüfung des GRB 2004 betreffen, als nicht relevant beurteilt. Es bestehe nämlich keine Bindung des Erstgerichtes an Rechtsmeinungen der Organe der Stadt Linz, auch nicht an Prüfungsergebnisse der Verwaltung oder "rechtlich völlig untragbare Vorstellungen der politischen Führung". Das Erstgericht nimmt daher an (stellt dies aber eben nicht förmlich fest), dass die formelle Prüfung des Magistrats keine Mängel des GRB 2004 zu Tage gebracht hat, und auch dass der Magistrat sein Ergebnis ja

⁵²⁵ Zum Vorliegen der Marktüblichkeit schon auf Basis der vorliegenden Beweisergebnisse siehe allerdings C.II.12.

sogar auch nachträglich noch verteidigt und bestätigt hat. Dafür sei also offenbar kein Beweis mehr notwendig (dennoch fehlt aber eine entsprechende Feststellung).⁵²⁶

Das Prüfungsverfahren erzeuge laut Erstgericht keinen Anschein einer Gültigkeit, weil diesen nicht das zuständige Organ erweckt hat, sondern hier der Magistrat, und interne Unterlagen auch keinen außenwirksamen Anschein erwecken können. Auch seien diese Urkunden nicht als Genehmigungsgrundlage für den Swap geeignet, weil der Swap erst 2007 abgeschlossen wurde:

- Damit widerspricht sich aber das Erstgericht einerseits selbst, weil es umfangreich ausführt, dass der Beschluss von vornherein nicht ausreichend determiniert sei (etwa "Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens per se", Ersturteil S 75).
- Andererseits sind für die Interpretation des GRB 2004 natürlich auch die Materialien, die den Mandataren des beschlussfassenden Organes zur Verfügung standen, wesentlich. Schließlich wurde die rechtliche Vorprüfung des Beschlussantrags zum GRB 2004 durch ihren Magistratsdirektor Univ-Prof Dr. [REDACTED] [REDACTED] einem ausgewiesenen Experten und langjährigen Praktiker des Verwaltungsrechtes, vorgenommen.

Der genaue Inhalt des Prüfberichtes ist daher relevant, weil daraus leicht erkennbar wäre, dass die Beurteilung des Erstgerichtes einer "offensichtlichen Unmöglichkeit und Mangelhaftigkeit im Lichte des Organisationsrechts der Klägerin" des GRB 2004 schlicht unrichtig ist. Damit ist aber der GRB 2004 eine taugliche Grundlage für den gültigen Abschluss des Swap und der Zwischenfeststellungsantrag wäre abzuweisen gewesen.

10.3. Aktenvermerke oder Niederschriften gemäß § 27 Abs 2 GEOM über den Abschluss des Rahmenvertrags vom 26.9.2006 aus dem Verwaltungsakt zu GZ 901

Die Niederschriften und Aktenvermerke dazu enthalten die Entscheidungsgrundlagen für den Abschluss der Rahmenvereinbarung, die dem Bürgermeister vorgelegen sind, insbesondere Berechnungsgrundlagen, Risikoanalyse, sowie Amtsbericht 2004 (Beilage ./62) und das Schreiben vom 13.9.2006 von Mag. [REDACTED] an den Bürgermeister, welches durch Dr Mayr übermittelt werden sollte (Beilage ./70). Daraus ergibt sich, dass neben Mag. [REDACTED] auch Dr Mayr und Bürgermeister Dr Dobusch beim Abschluss des Swap miteingebunden und voll informiert waren.

Sowohl Beilage ./62 als auch Beilage 70 sind Teil des Verwaltungsakts zu GZ 901. Schon aus den genannten Urkunden ./62 und ./70 ist ableitbar, dass Bürgermeister Dr Dobusch und der Vorsitzende des Finanzausschusses Dr Mayr über die Konstruktion des Swap und die damit zusammenhängende Risikostruktur vollumfassend informiert waren. Die weiteren Unterlagen, die in dem Verwaltungsakt GZ 901 erliegen, würden dies ebenfalls beweisen.

⁵²⁶ Dies sagte im Wesentlichen auch Dr Dobusch aus. Vgl dazu die ergänzende Feststellung bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.4.3.

