

PER WEB-ERV

Handelsgericht Wien
Marxer Gasse 1a
1030 Wien

Lukas Aigner Mag. iur. RA¹
Johannes Lehner Dr. iur. RA²
Georg Zuschin Dr. iur. MBA RA²
Roman Taudes Mag. iur. LL.M. RA²
Nathalie Steidl Mag. iur. RA²

Bernhard Böheim Dr. iur. RAA
Maximilian Weiser LL.M. (WU) RAA
Martin Lummerstorfer LL.M. (WU) RAA
Berndt Stiefsohn LL.M. (WU) RAA
Christoph Czerny Mag. iur. RAA

GZ: 55 Cg 28/18f

Wien, 27. Jänner 2021
BWGN35509/11/SK

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

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

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

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

Klagende Partei
(Berufungsgegnerin):

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

vertreten durch:

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

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

und

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

Beklagte Partei
(Berufungswerberin):

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

vertreten durch:

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

und

Aigner Rechtsanwalts-GmbH (kurz: „Sozietät“), FN 428937 s, HG Wien, P 131948, UID: ATU69344239

¹geschäftsführender Gesellschafter ²selbständige Rechtsanwälte in Kooperation

³Counsel ⁴Adresse der Zweigniederlassung; Kanzleisitz und Büro Dr. Johannes Lehner

Wir verarbeiten Ihre personenbezogenen Daten zur Abwicklung unserer Geschäftstätigkeiten.

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

Kontoverbindung Wien (Oberbank AG)

Anderkonto Wien: IBAN: AT88 1515 0005 0129 6008, BIC: OBKLAT2L

Honorarkonto Wien: IBAN: AT04 1515 0005 0129 5968, BIC: OBKLAT2L

Kontoverbindung Linz (Oberbank AG)

Anderkonto Linz: IBAN: AT75 1500 0007 2139 7461, BIC: OBKLAT2L

Honorarkonto Linz: IBAN: AT52 1500 0007 2139 7487, BIC: OBKLAT2L

DORDA Rechtsanwälte GmbH, P130040
Universitätsring 10
1010 Wien

wegen:

Zwischenantrag auf Feststellung
(Streitwert EUR 100.000,00)

BERUFUNGSBEANTWORTUNG

1-fach

Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an den Gegenvertreter.

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Vorbemerkungen	7
1.	Themen der Berufungsbeantwortung	7
2.	Struktur, Funktion und Risiken des Swap 4175	9
2.1	Die Herkunft des Swap 4175	9
2.2	Die Schwierigkeiten der beklagten Partei mit dem Produkt	10
2.3	Die Struktur des Swap 4175	11
2.4	Besonderes zur Risikostruktur des Swap 4175	15
2.5	Die notwendigen Strukturkenntnisse aus Sicht der beklagten Partei	18
II.	Erwiderung zur Rechtsrüge	20
1.	Das Urteil des Handelsgerichtes Wien	20
2.	Die mangelnde Vertretungsbefugnis aus organisatorischen Gründen	23
2.1	Einleitung	23
2.2	Kompetenzordnung und Legalitätsprinzip	24
2.2.1	Die Argumente der Stadt Linz	24
2.2.2	Zu den Argumenten der beklagten Partei	27
2.3	Generelle Unzulässigkeit der Übertragung der Willensbildungskompetenz des Gemeinderats auf den administrativen Hilfsapparat oder ihren Leiter	32
2.4	Zuständigkeit des Gemeinderats der Stadt Linz	35
2.4.1	Vorbemerkungen	35
2.4.2	Der Gemeinderat war das willensbildende Organ der Gemeinde	36
2.4.3	Die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes	39
2.5	(Untaugliche) Erklärungen der beklagten Partei zur Vertretungsbefugnis des ██████████ ██████████	41
2.5.1	Die einzelnen Erklärungsansätze	41
2.5.2	Der Gemeinderatsbeschluss als öffentlich-rechtliche Erteilung einer Vertretungsbefugnis	42
2.5.3	Der Weisungszusammenhang und die Wissenszurechnung sind keine gesetzliche Grundlage, um die Entscheidungskompetenz zu verlagern	43
2.5.4	Weisung und Approbationsbefugnis	44
2.5.5	Eigenzuständigkeit bzw. vom Bürgermeister abgeleitete Zuständigkeit	45
2.5.6	Organisationsrechtliches Übertragungsverbot	46
2.6	██████████ ██████████ wurde zum Abschluss des Swap 4175 auch zivilrechtlich nicht bevollmächtigt	49
2.6.1	Ausgangslage	49
2.6.2	Die Widersprüche in den Argumenten der beklagten Partei	51
2.6.3	Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer	52
2.6.4	Zwingende Geltung der öffentlich-rechtlichen Zuständigkeitsvorschriften	54
2.7	Keine Vertretungsbefugnis kraft Rechtsschein	55
2.7.1	Die Argumente der beklagten Partei	55
2.7.2	Die Anspruchsvoraussetzungen	55
2.7.3	Zurechenbare Verursachung	57
2.7.4	Die fehlende Schutzwürdigkeit der beklagten Partei	57
2.8	Keine Vertretungsbefugnis des ██████████ ██████████ mangels der Einhaltung zwingender Formvorschriften	58

3.	 ██████ ████████ fehlte die Vertretungsmacht wegen Überschreitung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004	59
3.1	Der Gemeinderatsbeschluss und seine Auslegung	59
3.2	Die kennzeichnenden Merkmale einer Optimierungseignung	63
3.3	Die Beherrschbarkeit des Risikos als ein konstitutives Merkmal der Optimierungseignung	66
3.4	Die sonstigen Voraussetzungen der Optimierungseignung	69
3.5	Die Kritik an einzelnen Aussagen der Gerichtsgutachter	72
3.6	Die Berufungsausführungen der beklagten Partei	77
3.7	Die Nichterfüllung auch der übrigen Kriterien einer Optimierungseignung	80
3.8	Existenzbedrohende Risikoerhöhung	80
3.9	Der Swap 4175 ließ im Endeffekt eine Reduzierung der Zinsenbelastung nicht erwarten	82
4.	Das unwirksame Swap-Geschäft ist auch nachträglich nicht genehmigt worden	84
4.1	Die Rechtsausführungen des Erstgerichtes	84
4.2	Die gegen das Ersturteil gerichteten Angriffspunkte der beklagten Partei	86
4.3	Die fehlende Berechtigung der Berufung	87
4.3.1	Nur der Gemeinderat konnte das Geschäft nachträglich genehmigen	87
4.3.2	In der Genehmigung muss die nachgeholte Willensbildung liegen	88
4.3.3	Die nachträgliche Genehmigung des Swap 4175 war nie Gegenstand einer Gemeinderatsentscheidung	89
4.3.4	Nur auf das eigene Wissen, vor allem aber auf die Willensbildung des Gemeinderats kommt es an	90
4.3.5	Es gab keine Handlungen des Gemeinderats, die als Ausdruck einer nachträglichen Genehmigungsabsicht hätten gedeutet werden können	91
4.3.6	Die Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010	94
4.3.7	Kein Vertrauen der beklagten Partei auf den Anschein einer nachträglichen Genehmigung	96
4.3.8	Keine nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung	97
4.3.9	Die Bedeutung der Wissenskomponente aus Sicht der beklagten Partei	98
4.3.10	Der angebliche Verstoß der Stadt Linz gegen Treu und Glauben	100
4.3.11	Sonstige Unrichtigkeiten	101
5.	Ungültigkeit wegen Fehlens der aufsichtsbehördlichen Genehmigung	102
5.1	Ausgangslage und Ratio der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht	102
5.2	Auslegung und Analogie	103
5.3	Die Funktion von Derivatgeschäften im kommunalen Finanzmanagement	104
5.4	Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht des Swap 4175	105
5.5	Die denkmögliche Genehmigungspflicht	107
5.6	Die Argumente der beklagten Partei	109
5.6.1	Verstoß gegen das Analogieverbot	109
5.6.2	Die aufsichtsbehördliche Schwellengrenze	111
III.	Zur Beweistrübe der Berufung der beklagten Partei (Berufung, Punkt C, S 138 ff)	112
1.	Allgemeine Anmerkungen zur Beweistrübe der beklagten Partei	112
2.	Angefochtene Feststellung „Historischer Wille“ (US 16), Berufung, S 138f	114
3.	Angefochtene Feststellung „Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien (US 24), Berufung, S 140 f	116
4.	Angefochtene Feststellung „Kenntnis von ████████ ████████ zum Swap (US 24), Berufung, S 141 ff	118
5.	Kenntnis der beklagten Partei vom Gemeinderatsbeschluss 3. Juni 2004 (US 25), Berufung, S 145	120
6.	██████ ████████ als Vertreter der Stadt Linz (US 25 f), Berufung S 145 ff	124

7.	Einbindung des Gemeinderats konkret bei Abschluss (US 26), Berufung, S 147	128
8.	Darstellung in Debt-Management-Berichten (US 26 bis 28), Berufung S 149 ff	129
9.	Kontrollamtsbericht über den Rechnungsabschluss 2007 (US 29), Berufung S 151 ff	130
10.	Keine formelle Information über Zahlung am 15. Oktober 2009 (US 30), Berufung, S 152 ff	133
11.	Gespräche zwischen der beklagten Partei und der Stadt Linz ab Juli 2010 (US 30), Berufung, S 153 ff	134
12.	Einbindung des Gemeinderats (US 32), Berufung, S 154	135
13.	Marktüblichkeit von Swap-Geschäften (US 35), Berufung, S 157	139
14.	Austausch von Zahlungsströmen (US 35), Berufung, S 159 ff	141
15.	Risiko aus CHF-Anleihe und aus Swap (US 36), Berufung, S 161 ff	143
16.	Chancen-Risiko-Profil des Swap (US 36), Berufung, S 162 ff	144
17.	Finanzmathematische Betrachtung des Swap (US 37), Berufung, S 164 f	147
18.	Ausstiegentscheidung und deren Umsetzung (US 38), Berufung, S 165 ff	148
19.	Beherrschbarkeit keine Voraussetzung für Optimierung (US 39), Berufung, S 167 f	151
20.	Befassung des Gemeinderats (US 39), Berufung, S 168 f	152
21.	Swap war beherrschbar und optimierend (US 39 f), Berufung, S 169 ff	153
21.1	Angefochtene Feststellung(en)	153
21.2	Begehrte Ersatzfeststellung(en)	154
21.3	Tabellarische Gegenüberstellung	155
21.4.1	Themenkreis angebliche Scheinbegründung – Verfahrensmangel (Berufung, Punkt C.II.20.2.)	159
21.4.2	Angebliche objektive und subjektive Beherrschbarkeit des Swap (Berufung, Punkte C.II.20.3. und C.II.20.4.)	162
21.4.3	Zum Thema Auflösungskosten und laufende Tilgungen (Berufung, Punkt C.II.20.5.)	167
21.4.4	Die angebliche Vermeidbarkeit der Fremdfinanzierung (Berufung, Punkt C.II.20.6.)	168
21.4.5	Zusätzlich begehrte Feststellung (Berufung, C.II.20.7.)	169
22.	„Fremdwährungsportfolio“ von Stadt Linz (US 48), Berufung, S 184 f	169
23.	Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz (US 72), Berufung S 185 ff	170
24.	Inhalt der Debt-Management-Berichte (US 100), Berufung S 187 f	171
25.	Hohes Modellrisiko – „beliebige“ Berechnungen (US 106), Berufung S 189 f	172
26.	Überschreiten der Genehmigungsgrenzen (US 107), Berufung, S 191 ff	174
IV.	Zur Verfahrensrüge der beklagten Partei, Berufung, S 195 ff	179
1.	Vorbemerkungen	179
2.	Zur Ergänzung des Sachverständigengutachtens um weitere Wahrscheinlichkeitsberechnungen, Berufung, S 195 f	181
3.	Zur Einsichtnahme in den Akt zum Disziplinarverfahren gegen ██████████ ██████████ Berufung, S 196 ff	183
4.	Zur Einvernahme der Zeugen ██████████ ██████████ und ██████████ ██████████ Berufung S 199	185
5.	Zum Thema „Gemeinderatsbeschlüsse als zivilrechtliche Vollmacht“, Berufung, S 199 f	186
6.	Zur behaupteten nachträglichen Genehmigung, Berufung, S 200 f	187
7.	Zur Behauptung, die Stadt Linz hätte Risiko übernehmen wollen, Berufung S 201 f	188
8.	Zur ergänzenden Einvernahme von ██████████ ██████████ ██████████ Berufung, S 202 f	189

9.	Zur Behauptung, die Stadt Linz hätte über ein „taugliches Risikomanagement“ verfügt und den „übrigen Personalbeweis anträgen“, Berufung, S 203 f	191
10.	Zu den Editions anträgen, Berufung S 204 ff	192
10.1	Vorbemerkung	192
10.2	Vorberichte zu den Rechnungsabschlüssen, Kontrollamtsberichte	193
10.3	Prüfbericht und Laufzettel	194
10.4	Aktenvermerke oder Niederschriften gemäß § 27 Abs 2 GEOM über den Abschluss des Rahmenvertrags von 26.09.2006 aus dem Verwaltungsakt zu GZ 901	195
10.5	Restrukturierungs- und Ausstiegsangebote	196
11.	Zum Verweis auf das "Gesamtergebnis" der Gerichtsgutachten, Berufung, S 208	196
V.	Beweisrüge der Stadt Linz	197
1.	Feststellungen des Erstgerichtes	197
2.	Die Beweisrüge im Detail	198
2.1	Risikobegriff und Risikopositionen	198
2.2	Absicherungsverpflichtung?	199
2.3	Handlungs- und Zahlungspflichten bei Auflösung	200
3.	Ersatzfeststellungen	201
VI.	Anträge	202

Das Handelsgericht Wien (auch „*Erstgericht*“) hat mit (Zwischen-)Urteil vom 7. Jänner 2020, ON 633 (auch „*Ersturteil*“), dessen schriftliche Ausfertigung am 17. November 2020 elektronisch hinterlegt worden ist, festgestellt, dass der Vertrag zwischen der Stadt Linz und der Beklagten mit der Bezeichnung Resettable CHF-linked Swap 4175 nie Bestand hatte. Die dagegen von der Beklagten erhobene Berufung vom 15. Dezember 2020, ON 659 (auch „*Berufung*“), wurde der Stadt Linz durch Hinterlegung am 16. Dezember 2020 zugestellt. Die Stadt Linz erstattet zu dieser schriftlichen Berufung innerhalb offener Frist folgende

B e r u f u n g s b e a n t w o r t u n g :

Die gegen das Ersturteil gerichteten Angriffe der beklagten Partei sind nicht berechtigt. Das trifft sowohl die Verfahrens- als auch die Tatsachen- und Rechtsrüge. Der Berufung ist daher nicht Folge zu geben und das Ersturteil zu bestätigen.

I. Vorbemerkungen

1. Themen der Berufungsbeantwortung

- 1.1 Die Berufungsbeantwortung orientiert sich (formal) am Berufungsschriftsatz. Allerdings beginnt die Behandlung der Rechtsrüge der beklagten Partei nicht mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht, sondern mit der Frage, ob Mag. [REDACTED] ([REDACTED] [REDACTED] überhaupt in der Lage war, in Vertretung der Stadt Linz den Swap 4175 abzuschließen. Die Frage der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht stellt sich nämlich erst dann, wenn überhaupt ein wirksamer Vertrag vorlag.
- 1.2 Im Rahmen der Beantwortung der Rechtsrüge geht die Stadt Linz nach einer gedrängten Darstellung der rechtlichen Beurteilung der Sache durch das Erstgericht auf die Argumente der beklagten Partei bei den einzelnen rechtlichen Themen ein, nachdem die Stadt Linz ihre gesamte Position noch einmal dargestellt hat.
- 1.3 Weiten Raum widmet die beklagte Partei dem eher rechtspolitischen Argument, das Erstgericht hätte verkannt, dass Kommunen und juristische Personen des Privatrechtes gleich zu behandeln wären. Das Erstgericht hätte damit das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot missachtet. Auf der einen Seite würde das, hätte das Erstgericht tatsächlich Recht, zwar zu einer unsachlichen Einschränkung der privatrechtlichen Freiheiten und Gestaltungsmöglichkeiten von Kommunen führen, der Stadt Linz käme das aber im konkreten Fall zugute, dass ihr ein Mittel in die Hand gegeben wird, Geschäfte, die sich nachträglich als ungünstig herausstellen, nach Belieben für unwirksam zu erklären.

- 1.4 Auf der anderen Seite erwecken die Ausführungen der beklagten Partei den Eindruck, der Abschluss des Swap 4175 sei ein Routinegeschäft gewesen, das mehr oder weniger zur laufenden Verwaltung gehört hat und für das eigentlich der Magistrat zuständig war. Jedenfalls aber habe der Gemeinderat ohnehin den Abschluss des Geschäftes gewollt und gebilligt, wenn auch zwei Jahre vorher nur in einem Rahmenbeschluss, der allerdings weder Richtlinien noch Grenzen enthalten hat und vielmehr einer politischen Willensäußerung, denn der Äußerung eines Geschäftswillens entsprach, wie das Erstgericht bemerkte.
- 1.5 Die Ergebnisse des Verfahrens zum Swap-Geschäft zeigen allerdings, dass es sich angesichts seiner Struktur, seines Aufbaus und seines Risikos, keineswegs um ein „übliches Geschäft“ des Finanzmanagements von Gemeinden gehandelt hat. Der Swap 4175 war sowohl seiner Natur nach als auch hinsichtlich des eingesetzten Volumens, völlig ungeeignet für den kommunalen Bereich und eine Währungsspekulation ungeheuren Ausmaßes, die alle Grenzen gesprengt hat, die ein kommunaler Kämmerer redlicherweise von seiner Hausbank erwarten konnte.
- 1.6 Das Erstgericht musste die Ergebnisse der gutachterlichen Untersuchungen, die äußerst zeitraubend waren, nicht im Detail feststellen, weil es – zu Recht – davon ausgehen konnte, dass das Geschäft ab ovo ohnehin über jeden kommunalen Rahmen hinausging und daher nicht wirksam zustande gekommen war.
- 1.7 Um allerdings ein Verständnis vom Geschäft zu haben, stellt die Stadt Linz vor Eingehen auf die Rechtsrüge der beklagten Partei den folgenden Abschnitt über die Herkunft, die Struktur und die Wirkungsweise des Swaps und die sich daraus ergebenden Risiken voran. Sein Inhalt beruht zur Gänze auf den Ergebnissen der Beweisaufnahme, vor allem aber auf den Gerichtsgutachten. Die ergänzende Feststellung im Sinn der nachfolgenden Ausführungen zu Punkt II. 2. wird ausdrücklich beantragt. Die Beweisquelle für die zu treffende Feststellung findet sich jeweils an der gegebenen Stelle. Die genaue Feststellung von Struktur, Wirkungsweise und Risiken des Swap 4175 ist unter anderem wesentlich dafür, ob sein Abschluss in die Zuständigkeit des Gemeinderates (oder des Stadtsenates) fiel, und wenn ja, ob der Gemeinderat das Swap-Geschäft tatsächlich wirksam beschlossen oder nachträglich genehmigt hat. Zentral für letztere Frage ist, ob er sich mit den kennzeichnenden Bestandteilen dieses Geschäftes (also den „*essentialia negotii*“) wirklich auseinandergesetzt hat, oder ob das Geschäft gar zur routinemäßigen Vermögensverwaltung einer Gemeinde gehört hat, wie die beklagte Partei behauptet.

2. Struktur, Funktion und Risiken des Swap 4175

2.1 Die Herkunft des Swap 4175

2.1.1 Beim Swap 4175 hat es sich in keinerlei Richtung um ein bei Kommunen gebräuchliches Standardprodukt gehandelt. Vielmehr dürfte er, die beklagte Partei hielt sich in dieser Richtung während des gesamten Verfahrens mehr oder weniger bedeckt, das Produkt einer amerikanischen Investmentbank gewesen sein, das ursprünglich nicht für den Einsatz bei Kommunen gedacht war, sondern für großvolumige Spekulationsgeschäfte zwischen Banken (bezeichnend dafür ist, dass einem vergleichbaren Produkt etwa die Hypo Alpe Adria Bank International AG zum Opfer fiel [Prüfbericht der Österreichischen Nationalbank vom 24. Mai 2006, Beilage ./GB]).

2.1.2 Gegenüber der StA Linz äußerte sich die beklagte Partei am 19. Dezember 2013 im Ermittlungsverfahren zu 29 Ut 69/13g zum Geschäft (die bankmäßige Bezeichnung war „Resettable CHF-linked Swap“) folgendermaßen:

- Es habe sich um ein Produkt gehandelt, das „[...] *aller Wahrscheinlichkeit nach von einer großen amerikanischen Investmentbank entwickelt worden ist*“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei an die StA Linz vom 19. Dezember 2013, 29 Ut 69/13g, AS 49, Beilage ./HH).
- Sie sei „[...] *bei der Einschätzung und Bewertung der Risiken des Resettable CHF linked Swap primär darauf fokussiert [gewesen], Produkte gemäß der bankinternen Verfahrens-Vorgaben und Limit-Strukturen zu erfassen und entsprechend abzubilden*“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei an die StA Linz vom 19. Dezember 2013, 29 Ut 69/13g, AS 51, Beilage ./HH).
- Sie sei davon ausgegangen, „*dass die Stadt Linz ihre eigenen Risikoanalysen durchführte und auch mit anderen Banken über einen Abschluss verhandelte*“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei an die StA Linz vom 19. Dezember 2013, 29 Ut 69/13g, AS 51, Beilage ./HH).

Es überrascht also nicht, dass das Erstgericht auch nicht die Feststellung treffen konnte, dass ein gleichartiges Produkt in Österreich überhaupt bzw. gegenüber Gemeinden vertrieben worden war. Die beklagte Partei bringt im Übrigen auch im Rahmen der Beweisrüge unter Punkt C.II.12 ihrer Berufung keine Nachweise, die eine solche Feststellung stützen würden.

2.2 Die Schwierigkeiten der beklagten Partei mit dem Produkt

2.2.1 Die Herkunft des Swap 4175 erklärt wohl, weshalb es bei der beklagten Partei auch – was die Analyse und die interne Produkteinführung angeht – zu ganz erheblichen Problemen gekommen ist, die anderweitig nicht verständlich wären und die im Rahmen des Verfahrens herauskamen.

- „Im Zuge der Vor-Ort-Prüfung wurde ein strukturiertes Produkt (Deal-Nummer: K+Id54375) identifiziert, bei dem die BAWAG PSK diesen Prozess [gemeint: den Produkteinführungsprozess] nicht vollständig durchgeführt hat. So wurde beispielsweise keine eigene Produktmappe, welche neuartige Risiken beschreibt, Replikations- und Abbildungsmöglichkeiten analysiert oder eine Hedgingstrategie festlegt, erstellt. Dadurch kam es zu einer nicht korrekten Abbildung von Produkten in den Systemen der BAWAG PSK, wodurch die tatsächliche Sensitivität des strukturierten Produktes auch nicht über Stresstests erkannt worden ist.“ (Prüfbericht der Österreichischen Nationalbank vom 17. Juni 2011, Beilage ./XI, Rz 55, 56).
- „Darüber hinaus handelt es sich beim Swap 4175 um eine Produktkonstruktion, die selbst von der BAWAG mit ihrem professionellen Bankrisikosystem (KONDOR+) nicht korrekt erfasst bzw. bewertet werden konnte.“ (Urteil des LG Linz vom 11. Dezember 2013, 23 Hv 79/13k, S 21, Beilage ./HE).

2.2.2 Tatsächlich ist bei der beklagten Partei bereits im Rahmen der Produkteinführung einiges schiefgelaufen, was die Gerichtsgutachter zu dem Schluss veranlasste, dass „[...] die Produkteinführung des Swap 4175 nicht ohne Mangel durchgeführt worden sei“ (Gutachten Prof. Thorsten Schmidt [„Thorsten Schmidt“] und Prof. Dr. Uwe Wystup [„Uwe Wystup“] vom 31. Juli 2016, ON 427 [„Gerichtsgutachten“], S 44), um dann klar festzuhalten:

- „[A]us der Einzelabschlussbestätigung [ergibt sich], dass die Vertragswährung EUR ist, im Gegensatz zu der Vertragswährung des Swap 4175, welche CHF ist. Das ist ein wesentlicher Unterschied: Der Swap 3976 [zu ergänzen: ein Vorgängerprodukt] kann somit direkt (in Kondor+) durch ein Portfolio aus Standard Put-Optionen abgebildet werden, weil kein Self-Quanto-Effekt zum Tragen kommt. Für den Swap 4175 kommen Self-Quanto Optionen zum Tragen, welche in Kondor+ ebenfalls durch ein Portfolio aus Standard Put-Optionen approximiert werden können, nie aber das vertraglich gehandelte Produkt genau abbilden“ (Gerichtsgutachten, S 44 f und S 68; weder im Risikomanagementsystem Kondor+ noch im Handelsprogramm Fenics konnten die Self-Quanto-Optionen abgebildet werden).

2.2.3 Die Unfähigkeit der beklagten Partei, mit dem Produkt klarzukommen, erwies sich für die Stadt Linz letztlich als äußerst nachteilig, weshalb die Gerichtsgutachter auch meinten, dass

- *„[...] die Stadt Linz [...] für einen Quanto-Effekt zur Kasse gebeten würde, von dem nicht sicher feststeht, ob die BAWAG sich bei dessen Anbahnung und Abschluss des Swap 4175 bewusst war“ (Gerichtsgutachten S 85) bzw. „[dass] die Abweichung vom fairen Marktwert [...] dem Kunden und der bankeigenen Bilanz gegenüber unakzeptabel oder zumindest grenzwertig [war]“ (Gerichtsgutachten, S 89).*

2.2.4 Das war der beklagten Partei auch mehr oder weniger bewusst, als sie gegenüber der Staatsanwaltschaft Linz schilderte, warum sie nicht bereits am Beginn sämtliche Optionen, die hinter der Verpflichtung der Stadt Linz standen, zu Geld gemacht hat.

- *„[...] das Auszahlungsprofil aus den 21 verkauften einfachen Währungsoptionen [war] geringer, als das Auszahlungsprofil, welches sich bei Anwendung der im Rahmen des SWAP II [gemeint war damit der Swap 4175] vereinbarten Formel ergab. Damit bestand ein ungesicherter Bereich, der theoretisch dadurch hätte bereinigt werden können, indem das nach Unterschreiten des Strike von 1,54 zunehmend konvexe Auszahlungsprofil durch den Verkauf weiterer Optionen nachgezogen worden wäre. Die aus dem Verkauf dieser weiteren Optionen resultierenden Prämien wären der Stadt Linz gut zu bringen und damit das zusätzliche Risiko aus der Konvexität der Formel und dem daraus resultierenden für die Stadt Linz stärker belastenden Auszahlungsprofil ausgeglichen worden.“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei an die StA Linz vom 19. Dezember 2013, 29 Ut 69/13g, AS 91, Beilage ./HH). Selbstredend wurden derartige Prämien der Stadt Linz vonseiten der beklagten Partei „nicht gutgebracht“.*

2.3 Die Struktur des Swap 4175

2.3.1 Unter einem Swap versteht man den Austausch von Zahlungsströmen zu bestimmten Zeitpunkten, wobei es teilweise tatsächlich zum Austausch der Zahlungsströme zwischen den Parteien kommt, in der Mehrzahl der Fälle wird allerdings lediglich ein Saldo gebildet und dieser Saldo ausbezahlt. Getauscht werden können sowohl Währungen als auch Zinsen. Beim Zins-Swap (als welcher der Swap 4175 ██████████ von der beklagten Partei verkauft worden war) vereinbarten die Vertragspartner, zu bestimmten zukünftigen Zeitpunkten Zinszahlungen, in der Regel einen Fixzins und einen variablen Zins, zu tauschen. Der Marktwert eines solchen Zinstausches wird anhand finanzmathematischer Berechnungsmodelle in der Weise ermittelt, dass die

voraussichtlichen künftigen festen und variablen Zinszahlungen der Parteien gegenübergestellt und mit den an den entsprechenden Zahlungsterminen gültigen Abzinsungsfaktoren auf den Bewertungszeitpunkt abgezinst werden (so der BGH bereits im E vom 22. März 2011, XI ZR 33/10).

- 2.3.2 Auch der Swap 4175 enthält als einen seiner Bestandteile einen Zinstausch: Der sollte insofern stattfinden, als sich die beklagte Partei verpflichtete, zweimal im Jahr den variablen 6-Monats-CHF-LIBOR, bezogen auf eine Bemessungsgrundlage von CHF 195 Mio, an die Stadt Linz zu bezahlen, während sich die Stadt Linz gegenüber der beklagten Partei zur Zahlung eines fixen Zinssatzes von 0,065 % (wiederum bezogen auf CHF 195 Mio) verpflichtete. Das machte insofern Sinn, als die Stadt Linz eine Schweizer Frankenleihe in dieser Höhe besaß, für die sie (neben einem Zuschlag von 0,049 %) den, naturgemäß variablen, 6-Monats-CHF-LIBOR bezahlen musste. Der so vereinbarte Austausch zwischen variablen und fixen Zinsen war auf den ersten Blick natürlich äußerst lukrativ für ██████████ ██████████ lag der 6-Monats-CHF-LIBOR damals doch erheblich über dem Fixzins, den die Stadt Linz nach dieser Formel der beklagten Partei zu bezahlen hatte.
- 2.3.3 Dieser Vorteil der Stadt Linz lässt sich finanzmathematisch ohne Weiteres bewerten, was bei Vertragsabschluss zwar die beklagte Partei (aufgrund der bankrechtlichen Vorgaben), nicht aber die Stadt Linz tat. Die Gerichtsgutachter haben den Wert dieser Swap-Komponente zum Stichtag des Vertragsabschlusses ebenfalls ermittelt und ihn mit EUR 29,8 Mio zugunsten der Stadt Linz bewertet (Gerichtsgutachten, Tabelle S 62 „Zinsteil (Marktwert) Fall Q“). Die Stadt Linz konnte also aus dem Zinstausch einen Überschuss erwarten, wenn das auch – vor dem Hintergrund eines zehnjährigen Zeitraums – keineswegs gewiss war. So fiel der 6-Monats-CHF-LIBOR im August 2011 erstmals unter 0,065 % und war ab Dezember 2014 sogar negativ. Ab diesem Zeitpunkt wäre die Stadt Linz sogar aus der Zinskomponente gegenüber der beklagten Partei zahlungspflichtig geworden. Niemand konnte also zwingend davon ausgehen, dass allein der Zinstausch im Swap 4175 immer zu einem positiven Saldo zugunsten der Stadt Linz führen würde. Sollte man die Ausführungen im Ersturteil (US 35) in diese Richtung verstehen, so werden sie ausdrücklich bekämpft. Jedenfalls wäre ergänzend festzustellen, dass es nur zu Einnahmen kommt, solange der 6-Monats-CHF-LIBOR über 0,065 % steht und der Kurs EUR/CHF 1,54 nicht unterschritten wird.
- 2.3.4 Der Swap 4175 hatte aber noch eine zweite Komponente, die mit einem Swap eigentlich nichts zu tun hat. Natürlich machte allein der Zinstausch für die beklagte Partei wirtschaftlich keinen Sinn. Um den (rechnerischen) Vorteil der Stadt Linz wettzumachen, hat sie als weitere Gegenleistung der Stadt Linz (abgesehen vom fixen Zinssatz) eine weitere Komponente in den Swap einstrukturiert. Diese bewirkte für sich – im Gegensatz zum üblichen Swap – keineswegs den regelmäßigen Tausch von

Zahlungsströmen. Die weitere Komponente des Swap bestand vielmehr im Verkauf (im Jargon der Finanzwirtschaft: „*dem Verschreiben*“) von Währungsoptionen durch die Stadt Linz an die beklagte Partei. Konkret waren das 21 Währungsoptionen (Terminoptionen), die auf das zukünftige Verhältnis zwischen Schweizer Franken und Euro mit einem Nominale von jeweils CHF 97,5 Mio lauteten. Fällig waren diese Terminoptionen am 15. April und am 15. Oktober eines jeden Jahres; ihre Laufzeit lag zwischen zwei Monaten und zehn Jahren (15. April 2017). War das Wechselkursverhältnis zwischen Schweizer Franken und Euro am Fälligkeitstag über einer Schwelle von 1,54 (Strike), verfiel die Option, lag sie darunter, musste die Stadt Linz die Differenz mit der Maßgabe glattstellen, dass das Auszahlungsprofil neben dieser Differenz noch zusätzlich eine exponentielle Komponente („Quanto Effekt“, Gerichtsgutachten, S 45) aufwies.

- 2.3.5 Der Marktwert dieser weiteren Verpflichtung der Stadt Linz betrug im Februar 2007 (also bei Abschluss des Swap 4175) – nach der Berechnung der Gerichtsgutachter – rund EUR 49,6 Mio (Gerichtsgutachten, Tabelle S 62 „*Optionen (Marktwert) Fall Q*“). Das erklärt den sogenannten negativen Anfangswert des Swap 4175 zu Lasten der Stadt Linz mit rund EUR 19 Mio (Marktwert) bzw. EUR 27,1 Mio (Geldkurs) (Gerichtsgutachten, S 62): Er ist nichts anderes als die Differenz zwischen der Leistung der Stadt Linz aus dem Verkauf der Terminoptionen auf der einen Seite und dem Wert der Leistung der beklagten Partei aus dem Zinstauschgeschäft, nämlich fixe gegen variable Zinsen (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 20). Damit hat die beklagte Partei einen (nicht offengelegten) negativen Marktwert in das der Stadt Linz verkaufte Produkt eingebaut, denn sie wollte doch mit dem Geschäft auch gehörig verdienen. Besonders überraschend war allerdings die Tatsache, dass sie durch den vorerst nur teilweisen Weiterverkauf der Optionen auf dem Interbankmarkt weiter gegen die Stadt Linz spekulierte und sich damit in einem zusätzlichen eklatanten Interessenkonflikt befand. Der negative Anfangswert war auch außergewöhnlich hoch.
- 2.3.6 Die gesamte Konstruktion lief darauf hinaus, dass ██████████ ohne dass er es wusste, mit dem Abschluss des Geschäftes die Stadt Linz verpflichtet hatte, für die Dauer von zehn Jahren jedes halbe Jahr Schweizer Franken im Volumen von 97,5 Mio zum vorbestimmten Preis zu liefern, Schweizer Franken, die die Stadt Linz naturgemäß gar nicht besaß (also ein klassischer Leerverkauf). Da der Preis vorbestimmt war, war daher auch nicht vorhersehbar, was die einzelne Lieferung der Stadt Linz letztlich kosten würde. Auch wenn natürlich keine tatsächliche Lieferung stattfand, wirtschaftlich lief es darauf hinaus. Das Währungsrisiko, das er damit zu Lasten der Stadt Linz übernahm, war so hoch, als hätte er auf die Laufzeit des Swap 4175 einen (Kassen-)Kredit von mehr als einer Milliarde Schweizer Franken aufgenommen (Gerichtsgutachten, S 62).

- 2.3.7 Intern bezeichnete die beklagte Partei die in das primäre Zinstauschprodukt eingebauten Optionen als „FX-Adjustment“, was ██████████ natürlich ebenfalls nicht wusste. Erstmals im E-Mail der beklagten Partei vom 7. Jänner 2008, also rund ein Jahr später, (Beilage ./19) findet sich ein Hinweis auf ein solches „Adjustment“. ██████████ sollte von den Optionen auch gar nichts wissen: Im Produkteinführungsformular heißt es auf S 2: „*keine Bestätigung an Kunden!*“ (Beilage ./206).
- 2.3.8 Das änderte aber nichts daran, dass es sich beim zweiten Teil des Geschäftes nicht um den Austausch von Zahlungsströmen, sondern in Wahrheit um den Verkauf von Währungsoptionen durch die Stadt Linz handelte. Sowohl die Österreichische Nationalbank als auch die vom Gericht bestellten Gutachter haben das bestätigt.
- *„[...] , wobei die Bezeichnung Swap irreführend ist, da es sich bei der ökonomischen Natur der Geschäfte nach um geschriebene Währungsoptionen mit erheblichem, theoretisch unbegrenztem Risikopotential handelt.“* (Beilage ./GB, S 6, Rz 9).
 - *„Die Stadt Linz verkaufte über den Abschluss des Swaps implizit die EUR-Verkaufsoptionen an die BAWAG, erhält also dafür den Geldkurs (Bid Price). Die Stadt Linz verkauft hierbei nicht direkt die Optionen, sondern lediglich eingebettet in den Swap. Dies lässt sich wie folgt interpretieren: Wirtschaftlich wäre der gleiche Effekt erzielt worden, wenn die Stadt Linz das Portfolio der Optionen direkt verkauft hätte [...]“* (Gerichtsgutachten, S 14).
- 2.3.9 Nach den Feststellungen des Erstgerichtes bzw. den von ihm möglicherweise gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen (US 36) besaß die Struktur des Geschäftes, wie sie im Laufe des Verfahrens immer klarer zutage trat, keinerlei Einfluss auf das Vertragsverhältnis zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei. Sie sei lediglich aus finanzmathematischen Gründen notwendig, um der beklagten Partei die bankfachlich gebotene interne Replikation (und den Weiterverkauf der Optionen) zu ermöglichen. Zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei sei lediglich der Austausch von Zahlungsströmen, deren Höhe sich aus der Formel ergibt, vereinbart gewesen.
- 2.3.10 Diese Feststellung (oder Schlussfolgerung) ist unrichtig und wird ausdrücklich bestritten: Tatsächlich handelt es sich bei den beiden Komponenten, die im Geschäft verkörpert sind, um voneinander zu trennenden Verpflichtungen der Stadt Linz, welche diese als Gegenleistung für die Übernahme des 6-Monats-CHF-LIBOR durch die beklagte Partei trafen. Die von der beklagten Partei als FX-Adjustment bezeichneten Zahlungen sind keineswegs Ausdruck des regelmäßigen Tausches von Zahlungsströmen (in Form von Zinsen), sondern sie stellen den

schwellenwertabhängigen Differenzausgleich für die verkauften Optionen der Stadt Linz dar. Sie sind auch nicht regelmäßig zu zahlen, wie es für den Austausch von Zahlungsströmen typisch ist, sondern nur bei Unterschreiten des Schwellenwertes. Sie haben daher mit dem regelmäßigen Zinstausch (fixe gegen variable Zinsen) nichts zu tun. Relevant sind sie entgegen der Annahme des Erstgerichts (US 36 f) nicht nur beim Ausstieg aus dem Geschäft, vielmehr bestimmen sie zu jeder Fälligkeit die Höhe des FX-Adjustments.

2.3.11 Eines der zentralen Argumente des Gerichtes für die Nichtberücksichtigung der Optionskomponente als eigene Gegenleistung ist der Differenzausgleich (aus den fälligen Optionen), der dann automatisch in den nach der Formel zu bildenden Saldo eingeht. Optionen im zivilrechtlichen Sinn seien – so das Erstgericht – aber Gestaltungsrechte, die der Optionsinhaber ausüben könne, aber nicht müsse (US 36, FN 8). Eine derartige Sichtweise ist allerdings nicht zwingend. Dass es bei Währungsoptionen nicht tatsächlich zum Austausch der beiden Zahlungsströme kommt, ist nicht ungewöhnlich, vielmehr ist der sogenannte Differenzausgleich (also die Saldoziehung zwischen den Werten der einzelnen Zahlungsströmen) eher üblich, die ausdrückliche Ausübung des Gestaltungsrechtes durch den Optionsberechtigten ist eher nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Bereits der Anhang für Derivatgeschäfte zum Rahmenvertrag enthält in seinem Punkt 4. Absatz 3 für den Fall, dass die Optionen am Ausübungszeitpunkt zumindest zu 1 % „im Geld sind“, deren automatische Ausübung, ohne dass es einer Erklärung bedürfte.

2.3.12 Die Hypothese, beim Swap 4175 würden regelmäßig Zahlungsströme zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei ausgetauscht, deren Höhe sich eben nur nach einer mathematischen Formel richte, wird also der tatsächlichen Struktur des Swap 4175 nicht gerecht. Im Ergebnis haben das sogar die Gerichtsgutachter bestätigt (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 20: „*Ja, so kann man das sehen.*“); nach dem Vorhalt, dass sich die beiden Komponenten des Swap (Zinskomponente und Optionskomponente) als selbständig bewertbare Leistung der beklagten Partei auf der einen Seite und Gegenleistung der Stadt Linz auf der anderen Seite gegenüberstanden. Unter der Betrachtungsweise des Erstgerichts käme es zu einer Verschleierung des Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Die Herstellung einer solchen Beziehung ist aber notwendig, um das Verhältnis der wechselseitigen Chancen und Risiken der Parteien richtig einschätzen zu können und die richtigen Schlüsse daraus zu ziehen.

2.4 Besonderes zur Risikostruktur des Swap 4175

2.4.1 Die herrschende Meinung in Österreich in Bezug auf das Finanzmanagement der öffentlichen Hand durch Abschluss von Derivatgeschäften, wie sie in der

Untersuchung von *Holoubek/Prändl* – Öffentliches Finanzmanagement-rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatengeschäfte in *Böck u. a. (Hrsg.)*, *Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand*, 199ff (in der Folge nur mehr zitiert mit „Öffentliches Finanzmanagement“) zum Ausdruck kommt, läuft darauf hinaus, dass solche Geschäfte nur dann zulässig sind, wenn sie der Absicherung bestehender Risiken (sei es Zinsrisiken, sei es Währungsrisiken) dienen. Leitlinie ist – vor dem Hintergrund des Effizienzprinzips (Artikel 119a Abs 2 B-VG) –, die erforderlichen Finanzierungsmittel und deren Rückzahlungsverpflichtungen möglichst gering zu halten, ohne dabei aber ein hohes Maß an Risiko einzugehen. Das Eingehen unbegrenzter Risiken wurde als unvereinbar mit dem verfassungsrechtlich und auch justiziablen Effizienzgebot gesehen (*Holoubek/Prändl*, aaO, 211, 212).

- 2.4.2 Die herrschende Meinung hatte bei der Bejahung der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Geschäfte allerdings standardisierte Derivate im Auge, die, wie es *Holoubek/Prändl* (aaO, 229) ausdrücken, einmal angeschafft, nur mehr ein- bis zweimal jährlich auf (zusätzliche) Optimierungsmöglichkeiten geprüft werden sollten. In diesem Sinn glaubte auch ██████████ am Anfang, dass er den zur Optimierung der Bedingungen der Schweizer Frankenanleihe aufgenommenen Swap für die gesamte Laufzeit (der Swap war auf zehn Jahre unkündbar) behalten würde (Die Möglichkeit einer vorzeitigen Auflösung kam ihm weder in den Sinn noch wurde sie bei Abschluss des Geschäftes besprochen: *„Bei Abschluss wusste ich das nicht und habe mir auch keine Gedanken darüber gemacht, weil der Swap ja unkündbar war und ausgelegt war über die gesamte Laufzeit.“* Protokoll vom 13.05.2019, ON 605, S 16). Selbst die beklagte Partei erklärte noch während des laufenden Verfahrens in ihrem Schriftsatz vom 6. März 2015 (ON 332, S 7): *„[...] eine Schließung des Swap ist ex ante nicht beabsichtigt gewesen“*.
- 2.4.3 Tatsächlich aber waren die Verluste aus dem Swap 4175 von vornherein unbegrenzt und nicht kontrollierbar, würde man die Idee verfolgen, den Swap 4175 als sogenanntes *„Buy and Hold-Produkt“* zu verwenden (Gerichtsgutachten, S 117; Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 2). Vielmehr musste der Swap, um überhaupt nur annähernd beherrschbar zu sein, *„aktiv gesteuert“* werden. Unter einer aktiven Steuerung verstanden die Gerichtsgutachter eine zumindest tägliche Ermittlung des Marktwerts (was ██████████ mit seinen Mitteln ohnehin nie gekonnt hat) und die Entscheidung zum Ausstieg innerhalb einer Stunde. Der Grund lag darin, dass der Wert des Swap, der für die Ausstiegs- oder Glattstellungskosten entscheidend war, täglich um mehr als EUR 100 Mio schwanken konnte (US 38). Innerhalb eines Monats lag die Schwankungsbreite sogar bei EUR 300 Mio (Gerichtsgutachten, S 72).
- 2.4.4 Nur die tägliche Beobachtung hätte sichergestellt, dass die Stadt Linz jederzeit – bei Gefahr in Verzug – aus dem Swap-Geschäft zeitgerecht aussteigen konnte. Das musste

aber, wie gesagt, schnell, nämlich innerhalb einer Stunde, geschehen (US 38); das war auch die Ansicht der Gerichtsgutachter (Gerichtsgutachten, S 53).

2.4.5 Selbst eine solche kurzfristige Entscheidung beseitigte das Risiko noch nicht. Das auch nach der Ausstiegsentscheidung weiterhin bestehende Währungsrisiko bis zur endgültigen Schließung musste ebenfalls abgesichert werden. Dafür verwendet die Finanzindustrie üblicherweise einen sogenannten „Delta-Hedge“, den auch das Erstgericht (US 38) erwähnt. Dabei handelt es sich – bezogen auf ein Produkt, wie es der Swap 4175 war – um den Ankauf von Schweizer Franken, womit der Kurs vorläufig gesichert werden konnte, und zwar nicht fiktiv und virtuell, sondern tatsächlich (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 5). Um sich einen Begriff zu machen, welches Volumen an Devisen ██████████ ██████████ für die Sicherungsmaßnahmen beim Ausstieg benötigt hätte, wurden die Gerichtsgutachter befragt. Deren Antwort war: Wenn sich ██████████ ██████████ im Herbst 2008 zum Ausstieg entschlossen hätte (also am Höhepunkt der sogenannten „Lehmann-Krise“), hätte er innerhalb einer Stunde Schweizer Franken im Volumen von rund 500 Mio anschaffen müssen (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 6). Dieses unglaublich hohe Volumen überrascht nicht, wenn man sich die Schwierigkeiten der beklagten Partei beim Schließen des Geschäfts im Jahr 2011 ansieht. Ein (großer) Marktteilnehmer, an den die beklagte Partei sich offenbar gewandt hatte, spricht davon, dass das bei der Schließung bewegte Währungsvolumen die Marktgröße in Österreich bei weitem sprengt („50 mal der Market Size“), weshalb er überhaupt nur tätig werden könne, wenn er exklusiv betraut werde und mehrere Tage dafür Zeit hätte. Ein Abschluss am Telefon – wie sonst üblich – wäre nur für ein Zehntel des Auftrages möglich (Beilage ./345, S 1). Auch die Gerichtsgutachter sprechen von einem vorsichtigen und mehrere Tage dauernden Abbau und begründeten das mit der Vielzahl der Optionen und ihrem teilweisen hohen Nominale (Gerichtsgutachten, S 72). Schon allein die Vorstellung, eine Kommune von der Größe der Stadt Linz könne „so mir nichts, dir nichts“ und ganz kurzfristig – nach Berechnung des Delta-Hedge-Volumens – Schweizer Franken im Ausmaß einer halben Milliarde beschaffen, um das Währungsrisiko für nur wenige Tage abzusichern, ist abwegig.

2.4.6 Auch die Entscheidung zum Ausstieg, die wohl ██████████ ██████████ vor der Befassung des Gemeinderates hätte treffen müssen, war nicht so einfach. Stieg er zu früh aus, so musste er auf jeden Fall mit erheblichen Verlusten rechnen, stieg er zu spät aus, so liefen die Verluste – schon allein nach den Berechnungen im sehr einfachen historisch-statistischen Modell der Gerichtsgutachter – ins Unermessliche. Und das bei einer täglichen Beobachtung des Marktwertes (den die beklagte Partei selbst durchwegs falsch berechnete geschweige denn täglich lieferte [Gerichtsgutachten, S 67]) und einer Entscheidungsfrist von einer Stunde. Die Ausstiegsschwelle durfte – nach den Verfahrensergebnissen – jedenfalls nicht unter EUR 30 Mio angesetzt werden. Nach

Aussage der Gerichtsgutachter (Gerichtsgutachten, S 53; Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 15) wäre ein Limit von EUR 30 Mio in jedem Fall zu gering gewesen, in einem solchen Fall war von vornherein gewiss, dass das Geschäft der Stadt Linz Verluste von mehr als EUR 30 Mio bescheren würde. Der Grund dafür ist einfach, die Stadt Linz musste ja jedenfalls den anfänglich negativen Marktwert von rund EUR 27 Mio (Geldkurs) aufholen; diese Schwelle machte also keinen Sinn. Um – bei der Risikogeneigtheit des Swap 4175 – nicht von vornherein mit einem Verlust abzuschließen, legten sich die Gerichtsgutachter schließlich auf eine Ausstiegsschwelle von rund EUR 100 Mio fest (Ergänzungsgutachten vom 29. Dezember 2017, ON 522 [„Ergänzungsgutachten“], S 16, 39 f, 57).

2.4.7 Tatsächlich betrug die Wahrscheinlichkeit, dass die Stadt Linz einen Verlust von EUR 30 Mio oder mehr erleiden würde, wie das Erstgericht zutreffend festgestellt hat (US 107), je nach Simulationsmodell zwischen 70 % und 100 %. Selbst Verlustszenarien von an die EUR 100 Mio besaßen noch immer eine Wahrscheinlichkeit zwischen 17,6 % und 47,1 % (SAM-Gutachten vom 6. April 2018, Beilage ./IC, Tabellen S 25 f). Dem stand im besten Fall, nämlich berechnet nach dem historisch-statistischen Modell der Gutachter und einem siebenjährigen Beobachtungszeitraum, ein Zinsvorteil von EUR 16 Mio in zehn Jahren gegenüber. Bereinigt man das historisch-statistische Modell der Gerichtsgutachter um einen der systemimmanenten Fehler (nämlich die Nichtbeachtung der Markterwartungen), so ergibt sich überhaupt kein Vorteil mehr (Uwe Wystup, Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 20). Umso mehr gilt das bei Anwendung des risikoneutralen Modells unter einem Ausstiegsszenario (SAM-Gutachten vom 6. April 2018, Beilage ./IC, S 7 ff).

2.4.8 Die Stadt Linz hätte jedenfalls (und nicht nur bei einer Buy and Hold-Strategie) von Anfang an ein Risikobudget im Ausmaß von EUR 133 Mio (das war mehr als die gesamte Anleihe, deren Zinslast ██████████ ██████████ verbessern wollte) bereitlegen müssen (Gerichtsgutachten, S 58). Hätte es sich bei der Stadt Linz nicht um eine Kommune gehandelt, deren Verbindlichkeiten damals nicht hinterlegungsbedürftig waren, so hätte die beklagte Partei von ihr verlangt, dass sie diesen Betrag bereits bei Abschluss des Geschäftes auf das sonst übliche Effektenkreditkonto einzahlt (Gerichtsgutachten, S 59).

2.5 Die notwendigen Strukturkenntnisse aus Sicht der beklagten Partei

2.5.1 Die beklagte Partei wiederholt immer wieder, dass der Swap 4175 und auch dessen Beherrschung kein Problem gewesen sei, habe doch die Stadt Linz, nehme man alle Personen zusammen, die (irgendwie) gewusst haben, dass ██████████ ██████████ ein aktives Finanzmanagement betreibt, das ausreichende Wissen gehabt habe, um den Swap 4175 zu verstehen und für kommunale Zwecke zu verwenden.

2.5.2 Abgesehen davon, dass es bei der kommunalen Struktur und der Zuständigkeit des Gemeinderates nicht angeht, das (Teil-)Wissen aller Funktionäre, Politiker, Gremien und Beamten zusammenzuführen und als Grundlage zu nehmen, hat die beklagte Partei aber auch ein sehr eigentümliches Verständnis davon, welche Kenntnisse ausreichen, um den Swap 4175 unter den bestehenden kommunalen Rahmenbedingungen zu beherrschen. Sie äußert sich dazu im Rahmen des Punktes B.II. 3.2.1.3.4 ihrer Berufung, in der sie die Theorie der Wissenszurechnung in breiter Form darlegt (Berufung, S 71 ff).

2.5.3 Danach hatten alle Personen und Gremien, die nur irgendwie damit befasst waren, zusammengenommen folgendes Wissen:

- Es gab ein Finanzgeschäft in Form eines Swaps;
- dieses habe dazu gedient, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz zu optimieren (dass der Swap 4175 weit davon entfernt war, musste die Stadt Linz nach den Ausführungen der beklagten Partei ohnehin nicht wissen);
- der Swap hing (irgendwie) vom Wechselkursverhältnis zwischen Schweizer Franken und Euro ab; und
- es war klar, dass es möglicherweise auch zu Zahlungen der Stadt Linz kommen würde.

2.5.4 Die beklagte Partei glaubt offenbar tatsächlich, dass die Stadt Linz allein mit diesem Wissen in der Lage gewesen ist, das Swap-Geschäft zu verstehen und zu beherrschen. Das erinnert frappant an ihren ehemaligen Generaldirektor ██████████ ██████████ der in der 6. Sondersitzung des Kontrollausschusses des Gemeinderates am 23. November 2011 tatsächlich gemeint hat, die Formel des Swap 4175 sei ganz einfach erkennbar und zu verstehen, deren Ergebnis könne man mit jedem Taschenrechner ermitteln (Beilage ./EE6, S 9).

II. Erwidernng zur Rechtsrüge

1. Das Urteil des Handelsgerichtes Wien

- 1.1 ■■■■■ ■■■■■ hat mündlich am 12.2.2007 mit der Zeugin ■■■■■ den Swap 4175 im Namen der Stadt Linz abgeschlossen. Schriftlich bestätigt wurde dieser Abschluss mit „*Einzelabschlussbestätigung*“ der beklagten Partei vom 16. Februar 2007 (Beilage ./AC). ■■■■■ ■■■■■ fehlte dazu nach der (zutreffenden) Ansicht des Erstgerichtes mangels vorangehender Willensbildung durch den Gemeinderat daher beim Abschluss des Swap 4175 die Vertretungsmacht (§ 867 ABGB). Deshalb kam das Swap-Geschäft nicht wirksam zustande. Die Ansicht des Erstgerichtes, dass das Geschäft auch nicht nachträglich genehmigt wurde, wird im Rahmen der Stellungnahme der Stadt Linz dazu mitbehandelt.
- 1.2 Nach der zutreffenden Ansicht des Erstgerichtes hätten weder ■■■■■ ■■■■■ als Beamter des Magistrats der Stadt Linz, einem Hilfsorgan der Stadt oder als Privatperson, noch der Bürgermeister, der den Rahmenvertrag und ein Unterschriftenverzeichnis unterfertigt hatte, organisationsrechtlich die Befugnis gehabt, den rechtsgeschäftlichen Willen zum Abschluss des Geschäftes zu bilden („*Willensbildungskompetenz*“); beide konnten lediglich einen dahingehenden Beschluss des Gemeinderates nach außen umsetzen.
- 1.3 Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 habe keine unmittelbare Entscheidung über ein konkretes Finanzgeschäft bezweckt. Das ergäbe sich schon aus dem Text des Beschlusses, nach dem kein konkretes Geschäft geschlossen oder genehmigt werden sollte. Vielmehr habe der Beschluss eindeutig darauf abgestellt, dass noch nicht konkret angeführte Finanzgeschäfte durch die Finanz- und Vermögensverwaltung erst in Zukunft abgeschlossen werden sollten, wobei der Gemeinderat mit seinem Beschluss durchaus auch einen bloß koordinierenden und planenden Auftrag gemeint haben konnte, ohne den Abschluss der künftigen Geschäfte aus der Hand zu geben. Bestenfalls sei es ein sogenannter Grundsatzbeschluss gewesen, mit dem der Gemeinderat aber seine gesetzlich vorgeschriebene Willensbildungskompetenz nicht ausgeübt habe (diese könne vielmehr als politische Willensbildung dahin verstanden werden, dass das Fremdfinanzierungsportfolio durch optimierende und marktübliche Finanzgeschäfte gemanagt werden sollte). Die Ausübung der Willensbildungskompetenz verlange nämlich, dass der Beschluss des Gemeinderats das in seine Zuständigkeit fallende Geschäft beinhalten oder es zumindest möglichst konkret umschreiben müsse. Dass dieses Erfordernis nicht erfüllt worden ist und der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 schon aufgrund seiner Allgemeinheit und seinem offensichtlich und eindeutig erkennbaren Grundsatzcharakter keine Willenserklärung auf Abschluss konkret des Swap 4175 dargestellt habe, sei so

offensichtlich, dass die beklagte Partei aus ihm nicht einmal den Anschein einer Beschlussfassung ableiten könne.

- 1.4 Im Weg des Weisungsrechtes oder der Approbationsbefugnis die Zuständigkeiten innerhalb der öffentlich-rechtlichen Organisationsstruktur der Stadt Linz vom Gemeinderat auf ein anderes Organ zu übertragen, scheitere am Organisationsrecht der Gemeinde. Das Organisationsrecht der Stadt Linz lasse nämlich die Verschiebung der Entscheidungskompetenz von einem Kollegialorgan, wie es der Gemeinderat ist, zu einem monokratischen Organ oder einem Organwalter nicht zu. Auch hier sei das Organisationsrecht der Stadt Linz derart eindeutig, dass ein Vertrauen in eine gültige Ermächtigung auf dem gewählten Weg unvertretbar ist und daher auch kein solcher Anschein erweckt worden sein konnte. Die Approbation und das Mandat würden sich überdies immer auf ein monokratisches System beziehen, was der Gemeinderat nicht sei, und auf einen konkreten Organwalter, also eine natürliche, handlungsfähige Person, welche die Finanz- und Vermögensverwaltung ebenfalls nicht ist. Von einer Eigenzuständigkeit des Magistrats im Sinne des § 51 Abs 3 Z 1 lit c) StL könne ebenfalls nicht ausgegangen werden: Diese Bestimmung übertrage dem Magistrat lediglich die laufende Vermögensverwaltung, worunter das Eingehen derart hoher Währungsrisiken nicht falle. Unabhängig davon, dass der Swap 4175 gerade keine Optimierung für die Stadt Linz dargestellt hat, habe er neue Risiken geschaffen bzw. – was das Währungsrisiko betreffe – massiv erhöht.
- 1.5 Den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 als zivilrechtlichen Auftrag an ██████████ ██████████ verbunden mit einer (Außen)-Vollmacht zu verstehen, führe ebenfalls nicht zur Wirksamkeit des Geschäftes: Zwar könne sich die Stadt Linz neben dem öffentlichen Recht auch privatrechtlicher Instrumente bedienen, dabei dürften aber die öffentlich-rechtlichen Schranken und organisationsrechtlichen Vorgaben nicht umgangen werden; diese sind vielmehr auch im Rahmen zivilrechtlichen Handelns zu beachten. Eine derartige Beschränkung sei schon deshalb notwendig, weil ansonsten das öffentlich-rechtliche zwingende Organisationsrecht jederzeit durch das Zivilrecht umgangen werden könne, wodurch auch die aus § 867 ABGB deutlich erkennbare Wertung des Gesetzgebers, dem Organisationsrecht den Vorrang einzuräumen, missachtet würde.
- 1.6 Diese Grenzen seien aber – interpretiert man den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 als zivilrechtliche Vollmacht an ██████████ ██████████ – klar überschritten worden. Auszugehen sei davon, dass das Statut der Stadt Linz die Zuständigkeit des Gemeinderates auf die interne Willensbildung, also mit anderen Worten auf die Geschäftsführung, beschränke (der Gemeinderat selbst ist demnach höchstens zur Weitergabe dieser Zuständigkeit in der Lage, nicht aber zur Weitergabe der Befugnis zur Außenvertretung). Mit dem Gemeinderatsbeschluss, nämlich mit der Beauftragung der Finanz- und Vermögensverwaltung zum Abschluss von nicht näher definierten

Finanzgeschäften, wäre aber die Geschäftsführungsbefugnis vom Gemeinderat auf eine Abteilung des Magistrats übertragen worden. Der mit Hilfe eines zivilrechtlichen Instruments bewirkten Änderung der Geschäftsführungsbefugnis stünden die zwingenden Vorgaben des öffentlichen Rechts entgegen.

- 1.7 Das Argument der beklagten Partei, ■■■■■ ■■■■ habe als Bevollmächtigter des Gemeinderats nicht als Teil der Organisationsstruktur der Stadt Linz gehandelt, sondern als ein außenstehender Dritter, sodass es damit gar nicht zu einer Verschiebung der Kompetenzen im bestehenden Gefüge der Stadt Linz gekommen sei, überzeuge nicht. Es bedürfe ja bereits einer an der Organisationsstruktur orientierten Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses, um von der dort genannten Finanz- und Vermögensverwaltung überhaupt zur Person des ■■■■■ ■■■■ zu gelangen. ■■■■■ ■■■■ dann aber einerseits als Repräsentant der Finanz- und Vermögensverwaltung anzusehen, ihn aber gleichzeitig als außenstehenden Dritten zu qualifizieren, sei mit dem Inhalt des Beschlusses nicht in Einklang zu bringen. Der Gemeinderat habe nach dem Wortlaut des Beschlusses eindeutig keinen außenstehenden Dritten beauftragen wollen, sondern eine Abteilung des Magistrats. Diese sei aber nicht rechtsfähig, woran die Erteilung einer zivilrechtlichen Vollmacht überdies scheitere.
- 1.8 Dass letztlich im Wege des § 867 ABGB die Verletzung der organisationsrechtlichen Vorschriften auf die Wirksamkeit der Vertretungsmacht durchschlage, sei auch rechtspolitisch gerechtfertigt: Anders als bei einem Privaten habe eine Gemeinde eine demografische, politische und fürsorgende Dimension, sodass der Einhaltung interner Vorgaben ein ganz anderer Stellenwert zukomme, als dies bei einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts der Fall sei. Sinn und Zweck des § 867 ABGB (wie auch jener des Art 119 B-VG) sei es, die Gemeinde vor unvertretbarem Handeln einzelner Gemeindefunktionäre zu bewahren und damit zu verhindern, dass das Haushaltsgleichgewicht und die ordnungsgemäße Erfüllung der einer Gemeinde obliegenden Aufgaben, durch das Eingehen eines unverhältnismäßig hohen Wagnisses, gefährdet wird.
- 1.9 Sehe man aber im Gemeinderatsbeschluss eine zivilrechtliche Vollmacht, so habe ■■■■■ ■■■■ mit seinem Agieren die ohnehin schon immens weit gesetzten, sich aus dem Beschluss selbst ergebenden Grenzen seiner Befugnisse klar und erkennbar überschritten, sodass selbst bei angenommener wirksamer Einräumung der Geschäftsführungskompetenz dieser konkrete Vertragsabschluss davon nicht umfasst gewesen sei. Dem Swap 4175 habe schon von Anbeginn die mangelnde Risikobeherrschbarkeit die Optimierungseignung geraubt.
- 1.10 Auf eine stillschweigende Vollmachtserteilung und auf einen vom Gemeinderat gesetzten Anschein könne sich die beklagte Partei auch nicht berufen. Der

Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 sei aufgrund seiner objektiv erkennbaren Mängel und Verstöße gegen die Organisationsvorschriften (schon aufgrund des Fehlens jeglicher Bezugnahme auf den Swap 4175) und weil der Swap den Vorgaben des Beschlusses nicht entsprochen habe, nicht geeignet gewesen, einen Vertrauenstatbestand zu begründen, der Gemeinderat habe der Finanz- und Vermögensverwaltung, ■■■■■ ■■■■■ oder sonst irgendjemandem Vollmacht erteilt, den Willen zum Abschluss des Swap 4175 anstelle des Gemeinderats und für diesen zu fassen: ■■■■■ ■■■■■ sei im Beschluss nicht einmal genannt, die Finanz- und Vermögensverwaltung sei nicht rechtsfähig und die Übertragung der Kompetenz von einem Kollegialorgan auf den Magistrat oder dessen Mitgliedern offensichtlich unzulässig. Angesichts des § 867 ABGB darauf zu vertrauen, dass ■■■■■ ■■■■■ Vollmacht besessen habe, wäre unvertretbar, ausgeschlossen und nicht schutzwürdig. Soweit die beklagte Partei – neben dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 – sonst noch Handlungen als Grundlage für ihr Vertrauen auf eine bestehende Vollmacht ins Treffen führe, seien alle nicht vom Gemeinderat gesetzt worden und schon deshalb nicht geeignet, den Anschein einer Beschlussfassung des Gemeinderates oder der Einräumung einer Vertretungsbefugnis zu erwecken.

- 1.11 Gehe man aber überdies und abweichend von den sonstigen Hindernissen, die einer wirksamen Vertretungsmacht des ■■■■■ ■■■■■ entgegengestanden sind, davon aus, dass ■■■■■ ■■■■■ befugt gewesen sei, für den Gemeinderat den Willensentschluss zu fassen, den Swap 4175 für die Stadt Linz abzuschließen, so sei dieser, jedenfalls bei Schluss der mündlichen Verhandlung, nicht gültig gewesen, weil ihm die aufsichtsbehördliche Bewilligung gefehlt habe.

2. Die mangelnde Vertretungsbefugnis aus organisatorischen Gründen

2.1 Einleitung

- 2.1.1 Das Erstgericht kommt zum Ergebnis, dass ■■■■■ ■■■■■ deshalb die Vertretungsbefugnis hatte, weil es – im klaren und offenen Verstoß gegen das kommunale Organisationsrecht – an einer vorangehenden Willensbildung des Gemeinderats und damit des Geschäftsherrn gefehlt hat.
- 2.1.2 Die Ausführungen der beklagten Partei in ihrer Berufung vermögen dieses eindeutige Ergebnis nicht zu widerlegen. Auf sie wird jeweils an geeigneter Stelle im Rahmen der Darstellung der einzelnen Themenbereiche aus Sicht der Stadt Linz im Detail eingegangen werden.

2.2 Kompetenzordnung und Legalitätsprinzip

2.2.1 Die Argumente der Stadt Linz

2.2.1.1 Für die öffentliche Hand gilt das Legalitätsprinzip und damit der Grundsatz der festen Zuständigkeitsverteilung. Wer zur Willensbildung („*Willensbildungskompetenz*“) und wer zur Vollziehung des gebildeten Willens („*Willensbetätigungskompetenz*“) zuständig ist, bestimmt ausschließlich das Gesetz. Es entspricht der ganz herrschenden Meinung in Österreich, dass Gemeinden zur Regelung der Zuständigkeit ihrer einzelnen Gemeindeorgane nicht berechtigt sind, es sei denn, sie werden dazu durch das Gesetz ausdrücklich ermächtigt. Das Verbot betrifft nicht nur die vollständige Übertragung der Zuständigkeit, sondern auch die bloße Verschiebung der Befugnis zur Entscheidung (also der Willensbildungsbefugnis), wie § 38 Abs 3 und § 11 Abs 4 StL zeigen (*Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement, 228). Fehlt eine gesetzliche Ermächtigung, so ist die (teilweise oder vollständige) Übertragung der Willensbildung auf ein anderes Organ rechtsgrundlos und damit unwirksam (RIS-Justiz: RS0031238; *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement, 228; *Prändl*, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenze der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 382; *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten, 211).

2.2.1.2 Das Finanzmanagement, auch in Form des Abschlusses von Finanzgeschäften, gehört zum Haushaltswesen der Gemeinde. Völlig unbestritten ist, dass die haushaltsrechtlichen Angelegenheiten zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden gehören (Art 118 Abs 4 B-VG). Für diesen ist der Gemeinderat das (ausschließlich) beschließende Organ. Deshalb vertritt auch die herrschende, nach wie vor unbestrittene, Meinung (die zum Teil bereits lange vor Abschluss des Swap 4175 veröffentlicht wurde), dass Finanzgeschäfte im Allgemeinen und Derivatgeschäfte im Besonderen Angelegenheiten sind, die in die Entscheidungskompetenz des Gemeinderates fallen (vgl. *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement, 228; ebenso *Prändl*, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenze der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 383 f: *„Die Abschlusskompetenz von Swap-Geschäften liegt unstrittig beim Gemeinderat [...] Der Abschluss von Swap-Geschäften bedarf daher zu seiner Wirksamkeit der Beschlussfassung durch den Gemeinderat“*; weiters *N. Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 ff: *„Dem Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags, mit dem über erhebliche Vermögenssummen disponiert wird, hat nach den einschlägigen Grundlagen der GemO der Länder ein Beschluss des im Einzelfall zuständigen Kollegialorgans (Gemeinderat [GemR], Stadtsenat) zugrunde zu liegen (unabdingbare Gültigkeitsvoraussetzung). In diesen Konstellationen besteht keine selbständige Geschäftsführungsbefugnis eines Bgm. oder anderer*

Gemeindedienststellen (Magistrat), zumal kein Fall der laufenden Geschäfte der Gemeindeverwaltung vorliegt.“).

- 2.2.1.3 Die öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften für die Stadt Linz (insbesondere in Form des Stadtstatuts der Landeshauptstadt Linz und der Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz [„GEOM“]) teilen die Zuständigkeiten der einzelnen Organe der Stadt Linz entsprechend auf. Während jene, die in die Zuständigkeit des Gemeinderates, des Bürgermeisters oder des Magistrates taxativ aufgezählt sind, sieht § 47 Abs 4 StL in Form einer subsidiären Zuständigkeit den Stadtsenat (also ebenfalls ein Kollegialorgan) als das beschließende Organ vor, das in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs immer dann zuständig ist, wenn sie weder dem Gemeinderat noch dem Bürgermeister oder dem Magistrat (ausdrücklich) vorbehalten wurden. Anders als etwa im sonstigen Gemeinderecht in Oberösterreich ist also letztlich nicht der Bürgermeister (als monokratisches Organ), sondern der Stadtsenat (also wiederum ein demokratisches Kollegialorgan) zu befassen.
- 2.2.1.4 Die beklagte Partei weist in diesem Zusammenhang (wenn wohl auch unfreiwillig) den Weg zur Auslegung der Zuständigkeitsbestimmungen, vor allem was das Verhältnis der verschiedenen Organe zueinander betrifft. Wenn die Kommune – wie die beklagte Partei in ihrer Berufung ausführt (Berufung, S 50) – nur der Vollziehung zuzuordnen ist, der Gemeinderat (bzw. der Stadtsenat) also auch (nur) ein Verwaltungsorgan darstellt, so steht er den übrigen (monokratischen Organen) nicht im Verhältnis von Gesetzgebung zur Vollziehung gegenüber; d. h. der Gemeinderat gibt nicht bloß die Rahmenbedingungen vor, welche der Bürgermeister oder der Magistrat (als Hilfsorgan) zu vollziehen hat, sondern der Gemeinderat selbst ist Teil der Vollziehung. Das ist auch der Grund, weshalb § 46 StL mit Bezug auf den Abschluss von Rechtsgeschäften nicht davon spricht, dass der Gemeinderat die Bedingungen vorzugeben oder die Geschäfte (in Form einer nachträglichen Kontrolle) zu genehmigen hat, sondern dass er selbst die Darlehen aufnimmt oder gewährt (§ 46 Abs 1 Z 9 StL) bzw. dass er selbst bestimmte Verträge abschließt oder auflöst (§ 46 Abs 1 Z 12 StL). Das bedeutet aber nichts anderes, als dass sich das zuständige Organ (etwa der Gemeinderat oder der Stadtsenat), der zum Abschluss des Geschäftes berufen ist, selbst den Abschlusswillen bilden muss. Er muss also zumindest die essentialia negotii des Geschäftes kennen, das er abschließt, und er muss es so und nicht anders wollen.
- 2.2.1.5 Da den einzelnen Organen der Kommune keine Rechtsfähigkeit, also nicht die Fähigkeit zukommt, selbst im eigenen Namen außenwirksam zu handeln, sind die Aufgaben der einzelnen Organe, in concreto bezogen auf das privatwirtschaftliche Handeln, geteilt. Während der Gemeinderat den Willen bildet (§ 46: „Willensbildungskompetenz“), setzt der Bürgermeister diesen Willen nach außen um (§§ 22, 49:

„Willensbetätigungskompetenz“). Liegt danach die Willensbildungskompetenz beim Gemeinderat, so sind für das rechtskonforme Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts mit der Stadt Linz eine dahingehende Willensbildung im Gemeinderat und die nachfolgende Umsetzung dieses Willens durch den zur Vertretung bestimmten Bürgermeister notwendig. Fehlt dieses Zusammenwirken der beiden Organe, ist das Geschäft unwirksam (*Kitzmantel*, Die oberösterreichischen Statutarstädte, S 50).

- 2.2.1.6 Die kommunalrechtlich vorgesehene Trennung zwischen der Zuständigkeit zur Willensbildung und der Rechtsmacht, den einmal gebildeten Willen gegenüber Dritten zu äußern, heißt aber auch, dass der Gemeinderat selbst nicht in der Lage ist, seinen Willen nach außen zu erklären. Das gilt auch bei Rechtsgeschäften mit Dritten. Den Willen umzusetzen, ist nach § 22 Abs 1 StL dann allein die Aufgabe des Bürgermeisters, dem dabei keine eigene Willensbildungskompetenz mehr zukommt (*Lukas*, Wenn der Bindungswille des Gemeinderates fehlt, *ecolex* 2012, 120: „*Vertreter in der Erklärung*“). Wenn das Erstgericht (US 93) in diesem Zusammenhang davon spricht, dass die Funktion des Bürgermeisters über die eines Boten hinausgeht, so ist das im gegebenen Zusammenhang deshalb kein Widerspruch, weil das Ersturteil damit die Vorbereitungs- und Verhandlungsbefugnis des Bürgermeisters anspricht, nicht aber seinen eigenen Gestaltungswillen beim Abschluss von Rechtsgeschäften, die dem Gemeinderat vorbehalten sind.
- 2.2.1.7 Eine weitere Konsequenz der Zuständigkeitstrennung ist, dass der Wille des Gemeinderates, wie er in einem Gemeinderatsbeschluss zum Ausdruck kommt, gleichzeitig die Vertretungsmacht des Bürgermeisters bei der Umsetzung dieses Willens umschreibt und begrenzt. Fehlt es an einem wirksam gebildeten Willen des Gemeinderats oder ist der vom Bürgermeister nach außen gesetzte Vertretungsakt von diesem Willen nicht gedeckt, so ist auch das Geschäft automatisch unwirksam (10 Ob 42/07k; 7 Ob 609/89).
- 2.2.1.8 Die geschilderten öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften haben eine unmittelbare Bedeutung für das Zivilrecht. Auch nach der ständigen Rsp des Obersten Gerichtshofes handelt es sich bei den Bestimmungen der Gemeindeordnung, die (gesetzliche) Zuständigkeiten festlegen, nicht bloß um interne Organisationsvorschriften, sondern sie bewirken eine Beschränkung der allgemeinen Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters bzw. anderer zur Vertretung bestimmter Organe der Gemeinde. Die Kompetenzordnung ist daher auch im Außenverhältnis wirksam (RIS-Justiz: RS0014664; zuletzt 7 Ob 38/18s, 10 Ob 14/19k).
- 2.2.1.9 Wer mit einer Gemeinde kontrahieren will, hat sich mit ihrem Organisationsrecht vertraut zu machen. Die Rechtsprechung hat es sogar dem Geschäftspartner von Vereinen auferlegt, Einsicht in deren Statuten zu nehmen (9 Ob 41/09h). Während die

Vertretungsordnung eines Vereins schwer zu ermitteln und zu durchschauen ist, sind die Regeln über die Willensbildung der Stadt Linz in offiziellen Rechtserkenntnisquellen publiziert; überdies kann sich nach § 2 ABGB niemand damit entschuldigen, dass ihm ein gehörig kundgemachtes Gesetz nicht bekannt sei. Die beklagte Partei musste also davon ausgehen, ohne Willensbildung des Gemeinderats kein gültiges Geschäft abschließen zu können. Jeder Kontrahent einer Gemeinde handelt also auf eigenes Risiko, wenn er mit einem Akteur der Gemeinde einen Vertrag schließt, ohne sich den erforderlichen Gemeinderatsbeschluss vorlegen zu lassen. Nichts Anderes gilt, wenn er Zweifel haben muss, ob ein vorliegender Beschluss das avisierte Geschäft deckt. Rechtssicherheit schafft hier nur eine Befassung des Gemeinderats über das konkrete Geschäft.

2.2.2 Zu den Argumenten der beklagten Partei

2.2.2.1 Neben der Behauptung, der Gemeinderat der Stadt Linz wäre zur Beschlussfassung über den Abschluss des Swap-Geschäftes ohnehin nicht zuständig gewesen, sondern das Geschäft sei in die (Eigen-)Zuständigkeit des Bürgermeisters und/oder des Magistrats gefallen, geht das Hauptargument der beklagten Partei dahin, dass der Gemeinderat seine Willensbildungskompetenz bereits mit dem Beschluss vom 3. Juni 2004 ausgeübt habe. Das unterscheide den aktuellen Geschäftsfall von den in der Rechtsprechung entschiedenen Sachverhalten, in denen der Gemeinderat mit einem in seine Zuständigkeit fallenden Geschäft überhaupt nicht befasst worden war. Diesen Ansatz verbreitert die beklagte Partei mit folgenden weiteren Argumenten:

- Am 3. Juni 2004 habe der Gemeinderat klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass er, bezogen auf die Schweizer Frankenanleihe, den Abschluss von optimierenden und marktüblichen Geschäften wünsche. Damit sei die in § 46 StL vorgesehene Willensbildung abgeschlossen, das Geschäft darin umfasst.
- Eine weitere Konkretisierung würden weder die organisationsrechtlichen Vorschriften des Statuts noch § 867 ABGB verlangen. Es liege allein im Belieben des Gemeinderates, „*wieviel Flexibilität*“ er dem Magistrat als seinem Hilfsorgan lässt. § 38 Abs 3 StL gäbe iVm § 11 Abs 4 GEOM eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Übertragung der Aufgabe an den Magistrat. Alles andere wäre ein unzulässiger Eingriff in die verfassungsrechtliche Freiheit der Kommune.
- Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 umschreibe aber ohnehin mit seinen Determinanten der Marktüblichkeit und der Optimierungseignung iVm der Bezugnahme auf die Schweizer Frankenanleihe in ausreichender und bestimmter Weise, wie der Magistrat zu agieren habe.

- Letztlich komme es aber auf die Determinierung selbst eigentlich nicht an. Das in den Bestimmungen der Geschäftsordnung und des Statuts zum Ausdruck kommende Prinzip der Arbeitsteiligkeit bewirke eine unmittelbare Zurechnung der Handlungen der Verwaltung zum Gemeinderat. Damit würde keine Zuständigkeit übertragen, sondern bloß eine normmäßige Zurechnung fremden Handelns vorgenommen. Diese Zurechnung unterscheide sich von der Zuständigkeitsübertragung dadurch, dass sie jederzeit wieder entzogen werden könne und dass der Gemeinderat durch Weisungen immer in der Lage ist, seinen Willen durchzusetzen. Selbst wenn der Gemeinderat vom Abschluss des Swaps keine unmittelbare Kenntnis gehabt hätte, wäre ihm das Handeln des Magistrats als Wahrnehmung der Willensbildungskompetenz zuzurechnen (insbesondere Berufung, S 92 f).

2.2.2.2 Mit diesen Ausführungen verkennt die beklagte Partei im Grundsätzlichen bereits die Aufgabe der organisationsrechtlichen Zuständigkeitsbestimmungen. Gerade in jenen Geschäftsfällen, die zwingend der Beschlussfassung des Gemeinderates zu unterwerfen sind (dabei handelt es sich um die wirtschaftlich bedeutsamen Angelegenheiten), soll und muss sichergestellt sein, dass sich die demokratisch gewählten und legitimierten Vertreter der Gemeinde selbst ihren Willen bilden. Das wäre nicht gewährleistet, wenn, folgt man dem theoretischen Ansatz der beklagten Partei, die Willensbildung im Magistrat dem Gemeinderat selbst dann zuzurechnen wäre, wenn er, wie das die beklagte Partei ausdrückt, vom Abschluss des Swaps keine unmittelbare Kenntnis gehabt hätte. Ließe sich, wie die beklagte Partei meint, tatsächlich der Umfang der Konkretisierung des Geschäftes immer mehr „verdünnen“, so liefe es letztlich auf die Übertragung der Zuständigkeit zur Willensbildung auf ein anderes Organ hinaus.

2.2.2.3 Das lässt sich auch keineswegs damit rechtfertigen, dass das privatwirtschaftliche Handeln der öffentlichen Hand nicht wie die Hoheitsverwaltung im Einzelnen vordefiniert ist. Gerade weil Artikel 18 B-VG (als Ausdruck des Legalitätsprinzips) im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung nur eingeschränkt anwendbar ist, wie die beklagte Partei immer wieder betont (was bedeutet, dass die Handlungen des einzelnen Organwalters im Vorhinein nicht im Detail determiniert sind), ist es die Aufgabe der Kompetenzordnung sicherzustellen, dass jenes Organ, das dafür zuständig ist, tatsächlich und nicht nur zum Schein über das Geschäft entscheidet. Es liegt auf der Hand, dass die Weitergabe von Entscheidungsbefugnissen vom eigentlich zuständigen Organ auf den Hilfsapparat umso mehr eingeschränkt werden muss, je geringer der Determinierungsgrad der Handlungsvorgabe für den Hilfsapparat wird. Das wird besonders deutlich, wenn im Bereich der Vollziehung ein Kollegialorgan berufen ist, den Willen zu bilden, was üblicherweise bei Geschäften mit erheblicher wirtschaftlicher

Bedeutung der Fall ist. Dann ist es aber Aufgabe der Zuständigkeitsordnung, dafür zu sorgen, dass das Kollegialorgan seinen Willen tatsächlich selbst bildet, sich der Konsequenzen der Entscheidung bewusst ist und diese Konsequenzen auch später zu vertreten hat.

2.2.2.4 Wie das Erstgericht zu Recht betont, geht schon aus dem Text des Beschlusses vom 3. Juni 2004 hervor, dass kein konkretes Geschäft geschlossen und genehmigt werden sollte. Um von einem Vertragsabschluss überhaupt sprechen zu können, wie es § 46 StL bei den dort genannten Geschäften fordert, muss aber die Willensbildung, die dem Geschäftsabschluss vorausgeht, das Geschäft selbst oder zumindest jene Strukturelemente umfassen, die die essentialia negotii darstellen. Das ist hier nicht der Fall. Weder der Beschluss noch der Amtsbericht lassen einen Schluss auf die Art der Finanzgeschäfte zu, was nicht weiter verwundert, waren derartige Derivatgeschäfte, wie sie der Swap 4175 dargestellt hat, im Jahr 2004 noch nicht einmal Gegenstand einer Diskussion im kommunalen Bereich. Wenn die beklagte Partei demgegenüber meint, dass der Gemeinderatsbeschluss derart konkret und bestimmt war, also alle Determinanten enthielt, um ein Geschäft wie den Swap 4175 vor Augen zu haben (Berufung, S 70), so entspricht das einfach nicht den Tatsachen. Weder die Verwaltung noch die einzelnen Mitglieder des Gemeinderats waren sich 2004 auch nur annähernd bewusst, dass sich die Stadt Linz über zehn Jahre verpflichten würde, einer Bank zweimal im Jahr Schweizer Franken im Volumen von EUR 97,5 Mio für eine – daran gemessen – geringfügige Zinsenverbilligung zu liefern und dabei das Währungsrisiko allein zu tragen. Die beklagte Partei ist in dieser Richtung aber auch nicht glaubwürdig, betont sie doch an anderer Stelle immer wieder, dass der Gemeinderatsbeschluss wegen seiner Undeutlichkeit iSd § 915 ABGB zu ihren Gunsten auszulegen sei (etwa Berufung, S 64 f).

2.2.2.5 Auch der Behauptung, die Zulässigkeit von Rahmen- und Grundsatzbeschlüssen sei in Theorie und Praxis ausreichend belegt, ist mit den Ausführungen des Erstgerichtes (US 75 ff) der Boden entzogen. Gerade die Untersuchung von *Holoubek/Prändl* (Öffentliches Finanzmanagement, 199 ff [229]) zeigt, dass an der Zulässigkeit solcher Rahmenbeschlüsse erhebliche Zweifel bestanden. Selbst die Untersuchung von *N. Raschauer* (RFG 2013, 66 ff [71]) spricht davon, dass es ein erhebliches Risiko darstellen würde, wenn sich die Praxis mit Rahmenvereinbarungen begnügt. Zusätzlich verlangt er, dass das Kollegialorgan jedenfalls ein Vertragswerk beschließt, das aus einer Rahmenvereinbarung und einem oder mehreren in dieser Vereinbarung vorgesehenen Einzelabschlüssen (zu ergänzen: die naturgemäß entsprechend spezifiziert sind) bestehen muss (aaO, 70). Der Gemeinderat der Stadt Linz hat weder die Rahmenvereinbarung beschlossen noch enthält die Rahmenvereinbarung entsprechend spezifizierte Einzelgeschäfte (wenn *N. Raschauer*, aaO, 71, davon spricht, dass sich der Bürgermeister bei einzelnen Amtshandlungen, wie etwa bei der

Vertragsunterfertigung, vertreten lassen könne, so ist das auf der Grundlage des Statuts der Stadt Linz rechtsirrig: § 11 Abs 5 Z 1 GEOM schließt nämlich Geschäftsfälle, die der kollegialen Beratung und Beschlussfassung vorbehalten sind, ausdrücklich von der Vertretung nach § 11 Abs 4 GEOM aus; bei den nach § 66 Abs 1 und 2 StL zu erstellenden Urkunden [dabei handelt es sich um Urkunden für Geschäfte, die dem Gemeinderat nach § 46 StL vorbehalten sind] darf der Bürgermeister nicht einmal jemand anderen unterschreiben lassen).

2.2.2.6 Auch die Gemeindeaufsichtsbehörde stand – entgegen der nicht forensisch belegten Behauptung des Zeugen ██████████ (Protokoll vom 10. April 2019, ON 593, S 12 f) – Rahmenbeschlüssen ablehnend gegenüber, wie sich aus den Feststellungen des Erstgerichtes (US 76) ergibt. Diese Feststellung ist gedeckt durch die Aussage von Dr. ██████████ (██████████, ██████████) (Der war Leiter der Direktion Inneres und Kommunales beim Amt der OÖ Landesregierung und damit gleichsam der Leiter der Gemeindeaufsichtsbehörde. Er schilderte anschaulich, weshalb die Aufsichtsbehörde Rahmenbeschlüsse als nicht vom Gesetz gedeckt ansah an dem konkreten Beispiel der Einbringung von Immobilienvermögen in eine neu gegründete Gesellschaft der Stadt Linz. Auch im Zusammenhang mit Finanzgeschäften müsse das zuständige Organ das konkrete Geschäft inhaltlich kennen, wenn es darüber entscheide. Auf Nachfrage des Gerichtes, ob also der Beschluss des Gemeinderats wirklich den konkreten Swap enthalten müsse (mitsamt Formel und möglichen weiteren vertraglichen Regelungen antwortete der Zeuge wörtlich: *„Ja, die Geschäftsurkunde, die dem Geschäft zugrunde liegt, müsste an und für sich hier beiliegen und jederzeit einsehbar sein“* (Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 13 f). Auch Praktikabilitätsüberlegungen stünden dem nicht entgegen, weil man ohnehin versucht habe, mit einer Fixierung auf einen Stichtag bzw. mit der Festlegung von Bandbreiten zu arbeiten. In diesem Fall hätte das Land nicht noch einen weiteren Beschluss verlangt (Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 15). ██████████ widersprach auch der Behauptung, das Land habe nicht nur Swap-Geschäfte empfohlen, sondern sogar ausdrücklich erklärt, diese wären vom Land nicht zu genehmigen gewesen. Wie sich aus der Beilage .147 unmittelbar ergibt, handelt es sich dabei um Kredite des Siedlungswasserbaus, die aufgrund der Förderung durch den Bund tatsächlich nicht genehmigungspflichtig waren (ein Umstand, auf den bereits *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement, 230, hingewiesen haben).

2.2.2.7 Selbst das Argument der beklagten Partei, mit dem Erfordernis einer Beschlussfassung des Gemeinderates zum Finanzgeschäft würde die Kommune von einem ordnungsgemäßen Finanzmanagement ausgeschlossen werden, ist bloß vorgeschoben: Auch wenn die Schwellenwerte und das Ausmaß der Gegenleistung beim Swap 4175 gewiss Schwankungen unterlagen, die Parameter des Geschäftes blieben doch immer gleich (██████████, ██████████ Protokoll vom 12. April 2019, ON 595,

S 14 f: „[...] *das Geschäft und diese Formel ändern sich ja nicht ständig*“: Bei der Zinskomponente erfolgte der Tausch des variablen 6-Monats-CHF-LIBOR gegen einen Fixzinssatz, die Gegenleistung bestand im Verschreiben von Währungsoptionen. Die Struktur des Geschäftes konnte, gegebenenfalls mit bestimmten Rahmen, was die Einzelwerte anlangt (Höhe des Fixzinses bzw. genaues Volumen der verschriebenen Optionen), ohne Weiteres im Gemeinderat behandelt, beraten und beschlossen werden (■■■■■ ■■■■■ Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 15: „[...] *wenn ein Beschluss mit einer Bandbreite gefasst wurde, und das Geschäft dann innerhalb dieser Bandbreite abgeschlossen wird, dann würde das Land nicht einen nochmaligen Beschluss mit dem konkreten Wert verlangen*“. Eine ausführliche Diskussion der Struktur und der Risiken des Swap 4175 in einer Gemeinderatssitzung wollte die beklagte Partei aber offenbar nicht.

- 2.2.2.8 Wenn die beklagte Partei dem Erstgericht die sachliche Ungleichbehandlung der Stadt Linz gegenüber sonstigen juristischen Personen vorwirft, ja darin sogar eine Verfassungswidrigkeit sieht, wenn der Kommune durch das Beharren auf die organisationsrechtlichen Voraussetzungen ein Mittel in die Hand gegeben wird, um die Konsequenzen nachteiliger Geschäfte abzuwenden, so verkennt sie die Funktion von zwingenden Zuständigkeiten und die Aufgabe des § 867 ABGB. Das erhellt sich auch daraus, dass sie meint, aus einer Missachtung (bloß formaler Vorgaben) könne keine Nichtigkeit abgeleitet werden.
- 2.2.2.9 § 867 ABGB hat nämlich keineswegs die Aufgabe, für die wertmäßige Angemessenheit oder Ausgewogenheit eines Rechtsgeschäftes der öffentlichen Hand im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zu sorgen. Ob ein Geschäft nichtig oder sittenwidrig ist, bestimmt sich auch für Gemeinden ausschließlich nach § 879 ABGB. § 867 ABGB schützt vielmehr das Gemeindevermögen vor unzulässigen Alleingängen einzelner Akteure. Er räumt dem in der Gemeinschaft der Gemeindeglieder verkörperten öffentlichen Interesse Vorrang vor dem Verkehrsschutz ein. Diese Aufgabe könnte § 867 ABGB nicht erfüllen, „[...] *wäre es anderen Organen der Gemeinde möglich, unter Umgehung des zuständigen Organs mit Wirkung für die Gemeinde tätig zu werden*“ (RIS-Justiz: RS0031238). Die Unwirksamkeit des Geschäftes beruht also nicht auf seiner (inhaltlichen) Nichtigkeit (deshalb ist auch das Vorbringen der beklagten Partei, wonach weder § 46 StL noch § 867 ABGB die Nichtigkeit des Geschäftes anordnen würde, ins Leere geht), sondern darauf, dass der nach außen Handelnde den Geschäftsherrn nicht verpflichten kann, wenn dieser nicht vorher seinen Willen zum Abschluss des Geschäftes gebildet hat bzw. bilden konnte.
- 2.2.2.10 Zu gewährleisten, dass die Konsequenzen einer rechtsgeschäftlichen Entscheidung nur jemanden treffen sollen, dem sie zuzurechnen sind und der dafür zuständig ist, ist auch dem allgemeinen Zivilrecht keineswegs fremd, sondern ist Ausdruck der Achtung der

Privatautonomie des Geschäftsherrn. Selbst im Gesellschaftsrecht mit seiner unbeschränkten Vertretungsmacht der Organe würde niemand auf die Idee kommen, es als zulässig anzusehen, dass nicht die Gesellschafter jene Entscheidungen, die genuin ihnen vorbehalten sind (etwa über die Gewinnfeststellung oder Gewinnverteilung, die Auflösung der Gesellschaft oder existenzielle Geschäfte) treffen, sondern Dritte. Nach einhelliger Ansicht ist die Einräumung einer umfassenden und ausschließlichen Organkompetenz an außenstehende Dritte unzulässig. Die Letztentscheidungsbefugnis bleibt bei den Gesellschaftern (*Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter (Hrsg)*, UGB I⁴ (2016) § 114 Rz 28; *Schopper/Walch* in *Zib/Dellinger (Hrsg)*, Unternehmensgesetzbuch (2016) § 114 UGB Rz 180 ff; jeweils mwN). Selbst in den Fällen einer unbeschränkten und unbeschränkbareren Formalvollmacht, wie sie für den Vorstand einer Aktiengesellschaft oder die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorgesehen sind, kam die Rechtsprechung zum Ergebnis, dass diese Organe – ohne Zustimmung der Gesellschafter – nicht berechtigt sind, Geschäfte abzuschließen und die Gesellschaft zu binden, welche die zentrale Existenzgrundlage der Gesellschaft betreffen („Holzmüller-Doktrin“, BGH 25.02.1982, II ZR 174/80).

2.3 Generelle Unzulässigkeit der Übertragung der Willensbildungskompetenz des Gemeinderats auf den administrativen Hilfsapparat oder ihren Leiter

2.3.1 Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass der Gemeinderat der Stadt Linz den Abschluss des Swap 4175 zuständigkeitshalber zu beschließen hatte, ist eine Übertragung der Willensbildung auf den administrativen Hilfsapparat oder ihren Leiter gesetzlich jedenfalls unzulässig. Das gilt unabhängig davon, ob diese Übertragung ausdrücklich oder im Ergebnis dadurch erfolgt, dass der Gemeinderat zwar formell seinen Willen äußert, bestimmte Geschäfte in Zukunft abschließen zu wollen, jedoch keine Details dazu festlegt, sodass dem administrativen Hilfsapparat jede Freiheit gegeben ist, wie er die Struktur und das Risiko derartiger Geschäfte gestaltet. Das folgt schon aus der Natur und der dargelegten Ratio der (zwingenden) Zuständigkeitsordnung öffentlich-rechtlicher Organisationen.

2.3.2 Das Statut der Stadt Linz sieht nur in einem einzigen Fall die Zulässigkeit der Übertragung der Willensbildungskompetenz des Gemeinderates bei den in seine Zuständigkeit fallenden Angelegenheiten auf ein anderes Organ vor. Er kann nach § 46 Abs 2 StL diese mittels Verordnung auf den Stadtsenat übertragen. Dabei handelt es sich wieder um ein Kollegialorgan. Es wäre völlig unsinnig, eine derart eingeschränkte Übertragungskompetenz, noch dazu unter erschwerten formalen Bedingungen (Verordnung), vorzusehen, wenn der Gemeinderat gleichzeitig befugt wäre, alle seine Aufgaben ohne weitere Grenzen „*arbeitsteilig*“ auf die anderen Organe der Stadt zu verteilen.

- 2.3.3 Dass das Stadtstatut für die Übertragung der Angelegenheiten des Gemeinderates wiederum nur ein Kollegialorgan vorsieht, ist konsequent: Die städtische Willensbildung soll bei allen in § 46 Abs 1 StL aufgezählten Geschäften auf eine breite demokratische Basis gestellt werden. Auch nach § 38 Abs 3 Satz 2 StL können sich ausschließlich die monokratischen Organe der Stadtverwaltung durch Angehörige des administrativen Hilfsapparats vertreten lassen, nicht jedoch die Kollegialorgane.
- 2.3.4 Das von der beklagten Partei dagegen vorgebrachte Argument, die Übertragung von Aufgaben durch den Gemeinderat auf den Magistrat als dessen Hilfsorgan bedürfe keiner gesonderten gesetzlichen Regelung, wäre also jederzeit zulässig, ist zwar formal auf den ersten Blick nicht falsch, es stehen ihm aber nicht nur die Ratio der Bestimmung, sondern auch die ausdrücklich gegenteilige Anordnung in § 11 Abs 5 GEOM entgegen (das hat offenbar nicht nur die beklagte Partei, sondern auch der von ihr zitierte *N. Raschauer*, *Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften*, RFG 2013, 70, insbesondere FN 39, übersehen).
- 2.3.5 § 11 Abs 4 GEOM gestattet zwar, dass sich der Bürgermeister und die übrigen Mitglieder des Stadtsenats im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit durch in ihrem Geschäftsbereich tätige Dienststellenleiter und sonstige Mitarbeiter vertreten lassen können. Diese Vertretungsbefugnis umfasst auch die Wahrnehmung der Willensbildungskompetenz des übertragenden Organs. Allerdings verbietet bereits die Ziffer 1 des nachfolgenden Absatzes 5 der gleichen Bestimmung eine derartige Übertragung, wenn es sich um Geschäftsfälle handelt, die nach dem Stadtstatut oder der Geschäftsverteilung für den Stadtsenat oder aufgrund sonstiger Rechtsvorschriften der kollektiven Beratung und Beschlussfassung vorbehalten sind. Das ist bei allen Geschäftsfällen der Privatwirtschaftsverwaltung, die unter die §§ 46, 47 StL zu subsumieren sind, der Fall (das gilt naturgemäß auch für jene Geschäftsfälle, bei denen der Stadtsenats aufgrund seiner subsidiären Zuständigkeit nach § 47 Abs 4 StL zuständig ist). Auch auf eine weitere Bestimmung ist hinzuweisen, aus der sich das Übertragungsverbot bei Geschäften, die der kollegialen Beschlussfassung vorbehalten sind, zwingend ergibt. Bekanntermaßen müssen alle Geschäfte, die der Beschlussfassung des Gemeinderates oder des Stadtsenats bedürfen, nach § 66 StL vom Bürgermeister unterfertigt und mit dem Stadtsiegel versehen werden. § 11 Abs 5 Z 3 GEOM verbietet für derartige Geschäfte nun sogar eine Vertretung des Bürgermeisters bloß für die Unterfertigung der diesbezüglichen Urkunden. Klarer kann das Übertragungsverbot bei Geschäftsfällen, die der kollektiven Beschlussfassung unterliegen, nicht ausgesprochen werden.
- 2.3.6 Dem stehen auch die Ausführungen der beklagten Partei nicht entgegen (vgl. Punkt 2.5).

- 2.3.7 Nun kann aber der Gemeinderat, wie oben gezeigt, zwar seinen Willen bilden, er hat aber nicht die Rechtsmacht, den einmal gebildeten Willen gegenüber Dritten kundzutun; der Gemeinderat kann also selbst nicht – auch wenn § 46 StL vom Abschluss des Rechtsgeschäftes durch den Gemeinderat spricht – den Vertrag gegenüber Dritten effektuieren. Dafür ist zwar nicht der Magistrat als internes Hilfsorgan der Gemeinde, sondern nach § 22 StL der Bürgermeister zuständig. Es stellt sich also die Frage, ob im Rahmen dieses Umsetzungsvorgangs den ausführenden Organen ein gewisser Spielraum im Verhältnis zur Willensbildung des Gemeinderates bleibt.
- 2.3.8 Tatsächlich ist es nach der hM (*Tunhart*, Rechtsgeschäftliche Vertretungswillen im Gemeinderecht [2000], S 122 ff) durchaus erlaubt, dass der Gemeinderat nach Abschluss seiner Willensbildung dem vollziehenden Organ einen gewissen Handlungsspielraum lässt. Auch das Erstgericht ist in seinem Urteil davon ausgegangen, wenn es meint, es wäre durchaus möglich gewesen, mit einem Gemeinderatsbeschluss Leitlinien sowohl für den Abschluss, als auch für die Abwicklung inklusive Risikoleitfaden und Ausstiegsanweisungen festzulegen, wodurch der Gemeinderat seine Kompetenz wahrnehmen und seinen Willen ausreichend konkretisieren hätte können (US 89). Voraussetzung dafür ist also, dass der vom Gemeinderat bereits gebildete und geäußerte Wille schon so konkret ist, dass die Grenzen des Vollzuges klar umrissen sind. Die Willensbildung des Gemeinderates muss also entweder das konkrete Geschäft, zumindest aber alle essentialia negotii des umzusetzenden Geschäftes enthalten. Anders ließe sich, wie oben gesagt, nicht erklären, dass der Gesetzgeber ausdrücklich vom Abschluss des Vertrages durch den Gemeinderat und nicht von einer nachträglichen Genehmigung spricht. Ohne Kenntnis des konkreten Geschäftes, seiner Natur und des damit verbundenen Risikos kann der Gemeinderat das Geschäft nicht abschließen.
- 2.3.9 Von einem Abschluss des Geschäftes kann – wie das Erstgericht zu Recht betont – beim Beschluss des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 nicht die Rede sein. Zwar hat der Gemeinderat vor dem Hintergrund des Effizienzprinzips (§ 119a B-VG bzw. § 57 StL) klargemacht, dass es sich um Geschäfte handeln sollte, die marktüblich und aus Sicht der Gemeinde optimierend waren; weitere Festlegungen hat er allerdings nicht getroffen. Weder Leistung noch Gegenleistung, insbesondere, wenn man an den Verkauf von exotischen Optionen durch die Stadt Linz denkt, noch das Volumen des Geschäftes noch das Verhältnis des Werts der beiden Leistungen standen fest.
- 2.3.10 Die von der beklagten Partei immer wieder angesprochene Arbeitsteiligkeit und die Tatsache, dass der Magistrat als Hilfsapparat bestimmte Geschäftsführungstätigkeiten zu übernehmen hat, ändert daran nichts. Der Abschluss der in § 46 Abs 1 StL genannten Geschäfte sieht eben die Aufteilung der Funktionen in Willensbildung und

Ausführung vor. Zur Willensbildung war aber allein der Gemeinderat zuständig. Dieser hat sich den Willen nicht, wie vom Gesetz verlangt, gebildet.

2.4 Zuständigkeit des Gemeinderats der Stadt Linz

2.4.1 Vorbemerkungen

- 2.4.1.1 Es entsprach bei Abschluss des Swap 4175 und auch danach der ganz unstrittigen Meinung, dass ein Geschäft, wie es der Swap 4175 war, vom Gemeinderat abzuschließen ist (siehe Punkt 2.2.1.2). Das konnte auch der beklagten Partei, die für sich selbst eine besondere Expertise bei der kommunalen Finanzierung von Gemeinden in Anspruch nahm (vgl. etwa die idente Aussage in Beilage ./BJ1, S 7, Beilage ./BJ3, S 7, oder Beilage ./BJ4, S 8: „*Langjährige Erfahrung der BAWAG-PSK-Gruppe mit Expertenteam.*“), nicht verborgen geblieben sein.
- 2.4.1.2 Entgegen der ursprünglich von der beklagten Partei geäußerten Rechtsansicht beharrt sie jetzt darauf, es habe a priori keine Zuständigkeit des Gemeinderates gegeben, sich mit dem Swap 4175 zu befassen, ihn zu beraten oder sogar abzuschließen. Die Begründung dafür sei, dass Derivatgeschäfte weder im Allgemeinen noch Swap-Verträge im Besonderen in der (taxativen) Aufzählung der bewilligungspflichtigen Geschäfte des Gemeinderates in § 46 StL vorkommen würden. § 46 Abs 1 Z 12 StL, der nur allgemeinen von Verträgen spricht, sei nicht anwendbar, weil bei einem Derivatgeschäft, wie es der Swap 4175 war, keine Gegenleistung bei Abschluss identifizierbar wäre. Letztlich habe der Verwaltungsgerichtshof in zwei einschlägigen Entscheidungen klargemacht, dass der Abschluss des Swap 4175 nicht genehmigungspflichtig gewesen ist.
- 2.4.1.3 Der beklagten Partei ist dabei der Vorwurf zu machen, dass die einzelnen Begründungslinien, die sie bemüht, miteinander logisch nicht in Einklang zu bringen sind, sodass man schließlich nicht weiß, woraus sie letztlich die Vertretungsbefugnis des ██████████ ableitet. Benötigt es aber eine Vielzahl einander widersprechender Begründungen, um ein bestimmtes Ergebnis zu erhalten, so spricht schon auf den ersten Anschein alles dafür, dass es keine tragfähige Basis für das gewünschte Ziel gibt, und alle Argumente nur dazu dienen, um dieses Ziel zu erreichen.
- 2.4.1.4 Hatte nämlich, um bei einem der letzten Argumente zu beginnen, der Gemeinderat gar nicht über den Abschluss des Swap 4175 zu befinden, so ist unerklärlich, woraus sich die Zuständigkeit des ██████████ unter dem Gesichtspunkt der verwaltungsrechtlichen Weisung oder der Approbationsbefugnis ableiten soll. Setzte das doch voraus, dass der an sich zuständige Gemeinderat auf diese Weise seine Befugnis übertragen hat.

2.4.1.5 War der Gemeinderat aber, wie die beklagte Partei vorträgt, organisationsrechtlich gar nicht zuständig, so kommt noch hinzu, dass die Vertretungsbefugnis des ██████████ dann höchstens auf eine Eigenzuständigkeit des Magistrats nach § 51 StL oder auf die des Bürgermeisters nach § 49 StL gestützt werden kann. Beide Zuständigkeitsnormen enthalten aber, wie sich aus ihrer Textierung und aus einem Umkehrschluss aus § 47 Abs 4 StL ergibt, ebenso nur eine taxative Aufzählung der Zuständigkeiten. In ihnen finden sich weder Finanzgeschäfte noch Derivatgeschäfte noch Swaps. Dass weder der Bürgermeister der Stadt Linz noch der Magistrat eine Geschäftsführungsbefugnis zum Abschluss des Swap 4175 besaß, wird (siehe Punkt 2.4.6) noch gezeigt.

2.4.1.6 Letztlich stützt sich die beklagte Partei ohnehin auf eine zivilrechtliche Bevollmächtigung durch den Gemeinderat (Berufung, S 110 ff), was aber konsequenterweise voraussetzt, dass dieser zuständig war und mit der Vollmacht seine Zuständigkeit, wenn auch in Form der Übertragung der Willensbildungskompetenz, auf ██████████ ausgeübt hat. Das steht aber wiederum im Widerspruch zu den Ausführungen der beklagten Partei, wonach der Gemeinderat gar nicht zuständig gewesen ist. Damit konnte er auch keine Vollmacht erteilen.

2.4.2 Der Gemeinderat war das willensbildende Organ der Gemeinde

2.4.2.1 Abgesehen davon, dass es zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swaps völlig klar war, dass zivilrechtliche Verträge, mit denen über erhebliche Vermögenssummen disponiert wird, der Willensbildung und Beschlussfassung eines Kollegialorgans (insbesondere des Gemeinderats) unterliegen (siehe Punkt 2.2.1.2) ergibt sich die Zuständigkeit aus § 46 StL. Gemäß § 46 Abs 1 Z 9 StL ist die Aufnahme von Darlehen mit einem EUR 100.000,00 übersteigenden Nominale dem Gemeinderat vorbehalten. Gleiches gilt gemäß § 46 Abs 1 Z 12 StL für den Abschluss und die Auflösung sonstiger Verträge, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000,00 oder das jährliche Entgelt EUR 50.000,00 übersteigt.

2.4.2.2 Bereits die Ziffer 9 des § 46 StL, nämlich die Zuständigkeit des Gemeinderates für die Aufnahme von Darlehen ab einer bestimmten Größenordnung, ist einschlägig. Das Gesetz spricht zwar nur von der Aufnahme des Darlehens, gemeint ist aber nicht die Aufnahme an sich, sondern die dadurch ausgelösten Verpflichtungen zur Zahlung von Zinsen und der späteren Rückführung des Kapitals. Die Stadt Linz darf nämlich nach Abschnitt II („*Vermögenswirtschaft*“) des Stadtstatus überhaupt nur Darlehen aufnehmen, „[...] wenn die *Amortisationsverpflichtungen die dauernde Leistungsfähigkeit der Stadt nicht überschreiten*“. Der Gemeinderat soll also immer

dann entscheiden, wenn durch Geschäfte oder sonstige vermögensrechtliche Maßnahmen die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinde betroffen ist.

- 2.4.2.3 Derivatgeschäfte der öffentlichen Hand haben, um zulässig zu sein, einen engen Konnex mit bereits bestehenden Darlehen (*Holoubeck/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement, 199 ff [2001]). Ihre Aufgabe ist es, die erforderlichen Finanzierungsmittel und deren Rückzahlungsverpflichtungen zu möglichst geringen mittel- bis langfristigen Finanzierungskosten zu gewährleisten. Sie wirken also wirtschaftlich auf die Finanzierungsbedingungen ein. Ein derartiger Eingriff in die Bedingungen eines Kredits oder Darlehens beinhaltet – was die wirtschaftliche Belastung der Gemeinde angeht – ebenso ein Risiko wie der ursprüngliche Vertragsabschluss, wenn nicht sogar in Einzelfällen ein viel höheres Risiko. Für die Abschätzung und das Eingehen wirtschaftlicher Risiken ist der Gemeinderat zuständig (in diesem Sinne schon das LG Linz im Urteil vom 11. Dezember 2013, 23 Hv 79/13k, S 49 f, Beilage ./HE, und *Holoubek/Lienbacher/Potacs*, Rechtsgutachten zur gemeindeaufsichtsrechtlichen Beurteilung eines „Swap-Geschäfts“ nach § 78 Abs 1 Z 2 Stadtstatut Linz, Beilage ./EV).
- 2.4.2.4 Aufgabe des Swap 4175 war es, auch nach der Meinung der beklagten Partei, nicht nur die Zinsen aus der Schweizer Frankenleihe zu verbilligen, sondern mit dem getauschten Fixzins auch das Risiko aus den 6-Monats-CHF-LIBOR zu beschränken (ähnlich das Erstgericht: Zwischenurteil vom 7. Jänner 2020, ON 633, S 35 f). Damit bestand der Zweck des Geschäftes in einem Einwirken auf die bestehenden Bedingungen der Schweizer Frankenleihe. Es wäre nun ein grober Wertungswiderspruch, wenn zwar nachträgliche Änderungen der Darlehensbedingungen genehmigungspflichtig wären, nicht aber die Herbeiführung des gleichen Effekts durch Derivatgeschäfte. Diese sind daher, wenn sie darauf gerichtet sind, die Bedingungen eines bestehenden Darlehens, dessen Aufnahme gemeinderatspflichtig war, zu ändern, ebenso dem Gemeinderat vorzulegen. Dass solche Derivatgeschäfte nur mittelbar auf die Darlehensbedingungen Einfluss nehmen, ist nicht ausschlaggebend (vgl. 10 Ob 14/19k). Es gelten mutatis mutandis für die Subsumtion derartiger Derivatgeschäfte unter § 46 Abs 1 Z 9 StL die gleichen Gründe wie für deren aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht. Daher wird auf die umfangreichere Begründung unter Abschnitt II.5 der Berufungsbeantwortung verwiesen.
- 2.4.2.5 Dafür spricht auch, dass der Swap 4175 die gleiche Wirkung hatte, wie die Aufnahme eines Fremdwährungskredits: Ist man sich nämlich bewusst, dass hinter der Swap-Formel die Verschreibung von 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen durch die Stadt Linz steht, so entspricht das der Aufnahme eines Kassenkredits mit einem Nominale von über CHF 1 Mrd (Gerichtsgutachten S 55; ebenso Uwe Wystup, Protokoll vom

9. Dezember 2016, ON 456, S 10). Damit kann es keinen Zweifel darüber geben, dass der Abschluss eines Finanzgeschäfts, wie es der Swap 4175 war, das gleiche, wenn nicht sogar (mangels Zufluss der Kreditvaluta) typischerweise sogar höheres wirtschaftliche Risiko auslöst wie die Aufnahme eines Darlehens. Wenn ein Derivatgeschäft die gleiche Wirkung hat, wie die Aufnahme eines Darlehens, dann ist es auch als Darlehen zu behandeln. Es ist in diesem Zusammenhang – und das ist zusätzlich zu erwähnen - daher unverständlich, wenn die beklagte Partei der Stadt Linz auf der einen Seite wiederholt vorwirft, sie habe sich mit der Aufnahme der Schweizer Frankenanleihe in Höhe von CHF 195 Mio bewusst einem unkalkulierbaren Fremdwährungsrisiko ausgesetzt, gleichzeitig aber der Stadt Linz ein Geschäft empfiehlt und dieses auch – weil offenbar zu den Routineangelegenheiten gehörend – nicht einmal gemeinderatspflichtig gewesen sein soll, das ein mehr als das 5-fache Fremdwährungsrisiko auslöste.