Da die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes zur (Nicht-)Zurechnung des Wissens unrichtig ist, ist relevant, welche Kenntnisse jene Organe hatten, die im Finanzausschuss, Kontrollausschuss und Gemeinderat Bericht erstattet haben. Aus diesen Urkunden kann Beweis gewürdigt werden, mit welchem Wissensstand die Organe der Stadt Linz die Verträge (Rahmenvertrag, Abschlüsse Swaps) abgeschlossen und genehmigt haben, und daraus wieder die Genehmigung des Swap abgeleitet werden. Der Zwischenfeststellungsantrag der Stadt Linz wäre damit abzuweisen gewesen.

10.4. Restrukturierungs- und Ausstiegsangebote

Beantragt wurde, die Vorlage von Restrukturierungs- bzw Ausstiegsangebote in Bezug auf den Swap von Dritten, insbesondere das Restrukturierungs-/Ausstiegsangebot von Barclays an die Stadt Linz von Ende April/Anfang Mai 2008 aufzutragen.

Das Erstgericht meint, die beantragte Vorlage von Restrukturierungs- und Schließungsangeboten von Drittbanken sei für die Frage der Gültigkeit schon abstrakt nicht relevant, solange auch hier keine Befassung des GR mit dem Swap und diesen Angeboten behauptet werde.

- Dabei übersieht das Erstgericht, dass durch die Angebote die Marktüblichkeit derartiger Optimierungsprodukte und auch Strukturen wie die des Swap belegbar ist (die Marktüblichkeit wurde vom Erstgericht nicht abschließend geprüft, siehe Zwischenurteil, S 78 oben).
- Auch wäre durch die Restrukturierungsangebote beweisbar, dass der Swap beherrschbar war und die Restrukturierung eine ebenso übliche Methode zur Beendigung ist, wie eine Kündigung. Weil eine solche Restrukturierung auch durchgeführt werden kann, ohne dafür Darlehen aufzunehmen, wäre selbst nach der Rechtsmeinung des Erstgerichtes keine aufsichtsbehördliche Genehmigung erforderlich.⁵²⁷
- Aus den Details der Restrukturierungsangebote wäre auch ersichtlich, dass eine Restrukturierung rasch durchzuführen ist (jedenfalls wesentlich rascher als die Kündigung einer CHF-Anleihe, die durch die Emittentin Stadt Linz nur zu jedem Kupontermin, also alle sechs Monate, mit zehn Bankarbeitstagen Frist gekündigt werden kann – siehe § 8 der Beilage ./D). Daher sind die Erwägungen des Erstgerichtes über die Kündbarkeit (Zwischenurteil, S 36) verfehlt.⁵²⁸

Das Erstgericht hat daher zu Unrecht die Vorlage nicht aufgetragen. Aus den Urkunden hätten sich, wie oben ausgeführt, die Marktüblichkeit, die Beherrschbarkeit und die Optimierung des Swap ergeben, alles – jedenfalls nach Ansicht des Erstgerichtes – Voraussetzungen für die Gültigkeit des Swap. Das Erstgericht hätte auf der Grundlage der zur Vorlage beantragten Urkunden von der Gültigkeit des Swap ausgehen und den Zwischenfeststellungsantrag abweisen müssen.

⁵²⁷ Siehe dazu Punkt C.II.20.6.

⁵²⁸ Vgl auch bei der Beweistrüge Punkt C.II.14.

11. Verweis auf "Gesamtergebnis" der Sachverständigengutachten (S 39 f)

Am Ende eines "Feststellungsblocks" (S 39 f) verweist das Erstgericht schlicht auf das "Gesamtergebnis" der Sachverständigengutachten. Dabei handelt es sich um eine nicht nachprüf-bare Scheinbegründung. Diese wird als Verfahrensmangel geltend gemacht. Für die nähere Begründung verweist BAWAG PSK auf die Ausführungen in der Beweistrüge.⁵²⁹

E. ANTRÄGE

BAWAG PSK beantragt deshalb, das Oberlandesgericht Wien als Berufungsgericht möge

1. das angefochtene Zwischenurteil dahingehend abändern, dass die Anträge der klagenden Partei auf Fällung eines Zwischenurteils (Schriftsatz vom 8.4.2019) abgewiesen werden,

in eventu zu 1.
2. das angefochtene Zwischenurteil zur Gänze aufheben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Prozessgericht 1. Instanz zurückverweisen,

jedenfalls
3. der klagenden Partei den Ersatz der Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz über den Zwischenantrag auf Feststellung an die beklagte Partei gemäß § 19a RAO zu Händen des Beklagtenvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.