2.4.2.6 Unabhängig davon fallen nach § 46 Abs 1 Z 12 StL ohnehin alle sonstigen Verträge in die Zuständigkeit des Gemeinderats, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000,00 oder das jährliche Entgelt EUR 50.000,00 übersteigt. Art und Inhalt des Vertrages sind dabei irrelevant. Daher ist es für diesen Kompetenztatbestand bedeutungslos, dass darin die Begriffe Derivatgeschäft, Finanzgeschäft, Swap, u.ä., nicht vorkommen. Das behauptet allerdings die beklagte Partei, die ihre Behauptung, die schon dem Wortlaut widerspricht, nur damit begründet, der Verwaltungsgerichtshof (siehe Punkt 2.4.3) habe entschieden, dass der Abschluss von Finanzgeschäften nicht unter § 46 StL fallen würde. Das trifft jedoch nicht zu, weder hat sich der Verwaltungsgerichtshof mit der materiell-rechtlichen Frage befasst, noch hat er erklärt, dass die Ziffer 12 des § 46 StL nicht in Betracht käme, weil es sich beim Swap 4175 um ein Finanzgeschäft gehandelt habe.

2.4.2.7 Nach der Swap-Formel musste die Stadt Linz im Rahmen der Zinskomponente zu jedem Zahlungstermin jedenfalls einen Zinssatz von 0,065 %, bezogen auf CHF 195 Mio, an die beklagte Partei leisten, die ihrerseits von der beklagten Partei den 6-Monats-CHF-LIBOR erhielt, den sie dann zur Bedienung der Zinsen aus der Schweizer Frankenanleihe abführte (das waren die beiden Zahlungsströme, von denen die beklagte Partei selbst ständig spricht). Dazu kam noch ein Differenzausgleich aus den verschriebenen Optionen (das sogenannte „FX-Adjustment“). Bei einem Nominale von CHF 195 Mio (das waren damals rund EUR 120 Mio) und dem von der Stadt Linz immer zu zahlenden Fixzinssatz von 0,065 % ergibt sich für die Stadt Linz - im günstigsten Fall - aus dem Swap 4175 eine jährliche Zahlungsverpflichtung von CHF 126.750,00, was unter Heranziehung des EUR/CHF-Wechselkurs-Standes im Jahr 2007 einen Betrag von rund EUR 75.000,00 jährlich bedeutete. Damit ist jedenfalls der Schwellenwert der Ziffer 12 überschritten. Zudem ist damit – bezogen auf die Laufzeit von zehn Jahren – jedenfalls auch die Grenze von EUR 100.000,00 überschritten.

2.4.2.8 Dass die Gegenleistung der Stadt Linz so hoch war, dass sie Gemeinderatszuständigkeit begründet hat, ergibt sich aus einer weiteren Überlegung. Die Stadt Linz hat, wenn man sich die Struktur des Swap 4175 ansieht, den damals günstigen Zinssatz von 0,065 % nicht unentgeltlich erhalten. Sie musste 21 Optionen der beklagten Partei verschreiben, das war die weitere Gegenleistung neben dem Fixzins. Diese weitere Gegenleistung lässt sich bewerten, sie betrug EUR 50 Mio (jeweils Marktwert, siehe Gerichtsgutachten, S 62; siehe Punkt I. 2.3.5).

2.4.2.9 Der Einwand der beklagten Partei, wonach die Ziffer 12 des § 46 Abs 1 StL nicht anwendbar sein soll, weil angeblich eine Gegenleistung der Stadt Linz nicht feststehe und außerdem gar nicht gewiss sei, dass der Schwellenwert überschritten würde, komme es doch zu einer Saldierung der beiden Zahlungsströme, ist schlicht unvertretbar. Wie die beklagte Partei selbst an mehreren Stellen sagt, werden – schon allein bezogen auf die Zinskomponente – zwischen den Parteien Zahlungsströme ausgetauscht, auch wenn es später zu einer Saldierung kommt. Das heißt aber nichts anderes, als dass es sich bei den beiden Zahlungsströmen um Leistung und Gegenleistung handelt, sonst käme weder ein Austausch noch eine Saldierung in Frage. Die Leistung der Stadt Linz steht aber fest, sie ist jedenfalls der „Zahlungsstrom“ fixe Zinsen von 0,065 %. Dazu kommt noch der Wert der verschriebenen Optionen.

2.4.3 Die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes

2.4.3.1 Wiederholt beruft sich die beklagte Partei auch darauf, dass eine Gemeinderatszuständigkeit oder die Notwendigkeit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung denkunmöglich wären, weil der Verwaltungsgerichtshof in zwei Entscheidungen zum Ergebnis gekommen sei, weder sei der Gemeinderat zuständig, noch habe der Swap 4175 aufsichtsbehördlich genehmigt werden.

2.4.3.2 Unabhängig davon, dass die Zivilgerichte die zur Begründung zu lösenden Vorfragen autonom zu prüfen haben (6 Ob 73/14z; 10 Ob 14/19k), hat der Verwaltungsgerichtshof in beiden Entscheidungen weder die Rechtslage gestaltet, noch überhaupt über beide Fragen abgesprochen.

2.4.3.3 Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in den beiden von ihm entschiedenen Verfahren (26. April 2016, Ro 2015/09/0014, und 20. September 2018, Ra 2017/09/0001) mit der Gemeinderatszuständigkeit und der aufsichtsbehördlichen Genehmigung nicht befasst. Es ging lediglich um die disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit des [REDACTED] [REDACTED] also um die Frage, ob dem nicht rechtskundigen Beamten der persönliche Vorwurf gemacht werden konnte, er habe die Zuständigkeit des Gemeinderats bzw. die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht für das Swap Geschäft nicht erkannt. Damit

stellten die Gemeinderatszuständigkeit und die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht nicht einmal eine Vorfrage dar. Das wird deutlich aus der die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht betreffende Entscheidung Ro 2015/09/0014. Das Landesverwaltungsgericht, dessen Entscheidung angefochten wurde, war zum Ergebnis gekommen, dass der Abschluss des Swap 4175 tatsächlich aufsichtsbehördlich genehmigungspflichtig gewesen sei, dies nicht erkannt zu haben ■■■■■ ■■■■ aber persönlich nicht vorgeworfen werden könne. Der Verwaltungsgerichtshof stellt nach einer Wiedergabe der Entscheidungsbegründung des Landesverwaltungsgerichts dann klar, dass es darauf bei seiner Entscheidung nicht ankommt, sondern es sei „[...] *ausschließlich zu prüfen, ob der Zweitrevisionswerber (also ■■■■■ ■■■■ angesichts der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap 4175 geltenden Rechtslage Zweifel hätte haben müssen, dass das Geschäft damals der aufsichtsbehördlichen Genehmigung unterliege und er auf die Einholung einer solchen Genehmigung hätte hinzuwirken gehabt*“. Allein diese Frage verneinte der Verwaltungsgerichtshof in der ersten der beiden Entscheidungen.

2.4.3.4 Im darauffolgenden Erkenntnis (Ra 2017/09/0001), bei dem es wiederum um die gleiche disziplinarrechtliche Frage, diesmal, hätte ■■■■■ ■■■■ den Swap 4175 dem Gemeinderat vorlegen müssen, ging, prüfte der Verwaltungsgerichtshof unter dem gleichen Gesichtspunkt die Erkennbarkeit der Subsumtion des Swap 4175 unter den Tatbestand des § 46 Abs 1 Z 9 StL. Da der verwendete Begriff des Darlehens keine andere Bedeutung haben könne, als jener des § 78 Abs 1 Z 2 StL, verneinte auch hier der Gerichtshof ein schuldhaftes Verhalten des ■■■■■ ■■■■

2.4.3.5 Dass sich der Verwaltungsgerichtshof mit der materiell-rechtlichen Frage nicht auseinandergesetzt hat und auch nicht auseinandersetzen musste, erhellt sich schon allein daraus, dass er sich weder zur Struktur des Geschäftes (das zeigt insbesondere seine Behandlung der Zuständigkeit des Gemeinderats nach § 46 Abs 1 Z 12 StL: „*Das Landesverwaltungsgericht hat die gebotene Auseinandersetzung mit den dort normierten Tatbestandselementen zur Gänze unterlassen. Es hat auch keine Feststellungen getroffen, ob der Zinsswap überhaupt ein solcher Vertrag ist, der ein festgesetzten Entgelt von EUR 100.000,00 oder einen das jährliche Entgelt übersteigenden Betrag von EUR 50.000,00 beinhaltet*“) Gedanken gemacht, noch sich mit der einhelligen zu diesem Zeitpunkt veröffentlichten literarischen Meinung (siehe Punkt 2.2.1.2) auch nur andeutungsweise auseinandergesetzt hat. Letztlich kann nicht ernsthaft unterstellt werden, dass einem Höchstgericht – hätte es sich ernsthaft mit der materiell-rechtlichen Frage befasst – nicht aufgefallen wäre, dass bei einer Verneinung der Zuständigkeit des Gemeinderats weder der Bürgermeister, geschweige denn ■■■■■ ■■■■ sondern nach § 47 Abs 4 StL der Stadtsenat für den Geschäftsbeschluss zuständig gewesen wäre. Es findet sich in beiden Entscheidungen auch nicht der

geringste Hinweis, dass das Höchstgericht eine Eigenzuständigkeit des █████ █████ zum Vertragsabschluss hätte bejahen wollen.

2.5 (Untaugliche) Erklärungen der beklagten Partei zur Vertretungsbefugnis des █████ █████

2.5.1 Die einzelnen Erklärungsansätze

2.5.1.1 Nachdem auch die beklagte Partei nicht leugnen kann, dass sich der an sich zuständige Gemeinderat am 3. Juni 2004 noch nicht mit dem Swap-Geschäft beschäftigt hat, er hat ja nur zum Ausdruck gebracht, dass die Finanz- und Vermögensverwaltung das Fremdfinanzierungsportfolio durch marktübliche Finanzgeschäfte optimieren sollte, stand sie vor dem Problem, dass es zwar einen grundsätzlichen Willen des Gemeinderats gab, dass aber letztlich █████ █████ über die Tatsache des Abschlusses und den Inhalt des Geschäftes allein entschieden hat.

2.5.1.2 In diesem Dilemma gelangt die beklagte Partei zum Ergebnis, es müsse sich eben um einen zivilrechtlichen Akt gehandelt haben: Der Gemeinderat habe mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 █████ █████ zum Abschluss von Finanzgeschäften wie dem Swap beauftragt und bevollmächtigt (etwa Berufung, S 72, 99); █████ █████ habe damit eine entsprechende (außenwirksame) Vollmacht durch den Gemeinderat selbst oder wenigstens mit Abschluss des darauf aufbauenden Rahmenvertrages (und dem Unterschriftenverzeichnis) erhalten. Die von ihm in der Folge getroffene Entscheidung, den Swap 4175 für die Stadt Linz abzuschließen, ergäbe sich danach aus der Befugnis eines Vollmachtnehmers der innerhalb seines Auftrages handelt, was allerdings nicht der Fall war (der Swap 4175 war unter kommunalen Gesichtspunkten nicht einmal annähernd optimierend und marktüblich).

2.5.1.3 Sie überlegt aber auch eine öffentlich-rechtliche Deutung des Gemeinderatsbeschlusses. Angeboten wird der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 als Weisung, mit der █████ █████ die „*Approbationsbefugnis*“ erteilt worden sei, weiten Raum widmet die beklagte Partei aber auch unter dem Titel der „*Arbeitsteiligkeit der Verwaltung*“ und „*Wissenszurechnung*“ der Theorie, wonach der Entschluss des █████ █████ den Swap 4175 abzuschließen, ohnehin dem Gemeinderat zuzurechnen sei, weil █████ █████ als Angehöriger des unselbständigen Hilfsapparats „Magistrat“ mit dem Entschluss, den Swap abzuschließen, automatisch auch den Willen des Gemeinderats vollzogen habe. Die im Verfahren noch vertretene Ansicht, beim Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 habe sich gegebenenfalls um eine Art Delegationsverordnung gehandelt, verfolgt die beklagte Partei hingegen in der Berufung nicht mehr.

2.5.2 Der Gemeinderatsbeschluss als öffentlich-rechtliche Erteilung einer Vertretungsbefugnis

2.5.2.1 Hätte der Gemeinderat am 3. Juni 2004 alle Bestandteile des Geschäftes gekannt und es tatsächlich beschlossen, so läge die öffentlich-rechtliche Deutung auf der Hand. Diesen Vertragsabschluss hätte der Bürgermeister nach § 22 StL umzusetzen gehabt, der sich dabei des Hilfsapparats bedienen durfte. Der Gemeinderat hat aber das konkrete Geschäft nicht beschlossen, vielmehr hat er die Entscheidung, ob und welches Geschäft abgeschlossen wird, der Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen. Tatsache ist, dass er damit, jedenfalls überwiegend, seine Entscheidungsbefugnisse nicht selbst wahrgenommen, sondern weitergegeben hat. Dafür bedarf es – anders als für die Umsetzung einer tatsächlich getroffenen Entscheidung – einer gesetzlichen Grundlage. Wie oben gezeigt (siehe Punkt 2.2.1.1), ist es nämlich der Gemeinde ohne ausreichende gesetzliche Legitimation nicht möglich, Zuständigkeiten zwischen den Organen zu verschieben.

2.5.2.2 Die beklagte Partei versucht dem Problem mit der Behauptung zu entgehen, bei einem organisationsrechtlichen Mandat oder einer Weisung werde – anders als bei der Delegation – die Zuständigkeitsordnung nicht verändert (Berufung, S 100). Das mag formal zutreffen, es geht aber zentral um den Übergang der Entscheidungsbefugnis, deren Verschiebung ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ebenso untersagt ist. Das dem so ist, wird der beklagten Partei im Ergebnis klar, wenn sie bei der Frage, warum bei einer Beauftragung der Finanz- und Vermögensverwaltung ██████████ ██████████ zuständig gewesen sein soll, formuliert: „*Wem sonst hätte der Linzer Gemeinderat diese Zuständigkeit übertragen sollen?*“ (Berufung, S 86). Dass die beklagte Partei im Grunde genommen auch von der Übertragung der Entscheidungskompetenz ausgeht, ergibt sich weiters daraus, dass sie als möglichen Rechtsgrund für die Vertretungsbefugnis des ██████████ ██████████ die Approbation sieht. Dabei ermächtigt – jeweils in einem monokratischen System – der Behördenleiter einen untergeordneten Organwalter innerhalb seiner Behörde, in seinem Namen Erledigungen vorzunehmen. Das bedeutet nichts anderes, als die Übertragung der Entscheidungsbefugnis.

2.5.2.3 Dass die Zuständigkeitsordnung durch die Beauftragung der Finanz- und Vermögensverwaltung dennoch (im rechtlichen Sinn) nicht verändert worden sei, begründet die beklagte Partei in der Folge nur mehr damit, dass entsprechend § 8 Abs 4 GEOM weiterhin ein Weisungszusammenhang bestanden habe (dort allerdings nicht zwischen Gemeinderat und ██████████ ██████████ sondern zwischen ██████████ ██████████ und dem Bürgermeister), außerdem hätte der Gemeinderat der Finanz- und Vermögensverwaltung die Befugnis zum Vertragsabschluss jederzeit wieder entziehen können. Abgesehen davon, dass die Endgültigkeit der Übertragung der Zuständigkeit kein Kriterium ist, um deren Nichtvorliegen zu rechtfertigen (auch im Fall der Delegation

kann der Gemeinderat die Entscheidung jederzeit wieder an sich ziehen), stellt der ja a priori bestehende Weisungszusammenhang keine gesetzliche Grundlage für die Übertragung der Willensbildungskompetenz dar; einer solchen gesetzlichen Grundlage hätte es allerdings bedurft.

2.5.2.4 Geschäftsführungsaufgabe des administrativen Hilfsapparats ist es, regelmäßig den Willen der Kollegialorgane oder des Bürgermeisters umzusetzen. Diesbezüglich ist die beklagte Partei mit ihren Äußerungen im Recht. Was sie dabei aber völlig außer Acht lässt, ist, dass der Abschluss eines Rechtsgeschäftes – wie auch die Setzung eines Hoheitsaktes – immer zwei Komponenten umfasst: Die interne Willensbildung, d.h., die Entscheidung darüber, ob das betreffende Geschäft mit den jeweiligen Konditionen abgeschlossen wird, und die Außenvertretung, also die Abgabe (und Empfangnahme) verbindlicher Willenserklärungen im Namen der Kommune gegenüber Dritten. Nur wenn das „Kompetenzportfolio“ des Beauftragten schon bei der Beauftragung beide Komponenten umfasst, kann ihm, also dem Magistrat oder einem seiner Angehörigen, ein Auftrag zur selbständigen Erledigung des gesamten Geschäftsfalles erteilt werden. Wenn nicht, ist der Auftrag auf die jeweils vorhandene Teilbefugnis beschränkt. Tatsächlich besitzt der Magistrat bei Geschäften, die dem Gemeinderat vorbehalten sind, a priori nur die „Teilbefugnis“, den bereits gebildeten Willen des Gemeinderats umzusetzen, nicht aber selbst Entscheidungen zu treffen.

2.5.3 Der Weisungszusammenhang und die Wissenszurechnung sind keine gesetzliche Grundlage, um die Entscheidungskompetenz zu verlagern

2.5.3.1 Nach der Vorstellung der beklagten Partei besteht die gesetzliche Grundlage zur Wahrnehmung der Entscheidung durch den Magistrat oder einen seiner Angehörigen, ob und mit welchen Bedingungen Geschäfte abgeschlossen werden, die der Gemeinderat grundsätzlich gewollt hat, auch in dem von ihr so genannten „Geschäftsführungsmonopol“ und in der Funktion des Magistrats als „Hilfsorgan“ des Gemeinderats. In dieser Eigenschaft sei sein Wissen und sein Wille unter dem Gesichtspunkt der Arbeitsteiligkeit dem Gemeinderat unmittelbar zuzurechnen („[...] üblich und verfassungsrechtlich zulässig“). Demokratiepoltisch legitimiert sei dies durch die Stellung des Gemeinderates als oberstes Organ der Gemeinde und durch sein Weisungsrecht (Art 118 Abs 5 iVm Art 20 B-VG). Durch die Fähigkeit, jede Aufgabe wieder an sich zu ziehen und durch seine Kontrolle über den administrativen Hilfsapparat sei die demokratische Legitimation und Willensbildung (des Gemeinderats) gewahrt. Eine bestimmte Determination der Entscheidung des Magistrats wäre dazu gar nicht notwendig, weil „das Legalitätsprinzip nicht in der Privatwirtschaftsverwaltung [gelte] und daher dem Gemeinderat auch freie Hand gegeben [wäre]“, wie und ob er sein Hilfsorgan determiniert.

2.5.3.2 Dabei übersieht die beklagte Partei, dass selbst ein volles Kontroll- und Weisungsrecht des Gemeinderats dem Magistrat noch nicht die Willensbildungskompetenz verschafft. Außerdem beantwortet die beklagte Partei damit nicht die Frage, wozu es in diesem Fall dann noch der zwingenden Zuständigkeitsregelungen der §§ 46, 47 und 51 StL überhaupt bedarf (das gleiche gilt für die komplizierte Delegationsregel nach § 46 Abs 2 StL), wenn der Gemeinderat seine Zuständigkeit ohnehin beliebig verteilen kann. Außerdem erklärt die beklagte Partei nicht, wie sich die – automatische – Zuständigkeit des Magistrats mit § 38 Abs 3 StL und vor allem mit § 11 Abs 5 GEOM verträgt. Letztlich kann die beklagte Partei nicht erklären, wozu es dann – selbst im monokratischen Bereich – der §§ 38 Abs 3 Satz 2 StL und 11 Abs 4 GEOM bedurft hat.

2.5.4 Weisung und Approbationsbefugnis

2.5.4.1 Aus dem oben Gesagten folgt, dass die Annahme der beklagten Partei, der Gemeinderat habe ■■■■■ ■■■■■ mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 angewiesen oder ihm eine sogenannte Approbationsbefugnis erteilt, Finanzgeschäfte, wie es der Swap 4175 gewesen ist, abzuschließen, daran scheitern muss, dass eine solche öffentlich-rechtliche Beauftragung die bereits bestehende öffentlich-rechtliche Befugnis des Beauftragten bei der Auftragserteilung voraussetzt.

2.5.4.2 Eine solche a priori bestehende Kompetenz lässt sich – wie oben gezeigt – aus den organisationsrechtlichen Vorgaben weder für die Finanz- und Vermögensverwaltung noch für ■■■■■ ■■■■■ finden. Ganz im Gegenteil, es steht einer derartigen Annahme das Gesetz ausdrücklich entgegen: Die Erteilung einer Approbationsbefugnis und die damit verbundene Verschiebung der Willensbildungskompetenz von einem Kollegialorgan, nämlich dem Gemeinderat, auf ein Mitglied des administrativen Hilfsapparats, ist nach den §§ 38 Abs 3 Satz 2 StL und 11 Abs 5 GEOM unzulässig. Eine dahingehende Weisung wäre also gesetzwidrig gewesen und konnte damit keine eigene Zuständigkeit des ■■■■■ ■■■■■ schaffen (siehe Punkt 2.5.6).

2.5.4.3 Zu Recht hat das Erstgericht darauf hingewiesen, dass die Deutung des Gemeinderatsbeschlusses als Approbationsbefugnis für die Finanz- und Vermögensverwaltung schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil eine solche nur einer natürlichen Person erteilt werden kann (US 84). Dem hält die beklagte Partei entgegen, dass damit lediglich der Leiter der Abteilung oder sein Stellvertreter gemeint sein könne. Damit hat sie aber das Institut des Mandats missverstanden. Gegenstand einer mandatsmäßigen Betrauung ist die Übertragung einer Entscheidungsbefugnis in Angelegenheiten, die an sich in die Zuständigkeit einer anderen Stelle fallen. Im Gegensatz zur Delegation wird dabei nicht die Zuständigkeit eines Organs auf ein anderes Organ transferiert, sondern lediglich die Befugnis zur Willensbildung. Während erstere in ihrer aktiven wie in ihrer passiven Seite auf das Amt als solches wirkt, d.h.,

unabhängig von der Person des Deleganten bzw. des Delegatars Bestand hat, wird die Approbationsbefugnis ad hominem erteilt, sie steht also nur einer konkreten Person zu (*Schmid*, Delegation und Mandat im allgemeinen Verwaltungsrecht, ZfV 2010/2, 11). Der Auslegungsversuch der beklagten Partei, mit der Erteilung der Ermächtigung an die Finanz- und Vermögensverwaltung, wäre also automatisch immer der jeweilige Organwalter gemeint gewesen, ist daher rechtlich nicht haltbar.

2.5.5 Eigenzuständigkeit bzw. vom Bürgermeister abgeleitete Zuständigkeit

2.5.5.1 Zwar verweist die beklagte Partei an verschiedenen Stellen darauf, dass der Magistrat das nach außen hin für den Abschluss des Geschäftes zuständige Organ gewesen sei. Er habe nämlich unmittelbar die laufende Verwaltung des Vermögens zu besorgen und besitze gleichsam das Geschäftsführungsmonopol (etwa Berufung, S 106). Da die beklagte Partei in der Folge aber von einer Zuständigkeit des Bürgermeisters zum Abschluss des Swap 4175 ausgeht, nimmt sie wohl keine Eigenzuständigkeit des Magistrats für den Abschluss von Derivatgeschäften eines derartigen Umfangs an.

2.5.5.2 Eine Eigenzuständigkeit des Magistrats ist tatsächlich auszuschließen: Während der Magistrat in allen behördlichen Angelegenheiten in erster Instanz entscheidet und verfügt, sind ihm nur die in § 51 Abs 3 StL taxativ aufgezählten Befugnisse vorbehalten. Dabei geht es – was die Privatwirtschaftsverwaltung anlangt – um die selbständige Erledigung von Aufgaben im Rahmen des inneren Dienstbetriebes bei der Verwaltung des Vermögens („*laufende Verwaltung*“). Und auch in diesem Zusammenhang geht es immer nur um Erhaltungsmaßnahmen und keine Änderungen. Selbst bei der Veräußerung von Sachen liegt die Grenze der selbständigen Handlungsfähigkeit des Magistrats bei EUR 1.000,00.

2.5.5.3 Es bedarf wohl keines weiteren Erklärungsaufwandes um festzustellen, dass das Eingehen einer Währungsspekulation dieses Ausmaßes (die schon unabhängig von der Währungsentwicklung a priori dem Eingehen eines Währungsrisikos von über einer Milliarde Schweizer Franken entsprach und ein Sicherheitsbudget von EUR 133 Mio verlangte) nicht zum inneren Dienstbetrieb und der laufenden Verwaltung gehört hat. Selbst *N. Raschauer*, auf den sich die beklagte Partei ansonsten beruft, kommt nicht auf den Gedanken, dass der Magistrat beim Abschluss von Derivatgeschäften Kraft Eigenzuständigkeit im Rahmen der laufenden Verwaltung handeln könnte (Spekulative Vermögensveranlagungen durch Gebietskörperschaften, RFD 2013, 70).

2.5.5.4 Die Zuständigkeit des Bürgermeisters zum Abschluss des Swap 4175 begründete die beklagte Partei ausschließlich damit, dass dieser nach § 49 Abs 1 StL die Stadt nach außen vertritt. Damit wird allerdings nur eine der beiden Komponenten angesprochen, nämlich die Außenvertretung, nicht aber die interne Willensbildung (Geschäftsführung).

Diese ist in § 49 Abs 2ff StL geregelt. Der Abschluss von Finanzgeschäften, Derivatgeschäften oder Swaps findet sich dort nicht. Anders als in vielen Gemeindeordnungen, die dem Bürgermeister einer Kommune subsidiär das Geschäftsführungsrecht für alle Angelegenheiten geben, die nicht anderen Organen zugewiesen wurden, sind nach dem Stadtstatut die Befugnisse des Bürgermeisters – ebenso wie jene des Gemeinderats und des Magistrats – taxativ aufgezählt. Das ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut der Bestimmungen sondern (im Umkehrschluss) aus § 47 Abs 4 StL („*der Stadtsenat ist das beschließende Organ in allen nicht behördlichen Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches, die nicht dem Gemeinderat, dem Bürgermeister oder dem Magistrat vorbehalten sind*“).

2.5.5.5 ■■■■■ ■■■■■ soll aber nach der Ansicht der beklagten Partei auch deshalb zum Abschluss des Geschäftes vertretungsbefugt gewesen sein, weil ihn der Bürgermeister entsprechend § 38 Abs 3 StL iVm § 11 Abs 4 GEOM dazu bevollmächtigt habe. Das setzt voraus, dass der Bürgermeister selbst den Swap 4175 hätte abschließen können. Das ist jedoch nicht der Fall.

2.5.5.6 Aus Sicht der beklagten Partei, die die Kompetenz des Gemeinderats ausdrücklich verneint (etwa Berufung, S 60, 63), bedeutet es, dass dann ■■■■■ ■■■■■ die Legitimation zum Abschluss des Swap-Geschäftes ganz offensichtlich gefehlt hat. Es war erkennbar, dass sich der Stadtsenat niemals mit dem Swap-Geschäft, nicht einmal in Form eines Grundsatzbeschlusses, befasst hat. Auch die – auf einer anderen Begründungsebene von der beklagten Partei – vorgenommene (automatische) Zurechnung von Entscheidungen des Magistrats aufgrund des Weisungszusammenhangs (Art 118 Abs 5 B-VG) kann als Begründung dann nicht mehr erhalten. Für die beklagte Partei wäre es dann offensichtlich gewesen, dass ■■■■■ ■■■■■ keine Befugnis hatte. Die angebliche Vollmacht in Form des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 hatte er dann nämlich von einem unzuständigen Organ erhalten.

2.5.6 Organisationsrechtliches Übertragungsverbot

2.5.6.1 Das Erstgericht begründete das Fehlen der Vertretungsmacht des ■■■■■ ■■■■■ auch damit, dass die organisationsrechtlichen Vorschriften der Stadt Linz die Übertragung der Entscheidungsbefugnis von einem Kollegialorgan auf ein monokratisches Organ untersagen. Die beklagte Partei wendet sich dagegen mit der Begründung, dass es demgegenüber doch Fälle gäbe, in denen eine derartige Übertragung zugelassen wurde. Sie übersieht dabei allerdings, dass die Organisationsvorschriften der Stadt dazu ein ausdrückliches gesetzliches Verbot vorsehen, während ein solches bei den Beispielfällen, die die beklagte Partei bringt, gefehlt hat.

- 2.5.6.2 Nach § 38 Abs 3 Satz 2 StL ist in der Geschäftsordnung des Magistrats zu regeln, in wie weit sich der Bürgermeister und die übrigen Mitglieder des Stadtsenats bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben durch Angehörige des Magistrats vertreten lassen können. Erwähnung finden also ausschließlich die monokratisch organisierten Organe der Stadt; die Kollegialorgane Stadtsenat und Gemeinderat kommen nicht vor. In der Geschäftsordnung bestimmt danach § 11 Abs 4 GEOM, dass sich der Bürgermeister und die übrigen Mitglieder des Stadtsenats im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit vertreten lassen können. Gemeint ist damit naturgemäß nicht nur die Außenvertretung, sondern auch die Vertretung bei der Willensbildung (ginge es nur um die Außenvertretung, so wäre die dafür generell vorgesehene Zuständigkeit des Magistrats sinnlos).
- 2.5.6.3 Die beklagte Partei zieht aus § 38 Abs 3 Satz 2 StL („*Kollegialorgane nicht erwähnt*“) den – schon teleologisch – unhaltbaren Schluss, dahinter stehe die Überlegung, dass die beiden Kollegien berechtigt sein sollen, ihre Willensbildungskompetenz ohne weiteres weiterzugeben. Dass das keineswegs der Fall ist, ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung, die erforderlich wurde, weil es im Zuge der Einführung monokratischer Entscheidungsbefugnisse einzelner Stadtsenatsmitglieder durch die dritte Novelle zum Statut, LGBI 1979/49, für erforderlich gehalten wurde, diese – damals noch in § 34 Abs 3 des Status enthaltene – Bestimmung, in der ursprünglich überhaupt nur von der Vertretung des Bürgermeisters die Rede war, auf die neu hinzukommenden Entscheidungsträger zu erweitern.
- 2.5.6.4 Aus der Anordnung im Stadtstatut folgt – entgegen der Behauptung der beklagten Partei – vielmehr, dass der Magistrat und seine Angehörigen in all jenen Fällen, in denen genuin Kollektivorgane zur Entscheidung berufen sind, keine Willensbildungskompetenz haben soll. Das ergibt sich schließlich aus § 11 Abs 5 Z 1 und Z 3 GEOM. Danach findet eine Vertretung gemäß § 11 Abs 4 GEOM insbesondere nicht statt, „*soweit Geschäftsfälle nach dem StL 1992 und der Geschäftsverteilung für den Stadtsenat oder sonstige Rechtsvorschriften der kollegialen Beratung und Beschlussfassung vorbehalten sind*“. Alle Geschäftsfälle, die § 46 Abs 1 StL der Gemeinderatszuständigkeit unterliegen, sind aber der kollegialen Beratung und Beschlussfassung vorbehalten (§ 11 Abs 5 Z 1 GEOM). Nach § 11 Abs 5 Z 3 GEOM darf der Bürgermeister nicht einmal die Unterfertigung von Urkunden über Geschäfte, die der Gemeinderats- oder Stadtsenatszuständigkeit unterliegen, jemand anderem übertragen. Es macht wohl wenig Sinn, wenn Angehörige des Magistrats zwar Urkunden über gemeinderatspflichtige Geschäfte nicht unterfertigen dürften, sehr wohl aber berechtigt wären, die Geschäfte vorher eigenständig abzuschließen.
- 2.5.6.5 Auch die von der beklagten Partei aufgestellte Behauptung, auch Kollegialorgane könnten Approbationsbefugnisse an unterstellte Bedienstete erteilen, sei eine seit

Jahren bestehende Tatsache der Verwaltungspraxis, deren Zulässigkeit von der Judikatur bestätigt wurde, vermag an diesem Befund bei näherem Hinsehen nichts zu ändern.

- So beschäftigt sich das Erkenntnis VfSlg 6486/1971 (ebenso wie die Vorgängerentscheidung VfSlg 4938/1965) in Wahrheit nicht mit Fragen der Approbationsbefugnis, sondern mit dem Phänomen des Intimierungsbescheides, wie es vor allem bei Rechtsakten des Bundespräsidenten Verwendung findet. Kennzeichnend für diese Form der Verwaltungsführung ist freilich gerade nicht die Ermächtigung anderer Personen mit der Bildung des behördlichen Willens, sondern lediglich die Auslagerung der Ausfertigung der – sehr wohl vom eigentlich zuständigen Organ getroffenen – Entscheidung. Mit dem von der beklagten Partei daraus abgeleiteten Ergebnis, dass Angehörige des Magistrates vom Gemeinderat ermächtigt werden dürften, über den Abschluss bestimmter Geschäfte und die darin enthaltenen Konditionen zu entscheiden, hat dies nicht einmal im Ansatz zu tun.

- Im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Juni 1976, 246/76 (= VwSlg 9097 A/1976 [verstärkter Senat]) ging es ebenfalls um ein völlig anderes Thema, nämlich um die Frage, ob die damals in Geltung stehende Geschäftsverteilung der Oö. Landesregierung iS der Einführung des Ministerialsystems mit echten monokratischen Entscheidungsbefugnissen der einzelnen Mitglieder der Landesregierung zu deuten war oder diesen nur Geschäftsbereiche zugewiesen hat, ohne am – bundesverfassungsrechtlich subsidiär vorgegebenen – Kollegialsystem etwas zu ändern. Der Verwaltungsgerichtshof fand sich in der genannten Entscheidung bereit, von seiner ursprünglichen Auffassung abzugehen und sich der abweichenden Rechtsmeinung des Verfassungsgerichtshofes anzuschließen, der schon zuvor in mehreren Fällen vom Vorliegen eines echten Ministerialsystems ausgegangen war.

- Interessant ist allerdings die Entscheidungsbegründung des Verwaltungsgerichtshofes. Dort heißt es nämlich auf Seite 292: *„Nach neuerlicher Überprüfung der Sach- und Rechtslage sieht sich der Verwaltungsgerichtshof veranlasst, von seiner [...] Rechtsmeinung abzugehen – derzufolge der die angefochtenen Bescheide jeweils unterfertigende Beamte mangels kollegialer Beschlussfassung der Oö. Landesregierung zur Bescheiderlassung nicht ermächtigt gewesen ist – und sich der Rechtsmeinung des Verfassungsgerichtshofes anzuschließen [...]“*. Der Verwaltungsgerichtshof war also bis zu diesem Erkenntnis der Ansicht, dass auf Ebene der Oö. Landesregierung das Kollegialsystem gilt und Beamte daher einen Bescheid

nicht ohne vorherige kollegiale Willensbildung unterfertigen dürfen, ohne diesen mit Rechtswidrigkeit zu belasten. Mit der Akzeptanz des Ministerialsystems erweist sich der vom Beamten (für das nunmehr als monokratisches Entscheidungsorgan akzeptierte Landesregierungsmitglied) unterfertigte Bescheid dagegen als rechtmäßig.

- Der schließlich ebenfalls als Beleg zitierte Aufsatz von *Pichler*, Die Approbationsbefugnis als Problem der Verwaltungsreform, ZfV 1978, 11, enthält auf Seite 14 zwar tatsächlich die – auch von *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten, 219 (zitatlos) übernommene – Feststellung, dass die Erteilung einer Approbationsbefugnis bei der Erlassung von Bescheiden – wenn auch rechtswidriger Weise von der Judikatur toleriert – durch die Entscheidungen nicht gedeckt ist, wie die obigen Ausführungen zeigen. Überdies beziehen sich diese Aussagen ausschließlich auf die Hoheitsverwaltung und nicht auf die Privatwirtschaftsverwaltung.

2.5.6.6 Wenn sich die beklagte Partei unter Zitierung der in den Fußnoten 246 bis 249 (Berufung, S 102) aufgelisteten Entscheidungen darauf beruft, es habe ohnehin keine Rolle gespielt, ob die Approbationsbefugnis zu Recht oder zu Unrecht erteilt worden war, oder ob die Bedingungen, unter denen die Ausübung der Befugnis stand, tatsächlich eingehalten wurde, so geht sie ebenfalls fehl: Abgesehen davon, dass alle Entscheidungen, auf die sich die beklagte Partei beruft, die Hoheitsverwaltung unter einem monokratischen System betroffen haben, es also gar nicht um den Abschluss von Verträgen ging, fehlt es nach diesen Entscheidungen dem Organwalter jedenfalls dann an einer Vertretungsbefugnis, wenn er nicht zumindest abstrakt approbationsbefugt gewesen ist. Angesichts der Zuständigkeit des Kollegialorgans Gemeinderat bzw. Stadtsenat und vor der Bestimmung des § 11 Abs 5 GEOM, konnte ein Bediensteter des Magistrats niemals auch nur abstrakt approbationsbefugt sein.

2.6 ■■■■■_■■■■■ wurde zum Abschluss des Swap 4175 auch zivilrechtlich nicht bevollmächtigt

2.6.1 Ausgangslage

2.6.1.1 Die beklagte Partei legt das Hauptgewicht ihrer Argumentation, wonach ■■■■■ ■■■■■ die Befugnis hatte, die Stadt Linz beim Abschluss des Swap 4175 zu vertreten, auf eine zivilrechtliche Bevollmächtigung (etwa Berufung, S 89: „[...] oder richtigerweise eine zivilrechtliche Beauftragung oder Bevollmächtigung zum Abschluss....“; oder ■■■■■ ■■■■■ sei „[...] durch die Erteilung eines zivilrechtlichen Auftrages und einer zivilrechtlichen Ermächtigung an einen Dritten zur privatwirtschaftlichen Geschäftsführung für die Stadt“ befugt gewesen).

- 2.6.1.2 Worin die beklagte Partei diese „vorrangig“ zivilrechtliche Bevollmächtigung eigentlich sieht, bleibt in ihren Ausführungen im Dunkeln. So sagt sie an verschiedenen Stellen (Berufung, S 85, 86 aber auch in der Einleitung) generell, es habe sich um einen „Akt der Privatwirtschaftsverwaltung“ gehandelt bzw. der „GRB 2004 sei ein Akt der Privatwirtschaftsverwaltung gewesen“ aber auch „die Vollmacht [wäre] Ausdruck der Arbeitsteiligkeit der Verwaltung“. Andererseits verweist die beklagte Partei darauf, dass die Stadt Linz im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung berechtigt war, das Swap-Geschäft mit der Stadt Linz abzuschließen. Meint sie jetzt mit dem Akt der Privatwirtschaftsverwaltung den Abschluss des Swap-Geschäftes, dem nach ihrer Ansicht eine ausreichende Willensbildung in Form des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 vorausging, oder meint sie die Ermächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung, also die Vollmachtserteilung als eigenständiges Rechtsgeschäft. Das ist deshalb nicht klar, weil der Gemeinderat zwar seinen Willen zur Beauftragung und zivilrechtlichen Vollmachtserteilung bilden kann, jedoch – mangels eigener Rechtsfähigkeit – nicht in der Lage ist, diesen Willen nach außen zu erklären. Also die Erteilung einer zivilrechtlichen Vollmacht allein durch den Gemeinderatsbeschluss kommt nicht in Betracht. Auch die weitere Begründung der beklagten Partei, es habe eine Willensübereinstimmung (hinsichtlich der Beauftragung und zivilrechtlichen Bevollmächtigung) zwischen ■■■■■ ■■■■■ und der Stadt Linz gegeben, wobei diese dabei durch den Gemeinderat vertreten worden sei (Berufung, S 105) ist insoweit nicht tragfähig, als der Gemeinderat nach außen nicht zur Vertretung der Stadt Linz befugt ist.
- 2.6.1.3 Die beklagte Partei beruft sich zwar auf die Wahlfreiheit der Kommunen, ob sie sich der Handlungsformen des Privatrechts oder des Zivilrechts bedienen wollen; damit begründet sie ihr Vertrauen auf eine ■■■■■ ■■■■■ mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 erteilte zivilrechtlichen Vollmacht. Sie verwechselt dabei zwei Ebenen: Natürlich kann sich die Stadt Linz als selbständiger Wirtschaftskörper beim Abschluss von Verträgen aller Art von Rechtssatzformen bedienen, wie andere Private auch (Berufung S 85), gemeint ist allerdings damit das Außenverhältnis der Kommune zu Dritten, nicht aber die Begründung eines Rechtsverhältnisses auf zivilrechtlicher Basis innerhalb der Organisation, also zwischen den einzelnen Organen der Kommune. Primär ist wohl davon auszugehen, dass die Zuständigkeit und die Aufgabenteilung innerhalb einer juristischen Person des öffentlichen Rechts durch die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen festgelegt wird. Dass einzelne Organwalter, gleichsam als außerhalb der Organisation stehende Dritte, zivilrechtlich mit Aufgaben betraut werden, ist die Ausnahme und bedürfte einer sachlichen und nachvollziehbaren Begründung. Eine solche liefert die beklagte Partei nicht, vielmehr verschleiert sie dieses Manko dadurch, dass sie die beiden Ebenen ständig mit einander vermischt.

2.6.1.4 Der Gemeinderat der Stadt Linz hatte sich zum konkreten Geschäft, nämlich dem am 12. Februar 2007 von ■■■■■ ■■■■■ mündlich abgeschlossenen Swap 4175, jedenfalls keinen Abschlusswillen gebildet und damit auch seine im Stadtstatut vorgegebene Kompetenz nicht wahrgenommen. Um einen Abschlusswillen zu einem konkreten Geschäft zu bilden, müssen die wesentlichen Bedingungen des Geschäftes, wie Struktur, Leistung und Gegenleistung sowie Risiko bekannt sein. Bei seinem Beschluss am 3. Juni 2004 brachte er nur zum Ausdruck, die Finanz- und Vermögensverwaltung solle das Portfolio der Stadt Linz durch marktübliche Finanzgeschäfte optimieren. Der Gemeinderat kannte weder die genauen Bedingungen des Geschäftes noch wusste er, dass hinter der Swap-Formel die Verschreibung von 21 Terminoptionen in Form von EUR/CHF-Währungsoptionen (mit exponentiellem Auszahlungsprofil) stand, ja er wusste nicht einmal, dass ■■■■■ ■■■■■ ein derartiges Geschäft abgeschlossen hatte. Dasselbe gilt im Übrigen für den allein vom Bürgermeister der Stadt Linz am 26. September 2006 unterschriebenen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte mit der beklagten Partei.

2.6.1.5 Damit gab es am 3. Juni 2004 lediglich den Willen, die Stadt Linz solle solche Geschäfte machen; einer Abteilung des Magistrats wurde dazu nur rudimentäre Vorgaben gemacht, wie das Erstgericht in diesem Zusammenhang treffend feststellt (US 94: „*Macht, was ihr wollt*“). Sich nicht selbst den Willen im Detail zu bilden, sondern diese Willensbildung einem Dritten zu überlassen, wäre – könnte der Gemeinderat selbst eine zivilrechtliche Vollmacht erteilen, was er nicht kann – in gewissem Maß Inhalt der zivilrechtlichen Vollmacht. Bei dieser bildet nämlich – im Gegensatz zur bloßen Botenschaft – nicht der Geschäftsherr, sondern regelmäßig der Vertreter seinen eigenen Willen (vgl. *Geroldinger*, Die Zurechnung Dritter nach § 875 ABGB, JBI 2012, 29 und 94 [96]; *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03 § 1002 Rz 26 mwN).

2.6.2 Die Widersprüche in den Argumenten der beklagten Partei

2.6.2.1 Die Hauptstoßrichtung der Argumentation der beklagten Partei, der Gemeinderat habe mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 ■■■■■ ■■■■■ Vollmacht erteilt, steht – wie zu zeigen ist – in Widerspruch zum sonstigen Rechtsstandpunkt der beklagten Partei. Sie ignoriert auch das Verhältnis zwischen den öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften und der zivilrechtlichen Beauftragung einzelner Organwalter mit den Aufgaben der Stadt (siehe Punkt 2.6.2.2).

2.6.2.2 Es beginnt damit, dass die Einräumung einer privatrechtlichen Vertretungsmacht an ■■■■■ ■■■■■ durch den Gemeinderat nicht in Frage kommt, wenn es sich beim Swap 4175 um kein gemeinderatspflichtiges Geschäft gehandelt hat. Dann konnte der Gemeinderat ■■■■■ ■■■■■ nämlich nicht bevollmächtigen. Der Widerspruch setzt sich fort, wenn die beklagte Partei neben der Berufung auf die zivilrechtliche Vollmacht dabei

bleibt, der Gemeinderat habe mit dem Beschluss vom 3. Juni 2004 seine Willensbildungskompetenz zum Swap 4175 bereits wahrgenommen und die Aufgabe des ■■■■■ ■■■■ habe lediglich in der Umsetzung dieses Willens bestanden. Wenn das tatsächlich der Fall gewesen wäre, was es nicht war, bedurfte es keiner zusätzlichen zivilrechtlichen Bevollmächtigung. Die Umsetzungsbefugnis hätte sich bereits aus den organisationsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere den § 22 Abs 1 StL gegebenenfalls iVm den §§ 38 Abs 3 StL und 11 Abs 4 GEOM ergeben. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Bürgermeister der Stadt Linz neben der Unterzeichnung des Rahmenvertrages auch noch ein Unterschriftenverzeichnis ausgefertigt hatte. Das Unterschriftenverzeichnis hat nämlich üblicher Weise nicht die Funktion einer Vollmachtserklärung, sie stellt lediglich eine Wissenserklärung über das Bestehen einer Vertretungsbefugnis dar (US 96). Darin hätte genauso gut zum Ausdruck kommen können, dass ■■■■■ ■■■■ im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Organisationsstruktur tätig wird.

2.6.2.3 Nur vordergründig überzeugend klingt, dem Gemeinderat stünden ja alle jene Handlungsformen offen, die auch einem Privatrechtssubjekt zur Verfügung stehen (der Stadt Linz dieses Wahlrecht zu entziehen und ihr die zivilrechtlichen Handlungsformen der Ermächtigung, der Beauftragung und der Bevollmächtigung zu versagen, würde eine unzulässige Einschränkung der gemeinderechtlichen Privatautonomie bedeuten). Das beruht aber – worauf schon oben hingewiesen wurde – auf einem Vertauschen des Subjekts der Privatautonomie: Die öffentlich-rechtliche Körperschaft, im Konkreten also die Gemeinde, kann sich der privatrechtlichen Gestaltungs- und Handlungsformen bedienen. Das heißt aber nicht, die einzelnen Organe einer Gemeinde könnten selbst privatrechtlich handeln. Ein derartiges Handeln würde nämlich deren Sonderrechtsfähigkeit voraussetzen, die die einzelnen Organe der Gemeinde nicht haben. Zum Teil können sie privatrechtlich, wie etwa der Gemeinderat, ihren Willen nach außen nicht einmal äußern.

2.6.3 Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer

2.6.3.1 Das Argument der beklagten Partei, der Gemeinderat habe aufgrund seines Wahlrechts zwischen den Handlungsformen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts selbst zu wählen, Herrn ■■■■■ ■■■■ die Vollmacht erteilen können, ist schlicht falsch. Der Gemeinderat oder andere Organe einer Gemeinde besitzen keine Rechtspersönlichkeit, haben also – als Organe – auch keine Möglichkeit, in privatrechtlichen Handlungsformen zu handeln. Demgemäß konnte der Gemeinderat in Ermangelung eigener Rechtspersönlichkeit mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 ■■■■■ ■■■■ gar keine Vollmacht erteilen.

- 2.6.3.2 Selbst wenn man annimmt, dass die Erteilung privatrechtlicher Vollmachten in Ermangelung einer ausdrücklich darauf bezogenen Regelung im Stadtstatut nach dem Annexprinzip in den Kompetenzbereich jenes Organs fällt, das für das von der Vollmacht umfasste Rechtsgeschäft an sich zuständig wäre, bleibt der Gemeinderat in dieser Beziehung auf die Befugnis zur internen Willensbildung beschränkt. Die Erteilung einer zivilrechtlichen Vollmacht an einen Dritten iSd §§ 1002 ff ABGB bedarf aber nicht nur der Willensbildung, sondern sie setzt darüber hinaus die Abgabe einer zugangsbedürftigen Willenserklärung voraus. Die rudimentäre Publizität des Gemeinderatsbeschlusses durch Wiedergabe des Sitzungsprotokolls im Amtsblatt der Landeshauptstadt Linz konnte diese nach außen zum Ausdruck kommende Willensbetätigung nicht ersetzen. Mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 war also eine zivilrechtliche Bevollmächtigung des ██████████ ██████████ nicht verbunden.
- 2.6.3.3 Aber auch mit der Annahme, der Bürgermeister der Stadt Linz habe mit der Unterfertigung des Rahmenvertrages am 26. September 2006 oder mit der Unterzeichnung des Unterschriftenverzeichnisses am 13. September 2006 nur den Willen des Gemeinderats (§ 22 Abs 1 StL) umgesetzt, konnte ██████████ ██████████ keine Vertretungsmacht verschaffen. Die damit verbundene Deutung des Beschlusses des Gemeinderates in Richtung einer Generalvollmacht für die Finanz- und Vermögensverwaltung hätte damit nämlich nur die unzulässige (siehe Punkt 2.6.4) Verschiebung organschaftlicher Zuständigkeiten umgesetzt und wäre rechtswidrig und unwirksam nach § 879 ABGB. Nähme man aber an, der Bürgermeister habe kraft eigener Macht ██████████ ██████████ eine Vollmacht erteilen wollen, so scheidet deren Wirksamkeit daran, dass der Bürgermeister als Organ der Stadt Linz eben keine Zuständigkeit besaß (siehe Punkt 2.5.5), über den Abschluss des Swap 4175 zu entscheiden.
- 2.6.3.4 Aber auch die Deutung, mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 sei ██████████ ██████████ persönlich zu einem Vollmachtnehmer im zivilrechtlichen Sinn bestellt worden, geht fehl. Dagegen spricht schon der Wortlaut des Beschlusses, der nicht eine physische Person, sondern eine Einrichtung des Magistrats nennt. Überdies bewirkt die Erteilung einer Vollmacht durch eine juristische Person öffentlichen Rechts, dass nicht die nach dem Organisationsrecht zuständigen Organe (bzw. deren Organwalter als physische Personen), sondern dass Dritte beauftragt werden, den städtischen Willen zu bilden. Bei dem Vertreter handelt es sich also um eine außerhalb der Organisationsstruktur stehende Person. ██████████ ██████████ wurde, als er den Swap 4175 abschloss, aber gar nicht als ein außerhalb der Gemeinde stehender Dritter, sondern er wurde als Beamter der Stadt Linz tätig. Die gegen das Ersturteil gerichteten Angriffe, wonach ██████████ ██████████ nach dem Vorbringen der beklagten Partei eine Art gespaltene Persönlichkeit sein müsste, verfehlt den Kern der erstrichterlichen Begründung: Um überhaupt vom Gemeinderatsbeschluss, der ██████████ ██████████ ja nicht nennt, im Wege der

Interpretation auf ihn zu kommen, bedarf es des Umwegs über den Leiter der Dienststelle Finanz- und Vermögensverwaltung. Wenn ■■■■■ ■■■■ aber über diese Funktion identifiziert wird, kann er nicht gleichzeitig ein außerhalb der Organisation stehender Dritter sein, dem die Gemeinde eine zivilrechtliche Vollmacht erteilt.

2.6.3.5 Abgesehen also davon, dass eine zivilrechtliche Vollmacht nur an eine rechtsfähige Person und nicht bloß an eine Abteilung des administrativen Hilfsapparats der Gemeinde erteilt werden kann, liefe die Begründung der beklagten Partei auf eine bloße Zuständigkeitsverschiebung in der Organisationsstruktur der Gemeinde durch ein zivilrechtliches Instrument hinaus. Das wäre – als Umgehung der zwingenden öffentlich-rechtlichen Zuständigkeitsvorschriften – gesetzwidrig (siehe Punkt 2.6.4) und eine solche Vollmacht wäre nach § 869 Abs 1 ABGB nichtig.

2.6.4 Zwingende Geltung der öffentlich-rechtlichen Zuständigkeitsvorschriften

2.6.4.1 Wie gezeigt, legt der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 keineswegs, wie die beklagte Partei mehrmals betont, die Annahme einer zivilrechtlichen Vollmacht nahe. Wenn man aber davon ausgeht, es läge eine solche Vollmacht vor, so sind die durch das öffentlich-rechtliche Organisationsrecht vorgegebenen Kompetenz- und Organisationsvorschriften auch dann zu beachten, wenn sich die Gemeinde der Gestaltungsformen des Privatrechts bedient. Soll also ein anderes Organ als der Gemeinderat über den Abschluss eines Rechtsgeschäftes der Gemeinde entscheiden, so ist das nur innerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Organisationsrechts zulässig. Das heißt aber auch, dass der Gemeinderat der Stadt Linz seine Kompetenz zur Willensbildung nicht in Form einer Generalvollmacht weitergeben konnte (*Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde, S 92).

2.6.4.2 Soweit nämlich die Verschiebung innerhalb einer Gemeinde vom zuständigen Organ auf ein an sich unzuständiges Organ im Weg der Vollmacht bewirkt werden soll, verbietet es sich schon als Umgehung der zwingend öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten. Verlangen diese bei einer Gemeinde für die Übertragung gesetzlich vorgegebener Kompetenzen von einem Organ auf ein anderes eine gesetzliche Ermächtigung und die Einhaltung bestimmter Formen, so können derartige Organisationsvorschriften nicht im Wege der Vollmacht innerhalb der juristischen Person umgangen werden. Eine solche Umgehung läge aber in der durch privatrechtliche Vollmacht erfolgenden Übertragung der Willensbildungskompetenz des Gemeinderats beim Abschluss der in § 46 Abs. 1 StL aufgezählten Geschäfte auf den administrativen Hilfsapparat bzw. dessen Leiter. Zusätzlich verstieße eine derartige Übertragung in concreto im Hinblick auf das in § 38 Abs 3 Satz 2 StL und § 11 Abs 5 GEOM verankerte Verbot der Verschiebung der Willensbildungskompetenz von einem Kollektivorgan (Gemeinderat oder Stadtsenat) auf ein Mitglied des administrativen

Hilfsapparats. Nichts anderes gilt, wenn es sich um einen außenstehenden Dritten handelt, was bei ■■■■■ ■■■■■ nicht einmal der Fall gewesen ist. Auch an diesen hätte die Stadt Linz die Willensbildungskompetenz nicht übertragen dürfen.

2.7 Keine Vertretungsbefugnis kraft Rechtsschein

2.7.1 Die Argumente der beklagten Partei

2.7.1.1 Mangels einer wirksamen Vollmachtserteilung an ■■■■■ ■■■■■ was offenbar auch die beklagte Partei erkennt, beruft sie sich auf das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht und spricht davon, dass sie darauf vertraut hat und auch darauf vertrauen konnte, dass der Gemeinderat und/oder der Bürgermeister ■■■■■ ■■■■■ zivilrechtlich zum Abschluss von Derivatengeschäften durch rechtsgeschäftliche Vollmacht beauftragt habe.

2.7.1.2 Sie sieht diesen Anschein darin, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 die Finanz- und Vermögensverwaltung ermächtigt habe, Finanzgeschäfte abzuschließen. Tatsächlich brachte der Gemeinderat zum Ausdruck, die Finanz- und Vermögensverwaltung solle das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt durch marktübliche Geschäfte optimieren. Dass darin keine rechtsgeschäftliche Vollmacht liegen konnte, geschweige denn, nach außen erklärt wurde, wurde schon oben gezeigt. Zusätzlich beruft sich allerdings die beklagte Partei darauf, der Bürgermeister der Stadt Linz habe am 26. September 2006 zusätzlich einen Rahmenvertrag unterzeichnet und dabei auch ein Unterschriftenverzeichnis ausgestellt, das ■■■■■ ■■■■■ und ■■■■■ ■■■■■ als „bevollmächtigt“ auswies.

2.7.2 Die Anspruchsvoraussetzungen

2.7.2.1 Die beklagte Partei spricht eigentlich immer nur davon, ■■■■■ ■■■■■ habe Vollmacht erhalten, und tatsächlich findet sich im Gemeinderatsbeschluss die Formulierung, die Finanz- und Vermögensverwaltung würde zum Abschluss von Finanzgeschäften ermächtigt werden. Sie verkennt dabei aber, dass es im Zusammenhang mit den öffentlich-rechtlich angeordneten Zuständigkeitsvorschriften zur Ausübung der Willensbildungskompetenz nicht um den Anschein geht, ob ein anderes Organ der Gemeinde mit der Willensbildung beauftragt (bevollmächtigt) wurde, sondern darum, ob das zuständige Organ den Anschein erweckt hat, es habe von seiner Willensbildungskompetenz selbst Gebrauch gemacht. Die Willensbildung im Gemeinderat zielt nämlich bei den in § 46 Abs 1 StL aufgezählten Geschäften auf das fragliche Geschäft selbst und nicht bloß auf die Bevollmächtigung eines anderen Organs.

- 2.7.2.2 Soweit die Anscheinwillensbildung aufseiten des Gemeinderats überhaupt den Regeln der Anscheinvollmacht unterworfen werden kann, sind zumindest die drei unabdingbaren Voraussetzungen für die Annahme einer Anscheinvollmacht zu beachten, und zwar das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes, die zurechenbare Verursachung dieses Anscheins durch den Vertretenen und das gutgläubige Vertrauen auf den Anschein durch den Dritten (*P. Bydlinsky*, KBB⁴ § 1029 Rz 6). Alle diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.
- 2.7.2.3 Ein Vertrauen ist danach (erst und nur dann) gerechtfertigt, wenn objektiv gesehen ein Tatbestand verwirklicht wurde, der auch unter rechtlichen Gesichtspunkten das Vertrauen rechtfertigt. Fehlt die erforderliche Willensbildung im Gemeinderat, kommt ein Vertrauensschutz nur dann in Betracht, wenn zumindest der Anschein besteht, es habe den erforderlichen Gemeinderatsbeschluss gegeben. Es geht also, kurzgefasst, nicht um eine Anscheinvollmacht im technischen Sinn, sondern um eine Anscheinwillensbildung aufseiten des Gemeinderates (dass es um die Anscheinwillensbildung des Gemeinderats geht: 4 Ob 26/01d; 2 Ob 173/12y; 3 Ob 57/15a). Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 konnte bei der beklagten Partei aber höchstens den Anschein der Bevollmächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung erzeugen, dass der Gemeinderat mit seinem Beschluss, die Befähigung selbst Finanzgeschäfte abzuschließen, auf die Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen hat; mit anderen Worten, dass die Zuständigkeit nunmehr an ein nach dem Gesetz unzuständiges Organ übergegangen ist. Das Vertrauen auf die Zuständigkeit eines nach dem Gesetz unzuständigen Organs ist aber nach § 867 ABGB nicht geschützt, weil sich jeder Dritte mit der gesetzlichen Kompetenzordnung auseinandersetzen muss (8 Ob 201/97k; 6 Ob 102/11k). Jedenfalls aber kann der Anschein der Zuständigkeit eines gesetzlich unzuständigen Organs keine wirksame Vertretungsmacht verschaffen, da ansonsten der vom Gesetzgeber verpönte Effekt eintreten würde.
- 2.7.2.4 Der Gemeinderat hatte bei seiner Beschlussfassung erkennbar keinerlei konkrete Vorstellung, um welche Geschäfte es sich dabei handeln könnte. Auch zur Struktur, zum Inhalt oder zum möglichen Volumen solcher Geschäfte findet man weder etwas im Amtsbericht noch im Protokoll der Gemeinderatssitzung; sie sollten – vor dem kommunalrechtlichen Hintergrund nachvollziehbar – optimierend und marktüblich sein. Einen einzigen Hinweis auf ein mögliches Risikobewusstsein gibt nur die Äußerung eines Oppositionspolitikers anlässlich der Diskussion. Er sprach im Zusammenhang mit dem Währungsrisiko aus der Schweizer Frankenleihe von einer Schwellengrenze im Ausmaß von EUR 10 Mio (Beilage /11, S 4). Daraus könnte man durchaus das Verständnis des Gemeinderates ableiten, dass schon das Währungsrisiko aus der bestehenden Schweizer Frankenleihe als zu hoch empfunden wurde. Ein Finanzgeschäft, das – wie oben dargelegt – vom Währungsrisiko her dem mehr als

Fünffachen des Währungsrisikos der Anleihe entsprach, konnte der Gemeinderat keinesfalls gewollt haben.

2.7.3 Zurechenbare Verursachung

Der Gemeinderat der Stadt Linz hat zwar möglicherweise mit seinem Beschluss bei der beklagten Partei eine fehlerhafte Vorstellung ausgelöst. Die beklagte Partei war allerdings mangels Vorliegens eines objektiven Vertrauenstatbestandes nicht schutzfähig. Die sonst noch von ihr als Teil eines Anscheinssachverhalts genannten Handlungen, wie etwa die Unterzeichnung des Rahmenvertrages durch den Bürgermeister und die Ausfertigung des Unterschriftenverzeichnisses, können schon deshalb keinen tauglichen Anschein erzeugen, weil sie nicht vom Gemeinderat, sondern lediglich vom Bürgermeister gesetzt wurden. Der Anschein ist aber nur dann beachtlich, wenn er vom Gemeinderat selbst gesetzt worden ist und nicht von einem Dritten (zB 4 Ob 26/01d; 10 Ob 42/07k; zuletzt 3 Ob 57/15a).

2.7.4 Die fehlende Schutzwürdigkeit der beklagten Partei

2.7.4.1 Wer mit einer Gemeinde kontrahieren will, hat sich mit ihrem Organisationsrecht vertraut zu machen. Soweit die entsprechenden Regelungen kundgemacht sind, muss sie jeder Vertragspartner nach § 867 ABGB auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie nicht kannte (8 Ob 201/97k; 6 Ob 102/11k). Die gesetzlichen Organisationsvorschriften, insbesondere aber die darin angeordneten (Zwangs-)Zuständigkeiten verhindern die Übertragung der Zuständigkeit zwischen den Organen oder auf Dritte durch konkludente Vollmachtserteilung. Sie machen es auch unmöglich, auf den äußeren Anschein der Vertretungsmacht eines nicht zuständigen Organs zu vertrauen. Setzt nämlich der Gesetzgeber – in Form einer positiven Publizität – eine ganz bestimmte Kompetenzordnung, etwa die Zuständigkeit des Gemeinderates zur Beschlussfassung als bekannt voraus, so schützt er damit ausschließlich das Vertrauen darauf, der Gemeinderat habe selbst das konkrete Geschäft beschlossen oder zumindest positiv einen Willen in dieser Richtung gebildet. Für das Entstehen eines darüberhinausgehenden Anscheins (in der Richtung, der Gemeinderat habe seine Zuständigkeit wirksam auf ein anderes Organ übertragen) bleibt danach kein Raum (*Lukas*, Wenn der Bindungswille des Gemeinderates fehlt, *ecolex* 2012, 120; *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde, S 94).

2.7.4.2 Die beklagte Partei musste also davon ausgehen, ohne Willensbildung des Gemeinderates (zu dem konkreten Swap) kein gültiges Geschäft abschließen zu können. Außerdem gilt als schlechtgläubig derjenige, der bei gehöriger Aufmerksamkeit Bedenken über die Vertretungsmacht hätte haben müssen (8 Ob 201/97k; 6 Ob 102/11k).

2.7.4.3 Die beklagte Partei erklärt aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 überzeugt davon gewesen zu sein, dass ██████ ██████ den Swap 4175 tatsächlich abschließen konnte. Sie habe also keinerlei Zweifel am wirksamen Zustandekommen des Geschäftes gehabt. Allerdings ist es keineswegs so sicher, dass sie sich zunächst für das Vorliegen eines Gemeinderatsbeschlusses interessiert hat. Erst nach Abschluss des Swap 4175 wird nämlich bankintern die Frage diskutiert (Protokoll der Vorstandssitzung vom 17. April 2017, Beilage ./100; E-Mail von Mag. ██████ ██████ (, ██████ ██████ an Mag. ██████ ██████ (, ██████ ██████ vom 26. April 2007, Beilage ./AE und Antwort mit E-Mail von ██████ ██████ an ██████ ██████ vom 27. April 2007, Beilage ./AF). Zumindest lässt sich daraus (Protokoll der Vorstandssitzung vom 17. April 2017, Beilage ./100) ein gewisses Problembewusstsein ableiten, ohne dass die beklagte Partei weitere Schritte unternommen hat. Bemerkenswert ist auch, dass sie sich den Beschluss von der Stadt Linz im August 2010 nochmals schicken ließ (E-Mail der Stadt Linz vom 5. August 2010, Beilage ./135).

2.8 Keine Vertretungsbefugnis des ██████ ██████ mangels der Einhaltung zwingender Formvorschriften

2.8.1 § 867 ABGB verpflichtet – wie gesagt - den Vertragspartner der Gemeinde dazu, sich mit deren Organisationsrecht auseinanderzusetzen. Nur durch eine solche Befassung konnte die beklagte Partei erkennen, ob das Handeln des ██████ ██████ durch eine entsprechende Beschlussfassung des Gemeinderats gedeckt war, wobei an sich (§ 22 Abs 1 StL) primär der Bürgermeister zur Umsetzung des Willens des Gemeinderats befugt ist.

2.8.2 Ausdruck dessen, dass der Bürgermeister der Stadt lediglich den Willen des Gemeinderats bei den in § 46 Abs 1 StL aufgezählten Geschäften umsetzt, ist § 66 StL. Nach dessen ersten Absatz sind Urkunden über Rechtsgeschäfte, die der Beschlussfassung des Gemeinderats oder des Stadtsenats bedürfen, vom Bürgermeister zu unterfertigen und mit dem Stadtsiegel zu versehen. Nur durch die Einhaltung solcher Formvorschriften ist gewährleistet, und nach außen hin auch sichtbar, dass Vertretungshandlungen tatsächlich vom Willen des Gemeinderats umfasst sind. Fehlt die Unterfertigung durch den Bürgermeister und fehlt das Stadtsiegel, muss das beim Vertragspartner Zweifel daran erwecken, dass der Gemeinderat tatsächlich die ihm zustehende Kompetenz bei gemeinderatspflichtigen Geschäften wahrgenommen hat. Vor diesem Hintergrund ist erklärbar, dass die Einhaltung der kommunalrechtlichen Formvorschriften nicht nur eine Verwaltungsanordnung, sondern auch zwingende Voraussetzung für das wirksame Zustandekommen des Rechtsgeschäftes ist.

- 2.8.3 Der Oberste Gerichtshof hat sich mit der Wirkung der Missachtung von kommunalrechtlichen Vorschriften auf die Gültigkeit des Geschäftes in der Entscheidung 3 Ob 32/11v, die zur Tiroler Gemeindeordnung erging, auseinandergesetzt. Er schloss sich der von ihm wiedergegebenen Literaturmeinung an, dass die in einer Gemeindeordnung vorgeschriebene Schriftform zum Schutz der Gemeinden und diese insoweit privilegierend das Wirksamwerden der rechtsgeschäftlichen Erklärung von Gemeindeorganen im Außenverhältnis erschweren will. Er führt weiters aus, dass, auch wenn die Gesetzesmaterialien im konkreten Fall zu den Konsequenzen der Nichteinhaltung von Formvorschriften schwiegen, sei dennoch vom Zweck dieser Vorschrift auszugehen, die Gemeinden vor unüberlegten Erklärungen zu schützen, vor allem aber auch klare Verhältnisse im Hinblick auf das Zustandekommen von Verträgen der Gemeinde zu schaffen. Dass vom Obersten Gerichtshof geprüfte Formgebot hatte also – allerdings nur zugunsten der Gemeinde – im konkreten Fall konstitutive Wirkung und verhinderte das wirksame Zustandekommen des Vertrages.
- 2.8.4 *Kodek* vertritt in einer Anmerkung zur Entscheidung des Obersten Gerichtshof 5 Ob 58/10b, die Formvorschriften der OÖ Gemeindeordnung betreffend (wobl 2010/141), dass die Beifügung des Gemeindesiegels auf den von der Gemeinde abgeschlossenen Verträgen nicht nur eine Formvorschrift, sondern ein Gültigkeitserfordernis ist. Fehlt das Gemeindesiegel, so ist der Vertrag unwirksam. In die gleiche Richtung geht auch die Entscheidung 2 Ob 173/12y, wonach der Sinn derartiger Formvorschriften ist, die internen Vorgänge nach außen zu dokumentieren und gleichzeitig sicherzustellen, dass das zur Umsetzung berufene Organ auch tatsächlich dem Beschluss entsprechend handelt.
- 2.8.5 Die Stadt Linz hat bereits in der Klagebeantwortung und in ihrem Antrag auf Erlassung eines Zwischenurteils auf das Nichtzustandekommen des Swap-Geschäftes wegen der Verletzung von Formvorschriften hingewiesen. Das Erstgericht hat sich mit dieser (weiteren) rechtsvernichtenden Einwendung allerdings nicht auseinandergesetzt. Der Grund dürfte darin liegen, dass das Erstgericht das Nichtzustandekommen des Vertrages schon aus allen anderen Gründen verneint hat. Die Stadt Linz hält allerdings ausdrücklich diesen weiteren rechtsvernichtenden Einwand aufrecht.
- 3. █████ █████ fehlte die Vertretungsmacht wegen Überschreitung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004**
- 3.1 Der Gemeinderatsbeschluss und seine Auslegung
- 3.1.1 Im vorangehenden Punkt 2. hat die Stadt Linz nachgewiesen, dass █████ █████ wegen Verletzung grundlegender organisatorischer und zivilrechtlicher Vorgaben keine

wirksame Vertretungsmacht hatte; das für die Willensbildung zuständige Organ der Gemeinde, nämlich der Gemeinderat, hatte sich keinen Willen zum Abschluss des konkreten Geschäftes gebildet. Dieses Fehlen einer Entscheidung des Gemeinderates konnte nicht dadurch wettgemacht werden, dass dessen Kompetenz – wie die beklagte Partei offenbar meint – im Weg einer zivilrechtlichen Vollmacht auf die Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen worden war. Darüber hinaus ist mehr als zweifelhaft, ob – vor dem kommunalrechtlichen Hintergrund – der Gemeinderatsbeschluss und die später folgenden Handlungen des Bürgermeisters überhaupt als zivilrechtliche Vollmacht interpretiert werden können (siehe Punkt 2.6.2), geschweige denn, dass die beklagte Partei ursprünglich von einer derartigen Vollmacht ausgegangen ist.

- 3.1.2 Wenn man das aber ausblendet und annimmt, ■■■■■ ■■■■ habe mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 persönlich eine zivilrechtliche Vollmacht zum Abschluss von Finanzgeschäften für die Gemeinde erhalten, so muss auch berücksichtigt werden, dass der Gemeinderat mit der Vorgabe, die Geschäfte müssten optimierend und marktüblich sein, dem Handeln der Finanz- und Vermögensverwaltung Grenzen gesetzt hat, die auch nach außen gegenüber Dritten gelten. Es ist eine Folge des § 867 ABGB, dass Geschäften, die dem Gemeinderat vorbehalten sind, nicht nur eine Beschlussfassung des Gemeinderats voranzugehen hat, sondern dass das später abgeschlossene Geschäft auch vom Gemeinderatsbeschluss inhaltlich gedeckt sein muss (*Lukas, Der objektivierter Wille des Gemeinderates, ecolex 2013, 985*).
- 3.1.3 Zu Recht ist deshalb das Erstgericht – wie es bereits in der Streitverhandlung vom 9. Dezember 2016 angekündigt hat (Protokoll 9. Dezember 2016, ON 456, S 1 f) – davon ausgegangen, dass es sich bei der Vorgabe, die Finanzgeschäfte müssten marktüblich und optimierend sein, nicht bloß um eine interne Handlungsanweisung, sondern um eine nach außen wirkende Umschreibung der Grenzen der Vertretungsmacht der Finanz- und Vermögensverwaltung gehandelt hat. Wenn die beklagte Partei dem Erstgericht vorhält, dass es eine bloße interne Verhaltensanordnung ohne jede Außenwirkung war, so ist sie zuallererst auf ihre eigenen Argumente zu verweisen, wonach der Inhalt des Beschlusses unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit von Rahmenbeschlüssen alle erforderlichen Determinanten aufgewiesen habe, um das Geschäft abzuschließen (Berufung, S 70).
- 3.1.4 Da die beklagte Partei aber ohnehin davon ausgeht, dass ■■■■■ ■■■■ bei Abschluss des Swap 4175 nicht im Rahmen seiner verwaltungsrechtlichen Zuständigkeit gehandelt hat, sondern dass ihn eine (außerhalb des Organisationsgefüges) erteilte zivilrechtliche Vollmacht dazu befähigte, so bedeutet die Qualifikation des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 als zivilrechtliche Vollmacht gleichzeitig, dass der Inhalt des Beschlusses auch für die Grenzen der Vollmacht außenwirksam

gewesen ist. Die Grenzen der Vollmacht, die der Geschäftspartner kennt oder über die er nicht im Unklaren sein konnte, muss er jedenfalls gegen sich gelten lassen.

- 3.1.5 Damit kommt der Frage der Auslegung dieser „Vollmacht“ eine besondere Bedeutung zu: Fasst der Gemeinderat einen Beschluss, so handelt er hierbei im Rahmen der Hoheitsverwaltung, weil er sich dabei rechtstechnischer Mittel bedient, die einem Rechtsunterworfenen nicht zur Verfügung stehen. Zudem ist die Beschlussfassung dem Kernbereich der hoheitlichen Haushalts- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz gemäß § 52 StL zuzuordnen, sodass sämtliche mit deren Besorgung verbundenen Verhaltensweisen solche in Vollziehung der Gesetze sind (1 Ob 71/01z, 1 Ob 306/98a). Es handelt sich also bei dem Gemeinderatsbeschluss seiner Natur nach um einen normativen Akt, der nach den §§ 6 und 7 ABGB auszulegen. Für eine Auslegung nach den §§ 914 f ABGB bleibt kein Raum (RIS-Justiz: RS0008813, RS0008816).
- 3.1.6 Allerdings würde man bei der Auslegung nach objektiven Kriterien im Sinne des § 914 ABGB im Wesentlichen zu gleichen Ergebnissen gelangen. Jeder redliche Dritte muss normalerweise bei der Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses die kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen mitbedenken. Falsch ist jedoch jedenfalls die Berufung der beklagten Partei auf § 915 ABGB. Bei der Erteilung einer Vollmacht handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, auf einseitige Rechtsgeschäfte ist aber § 915 ABGB niemals anzuwenden (9 Ob A 266/93). Dazu kommt, dass der von der beklagten Partei gezogene Schluss, wonach sie sich – im Fall von Unklarheiten – die günstigste Auslegung aussuchen könne, rechtsirrig ist: Könnte nämlich jeder, der Kenntnis von einem Gemeinderatsbeschluss hat, die für ihn günstigste Auslegung wählen, so gäbe es völlig unterschiedliche Erklärungsinhalte für ein- und denselben Gemeinderatsbeschluss. Dass das nicht geht, weil die Auslegung für alle gleich sein muss, hat die beklagte Partei aber ohnehin erkannt (Berufung, S 65).
- 3.1.7 Unabhängig davon darf die Auslegung eines Gemeinderatsbeschlusses jedenfalls nicht am Wortlaut kleben, wie auch die Rechtsprechung zu Vereinsstatuten immer wieder deutlich gemacht hat. Ziel der Auslegung ist der tatsächliche oder mutmaßliche Wille des Gemeinderats. Die Auslegung hat sich dabei an der Gesetzestreue, dem Zweck des Beschlusses und den Interessen der Gemeinde zu orientieren (*Lukas*, Der objektive Wille des Gemeinderates, *ecolex* 2013, 985 mwN, RIS-Justiz: RS0008813). Dem Gemeinderat kann bei einem auslegungsbedürftigen Beschluss auch nicht unterstellt werden, dass er mit seinem Inhalt gegen die Verfassung oder gegen sonstige Gesetze verstoßen wollte (zur verfassungskonformen Auslegung normativer Akte vgl *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 6 Rz 28 mwN).
- 3.1.8 Mit Bezug auf Gemeinderatsbeschlüsse hat der Oberste Gerichtshof bereits festgehalten, dass bei der Auslegung ihres Inhalts jedenfalls auch die historische

Entwicklung und der mit dem Gemeinderatsbeschluss verbundene Zweck zu berücksichtigen ist (9 Ob A 63/00x). Das bedeutet gegenständlich aber, dass auch die Materialien, die die Hintergründe des Entstehens des Beschlusses beleuchten, herangezogen werden müssen. Es ist dies – neben der Diskussion im Gemeinderat – vor allem der Amtsbericht. Dass die Rechtsprechung Vertragspartnern die Einsicht in noch unveröffentlichte Unterlagen zumutet, zeigen die umfangreichen Entscheidungen zu den Vereinssatzungen (RIS-Justiz: RS0008813). Überdies gab es bereits lange vor Abschluss des Swap 4175 eine gefestigte Literaturmeinung (*Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement, S 199 ff), die sich mit den kommunalrechtlichen Vorgaben auseinandersetzt, was unter einer Optimierungseignung von Derivatgeschäften zu verstehen ist. Die beklagte Partei konnte also nicht im Unklaren darüber sein, was unter optimierenden Geschäften zu verstehen ist.

3.1.9 Daraus folgt, dass die beklagte Partei, so wie jeder außenstehende Dritte, davon auszugehen hatte, dass der Gemeinderat bei seiner Beschlussfassung die Verpflichtung der Verwaltung vor Augen hatte, das Vermögen der Stadt Linz möglichst ohne Substanzbeeinträchtigung zu erhalten, es wirtschaftlich zu verwalten und daraus den größten dauernden Nutzen zu ziehen (§ 57 StL). Beim Abschluss eines Finanzgeschäftes musste also – um der Vorgabe der „Optimierungseignung“ zu entsprechen – sowohl der mögliche Ertrag aus dem Geschäft (also die Verringerung der Zahllast aus dem bestehenden Fremdfinanzierungsportfolio), als auch die damit übernommenen Risiken, die mit einem derartigen Geschäft verbunden sind, in einem Verhältnis stehen, wie sie ein risikoaverser Investor, wie es eine Kommune ist, üblicherweise einzugehen bereit ist. Zu Recht betont daher das Erstgericht (US 71, unter Berufung auf 10 Ob 212/98v), dass vor diesem Hintergrund der Gemeinderatsbeschluss objektiv auszulegen ist. Dem Erstgericht ist also Recht zu geben, wenn es (US 78) zum Ergebnis kommt, dass es sowohl bei einer wörtlichen als auch bei einer teleologischen Interpretation der eigentliche Willen des Gemeinderats gewesen ist, sich auf optimierende und marktübliche Finanzgeschäfte zu beschränken; Finanzgeschäfte, die dem nicht entsprachen, waren bei objektivem Verständnis vom Beschluss also nicht umfasst. Das galt unter kommunalrechtlichen Gesichtspunkten sowohl für die Marktüblichkeit als auch die Optimierungseignung.

3.1.10 Damit ist dem Auslegungsversuch der beklagten Partei, wonach es lediglich darauf ankomme, kurzfristige Spekulationsgewinne zu erzielen, um bereits von einer Optimierungseignung zu sprechen, ebenso der Boden entzogen, wie bestimmten Versuche der Gerichtsgutachter, deren ideelle und jargonmäßige Nähe zum Denken der Finanzwirtschaft von der Stadt Linz im Laufe des Verfahrens mehrfach beanstandet wurde, und die Letztere tatsächlich zur Korrektur ihrer Ansichten veranlasste, in einzelnen Aspekten dem Swap 4175 irgendwie eine Optimierungseignung zugestehen. Das Erstgericht hat in diesem Zusammenhang daher – völlig nachvollziehbar – darauf

hingewiesen, dass unter rechtlichen Gesichtspunkten von einem anderen Optimierungsbegriff auszugehen ist, als die Gerichtsgutachter es teilweise vertreten haben (Protokoll vom 12. März 2019, ON 570, S 5: *„Das Gericht weist darauf hin, dass sein Optimierungsbegriff von den soeben [zu ergänzen: von den Gerichtsgutachtern] definierten mathematischen Begriff abweicht.“*).

3.1.11 Auch wenn das Erstgericht die Frage der Marktüblichkeit letztlich dahingestellt sein ließ (US 77), teilt die Stadt Linz nicht dessen auf Urteilsseite 77 vertretene Meinung, wonach der Swap 4175 *„wohl marktüblich im objektiv verstandenen Sinn war, weil es – nach Ansicht des Gerichtes – dabei nur auf den Vertragstypus Swap ankommt und nicht auf die konkreten Parameter des einzelnen Geschäftes“*. Einer der Gründe liegt auch hier am kommunalen Kontext einer sachgerechten Auslegung des Begriffes „Marktüblichkeit“. Dabei ist dem Gemeinderat zu unterstellen, nur an standardisierte Produkte gedacht zu haben. Beim Swap 4175 handelt es sich aber um kein standardisiertes Produkt, wie man es bei einem Swap erwartet. Ein weiterer Grund, weshalb die Stadt Linz die Ansicht des Erstgerichtes nicht teilen kann, liegt darin, dass es sich bei dem Geschäft in Wahrheit nicht um einen Swap im herkömmlichen Sinn gehandelt hat, bei dem (bloß) Zahlungsströme getauscht werden. Vielmehr stellte der Tausch von Zahlungsströmen nur eine Komponente des Geschäftes dar, der zentrale risikoreiche Teil bestand im Verkauf von exponentiell wirkenden Währungsoptionen (siehe Punkt I. 2.3.4 f). Damit war der Swap 4175 so weit von einem standardisierten Produkt entfernt, dass bei einer objektiven Auslegung des Willens des Gemeinderates nicht mehr von einem marktüblichen Geschäft gesprochen werden kann. Dem Vorbringen der beklagten Partei, wonach sich die Marktüblichkeit des Swap 4175 schon allein daraus ergäbe, dass dieser am Markt (mehrfach) vorgekommen wäre, ist schon auf Tatsachenebene deshalb der Boden entzogen, weil gerade nicht feststeht (US 35), dass ein Produkt in der Konstruktion, wie es der Swap 4175 war, jemals in Österreich, geschweige denn gegenüber Kommunen, gehandelt worden ist.

3.2 Die kennzeichnenden Merkmale einer Optimierungseignung

3.2.1 Um unter kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen von einem optimierenden Geschäft im Zusammenhang mit dem Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz sprechen zu können, musste dieses jedenfalls ex ante geeignet sein, die Zahllast aus der Schweizer Frankenleihe zu reduzieren. Aber auch der Reduzierung der Zahllast durfte die Übernahme nur eines beschränkten, kontrollierbaren Risikos gegenüberstehen. Danach ist – wie das Erstgericht zutreffend formuliert hat – Optimierung *„[...] dahingehend zu verstehen, dass durch die Übernahme eines kontrollierbaren Risikos die Zahllast aus der CHF-Anleihe reduziert [wird]“* (US 78). Maßgeblich ist also ein vernünftiges Verhältnis zwischen den erwartbaren Vorteilen aus der Senkung der Zahllast und der Höhe des damit eingekauften Risikos (bzw. besser

gesagt, der Wahrscheinlichkeit, mit der beides sich verwirklichen würde). Hinzu kommt – und darauf hat das Erstgericht letztendlich seinen Fokus gelegt – ein weiteres grundlegendes Element für die Optimierungseignung, nämlich jenes der Beherrschbarkeit des Risikos (US 78 ff).

3.2.2 Auch wenn Details durchaus noch strittig sein mochten, so war spätestens seit der 2001 erfolgten grundlegenden Untersuchung von *Holoubek/Prändl* (Öffentliches Finanzmanagement, S 199 [211 f]) klar, was unter kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen als ein optimierendes Finanzgeschäft anzusehen ist (wobei es durchaus interessant ist zu sehen, dass beide Autoren ebenfalls den Begriff der Optimierung im Zusammenhang mit dem Finanzmanagement der öffentlichen Hand verwenden). Dazu gab es noch eine Anzahl weiterer Hinweise, mit denen sich die beklagte Partei durchaus hätte vertraut machen müssen:

- Nach *Holoubek/Prändl* (aaO, S 211 f) ergibt sich der zulässige Rahmen für den Einsatz von Finanzinnovationen (worunter in concreto auch Derivatengeschäfte zu verstehen sind) aus dem öffentlich-rechtlichen Effizienzprinzip. Dieses wird als Auftrag zur Optimierung (sic!) der Gebarung angesehen und bestimmt wesentlich die Zielsetzung und Grenzen der Tätigkeit der öffentlichen Hand. Danach steht die Risikominimierung beim Einsatz öffentlicher Mittel im Vordergrund, der Versuch, möglichst geringe Finanzierungskosten zu haben, darf eben nicht durch ein hohes Maß an Risiko erkaufte werden. Beide Faktoren müssen danach in einer angemessenen Relation zueinander stehen. Das Eingehen unbegrenzter Risiken ist mit dem verfassungsrechtlichen Effizienzgebot nicht vereinbar (aaO, S 199 ff [211, 212]).
- Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses lagen auch die vom Internationalen Währungsfonds der Weltbank ausgearbeiteten Grundsätze und Leitlinien der öffentlichen Schuldenstrukturpolitik ebenso vor, wie eine Untersuchung von *Hauth/Kocher* unter dem Titel „Debt-Management der Republik Österreich unter den Finanzmarktgegebenheiten des Euroraums“ (*Hauth/Kocher*, Debt-Management der Republik Österreich unter den Finanzmarktgegebenheiten des Euroraums, Österreichische Nationalbank (Hrsg.), Berichte und Studien 2/2001, S 208 ff). Beide bestätigen, dass es zwar Aufgabe des Finanzmanagements der öffentlichen Hand ist, die erforderlichen Finanzierungsmittel und deren Rückzahlungsverpflichtungen zu möglichst geringen mittel- bis langfristigen Finanzierungskosten zu gewährleisten, dass dabei aber kein hohes Maß an Risiko eingegangen werden dürfe.
- Die Musterdienstweisung des Deutschen Städtetages für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und

Schuldenmanagement (Beilage ./GD; Beilage ./362) stellte eine ebenso naheliegende Auslegungshilfe dafür dar, welche Geschäfte das Portfolio einer Gemeinde optimieren und welche nicht. Danach begründet sich „[d]er Einsatz von Finanzderivaten im Zins- und Schuldenmanagement [...] aus der Verpflichtung zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit“. Von einem Optimierungsgeschäft ist daher nur dann auszugehen, wenn angesichts des mit dem Geschäft erzielbaren Ertrags „das bisherige Risiko limitiert erhöht wird“. Auch wenn diese Musterdienstanweisung erst (kurz) nach dem Abschluss des Swap 4175 herausgegeben wurde, brachte sie nichts konstitutiv Neues, sondern fasste nur die naturgemäß schon vorher für eine Kommune geltenden Grundsätze in schriftlicher Form zusammen.

- Auch der Österreichische Gemeindebund hat Richtlinien zum Finanzierungs- und Veranlagungsmanagement veröffentlicht. Die Richtlinien stammen zwar aus dem Jahr 2009 und richten sich formal nur an Gemeinden und nicht an Städte, sie stellen aber ebenfalls nur die Wiedergabe des seit Längerem (siehe oben) bestehenden Verständnisses von Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der öffentlichen Vermögensgebarung dar. Die Richtlinien konkretisieren damit den bereits im Jahr 2007 für alle Gebietskörperschaften verbindlichen Verhaltensmaßstab. Sie verbieten im Speziellen Gemeinden bedingungslos, Positionen einzugehen, bei denen die Spekulation im Vordergrund steht und die durch die Übernahme der Position eines Stillhalters bei Optionen geprägt ist (eine Position, die die Stadt Linz im Swap 4175 eingenommen hat). Wörtlich heißt es in Abschnitt V Ziffer 1 der Richtlinie: *„Derivative Finanzinstrumente dürfen nur eingesetzt werden, wenn sie mit einem Grundgeschäft verbunden sind (konnexe derivative Finanzinstrumente) und die Risikovermeidung im Vordergrund steht (Spekulationsverbot). Das Schreiben von Derivaten (Verkauf als Stillhalter mit nicht begrenztem Verlustrisiko) ist nicht zulässig.“*

3.2.3 Selbst die beklagte Partei, deren Sichtweise zwangsläufig bankengeprägt ist, verwendet einen ähnlichen Begriff der Optimierung: *„Richtigerweise haben [...] die Sachverständigen in ihrem Gutachten den Begriff nach Markowitz für diese Beurteilung herangezogen. Nach Markowitz wird – rein objektiv – ausschließlich auf zwei Kriterien abgestellt, nämlich die Verbesserung der Ertrags- bzw. Kostensituation (d.h. Erhöhung von Erträgen oder Verringerung von Kosten) auf der einen Seite und die Veränderung der Risikostruktur auf der anderen Seite“* (Äußerung der beklagten Partei vom 18. Mai 2017, S 5). In der Folge nimmt sie jedoch einen semantischen Wechsel vor, der weder mit den Aussagen der Gerichtsgutachter noch mit *Markowitz* in Einklang zu bringen ist.

3.2.4 Die beklagte Partei hat dem in ihrer Berufung nichts entgegengesetzt (siehe Punkt 3.6).

3.3 Die Beherrschbarkeit des Risikos als ein konstitutives Merkmal der Optimierungseignung

3.3.1 Das Erstgericht hat – wie gesagt – das Schwergewicht bei der Verneinung der Optimierungseignung darauf gelegt, dass der Swap 4175 „*ab ovo*“ für die Stadt Linz nicht beherrschbar gewesen ist. Diese Voraussetzung hat das Erstgericht schon deshalb verneint, weil nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge *ex ante* Situationen nicht ausgeschlossen werden konnten, in denen die Stadt Linz auf eine Verschlechterung ihrer Lage entweder gar nicht oder nicht ausreichend rasch reagieren konnte. Angesichts der Struktur des Geschäftes (siehe Punkt I. 2.3) ist das nicht weiter verwunderlich, waren doch tägliche Wertschwankungen von mehr als EUR 100 Mio (US 38) nicht ausgeschlossen. Außerdem erhöhte sich das Risiko so enorm, dass auch ohne Auflösung des Swap-Geschäftes Zahlungen der Stadt Linz im Ausmaß von insgesamt EUR 500 Mio im Bereich des Value-at-Risk lagen (siehe Punkt 3.7 f).

3.3.2 Entscheidungen des Gemeinderates mussten nach der Feststellung der Gutachter innerhalb einer Stunde getroffen werden (US 38; Gerichtsgutachten, S 53). Entscheidungen des Gemeinderates bedürfen aber einer Vorlaufzeit von mehreren Wochen (US 79; S 39: „*Eine Befassung des Gemeinderates benötigte 4 bis 8 Wochen [...]*“). Muss die Entscheidung zum Ausstieg oder dessen Umsetzung auch noch aufsichtsbehördlich genehmigt werden (was bei diesem Geschäft nicht auszuschließen war und was für Darlehensaufnahmen jedenfalls zutraf), konnte sich der Zeitraum, bis es letztlich zur Entscheidung über den Ausstieg kommt, um weitere acht Wochen verlängern, oder es konnte die Handlungsfähigkeit der Stadt überhaupt ausfallen, wenn das Land die Genehmigung verweigerte (US 79).

3.3.3 Die kurzfristige Absicherung mit Hilfe eines Delta-Hedge nutzte schon deshalb nichts, weil dieser die vorangehende Entscheidung über den Ausstieg und die damit verbundenen Ausstiegskosten von jedenfalls mehr als EUR 30 Mio (eine Ausstiegsschwelle unter diesem Wert hätte das Geschäft von vornherein zu einem Verlustgeschäft für die Stadt Linz gemacht [siehe Punkt I. 2.4.6; Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 15]) vorausgesetzt hat. Außerdem bedeutete ein solcher Delta-Hedge, etwa bei einem Ausstieg im Herbst 2008, den Ankauf von Schweizer Franken in einem Volumen von einer halben Milliarde. Es handelt sich dabei um ein Kassageschäft, die Schweizer Franken müssen also von der Stadt Linz tatsächlich und real angekauft werden (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 6). Schon das machte das Swap-Geschäft völlig unbeherrschbar.

- 3.3.4 Unabhängig davon war zu bedenken, dass die Stadt Linz das Geschäft ja nicht kündigen konnte, womit sie in der Hand der beklagten Partei war, die damit die Ausstiegskosten bestimmte. Aus diesem Grund meinten auch die Gerichtsgutachter, es müsse schon ex ante mit der beklagten Partei ein Ausstiegsszenario in Form eines Risikoleitfadens und einer Stop-Loss-Regelung vereinbart werden (Gerichtsgutachten, S 54, 58; Ergänzungsgutachten, S 17: *„Die Optimierungseignung [unter dem Gesichtspunkt der Beherrschung] kann bejaht werden, wenn die Stadt mit der BAWAG die realistischen Voraussetzungen eines Risikoleitfadens im Vorfeld geklärt hätte“*). Diese Voraussetzungen waren ebenfalls nicht erfüllt.
- 3.3.5 Dass der Gemeinderat rechtzeitig über den Ausstieg entscheiden konnte, war also ausgeschlossen. Blieb also nur – wie das Erstgericht überlegt (US 79 f) – die Notkompetenz des Bürgermeisters. Das wäre allerdings aus einer Mehrzahl von Gründen kein tauglicher Weg gewesen. Klar ist, dass jede Ausstiegsentscheidung des Bürgermeisters Glattstellungskosten ausgelöst hätte. Klar ist auch, dass die Ausstiegskosten erheblich mehr als EUR 30 Mio betragen hätten. Der Grund liegt darin, dass eine Ausstiegsschwelle unter EUR 30 Mio keinen Sinn gemacht hätte, das Geschäft wäre dann von vornherein ein Verlustgeschäft gewesen (Gerichtsgutachten, S 53; Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 15). Die Gerichtsgutachter setzten daher für den Swap 4175 aus Praktikabilitätsgründen eine Ausstiegsschwelle von EUR 100 Mio (Ergänzungsgutachten, S 16, 39) bzw. EUR 99 Mio (Ergänzungsgutachten, S 57) an.
- 3.3.6 Die Wahrscheinlichkeit von Glattstellungskosten von mehr als EUR 30 Mio und gegen EUR 100 Mio lag im Minimum zwischen 70 % und 100 % (bei einer Ausstiegsschwelle von EUR 31,4 Mio) bzw. zwischen 17,6 % und 47,1 % (bei einer Ausstiegsschwelle um rund EUR 90 Mio [SAM-Gutachten vom 29.12.2017, Beilage ./IC, S 26 f]). Glattstellungskosten führen zu einer unbedingten Zahlungsverpflichtung bzw. zumindest zu einer Haftung der Stadt Linz in dieser Höhe, und sie sind im gesamten Ausmaß unmittelbar budgetwirksam (siehe Punkt 3.3.7 f).
- 3.3.7 Die vom Bundesminister für Finanzen erlassene und bei Abschluss des Geschäfts geltende Verordnung, mit der Form und Gliederung der Voranschläge und Rechnungsabschlüsse der Länder, der Gemeinden und von Gemeindeverbände geregelt werden (Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung 1997 – VRV 1997 in der bei Abschluss des Swap 4175 geltenden Fassung, BGBl II Nr. 45/2006), verlangt, dass sowohl im Voranschlag als auch im Jahresabschluss der genannten Gebietskörperschaften die Einnahmen und Ausgaben nach den in der Verordnung vorgegebenen Gliederungsvorschriften in einem ordentlichen und in einem außerordentlichen Haushalt zu erfassen sind. § 4 Abs 3 VRV 1997 wiederum legt zwingend fest, dass der Schuldendienst einer Gemeinde zum ordentlichen Haushalt

gehört. Der Schuldendienst seinerseits besteht sowohl aus den zu zahlenden Zinsen als auch aus den einzelnen Tilgungen (Kontierungsleitfaden 2008 für Gemeinden, § 4 Abs 3, Anm. 1 [herausgegeben von der KDZ Managementberatungs- und Weiterbildungs GmbH]). Die jeweiligen Einnahmen und Ausgaben für den Voranschlag und den Abschluss sind in Anlage ./3b zur VRV 1997 in Gruppen und Untergruppen gegliedert.

3.3.8 Die VRV 1997 benennt Zinsen und Tilgungen für Finanzschulden ausdrücklich als Ausgaben der Gemeinden im ordentlichen Haushalt (es handelt sich dabei um die Gruppen 650, 651, 653 und 654 [Zinsen] und die Gruppen 345 bis 349, 355 bis 359 in der Anlage ./3b zur VRV 1997), welche im Rechnungsquerschnitt für Gemeinden unter den Ziffern 25 (Zinsen) bzw. 65 (Tilgungen) aufscheinen (Anlage ./5b zum Rechnungsquerschnitt für Gemeinden). Nicht erwähnt in den VRV 1997 sind jedoch die laufenden Zahlungen und die Glattstellungskosten aus Derivatgeschäften. Der genannte Kontierungsleitfaden weist allerdings die Ausgaben aus Derivatverträgen dezidiert der Gruppe 650 der Anlage ./3b zur VRV 1997 (Zinsen aus Finanzschulden) zu. Nicht getrennt wird dabei zwischen den laufenden Zahlungen aus Derivatgeschäften und allfälligen Glattstellungskosten. Das ist insofern konsequent, als die Glattstellungskosten aus Sicht der kameralistischen Buchhaltung lediglich die aufsummierten künftigen Zinszahlungen darstellen. Das heißt aber, dass die laufenden Zahlungen aus Derivatgeschäften und die gesamten Glattstellungskosten als Teil des Schuldendienstes Ausgaben im ordentlichen Haushalt der Stadt Linz sind. Detailliert dargestellt hat das der ehemalige Finanzdirektor Dr. ██████████ (██████████, ██████████) (Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, 5 ff).

3.3.9 Angesichts des Ausmaßes der Glattstellungskosten, um die es geht, wäre die Stadt Linz nicht in der Lage gewesen, diese aus dem ordentlichen Budget zu bezahlen. Bereits aus dem Haushaltsvoranschlagsentwurf 2007 ersieht man, dass sich die Stadt Linz durch Darlehensaufnahmen von EUR 29 Mio neu verschulden musste (Beilage ./FT1). Der Bürgermeister der Stadt Linz hätte also gleichzeitig mit der Entscheidung über den Ausstieg aus dem Swap-Geschäft auch eine Entscheidung über die Aufnahme eines Kredits treffen müssen, der zwischen EUR 30 Mio (mindestens) und EUR 100 Mio (vernünftige Ausstiegsschwelle) gelegen wäre. Die Notkompetenz, die nur für außerordentliche Sonderfälle geschaffen ist, wäre damit von vornherein ein Teil der Stop-Loss-Strategie bzw. eines Risikoleitfadens geworden, also wäre sie gleichsam für die Zwecke des Finanzmanagements institutionalisiert worden. Dafür wurde die Notkompetenz nicht geschaffen (siehe Punkt 3.3.10 ff).

3.3.10 In die alleinige Zuständigkeit des Gemeinderates, dem die grundsätzlichen Entscheidungen zufallen und dessen unter Funktionsvorbehalt stehenden Aufgaben keinem anderen Organ übertragen werden dürfen (*Stolzlechner* in *Kneihls/Lienbacher*

[Hrsg] Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht¹ Art 117 B-VG S 13 f), fällt es, den jährlichen Voranschlag der Gemeinde zu beraten und zu beschließen. Die Wichtigkeit dieser Aufgabe zeigt sich daran, dass nach Artikel 117 B-VG die Öffentlichkeit dabei nicht ausgeschlossen werden darf.

- 3.3.11 Ausdruck dieser verfassungsrechtlich vorgegebenen Budgethoheit des Gemeinderates (vgl. *Hengstschläger*, 16. Teil, Gemeindehaushaltsrecht Rz 130 in *Pabel* [Hrsg.], Gemeinderecht [2008]) sind die §§ 52 Abs 1 StL 1992 (mit der Pflicht, für jedes Rechnungsjahr einen Voranschlag aufzustellen, der Grundlage für die Führung des Haushalts ist) und 53 Abs 1 StL 1992 (wonach die Feststellung dieses Voranschlages in die alleinige Kompetenz des Gemeinderats fällt). Das Eingehen von Verbindlichkeiten, das Ausgaben erzeugt, die im Voranschlag nicht enthalten sind, bedarf der Beschlussfassung durch den Gemeinderat, für die entweder ein Nachtragsbudget zu erstellen oder eine Überschreitungsermächtigung einzuholen ist (§ 54 StL 1992).
- 3.3.12 Dürfte der Bürgermeister gleichsam institutionell als Teil des Finanzmanagements und des Risikoleitfadens jedes Mal über den Ausstieg und damit gleichzeitig über das Entstehen von Verbindlichkeiten derartigen Ausmaßes entscheiden, wäre das eine Umgehung der verfassungsrechtlich und gesetzlich verankerten Budgethoheit der Gemeinde. Sie käme der automatischen Übertragung der Rechte eines demokratischen Organs auf ein monokratisches Verwaltungsorgan gleich und wäre damit unwirksam. Die Auslegung der Notkompetenz des Bürgermeisters, mit der er im Rahmen einer allgemein gültigen Stop-Loss-Strategie gleichsam alleine über nicht budgetierte Ausgaben in Millionenhöhe entscheiden könnte, widerspräche damit dem Gebot der verfassungskonformen Interpretation.
- 3.3.13 Die Notkompetenz des Bürgermeisters würde aber darüber hinaus auch dann nicht funktionieren, wenn die Finanzierung der Ausstiegskosten der aufsichtsbehördlichen Bewilligung unterliegt. Dazu wird im Detail unter Punkt 5. (aufsichtsbehördliche Bewilligung) Stellung genommen. Auch daran scheitert die Beherrschbarkeit des Swap-Geschäftes.
- 3.4 Die sonstigen Voraussetzungen der Optimierungseignung
- 3.4.1 Nach der Meinung des Erstgerichtes, die es bereits im Beschluss vom 7. Juni 2014 zum Ausdruck gebracht hat, ist der Begriff der Optimierung so zu verstehen, dass durch die Übernahme eines kontrollierbaren Risikos die Zahllast aus der Schweizer Frankenleihe reduziert wird. Demnach ist weder ein risikoloses Wirtschaften ohne jeden Ertrag vom Begriff der Optimierung gedeckt noch ein auf die Ertragsmaximierung abstellendes hoch riskantes Agieren. Erst wenn feststeht, dass ein Geschäft überhaupt

einen angemessenen Ertrag (in concreto also die dauernde Senkung der Zinsen) liefert, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das dafür in Kauf genommene Risiko unter kommunalrechtlichen Gesichtspunkten noch zulässig ist. Das ist es nicht, wenn das übernommene Risiko entweder unkontrollierbar ist, oder wenn es geeignet ist, die Leistungsfähigkeit der Kommune nachhaltig zu gefährden.

- 3.4.2 Die Gerichtsgutachter hatten in ihrem ersten Gutachten vom 31. Juli 2016 („*Gerichtsgutachten*“) aus finanztechnischer Sicht ein ähnliches Begriffsverständnis. Auf Seite 31 des Gerichtsgutachtens liest man nämlich Folgendes: *„Die Optimierung eines Portfolios ist eine klassische Fragestellung, die mit vielen unterschiedlichen Ansätzen untersucht wurde. Die gängigste Form der Optimierung geht auf Markowitz zurück und zielt auf die Maximierung des erwarteten Betrages bei vorgegebenem Risiko, gemessen an der Varianz, ab. Ganz typisch ist hierbei die Reduktion des Risikos. [...] Es gibt hier im Prinzip zwei Möglichkeiten des Vergleichs: Man spezifiziert das maximal akzeptable Risiko und sucht dann das Portfolio, welches die erwartete Rendite maximiert, oder umgekehrt – man sucht zu einer Zielrendite das Portfolio mit dem geringsten Risiko.“* Das bedeutet aber nichts anderes, als dass auch nach der Finanztheorie Risiko und Ertrag in einem wirtschaftlich vernünftigen Verhältnis zueinanderstehen müssen, um von einer Optimierungseignung sprechen zu können.
- 3.4.3 Die Gerichtsgutachter nutzten in der Folge eine Vielzahl von Modellen, die bei einem einfachen historisch-statistischen Modell beginnen und zu einer komplexen risikoneutralen Betrachtung führen. Damit ergab sich eine breite Palette an Ergebnissen, die naturgemäß zu verschiedenen Interpretationen der Parteien mit – auch aus Sicht des Erstgerichtes – teilweise berechtigter Kritik führte. Allerdings reichten dem Erstgericht die in den Gutachten sichtbar gewordenen Tendenzen und die ex ante nicht auszuschließenden existenzbedrohenden Risiken aus, um die für die Verneinung der Optimierungseignung notwendigen Schlussfolgerungen zu ziehen (US 47): Aus den vorliegenden Gutachten ergibt sich nach der festen Überzeugung des Erstgerichtes, dass der Swap 4175 nicht optimierend gewesen ist (US 78). Daran ändere auch die gegen das Gutachten vorgebrachte Kritik nichts *„[d]ie von der Klägerin monierten Fehler in den Berechnungen wurden teilweise korrigiert, darüber hinaus verstärken die [zu ergänzen: von der Stadt Linz vorgelegten] Alternativberechnungen und Einwendungen die auch aus den Ergebnissen der Sachverständigen ohnehin bereits ableitbaren Schlüsse nur noch mehr, ändern aber nicht die Grundaussage“* (US 47).
- 3.4.4 Es geht – so das Erstgericht – eben nicht an, lediglich von einem „Best-Case-Szenario“ auszugehen (US 105). Von ordnungsgemäß agierenden Marktteilnehmern sei nämlich zu erwarten, dass sie in realistischer Weise denkmögliche negative Szenarien auch über die eigene Markterwartung hinaus vor Geschäftsabschluss prüfen (US 68). Dass

der Eintritt solcher negativen Szenarien nicht bloß unwahrscheinlich, sondern geradezu erwartbar war, ergäbe sich aus den Gutachten.

- 3.4.5 Die Gerichtsgutachter hatten sich allerdings (worauf sich die beklagte Partei in ihrer Berufung naturgemäß stützt) ihre eigenen Berechnungen mit folgenden Worten relativiert: *„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 hohe Bandbreite an Ergebnissen besonders deutlich. Die statistische Unsicherheit kann umgekehrt auch dazu benutzt werden, bestimmte Klassen von Modellen zu selektieren, um die Wahrscheinlichkeiten entweder besonders hoch oder besonders niedrig aussehen zu lassen.“* (Ergänzungsgutachten, S 36); ebenso: *„Es ist also immer möglich, dass jemand durch eine gezielte Auswahl des Beobachtungsintervalls eine bestimmte Drift für angemessen hält und dann fordert, man möge doch diese oder jene stark positive oder stark negative Drift zur Simulation künftiger Kursverläufe verwenden, die einen, um das Risiko kleinzureden, die anderen, um das Risiko besonders gefährlich aussehen zu lassen“* (Ergänzungsgutachten, S 24).
- 3.4.6 Damit wollten die Gerichtsgutachter, wie sie in der öffentlichen Verhandlung klargestellt haben, nur zum Ausdruck bringen, dass es eine ganz erhebliche Modellbreite gibt, die verschiedene Interpretationen zulässt (Uwe Wystup, Protokoll vom 12. März 2019, ON 570, S 5, so etwa, dass eine Optimierungseignung bereits dann gegeben ist, wenn in einem einzigen Modell ein Risiko akzeptiert wird, das dazu führt, dass sich das Portfolio verbessert, wobei das Erstgericht klargelegt hat, dass dieser Optimierungsbegriff den rechtlichen Vorgaben bei weitem nicht entspricht, was ein Blick auf die Auslegung des Begriffs der Optimierungseignung sofort zeigt [US 78 ff]); sie bestätigten aber, dass sie die vorgestellten Modelle nach bestem Wissen und Gewissen ausgesucht hätten (Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 23; weitere Zitate zur Tauglichkeit der gewählten Modelle sind unter Punkt III. 25.). Deshalb kam letztlich das Erstgericht (US 104) zum Ergebnis, dass die Gerichtsgutachter ihre Modelle nach wissenschaftlichen Kriterien und ergebnisoffen gerechnet hätten. Nachdem sich die beklagte Partei aber im Rahmen ihrer Berufung auf einzelne Aussagen der Gerichtsgutachter stützt, die – auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich nur um verschiedene Modellannahmen gehandelt hat – nicht den Vorgaben des Gerichtes zur Optimierungseignung entsprachen und auch in bestimmten Bereichen wissenschaftlich äußerst anfechtbar waren, geht die Stadt Linz im folgenden Punkt 3.5 darauf ein.
- 3.4.7 Die weitere Notwendigkeit für ein näheres Eingehen ergibt sich auch aus dem Urteil des Erstgerichtes selbst. Dieses wies darauf hin (US 47), dass die von der Stadt Linz bereits im Verfahren aufgezeigten Widersprüche und Diskrepanzen vonseiten des Gerichtes

deshalb nicht nachgegangen worden war, weil es schon aus anderen Gründen die fehlende Optimierungseignung verneint hatte und dann ausgeführt, „[...] *lediglich die von der Klägerin begehrten weiteren Bewertungen und Schlüsse im Zusammenhang mit der Optimierungseignung, konkret mit der Frage, ob der Swap eine Verringerung der Zahllast erwarten habe lassen, also ex ante das Fremdfinanzierungsportfolio überhaupt positiv beeinflussen habe können, wären als relevant noch anzustellen, sofern entgegen sämtlicher hier vertretenen Argumente die Gültigkeit des Swap 4175 nur noch von dessen Optimierungseignung abhinge*“. In diesem Zusammenhang beantragt die Stadt Linz, sollte das Berufungsgericht den in Punkt 3.5 aufgezeigten und vom Erstgericht noch nicht festgestellten Sachverhalt für rechtlich relevant halten, diesen ergänzend festzustellen.