Wien, am 15.12.2020

BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und
Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft

⁵²⁹ Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.20.

Kostenverzeichnis:

Berufung TP3B	€	1.095,80
150 % ES	€	1.643,70
Zuschlag 100% *)	€	2.739,50
ERV-Kosten	€	2,10
20 % USt	€	1.096,22
Pauschalgebühr	€	4.294,00
S u m m e	€	10.871,32

*) Die Leistung der Vertreter der BAWAG PSK übersteigt nach Umfang und Art den Durchschnitt erheblich, insbesondere aufgrund des außergewöhnlich umfangreichen Akteninhalts. BAWAG PSK begehrt deshalb nach § 21 Abs 1 2. Satz RATG einen Zuschlag für besondere Mühe in Höhe von 100 %.

An
HG Wien
Marxergasse 1a
1030 Wien

Eingabe zu: 55 Cg 28/18f

Elektronisch eingebracht am 15.12.2020
Lansky, Ganzger & Partner GmbH
Rechtsanwälte GmbH

(P130123)

Biberstraße 5, 1010 Wien
Zeichen: 13/0058Klage201610

1 Anhang

Berufung gegen Zwischenurteil

1. Klagende Partei	Stadt Linz Altes Rathaus, Hauptplatz 1, 4020 Linz
Vertreter von 1. Klagende Partei	Aigner Rechtsanwalts-GmbH Pestalozzigasse 4/5, 1010 Wien
2. Klagende Partei	Stadt Linz Altes Rathaus, Hauptplatz 1, 4020 Linz
Vertreter von 2. Klagende Partei	Wildmoser/Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH Hopfengasse 23, 4020 Linz
1. Beklagte Partei	BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Wiedner Gürtel 11, 1100 Wien, Postsparkasse Aktiengesellschaft
Vertreter von 1. Beklagte Partei	Lansky, Ganzger & Partner GmbH Rechtsanwälte GmbH Biberstraße 5, 1010 Wien Telefon 01 533 33 30 Einzahlungskonto IBAN: AT72 6000 0000 0957 8090, BIC: OPSKATWW Einzahlungskonto IBAN: AT52 1200 0006 8414 1013, BIC: BKAUATWW
2. Beklagte Partei	BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Wiedner Gürtel 11, 1100 Wien, Postsparkasse Aktiengesellschaft
Vertreter von 2. Beklagte Partei	DORDA Rechtsanwälte GmbH Universitätsring 10, 1010 Wien

Wegen wegen Zwischenantrag auf Feststellung (Streitwert EUR 100.000,00)

(Weiteres) Vorbringen**Berufung gegen Zwischenurteil**

Vollmacht erteilt

Kostenverzeichnis:

Berufung TP3B	EUR	1.095,80
150 % ES	EUR	1.643,70
Zuschlag 100% *)	EUR	2.739,50
ERV-Kosten	EUR	2,10
20 % USt	EUR	1.096,22
Pauschalgebühr	EUR	4.294,00
S u m m e	EUR	10.871,32

*) Die Leistung der Vertreter der BAWAG PSK übersteigt nach Umfang und Art den Durchschnitt erheblich, insbesondere aufgrund des außergewöhnlich umfangreichen Akteninhalts. BAWAG PSK begehrt deshalb nach § 21 Abs 1 2. Satz RATG einen Zuschlag für besondere Mühe in Höhe von 100 %.

1 Anhang

Nr	Anhangsart	Datum	ON/Beilage	Zeichen (Einbr.)
1	Schriftsatz	15.12.2020		
	Bemerkung (Einbringer): CoL Zwischenurteil Berufung (signed ROF)			

Ergänzende Mitteilung (kein Schriftsatzbestandteil)

Der Schriftsatz wird im PDF Format übermittelt.