3.5 Die Kritik an einzelnen Aussagen der Gerichtsgutachter

- 3.5.1 Die Stadt Linz hatte bereits während des Verfahrens immer wieder die mentale Nähe der Gerichtsgutachter zu Verständnis und Jargon der Finanzwirtschaft kritisiert. Diese kam vorerst in bestimmten Tendenzen bei der Modellwahl und deren Verteidigung zum Ausdruck (so etwa, als die Gerichtsgutachter bei der Beantwortung der Frage B 7 auf die Widersprüche hinsichtlich der Maßzahl für das Risiko hingewiesen, sich wörtlich damit rechtfertigten: „[d]ie *getroffene Kernaussage von einer solchen Unterschätzung unberührt, da entsprechend [einfach] eine andere Maßzahl für das Risiko herangezogen werden kann, um die Aussage [der Gerichtsgutachter] auch unter veränderten Parametern zu bestätigen*“.) Auch zum Begriff der Optimierung vertraten die Gerichtsgutachter in der späteren Phase des Verfahrens eine gegenüber den Vorgaben des Erstgerichtes „extravagante“ Meinung, dass dieses zur Klarstellung, es gehe, rechtlich gesehen, von einem anderen Optimierungsbegriff aus, veranlasst hat (Protokoll 12. März 2019, ON 570, S 5).
- 3.5.2 Zu beiden Themenbereichen fiel allerdings der offensichtliche Widerspruch zu ihrem theoretischen Ansatz bei der Beurteilung der verschiedenen Privatgutachten ins Auge, den sie im (ersten) Gerichtsgutachten noch vertreten hatten. Was die historisch-statistischen Modelle anlangt, waren das die verwendeten Zeitreihen und die Außerachtlassung der Markterwartung, obwohl diese zu mehr als 90 % von fallenden Terminkursen ausging (US 40). Was den Optimierungsbegriff angeht, führten die Gerichtsgutachter völlig überraschend und abweichend von ihrem theoretischen Ansatz im (ersten) Gerichtsgutachten dann im Ergänzungsgutachten plötzlich eine Art „subjektive Wohlfühltheorie“ ein. Da die beklagte Partei – wie gesagt – ihre Berufung zur Optimierungseignung naturgemäß darauf stützt, ist darauf einzugehen. Dabei behandeln die Punkte 3.5.3 bis 3.5.6 die Datenhistorie, die darauffolgenden Punkte 3.5.7 bis 3.5.9, die Nichtberücksichtigung der Markterwartung im historisch-statistischen Modell und der Punkt 3.5.10 die subjektive Wohlfühltheorie der

Gerichtsgutachter sowie die Fokussierung allein auf den jährlichen Zahlungsfluss bei der Prüfung der Optimierungseignung.

3.5.3 Die Gerichtsgutachter hatten für ihre historisch-statischen Modellberechnungen zwei Zeitreihen verwendet, und zwar einmal fünf Jahre und das andere Mal sieben Jahre. Aus der Kursentwicklung in der Vergangenheit wird im Modell auf die Zukunft geschlossen. Es liegt auf der Hand, je kürzer die verwendete Datenhistorie ist, desto beliebiger sind die Ergebnisse der Hochrechnung. Deshalb haben sich die Gerichtsgutachter bereits in der Einleitung ihres (ersten) Gerichtsgutachtens dahingehend geäußert, dass *„[d]er verwendete Horizont [...] möglichst lang sein [soll], um bestmögliche Erfahrung mit einfließen zu lassen“* (Gerichtsgutachten, S 31). Dass sie dennoch lediglich eine Zeitreihe von sieben Jahren genommen haben, was ihnen die Stadt Linz aufgrund dieser Aussage vorwarf, begründeten sie damit, dass eine Verlängerung der Datenhistorie zwar möglich sei, dass es dabei aber die mit der Einführung des Euro verbundenen Verwerfungen zu berücksichtigen gelte. Unstrittig war, dass eine – gegenüber den verwendeten Zeitreihen – längere Datenhistorie dem von den Gutachtern verwendeten historisch-statistischen Simulationsmodell mehr Stabilität und Sicherheit geben würde. Das haben sie auch später zugegeben:

- Es sei offensichtlich, *„[...] dass die Verwendung einer ca. achtjährigen Historie für die Prognose in die zehnjährige Zukunft die Risiken für auftretende Großereignisse noch unterschätzt. Dies sollte bei der Interpretation der Ergebnisse mit beachtet werden“* (Gerichtsgutachten, S 148); *„[...] sodass im Ergebnis bei einer länger gewählten Zeitreihe die Ergebnisse wohl eine Optimierungseignung eher ausschließen.“* (Uwe Wystup, Protokoll vom 12. März 2019, ON 570, S 6).
- *„Das Risiko, das man eingeht, wenn man ausschließlich eine kurze Zeitreihe heranzieht, liegt ja darin, dass man mögliche Szenarien übersieht bzw. nicht erkennt, weil sie eben in dieser kurzen Historie nicht vorgekommen sind, wohingegen sie dann vielleicht bei Heranziehen eines längeren Zeitraums doch sichtbar werden“* (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 11).
- *„So wäre es z.B., um an die frühere Diskussion anzuknüpfen, natürlich möglich, mit einer positiven Drift zu rechnen, wenn man als Kämmerer beispielsweise nur eine 5-Jahres-Historie herangezogen hätte und daher von einem steigenden Kurs ausgegangen wäre, wobei dann die Gefahr besteht, dass man sich zum Schluss selbst in die Irre führt“* (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 10).

3.5.4 Die Frage, ob es überhaupt zulässig sei, bei einem historisch-statistischen Simulationsmodell und einem Prognosezeitraum von zehn Jahren eine Datenhistorie

von lediglich sieben oder acht Jahren zu verwenden, ließen die Gerichtsgutachter zwar im Verfahren offen, sie hatten sich aber bei der Beurteilung der verschiedenen Privatgutachten bereits sehr deutlich positioniert. Einer der Privatgutachter (Mark Wahrenburg) hatte nämlich in seinem – von den Gerichtsgutachtern zu beurteilenden – Modell ebenso eine historisch-statistische Simulation verwendet. Die Gutachter haben dieses Modell folgendermaßen kritisiert: *„Der verwendete Zeitraum von 1998 – 2007 [der sogar länger als die von den Gerichtsgutachtern verwendete Datenhistorie war] scheint unter Berücksichtigung der langen Historie von Währungen und immer wiederkehrenden Umstürzen als zu kurz, um eine tiefgehende Aussage über die Risikohaftigkeit des Swaps machen zu können“* (Gerichtsgutachten, S 100). Eine Seite weiter werden die Gutachter noch deutlicher: *„Die alleinige Konzentration auf den Verlauf des EUR-CHF-Wechselkurses von Beginn der Währungsunion an bis zum Jahr 2007 gibt keinen ausreichend verlässlichen Blick auf das tatsächlich dem Swap anhaftende Risiko. Hierzu müssen langfristige Betrachtungen benutzt werden [...]“* (Gerichtsgutachten, S 101).

- 3.5.5 Aus den daraufhin von der Stadt Linz in Auftrag gegebenen Gutachten bei der Sachsen Asset Management GmbH („SAM“), die als Beilage ./HO, Beilage ./HS und Beilage ./IC („SAM-Gutachten“) dem Gericht vorliegen, sieht man sehr deutlich die Auswirkungen einer auch nur geringfügigen Verlängerung der Datenhistorie: Erweitert man die Datenhistorie im gleichen Modell auf bloß zehn Jahre, steigt das Risiko exponentiell, eine Zinsenverbilligung ist für die Stadt Linz ebenfalls praktisch nicht mehr zu erwarten. Bei einer Verlängerung auf 15 Jahre bringt der Swap 4175 nicht nur keine Zinsverbilligung, sondern er führt sogar zu einer Zahlungspflicht von rund EUR 43 Mio. Mögliche Gesamtzahlungen, die unter dem Gesichtspunkt „Value-at-Risk“ („VaR“) zu erwarten sind, gehen bis zu EUR 400 Mio, auch wenn die Stadt Linz nicht aussteigt (siehe Punkte 3.7 und 3.8).
- 3.5.6 Zu welcher Missinterpretation eine zu kurz gewählte Datenhistorie führt, zeigt ein Vergleich des Simulationsmodells mit fünf und sieben Jahren. Bei einer nur um zwei Jahre längeren Datenhistorie, als es das Modell mit fünf Jahren ist, halbiert sich die theoretische Zinsenverbilligung durch das Swap-Geschäft von EUR 32 Mio auf nur EUR 16 Mio. Während bei einer fünfjährigen Datenhistorie das Risiko für die Stadt Linz sinkt, steigt es bei der siebenjährigen Datenhistorie exponentiell an. Dass ein historisch-statistisches Modell mit einer so kurzen Datenhistorie keine plausiblen und wissenschaftlich belastbaren Ergebnisse bringt, wurde nachgewiesen: Legt man nämlich die Modellerwartungen der Gutachter zugrunde, so lag die Wahrscheinlichkeit, dass der EUR/CHF-Wechselkurs in der Laufzeit des Swap die Schwelle von 1,26 unterschreiten würde, nur bei 1 Promille. Ein Sinken des Wechselkurses von 1,62 auf 1,26 (das sind rund 23 % gegenüber dem Ausgangskurs) innerhalb eines Beobachtungszeitraumes von zehn Jahren war damit nur einmal in tausend Jahren zu

erwarten. Ein Sinken auf die Parität zwischen Schweizer Franken und Euro sogar nur einmal in hunderttausend Jahren (SAM-Gutachten vom 7. Oktober 2016, Beilage ./HO, S 15 f). Unabhängig davon, dass auch eine siebenjährige Datenhistorie wissenschaftlich kaum zu halten ist (wobei nur die Schwierigkeiten durch die mit der Einführung des Euro verbundenen Verzerrungen als Argument herhalten könnte), ist die Optimierungseignung mit einer bloß fünfjährigen Datenhistorie ermitteln zu wollen, jedenfalls untauglich. Auch das haben die Gerichtsgutachter, wie die Zitate unter dem vorangehenden Punkt 3.5.3 zeigen, letztlich zugestanden.

- 3.5.7 Nach den Feststellungen des Erstgerichtes (US 40) war zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aus den fallenden Terminkursen bei den Optionen ableitbar, dass der Markt mit sehr hoher risikoneutraler Wahrscheinlichkeit von im Durchschnitt 90 % davon ausging, dass innerhalb der Laufzeit des Swap der EUR-CHF-Wechselkurs unter 1,54 fallen und dass ab dem vierten Jahr auch mit erhöhten Zinszahlungen zu rechnen sei; innerhalb von acht Jahren war sogar ein Unterschreiten der Schwellengrenze von 1,45 wahrscheinlich. Diese Markterwartung im Zusammenhang mit der Beurteilung der Optimierungseignung in der Modellrechnung nicht zu berücksichtigen, war unvertretbar, wie die Gerichtsgutachter selbst im Zusammenhang mit der Beurteilung der Privatgutachten ausgeführt haben.
- 3.5.8 Einer der Privatgutachter, es war wiederum Mark Wahrenburg, hatte sich nämlich allein auf einen bestimmten Ausschnitt des EUR/CHF-Wechselkurses in der Vergangenheit konzentriert und die Markterwartung unberücksichtigt gelassen. Die Gerichtsgutachter kritisierten mit Blick darauf, dass ein solches Modell *„keinen ausreichend verlässlichen Blick auf das tatsächlich dem Swap anhaftende Risiko [gibt]“*. Hierzu müssten längerfristige Betrachtungen benutzt *„[...] und alternative Quellen, wie etwa Optionspreise [das sind die vom Erstgericht angesprochenen Terminkurse], mit einbezogen werden“* (Gerichtsgutachten, S 101). Was den Verzicht auf die Berücksichtigung der Terminkurse angeht, heißt es am Schluss der Ausführungen der Gerichtsgutachter unmissverständlich, dass *„[d]ie Schätzung ohne Drift ein ebenso fragwürdiges Verfahren [ist], welches auch dem GA Wahrenburg entnommen ist“* (Gerichtsgutachten, S 134) bzw. *„Die Methodiken sind als ungeeignet einzustufen“* (Gerichtsgutachten, S 101). Einer der Gerichtsgutachter, Uwe Wystup, bestätigte im Rahmen der mündlichen Verhandlung, dass *„[...] dass die Forwards langfristig nicht zu vernachlässigen sind.“* (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 18).
- 3.5.9 SAM hat – über Auftrag der Stadt Linz – beim historisch-statistischen Modell der Gerichtsgutachter simuliert, ob der Swap 4175 überhaupt noch zur Optimierung geeignet war, wenn man die Terminkurse berücksichtigt. Sie kamen zum Ergebnis, dass in einem solchen Fall die Optimierungseignung zu verneinen ist (SAM-Gutachten vom 6. April 2018, Beilage ./IC, S 25 f). Das hat einer der Gerichtsgutachter, Uwe

Wystup, in der Verhandlung am 13. Mai 2019 über entsprechende Befragung, auch durch das Erstgericht, ausdrücklich bestätigt (Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 26; „[...] *es stimmt, wenn sich der tatsächliche Kurs an den Terminkursen orientiert [...] und aus dem Swap würde kein Vorteil resultieren.*“).

3.5.10 Das Erstgericht hatte den Auftrag an die beiden Gerichtsgutachter damit verbunden, dass sie von jenem Begriff der Optimierung ausgehen sollten, den das Erstgericht definiert hatte und der oben schon mehrmals wiedergegeben wurde (Gerichtsbeschluss vom 7. Juni 2017: *„Dazu war vorab den Sachverständigen vorzugeben, wie sie den Begriff der Optimierung zu interpretieren haben“*). Waren diese anfangs noch dabei geblieben, so tauchte im Ergänzungsgutachten plötzlich ein eigentümliches, jetzt subjektiv geprägtes Verständnis vom Begriff der Optimierung auf: *„Aus Sicht des üblichen Marktjargons [?] ist ein strukturiertes Geschäft dann als Optimierung zu verstehen, wenn sich die Konditionen des Geschäfts unter Einbeziehung einer Marktmeinung [!] ohne Mehrkosten verbessern oder zumindest besser anfühlen[?]. Gelangt ein Kunde zu der subjektiven Überzeugung [!], dass er unter Inkaufnahme eines aus seiner Sicht unplausiblen Restrisikos seine Zahlungsströme verbessert, galt ein Geschäft in der ersten Dekade als Optimierung. Eine quantitative Analyse wurde hierzu in aller Regel nicht durchgeführt.“* (Ergänzungsgutachten, S 39).

3.5.11 Sich gegen die offenbar ganz herrschende Markterwartung professioneller Marktteilnehmer zu stellen, mag vielleicht das Verhalten eines besonders wagemutigen Spekulanten sein, es entspricht aber nicht dem objektiv erwartbaren Verhalten einer Gemeinde, die, dem Effizienzprinzip unterworfen, das fremde Vermögen sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig einzusetzen hat. Die beklagte Partei scheint in ihrer Berufung diesen subjektiven Optimierungsbegriff, auf die Gerichtsgutachter zurückgreifen, wieder aufnehmen zu wollen. Abgesehen davon, dass vor dem kommunalrechtlichen Hintergrund ein derartiger subjektiver Optimierungsbegriff nicht in Betracht kommt, hat sich diese Meinung der Gerichtsgutachter aber erledigt, da Uwe Wystup in der Verhandlung am 13. Mai 2019 ausdrücklich bestätigte, diese Aussage habe nur das Verhalten bestimmter Marktteilnehmer in der Vergangenheit beschreiben wollen, sie bedeute aber keineswegs die Bestätigung der Optimierungseignung des Swap 4175 (Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 23: *„[...] die Ausführungen zur Wohlfühltheorie sollen nicht die herangezogenen Berechnungen ersetzen oder abändern. Sie dienen lediglich zur Information, wie Marktteilnehmer unserer Erfahrung nach letztlich entschieden haben oder entscheiden.“*). Allerdings erklärt sich damit, warum das Geschäft zugunsten der beklagten Partei funktioniert hat, wie Uwe Wystup (Protokoll 11. März 2019, ON 569, S 18) erklärt: *„Wenn man sich in unserem Gutachten ON 427 den Chart auf Seite 146 ansieht, erkennt man schön, wieso der Swap eigentlich funktioniert hat. Man sieht, dass die Terminkurse nach unten gehen und daher die Wahrscheinlichkeit groß war, dass die Optionen im Geld landen“*.

3.6 Die Berufungsausführungen der beklagten Partei

- 3.6.1 Angesichts des Sachverhalts und der überzeugenden Ausführungen des Erstgerichtes lassen sich die Behauptungen der beklagten Partei, weshalb der Swap 4175 – allen Ergebnissen zum Trotz – dennoch optimierend gewesen sein soll, einfach und kurz widerlegen.
- 3.6.2 Entgegen dem Versuch der beklagten Partei, die Optimierung auf einen mehr oder weniger beliebigen, nicht fassbaren umgangssprachlichen Begriff zu reduzieren, hatte dieser bereits in der Anfang der 2000er Jahre veröffentlichten Literatur einen festen Begriffsinhalt im Zusammenhang mit dem Finanzmanagement der öffentlichen Hand (siehe Punkt 2.4.1). Ein Umstand, der auch der beklagten Partei hätte bekannt sein müssen. Auch wenn einzelne Details möglicherweise durch entsprechende Exploration seitens der Bank im Zusammenhang damit noch jeweils ermittelt werden mussten, war klar, dass ein Geschäft nicht existenzbedrohende Risiken für eine Kommune enthalten darf, noch dazu, wenn der mögliche Ertrag beschränkt war.
- 3.6.3 Die Behauptung, für die Qualifikation als optimierend hätte es bereits genügt, wenn der Swap 4175, wenn auch vielleicht nur kurz, eine Zinsverbilligung bringt, steht selbst im Gegensatz zur Begrifflichkeit der Finanzwelt (Gerichtsgutachten, S 31). Dem Erstgericht folgend, kann ein Geschäft, das ohne Rücksicht auf Risiko und Verluste nur einen kurzfristigen Gewinn verspricht, niemals optimierend sein (ebenso bereits 8 Ob 11/11t). Dass das Risiko des Swap 4175 alle Grenzen sprengt, musste der beklagten Partei schon bei Geschäftsabschluss klar sein. Dazu genügte der Blick auf die Konstruktion, das Volumen und das notwendige Risikobudget von EUR 133 Mio (wäre nicht die öffentliche Hand Vertragspartner gewesen, hätte die beklagte Partei den Erlag einer Sicherheit in dieser Höhe bei Vertragsabschluss sogar verlangen müssen).
- 3.6.4 Theoretisch wäre eine Qualifikation des Swap 4175 als optimierendes Geschäft unter dem Gesichtspunkt denkbar, dass – auf Dauer – eine Zinsverbilligung erreicht und das Risiko nicht erhöht werden würde. Das behauptet die beklagte Partei. Abgesehen davon, dass dann der Swap noch immer nicht beherrschbar war, weshalb die Optimierungseignung generell zu verneinen ist, kann sich die beklagte Partei dafür lediglich auf ein einziges Simulationsmodell der Gerichtsgutachter, nämlich jenes historisch-statistische Modell mit einer bloß fünfjährigen Datenhistorie, stützen. Dieses war allerdings unter dem Gesichtspunkt der Optimierungseignung nicht tragbar (siehe Punkte 3.5.2 bis 3.5.6). Aber selbst das würde nichts ändern, ergibt sich doch aus den anderen Modellen das genaue Gegenteil; auch diese waren nicht weniger plausibel und daher zu berücksichtigen. Es kommt eben, wie das Erstgericht urteilte, nicht auf ein Best-Case-Szenario an (US 105).

- 3.6.5 Dass das historisch-statistische Simulationsmodell der Gerichtsgutachter in den Grafiken auf Seite 35 f des Gerichtsgutachtens in 87 % der Fälle einen höheren (richtig: dichteren) Zahlungsstrom zeigt, sagt über die Optimierungseignung nichts aus: Der Mittelwert aller dieser Zahlungsströme, die insgesamt zu einer Zinsverbilligung von EUR 16 Mio (in den Modellen mit der siebenjährigen Datenhistorie) führen, stehen Zahlungen von mindestens EUR 223 Mio in einem Prozent der Fälle gegenüber.
- 3.6.6 Die Wortmeldung der Gerichtsgutachter auf Seite 39 ihres Ergänzungsgutachtens, wonach man den Swap nur dann nicht hätte abschließen wollen, wenn man extrem geringe Verlustwahrscheinlichkeiten von bloß drei aus zehntausend Fällen als bedrohlich empfunden hätte, ist wohl nur dem Bemühen der Gerichtsgutachter, den Fall offenzuhalten, geschuldet, ansonsten aber unverständlich: Das Gericht hatte von den Gerichtsgutachtern zwar auch untersuchen lassen, wie wahrscheinlich es war, dass bereits die laufenden Zahlungen aus dem Portfolio mit Swap die Schwellenwerte (von zumindest EUR 31,4 Mio) überschreiten, die Gutachter hatten aber nicht den Auftrag, dabei die Optimierungseignung zu prüfen. Der Grund liegt auf der Hand: Die Eignung des Swap-Geschäftes hing – auch nach Ansicht der Gerichtsgutachter – von einem Ausstiegsszenario im Rahmen des Risikoleitfadens ab. Daraus folgt, dass die sehr wahrscheinlich entstehenden Auflösungskosten mitzuberücksichtigen sind, es also nicht allein auf die laufenden Zahlungen ankommt. Die isolierte Betrachtung, ob die jährlichen Zahlungsverpflichtungen aus dem Swap 4175 die Schwellenwerte überschreiten, macht keinen Sinn, wenn man gleichzeitig weiß, dass die Stadt Linz mit Wahrscheinlichkeiten zwischen 76 % und 100 % Auflösungskosten von mehr als EUR 31 Mio erwarten musste.
- 3.6.7 Man darf – für die Beurteilung der wirtschaftlichen Optimierungseignung – natürlich auch nicht ausblenden, dass die Zahlungsverpflichtung nicht nur in einem einzigen Jahr, sondern während der gesamten Laufzeit neu entsteht. Selbst wenn die Wahrscheinlichkeit für die Überschreitung etwa einer Schwelle von EUR 31 Mio in jedem einzelnen Jahr bei null liegt, schließt das (nach der Wahrscheinlichkeitsberechnung) nicht aus, dass die Stadt Linz zwar niemals EUR 31 Mio, aber zum Beispiel jedes Jahr EUR 30 Mio zu bezahlen hat (in diesem Fall hätte die Wahrscheinlichkeitsberechnung noch immer null ergeben). Es kann wohl niemand ernsthaft annehmen, dass bei einer kumulierten Zahlungspflicht von EUR 300 Mio über die Laufzeit (10 Jahre) der Swap 4175 optimierend ist. Unterstellt man, dass die Auflösungskosten in etwa die erwarteten künftigen Zahlungsströme vorwegnehmen, so erkennt man, dass selbst auf dem Niveau 2 (also bei einem Schwellenwert von mehr als EUR 68 Mio) die Wahrscheinlichkeit, kumuliert für die gesamte Laufzeit, mehr als EUR 68 Mio bezahlen zu müssen, zwischen 28 und 61 % (Mittelwert 44 %) lag.

- 3.6.8 Letztlich ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Gerichtsgutachter bei ihrer Aussage den Schwellenwert 2 zugrunde gelegt haben, außer, um zu vermitteln, das Geschäft wäre nicht so gefährlich. Es war klar, dass als Schwellenwert EUR 31 Mio zu nehmen sind. Überdies ist unerfindlich, weshalb die Gerichtsgutachter gerade diesen Wert genommen haben, weisen doch die übrigen Berechnungsmodelle Wahrscheinlichkeiten bis zu 23 % aus (die gewählten 0,03 % kommen bei den 24 Modellen nur 4 mal vor). Dass das Erstgericht bei einer Wahrscheinlichkeit in mindestens einem Jahr während der Laufzeit schon mehr als EUR 31 Mio an laufenden Zinsen bezahlen zu müssen, als nicht unwesentlich ansah, ist daher absolut gerechtfertigt. Selbst die Gerichtsgutachter setzen die Erheblichkeitsgrenze relativ tief an, wenn sie Folgendes formulieren: *„Wenn ich beispielsweise unsere Tabelle auf Seite 23 des Ergänzungsgutachtens ON 522 heranziehe, und ich hier bei Niveau 1 eine Wahrscheinlichkeit von 1,71 % sehe, dann ist das eine Zahl, wo der Kämmerer zumindest schon überlegen muss, was tue ich, wenn dieser Fall schlagend wird“* (Protokoll 11. März 2019, ON 569, S 10 f).
- 3.6.9 Einer der letzten Vorwürfe der beklagten Partei (im Zusammenhang mit der Frage der Optimierungseignung) gegen das Erstgericht geht dahin, es habe dem Optimierungserfordernis im Gemeinderatsbeschluss, obgleich es sich nur um eine interne Anweisung gehandelt habe, eine Außenwirkung gegeben. Damit verstoße das Erstgericht nicht nur gegen die wörtliche Interpretation, es würde damit verlangen, *„der private Vertragspartner der Stadt [...] müsste darauf achten, dass er mit Linz nur solche Geschäfte abschließt, die ausschließlich zugunsten der Stadt ausgehen können. Das würde darauf hinauslaufen, dass Banken oder andere Vertragspartner 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 ja jederzeit ändern kann).“* (Berufung, S 75 f). Das wäre unzumutbar.
- 3.6.10 Abgesehen davon, dass es bei der Frage der Beachtung der Grenzen der Handlungsbefugnis eines Bevollmächtigten nicht um die Anwendung des § 867 ABGB, sondern einfach um die Grundsätze des Vollmachtsrechts geht, ist selbst die Vorstellung, eine Bank sollte sich, wenn sie ein Finanzgeschäft abschließt, um die Bedürfnisse und Anforderungen ihres Kunden entsprechend sorgen, keineswegs ungewöhnlich oder unzumutbar: Auf das Swap-Geschäft zwischen ██████████ ██████████ und der beklagten Partei waren die Wohlverhaltensregeln des WAG 1996, insbesondere die §§ 11 bis 14, anzuwenden. Bei den Wohlverhaltensregeln handelt es sich um Mindeststandards, die jeder Wertpapierdienstleister zu beachten hat, und zwar unabhängig davon, ob (wie die beklagte Partei behauptet) ein Beratungsverzicht der Stadt Linz vorlag oder nicht. Die Wohlverhaltensregeln, welche die schon bis dahin

geltende Rechtsprechung zu den Beratungspflichten positiviert haben, verlangen eine anleger- und objektgerechte Beratung des Kunden. Dafür ist nicht nur die Aufklärung des Kunden von Bedeutung, sondern, dem vorgelagert, die Erforschung der Bedürfnisse des Kunden. Was die beklagte Partei also im Zusammenhang mit dem Umfang der Vollmacht als unzumutbar abtut, hätte sie ohnehin zu beachten und zu befolgen gehabt.

3.7 Die Nichterfüllung auch der übrigen Kriterien einer Optimierungseignung

3.7.1 Das Erstgericht hat – ausgehend von seiner zutreffenden Rechtsansicht, wonach der Swap 4175 für die Stadt Linz unbeherrschbar war – sowohl die Frage, ob der Swap überhaupt die Zinsenlast, auf Dauer gesehen, senken würde, ebenso nur mehr cursorisch behandelt wie die unbeschränkte und damit existenzbedrohende Risikoerhöhung. Die Tatsache, dass das Geschäft, betrachtet man die Zahlungsströme über die gesamte Laufzeit, nichts zu einer Senkung der Zinsenbelastung beitrug, beseitigte ebenso die Optimierungseignung wie die Tatsache, dass sich das Risiko unbeschränkt und existenzbedrohend erhöht hat. Damit waren auch die Grenzen der Vollmacht des ■■■■■ ■■■■■ sieht man im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 – wie die beklagte Partei – eine zivilrechtliche Vollmacht, überschritten, und es war das Geschäft damit mangels Zustimmung des Geschäftsherrn nicht wirksam zustande gekommen. Ein Eingehen auf diese beiden Komponenten der Optimierungseignung wäre also an sich nicht mehr notwendig, weil ■■■■■ ■■■■■ angesichts der fehlenden Beherrschbarkeit des Produkts ohnehin bereits die Vertretungsmacht gefehlt hat.

3.7.2 Da aber die beklagte Partei in ihrer Berufung – zu Unrecht – nach wie vor die Optimierungseignung des Swap 4175 behauptet, muss die Stadt Linz im Rahmen der Berufungsbeantwortung auch darauf eingehen. Dabei sind naturgemäß Tatsachen vorzubringen, die sich zwar aus den Verfahrensergebnissen ohne weiteres ableiten lassen, die aber vom Erstgericht mangels Entscheidungswesentlichkeit in weiten Teilen nicht mehr festgestellt wurden. Die Stadt Linz beantragt daher, die im Folgenden zu den Themen „existenzbedrohende Risikoerhöhung“ und „mangelnde Eignung zur Senkung der Zinsenbelastung“ vorgetragenen Tatsachen, die ohnehin alle auf den bisherigen Verfahrensergebnissen beruhen, ergänzend festzustellen.

3.8 Existenzbedrohende Risikoerhöhung

3.8.1 Schon nach dem historisch-statistischen Modell der Gerichtsgutachter hat sich – bei einer Datenhistorie von lediglich sieben Jahren (dass die Verwendung einer fünfjährigen Datenhistorie ausscheidet, wurde oben gezeigt) – das Risiko der Stadt Linz, erhebliche Zusatzzahlungen leisten zu müssen, durch den Swap 4175 klar erhöht. Dabei geht es nicht nur um die Ausstiegskosten, sondern um die laufenden Zahlungen, wenn das

Geschäft bis zum Ende aufrechterhalten wird. Mögliche Ausstiegskosten sind – im Gegensatz zu den risikoneutralen Modellen des Ergänzungsgutachtens – im historisch-statischen Modell nämlich noch gar nicht berücksichtigt. Alle Risikoindikatoren, nämlich die Varianz und der Value-at-Risk, zeigen nach oben (der Value-at-Risk zeigt an, in welchem Ausmaß mit Mehrzahlungen zu rechnen ist; bei den üblichen Kennzahlen Value-at-Risk 99 % und Value-at-Risk 95 % bedeutet etwa ein Value-at-Risk 95 %, dass in 5 von 100 Fällen eine Zahlung von mindestens X zu erwarten ist; Mindestzahlung heißt also die Angabe einer Untergrenze).

- 3.8.2 Die Ergebnisse des historisch-statischen Modells, was die Risikosteigerung angeht, lassen sich so zusammenfassen: Die Varianz, also die gesteigerte Schwankungsbreite und damit ein Kennzeichen für die allgemeine Risikoerhöhung, stieg von 2×10^{14} auf 11×10^{14} . Beim Value-at-Risk von 95 % stieg die Zahllast von EUR 134 Mio auf EUR 148 Mio; beim Value-at-Risk von 99 % stieg die Zahllast von EUR 148 Mio auf EUR 223 Mio. Dem steht eine mögliche Reduzierung der Zinsenbelastung in diesem Modell im Mittel von EUR 16 Mio gegenüber. Da es sich bei den zum Value-at-Risk errechneten Zahlungen um eine Untergrenze handelt, blieb zusätzlich das unbeschränkte Risiko der Stadt Linz.
- 3.8.3 Der Swap verstieß also gegen zwei elementare Grundsätze des kommunalen Finanzmanagements: Einerseits unzulässig war das Eingehen eines unbeschränkten Risikos durch Verschreibung von Optionen und andererseits existierte ein Missverhältnis zwischen Risikoerhöhung und möglichen Erträgen. Angesichts einer Zahlungspflicht von mindestens EUR 223 Mio bei einem Value-at-Risk 99 % kann nicht mehr von einer „mäßigen“ Risikosteigerung (Gerichtsgutachten, S 9, 13) gesprochen werden.
- 3.8.4 Die Stadt Linz hat beantragt – diesbezüglich sind die Beweisanträge aufrecht, wie das Erstgericht auch konstatiert (US 47: allerdings bezieht sich das nicht nur auf die fehlende Eignung zur Zinsverbilligung, sondern auch auf die Risikoerhöhung) –, neben der Erweiterung der risikoneutralen Modelle auch entsprechende Modifikationen am historisch-statistischen Modell vorzunehmen, um das ganze Ausmaß der Risikoerhöhung wirklich abschätzen zu können.
- 3.8.5 Die Stadt Linz hat das durch entsprechende Untersuchungen von SAM bereits getan. Dabei kamen folgende Ergebnisse heraus:
- Bei einer Verlängerung der Datenhistorie auf lediglich 10 Jahre verfünffacht sich die Varianz. Der Value-at-Risk 95 % steigt um EUR 29 Mio (EUR 133 Mio/EUR 162 Mio), der Value-at-Risk 99 % sogar um EUR 83 Mio (EUR 148 Mio/EUR 231 Mio) (SAM-Gutachten vom 7. Oktober 2016, S 21, Beilage ./HO).

- Verlängert man die Datenhistorie bis ins Jahr 1992, erhöht sich der Value-at-Risk 95 % um EUR 214 Mio (= 548 %: EUR 39 Mio/EUR 253 Mio) und der Value-at-Risk 99 % um EUR 360 Mio (= 600 %: EUR 60 Mio/EUR 420 Mio). Die Varianz steigt auf über das Zwanzigfache (SAM-Gutachten vom 7. Oktober 2016, S 23, Beilage ./HO).
- Berücksichtigt man demgegenüber, bei gleicher Datenhistorie, im Modell der Gutachter die Zukunftserwartung des Marktes, bezieht man also die in den sogenannten „Forwards“ steckenden Zukunftserwartungen mit ein, so erhöht sich der Value-at-Risk 95 % um EUR 145 Mio (EUR 154 Mio/EUR 299 Mio), der Value-at-Risk 99 % um EUR 214 Mio (EUR 172 Mio/EUR 386 Mio). Die Varianz steigt auf das über das Siebzehnfache (SAM-Gutachten vom 7. Oktober 2016, S 25, Beilage ./HO). Selbst die Gerichtsgutachter (Uwe Wystup, Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 26) bestätigten, dass selbst aus finanztechnischer Sicht damit jede Optimierungseignung zu verneinen ist.

3.9 Der Swap 4175 ließ im Endeffekt eine Reduzierung der Zinsenbelastung nicht erwarten

- 3.9.1 Nach der Korrektur des ursprünglich fehlerhaften Gerichtsgutachtens am 26. Oktober 2016 (Ergänzung zu dem Gutachten vom 26. Oktober 2016, ON 444 [„*Korrigiertes Gerichtsgutachten*“]) verbesserte sich der Mittelwert der Zahlungen (die Zahllast der Stadt Linz sank also durch den Swap 4175) im Schnitt von EUR 107 Mio auf EUR 91 Mio (Korrigiertes Gerichtsgutachten S 14, das fehlerhafte erste Gerichtsgutachten hatte eine noch um 25 % höhere Verringerung der Zahllast errechnet). Das bedeutete, dass die Stadt Linz ex ante (jedoch ohne Berücksichtigung einer laut Gerichtsgutachter notwendigen Stop Loss-Strategie) erwarten durfte, dass ihr die Schweizer Frankenleihe mit Swap über die gesamte Laufzeit rund EUR 16 Mio weniger kosten würde als hätte sie ein Portfolio allein mit der Anleihe gehabt. Erkauft wurde dieser (überschaubare) Vorteil mit einer entsprechenden Risikoerhöhung (siehe Punkt 3.8).
- 3.9.2 Verlängert man im historisch-statistischen Modell der Gutachter die Datenhistorie oder berücksichtigt man die Zukunftserwartung des Marktes in Form der Terminoptionen, konnte die Stadt Linz ex ante überhaupt nicht mehr mit einer Verringerung der Zinsenlast rechnen (SAM-Gutachten vom 7. Oktober 2016, Beilage ./HO; und vom SAM-Gutachten vom 7. Dezember 2016, Beilage ./HS). Tatsächlich musste die Stadt Linz am Ende des Tages fürchten, dass sich durch das Hinzufügen des Swap 4175 zum Fremdfinanzierungsportfolio die Zinsenlast sogar um EUR 43 Mio (verwendet man eine Datenhistorie von 15 Jahren für die Berechnung) bzw. EUR 18 Mio (berücksichtigt man im historisch-statistischen Modell die Markterwartung) erhöhen würde. Bei einer

Datenhistorie von zehn Jahren zeigt die Berechnung, dass sich die Zinsenlast im Portfolio mit Swap 4175 um höchstens EUR 1 Mio senkt.

- 3.9.3 Nachdem die Modellvarianten 1 bis 24 im Ergänzungsgutachten im Wesentlichen eine Verbesserung der stochastischen Betrachtung und Genauigkeit der Ergebnisse lieferten, ließ die Stadt Linz untersuchen, ob diese Modellvarianten der Gerichtsgutachter die bisherigen Ergebnisse bestätigen, dass schon ex ante klar gewesen ist, dass sich die Zinsenlast des Fremdfinanzierungsportfolios der Stadt Linz durch den Swap 4175 nicht, zumindest aber nicht in einem Ausmaß, der die Risikoerhöhung rechtfertigt, verringert.
- 3.9.4 Das ist, wie die Untersuchung ergab (SAM-Gutachten vom 6. April 2018, Beilage ./IC), nicht der Fall, wenn man berücksichtigt, dass die Stadt Linz – nach dem Vortrag der beklagten Partei und den Aussagen der Gutachter – verpflichtet war, in einem Risikoleitfaden ex ante bestimmte Ausstiegsschwellen vorzusehen. So stellten die Gutachter schon im Gerichtsgutachten fest, dass die Festlegung von Ausstiegsschwellen in einem Risikoleitfaden unverzichtbar ist, um die Optimierungseignung bejahen zu können (Gerichtsgutachten, S 45).
- 3.9.5 Das Erstgericht hatte in seinem Auftrag vom 7. Juni 2017 lediglich wissen wollen, mit welcher Wahrscheinlichkeit bestimmte Schwellen überschritten werden, über denen ein Ausstieg der Stadt Linz notwendig war, weil es sonst wirtschaftlich untragbar wurde. Berücksichtigt man also bei der Frage nach einer möglichen Verringerung der Zinsenbelastung auch die Ausstiegskosten, so zeigt sich für die ersten vier Schwellenwerte (also Stop-Loss bei Niveau 1 bis Niveau 4) bei sämtlichen Simulationen, dass eine Verringerung der Zinsenlast auszuschließen ist, wenn die Stadt Linz bei den genannten Schwellen tatsächlich bzw. gezwungenermaßen aussteigt, weil das Risiko zu hoch wird. Das zeigen folgende Tabellen:

- Simulationsmodelle Varianten 1 bis 12:

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

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

- Simulationsmodelle Varianten 13 bis 24:

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

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

3.9.6 Bei dem (ohnehin schon hohen, aber wegen der kommunalrechtlichen Grenzen) naheliegenden Ausstiegsniveau von rund EUR 31 Mio war zu erwarten, dass die Stadt Linz im Ergebnis zwischen EUR 31,4 Mio (Maximum) und EUR 15,1 Mio (Minimum) mehr zahlen würde müssen, als hätte sie den Swap 4175 nicht abgeschlossen. Selbst bei einem extrem hohen Auflösungslevel von EUR 88 Mio (ein derartiges Risikobudget war angesichts der kommunalrechtlichen Beschränkungen nicht einmal im Ansatz denkbar) konnte die Stadt Linz mit keinem Ertrag aus dem Swap 4175 rechnen (das erwartete Ergebnis lag zwischen einer Verbesserung von EUR 100.000,00 und einer Verschlechterung von EUR 600.000,00). Für die Stadt Linz hätte also der Swap 4175 – unabhängig von der massiven Risikoerhöhung – keinen Verbesserungseffekt gehabt.

3.9.7 Damit zeigt sich nach sämtlichen Simulationsmodellen, dass der Swap 4175 nicht einmal seine eigentliche Funktion, die Zinsenlast der Stadt Linz zu senken, erfüllen konnte. Damit war ein weiteres Kriterium der Optimierungseignung von Vornherein nicht erfüllt.

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

4.1 Die Rechtsausführungen des Erstgerichtes

4.1.1 Bevor das Erstgericht auf die Frage einer möglichen nachträglichen Genehmigung des Swap-Geschäftes eingeht, macht es klar, dass es der Lösung dieser Rechtsfrage nicht bedarf, wenn man – wie das Erstgericht – davon ausgeht, dass das Swap-Geschäft nach § 78 Abs 1 StL der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurfte. In einem

solchen Fall kann die Unwirksamkeit nur durch einen Akt der Gemeindeaufsichtsbehörde den Nichtigkeitsgrund des § 78 Abs 3 StL beseitigen. Eine nachträgliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde hat die Stadt Linz nicht erlangt, wie sich aus Beilage ./BP ergibt. Dabei hat es sich zwar nicht um eine inhaltliche Absprache über die Genehmigungspflicht gehandelt. Zutreffend geht das Erstgericht aber davon aus, dass die Aufsichtsbehörde - angesichts der Gründe für die Zurückweisung des Bewilligungsantrags – von der grundsätzlichen Bewilligungsbedürftigkeit ausgegangen ist. Zweifelsohne richtig ist auch, dass ein nochmaliger Versuch, ohne Vorliegen eines dahingehenden konkreten Gemeinderatsbeschlusses die Genehmigung zu beantragen, keinen Sinn macht und der Stadt Linz nicht zumutbar ist. Ergänzend ist nur darauf hinzuweisen, dass eine nachträgliche Sanierung der Nichtigkeit jedenfalls auch dann ausscheidet, wenn dem vom Gericht bisher nicht behandelten Einwand des Verstoßes des Swap-Geschäftes gegen § 879 Abs 1 ABGB Folge gegeben würde.

- 4.1.2 Nach der Rechtsansicht des Erstgerichtes, kann eine Kommune nachträglich ein bis dahin schwebend unwirksam gebliebenes Geschäft genehmigen. Das muss nicht nur ausdrücklich sein, sondern es kann auch stillschweigend oder – wirkungsideal - im Weg einer Anscheinsgenehmigung geschehen, vorausgesetzt der Dritte hat tatsächlich darauf vertraut, dass ein solcher Genehmigungswille vorhanden gewesen ist und er durfte auch darauf vertrauen. Das Erstgericht betont in diesem Zusammenhang, dass an eine Anscheinsgenehmigung die „Messlatte“ des § 863 ABGB anzulegen ist. Es dürfe also kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln übrigbleiben, dass bei der Gemeinde die Genehmigungsabsicht bestand; das sei streng zu prüfen (US 98; in dieser Richtung auch 3 Ob 509/95: „[...] *Die Einhaltung von Formvorschriften [darf] nicht durch die Annahme des schlüssigen Abschlusses eines Vertrages umgangen werden*“).
- 4.1.3 Eine (nachträgliche) Genehmigungsabsicht – so das Erstgericht – habe aber weder bestanden, noch sei ein objektiver Tatbestand feststellbar, der einen solchen Schluss zulasse. Vielmehr habe der Gemeinderat in seinem am 7. April 2011 erstmals auf den Swap Bezug nehmenden Beschluss erklärt, dass dieser nicht unter den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 falle, wobei diese Aussage naturgemäß die Erklärung beinhaltet hat, der Gemeinderat wolle diesen Geschäftsabschluss nicht.
- 4.1.4 Die beklagte Partei habe sich zwar auch darauf gestützt, dass das Vernachlässigen der Kontrollpflicht durch den Gemeinderat bereits den Anschein einer nachträglichen Genehmigungsabsicht begründe, weil daraus eine Duldungsvollmacht abzuleiten sei. Dem stehe jedoch entgegen, dass die bloße Untätigkeit oder ein Stillschweigen des vorgeblich Vertretenen für die Annahme einer Anscheinsvollmacht nicht ausreicht (US 99, 101).

- 4.1.5 Außerdem sei das Erstgericht – im Einklang mit 5 Ob 52/11z – der Überzeugung, dass der Anschein einer nachträglichen Genehmigung nur vom angeblich Vertretenen, also hier dem Kollegialorgan Gemeinderat, kommen müsse (US 99).
- 4.1.6 Eine – auch schlüssige – nachträgliche Genehmigung des Geschäfts setze überdies voraus, dass dem Genehmigenden alle maßgeblichen Umstände des Geschäftes bekannt waren. Selbst wenn man – so das Erstgericht – von der Zurechnung des Wissens einzelner Gemeinderatsmitglieder oder anderer Organe der Gemeinde ausginge, wofür weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Begründung von Seiten der beklagten Partei geliefert worden war und die auch im Gegensatz zur Rechtsprechung (etwa 4 Ob 26/01d) stehe, hätte auch bei diesen keine ausreichende Kenntnis vorgelegen: Sie kannten weder die Struktur des Swaps noch das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung noch das Risiko (US 99). Selbst die breiteste Informationsquelle, die Debt-Management-Berichte des ██████████ für den Finanzausschuss, hätten irreführende Angaben enthalten. Sie ließen überdies die maßgeblichen Umstände, vor allem das tatsächlich mit dem Swap verbundene Risiko, im Dunkeln. Sie enthielten nicht einmal den unbedingt notwendigen Hinweis, dass sich ein Erstarren des Schweizer Franken „*doppelt negativ*“ auf die Position der Stadt Linz auswirken würde (ein Hinweis, den ██████████ trotz des angeblichen Beratungsverzichts der Stadt für unbedingt notwendig ansah). Der Kontrollamtsbericht sei zwar in seiner Allgemeinheit (was mögliche Zahlungspflichten angeht) richtig gewesen, er sage aber überhaupt nichts über den Swap 4175, seine Wirkungsweise oder seine Risiken aus. Aus den Rechnungsabschlüssen lasse sich, abgesehen davon, dass sich diese schon per se nicht zur Information über mögliche künftige Schäden und Risiken eignen, nicht das notwendige Wissen um das Geschäft ableiten (US 100).
- 4.1.7 Schließlich habe die beklagte Partei keinen Nachweis erbracht, dass sie auf eine (nachträgliche) Genehmigungsabsicht des Gemeinderats vertraut habe. Das sei aber notwendig, um den Vertrauensschutz zu begründen.
- 4.1.8 Die Genehmigung durch Vorteilszuwendung komme deshalb nicht in Betracht, weil diese ein Akt der Willensbetätigung sei, der ebenfalls durch den Gemeinderat hätte erfolgen müssen. Sie hätte außerdem ein Wissen des Gemeinderats um den genauen Inhalt des vollmachtlos abgeschlossenen Geschäftes bedingt. Das sei nicht vorgelegen.
- 4.2 Die gegen das Ersturteil gerichteten Angriffspunkte der beklagten Partei
- 4.2.1 Ohne wirklich auf die Begründung des Erstgerichtes einzugehen, hält die beklagte Partei weiterhin an ihrer Behauptung fest, das Wissen um die Existenz eines Geschäftes in Verbindung mit dem Unterlassen einer Reaktion darauf würde per se zu einer nachträglichen Genehmigung führen. Nicht relevant sei, ob der Gemeinderat

selbst das Geschäft oder Details daraus kenne. Es genüge vielmehr, dass andere Organe bzw. einzelne Gemeinderäte gewusst hätten, dass es ein derartiges Geschäft gibt. Auch ein Erklärungsbewusstsein des Gemeinderats im Sinne einer Genehmigungsabsicht, und, (offenbar) nicht einmal der Anschein in dieser Richtung, sei notwendig. Ein Gemeinderat erzeuge schon dann den Anschein der nachträglichen Genehmigung, wenn er gar nichts tue und damit seine Pflicht zur ausreichenden Kontrolle der vollmachtlos handelnden Gemeindeorgane vernachlässige („Kontrollpflichtverletzung“).

4.2.2 Die bis dahin lautende Begründung der beklagten Partei, die nachträgliche Genehmigung des vollmachtlos abgeschlossenen Swap 4175 habe in der Beschlussfassung des Gemeinderats über die Verabschiedung der Rechnungsabschlüsse der Jahre 2007 bis 2010 bestanden, wird in der Berufung nicht mehr als Ausdruck einer tatsächlichen oder zumindest schlüssigen Genehmigung des Geschäfts herangezogen, sondern nur mehr im Rahmen der (publizitätslosen) Vereinnahmung von Erträgen aus dem Geschäft. Die Funktion der schlüssigen Genehmigung übernimmt nunmehr die Verabschiedung des Rechnungsvoranschlags für das Jahr 2011, die in der Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010 erfolgte. Der dahingehende Beschluss bewirkte nach der Ansicht der beklagten Partei offenbar aber nicht nur den Anschein, der Gemeinderat habe nachträglich das Swap-Geschäft genehmigt, sondern bedeutete dessen Genehmigung selbst.

4.2.3 Zur Begründung des Erstgerichtes, Voraussetzung der Schutzwürdigkeit des Vertragspartners bei der (nachträglichen) Anscheinsgenehmigung sei nicht nur ein objektiv so zu verstehender Genehmigungstatbestand, sondern auch ein redliches Vertrauen des Vertragspartners, dass der Geschäftsherr nachträglich ein bisher schwebend unwirksames Geschäft genehmigen wolle, nimmt die beklagte Partei in ihrer Berufung nicht mehr Stellung.

4.3 Die fehlende Berechtigung der Berufung

Die Angriffe der beklagten Partei gegen die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes, dass auch eine nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes nicht erfolgt ist, sind unberechtigt.

4.3.1 Nur der Gemeinderat konnte das Geschäft nachträglich genehmigen

4.3.1.1 § 46 Abs 1 StL verlangt für den Abschluss eines Geschäfts, wie es der Swap 4175 war, die Willensbildung und Beschlussfassung im Gemeinderat. Das gilt nicht nur für den ursprünglichen Abschluss des Geschäftes, sondern auch für eine nachträgliche Genehmigung. Für diese gelten aufgrund der Symmetrie der Willensbildung die

gleichen Voraussetzungen wie für den ursprünglichen Geschäftsabschluss. Einzelne Mitglieder des Gemeinderats oder andere Organe reichen dazu nicht aus. Ausschließlich jenes Organ der Gemeinde, das die ursprüngliche Willensbildungskompetenz hat, ist deshalb auch für die nachträgliche Genehmigung zuständig („*nachträgliche Willensbildungskompetenz*“), und zwar das gesamte Organ (4 Ob 26/01d); der von der beklagten Partei genannte Finanz- und Kontrollausschuss enthält nur acht von 61 Gemeinderatsmitgliedern, wobei Finanzstadtrat Johann Mayr nicht einmal dem Gemeinderat angehört hat. Auch die Zuständigkeit zur nachträglichen Willensbildung kann nicht durch ein Organ der Gemeinde ausgeübt werden, das ursprünglich nicht zuständig war (so ausdrücklich zum Prüfungsausschuss nach § 91 OÖ GemO, der im Wesentlichen dem Kontrollamt der Stadt Linz entspricht: 5 Ob 52/11z).

4.3.1.2 Neben der Beschlussfassung durch den gesamten Gemeinderat ist natürlich weitere Voraussetzung, dass auch bei der nachträglichen Genehmigung der Gemeinderat eine Genehmigungsabsicht besaß, wozu die Kenntnis der wesentlichen Bestimmungen des nachträglich zu genehmigenden Geschäftes gehören. Das folgt aus dem schon genannten Grundsatz, wonach die ursprüngliche Bewilligung und die nachträgliche Genehmigung die gleichen Voraussetzungen haben.

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

4.3.2 In der Genehmigung muss die nachgeholte Willensbildung liegen

4.3.2.1 Die nachträgliche Genehmigung eines – mangels Vertretungsmacht vollmachtlos abgeschlossenen – schwebenden Geschäfts durch den Gemeinderat setzt weiters voraus, dass der Gemeinderat die Tatsache der schwebenden Unwirksamkeit des Geschäfts gekannt hat und diese schwebende Unwirksamkeit mit der Genehmigung beseitigen wollte. Die nachträgliche Genehmigung verlangt also sowohl das Wissen um

die schwebende Unwirksamkeit als auch einen Genehmigungswillen (*Schramm* in MüKo, BGB⁶ § 177 Rz 27; 6 Ob 71/07w; RIS-Justiz: RS0014363; *Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, Beilage ./EW).

4.3.2.2 Bezogen auf den Swap 4175, hätte also der Gemeinderat wissen müssen, dass [REDACTED] [REDACTED] mit dem Abschluss des Geschäfts dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 zuwidergehandelt hat (der Swap 4175 war nämlich weder optimierend noch marktüblich und auch sonst hat [REDACTED] [REDACTED] eigenmächtig entschieden). Der Gemeinderat hätte weiters zumindest rudimentär eine Vorstellung vom Wesen und der Struktur des Swap 4175 gebraucht. Dazu gehörte, dass sich hinter seiner Formel die Verschreibung von 21 exotischen Optionen versteckte, die wirkungsgleich der Aufnahme eines Fremdwährungsdarlehens von mehr als einer Milliarde Schweizer Franken entsprach. Weiters musste er wissen, dass [REDACTED] [REDACTED] zur Beherrschung des mit dem Geschäft verbundenen Fremdwährungsrisikos nicht nur einen Risikoleitfaden sondern auch eine Stop-Loss-Strategie mit einer Ausstiegsschwelle (realistischer Weise von rund EUR 100 Mio, da ein früherer Ausstieg jedenfalls mit Verlusten geendet hätte) gebraucht hätte; zusätzlich, dass er ein Risikobudget von rund EUR 133 Mio hätte vorhalten müssen (vgl die Produktbeschreibung in Punkt I. 2.).

4.3.2.3 Was für die nachträgliche Genehmigung notwendig ist, gilt auch für den Anschein der nachträglichen Genehmigung. Es muss – diesfalls unabhängig von der tatsächlichen Absicht des Gemeinderates – ein klarer äußerer Schein bestehen, der Gemeinderat habe zumindest die Absicht gehabt, das bisher nicht wirksame Geschäft nachträglich zu genehmigen. Nur dann ist ein Vertrauen auf den äußeren Tatbestand überhaupt schutzwürdig. Die einzigen Indizien, die die beklagte Partei ins Treffen führt, sind – neben der am 16. Dezember 2010 erfolgten Genehmigung des Rechnungsvoranschlags für 2011 – aber lediglich das „Nichtreagieren“ der Stadt Linz, also ein Schweigen des Gemeinderates zum Swap 4175 bzw. die Verletzung von Kontrollpflichten. Untätigkeit hat aber – von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen – ebenso wie Schweigen keinen Erklärungsinhalt. Damit scheidet auch ein Vertrauen auf einen bestimmten Anschein aus.

4.3.3 Die nachträgliche Genehmigung des Swap 4175 war nie Gegenstand einer Gemeinderatsentscheidung

4.3.3.1 Finanzgeschäfte der Stadt Linz waren, sieht man vom Gemeinderatsbeschluss am 3. Juni 2004 ab, bis zu dem von der beklagten Partei behandelten Gemeinderat vom 16. Dezember 2010 (siehe Punkt 4.3.6) nicht Gegenstand irgendeiner Debatte. Der Gemeinderat wusste weder um die Existenz des Swap 4175 noch um seine Struktur oder seinen Inhalt. Er war auch nicht Gegenstand der Beschlussfassung des Gemeinderats (das bestätigt auch der Bescheid des Landes Oberösterreich vom 10.

Oktober 2011 [Beilage ./BP], der die Zurückweisung des Genehmigungsantrages vor allem damit begründete, dass der Swap 4175 kein Gegenstand einer Beschlussfassung des Gemeinderats gewesen und damit auch keiner aufsichtsbehördlichen Genehmigung zugänglich sei).

4.3.3.2 Eine mögliche Behandlung von Finanzgeschäften im Allgemeinen und des Swap 4175 im Besonderen hätte sich allenfalls im Zusammenhang mit einer Vorbehandlung des Gemeinderatsbeschlusses ergeben können. Eine solche Vorbehandlung, also die Vorbereitung des nachfolgenden Beschlusses des Gemeinderats, hat allerdings nie stattgefunden. Deshalb geht auch der Einwand der beklagten Partei, die Behandlung der Debt-Management-Berichte im Finanzausschuss sei dem Gemeinderat deshalb zuzurechnen, weil es Aufgabe des Finanzausschusses gewesen sei, die nachfolgenden Beschlüsse des Gemeinderats zu behandeln, ins Leere: Die Debt-Management-Berichte des ██████████ ██████████ waren ja gerade nicht dafür bestimmt, die spätere Beschlussfassung des Gemeinderates über das Swap-Geschäft vorzubereiten. Das Gleiche gilt für die Debatten im Kontrollausschuss.

4.3.3.3 Dazu kommt, dass Ausschüsse nach § 3 Abs 4 ihrer Geschäftsordnung vertraulich sind, ihre Ergebnisse oder auch Protokolle der Verhandlungen werden dem Gemeinderat nicht vorgelegt. Das Kontrollamt prüft zwar nachträglich die Rechnungsabschlüsse der Gemeinde, Detailergebnisse darüber erhält allerdings nur der Kontrollausschuss (dessen Sitzungen ebenfalls vertraulich sind), an den Gemeinderat geht lediglich ein zusammenfassender Jahresbericht. Sämtliche Protokolle des Gemeinderates im fraglichen Zeitraum der Jahre 2007 bis 2010, die sich mit den Jahresberichten des Kontrollamtes, dem Budget oder den Rechnungsabschlüssen befassen, enthalten keinerlei Hinweis auf eine Behandlung des Swap 4175 im Gemeinderat (Beilage ./CZ, Beilage ./DG, Beilage ./DN).

4.3.4 Nur auf das eigene Wissen, vor allem aber auf die Willensbildung des Gemeinderats kommt es an

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

4.3.4.2 Auch die Prüfungen des Rechnungsabschlusses vonseiten des Kontrollamtes beinhalten nicht die Prüfung einzelner Geschäfte („keine Einzelfallprüfung“, es sei denn,

diese werden im Zuge von Initialprüfungen und Prüfungsaufträgen nach § 39 Abs 2 StL untersucht). Ein einziger Bericht des Kontrollamtes, der allerdings nur an den Kontrollausschuss und nicht an den Gemeinderat gegangen ist (nämlich jener vom 23. September 2008 betreffend den Rechnungsabschluss des Jahres 2007, Beilage ./DA), beschäftigte sich demgemäß auch nur sehr cursorisch mit den von [REDACTED] [REDACTED] abgeschlossenen Finanzgeschäften (konkrete Geschäfte werden nicht beschrieben; dem Leiter des Kontrollamtes lagen sie überdies nicht einmal vor [REDACTED] Protokoll 4. Sondersitzung Kontrollausschuss vom 29. September 2011, Beilage ./EE4, S 29). Deren Zweck wird darin beschrieben, das Zinsrisiko abzusichern (wörtlich werden sie bezeichnet als: „Zinsbegrenzungsgeschäfte“) und das Zinsniveau gering zu halten (von Zinsverbilligungsgeschäften ist etwa nie die Rede). Nur sehr oberflächlich wird darauf hingewiesen, dass es möglicherweise zu Ausgleichszahlungen der Stadt Linz kommen könne, was im Zusammenhang mit „Zinsbegrenzungsgeschäften“ zwanglos als Prämienzahlung verstanden werden kann. In dem ebenfalls zum Rechnungsabschluss des Jahres 2007 ergangenen Nachprüfungsbericht vom 16. Jänner 2009 werden die Finanzgeschäfte nicht einmal mehr erwähnt. Die Mitglieder des Finanzausschusses bezogen ihre Informationen aus den von [REDACTED] [REDACTED] verfassten Debt-Management-Berichten, in denen der Swap 4175 fälschlicherweise als Zinssicherung mit einem begrenzten Risiko („*maximales Risiko*“) bezeichnet wird. Das Erstgericht hat diesbezüglich bereits überzeugend dargestellt, dass die Debt-Management-Berichte weniger aufklärend, als vielmehr verschleiern gewesen sind.

4.3.5 Es gab keine Handlungen des Gemeinderats, die als Ausdruck einer nachträglichen Genehmigungabsicht hätten gedeutet werden können

4.3.5.1 Auf die Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010 wird gesondert eingegangen (siehe Punkt 4.3.6).

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

- 4.3.5.3 Die oben dargestellten Voraussetzungen müssen umso mehr für ein Verhalten gelten, das bloß den Anschein einer Willenserklärung, in concreto also einer nachträglichen Genehmigung, erzeugt haben soll. Schützenswert ist daher die beklagte Partei nur dann, wenn sie bei Geschäftsabschluss den Rechtsschein gekannt hat, und wenn für sie der Rechtsschein kausal für den Geschäftsabschluss gewesen ist (2 Ob 107/08m). Damit schieden als Genehmigungshandlungen alle Vorgänge aus, welche die beklagte Partei tatsächlich gar nicht wahrgenommen hat, aber auch Vorgänge, denen sie redlicherweise keinen Erklärungswert in Richtung einer nachträglichen Genehmigung unterstellen durfte (zuletzt 7 Ob 140/17i). Dabei ist – worauf das Erstgericht zu Recht hingewiesen hat (US 98) – ein strenger Maßstab anzuwenden. Es darf nämlich die von § 867 ABGB intendierte Einhaltung interner Formvorschriften durch die großzügige Annahme eines schlüssigen Vertragsabschlusses nicht umgangen werden (JBI 1989, 444; 4 Ob 26/01d).
- 4.3.5.4 Das bloße Wissen oder Verhalten einzelner Mitglieder des Gemeinderates kommt als schlüssige Genehmigung daher ebenso wenig in Frage, wie das Wissen oder Verhalten von Beamten oder einzelnen sonstigen Politikern, da die Genehmigungshandlung als Form der „nachgeholtten Willensbildung“ vom Gemeinderat zu setzen ist (4 Ob 26/01d; 5 Ob 52/11z; *Lukas*, Wenn der Bindungswille des Gemeinderates fehlt, *ecolex* 2012, 120). Die vom administrativen Hilfsapparat mit [REDACTED] [REDACTED] an seiner Spitze erfolgte Vereinnahmung der Zahlungen aus dem Swap 4175 und deren Verbuchung im Rechenwerk der Gemeinde kann also ebenfalls (nicht einmal theoretisch) eine Genehmigungshandlung des Gemeinderates darstellen. Geschweige denn, dass sie einen derartigen Anschein erzeugt, sieht man davon ab, dass die beklagte Partei ein konkretes Vertrauen auf einzelne Rechnungsabschlüsse niemals behauptet und sich erst im Verfahren darauf berufen hat.
- 4.3.5.5 Ein „*Nichtreagieren*“ des Gemeinderates reicht – im Gegensatz zu den Ausführungen der beklagten Partei – für die nachträgliche (schlüssige) Genehmigung eines vollmachtlos abgeschlossenen Geschäfts niemals aus (Schweigen stellt keine nachträgliche Genehmigung dar: 1 Ob 205/06p; 1 Ob 223/06f; 5 Ob 119/18p [Untätigkeit trotz Kenntnis der Thematik über die volle Dauer von zwei Jahren] Nichtstun oder Verstreichen der Zeit begründet keinerlei Vertrauenstatbestand für den Dritten: *Schramm* in MüKo BGB⁶ § 177 Rz 28); das gilt sogar dann, wenn die beklagte Partei den Gemeinderat selbst vom Geschäftsabschluss informiert hätte (BGH WM 1964, 224; *Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, Beilage ./EW). Auch wenn der Vertretene das Ingangsetzen des Vertrages mit Schweigen zur Kenntnis nimmt, genehmigt er damit nicht den Vertrag (1 Ob 205/06p). Nicht einmal, wenn der vorgeblich Vertretene Gelder aus einem unwirksamen Kreditvertrag verwendet, ja diesen Kredit sogar teilweise zurückzahlt, wird der Vertrag wirksam (9 Ob 41/09h).

- 4.3.5.6 Die Belegstellen der beklagten Partei, mit denen sie entgegen der ganz herrschenden Lehre und Rechtsprechung ihre Theorie vom Schweigen als Zustimmung untermauern will, sind entweder überholt oder auf den konkreten Sachverhalt nicht anzuwenden: In der Entscheidung 9 ObA 251/89 hatte der Bürgermeister allen Dienstnehmern entsprechend der bei der Aufnahme gegebenen Zusicherung mehrere Jahre hindurch monatlich einen Tag Dienstfreistellung gewährt. Diese durften angesichts der überschaubaren Organisationsgröße der damals beklagten Partei davon ausgehen, dass der Gemeinderat damit einverstanden wäre. Ähnlich war es bei der Entscheidung 9 ObA 78/89. Es ist allerdings zweifelhaft, ob diese Judikatur tatsächlich noch gilt. In dem ebenfalls im Arbeitsrecht angesiedelten Fall 9 ObA 211/01x, in dem es um die Frage ging, ob eine regelmäßige erhöhte Urlaubsgewährung eine – vertragsanpassende – Übung darstellte, erkannte der Oberste Gerichtshof, dass es nach dem Organisationsrecht für die Erhöhung des Urlaubsmaßes der Zustimmung des Gemeinderates bedurft hätte. Obwohl die betriebliche Übung über zehn Jahre bestanden hatte, verneinte das Höchstgericht eine Vertragsänderung. Die von der beklagten Partei ebenfalls zitierte Entscheidung 2 Ob 173/12y ist deshalb nicht einschlägig, weil dort das zuständige Kollegialorgan ohnehin ausdrücklich zugestimmt hat. Die Rechtsmeinung in der Entscheidung 8 Ob 573/90 ist – wie *Spitzer* nachgewiesen hat – in der Folge aufgegeben worden. Die Entscheidung 4 Ob 26/01d, die die beklagte Partei ebenfalls als Belegstelle anführt, gibt nur referierend die – unter anderem überholte – Entscheidung 8 Ob 573/90 wieder, spricht im Übrigen aber gegen die beklagte Partei: Trotz der Kenntnis einzelner Mitglieder von den mündlich erteilten Zusatzaufträgen und sogar deren Anwesenheit bei der Auftragserteilung lagen nach der Rechtsmeinung des Höchstgerichtes die Voraussetzungen einer nachträglichen Genehmigung nicht vor, weil *„dem Gemeinderat als Kollegialorgan nämlich die Kenntnis einzelner seiner Mitglieder nicht ohne Weiteres zugerechnet werden [kann].“*
- 4.3.5.7 Damit ist klar: Die bloße Genehmigung der summarischen Rechnungsabschlüsse im Gemeinderat der Stadt Linz konnte weder Ausdruck des „nachgeholt“ Abschlusswillens sein, noch ließ sie den Schluss auf einen solchen Abschlusswillen zu. Der Gemeinderat stellt mit seinem Beschluss nämlich nur den Deckungserfolg und die Umsetzung des Voranschlages fest. Erfasst sind darüber hinaus die Einnahmen und Ausgaben bloß in summarischer Form, es werden auch nicht – wie in einer Bilanz – einzelne Wirtschaftsgüter aufgenommen. Schon seiner Funktion nach eignet sich die Genehmigung des Rechnungsabschlusses also nicht dazu, einzelne Geschäfte zu sanktionieren oder nachträglich zu genehmigen. Daher liegt in der Genehmigung von Rechnungsabschlüssen, geschweige denn in der Genehmigung von Voranschlägen, weder für sich die nachträgliche Genehmigung, noch konnte die beklagte Partei daraus einen Anschein ableiten, mit dem Rechnungsabschluss oder mit der Genehmigung des Voranschlages würde der Gemeinderat nachfolgend zu den in § 46 Abs 1 StL

aufgezählten und ihm vorbehaltenen Geschäften einen Abschlusswillen bilden. Das wäre aber Voraussetzung für das Vorliegen einer nachträglichen Genehmigung.

4.3.5.8 Im Übrigen hat die beklagte Partei nie behauptet, sie habe sich die Genehmigungsbeschlüsse schon vor Verfahrensbeginn besorgt und daraus den untrüglichen Schluss gezogen, der Gemeinderat habe das Geschäft nachträglich genehmigt. Dass es anders gewesen wäre, ist schon deshalb nicht glaubhaft, weil die beklagte Partei ja nach wie vor behauptet, sie habe in Kenntnis des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 immer darauf vertraut, [REDACTED] hätte Abschlussvollmacht gehabt. Um den Anschein zu begründen, der Gemeinderat der Stadt Linz habe mit der Genehmigung der Rechnungsabschlüsse das bis dahin unwirksame Geschäft genehmigen wollen, müsste aber (iSd § 863 ABGB) nicht nur darin eine Handlung liegen, die keinen vernünftigen Grund zum Zweifel ließ, sondern die beklagte Partei müsste selbst davon ausgegangen sein, dass das Geschäft bisher nicht wirksam war (1 Ob 205/06p).

4.3.6 Die Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010

4.3.6.1 Die Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010 soll also nach den Berufungsausführungen den Beweis erbringen, dass der Gemeinderat den Swap kannte (weil in der Gemeinderatssitzung selbst über die Finanzen der Stadt Linz berichtet worden waren), dass der Gemeinderat (allerdings nur durch Zurechnung des Wissens anderer) auch über die Struktur des Geschäftes Bescheid wusste und dass der Gemeinderat damit nachträglich das Geschäft genehmigt habe.

4.3.6.2 Als Beweis dafür wird die Wortmeldung zweier Oppositionspolitiker präsentiert. Damit sei, so offenbar die Meinung der beklagten Partei, der (endgültige) Beweis erbracht, der Gemeinderat der Stadt Linz habe schon immer vom Swap 4175 und seiner Struktur gewusst. Zutreffenderweise hat aber das Erstgericht aus diesen Meldungen gerade den gegenteiligen Schluss gezogen: Ihnen sei zu entnehmen, dass diesen Gemeinderatsmitgliedern vielmehr jegliches Verständnis über die Struktur des Geschäftes gefehlt habe. Woraus die beklagte Partei ableitet, dass damit bewiesen sei, dass der Gemeinderat schon viel länger Struktur und Risiko des Swap gekannt hat, sagt sie nicht. Aus den zitierten Äußerungen lässt sich das jedenfalls nicht ableiten.

4.3.6.3 Unabhängig davon ergibt sich aber aus der Sitzung des Gemeinderates, dass diesem jede Genehmigungsabsicht gefehlt hat. Setzt eine solche Genehmigungsabsicht doch das aktuelle Bewusstsein voraus, ein nicht wirksames, weil schwebendes, Geschäft vor sich zu haben, dessen Wirksamkeit man wolle. Die beiden Oppositionspolitiker sind aber offensichtlich davon ausgegangen, dass die Gemeinde an das Derivatgeschäft gebunden war. Es bestand also keinerlei Veranlassung, sich über dessen nachträgliche

Genehmigung überhaupt Gedanken zu machen. Damit fehlte a priori ein wesentliches Tatbestandsmerkmal für das Vorliegen einer nachträglichen Genehmigung. Auch ein Anschein in dieser Richtung scheidet deshalb aus.

- 4.3.6.4 Einzig die Tatsache, dass sich der Gemeinderat überhaupt mit einem Derivatgeschäft beschäftigt hat, könnte – unter dem Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht – eine Handlungspflicht, also eine Pflicht zum Tätigwerden, ausgelöst haben. Wie oben ausgeführt, besteht nämlich ansonsten keinerlei Verpflichtung des vorgeblich Vertretenen, überhaupt tätig zu werden. Aber selbst wenn man unterstellt, aus der Tatsache der Behandlung des Finanzmanagements im Gemeinderat habe sich eine Verpflichtung der Stadt Linz ergeben, aufklärend auf die beklagte Partei zuzugehen, dann wäre die beklagte Partei überhaupt nur dann schutzwürdig, wenn sie eine solche Klarstellung in Richtung der Genehmigung oder Nichtgenehmigung des Swap 4175 erwarten durfte. Ihre Schutzwürdigkeit scheidet allein schon daran, dass sie die Gemeinderatsitzung jedenfalls vor dem April 2011 nicht verfolgt hat. Vertrauen eines Dritten wird nur dann geschützt, wenn er tatsächlich vertraut hat.
- 4.3.6.5 Unabhängig davon war die beklagte Partei aber aus einem anderen Grund nicht schutzwürdig. Sie hätte nämlich, auch wenn sie die Gemeinderatssitzung verfolgt hätte, aus ihrem Gang und ihren Wortmeldungen niemals den Schluss ziehen können, der Gemeinderat habe damit iSd § 1016 1. Fall ABGB das Swap-Geschäft nachträglich genehmigt. Das ist aber ebenfalls Voraussetzung. Eine Genehmigung iSd § 1016 2. Fall ABGB schied naturgemäß deshalb aus, weil die Stadt Linz zu diesem Zeitpunkt aus dem Swap 4175 schon lange keine Einnahmen, sondern nur mehr Verluste hatte.
- 4.3.6.6 Nun hatte sich ja der Bürgermeister der Stadt Linz bereits im Gespräch mit Vertretern der beklagten Partei am 6. Juli 2010 (Beilage ./133) sowie am 4. August 2010 (Beilage ./135) auf die Nichtigkeit des Geschäfts und die fehlende Deckung durch den Gemeinderatsbeschluss berufen. Nicht genug damit, erklärte der Rechtsvertreter der Stadt Linz in einem an die beklagte Partei gerichteten Schreiben vom 11. Oktober 2010 (Beilage ./GK), also lange vor der Gemeinderatssitzung, das Swap-Geschäft sei schon von Anbeginn an nicht wirksam zustande gekommen, jedenfalls sei es nichtig oder zumindest vernichtbar. Nun ist dem Erstgericht zwar zuzugeben, dass der Bürgermeister der Stadt Linz durch seine Äußerungen gegenüber der beklagten Partei eine nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes durch den Gemeinderat nicht hätte verhindern können (hinsichtlich des eindeutigen Schreibens vom 11. Oktober 2010 ist das nicht so gewiss), allerdings reichte es, angesichts der klar geäußerten Ablehnung von Ansprüchen der beklagten Partei, für eine nachträgliche Genehmigung nicht aus, dass – wie sich die beklagte Partei ausdrückt – nicht „*besorgte Gemeinderäte entsetzt aufsprangen und die Hände über dem Kopf zusammenschlugen*“. Untätigkeit

(in dem Sinne, dass sie die beklagte Partei im Unklaren gelassen habe) konnte man der Stadt Linz zu diesem Zeitpunkt gewiss nicht mehr vorwerfen, hatte sie doch spätestens mit dem Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 11. Oktober 2010 mehr als deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie das Swap-Geschäft nicht wollte.

4.3.7 Kein Vertrauen der beklagten Partei auf den Anschein einer nachträglichen Genehmigung

4.3.7.1 Der Schutz des Vertrauens auf den bloßen Anschein verlangt, dass der vorgeblich Vertretene diesen Rechtsschein selbst gesetzt hat und dass der Dritte berechtigterweise auf diesen Rechtsschein als Ausdruck des dahinterstehenden Geschäftswillens vertrauen durfte. Niemand kann sich also auf einen Vertrauenstatbestand berufen, wenn er tatsächlich nicht daran geglaubt hat oder objektiverweise daran nicht glauben konnte. Geschützt ist nur der, für den im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses der Rechtsschein kausal für sein Handeln gewesen ist. Das setzt die Kenntnis und das berechtigte Vertrauen auf diesen Rechtsschein voraus (RIS-Justiz: RS0019400). Geht es um den Anschein einer Vertretungsmacht, so kommt ein Vertrauen auf den äußeren Anschein nicht in Frage, wenn sich das Fehlen der Vertretungsmacht schon aus dem Gesetz ergibt; es gibt kein Vertrauen auf einen gesetzwidrigen Zustand (RIS-Justiz: RS0014715).

4.3.7.2 Es gibt aber auch nichts, woraus die beklagte Partei ein Vertrauen ableiten konnte, dass der Gemeinderat der Stadt Linz iSd § 46 Abs 1 StL ursprünglich oder nachträglich einen (positiven) Willen auf Abschluss des Swap 4175 gebildet hat. Das gilt schon für den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004. Dieser konnte der beklagten Partei lediglich den Anschein vermitteln, der Gemeinderat der Stadt Linz habe seine Willensbildungskompetenz auf die Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen, nicht aber, dass er damit selbst über den Abschluss des Swap 4175 entschieden hat. Dass auch der Gemeinderatsbeschluss vom 16. Dezember 2010 kein schutzwürdiges Vertrauen der beklagten Partei rechtfertigen konnte, wurde oben gezeigt.

4.3.7.3 Soweit sich die beklagte Partei auf das Wissen einzelner Politiker oder interne Vorgänge beruft (geheime Beratungen im Finanz- und Kontrollausschuss, Berichte des Kontrollamtes und Vorberichte des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen) und daraus den Anschein einer (positiven) Beschlussfassung des Gemeinderates über den Swap 4175 ableiten will, scheitert dieser Versuch schon daran, dass bloß interne Vorgänge oder Vorgänge, von denen die beklagte Partei bei Abschluss des Vertrages oder später nichts gewusst hat, niemals einen Vertrauenstatbestand darstellen können, aber auch daran, dass der Vertrauenstatbestand vom Gemeinderat selbst hätte gesetzt werden müssen, was bei den von der beklagten Partei behaupteten Vorgängen nicht der Fall war.

4.3.7.4 Dazu kommt noch, dass der Gemeinderat - nach der von der beklagten Partei nach wie vor vehement vertretenen Rechtsansicht - zur Beschlussfassung über den Swap 4175 gar nicht zuständig gewesen sein soll. So gesehen konnte sie auch auf eine nachträgliche Genehmigung durch den Gemeinderat nicht vertrauen, weil er auch dafür nicht zuständig gewesen wäre. Hätte die beklagte Partei mit ihren Argumenten dazu recht, so wäre der Stadtsenat zuständig gewesen, den Abschlusswillen zu äußern (§ 47 Abs 4 StL). Nun war dieser aber beim Abschluss des Swap 4175 gar nicht befasst, sodass das Geschäft jedenfalls schwebend unwirksam war. Nachträglich genehmigen konnte konsequenter Weise in diesem Fall auch wieder nur der Stadtsenat das Geschäft.

4.3.8 Keine nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung

4.3.8.1 Bei der nachträglichen Genehmigung durch Vorteilszuwendung (§ 1016 2. Fall ABGB) handelt es sich nicht um eine zugangsbedürftige Willenserklärung, sondern um eine bloße Willensbetätigung. Dass allein die Tatsache der Entgegennahme von Zahlungen aus dem Swap 4175 durch Beamte der Stadt Linz nicht die Wirkung einer konkludenten Willenserklärung der Gemeinde im Sinne des § 1016 1. Fall ABGB haben kann, folgt nicht nur daraus, dass die Vereinnahmung der Gelder nicht durch den Gemeinderat erfolgt ist (die Verabschiedung von Rechnungsabschlüssen stellt weder eine ausdrückliche noch eine schlüssige Willenserklärung auf nachträgliche Genehmigung vollmachtlos abgeschlossener Geschäfte dar), sondern ergibt sich auch daraus, dass ansonsten der 2. Fall des § 1016 ABGB keinen Anwendungsbereich mehr hätte.

4.3.8.2 Da die Willensbetätigung – anders als die nachträgliche Genehmigung durch Willenserklärung – keinen Vertrauensschutzwägungen unterliegt, kommt es für die Wirksamkeit der nachträglichen Genehmigung ausschließlich darauf an, ob der Gemeinderat der Stadt Linz tatsächlich die Absicht gehabt hat, mit der Verabschiedung der Rechnungsabschlüsse das ohne seine Befassung abgeschlossene Geschäft nachträglich zu genehmigen (zum Erfordernis, dass das zuständige Organ einen entsprechenden Rechtsfolgwillen bildet: 9 Ob 41/09h). Das war nach den Verfahrensergebnissen nicht der Fall.

4.3.8.3 Die Verabschiedung der summarischen Rechnungsabschlüsse stellt an sich schon keine Entscheidung über die nachträgliche Genehmigung von Geschäften dar, deren Einnahmen und Ausgaben im Rechnungsabschluss enthalten sind, sodass den Gemeinderat schon allein der Rechtsfolgenwille gefehlt hat.

4.3.8.4 Überdies hätte der Gemeinderat der Stadt Linz als zuständiges Organ (und nicht etwa einzelne seiner Mitglieder oder andere Organe) Kenntnis von der Struktur des Swap

4175 als exotischer Währungswette sowie eine Ahnung von den damit verbundenen Risiken haben müssen (zur Notwendigkeit von Detailkenntnissen 3 Ob 57/15a; 7 Ob 140/17i; RIS-Justiz: RS0125514); das Wissen und Wollen von Beamten oder anderen Organen ist dabei irrelevant.

4.3.8.5 Zusätzlich hätte der Gemeinderat wissen müssen, dass das Geschäft bis zu seiner Entscheidung schwebend unwirksam war, weil ■■■■■ ■■■■■ die ihm eingeräumte Befugnis missbraucht hat. Diese Voraussetzungen lagen ebenfalls nicht vor, sodass auch eine nachträgliche Genehmigung durch Zueignung der Vorteile ausscheidet.

4.3.8.6 Wenn die beklagte Partei unter Berufung auf *Strasser* (in *Rummeß*, Rz 12 und 14 zu § 1016 ABGB) und *Apathy* (in *Schwimmann*³, Rz 6 zu § 1016 ABGB) ausführt, bei der Vorteilszuwendung bedürfe es keines Genehmigungswillens, so ist ihr entgegenzuhalten, dass die von *Strasser* vertretene Meinung in der Minderheit geblieben ist und auch von der Rechtsprechung nicht geteilt wurde: Schon *Welser* (Drei Fragen des Stellvertretungsrechts, JBI 1972, 340) hatte zu dieser Theorie gemeint, eine „*Willensbetätigung, der weder ein innerer Wille noch die äußere Erscheinungsform eines Rechtsfolgewillens zugrunde läge, [sei] ein ganz unsinniges Hirngespinnst.*“ Auch *F. Bydlinski* (Privatautonomie 10 f) hat *Strasser* zu Recht eine Absage erteilt, wenn er sagt: „*Wo keiner auf einem bestimmten rechtsgeschäftlichen Sinn des Verhaltens des anderen vertraut [...], dort kann mangels eines rechtsgeschäftlichen Willens und eines verkehrsmäßig begründeten Vertrauens von einem Rechtsgeschäft auch nach einer sinnvoll verstandenen Vertrauenstheorie überhaupt keine Rede sein.*“ *Apathy* gibt an der von der beklagten Partei zitierten Stelle lediglich die Rechtsansicht von *Strasser* wieder, schließt sich im Übrigen aber der herrschenden Meinung an, dass eine der konstitutiven Voraussetzungen einer Willensbetätigung der Rechtsfolgewille ist. Außerdem verzichtet *Strasser* zwar auf einen besonderen Genehmigungswillen, er verlangt aber, dass der Geschäftsherr neben dem Wissen um das Geschäft auch dessen Inhalt genau kennen muss (diese Voraussetzung fehlte in concreto, sodass der beklagten Partei selbst die Rechtsansicht von *Strasser* nichts hilft). Die weiters von der beklagten Partei angeführte Entscheidung 6 Ob 316/00i vermag ihre die Behauptung ebenfalls nicht zu stützen, ganz im Gegenteil: Tragende Begründung des Obersten Gerichtshofes für eine Verneinung einer nachträglichen Genehmigung durch Vorteilszuwendung war dort, dass „*der Vorentwurf [also wenn man so will, der Vorteil der Gemeinde] nicht Gegenstand von Beratungen oder Beschlussfassungen des Gemeinderates (sic!) [gewesen sei]*“.

4.3.9 Die Bedeutung der Wissenskomponente aus Sicht der beklagten Partei

4.3.9.1 Einen breiten Raum in der Argumentation der beklagten Partei nimmt deren Theorie von einem gemeinsamen Wissen aller Organe, politischen Funktionäre und Beamten

ein, die in ihrer Gesamtheit der Stadt Linz zugerechnet werden sollen und das damit einen einheitlichen Bewusstseinsstandard darstellt.

- 4.3.9.2 Die gesamte Stoßrichtung der beklagten Partei, die sich dabei nur auf die Wissenskomponente konzentriert, geht schon deshalb ins Leere, weil es beim Abschluss von Rechtsgeschäften nicht nur um das Wissen des Organs (also hier des Gemeinderats), sondern um dessen Willen geht, das Geschäft abzuschließen. Es ist aber schlechterdings unvorstellbar, wie sich der Gemeinderat einer Kommune überhaupt zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes entschließen soll, wenn ihm das Wissen um den Gegenstand dieses Rechtsgeschäftes fehlt. Folgt man nämlich der Theorie der beklagten Partei, so würde ein Gemeinderat, der nichts von einem Geschäft weiß (weil nämlich das Wissen bei den Beamten oder anderen Funktionären ist), dennoch den Willen zum Abschluss des Geschäftes bilden können. Eine absurde Vorstellung.
- 4.3.9.3 Basis für die Ausführungen der Wissenszurechnung ist insbesondere die Untersuchung von *Markus Reinhardt*, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht (Berlin 2010). Dessen wissenschaftliche Untersuchung bringt aber nicht den von der beklagten Partei gewünschten Nachweis: Abgesehen davon, dass es in der Untersuchung beinahe ausschließlich um Haftungsfragen der öffentlichen Hand geht, insbesondere im Zusammenhang mit der Schaffung einer Gefahrenquelle, stellt *Reinhardt* (aaO, insb. 43 ff) fest, dass es sich bei der Wissenszurechnung keineswegs, wie die beklagte Partei vermittelt, um einen faktischen Vorgang handelt, sondern dass es einer einschlägigen Rechtsnorm bedarf, um überhaupt eine Zurechnung herbeiführen zu können. Eine derartige Zurechnungsnorm, wie sie *Reinhardt* vorschwebt, kann die beklagte Partei nicht, ja nicht einmal im Bereich der Wissenszurechnung, geschweige denn bei der Willensbildung, ansatzweise bieten.
- 4.3.9.4 Auch mit dem Vorwurf gegenüber dem Erstgericht („*Um die Problematik zuzuspitzen, könnte man daran denken, dass [...] [Berufung, S 122]*“), nach seiner Entscheidung dürften Beschlüsse des Gemeinderats keine Wirkung haben, wenn einzelne Mitglieder nicht interessiert oder nicht anwesend sind und es würde dem Gemeinderat damit in die Hand gegeben, die Verantwortung an andere Organe auszulagern, geht die beklagte Partei wiederum fehl. Gerade ihre Beispiele beweisen nämlich, dass es nicht auf das Wissen einzelner Mitglieder, sondern auf die Willensentscheidung des gesamten Gemeinderats ankommt. Auch das Beispiel mit der „*Auslagerung der Verantwortung*“ beweist die Richtigkeit der Entscheidung des Erstgerichtes: Die Beschlussfassung hat eben durch das zuständige Organ und nicht durch andere Organe zu erfolgen. Das sieht man auch daran, dass im Falle einer Vorberatung der Entscheidung in einem der Ausschüsse die Entscheidung nicht dort fällt, sondern im Gemeinderat.

4.3.10 Der angebliche Verstoß der Stadt Linz gegen Treu und Glauben

- 4.3.10.1 Auf – wohl eher metajuristischer Ebene – wirft die beklagte Partei der Stadt Linz ambivalentes und treuwidriges Verhalten vor. Danach habe es sich die Stadt sehr einfach gemacht: Vorerst habe sich der Gemeinderat durch die Delegation bestimmter Geschäfte an den Magistrat seiner Verantwortung entledigt, danach hätten die diversen Ausschüsse das Geschäft überwacht, man habe vorerst die Vorteile aus dem Geschäft kassiert und plötzlich sei das alles nichts gewesen, als das Geschäft schiefgelaufen ist.
- 4.3.10.2 Nun kann man aber der beklagten Partei, die in ihren öffentlichen Auftritten auf die besondere Expertise im Zusammenhang mit der kommunalen Finanzierung hinweist (vgl. etwa die idente Aussage in Beilage ./BJ1, S 7, Beilage ./BJ3, S 7, oder Beilage ./BJ4, S 8: „*Langjährige Erfahrung der BAWAG-PSK-Gruppe mit Expertenteam.*“), den Vorwurf nicht ersparen, dass sie sehenden Auges und im Bewusstsein eines „Restrisikos“ aus der Rechtssituation, das Geschäft „*nicht zuletzt im Hinblick auf die Ertragschancen*“ („Projekt Hermes“; Beilage ./100) machen wollte. Dabei war es ihr völlig egal, dass der Swap 4175, so wie er konstruiert war, allen Vorgaben widersprach, die die Literatur und die entsprechenden Richtlinien bereits seit Anfang der 2000er Jahre machten (nämlich vorrangig das Verbot der Verschreibung von Optionen durch eine Gemeinde, die Beschränkung des Risikos und die nur maßvolle Erhöhung des Risikos im Verhältnis zu den erwarteten Erträgen [insbesondere *Holoubek/Prändl* Öffentliches Finanzmanagement, S 211 f]).
- 4.3.10.3 Bereits in den Kreditanträgen weist die beklagte Partei selbst darauf hin, dass „[a]lle größeren Finanzentscheidungen [...] vom Stadtsenat und Gemeinderat genehmigt werden [müssen]“ (etwa im Kreditantrag vom 27.09.2006; Beilage ./BJ1). Auch im Protokoll über die Vorstandssitzung der beklagten Partei vom 17. April 2007 (Beilage ./100) wird die Notwendigkeit eines Gemeinderats- oder Stadtsenatsbeschlusses betont. Die beklagte Partei sagt zwar immer wieder, dass sie völlig darauf vertraut hat, dass ██████████ ██████████ den Swap im Februar 2007 wirksam abgeschlossen hat, gleichzeitig ergibt sich aber aus dem Schriftverkehr (Beilagen. /AE und ./AF), dass aus Sicht der Mitarbeiter der beklagten Partei die Notwendigkeit „[...] eines Gemeinderats- oder Stadtratsbeschlusses“ nur für „*Neugeschäfte*“ (also erst ab April 2007) vorliegen müsse, allerdings „[...] wollte man auch die bisherigen irgendwie einfangen“. Ein Mitarbeiter fragt den anderen dann, „[...] können wir von der Stadt noch etwas bekommen, das den letzten Abschluss etwas stärker untermauert?“.
- 4.3.10.4 In einer solchen Situation darf sich eine Bank nicht gleichsam „auf die Lauer legen“ und auf Handlungen warten, die sie möglicherweise nachträglich zu einer Genehmigung des Geschäftes durch die Kommune umdeuten kann. Genau das hat die beklagte Partei

getan. Hat sie das Fehlen der Vertretungsmacht des ■■■■■ ■■■■■ tatsächlich für möglich gehalten, so hätte sie die Stadt Linz zur Genehmigung auffordern müssen. Wie *Prölss* bereits schon vor langer Zeit (Vertretung ohne Vertretungsmacht, JuS 1985, 577 [585]) gemeint hat, ist Großzügigkeit bei der Annahme schlüssiger Genehmigungen gänzlich fehl am Platz. Soweit die beklagte Partei behauptet, sie sei immer davon ausgegangen, dass ■■■■■ ■■■■■ das Geschäft wirksam abschließen konnte, ist für eine nachträgliche Genehmigung ohnehin kein Platz; diese erfordert nämlich das Bewusstsein, dass das Geschäft nicht wirksam ist. Umgekehrt aber, wenn die beklagte Partei Zweifel an der Wirksamkeit des Geschäftes hatte, lag es an ihr, die Genehmigung anzufordern. Sie selbst hatte es in der Hand, Sicherheiten zu schaffen, sie hätte nur einfach die Gesetze befolgen müssen.

4.3.11 Sonstige Unrichtigkeiten

4.3.11.1 Nach der Darstellung der beklagten Partei habe die Stadt Linz selbst bis in den Oktober 2011 an die Wirksamkeit des Swap-Geschäftes geglaubt. Diese Darstellung ist schlicht unvertretbar:

- Nachdem der Bürgermeister der Stadt Linz bereits im Sommer des Jahres 2010 von der Nichtigkeit des Geschäftes gesprochen hat, schrieb der damalige Rechtsvertreter der Stadt Linz, Rene Laurer, mit 11. Oktober 2010 einen Brief an die beklagte Partei (Beilage ./GK), in dem Folgendes stand: *„Die Stadt Linz wird diese Zahlung [es handelte sich dabei um die Oktoberrate] zwar leisten, dies aber unter Vorbehalt der Rückforderung. Wie Ihnen aus mehreren Gesprächen mit Repräsentanten der Stadt Linz bekannt ist, wird unsererseits ausgeschlossen, dass das in der genannten Urkunde genannte Geschäft [gemeint war damit der Swap 4175] für die Stadt eine wie auch immer geartete Rechtswirkung erzeugt, was auch ein Blick auf die Judikatur des Obersten Gerichtshofs zeigt. Die Stadt Linz behält sich die nötigen Schritte zur Feststellung der Richtigkeit ihres Standpunktes vor.“*
- Auch die Aprilrate 2011 wurde unter dem Vorbehalt der Rückforderung gezahlt. Wenn die Stadt Linz noch im April 2011 davor zurückschreckte, einen formalen Vertragsbruch zu provozieren, so lag das nicht an dem Bewusstsein, der Vertrag wäre wirksam, sondern an der noch nicht abgeschlossenen Meinungsbildung über die nachfolgenden Konsequenzen. Außerdem benötigte die Stadt Linz eine geraume Zeit, um mit der Hilfe mehrerer Sachverständiger überhaupt herauszufinden, welche Risikostruktur tatsächlich hinter dem Geschäft stand (in diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass selbst die Gerichtsgutachter beinahe 15 Monate für ihr erstes Gutachten gebraucht haben).

- Das Argument, die im Oktober 2011 erfolgte Auflösung aus wichtigem Grund, beweise, dass der Gemeinderat auch zu diesem Zeitpunkt noch von der Wirksamkeit des Geschäfts ausgegangen sei, sonst hätte er keine Auflösungserklärung abgegeben, ist tatsachenfern. Die gesamte erste Seite des Auflösungs Schreibens (es datiert vom 13. Oktober 2011, Beilage ./21) beschäftigte sich damit, warum der Swap 4175 „*rechtsunwirksam bzw. anfechtbar ist*“. Erst danach wird fortgesetzt: „*Sollten die Geschäfte jedoch – entgegen dem Rechtsstandpunkt der Stadt Linz – wirksam sein, so hat die Stadt Linz aus den nachfolgend beispielhaft angeführten Gründen das Recht, die Geschäfte aus wichtigem Grund aufzulösen*“.

4.3.11.2 Wenn die beklagte Partei weiters ausführt (Berufung, S 129) [REDACTED] [REDACTED] habe bereits im Aktenvermerk vom 11. August 2006 (Beilage ./30) eine „*Optimierung*“ der Schweizer Frankenleihe durch den Verkauf von Optionen ins Auge gefasst, so ist das ebenfalls unrichtig: Schon ein Blick auf die erste Seite des Dokuments beweist, dass [REDACTED] [REDACTED] als einzige „*Handlungsalternative*“ für die Schweizer Frankenleihe einen sogenannten Fixzinsswap vorsah. Von einer Zinsverbilligung durch den Verkauf von Terminoptionen ist weit und breit keine Rede. Selbst die Verwendung des Wortes „Option“ steht in keinem Zusammenhang mit dem Verkauf von Währungsoptionen, gemeint ist lediglich das Wahlrecht der Bank, auf einen Zinsswap zu wechseln (die sogenannte „*Swaption*“).

5. Ungültigkeit wegen Fehlens der aufsichtsbehördlichen Genehmigung

5.1 Ausgangslage und Ratio der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht

- 5.1.1 Gemäß § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 bedarf eine Genehmigung durch die Landesregierung „*der Abschluss von Darlehensverträgen, wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde*“.
- 5.1.2 Das Gesetz spricht zwar nur von der Aufnahme des Darlehens, die Aufnahme allein steht aber nicht im Mittelpunkt des aufsichtsbehördlichen Interesses, sondern die dadurch für die Leistungsfähigkeit der Gemeinde und/oder die überörtlichen Interessen ausgehende Gefährdung. Diese besteht nicht in der Aufnahme an sich, sondern in der dadurch ausgelösten Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen und späteren Rückführung des Kapitals. Das sieht man schon allein daraus, dass die Genehmigungspflicht erst dann greift, wenn durch den jährlichen Gesamtschuldendienst ein bestimmter Schwellenwert überschritten wird, der sich an den Einnahmen der Gemeinde bemisst. Es geht also um die Erhaltung der Liquidität der Gemeinde, von der die Leistungsfähigkeit abhängt.

5.1.3 Das wird noch deutlicher an den Voraussetzungen und Rahmenbedingungen der Darlehensaufnahme (worunter alle Formen des Kredits verstanden werden). Die Stadt Linz darf nach Abschnitt II. („*Vermögenswirtschaft*“) des Stadtstatuts überhaupt nur Darlehen aufnehmen, „[...] *wenn die Amortisationsverpflichtungen die dauernde Leistungsfähigkeit der Stadt nicht überschreiten. Für jene Darlehen, die mit dem gesamten Betrag fällig werden* [d.s. endfällige Darlehen], *sind die Tilgungsbeträge planmäßig anzusammeln (Tilgungsrücklage)*“. Es geht also darum, dass trotz der mit der Darlehensaufnahme verbundenen Zahlung von Zinsen und der Rückführung des Kredits (also der Amortisation) die der Stadt Linz obliegenden gesetzlichen und vertragsrechtlichen Pflichten nicht gefährdet werden dürfen. Könnte die Einhaltung der Amortisationsverpflichtung auch überörtliche Interessen, nämlich die des Landes, an einer geordneten Haushaltsführung berühren, so kommen dessen Genehmigungsvorbehalte hinzu.

5.1.4 Würde man nur auf den Wortlaut des § 78 StL blicken, der lediglich von der Aufnahme des Darlehens spricht, nicht aber von dessen Bedingungen, würde das zu kurz greifen, weil damit die Funktion der Schwellenwerte außer Acht bliebe. Schon die logisch-systematische Interpretation der Bestimmung sagt uns also, dass es im Kern nicht nur um die Aufnahme des Darlehens an sich, sondern auch um dessen Bedingungen geht. Das gleiche Darlehen, das wegen günstiger Zinsen und Tilgungsbedingungen nicht genehmigungspflichtig ist, würde genehmigungspflichtig sein, wenn durch die Zinsen und Tilgungsbedingungen die Schwellenwerte überschritten werden.

5.2 Auslegung und Analogie

5.2.1 Einem Gesetz darf nach § 6 ABGB in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet. Nach § 7 ABGB muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze, Rücksicht genommen werden, wenn sich ein Rechtsfall weder aus den Worten noch aus dem natürlichen Sinn eines Gesetzes entscheiden lässt. § 6 gilt ebenso wie auch die in § 7 vorgesehene Analogie nicht nur im Bereich des ABGB, sondern stellt eine universelle Rechtsanwendung dar (*Schauer* in *Kletečka /Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 7 Rz 3).

5.2.2 Die Frage, wie Ausnahmegesetze oder Ausnahmenvorschriften auszulegen sind, bedarf zwar einer differenzierten Betrachtung, es entspricht allerdings der jetzt ganz herrschenden Ansicht (*Posch* in *Schwimann/Kodek* [Herausgeber Hrsg] ABGB, Praxiskommentar⁵ § 6 ABGB Rz 30; § 7 ABGB Rz 12; ebenso *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 201 ff; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 22), dass

sowohl die extensive Auslegung als auch der Analogieschluss zulässig ist. Bei taxativen Aufzählungen ist zwar grundsätzlich ein Umkehrschluss geboten, wonach die Rechtsfolge in den nicht erfassten Fällen nicht angewendet werden soll, freilich ist auch dort zu prüfen, ob die Aufzählung der Tatbestände tatsächlich abschließend zu verstehen ist. Möglich ist sowohl die ausdehnende Auslegung als auch – bei Vorliegen einer planwidrigen Lücke – die Analogie (*Schauer* in *Kletečka /Schauer ABGB-ON*^{1,02} § 7 Rz 11).

5.2.3 Das Erstgericht war also – entgegen den Ausführungen der beklagten Partei – nicht gehindert, den Abschluss des Swap 4175 im konkreten Fall unter die in § 78 StL vorgesehene aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht zu subsumieren. Dabei konnte es sowohl im Wege der extensiven Auslegung als auch im Weg der Analogie vorgehen. Es stimmt auch nicht, wenn die beklagte Partei behauptet, das Erstgericht habe auf den Seiten 58 und 63 des Ersturteils die Analogie ausgeschlossen. Das Gegenteil ergibt sich aus der Begründung des Erstgerichtes.

5.2.4 Was das Erstgericht zu Recht bei der Frage der Auslegung des § 78 StL noch berücksichtigt hat, war, dass die Subsumtionsfrage im konkreten Fall einem anderen Genauigkeitskalkül unterlag, als bei der unmittelbaren Anwendung der Bestimmung durch die Verwaltungsbehörden: Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht stellte nämlich für die zivilrechtliche Beurteilung, ob der Swap 4175 wirksam zustande gekommen ist, (lediglich) eine Vorfrage dar. Nach den Entscheidungen 6 Ob 73/14z und 10 Ob 14/19k haben in einem solchen Fall die Zivilgerichte schon dann von einer kommunalrechtlichen Genehmigungspflicht auszugehen, wenn diese nicht denkunmöglich ist. Ob die Genehmigungspflicht tatsächlich besteht, ist insofern nicht relevant.

5.3 Die Funktion von Derivatgeschäften im kommunalen Finanzmanagement

5.3.1 Derivatgeschäfte der öffentlichen Hand existieren nicht im luftleeren Raum. Nach der bereits 2001 veröffentlichten Untersuchung von *Holoubek/Prändl* (Öffentliches Finanzmanagement, 199 ff [2001]) müssen diese, um überhaupt zulässig zu sein, einen engen Konnex mit einem bestehenden Darlehen aufweisen. An dieser Meinung hat sich in der Folge auch nichts geändert. Finanzgeschäfte, die allein spekulativen Zwecken dienen, waren Kommunen schon damals nicht gestattet und sind es auch heute nicht. Bei der Auslegung des § 78 StL ist auf diesen Umstand Bedacht zu nehmen.

5.3.2 Leitgedanke beim Kreditmanagement mit Hilfe von Derivatgeschäften ist es, die erforderlichen Finanzierungsmittel und deren Rückzahlungsverpflichtungen zu möglichst geringen mittel- bis langfristigen Finanzierungskosten zu gewährleisten. Mit anderen Worten, die zentrale Aufgabe derartiger Derivatgeschäfte besteht darin, die

bestehenden Kreditbedingungen zugunsten der öffentlichen Hand zu verbessern. Soweit derartige Derivatgeschäfte mit der Übernahme von Risiken verbunden sind, kann das unter Umständen nicht zu einer Verbesserung, sondern – wie man sieht – auch zu einer Verschlechterung führen. Dem Erstgericht ist dahingehend Recht zu geben, dass bei Derivatgeschäften, die im Rahmen des Finanzmanagements der Gemeinde mit Dritten abgeschlossen werden, der Einfluss auf bestehende Finanzierungen nicht unmittelbar rechtlicher Natur ist (die bestehende Finanzierung wird inhaltlich nicht verändert), sondern (bloß) wirtschaftlich auf die Finanzierungssituation wirkt. Andererseits ist das aber gerade und in der Regel die einzige Funktion derartiger Geschäfte. Sie werden eben dann eingesetzt, wenn eine Verbesserung der Kreditbedingungen beim Kreditgeber nicht durchgesetzt werden kann (ein Motiv, das auch im Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13. Mai 2004 (Beilage .I/C) klar zum Ausdruck kommt).

- 5.3.3 Das Erstgericht bestätigt im Grunde diese Überlegungen in der Auseinandersetzung mit *Holoubek/Prändl* (Öffentliches Finanzmanagement, 199 [231]). Diese hatten die Frage gestellt, ob konnexe Derivatgeschäfte von der für das Grundgeschäft erteilten aufsichtsbehördlichen Genehmigung bereits umfasst sind. Das würde bedeuten, dass die (damals nach § 14 F-VG) erteilte Genehmigung zur Aufnahme der Schweizer Frankenleihe auch schon darauf Bezug nehmende Derivate mitumfasst hat. Das Erstgericht meldet dagegen massive Zweifel an, „.... *da auf diese Weise Derivate abgeschlossen werden könnten, die aufgrund ihrer Risikostruktur anders als das Grundgeschäft nicht genehmigungsfähig wären, sodass eine pauschale Genehmigung aller Derivate, die sich auf ein genehmigtes Darlehen beziehen, aus Sicht des Gerichts nicht vertretbar und mit § 78 StL und dessen Ziel nicht vereinbar wäre*“ (US 70, 71). Sowohl die Überlegungen von *Holoubek/Prändl* als auch die Reaktion des Erstgerichtes darauf, setzen aber voraus, dass konnexe Derivatgeschäfte wegen ihrer darlehensändernden Wirkung grundsätzlich unter die Genehmigungspflicht nach § 78 Abs 1 Z 2 StL fallen.

5.4 Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht des Swap 4175

- 5.4.1 Zutreffend verweist die beklagte Partei in ihrer Berufung darauf, dass mit Hilfe der Auslegungsregeln und nach der ratio legis ermittelt wird, ob sich eine nach dem Wortlaut nicht unmittelbar anwendbare Bestimmung auf den zu beurteilenden Fall erstreckt. Das ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Unterschiede zwischen dem geregelten und dem zu beurteilenden Fall nach den rechtlichen Wertmaßstäben bedeutungslos ist. Eine Erstreckung ist aber auch dann vorzunehmen, wenn die zu entscheidende Interessenlage der gesetzlich geregelten so ähnlich ist, dass der Gesetzgeber die bereits getroffene Regelung auch für den ungeregelten Sachverhalt

vorsehen würde. Das gleiche gilt, wenn ohne die Anwendung eine planwidrige Schutzlücke entstehen würde.

5.4.2 Wie oben gezeigt, kommt es bei der Genehmigungspflicht der Aufnahme von Darlehen nicht – jedenfalls nicht vordergründig – auf die Tatsache der Fremdgeldaufnahme an sich, sondern auf die damit verbundenen Amortisationsverpflichtungen (Zinsen, Tilgungen und gegebenenfalls Bildung einer Tilgungsrücklage) an. Die Aufnahme eines Darlehens, dessen Amortisation die Schwellenwerte überschreitet, ist von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen, ansonsten entfällt die Genehmigungspflicht. Schon ohne die Analogie zu bemühen, ist klar, dass eine Modifikation oder Änderung der Darlehensbedingungen, die in der Folge durchgeführt wird und die eine Genehmigungspflicht bedeutet hätte, wäre das Darlehen zu diesen Bedingungen aufgenommen worden, ebenfalls der Genehmigungspflicht unterliegen muss, sofern sie bei Vertragsabschluss vorhersehbar war. Das ist schon allein deshalb notwendig, um klare Umgehungen zu verhindern. Vor diesem Hintergrund wird auch klar, warum die Stadt Linz – wie es der Zeuge ██████████ ██████████ geschildert hat (Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 3) – selbst bei der Änderung der Bedingungen der bestehenden CHF-Anleihe von EUR 60 Mio von endfällig zu tilgend um die aufsichtsbehördliche Genehmigung angesucht hat. Beide Vorgänge, nämlich sowohl die ursprüngliche Kreditaufnahme als auch die Änderung der Kreditbedingungen bedrohen die wirtschaftliche Existenzfähigkeit einer Gemeinde gleichermaßen (vgl. dazu auch das Rechtsgutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich vom 8. September 2011, Beilage ./BL, und Holoubek/Lienbacher/ Potacs, Rechtsgutachten zur gemeindeaufsichtsrechtlichen Beurteilung eines „Swap-Geschäfts“ nach § 78 Abs 1 Z 2 Stadtstatut Linz, Beilage ./EV).

5.4.3 Damit stellt sich einzig die Frage, ob nach der ratio legis Geschäfte, die ausschließlich darauf gerichtet sind, die bestehenden Darlehensbedingungen zu ändern, nur deshalb von der Genehmigungspflicht ausgenommen sind, weil es sich um eigenständige Verträge, sei es mit dem ursprünglichen Darlehensgeber, sei es mit einem Dritten, handelt. Die Stadt Linz ist der Meinung, dass mit der Ausnahme von der Genehmigungspflicht der Gesetzeszweck dann verletzt ist, wenn sich das Derivatgeschäft auf ein konkretes Darlehen bezieht und wenn – wie im gegenständlichen Fall – sein einziger Zweck darin besteht, eine Verringerung der Zinsenbelastung aus einer bestehenden Finanzierung herbeizuführen (von Letzterem, nämlich von dieser Zweckverfolgung, geht auch das Erstgericht im Zusammenhang mit der Beantwortung der Frage, ob der Swap 4175 nicht doch eine Absicherung bewirkt habe, also nicht bloß ein reines Spekulationsgeschäft war, aus [US 35 f]). Unter diesen (einschränkenden) Voraussetzungen besteht auch nicht die vom Erstgericht angenommene Gefahr der unkontrollierten Ausdehnung der Genehmigungspflicht. Solche Geschäfte per se von der Genehmigungspflicht auszunehmen, führt zu

Ergebnissen, die der ratio legis widersprechen. Man bedenke bloß, dass die Änderung der Bedingungen der Finanzierung in dieser Form nicht mit einem Dritten, sondern mit dem ursprünglichen Finanzierungsgeber vereinbart werden. Wem gegenüber die Stadt aber potentiell riskante Zahlungszusagen abgibt, ist für die Gefahr des Einspringen-Müssens der überörtlichen Ebene nicht relevant.

5.4.4 Das Erstgericht bejahte daher zu Recht die Einbeziehung des Swap-Geschäftes in die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht und damit im Ergebnis die (analoge) Erstreckung auch auf Derivatengeschäfte. Allerdings verlangt das Erstgericht als weitere Voraussetzung, dass ex ante erkennbar ist, dass die durch das Geschäft bewirkten laufenden Zinszahlungen und Auflösungskosten so hoch sind, dass sie nicht mehr ohne Kreditaufnahme seitens der Gemeinde zu bewältigen sind. Letztere Voraussetzung ist angesichts der möglichen Ausstiegskosten bei der von den Gerichtsgutachtern vorgeschlagenen Ausstiegsschwelle von rund EUR 100 Mio jedenfalls gegeben. Das zeigen auch die Prozentsätze der wahrscheinlichen Überschreitung dieser Ausstiegsschwelle. Hinzu kommt noch, dass derartige Ausstiegskosten unmittelbar bei Auflösung des Geschäftes (die wiederum in Betracht zu ziehen war, um überhaupt abstrakt von einer Beherrschbarkeit des Geschäftes sprechen zu können) auf den Schuldendienst durchschlagen (siehe Punkt 3.3.7; ebenso ausführlich [REDACTED] [REDACTED] Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 5), womit die Genehmigungsschwelle von rund EUR 31 Mio bei der ex ante-Betrachtung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überschritten worden wäre. Dass die Stadt Linz derartige Beträge nicht aus dem ordentlichen Haushalt bedienen konnte, sieht man schon anhand der im Verfahren vorgelegten Jahresvoranschläge (Beilagen ./FT1 bis ./FT3). Bereits der Haushaltsvoranschlag für das Jahr 2007 weist ein zusätzliches Darlehen von rund EUR 29 Mio aus (ähnlich äußerte sich auch [REDACTED] [REDACTED] [Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 3]). Das Erstgericht hat daher berechtigterweise festgestellt (US 39 f), dass es (bei Vertragsabschluss) sowohl erkennbar bzw. nicht auszuschließen gewesen ist, dass die Stadt Linz Zahlungsverpflichtungen treffen, welche 15 % der Einnahmen übersteigen und die über Darlehen finanziert werden müssen.

5.5 Die denkmögliche Genehmigungspflicht

5.5.1 Letztlich kommt es aber nicht darauf an, ob das Land Oberösterreich den Swap 4175, wäre er ihr nach Fassung eines konkreten Gemeinderatsbeschlusses vorgelegt worden, tatsächlich als genehmigungspflichtig angesehen hätte oder nicht, sondern nur, ob eine derartige Genehmigungspflicht denkmöglich gewesen ist. Dass die Genehmigungspflicht aus Sicht der Aufsichtsbehörde genehmigungspflichtig war, zeigen die folgenden Umstände.

- 5.5.2 Dem Gesetzesbeschluss des OÖ Landtags vom 10. November 2011, mit dem die OÖ Gemeinderechtsnovelle 2012 beschlossen wurde, lag der Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten des OÖ Landtages, Blg 366/2011 und Blg 369/2011, zugrunde. In diesem heißt es ausdrücklich, dass die eingefügten Bestimmungen mit Rücksicht auf Finanzgeschäfte lediglich eine Klarstellung zur schon bisher geltenden Rechtslage enthalten. Im Ergebnis wird darin festgehalten (auch für die Vergangenheit), dass nach Ansicht des Gesetzgebers Zinstauschgeschäfte schon bis dahin von der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht nach §§ 84 OÖ GemO bzw. 78 StL erfasst waren. Der Abschluss hoch riskanter Derivatgeschäfte widerspräche schon allgemein den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit und gehöre auch nicht zu den Aufgaben einer Stadt bzw. einer Gemeinde.
- 5.5.3 Zwar ist den Bedenken des Erstgerichtes in diesem Zusammenhang zuzustimmen, dass die Materialien eines Gesetzes weder gesetzändernd sind, noch bewirken, dass ein Gesetz zurückwirkt, allerdings reichen die Gesetzesmaterialien dafür aus, anzunehmen, dass auch die Aufsichtsbehörde (und die war eben das Land) von der Genehmigungspflicht schon im Jahr 2007 ausgegangen ist. Das bestätigt auch der ehemalige Leiter der Aufsichtsbehörde ██████████ ██████████ in seiner Aussage vor dem Erstgericht (Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 13).
- 5.5.4 Dass die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht zumindest nicht undenkbar gewesen ist, ergibt sich auch aus dem Rechtsgutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich vom 8. September 2011, (Beilage ./BL). Der vom Erstgericht gegen dieses Gutachten erhobene Vorwurf eines Zirkelschlusses ist nach Ansicht der Stadt Linz nicht gerechtfertigt; Hätte es die Kommune in der Hand, die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht dadurch zu umgehen, dass sie zwar eine Modifizierung des Darlehensvertrages genehmigen lassen müsste, nicht aber die Herbeiführung des gleichen Effekts durch einen eigenständigen Vertrag mit dem Darlehensgeber oder einen Dritten, würde das zur Umgehung geradezu einladen. Da es allerdings ohnehin nur auf die Denkmöglichkeit ankommt, kann das auch letztlich dahingestellt bleiben.
- 5.5.5 Auch der Oberste Gerichtshof hielt mit seiner Entscheidung 10 Ob 14/19k die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht eines Derivatgeschäftes, dessen Zweck darin bestand, die Kreditbedingungen zu ändern, für zumindest denkmöglich. Dabei sah das Höchstgericht – ebenso wie das Erstgericht – den Umstand, dass es sich beim Derivatgeschäft um ein eigenständiges, vom Darlehen unabhängiges Geschäft gehandelt hat, nicht als Hindernis an. Die Entscheidung ist entgegen dem Erstgericht auch unmittelbar übertragbar. Zwar enthält § 78 Abs 1 Z 2 StL nicht, wie die Steiermärkische Gemeindeordnung eine Art „Öffnungsklausel“ in Richtung der

„wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommenden Zahlungsverpflichtung“, das war aber nicht entscheidend. Entscheidend für das Höchstgericht war, dass die Bedingungen des Kreditvertrages wirtschaftlich durch das Derivatgeschäft „modifiziert“ worden sind. Die Genehmigungspflicht für Geschäfte, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommende Zahlungsverpflichtungen enthalten, zielt auf Verträge mit einer Kreditierungskomponente (die der Swap nicht hat, wie dem Erstgericht zuzugestehen ist). Gemeint sind damit vor allem Leasingverträge (so ausdrücklich § 90 Abs 1 Z 4 NÖGO). Wäre es dem Obersten Gerichtshof auf die Erfüllung dieses Tatbestandes angekommen, so hätte er die Genehmigungspflicht direkt darauf stützen können, und es wäre auf die im Vordergrund stehende Begründung, wonach das ursprüngliche Darlehen mittelbar und wirtschaftlich durch das Derivatgeschäft modifiziert wird, nicht angekommen.

5.5.6 Dass die beiden Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. April 2016, Ro 2015/09/0014, und vom 20. September 2018, Ra 2017/09/0001, an der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht nichts ändern, zumindest nichts an deren Denkmöglichkeit, wurde schon oben gezeigt. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich nämlich mit der materiell-rechtlichen Frage der Genehmigungspflicht tatsächlich gar nicht befasst (siehe Punkt 2.4.3).

5.5.7 Die Behauptung der beklagten Partei, es habe nie der Praxis der Aufsichtsbehörde entsprochen, für Swaps Genehmigungen einzuholen, entspricht in dieser Form nicht den Tatsachen: ██████████ ██████████ der ehemalige Leiter der Aufsichtsbehörde, erläuterte, dass die von ██████████ ██████████ geschilderten Fälle Darlehen aus der Siedlungswasserwirtschaft betroffen haben, die schon an sich der Genehmigungspflicht nicht unterlagen, weil sie durch den Bund abgewickelt wurden, über den auch die Finanzierung lief (Protokoll 12. April 2019, ON 595, S 10 f), sodass sich die Frage der Genehmigungspflicht in der Praxis nicht gestellt hat. Deshalb können keine Rückschlüsse auf die sonstigen Genehmigungspflichten abgeleitet werden, wie es die beklagte Partei tut. ██████████ ██████████ schloss jedenfalls aus, dass die Gemeinden zu solchen Geschäften animiert worden wären und brachte vielmehr Gegenbeispiele, in denen die Aufsichtsbehörde, auch wenn sie nicht zuständig war, vor dem Abschluss vor Derivatgeschäften gewarnt hatte (Protokoll 12. April 2019, ON 595, S 10).

5.6 Die Argumente der beklagten Partei

5.6.1 Verstoß gegen das Analogieverbot

5.6.1.1 Das Erstgericht habe, so die beklagte Partei, durch eine analoge Erweiterung der Aufsichtsbefugnisse gegen das Analogieverbot verstoßen. Aus dem in Art. 119a Abs 8 B-VG enthaltenen Verbot pauschaler Gesetzesvorbehalte folge nicht nur, dass solche

im Zweifel im Sinne der Gemeindefreiheit, also eng, auszulegen seien, sie dürften auch, weil § 78 StL eine taxative Aufzählung der Genehmigungspflichten enthalte, nicht ausdehnend ausgelegt werden. Darüber hinaus habe das Erstgericht mit seiner Auslegung gegen den Grundsatz verstoßen, dass Aufsichtsmittel nur unter möglicher Schonung der Rechte Dritter zu handhaben sind. Damit würde die beklagte Partei nicht nur in ihren Rechten unmittelbar beeinträchtigt, sie würde im Geschäftsverkehr auch unzumutbaren Unsicherheiten ausgesetzt.

5.6.1.2 Dass weder Ausnahme Gesetze noch eine taxative Aufzählung die extensive oder analoge Auslegung verbietet, entspricht der herrschenden Ansicht. Die Unterstellung eines Geschäftes, wie es der Swap 4175 war, unter die Genehmigungspflicht verstieß auch nicht gegen die Gemeindefreiheit oder war unsachlich, wenn man die tragende Wertung derartiger Genehmigungspflichten, nämlich die Sicherung der Existenz und der Leistungsfähigkeit von Kommunen, berücksichtigt. Es wäre vielmehr ein unerträglicher Wertungswiderspruch, Kredite der aufsichtsbehördlichen Genehmigung zu unterziehen, wenn die sich daraus ergebende Amortisationsverpflichtung die gesetzlich vorgegebenen Grenzen überschreitet und damit das Haushaltsgleichgewicht und die überörtlichen Interessen beeinträchtigt. Geschäfte aber, deren Zweck es ist, auf eben diese Amortisationsverpflichtung so einzuwirken, dass die gleichen Gefahren entstehen, von der Genehmigung auszunehmen.

5.6.1.3 Die beklagte Partei konnte auch darüber nicht im Unklaren sein: Sie hat [REDACTED] [REDACTED] – nach dem eigenen Bekunden – den Swap 4175 nicht nur deshalb angeboten, weil dieser die Zinsen senken wollte, sondern weil damit nach ihrer Meinung auch die Absicherung gegen die variablen Zinsen aus der Schweizer Frankenleihe verbunden war. Damit war der Swap 4175 geradezu dafür bestimmt, die bestehenden Amortisationsverpflichtungen zu ändern. Die beklagte Partei genoss „Hausbankenstatus“ bei der Stadt Linz und war über deren wirtschaftliche Lage, insbesondere ihren ordentlichen und außerordentlichen Haushalt, die Finanzschulden, den effektiven Schuldendienst und die Erfüllung der Maastricht-Kriterien, laufend informiert (US 24). Für sie war es also ein Leichtes, die aufsichtsbehördlichen Genehmigungsschwellen zu ermitteln. Das und welche Zahlungsverpflichtungen die Stadt Linz aus der Optionskomponente des Geschäftes treffen konnten, wusste sie ebenfalls: Schon aufgrund der bankrechtlichen Vorgaben hat sie ja das Swap-Geschäft in seine einzelnen Teile zerlegt (US 37) und naturgemäß schon allein für die Replikation in ihrem Bankensystem bewertet (sie verwendete dafür die Systeme KONDOR+ und Fenics). Das mögliche quantitative Ausmaß (Risikobudget EUR 133 Mio) konnte für sie auch nicht überraschend sein, nach den Ergebnissen des Gerichtsgutachtens hätte nämlich jeder Kunde – mit Ausnahme der öffentlichen Hand – eine Sicherheitsleistung in dieser Höhe bei Abschluss des Vertrages erlegen müssen (Gerichtsgutachten, S 59).

5.6.2 Die aufsichtsbehördliche Schwellengrenze

- 5.6.2.1 Die beklagte Partei bemängelt im Zusammenhang mit den wertmäßigen Grenzen der (aufsichtsbehördlichen) Genehmigungspflicht sowohl deren Geltung an sich als auch die vom Erstgericht festgestellte Höhe.
- 5.6.2.2 Die unmittelbare Anwendbarkeit der Schwellengrenzen auch für den Swap 4175 ergibt sich zwangsläufig aus der Auslegung des § 78 Abs 1 Z 2 StL. Unterlag das Geschäft diesem Tatbestand, so gelten auch die dort festgelegten Grenzen.
- 5.6.2.3 Was die Höhe angeht, so ist jedenfalls davon auszugehen, dass nicht nur die jährlichen Zahlungen, sondern auch die Auflösungskosten zum „Gesamtschuldendienst“ (im Sinn des § 78 Abs 1 Z 2 StL) gehören (vgl. Punkt 3.3.7 und US 39, 57 sowie [REDACTED] [REDACTED] Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 5 f). Dem widerspricht die beklagte Partei auch nicht, zumindest nicht ausdrücklich, sie wehrt sich aber dagegen, dass bei der Ermittlung des Schwellenwerts nicht die gesamten Einnahmen genommen werden, sondern dass vorher die Zinsen und Tilgungen aus anderen Krediten in Abzug gebracht wurden. Auch damit ist sie nicht im Recht.
- 5.6.2.4 Die gesetzliche Schwellengrenze unterstellt in pauschaler Form, dass bei einer Gesamtbelastung der Liquidität der Kommune mit den Zinsen und Tilgungen aus allen bestehenden Krediten von über 15 % der Einnahmen die Leistungsfähigkeit so beeinträchtigt ist, dass die Einnahmen für die übrigen ordentlichen Ausgaben nicht mehr ausreichen könnten. Es leuchtet wohl ein, dass es auf die Gesamtsumme der Amortisationsverpflichtungen aus allen Krediten und Darlehen ankommt. Es ist auch nicht weiter verwunderlich, dass demnach bei der Neuaufnahme eines Darlehens zu prüfen ist, wie weit der Rahmen durch bereits bestehende Amortisationsverpflichtungen ausgeschöpft wurde; diese sind also abzuziehen, um festzustellen, inwieweit der Rahmen noch zur Verfügung steht. Würde man, wie es der beklagten Partei offenbar vorschwebt, die 15 % der Einnahmen für jeden einzelnen Kredit gesondert zur Verfügung stellen, so könnten die gesamten Einnahmen bei einer Mehrzahl von Krediten aufgebraucht werden, ohne dass eine Bewilligungspflicht ausgelöst wird. Damit könnte die Bewilligungspflicht ihre Aufgabe nicht mehr erfüllen.

III. Zur Beweisrüge der Berufung der beklagten Partei (Berufung, Punkt C, S 138 ff)

1. Allgemeine Anmerkungen zur Beweisrüge der beklagten Partei

- 1.1 Die beklagte Partei bekämpft eine Reihe von Feststellungen des Erstgerichts. Sie führt dazu unter anderem aus, dass die Feststellungen über weite Strecken überschießend und für die Frage der Gültigkeit des Swap 4175 nicht relevant wären. Die Feststellungen würden vorrangig für den Fall bekämpft, dass das Oberlandesgericht Wien diese doch als rechtlich relevant ansehen sollte. Sofern also in der Beweisrüge vorgetragen würde, dass die Feststellungen „wesentlich“ wären, gelte dies nur unter dieser Prämisse. Teilweise verlangt die beklagte Partei auch im Rahmen der Beweisrüge ergänzende Feststellungen.
- 1.2 Die Beweisrüge (Berufungsgrund der unrichtigen Feststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung) der beklagten Partei ist über weite Strecken nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt. Zwar gibt sie an der angegebenen Stelle jeweils die angefochtene Feststellung wörtlich und damit ausreichend gekennzeichnet wieder, in der Folge zeigt sie aber nicht auf, (a) auf Basis welcher Beweisgrundlage die Feststellung getroffen wurde und (b) inwiefern die Beweisgrundlage und damit die eigentliche Beweiswürdigung des Erstgerichts in Zweifel zu ziehen sei. Schlussendlich fehlt überwiegend auch die Darstellung, aus welchen besseren Gründen (c) die Ersatzfeststellung zu treffen wäre und (d) inwiefern diese Ersatzfeststellung von Relevanz für die rechtliche Beurteilung ist.
- 1.3 Die Geltendmachung des Berufungsgrundes der unrichtigen Beweiswürdigung erfordert die bestimmte Angabe, welche Beweise der Erstrichter konkret unrichtig gewürdigt hat, aus welchen Erwägungen sich dies ergibt und welche Tatsachenfeststellungen bei richtiger Beweiswürdigung begründet zu treffen gewesen wären (RIS-Justiz RS0041835). Daher liegt eine ordnungsgemäße Beweisrüge nur dann vor, wenn klar ersichtlich ist, durch welche Tatsachen sich der Berufungswerber für beschwert erachtet, infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurden, welche Feststellungen stattdessen begehrt werden und aufgrund welcher Beweismittel die beehrten Feststellungen getroffen werden könnten (RIS-Justiz RS0041835, T4). Zwar gibt die beklagte Partei an, welche Ersatzfeststellung verlangt wird, regelmäßig fehlt aber die Begründung in der Beweislage. Über weite Strecken wird außerdem keine echte Ersatzfeststellung verlangt, sondern bestenfalls eine zusätzliche Feststellung, was nicht Thema der Beweisrüge ist. Die Beweisrüge der beklagten Partei lässt speziell eine schlüssig beweiswürdigende Begründung für die

Ersatzfeststellungen nahezu durchgehend vermissen und ist daher nicht gesetzmäßig ausgeführt, worauf an gegebener Stelle auch gesondert hingewiesen wird.

- 1.4 Für eine wirksame Bekämpfung der Beweiswürdigung genügt es zudem auch nicht, aufzuzeigen, dass auf der Basis der Ergebnisse des Beweisverfahrens auch andere Feststellungen „möglich“ gewesen wären; es ist vielmehr darzulegen, dass die getroffenen Feststellungen des Gerichts zwingend unrichtig sind oder wenigstens bedeutend überzeugendere Ergebnisse für andere Feststellungen vorliegen (vgl. OLG Wien, 8 Rs 47/12b, SVSlg 62.416). Dies rührt aus dem Grundsatz, dass die Beweiswürdigung nach § 272 ZPO aufgrund der Unmittelbarkeit primär dem erkennenden Erstgericht obliegt. Dieses hat nach sorgfältiger Überzeugung unter Berücksichtigung der Ergebnisse des gesamten Verfahrens zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzusehen ist oder nicht. Es gehört zum Wesen der freien Beweiswürdigung, dass sich das Gericht für eine von mehreren (auch widersprechenden) Darstellungen auf Grund seiner Überzeugung, dass diese mehr Glaubwürdigkeit beanspruchen kann, entscheidet (RIS-Justiz RS0043175). Dabei sind der individuelle persönlicher Eindruck, die Kenntnisse der Lebensvorgänge, die Erfahrungen in der menschlichen Gemeinschaft und schlussendlich auch Menschenkenntnisse entscheidende Grundlage für die Wahrheitsermittlung. Dem anlässlich der Verhandlung gewonnenen persönlichen Eindruck des Gerichts etwa von der Glaubwürdigkeit der vernommenen Personen kommt daher auch maßgebliche Bedeutung zu (LGZ Wien 29.10.2014, 38 R 161/14d). Die beklagte Partei vermag in ihrer Berufungsschrift an keiner Stelle aufzuzeigen, inwiefern die Beweiswürdigung des Erstgerichts tatsächlich unrichtig sein soll, denn großteils fehlen schon Ausführungen dazu, auf Basis welcher – nach Ansicht der beklagten Partei bedeutenderen – Beweisergebnisse die jeweils begehrten Ersatzfeststellungen zu treffen gewesen wären.
- 1.5 Weil im Berufungsverfahren typischerweise keine Beweismittel aufgenommen werden, kann die Beweiswürdigung des Erstgerichts also nur im Rahmen des gezeigten engen Prüfungsmaßstabs angegriffen werden. Es muss daher konkret dargestellt werden, aufgrund welcher Beweismittel abweichende Feststellungen zu treffen wären. Insofern die Berufung diesem engen Prüfungsmaßstabs nicht folgt (siehe grundlegend *Kodek* in Rechberger⁵, Kommentar zur ZPO, zu § 471 ZPO Rz 15) ist die Beweisrüge nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt und schon aus formalen Gründen einer inhaltlichen Behandlung durch das Berufungsgericht nicht zugänglich.
- 1.6 Festzuhalten ist in formaler Hinsicht weiters, dass die beklagte Partei in ihrer Beweisrüge vielerorts zusätzliche, „ergänzende“ Feststellungen begehrt. Fehlende Feststellungen sind keine Feststellungen und sind demnach als „sekundärer Feststellungsmangel“ im Rahmen des Berufungsgrundes der unrichtigen rechtlichen

Beurteilung auszuführen und nicht im Rahmen der Beweisrüge (vgl. RIS-Justiz RS0043304 [T5, T6]; RS0043322 [T1]). Auch insofern ist die Beweisrüge zu einigen Feststellungen nicht gesetzmäßig ausgeführt.

1.7 Nicht zuletzt ist der Beweisrüge aber auch deshalb der Erfolg zu versagen, weil von der beklagten Partei Feststellungen bekämpft werden, die für die rechtliche Beurteilung – ausgehend von ihrem eigenen Rechtsstandpunkt – nicht von Relevanz sind (siehe nur Berufung Punkt C.I., S. 138). Zwar hat das Berufungsgericht aus Anlass einer gesetzmäßig ausgeführten Beweisrüge (die hier nicht vorliegt) eine Prüfung vorzunehmen, ob die Tatsacheninstanz die ihr vorliegenden Beweise nach der Aktenlage schlüssig gewürdigt hat. Eine meritorische Erledigung der Beweisrüge kann jedoch dann unterbleiben, wenn der vom Erstgericht festgestellte und der davon abweichende vom Rechtsmittelwerber angestrebte Sachverhalt zum gleichen rechtlichen Ergebnis führen würden oder wenn Feststellungen des Erstgerichtes angefochten werden, die für die rechtliche Beurteilung der Sache ohne Bedeutung sind (vgl. RIS-Justiz RS0042386; OLG Innsbruck 15.1.2013, 25 Rs 135/12g).

1.8 Im Folgenden wird aufgezeigt, aus welchen Gründen der Beweisrüge der beklagten Partei zu den jeweils angefochtenen Feststellungen keine Folge zu geben ist.

2. Angefochtene Feststellung „Historischer Wille“ (US 16), Berufung, S 138f

2.1 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.“

2.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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.“

2.3 Die Begründung der beklagten Partei

Die Beweisrüge begründet die beklagte Partei damit, dass die bekämpfte Feststellung die rechtlich relevanten Tatsachen angeblich nicht vollständig wiedergibt. Schon aus

der Begründung, aber auch aus der begehrten „Ersatzfeststellung“ (Anm.: richtigerweise handelt es sich um eine Zusatzfeststellung) folgt, dass die Beweisrüge unzulässig ist. Eine Tatsachenfeststellung des Erstgerichts ist dann einer Beweisrüge zugänglich, wenn sie unrichtig ist. Nach der Begründung der beklagten Partei liegt aber keine Unrichtigkeit, sondern lediglich ein „Unvollständigkeit“ vor: Vermeintlich nicht getroffene Feststellungen (= fehlende oder unvollständige Feststellungen) sind allerdings, wie eingangs dargestellt, nicht im Rahmen der „Beweisrüge“, sondern ausschließlich im Rahmen der Rechtsrüge geltend zu machen. Allenfalls kann in fehlenden Feststellungen nämlich ein sekundärer Feststellungsmangel, begründet sein (RIS-Justiz RS0043304 [T5, T6]; RS0043322 [T1]).

2.4 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

2.4.1 Das Protokoll, Beilage./11, welches die Debatte im Gemeinderat wörtlich wiedergibt, ist vom Erstgericht zutreffend festgestellt worden. Sein Inhalt gibt Tatsachen wieder, nämlich den tatsächlichen Verlauf der Debatte. Soweit die beklagte Partei in der bekämpften Feststellung die historische Genese des Gemeinderatsbeschlusses vermisst, ist zu erwidern, dass das Erstgericht gerade zur Genese ohnehin eine ganze Reihe von Feststellungen getroffen hat, welche die beklagte Partei aber nicht bekämpft (siehe nur die Feststellungen US 12 ff). Welche Rückschlüsse aus dem Inhalt des Protokolls Beilage ./11 zu ziehen sind, ist demgegenüber eine Rechts- und keine Tatfrage. Der mit Beilage ./11 festgestellte Inhalt des Protokolls wird von der beklagten Partei demgegenüber gar nicht bekämpft. Richtigerweise liegt somit gar keine Beweisrüge vor.

2.4.2 Zur „Relevanz“ argumentiert die beklagte Partei, dass der Swap, ausgehend von der „Ersatzfeststellung“, bei richtigem Verständnis den Optimierungsbegriff erfüllt hätte. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch die „Ersatzfeststellung“ zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung geführt hätte, zumal auch das Erstgericht nicht davon ausgeht, der Gemeinderat hätte ausschließlich an „Absicherungsgeschäfte“ gedacht. Auch das Erstgericht kommt nicht zum Schluss, der Gemeinderatsbeschluss habe nur risikolose Geschäfte angesprochen. Es legt den im Beschluss verwendeten Begriff der „Optimierung“ ohnehin dahingehend aus, dass auch gewisse kontrollierbare Risiken übernommen werden können (vgl. etwa die Ausführungen US 78 zur Auslegung des Begriffs der Optimierung: *„Aus Sicht des Gerichts ist als Ergebnis einer solchen gebotenen objektiven Auslegung der vom GR benutzte Begriff Optimierung dahingehend zu interpretieren, dass durch Einnahmen aus der Übernahme eines beschränkten, kontrollierbaren Risikos die Zahllast aus der CHF-Anleihe reduziert werden sollte. Die rechtlichen Rahmenbedingungen, in denen sich die Klägerin bewegt, schließen die Annahme (und auch den Anschein) schon objektiv aus, dass eine Verbesserung der Kostenstruktur durch die Übernahme unbeherrschbarer oder*

übermäßiger Risiken vom Beschluss umfasst sein hätte sollen.“). Es können also durchaus gewisse Risiken übernommen werden, sie dürfen allerdings nicht unkontrollierbar sein oder die Leistungsfähigkeit der Gemeinde und deren kommunale Aufgaben gefährden (vgl. auch US 88 wonach die „Gefährdung des Haushaltsgleichgewichts, Gefährdung der ordnungsgemäßen Erfüllung der der Klägerin obliegenden Aufgaben und Verpflichtungen oder durch Eingehen eines unverhältnismäßig hohen finanziellen Wagnisses [siehe § 78 Abs. 2 StL] oder auch durch Gefährdung der dauernden Leistungsfähigkeit der Stadt [§ 58 StL]“ als Schutzobjekte hervorstreichen sind).

3. Angefochtene Feststellung „Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien (US 24), Berufung, S 140 f

3.1 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 [REDACTED] ON 593, S. 5 f).“

3.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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).“

3.3 Die Begründung der beklagten Partei

Die bekämpfte Feststellung des Erstgerichtes soll nach der beklagten Partei „*unrichtig bzw. ungenau*“ sein, wobei sich die beklagte Partei offensichtlich vor allem am „*Hausbankstatus*“ stößt. Das suggeriere, dass die beklagte Partei über mehr Kenntnisse der inneren Vorgänge bei der Stadt Linz verfügt hätte als vergleichbare Banken.

3.4 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

- 3.4.1 Abermals ist die Beweisrüge nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt. Die beklagte Partei legt nämlich nicht dar, inwiefern die Beweiswürdigung des Erstgerichts in diesem Punkt unrichtig sein soll. Das Erstgericht verwendet ausdrücklich den Begriff „Kreditanträge“ (im Plural) und verweist dabei auf die „Beilage ./BJ“. Bei den Kreditanträgen gemäß „Beilage ./BJ“ handelt es sich um die Beilagen ./BJ1 bis BJ16, wobei die Beilage ./BJ1 das Datum „27.9.2006“ trägt und die Beilage ./BJ16 das Datum „5.8.2011“. Dazwischen liegen weitere 14 vergleichbare Dokumente, welche das Erstgericht erkennbar in die Beweiswürdigung einbezogen hat. Nach dem Inhalt dieser Beweisurkunden hat im Übrigen die beklagte Partei den Begriff „Hausbankstatus“ selbst verwendet. So etwa heißt es in Beilage ./AQ vom 7. November 2008 (Aktenvermerk ■■■■ vom 7. November 2008: „[...] die BAWAG PSK genießt de facto Hausbankstatus [...]“). In Beilage ./BX (polizeiliches Vernehmungsprotokoll vom 20. September 2011) gibt ■■■■ Folgendes an: „[...] als Hausbank will man den Kunden signalisieren, dass man in diesen Themen versiert ist.“ Im Übrigen schließt der Umstand, dass die Stadt Linz zu anderen Banken ebenfalls Geschäftsbeziehungen unterhielt, keineswegs den Hausbankstatus der beklagten Partei aus. Die beklagte Partei vermag also nicht darzulegen, aus welchen Gründen die Feststellung des Erstgerichts unrichtig sein soll.
- 3.4.2 Sie setzt sich auch nicht mit dem Inhalt der Beilagen ./BJ2 bis ./BJ16 auseinander. Nicht zuletzt aus diesen Urkunden ergibt sich, dass sich die beklagte Partei laufend und nicht etwa nur zum „Stichtag 27.9.2006“ über den Haushalt der Stadt Linz einschließlich Finanzschulden, Schuldendienst und Maastricht-Kriterien informiert hat. Alles andere wäre auch völlig lebensfremd und nicht zuletzt mit den Pflichten nach dem Bankwesengesetz unvereinbar. Das Erstgericht hat mit seinen Feststellungen gerade nicht allein auf den Stichtag 27. September 2006 abgestellt, was sich schon aus dem Verweis auf die „Kreditanträge gemäß Beilage ./BJ“ ergibt. Damit hat das Erstgericht erkennbar „Beilage ./BJ“ als Sammelbegriff für die Beilagen ./BJ1 bis ./BJ 16 verwendet. Die lange Kette an Kreditanträgen seit 2006 zeichnet eindrucksvoll das Bild einer „laufenden“ Erkundigung. Insgesamt vermag die beklagte Partei die Beweiswürdigung des Erstgerichts also in keinem Punkt zu erschüttern.
- 3.4.3 Schlussendlich fehlt es der Ersatzfeststellung auch an der Relevanz. Wenn nämlich die beklagte Partei nach den unangreifbaren erstgerichtlichen Feststellungen „laufend“ informiert war, so schließt dies die Information zum Stichtag 27. September 2006 ohnehin ein. Dieser „Stichtag“ lag zudem vor dem Abschluss des Swap 4175. Es ist also nicht ersichtlich, inwiefern die verlangte stichtagsbezogene Ersatzfeststellung („27.9.2006“) zu einer anderen rechtlichen Beurteilung hätte führen sollen. Für die

Frage des gültigen Zustandekommens des Swap 4175 ist es außerdem nicht entscheidend, ob die beklagte Partei „Hausbankstatus“ hatte oder nicht.

4. Angefochtene Feststellung „Kenntnis von ██████████ ██████████ zum Swap (US 24), Berufung, S 141 ff

4.1 Angefochtene 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).“

4.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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.“

4.3 Die Fehlende Berechtigung der Beweistrüge

4.3.1 Bereits eine Gegenüberstellung zwischen der bekämpften Feststellung und der begehrten Ersatzfeststellung zeigt, dass die beklagte Partei erneut keine Tatsachenfeststellung bekämpft, sondern in Wahrheit eine ergänzende Feststellung wünscht. Ergänzende Feststellungen sind aber nicht Gegenstand einer prozessordnungsgemäß ausgeführten Beweistrüge. Tatsächlich bekämpft sie damit keine Feststellung und legt (und hier ist sie insofern konsequent) auch nicht dar, aus welchen Gründen die Feststellung des Gerichts unrichtig sein soll. Offensichtlich ist die beklagte Partei selbst der Meinung, dass die Feststellung des Gerichts der Wirklichkeit entspricht.

- 4.3.2 Einer ergänzenden Feststellung bedarf es allerdings deshalb nicht, weil auch das Erstgericht davon ausgeht, ██████ ██████ sei bewusst gewesen, dass die Entwicklung des Swap 4175 unter anderem vom Kurs des Schweizer Franken abhängt und sich zu bestimmten Fälligkeiten auch Zahlungen zu Lasten der Stadt Linz ergeben würden. Folglich ist die Tatsachenfeststellung des Erstgerichts auch nicht ergänzungsbedürftig.
- 4.3.3 Deshalb wäre auf die in diesem Zusammenhang angestellten verschiedenen beweiswürdigen Überlegungen der beklagten Partei zum angeblich (tatsächlichen) Wissensstand von ██████ ██████ nicht einzugehen. Soweit die beklagte Partei im Speziellen aber die Ergänzung verlangt, ██████ ██████ habe vor Abschluss des Swaps selbst ein Excel-Dokument erstellt, in dem die Funktionsweise des Swaps samt sich allenfalls daraus ergebender Zahlungspflichten für die Klägerin korrekt wiedergegeben sei, wird nicht einmal klar, auf welches konkrete (Excel-)Dokument sie sich dabei überhaupt bezieht. Angeblich handelt es sich dabei um ein Excel-Dokument aus dem August 2006. Wenn damit die Beilage ./30 gemeint sein sollte (ein Dokument, in dem ██████ ██████ verschiedene Vorschläge der Banken zusammengestellt hatte), so sind darin zwar verschiedene Berechnungen ersichtlich, diese konnten aber keinesfalls den Swap 4175 betroffen haben. Bei dem nächsten Dokument handelt es sich nach den Ausführungen der beklagten Partei um die Beilage ./248.1. Diese wurde aber erst nach dem Vertragsabschluss, nämlich erst am 26. Februar 2007, erstellt. Die weiteren von der beklagten Partei vorgelegten Beilagen ./248.2 bis ./248.11 tragen kein Erstellungsdatum, sind aber offensichtlich einzelne Blätter zum Excel-File mit dem Dateinamen „Swaps“, welches mit dem Datum „Created 26.2.2007“ (siehe Umrahmung) in Beilage ./248.1 ausgewiesen ist. Bei der Beilage ./98 wiederum, die ██████ ██████ nach der Meinung der beklagten Partei auch zur Berechnung des Geschäftes vor dessen Abschluss angefertigt haben soll, erkennt man, dass jedenfalls die 2. Seite aus dem Jahr 2010 stammen muss: Am Anfang findet sich nämlich die Überschrift „*Offen 14 Halbjahres-Termine bis 15.4.2017*“. 14 Halbjahres-Termine fehlten aber erst im Jahr 2010. Außerdem erläuterte ██████ ██████ in der Verhandlung am 13. Mai 2019 nur Kurse zwischen 1,44 und 1,62 eingegeben zu haben (Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 14).
- 4.3.4 Daraus folgt, dass gerade jene zusätzlichen Feststellungen, welche die beklagte Partei ergänzend getroffen haben will, sich aus den von ihr genannten Beilagen (insbesondere Beilagen ./248) gerade nicht ableiten lassen. Aus der Art und Weise, wie die Beilage ./248 aufgemacht ist, ist zu vermuten, dass die einzelnen Excel-Felder nicht mit eigenen Funktionen hinterlegt waren, sondern von ██████ ██████ einfach nur Zahlen eingegeben worden sind (darauf weisen auch die Äußerungen von ██████ ██████ in der Verhandlung am 14. Mai 2019 hin [Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 6]). Von der seitens der beklagten Partei ebenfalls als Beleg herangezogenen Beilage ./30 (aus dem August 2006) kann der Swap 4175 inhaltlich noch gar nicht betroffen sein, sah ██████

■■■■ doch für die Schweizer Frankenanleihe als einzige Maßnahme auf Seite 1 einen Fixzins-Swap vor. Auf sie kann also die Behauptung der beklagten Partei, aus ihr würden sich „die Funktionsweise des Swap samt sich allenfalls daraus ergebender Zahlungspflichten für die Klägerin“ ergeben, nicht zutreffen. Hinsichtlich der Beilage ./98 kann man festhalten, dass sie zwar angeblich (Ausdruck Seite 1 die Datei) am 2. Februar 2007 erstellt worden sein soll, die darin enthaltenen Berechnungen aber offensichtlich ebenfalls aus einer Zeit lange nach dem Abschluss des Swaps stammen müssen. Das ergibt sich nicht nur aus der Seite 2 (wie oben schon ausgeführt), sondern auch aus der Tatsache, dass am 2. Februar 2007 ein Fixzinssatz von 0,065 % noch gar nicht bekannt war. Somit lässt sich gar nicht feststellen, welchen Inhalt die Datei Beilage ./98 bei Abschluss des Swap 4175 tatsächlich hatte. Vielmehr ist es aus den genannten Gründen naheliegend, dass dieses Dokument erst später, und zwar (siehe Seite 2 der Beilage ./98) viel später, erstellt worden ist. Zusammenfassend lässt sich die von der beklagten Partei begehrte zusätzliche Feststellung bei genauer Analyse anhand jener Quellen, auf die sie sich beruft, keinesfalls treffen. Die begehrte Ersatzfeststellung wäre also von den Beweisergebnissen gerade nicht gedeckt.

4.3.5 Im Übrigen fehlt es dieser Ersatzfeststellung auch an jeglicher Relevanz: Bei richtiger rechtlicher Beurteilung kommt es nicht darauf an, ob ■■■■ ■■■■ vor Abschluss des Swap 4175 überhaupt Excel-Dateien, und wenn welche, erstellt hat. Auf dessen persönliches Verständnis kommt es für die Frage, ob sich der Gemeinderat seinen Willen zum Abschluss des Swap-Geschäftes gebildet hat oder bilden konnte, gerade nicht an, wie die Stellungnahme zur Rechtsrüge der beklagten Partei zeigt.

5. Kenntnis der beklagten Partei vom Gemeinderatsbeschluss 3. Juni 2004 (US 25), Berufung, S 145

5.1 Angefochtene 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 den befassten 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 ■■■■ ■■■■ und ■■■■ ./27, ./38, ./101, ./135).“

5.2 Begehrte Ersatzfeststellung (Unterstreichung)

„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. Juni 2004 war der Beklagten vor Abschluss des Swap hingegen bekannt.“

5.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

- 5.3.1 Aus dem Vergleich zwischen der bekämpften Feststellung und der von der beklagten Partei verlangten Ersatzfeststellung ergibt sich, dass sich die beklagte Partei nur gegen die negative Feststellung in Bezug auf den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 wendet. Nach den Beweisverfahren ist das Erstgericht nämlich der Meinung, es könne nicht feststellen, ob der Gemeinderatsbeschluss der beklagten Partei persönlich übergeben wurde, oder ob dieser der beklagten Partei sonst inhaltlich bekannt war.
- 5.3.2 Die beklagte Partei glaubt, in dieser Feststellung sei ein Widerspruch zu sehen, weil das Erstgericht andererseits auf US 91 festgestellt habe, dass der Gemeinderatsbeschluss der beklagten Partei bekannt sein musste. Sie zeigt damit aber keinen Widerspruch auf, denn „Kennenmüssen“ bedeutet eben nicht kennen. Die Beurteilung des Erstgerichts geht eben nur dahin, dass der beklagten Partei der Beschluss hätte bekannt sein müssen. Dass die beklagte Partei ihn tatsächlich kannte, diese Feststellung konnte es zu Recht nicht treffen. Die beklagte Partei kann dagegen nichts Tragfähiges vorbringen.
- 5.3.3 Zunächst fehlt der Beweisrüge schon formal die Darstellung, auf welche Beweisergebnisse das Gericht die Feststellung stützte, um sich mit dieser Beweiswürdigung dann näher zu befassen. Die bloße Darstellung, dass gewisse Aktenstücke auch andere Schlüsse zulassen könnten, reicht für eine erfolgreiche Beweisrüge nicht aus. Denn nur das Erstgericht verfügt über jenen persönlichen Eindruck, der es ihm im Rahmen der freien Beweiswürdigung ermöglicht, Feststellungen zu treffen. Nur dann, wenn diese Beweiswürdigung schwere Mängel aufweist, in offenkundigem Widerspruch zu Beweisergebnissen steht, etwa weil sich die Feststellung aus diesen Beweisergebnissen nicht ableiten lässt, oder aber mit den logischen Denkgesetzen nicht in Einklang zu bringen ist, ist die Beweiswürdigung der Prüfung zugänglich (vgl. LG Linz 20.11.2009, 15 R 201/09y; LG Salzburg 6.2.2009, 21 R 30/09x).
- 5.3.4 Zwar legt die beklagte Partei dar, welche Urkunden für Ihren Standpunkt sprechen könnten, sie setzt sich aber mit der Beweiswürdigung des Erstgerichts nicht in der gebotenen Weise auseinander. Bei prozessordnungsgemäßer Darstellung der Beweisrüge hätte sich die beklagte Partei daher zunächst mit der Beweiswürdigung des Gerichts zu befassen gehabt und hätte dabei aufzeigen müssen, warum diese Beweiswürdigung zwingend unrichtig sein muss. Schon dieser Schritt wurde unterlassen.

- 5.3.5 Das Gericht stützte die bekämpfte Feststellung vor allem auf die Zeugeneinvernahmen von ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ und ██████████ ██████████ Beilagen ./27, ./38, ./101 und ./135 (US 25) und führt im Rahmen der Beweiswürdigung (US 45) dann zusätzlich folgende Gründe und Überlegungen ins Treffen: *„Die Negativfeststellung zur Übergabe des GR-Beschlusses vom 3.6.2004 und des Amtsantrags an die Beklagte und deren Kenntnis davon vor dem Geschäftsabschluss musste aufgrund der widersprüchlichen Beweisergebnisse erfolgen, namentlich den abweichenden Angaben der Beteiligten, insbesondere ██████████ (ZV ON 608, S. 11, auch iVm ./27), ██████████ (ZV ON 110, S. 35 f) und ██████████ (ZV ON 108, S. 8 f), aber auch von ██████████ ██████████ (PV ON 69, S. 6 f) zusammen mit den bei der Feststellung genannten Urkunden, aus denen sich ergibt, dass die Beklagte nach Abschluss bei mehreren Gelegenheiten den Beschluss (wieder?) verlangt hat (./AD - ./AF, auch ./135). Ob der Grund darin liegt, dass sie ihn davor nicht hatte, nicht archivierte, ob der Systemwechsel bei der Beklagten oder allgemeine Organisationsmängel die Ursache dafür darstellen, dass trotz Erkennen der Wichtigkeit von entsprechenden Beschlüssen nachweislich zumindest ab April 2007 (./100) der GR-Beschluss bei der Beklagten nicht auffindbar war, konnte im Verfahren nicht aufgeklärt werden.“*
- 5.3.6 Auf die möglicherweise widersprüchlichen Angaben des ██████████ ██████████ geht das Erstgericht, unter ausdrücklichem Hinweis auch auf die Beilage ./27, ein. Die beklagte Partei vermeint dagegen in Beilage ./27 den schlagenden Beweis dafür gefunden zu haben, dass der Gemeinderatsbeschluss der beklagte Partei bekannt gewesen sei und die Negativfeststellung daher fehlerbehaftet wäre. Der Vorwurf gegenüber dem Erstgericht, es hätte sich mit dem Inhalt des Aktenvermerks von ██████████ ██████████ und seiner Aussage im Strafverfahren nicht befasst, ist aber nicht stichhältig. Soweit sich die beklagte Partei auf eine Aussage von Bürgermeister Dr. Franz Dobusch („*Franz Dobusch*“) im Strafverfahren beruft, ist darauf hinzuweisen, dass dieser keine eigene Wahrnehmung haben konnte, weil er (laut eigener Aussage) nicht in den Abschluss des Geschäftes involviert war. Natürlich würde jeder Außenstehende davon ausgehen, dass sich eine sorgfältig handelnde Bank den Gemeinderatsbeschluss, mit dem das Geschäft (angeblich) genehmigt worden sein soll, besorgt und in ihren Akten ablegt, noch dazu, wenn es sich um ein Geschäft von derartiger Tragweite handelt. Ein solcher, objektiv zu erwartender, Vorgang konnte vom Erstgericht aber gerade nicht festgestellt werden.
- 5.3.7 Ganz im Gegenteil, legt die Tatsache, dass der Beschluss nachträglich angefordert wurde (Beilagen ./AD und ./101: E-Mail Mag. ██████████ ██████████ (, ██████████ ██████████ an Mag. ██████████ ██████████ (, ██████████ ██████████ vom 26. April 2007 und Antwort ██████████ ██████████ vom 27. April 2007) nahe, dass der Gemeinderatsbeschluss bei Vertragsabschluss noch nicht vorlag. Es mag sein, dass die beklagte Partei davon ausging, es würde

irgendeinen Beschluss geben (Feststellungen sind dazu nicht getroffen). Es mag auch sein, dass im August 2006 nach einem Gemeinderatsbeschluss für Derivatgeschäfte gefragt wurde. Die bekämpfte negative Feststellung des Erstgerichts bezieht sich aber nicht darauf, sondern auf den Beschlussinhalt. Soweit sich die beklagte Partei auf den Aktenvermerk vom 10. Februar 2011, Beilage ./27, stützt, macht sie von seinem Inhalt sehr selektiv Gebrauch: Danach müsste ihr nämlich nicht nur der Beschluss, sondern auch eine Kopie der Gemeinderatsvorlage samt Beschluss übergeben worden sein, was auch den Amtsbericht (Beilage ./C) beinhaltet. Gegen die negative Feststellung, „die Übergabe des Amtsberichts kann nicht festgestellt werden“, wendet sich die beklagte Partei naturgemäß nicht. Somit ließe sich die von der beklagten Partei begehrte Ersatzfeststellung aufgrund der von ihr benützten Beweislage nicht mit den weiteren (unbekämpften) Feststellungen in Einklang bringen. Der Beweisrüge ist somit schon deshalb der Erfolg zu versagen.

5.3.8 Soweit sich die beklagte Partei auf die Aussage von ■■■■■■■■■■ und die Beilage ./38 beruft, steht ihrer Darstellung, ■■■■■■■■■■ hätte sich den Beschluss „im Internet angesehen“, erst recht die Beilage ./27 entgegen; damit wären die Beweisergebnisse widerstreitend, worauf das Erstgericht zutreffend hinweist. Außerdem fehlt in der Beweisrüge eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem geschilderten E-Mail-Verkehr aus dem April 2007 und dem Vorstandsprotokoll vom 17. April 2007, Beilage ./100. Bis zu diesem Protokoll (der nach dem E-Mail, Beilage ./AD, in der Woche davor gefasst worden ist) war es nicht verpflichtend, dass ein Gemeinderatsbeschluss zum Akt genommen wurde.

5.3.9 Auch findet sich in einer Antwort von ■■■■■■■■■■ mit Datum 27. April 2007 auf die Anfrage von ■■■■■■■■■■ in Beilage ./101 kein Hinweis in der Richtung, dass der Gemeinderatsbeschluss vor Abschluss des Swap 4175 tatsächlich im Internet recherchiert worden wäre, im Gegenteil: Vielmehr folgt gerade aus dem E-Mail, Beilage ./101, dass zwar möglicherweise im Gespräch mit ■■■■■■■■■■ ein Beschluss erwähnt worden war, der Gemeinderatsbeschluss selbst ist aber im besagten E-Mail nicht inhaltlich wiedergegeben, respektive nicht im Hinblick auf die maßgeblichen Einschränkungen im Beschluss in Richtung „*Marktüblichkeit*“ und „*Optimierung*“. Das E-Mail von ■■■■■■■■■■ Beilage ./101, ging außerdem in Kopie (cc) an, ■■■■■■■■■■ Folgt man wiederum der Darstellung von ■■■■■■■■■■ („Beschluss angeblich im Internet recherchiert“; wann, konnte sie allerdings bei der Befragung gar nicht angeben), hätte sie nach der Lebenserfahrung wohl spätestens nach Erhalt dieser Mitteilung, Beilage ./101, und der Erklärung von ■■■■■■■■■■ antworten müssen, dass sie den Beschluss damals im Internet recherchiert habe. Da es sich beim E-Mail von ■■■■■■■■■■ um ein Antwortmail („Antwort“:) handelte, musste sie auch das E-Mail von ■■■■■■■■■■ an ■■■■■■■■■■ und damit sein Anliegen kennen (auch wenn das ursprüngliche E-Mail von ■■■■■■■■■■ offenbar nicht in cc an sie gegangen war). Vor diesem

Hintergrund ist die Aussage von ■■■■■ den Beschluss im Internet abgerufen zu haben, nicht überzeugend. Außerdem konnte sich ■■■■■ bei ihrer Befragung nicht mehr daran erinnern, wann sie den Beschluss angesehen hatte (Protokoll vom 30. September 2013, ON 110, S 4: „Wann genau, kann ich mich nicht mehr erinnern, aber er ist im Internet abrufbar“). Wenn ■■■■■ den Beschluss tatsächlich im Internet abgerufen hat, dann ist es ob der Beweisergebnisse wahrscheinlicher, dass dies erst im Nachhinein geschah, als die Probleme virulent wurden. Die von der beklagten Partei begehrte Ersatzfeststellung wäre daher selbst aus der Aussage der ■■■■■ keineswegs ausreichend gesichert abzuleiten.

- 5.3.10 Somit gelingt es der beklagten Partei nicht, mit ihrer Darstellung die Beweismwürdigung des Gerichts zu erschüttern. Wie eingangs dargestellt, ist eine Beweismwürdigung des Gerichts nicht schon deshalb fehlerhaft, weil auch andere Beweisergebnisse vorliegen (RIS-Justiz RS0043175). Tatsächlich sind die Beweisergebnisse, worauf das Erstgericht zutreffend hinweist, widersprüchlich, sodass das Erstgericht die negative Feststellung zu treffen hatte.

6. ■■■■■ als Vertreter der Stadt Linz (US 25 f), Berufung S 145 ff

6.1 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).“

6.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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. Es kann nicht festgestellt

werden, bei welcher Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Zahlungspflichten, die Stadt Linz nicht mehr ohne Fremdfinanzierung bewältigen kann, ■■■■ sich selbst noch für kompetent erachtet hätte, den Swap aus eigenem abzuschließen, ohne den Gemeinderat für zuständig zu sehen.“

6.3 Die Begründung der beklagten Partei

Die beklagte Partei argumentiert, dass die Feststellung des Erstgerichtes das „*falsche Bild*“ suggerieren würde, sie sei zur Information verpflichtet gewesen, es liege außerdem in der Feststellung eine „*verzerrte Interpretation*“ vor.

6.4 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

6.4.1 Neben diesen beiden Vorwürfen zeigt die beklagte Partei im Weiteren allerdings nicht auf, inwiefern die Feststellung des Erstgerichtes eigentlich unrichtig ist. Tatsächlich stößt sich die beklagte Partei nur an den Schlussfolgerungen, die das Erstgericht dann aus der Feststellung gezogen hat. Das zeigt sich schon an der begehrten „Ersatzfeststellung“, die genau genommen ein anderes Thema betrifft. Das Erstgericht hat seine Feststellungen primär auf Grundlage der Aussage des ■■■■ getroffen. Dieser hatte in der Tagsatzung vom 14. Mai 2019 (ON 608, S 4) Folgendes angegeben: „*Auf Vorhalt des KV, dass nach den Gutachtenergebnissen bei Abschluss des Swaps ein Risikobudget notwendig sei und Frage, ob der Zeuge mit dem Swap-Abschluss in den Gemeinderat gegangen wäre, wenn er gewusst hätte, dass hier potenziell Verbindlichkeiten von 30 Mio. drohen: Wenn die Beendigung des Swaps Kosten verursacht hätte, die den Gesamtschuldenstand erhöht hätten, so wäre ich damit in den Gemeinderat gegangen. Auf Vorhalt des Richters, dass sich die Frage des KV auf den Abschluss des Swaps und nicht auf die Auflösung des Swaps bezogen habe: Wenn der Abschluss des Swaps Mittel bedurft hätte, die zur Verfügung gestellt werden hätten müssen, weil sie vielleicht später gebraucht werden, dann hätte ich das nicht in meiner Kompetenz gesehen, sondern hätte damit den Gemeinderat befasst. Festgehalten wird, dass der Zeuge auf die vorhergehende Frage auch geantwortet hat: Wenn ich neue Darlehen aufnehmen muss für die Auflösung des Swaps, wodurch der Gesamtschuldenstand erhöht wird, wäre ich in den Gemeinderat gegangen.*“ Und weiter auf Seite 5: „*Auf Frage des KV, ob der Zeuge den Swap auch abgeschlossen hätte, wenn er gewusst hätte, dass es Ausstiegsszenarien geben kann, die Kosten in Höhe von 100 Mio. oder mehr verursachen: [...] Nein.*“

6.4.2 Die Feststellung gründet sich also eindeutig auf eine entsprechende Aussage von ■■■■ die vor dem Hintergrund des Budgetrechts der Stadt Linz auch völlig plausibel ist. Die beklagte Partei zieht auch die Aussage im Grunde genommen nicht in Zweifel und vermag auch keine stichhaltigen Argumente dagegen aufzubieten. Das

Erstgericht stellt zutreffend fest, dass sich ██████████ nicht mehr zum Geschäftsabschluss für befugt erachtet hätte, wenn der Abschluss des Geschäfts Geldmittel als Risikobudget benötigt hätte, die zur Verfügung gestellt werden müssen oder wenn ihm gesagt worden wäre, dass ein Ausstieg möglicherweise EUR 100 Millionen oder mehr kosten könne.

6.4.3 Schon gemessen an der Position und dem Informationsstand des ██████████ sowie der gesamten Budgetsituation der Stadt Linz, ist die Feststellung völlig lebensnah. Die gesamte Budgetierung der Stadt Linz baut darauf auf, dass jährliche Aufwendungen und Erträge ausgeglichen sein sollen. Auch außertourliche Aufwendungen müssen jeweils gedeckt sein. Ein „Risikobudget“ hätte also eines Budgetansatzes im Voranschlag 2007 (Beilage ./ER1) bedurft, es hätte sich um „freie Finanzmittel“ handeln müssen, die zum Zwecke der Spekulation eingesetzt werden. Einen solchen Budgetansatz gab es nicht, was ██████████ in der Aussage auch schlüssig darlegt. Daher ist die Feststellung auch in hohem Maße lebensnah, denn es scheint geradezu undenkbar, dass der Finanzdirektor sehenden Auges über einen Betrag in Höhe von EUR 100 Mio (!) eigenmächtig verfügt und diesen Betrag – wie schon die Bezeichnung Risikobudget vor Augen führt – sehenden Auges aufs Spiel setzt. Im Haushaltsvoranschlag 2007 (vgl. Beilage ./ER1) war jedenfalls kein solches Risikobudget vorgesehen, und es sind auch keine Reserven für Ausstiegskosten budgetiert worden.

6.4.4 Aus dem Amtsbericht zum Gemeinderatsbeschluss 2004 (Beilage ./C) ergibt sich, dass die Stadt Linz damals Verbindlichkeiten im Ausmaß von EUR 345,15 Mio. hatte. Ein Betrag von EUR 100 Mio hätte also den Schuldenstand der Stadt Linz mit einem Mal um rund ein Drittel (!) erhöht. Da die Stadt Linz nach dem Voranschlag für das Jahr 2007 über keine freien Mittel von EUR 100 Mio verfügte, hätte für das notwendige Risikobudget im Endeffekt ein Kreditrahmen von EUR 100 Mio aufgenommen werden müssen (Gerichtsgutachten, S 58: „Effektenkredit“). Der Abschluss dieses Kreditvertrages wäre (einmal mehr) ganz unzweifelhaft in die Kompetenz des Gemeinderats gemäß § 46 Abs 1 Z 9 StL gefallen, wobei gemäß § 78 Abs 1 Z 2 StL auch hierzu natürlich eine aufsichtsbehördliche Genehmigung notwendig gewesen wäre.

6.4.5 Außerdem verwechselt die beklagte Partei in der Beweisrüge „Feststellungen“ und „Rechtsfolgen“. Soweit sich die beklagte Partei ebenfalls auf ██████████ beruft (Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 5), der angeblich gesagt haben soll, dass es ihm nicht mehr möglich sei, auch nur eine konkrete Wahrscheinlichkeit zu nennen, bis zu der er sich selbst noch für kompetent erachtet hätte, ist diese Aussage nur konsequent im Lichte der Feststellung und der Aussage davor (siehe oben). Außerdem versucht die beklagte Partei, der entsprechenden Stelle im Protokoll einen anderen

Inhalt zu geben als sie hat. Tatsächlich protokolliert ist Folgendes: *„Festgehalten wird, dass der KV versucht, eine Wahrscheinlichkeitsgrenze zu erfragen, bis zu der der Zeuge seine Kompetenz noch bejaht hätte, in der Folge versucht dies auch der Richter. Dem Zeugen ist es aber nicht mehr möglich, heute eine konkrete Wahrscheinlichkeit 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“*. Wie sich aus der Protokollierung in der Zusammenschau aber eindeutig ergibt, bezog sich die Frage auf das Thema der Wahrscheinlichkeit der Überschreitung der Schwellen, wie sie das Ergänzungsgutachten (S 17 ff) behandelt hat, nicht aber auf das Risikobudget und die Ausstiegskosten. ■■■■■ ■■■■■ konnte zu Ersterem verständlicherweise keine konkreten Angaben machen.

- 6.4.6 Das erhellt sich auch aus den weiteren Aussagen des ■■■■■ ■■■■■ die er am 13. und 14. Mai 2019 machte: So stellte er auf Seite 13 des Protokolls der Verhandlung vom 13. Mai 2019 folgendes klar: *„Dabei gab es im Prinzip zwei Vorgaben, nämlich einerseits, dass der Schuldenstand der Stadt nicht erhöht werden durfte und andererseits, dass es sich um Standardprodukte handeln müsse, die marktüblich sind und optimierend im Sinne von die Zinslast reduzierend sind“*. Am 14. Mai 2019 (Protokoll Seiten 2 und 3) erklärte er auf die Frage, ob es richtig sei, dass er nicht berechtigt war, durch den Abschluss von Geschäften den Gesamtschuldenstand der Stadt zu erhöhen: *„Ja, das war meine Interpretation, dass das Eingehen neuer Verbindlichkeiten außerhalb meiner Kompetenz gelegen wäre“*; und weiters: *„Wenn der Abschluss des Swaps Mittel bedurft hätte, die zur Verfügung gestellt werden müssen, weil sie vielleicht später gebraucht werden, dann hätte ich das nicht in meiner Kompetenz gesehen, sondern hätte damit den Gemeinderat befasst“* und auf Nachfrage des Richters, ob der Zeuge eine Zahl nennen könne, bei der im Jahr 2007 eine Finanzierung noch ohne Darlehensaufnahme durch die Stadt Linz möglich gewesen sei: *„Das kann ich jetzt so, ohne mir die damaligen Zahlen noch einmal genau anzusehen, nicht konkret sagen, was ich aber sagen kann ist, dass die Situation angespannt war und an und für sich jede zusätzliche Ausgabe fremdfinanziert hätte werden müssen“*. Der angebliche Widerspruch liegt deshalb nicht vor.
- 6.4.7 Da schon die bekämpfte Feststellung richtig ist, muss auf die „Ersatzfeststellung“ nicht weiter eingegangen werden. Richtigerweise handelt es sich aber bei der begehrten Ersatzfeststellung, wenn, dann um eine zusätzliche Feststellung, was im Rahmen der Beweisrüge aber unzulässig ist. Die Beweisrüge ist insofern auch nicht gesetzmäßig ausgeführt.

7. Einbindung des Gemeinderats konkret bei Abschluss (US 26), Berufung, S 147

7.1 Angefochtene Feststellung (Hervorhebung)

*„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.“*

7.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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.“

7.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

7.3.1 Laut der beklagten Partei wäre die Feststellung unrichtig, wobei sich die beklagte Partei, soweit ersichtlich, vor allem an der hervorgehobenen Passage „*in irgendeiner Form*“ stößt. Vergleicht man die bekämpfte Feststellung mit der „Ersatzfeststellung“ ist erkennbar, dass die Ersatzfeststellung materiell keinen anderen Gehalt als die Feststellung selbst hat. Wenn nämlich eine weitere Willensbildung, Beratung oder Beschlussfassung des Gemeinderatsbeschlusses als Kollegialorgan nicht festgestellt werden kann, so schließt dies den aus dem Blickwinkel der beklagten Partei zu beanstandenden Zusatz „*in irgendeiner Form*“ ohnehin ein. Einer Beweisrüge, die inhaltlich auf nichts anderes abzielt, als die bekämpfte Feststellung, wenn auch mit anderen Worten, kommt keine Relevanz zu bzw. es ist diese auch nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt und daher nicht zu behandeln. Die Ersatzfeststellung hätte keinen anderen materiellen Gehalt als die Feststellung selbst.

7.3.2 Rechtlich ist außerdem nur entscheidend, ob eine tatsächliche Willensbildung des Gemeinderates stattgefunden hat. Das war zu verneinen (hinsichtlich der daraus folgenden rechtlichen Konsequenzen wird auf die Erwiderung zur Rechtsrüge unter Punkt II. 2.2 ff sowie 4.3 verwiesen). Dass der Gemeinderat im Übrigen ein „Kollegialorgan“ ist, versteht sich von selbst, und es bedarf keines Zusatzes in der Ersatzfeststellung. Im Übrigen erklärt die beklagte Partei auch nicht, welche „Einbindung“ des Gemeinderates denn im Speziellen vorgelegen haben soll, die vom Erstgericht angeblich übergangen wurde (vgl. auch Punkt II. 4., insbesondere 4.3.1 ff).

Zu den von der beklagten Partei erwähnten Berichten an den Finanzausschuss (vgl. US 16 u. a.) und den Kontrollausschuss (vgl. US 29, 43) sowie zu den Wortmeldungen in der Gemeinderatsitzung vom 16. Dezember 2010 (US 31 und dazu in der Erwiderung zur Rechtsrüge Punkt II. 4.3.6) hat das Erstgericht ohnehin jeweils explizite Feststellungen im Urteil getroffen und diese Feststellungen auch im Rahmen der Beweiswürdigung und der rechtlichen Beurteilung bedacht.

8. Darstellung in Debt-Management-Berichten (US 26 bis 28), Berufung S 149 ff

8.1 Angefochtene Feststellung

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

8.2 Begehrte Ersatzfeststellung

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>
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

8.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

8.3.1 Vergleicht man angefochtene Feststellung und die begehrte Ersatzfeststellung, wird sofort sichtbar, dass die beklagte Partei hier keine Beweisrüge ausführt, sondern einmal mehr lediglich eine ergänzende Feststellung verlangt. Ergänzende Feststellungen können aber nur im Rahmen der Rechtsrüge als sekundärer Feststellungsmangel Bedeutung haben. Einen solchen „sekundären“ Feststellungsmangel führt die beklagte Partei aber im Rahmen der Rechtsrüge gar nicht aus. Sie legt auch – geradezu konsequenterweise – nicht dar, inwiefern die angefochtene Feststellung überhaupt „unrichtig“ sein soll. Bis auf die ergänzend zur Feststellung verlangte Tabelle ergibt sich nämlich kein Unterschied zwischen bekämpfter Feststellung und Ersatzfeststellung.

8.3.2 Selbst wenn die beklagte Partei den Umstand im Rahmen der Rechtsrüge korrekt geltend gemacht hätte, was hier jedoch außer Betracht zu bleiben hat, würde sich keine Relevanz ergeben. Das Erstgericht hat in den Fußnoten außerdem ohnehin ausreichend zum Ausdruck gebracht, dass sich die Beträge später änderten. Die Angabe des „maximalen Risikos“ ist außerdem in den weiteren Debt-Management Berichten objektiv genauso irreführend wie in Beilage ./BH. Die Frage, ob das Wissen und Wollen des Finanzausschusses dem Gemeinderat rechtlich zuzurechnen ist, stellt ausschließlich eine Rechtsfrage dar. Die beklagte Partei macht auch nicht klar, inwiefern sich aus den unterschiedlichen Zahlenangaben zum „maximalen Risiko“ und „maximalen Ertrag“ durch die verlangten ergänzenden Feststellungen eine Änderung in der rechtlichen Beurteilung zur Frage der Genehmigung des Swaps ergeben sollte.

8.3.3 Schlussendlich ist noch festzuhalten, dass das Erstgericht die Debt-Management-Berichte, Beilagen ./BH3, ./BH7 und ./BH9, ohnehin mit dem Anhang 2, 3 und 4 zum Urteil ausdrücklich festgestellt hat (US 29) und sich die zusätzlichen Daten daher – soweit relevant – auch dort wiederfinden.

8.3.4 Insgesamt ist die Beweisrüge somit schon aus formalen Gründen keiner Behandlung zugänglich und wäre auch sonst (als sekundärer Feststellungsmangel) materiell nicht berechtigt.

9. **Kontrollamtsbericht über den Rechnungsabschluss 2007 (US 29), Berufung S 151 ff**

9.1 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 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 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)."

9.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„In seinem an den BM Dr Dobusch, den Vorsitzenden des Kontrollausschusses GR GR GRin und GR (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= .1AN, pdf-S. 22 (im Dokument als S. 21 bezeichnet)).

Die Berichte und Nachprüfberichte des KoA wurden in Sitzungen des Kontrollausschusses ausführlich behandelt und diskutiert."

9.3 Die fehlende Berechtigung der Beweistrüge

- 9.3.1 Die beklagte Partei trägt zur Begründung der Beweistrüge vor, dass die bekämpfte Feststellung jedenfalls „unvollständig“ sei, weil jene Personen, die konkret den Bericht erhalten hätten, in der Feststellung nicht namentlich genannt würden. Wie sich aus der Feststellung ergibt, kommt das Erstgericht aber ohnehin zum Schluss, dass die Berichte des Kontrollamts in den „*Sitzungen des Kontrollausschusses behandelt und diskutiert wurden*“, nicht aber im Gemeinderat. Welche Bedeutung die Namen der Mitglieder des Kontrollausschusses in rechtlicher Hinsicht haben sollen, erschließt sich nicht. Ausschlaggebend kann nur die Funktion sein. Das Erstgericht hat ohnehin festgestellt, dass vier Mitglieder auch Gemeinderäte waren.
- 9.3.2 Dass der Kontrollamtsbericht an den Vorsitzenden des Kontrollausschusses übermittelt wird, braucht nicht gesondert festgestellt werden, es handelt sich um eine Selbstverständlichkeit und ist nur logische Konsequenz der Funktion. Außerdem schließt die Feststellung, dass der Kontrollamtsbericht in den Sitzungen des Kontrollausschusses behandelt wurde, ohnehin die Kenntnis der Mitglieder des Kontrollausschusses von dem Dokument ein.
- 9.3.3 Die beklagte Partei behauptet in der Beweistrüge nicht einmal, dass der Kontrollamtsbericht – entgegen den Feststellungen des Erstgerichtes – im Gemeinderat behandelt und darüber Beschluss gefasst worden sei; nur das wäre möglicherweise relevant. Gleichwohl will sie im Rahmen ihrer „Ersatzfeststellung“ diesen Umstand („keine Erörterung im Gemeinderat“) quasi verschwinden lassen, indem sie diese Passage einfach weglässt. Eine Begründung dafür gibt sie naturgemäß nicht. Wenn die beklagte Partei pauschal behauptet, dass der Swap 4175 Mitgliedern des Gemeinderats nicht verborgen geblieben sein kann, übergeht sie den Umstand, dass das Erstgericht ohnehin festgestellt hat, dass der Kontrollamtsbericht an vier Gemeinderäte ging. Das Erstgericht hat ohnehin auch festgestellt, dass im Finanzausschuss Mitglieder des Gemeinderates vertreten sind (siehe schon US 2). Wie das Erstgericht aber zutreffend in der rechtlichen Beurteilung darstellt, kann nicht eine allfällige (noch dazu unvollständige) Kenntnis von einzelnen Mitgliedern eine Willensbildung des wichtigsten Kollegialorgans (Gemeinderat) ersetzen. Die gesamte Kompetenzzuteilung an den Gemeinderat wäre ausgehebelt, wenn die maßgebliche Willensbildung des Gremiums ohnehin erst recht durch einzelne Mitglieder stattfinden könnte (dazu wird in der Erwiderung zur Rechtsrüge insbesondere unter Punkt II. 2.4 bzw. 4.3 Stellung bezogen).
- 9.3.4 Insgesamt scheidet die Beweistrüge also schon an der nicht prozessordnungsgemäßen Ausführung. Es werden keine Feststellungen bekämpft, sondern ergänzende Feststellungen verlangt, die noch dazu keine Relevanz haben. Außerdem ist die

Ersatzfeststellung so formuliert, dass ein wesentlicher Teil der Feststellung des Erstgerichts (keine Behandlung des Kontrollamtsberichts im Gemeinderat) wegfallen würde, ohne dass die beklagte Partei für die Unrichtigkeit dieser Feststellung (und nur eine solche würde den Entfall rechtfertigen) eine Begründung bietet.

10. Keine formelle Information über Zahlung am 15. Oktober 2009 (US 30), Berufung, S 152 ff

10.1 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.“

10.2 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.“

10.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

10.3.1 Die beklagte Partei vermeint, dass die Feststellung zu weit gehen würde und „klargestellt“ werden müsse. Es erschließt sich der Stadt Linz allerdings nicht, dass zwischen der angefochtenen Feststellung und der verlangten „Ersatzfeststellung“ inhaltlich überhaupt ein Unterschied besteht. Das Erstgericht bringt ohne jeden Zweifel zum Ausdruck, dass die Zahlung geleistet wurde und dass keine Information darüber an den Gemeinderat ging. Wie sich aus der Begründung der beklagten Partei ergibt, hat sie selbst genau dasselbe Verständnis wie das Erstgericht. Die Ersatzfeststellung ist auf keinen anderen Tatsachengehalt gerichtet. Dass der Gemeinderat ein „Kollegialorgan“ ist, ergibt sich schon aus dem Gesetz und braucht nicht ergänzend festgestellt werden.

10.3.2 Was die beklagte Partei mit der zusätzlichen Formulierung „*gesonderte formelle Information*“ möglicherweise bezweckt, ist, unterschwellig den Eindruck zu erzeugen, der Gemeinderat wäre zwar nicht formell, aber informell informiert worden. Dafür gibt es allerdings keinerlei Beweisergebnisse, sodass davon auszugehen ist, dass der Gemeinderat weder formell noch informell Kenntnis von der Zahlung hatte. Vor diesem Hintergrund liegt keine zulässige Beweisrüge vor, weil sie an der Tatsache, dass der

Gemeinderat nicht informiert wurde, nichts ändert. Damit fehlt dem Zusatz aber jegliche rechtliche Relevanz.

11. Gespräche zwischen der beklagten Partei und der Stadt Linz ab Juli 2010 (US 30), Berufung, S 153 ff

11.1 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).“

11.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„Zwischen Juli 2010 (/133) und März 2011 kam es zu mehreren Gesprächen zwischen Vertretern der Klägerin, darunter BM Dobusch, StR Mayr und AD [REDACTED] 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.“

11.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

11.3.1 Es ist nicht ersichtlich, und es wird von der beklagten Partei auch nicht schlüssig begründet, was an dieser Feststellung unrichtig sein soll. Das Erstgericht hat bei seinen Feststellungen zu den Gesprächen zwischen „Juli 2010 und März 2011“ die Teilnehmer an den Gesprächen nicht abschließend aufgezählt, was sich schon aus der Wortfolge „darunter BM Dobusch, ...“ ergibt.

11.3.2 Es bleibt unerklärlich, inwiefern es von rechtlicher Relevanz sein soll, wenn zusätzlich festgestellt wird, dass [REDACTED] [REDACTED] auch am 5. August 2010 anwesend gewesen sein soll oder dass er am 6. Juli 2010 (laut Aktenvermerk) tatsächlich anwesend war. Soweit die beklagte Partei insofern ausdrücklich eine „Unvollständigkeit“ der Feststellung moniert, macht sie möglicherweise einen sekundären Feststellungsmangel geltend, der aber nicht im Rahmen der Beweisrüge aufzugreifen wäre. Dass der „Gemeinderat als Kollegialorgan“ an diesen Gesprächen nicht beteiligt war, ergibt sich schon im Umkehrschluss aus den Feststellungen des Erstgerichtes bzw. aus rein logischen Schlussfolgerungen zu den getroffenen Feststellungen. Einer ergänzenden

Feststellung bedarf es daher auch insofern nicht. Außerdem stellt das Gericht diesen Umstand in den auf die bekämpfte Feststellung folgenden Sätzen ohnehin fest (siehe nur die Feststellung auf US 30: *„eine Information, Meinungsbildung, Beschlussfassung über oder Involvierung des GR in diese Gespräche [...] kann nicht festgestellt werden [...]“*).

11.3.3 Im Aktenvermerk der beklagten Partei zum Gespräch vom 6. Juli 2010 (Beilage ./133) ist klar dokumentiert, dass von Seiten des Bürgermeisters auch formelle Aspekte gegen die Gültigkeit des Swap-Geschäfts ins Treffen geführt wurden. Im Aktenvermerk vom 5. August 2010 (Beilage ./136) ist wiederum ausdrücklich der Einwand erhoben worden, dass der Gemeinderatsbeschluss solche Geschäfte gar nicht umfasst. Die betreffenden Aktenvermerke stammen ohnehin von der beklagten Partei, sind aber nicht die einzige Beweisquelle, weil nicht zuletzt Bürgermeister Dobusch zu den Vorgängen befragt worden ist. Im Übrigen hätte die persönliche Einschätzung der Beteiligten am Gespräch, aus welchen genauen rechtlichen Gründen das Swap-Geschäft unwirksam ist, keine rechtliche Bedeutung.

11.3.4 Zuständiges Organ für die nachträgliche Genehmigung eines vollmachtlos abgeschlossenen Geschäftes ist der Gemeinderat und sonst niemand (siehe Punkt II. 4.3). Nachdem sich auch aus der von der beklagten Partei verlangten Ersatzfeststellung ergibt, dass der Gemeinderat als solcher an den Gesprächen nicht teilnahm, konnte er schwerlich die Absicht fassen, das Geschäft nachträglich zu genehmigen, auch ein Anschein in dieser Richtung war naturgemäß ausgeschlossen. Völlig irrelevant ist deshalb auch, ob ██████████ ██████████ an allen oder einzelnen Gesprächen tatsächlich teilgenommen hat. Er konnte mit Sicherheit nicht den Anschein erzeugen, die Stadt wolle das schwebend unwirksame Geschäft nachträglich genehmigen.

11.3.5 Die Feststellungen des Erstgerichts sind mangelfrei, sie decken sich auch mit jenen Urkunden, welche die beklagte Partei selbst ins Treffen führt. Soweit die beklagte Partei, inhaltlich gesehen, eine Ergänzung der Feststellungen verlangt, ist abermals darauf hinzuweisen, dass solche Ergänzungen nicht Gegenstand der Beweistrüge sein können.

12. Einbindung des Gemeinderats (US 32), Berufung, S 154

12.1 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.“

Es kann nicht festgestellt werden, dass sich der Gemeinderat 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).“

12.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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 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.“

- 12.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge
- 12.3.1 Die bekämpfte Feststellung besteht einerseits aus einer positiven Feststellung (US 32, mittig) andererseits einer negativen Feststellung (US 32, letzter Absatz). Im Rahmen der positiven Feststellung wünscht die beklagte Partei die Ergänzung des Wortlauts in Form der unterstrichenen Worte. Allerdings zu Unrecht. Es ist nämlich nur maßgeblich, ob der Gemeinderat die nachträgliche Genehmigung eines unwirksamen Geschäftes beschlossen hat oder nicht. Deshalb ist die von der beklagten Partei gewünschte Ergänzung „*ausdrücklich*“ entbehrlich. Ob das Verhalten des Gemeinderats eine ausdrückliche oder schlüssige nachträgliche Genehmigung darstellt, ist eine Rechtsfrage und keine Tatsachenfrage. Dass der Gemeinderat den Swap 4175 entweder ausdrücklich oder schlüssig im Nachhinein genehmigt hat, ist aus den unter Punkt II. 4.3 genannten Gründen zu verneinen.
- 12.3.2 Was die negativen Feststellungen anlangt, bleibt ebenfalls unklar, welche Feststellung unrichtig sein soll. Die beklagte Partei beruft sich in diesem Zusammenhang nur darauf, ein Wissen des ██████████ ██████████ des Finanzausschusses und des Kontrollausschusses sowie gegebenenfalls das Wissen des Finanzstadtrates wäre dem Gemeinderat (im Zusammenhang mit der nachträglichen Genehmigung) zuzurechnen. Das ist aber ebenfalls kein Thema der Feststellung von Tatsachen, sondern der rechtlichen Schlussfolgerung. Dass eine derartige Zurechnung nicht in Betracht kommt, wurde von der Stadt Linz unter Punkt II. 4.3 schon gezeigt. Damit fehlt der Beweisrüge auch jegliche Relevanz.
- 12.3.3 Unrichtig soll sein (und das betrifft in der Tat den Tatsachenbereich), dass der Swap überhaupt nicht Gegenstand der Gemeinderatsitzung vom 16. Dezember 2010 gewesen ist. Eine derartige Feststellung hat das Erstgericht aber gar nicht getroffen. Vielmehr stellt das Erstgericht ohnehin auf den Seiten 30, 31 und 32 genau fest, in welcher Form das Swap-Geschäft Gegenstand der Gemeinderatssitzung gewesen ist. Die diesbezüglichen Feststellungen werden von der beklagten Partei auch gar nicht in Frage gestellt. Somit verfehlt die Rüge auch deshalb ihr Ziel, weil das Erstgericht ohnehin ausdrücklich festgestellt hat, inwieweit der Swap 4175 Gegenstand der Debatte war (US 31).
- 12.3.4 Soweit sich die beklagte Partei in der Begründung der Beweisrüge im Speziellen darauf bezieht, die Feststellungen des Erstgerichtes seien mangelhaft, weil ██████████ ██████████ den Finanzausschuss in Form seiner Debt-Management-Berichte über das Geschäft informiert hatte, folgt daraus keine Unrichtigkeit der bekämpften Feststellung. Die

beklagte Partei zielt hier offenbar wiederum auf die Zurechnung des Wissens und Wollens der Mitglieder des Finanzausschusses an den Gemeinderat. Unabhängig davon, dass das Erstgericht selbst im Detail die Berichterstattung an den Finanzausschuss festgehalten hat (US 26 ff) und auch die Behandlung der Kontrollamtsberichte im Kontrollausschuss nicht unerwähnt lässt (US 29), handelt es sich wiederum um eine Frage der rechtlichen Schlussfolgerung. Dass die beklagte Partei hier einem Rechtsirrtum unterliegt (Punkt II. 4.3), macht die Feststellungen des Erstgerichtes aber nicht mangelhaft.

- 12.3.5 Tatsächlich lässt sich auch nicht erkennen, welche negativen Feststellungen überhaupt unrichtig sein sollen. Die beklagte Partei will sie offenbar pauschal entfallen lassen. Das ist aber unzulässig, weil im Rahmen einer prozessordnungsgemäß ausgeführten Beweisrüge zunächst jeweils darzustellen ist, aus welchen Gründen die bekämpfte Feststellung unrichtig ist. Anschließend müsst die beklagte Partei begründen, woraus sie die Ersatzfeststellung ableitet. Die beklagte Partei verlangt auf Seite 154 der Berufung, soweit das überhaupt erkennbar ist, eigentlich eine zusätzliche Feststellung und nicht den Entfall der getroffenen Feststellung.
- 12.3.6 Wie schon oben gesagt, zielt die gesamte Beweisrüge der beklagten Partei auf die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes, die sich mit der Rechtsansicht der Stadt Linz deckt (Punkt II. 4.3). Danach lagen die Voraussetzungen für die nachträgliche Genehmigung des schon ursprünglich unwirksamen Swap-Geschäftes nicht vor. Das versucht die beklagte Partei durch zusätzliche Feststellungen und den Entfall der negativen Feststellungen irgendwie zu kompensieren, weil sie (fälschlicherweise) und anders als das Erstgericht von einer nachträglichen Genehmigung des Swap 4175 ausgeht. Die getroffenen Feststellungen des Erstgerichts zu Kenntnis und Willensbildung sind dagegen unzweifelhaft richtig.
- 12.3.7 Wie sich aus der bekämpften negativen Feststellung ergibt, besteht deren relevanter Tatsachenkern darin, dass der Gemeinderat vor dem 7. April 2011 keine Entscheidung über den Swap getroffen hat, sich keine Meinung bildete und nicht über die Wirkungen des Swap 4175, dessen Struktur, das Risiko und den Ablauf des Abschlusses informiert war. Daher konnte es auch zu keiner Beschlussfassung, Beratung, Abstimmung oder sonstigen Willensbildung des Gemeinderates in Bezug auf das Geschäft kommen. Das Gericht stellt mit seinen Feststellungen – rechtlich zutreffend und bewusst – nur auf den Gemeinderat ab. Soweit die beklagte Partei ein Wissen von ██████████ ██████████ bzw. von Mitgliedern des Finanzausschusses oder des Kontrollausschusses ins Spiel bringt, steht dies den Feststellungen des Erstgerichtes nicht entgegen. Ob nun eine „Zurechnung“ des Wissens der Ausschüsse an den Gemeinderat stattfindet, ist eine reine Rechtsfrage. Gleiches gilt für das Wissen einzelner Gemeinderatsmitglieder.

- 12.3.8 Dass die – ohnehin im Detail festgestellte – Gemeinderatsdebatte vom 16. Dezember 2010 keine nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes dargestellt hat oder auch nur den Anschein in dieser Richtung erwecken konnte, ergibt sich aus den Ausführungen unter Punkt II.4.3, insbesondere dem Punkt 4.3.6.

13. Marktüblichkeit von Swap-Geschäften (US 35), Berufung, S 157

13.1 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).“

13.2 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.“

13.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

- 13.3.1 Die beklagte Partei stößt sich daran, dass das Erstgericht die Marktüblichkeit nur in Bezug auf Swaps „ohne Quanto-Effekt“ festgestellt hat. Dagegen sollen nach Meinung der beklagten Partei auch Swaps mit Quanto-Effekt „marktüblich“ gewesen sein. Darauf zielt die „Ersatzfeststellung“ tatsächlich aber gar nicht ab. Sie verlangt nämlich nicht etwa die (positive) Feststellung, dass auch Swaps mit Quanto-Effekt marktüblich für Kommunen gewesen sind, sondern sie will das gleiche Ziel durch den Entfall der Wortfolge „ohne Quanto Effekt“ erreichen. Damit wird aber keine zulässige Ersatzfeststellung geltend gemacht. Das „Entfallen“ einer Feststellung begründet nämlich per se keine zulässige Ersatzfeststellung.
- 13.3.2 Abgesehen davon kann sich die beklagte Partei in ihrer Beweisrüge auch auf keine gegenteiligen Beweisergebnisse stützen, geschweige denn die Beweiswürdigung des Gerichts erschüttern: Die in der Fußnote 374 ihrer Berufung zitierte Belegstelle (Gerichtsgutachten, S 26) bestätigt im Gegenteil nur die Richtigkeit der Feststellung des

Erstgerichts und gleichzeitig die Unrichtigkeit der verlangten „Ersatzfeststellung“. Selbst die Gerichtsgutachter, die unzweifelhaft über reichhaltige Erfahrungen im Markt verfügen, geben an, dass ihnen kein weiteres gehandeltes Produkt einer Bank mit der öffentlichen Hand bekannt wäre, für dessen Konstruktion Quanto-Optionen nötig sind. Swaps mit „Quanto-Optionen“ (wie im Fall des Swap 4175) waren somit ganz offensichtlich nicht am Markt.

- 13.3.3 Der „Quanto-Effekt“ wirkt sich deshalb so verheerend auf das Risiko des Kunden aus, weil die Zahlungspflicht bei einem Erstarren des Schweizer Franken nicht etwa linear (wie bei herkömmlichen EUR/CHF-Optionen), sondern mit einer quadratischen Funktion ansteigt. Auch der Umstand, dass „Quanto-Optionen“ sogar in den Banksystemen der beklagten Partei (Kondor+, Fenics) nicht abgebildet werden konnten (Gerichtsgutachten, Sen 45, 68, 88), bestätigt den Befund. Selbst im Rahmen der Produkteinführung, welche die beklagte Partei durchgeführt hat (Beilage ./206), ist nur von einer Darstellung der Formel des Swaps im Wege von „Plain Vanilla Optionen“, also herkömmlichen Optionen mit linearem Auszahlungsprofil, die Rede: *„Interner hedge: Zinsabschlag wird durch Serie verschriebener plain vanilla OTC-FX-Optionen (1/4 v. Nominale bei vierteljährlich; 1/2 v. Nominale bei halbjährlicher Zinsabrechnung) auf EURCHF (zu jeder Zinsfälligkeit!) finanziert“*.
- 13.3.4 Auch sonst hat das Beweisverfahren kein einziges Geschäft einer Kommune aufgezeigt, welches auf der Basis von „Quanto-Optionen“ strukturiert worden wäre. Auch in den von der beklagten Partei genannten Quellen, wie etwa den Beilagen ./282, ./271, ./276, ./278, ./280, ./284, findet sich dazu nichts. In Beilage ./282-1 gibt es sogar auf Seite 7 folgende Passage: *„Dabei werden die Zinsen der Euriborkredite der Gemeinde mit den Zinsen eines Schweizer Frankenkredites getauscht.“* Soweit also ähnliche Geschäfte von Kommunen bekannt wurden (siehe auch Gutachten Christian Imo, im Strafakt, Seite 230 am Beispiel der Gemeinde Perchtoldsdorf), waren die Kredite jeweils in Euro geführt und es wurden daher auch die Zinsen in Euro (und nicht etwa in Schweizer Franken, wie bei Self-Quanto-Optionen) ausbezahlt. Daher war auch die Zinszahlung dieser Geschäfte an den EURIBOR (und nicht etwa LIBOR) gekoppelt. Folglich heißt es in dem von Christian Imo auf der Gutachtenseite 230 zitierten Beschluss der Gemeinde Perchtoldsdorf: *„Im konkreten Fall zahlt die RLB NÖ-WIEN den 3-Monats-Euribor und die Marktgemeinde zählt um 0,6% weniger“* (Beilage ./GY).
- 13.3.5 Diese Swap-Geschäfte hatten somit auch kein „doppeltes Risiko“, weil die Kredite selbst in EUR denominated waren und die EUR/CHF-Optionen herkömmlich linear gestaltet werden konnten. Damit war das Risikopotential dieser Geschäfte mit dem Swap 4175 und dessen Quanto-Optionen nicht vergleichbar, worauf auch die Gerichtsgutachter an mehreren Stellen hinweisen (Gerichtsgutachten, S 13, 83, 84).

- 13.3.6 Die beklagte Partei nennt zwar eine Reihe von Quellen, aus denen sich die angebliche Marktüblichkeit von Geschäften mit Quanto-Optionen ergeben soll. Tatsächlich finden sich in diesen Quellen allerdings keine derartigen Swapgeschäfte beschrieben, die auf der Basis EUR/CHF mit Quanto-Optionen kalkuliert wurden. Beispielhaft bezieht sich die immer wieder zitierte Beilage ./264 auf einen Medienbericht zu Derivatgeschäften der Bank Austria. Resettable Swaps von Gemeinden sind in dieser Quelle gar nicht erwähnt, Selbiges gilt für weitere zitierte Quellen. Dort, wo Resettable bzw. CHF-linked-Swaps erwähnt werden, ist entweder die genaue Struktur nicht feststellbar, oder aber die zusätzlichen Angaben deuten – wie im Fall der Gemeinde Perchtoldsdorf – eindeutig auf einen CHF-Swap ohne Quanto-Optionen hin, der zu einem EUR-Kredit (und nicht einer Schweizer Frankenleihe) abgeschlossen wurde. Somit vermag die beklagte Partei trotz ihrer Bemühungen in der Recherche schlussendlich keinen Beweis dafür erbringen, dass Quanto-Optionen in Geschäften mit der öffentlichen Hand tatsächlich verwendet worden wären, geschweige denn, dass dies „üblich“ war. Auch den Gerichtsgutachtern war – wie schon gesagt – nichts dergleichen bekannt (Gerichtsgutachten, S 26).
- 13.3.7 Somit gelingt es der beklagten Partei nicht, die Beweiswürdigung des Gerichts zu erschüttern. Da es sich bei den „Quanto-Optionen“ um das entscheidende Risikoelement des Swap 4175 gehandelt hat, ist auch die gewünschte Schlussfolgerung der beklagte Partei (der Swap wäre ex ante marktüblich gewesen) durch kein Beweisergebnis gedeckt und damit auch nicht vom Gericht zu treffen.

14. Austausch von Zahlungsströmen (US 35), Berufung, S 159 ff

14.1 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 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.“

14.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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.“

14.3 Die fehlende Berechtigung der Beweistrüge

- 14.3.1 Abermals macht die beklagte Partei primär keinen Feststellungsmangel geltend, sondern verlangt (unzulässigerweise) eine zusätzliche Feststellung. Abgesehen davon, dass die Rüge nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt ist, wäre auch nicht ersichtlich, welche Relevanz sich aus der Ergänzung für die rechtliche Beurteilung ergeben könnte. Das Erstgericht beschreibt in der bekämpften Feststellung nur, wie die Zahlungsströme konkret aussehen und welche Wirkung sich daraus ergibt. Dass dahinter eine Berechnung steht, ist ohnehin selbstverständlich und braucht nicht zusätzlich festgestellt werden.
- 14.3.2 Die von der beklagten Partei verlangte Feststellung einer „Saldierung“ wäre im Übrigen ungenau und so, wie es die beklagte Partei wünscht, nicht zu treffen: Nach § 3 des Rahmenvertrages, Beilage .N, gilt für den Zahlungsvorgang nämlich Folgendes: „1) Jede Partei wird die von ihr geschuldeten Zahlungen und sonstigen Leistungen spätestens an dem im Einzelabschluss genannten Fälligkeitstagen an die andere Partei erbringen.[...] 3) Haben beide Parteien an demselben Tag aufgrund desselben Einzelabschlusses Zahlungen in der gleichen Währung zu leisten, zahlt die Partei, die den höheren Betrag schuldet, die Differenz zwischen den geschuldeten Beträgen. Die Berechnungsstelle wird dem Vertragspartner den zu zahlenden Differenzbetrag rechtzeitig vor dessen Fälligkeit mitteilen“.
- 14.3.3 Die beklagte Partei übersieht bei ihrer Bemängelung außerdem, dass das Erstgericht auf US 18 den entsprechenden Wortlaut des Rahmenvertrages ohnehin genau so festgestellt hat. Da also inhaltlich betrachtet die Feststellung genau den Tatsachen

entspricht und die beklagte Partei diese Feststellung, gar nicht bekämpft hat, ist die Rüge jedenfalls unzulässig.

- 14.3.4 Die beklagte Partei beruft sich zur Relevanz der von ihr begehrten Feststellung darauf, diese sei essentiell für die Subsumierung des Swap-Geschäftes unter § 46 Abs 1 Z 2 StL. Das ist aber tatsächlich nicht der Fall, weil die Anwendung des § 46 Abs 1 Z 2 StL nicht davon abhängt, ob die Zahlungsströme letztlich saldiert werden oder nicht (vgl. Punkt II.2.4) . Im Übrigen steht außer Zweifel, dass es sich beim Swap 4175 um einen zweiseitig entgeltlichen Vertrag handelt (*Karner in KBB⁶ §§ 1267–1274 ABGB Rz 4*).

15. Risiko aus CHF-Anleihe und aus Swap (US 36), Berufung, S 161 ff

15.1 Angefochtene Feststellung

„Die CHF-Anleihe war allerdings im Gegensatz zum Swap 4175 kündbar, wodurch auch das mit ihr verbundene Risiko beschränkt war.“

15.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„Das CHF-Währungsrisiko aus der CHF-Anleihe war theoretisch unbeschränkt. Beim Swap 4175 war die Kündbarkeit keine zwingende Voraussetzung für die Beschränkbarkeit des Risikos.“

15.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

- 15.3.1 Die beklagte Partei ficht nur den zweiten Halbsatz der Feststellungen an, weil sie meint, dass nur dieser eine tatsachenbezogene Aussage enthält. Anders als die beklagte Partei meint, handelt es sich bei der Frage, ob ein Vertrag kündbar ist oder nicht, sehr wohl um eine Frage mit Feststellungsgehalt.

- 15.3.2 Es erschließt sich auch nicht, was an der bekämpften Feststellung falsch sein soll. Die beklagte Partei behauptet, die Feststellung wäre irreführend. Worin diese Irreführung aber konkret bestehen soll, sagt sie nicht. Einzelne Feststellungen des Gerichts sind immer im Zusammenhalt mit den sonstigen Feststellungen, nach deren objektiven Erklärungswert auszulegen. Der Erklärungswert der Feststellung ist aber eindeutig und klar. Tatsächlich bestreitet die beklagte Partei mit ihrer Beweisrüge auch gar nicht die Feststellung des Erstgerichtes, sondern möchte im Ergebnis eine andere rechtliche Beurteilung haben. Das ergibt sich daraus, dass sie unter Zitierung vermeintlicher Belegstellen mit der Änderung erreichen will, dass der Swap 4175 „beherrschbar“ war.

Das ist hier aber gar nicht das Thema. Tatsache ist, dass die Schweizer Frankenleihe im Gegensatz zum Swap 4175 kündbar gewesen ist.

15.3.3 Die Stadt Linz war also bei der Schweizer Frankenleihe, anders als beim Swap-Geschäft, nicht darauf angewiesen, die Zustimmung des Geschäftspartners für die Beendigung einzuholen, sie konnte das Geschäft selbst durch einseitige Willenserklärung beenden. Dass es ein solches Kündigungsrecht beim Swap 4175 nicht gab wird auch von Seiten der beklagten Partei nicht bestritten. Zwar war auch beim Swap 4175 (wie bei jedem unkündbaren Vertrag) eine vorzeitige Auflösung möglich, dazu bedurfte es aber immer der Zustimmung der beklagten Partei. Selbst wenn die beklagte Partei dazu grundsätzlich bereit gewesen sein sollte (wobei natürlich immer die gestellten Bedingungen wesentlich sind), stellt es ohne Zweifel einen objektiven Nachteil für die Stadt Linz dar, vorerst die Zustimmung der beklagten Partei einholen zu müssen. Das zeigte sich im Sommer 2008, als [REDACTED] von [REDACTED] erstmals erfuhr, dass auch unkündbare Finanzgeschäfte gelöst werden können. Gleichzeitig erkannte er aber auch, dass er dabei trotz eines positiven Marktwertes (der Swap 4175 stand nach der Berechnung der beklagten Partei damals bei rund Plus EUR 4,3 Mio), für die Auflösung noch etwas zahlen muss ([REDACTED] Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 16).

15.3.4 Wie sich aus der „Ersatzfeststellung“ weiters ergibt, gesteht die beklagte Partei ohnehin ausdrücklich zu, dass der Swaps 4175 nicht „kündbar“ war, sie will nur darin kein entscheidendes Kriterium für die „Beherrschbarkeit des Risikos“ erblicken. Das ist aber eine Rechtsfrage und keine Tatsachenfrage. Im Übrigen hat das in der Beurteilung des Gerichts ohnehin keine entscheidende Rolle (US 39 und S 80) gespielt: *„Eine Beherrschbarkeit lag daher nicht vor, weil die Klägerin schon aufgrund der Beschränkungen, die aus ihrem Organisationsrecht resultieren, nicht in der Lage war, auf mögliche Marktänderungen entsprechend schnell und selbstbestimmt zu reagieren“* (US 80, oben).

16. Chancen-Risiko-Profil des Swap (US 36), Berufung, S 162 ff

16.1 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.“

16.2 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.“

16.3 Die fehlende Berechtigung der Beweistrüge

16.3.1 Abermals ist die Beweistrüge der beklagten Partei nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt: Die beklagte Partei begründet nämlich nicht, inwiefern die bekämpfte Feststellung überhaupt „fehlerhaft“ ist. Die beklagte Partei wirft dem Erstgericht bloß vor, es habe unterlassen, eine aus ihrer Sicht für sie günstige Äußerung der Gerichtsgutachter zusätzlich festzustellen. Damit behauptet sie aber höchstens einen sekundären Feststellungsmangel, der unter dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung wahrzunehmen ist. Dass der Vorwurf auch unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht berechtigt ist, ergibt sich aus den Ausführungen der Stadt Linz zu Punkt II. 3.6. Der Swap war unter allen Gesichtspunkten für die Stadt Linz nicht zur Optimierung geeignet (die fehlende Optimierungseignung wurde ausdrücklich unter Punkt II. 3. dargestellt).

16.3.2 Das Erstgericht hat im Zwischenverfahren keine weiteren gutachtlichen Berechnungen zur Lösung der Rechtsfrage für notwendig gehalten und das folgendermaßen begründet: *„Die zu lösende Sachverhaltsfrage war und ist nicht, was beim Swap passieren wird oder wie er wahrscheinlicher ausgeht (daher geht die Forderung der Beklagten, man müsse diese Berechnungen ergänzen, um ein besseres Gesamtbild vom Swap zu erlangen, am Thema des Verfahrens vorbei), sondern was der Klägerin bei Abschluss des Swaps über die gesamte Laufzeit passieren kann“* (US 106). Abgesehen davon, dass, wie die Stadt Linz unter Punkt II. 3.6 nachgewiesen hat, die

von der beklagten Partei gewünschte zusätzliche Feststellung ihren Rechtsstandpunkt tatsächlich nicht trägt, sodass auch die Rüge unter dem Gesichtspunkt eines sekundären Feststellungsmangels erfolglos bleiben muss, würde es, wenn das Oberlandesgericht Wien die Rechtsansicht des Erstgerichtes nicht teilt, ohnehin zu einer umfangreichen Gutachtensergänzung kommen müssen („*Lediglich die von der Klägerin begehrten weiteren Berechnungen und Schlüsse im Zusammenhang mit der Optimierungseignung, konkret mit der Frage, ob der Swap eine Verringerung der Zahllast erwarten habe lassen, also ex ante das Fremdfinanzierungsportfolio überhaupt positiv beeinflussen habe können, wären als relevant noch anzustellen, sofern entgegen sämtlicher hier vertretenen Argumente die Gültigkeit des Swap 4175 nur noch von dessen Optimierungseignung abhinge. Nachdem sich aber die Ungültigkeit des Swaps und auch dessen Untauglichkeit zur Optimierung bereits aus mehreren anderen Umständen ergaben, wurde diese Argumentationslinie der Klägerin, die weiterer Beweisaufnahmen bedurft hätte, vorerst nicht weiter verfolgt.*“ [US 47]). Der Feststellungsrüge kommt also aktuell keinerlei Relevanz zu.

- 16.3.3 Die Äußerung der Gutachter, deren zusätzliche Feststellung die beklagte Partei begehrt, betraf nur einen Nebenaspekt, nämlich, dass selbst in einem einzigen Jahr der Zahlungsstrom die Schwelle von EUR 31 Mio überschreitet, was unter dem Gesichtspunkt der Optimierung völlig bedeutungslos ist. Zum Thema der Optimierungseignung beruft sich die beklagte Partei auch nur auf einziges Modell der Gerichtsgutachter, das aber nicht aussagekräftig ist (näheres dazu im Detail unter Punkt II.3.6). Bei der vom Erstgericht sohin angesprochenen Gutachtensergänzung kommt es aber ohnehin zu einer Erweiterung der Prüfung der Optimierungseignung auch durch den Einsatz der risikoneutralen Modelle. Aus diesen ergibt sich aber ohne Zweifel, dass dem Swap 4175, wie die SAM untersucht hat (Beilage ./IC, S 26), schon deshalb jede Optimierungseignung fehlt, weil er, über seine Lebenszeit gerechnet nicht einmal die Zinsenlast der Stadt Linz senken würde. Dazu folgender Ausschnitt aus dem Gutachten:

3.2 Varianten 13 bis 24

Im Folgenden wird die Bandbreite der Ergebnisse der Varianten 13 bis 24 angegeben. Auch hier bestätigen sich im Wesentlichen die Bandbreiten der von den Gerichtsgutachtern ermittelten Wahrscheinlichkeiten, vgl. Tabelle 32. Die erwarteten Erträge sind in Tabelle 33 abgetragen. Ein Vergleich von Tabelle 33 mit Tabelle 31 zeigt, dass die im günstigsten Fall zu erwartenden Erträge (Spalten „Max.“) in den Varianten 13 bis 24 noch etwas kleiner sind als in den Varianten 1 bis 12. Damit bestätigt sich hier insbesondere der Befund aus Abschnitt 3.1, wonach der Swap 4175 bei den Auflösungs niveaus unter 88 Mio. EUR keinesfalls zur Optimierung der CHF-Anleihe geeignet war. Legt man die Berechnungsvarianten 14, 15, 18, 19, 21 oder 22 zugrunde, so ist der Swap sogar unabhängig vom Ausstiegsniveau nicht zur Optimierung geeignet.

Niveau (EUR)	Wkt. Zahlungsströme				Auflösungswkt.			
	GG		SAM		GG		SAM	
	Min.	Max.	Min.	Max.	Min.	Max.	Min.	Max.
31.391.415	0,6%	23,0%	1,6%	21,9%	76,8%	100,0%	79,1%	100,0%
68.899.050	0,0%	2,0%	0,0%	1,9%	30,4%	60,9%	31,0%	61,1%
88.021.665	0,0%	0,5%	0,0%	0,5%	19,1%	47,1%	19,5%	47,8%
62.782.830	0,0%	3,1%	0,1%	2,8%	35,5%	65,7%	36,0%	65,9%
137.798.100	0,0%	0,1%	0,0%	0,1%	5,1%	21,0%	5,4%	21,2%
176.043.330	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	1,5%	11,9%	1,6%	11,9%
ohne Stop-Loss			0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%

Tabelle 32: Bandbreite der Wahrscheinlichkeiten für die Zahlungsströme und der Auslösungswahrscheinlichkeiten in den Varianten 13 bis 24. Quelle: Ergänzungsgutachten (Spalten „GG“) und eigene Berechnungen (Spalten „SAM“).

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

Tabelle 33: Bandbreite der erwarteten Erträge aus Sicht der Stadt Linz (Spalten „Mittelwert“) in den Varianten 13 bis 24. Quelle: eigene Berechnungen.

17. Finanzmathematische Betrachtung des Swap (US 37), Berufung, S 164 f

17.1 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.“

17.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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.“

17.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

17.3.1 Die Beweisrüge der beklagten Partei ist unrichtig, weil das Erstgericht, wenn auch an anderer Stelle, die von ihr vermissten Feststellungen ohnehin getroffen hat. Auf US 36 findet sich nämlich folgender Text (Hervorhebung durch die Stadt Linz): *„Ohne Auswirkung auf den Swap 4175 und die Vertragslage zwischen den Parteien lassen sich die sich aus dem Swap 4175 ergebenden Risikopositionen finanzmathematisch aufschlüsseln und darstellen einerseits in einen einfachen („plain vanilla“) Swap von fixen gegen variable Zinsen und aufgrund der Änderung der Formel bei einem Unterschreiten des EZBW von 1,54 andererseits in die (aus Sicht der Klägerin) Stillhalterposition von 21 aufeinander zeitlich folgenden (nämlich zu den Fälligkeitsterminen) exotischen Devisenoptionen.“*

17.3.2 Das Erstgericht hat ohnehin den von der beklagten Partei gewünschten Sachverhalt festgestellt, womit die Beweisrüge jedenfalls unberechtigt ist.

18. Ausstiegsentscheidung und deren Umsetzung (US 38), Berufung, S 165 ff

18.1 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.“

18.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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 Tages notwendig. Das wäre Mag [REDACTED] 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“.

18.3 Die fehlende Berechtigung der Beweistrüge

18.3.1 Zunächst fällt auf, dass die beklagte Partei im Rahmen der Ersatzfeststellung deutlich mehr verändert, als den in der Berufung unterstrichenen Satzteilen entspricht. Tatsächlich will die beklagte Partei die gesamte – oben grau unterlegte Passage – verändern und ergänzen. Das ist unzulässig.

18.3.2 Die beklagte Partei begründet nicht einmal, worin eigentlich die Unrichtigkeit der bekämpften Feststellungen tatsächlich liegen soll, geschweige denn, warum die Beweiswürdigung des Erstgerichtes dazu fehlerhaft war. Überdies will die beklagte Partei weniger eine Ersatzfeststellung, als vielmehr eine Vielzahl ergänzender Feststellungen, die sie für den eigenen Rechtsstandpunkt offenbar als förderlich ansieht. Die Rüge ist damit nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt.

18.3.3 Zudem fehlt der Beweistrüge die rechtliche Relevanz: Für den Umstand, dass die Gerichtsgutachter „Tagesschwankungen“ des Swap 4175 von EUR 100 Mio festgestellt

haben, ist es wegen der Notwendigkeit, Ausstiegsentscheidungen innerhalb einer Stunde zu treffen, unerheblich, wie oft eine Tagesschwankung just in dieser Höhe aufgetreten ist; auch eine Schwankung im Ausmaß von EUR 90 Mio ist besorgniserregend und existenzbedrohend (vgl. Gerichtsgutachten, S 53: „[...] *hierbei wäre die Dauer, bis ein Beschluss des Gemeinderats vorliegt, aus Marktrisikogesichtspunkten auf maximal 1 Stunde zu begrenzen*).

- 18.3.4 Dieses Beweisergebnis wird von der beklagten Partei schlicht übergangen. Soweit sie in diesem Zusammenhang einen Entscheidungszeitraum von einem Tag anstelle der festgestellten einen Stunde wünscht, fehlt überhaupt jede Begründung, woraus sich diese Ersatzfeststellung ableiten lässt. Bereits im Ergänzungsgutachten (S 16) betonen die Gutachter die gebotene „*zügige Entscheidung*“ für den Ausstieg und weisen auf folgenden Umstand hin: „*Um nämlich einen viel höheren Verlust als eine vorgegebene Budgetgrenze zu vermeiden, der durch kurzfristige Ausschläge im Devisenkassakurs selbst innerhalb von wenigen Stunden entstehen kann, hätte die Stadt Linz bei erstmaligen Erreichen der Budgetgrenze unmittelbar einen Delta Hedge mittels eines prämienneutralen Devisenkassageschäftes mit der BAWAG abschließen können [...]*“ (Ergänzungsgutachten, S 17). Mit anderen Worten: Sobald die im bestehenden Risikoleitfaden festgelegte Budgetgrenze erreicht ist, muss der Ausstieg unverzüglich erfolgen, verbunden mit einer Risikobegrenzungsmaßnahme (dem sogenannten „Delta Hedge“).
- 18.3.5 Es liegt auf der Hand und leuchtet sogar einem Laien ein, dass man sich bei einem Derivatgeschäft, dessen für den Ausstieg entscheidender Wert täglich um bis zu EUR 100 Mio schwankt, nicht einen Tag warten kann, um die Entscheidung zum Ausstieg oder Nichtausstieg zu treffen. Um so weniger geht das, wenn der Marktwert die Budgetgrenze erreicht oder sogar übersteigt; dann würde auch nur jedes kurzfristige weiteres Zuwarten die Handlungsfähigkeit beseitigen, weil dann eben nicht mehr die beiseite gelegten Mittel ausreichen, um die Ausstiegskosten zu decken. Wenn man bedenkt, dass Währungen 24 Stunden und 7 Tage gehandelt werden und das Übersteigen der Budgetgrenze sowohl in der Nacht als auch an einem Sonn- und Feiertag erfolgen kann, hätte ██████████ eigentlich Tag und Nacht „auf den Swap aufpassen müssen“. Deshalb haben auch die Gerichtsgutachter darauf hingewiesen, dass die Beobachtung auf lediglich täglicher Basis, das Risiko mit sich bringt, dass größere Verluste entstehen, weil der Delta-Hedge dann verspätet abgeschlossen wird. Liegt die Ursache der Veränderung des Kassakurses in laufenden kleinen Bewegungen, die in Summe dann groß werden, ist es jedenfalls sinnvoll, eine Tagesbeobachtung auf stündlich umzustellen (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 3 f).

18.3.6 Die Feststellungen des Erstgerichts sind daher mangelfrei. Die von der beklagten Partei vermisste zusätzliche Feststellung, dass für die Beobachtung des Wechselkurses „Taschenrechner“ und „Internetzugang“ ausgereicht hätten, ist für die Frage der Beherrschbarkeit des Risikos irrelevant.

19. Beherrschbarkeit keine Voraussetzung für Optimierung (US 39), Berufung, S 167 f

19.1 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).“

19.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„Die Beherrschbarkeit des Risikos ist keine zwingende Voraussetzung dafür, den Swap lege artis zur Optimierung des Portfolios einzusetzen.“

19.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

19.3.1 Nach der Ansicht der beklagten Partei soll es zwischen der Optimierungseignung und der Beherrschbarkeit des Risikos für eine Kommune also keinen zwingenden Zusammenhang geben. Die Feststellung wird von der beklagten Partei allerdings „nur eventualiter“ gerügt, denn es würde sich im Kern um eine „rechtliche Beurteilung“ handeln. Letzteres trifft zu.

19.3.2 Zu Recht hatte das Erstgericht betont (und sich dabei auf die Gerichtsgutachter berufen können), dass es für eine Kommune unerlässlich ist, Risikobegrenzungsmaßnahmen zu ergreifen, wenn das Geschäft nicht selbst eine Risikolimitierung enthält. Auch die Richtlinien und die Literatur betonen zumindest seit Anfang der 2000er Jahre (Punkt II. 3.1; insb *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement, 199ff), dass die öffentliche Hand Finanzgeschäfte nur dann eingehen darf, wenn das bis dahin bestehende Risiko nur geringfügig erhöht wird und jedenfalls limitiert ist. Fehlt eine derartige Risikolimitierung im Geschäft selbst, so werden die Vorgaben nur dann erfüllt, wenn die öffentliche Hand, im speziellen also eine Kommune, die ex ante fehlende Risikolimitierung dadurch wettmacht, dass sie jederzeit aus dem Geschäft zu vernünftigen Bedingungen aussteigt und auf diese Weise das Risiko beherrscht.

19.3.3 Eine Risikolimitierung sah der Swap 4175 nicht vor. Das Risiko der Stadt Linz aus dem Swap 4175 war also unbegrenzt und angesichts von Tagesschwankungen von EUR

100 Mio entsprechend hoch. Auf dieses Geschäft trafen also die in Punkt II. 3.1 ff geschilderten Vorgaben, die alle das Erfordernis einer Ausstiegsmöglichkeit und eines Risikoleitfadens in einem solchen Fall fordern, zu. Zu keinem anderen Ergebnis kamen auch die Gerichtsgutachter (Gerichtsgutachten, S 106), wenn sie zumindest einen Risikoleitfaden für die Begrenzung des Risikos verlangen.

19.3.4 Die Beweisrüge der beklagten Partei verfehlt also schon aus rechtlichen Gründen ihr Ziel.

20. Befassung des Gemeinderats (US 39), Berufung, S 168 f

20.1 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.“

20.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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.“

20.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

20.3.1 Auch hier begehrt die beklagte Partei keine Ersatzfeststellung, sondern eine ergänzende Feststellung. Eine solche kann üblicherweise nur im Rahmen der Rechtsrüge eine Rolle spielen. Die von der beklagten Partei gewollte Feststellung ist offensichtlich an die Aussage des ██████ ██████ in der Verhandlung vom 13. Mai 2019 angelehnt. Dort hat er tatsächlich gesagt: *„Ich denke, dass es mir möglich gewesen wäre, innerhalb eines Tages eine Entscheidung zu fällen ...“*, die beklagte Partei hat dann aber offenbar im Protokoll nicht weiter gelesen. Der gesamte Satz lautet nämlich einschließlich seines restlichen Teils: *„[...] allerdings ist das Problem ja dann, dass ich für die Auflösung, nämlich für deren Finanzierung, Darlehen aufnehmen muss, und dafür hätte ich einen Beschluss des Gemeinderats gebraucht und ab diesem Zeitpunkt wäre aus der Vorlaufzeit eine benötigte Zeit von 4 bis 6 Wochen geworden“* (Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 17).

- 20.3.2 Das passt zusammen mit den weiteren Erklärungen des [REDACTED] [REDACTED] (vgl. Punkt 6.4.6), wonach jede mit dem Swap-Geschäft verbundene Erhöhung des Schuldenstandes der Stadt Linz, ja überhaupt jede außertourliche Zahlung, außerhalb seiner Kompetenz lag, weshalb er dazu jedes Mal „in den Gemeinderat hätte gehen müssen“. Außerdem kommt es in einem solchen Fall nicht auf die Entscheidung des [REDACTED] [REDACTED] sondern die des zuständigen Gemeinderats an, was zwanglos auch aus dieser Aussage des [REDACTED] [REDACTED] am 13. Mai 2019 folgt. Dass der Gemeinderat innerhalb eines Tages entscheiden würde bzw. entscheiden könnte, eine solche Feststellung wird nicht einmal von der beklagten Partei verlangt (auch in der von ihr verlangten „ergänzten Feststellung“ ist nämlich nur von der Notkompetenz des Bürgermeisters die Rede; dass der Bürgermeister von einer solchen Notkompetenz nicht Gebrauch machen konnte, hat die Stadt Linz unter Punkt II. 3.3 gezeigt).
- 20.3.3 Bemerkenswert an der Aussage des [REDACTED] [REDACTED] ist allerdings ein Aspekt, den die beklagte Partei ebenfalls übersehen hat: [REDACTED] [REDACTED] spricht von einem Tag, eine Ausstiegsentscheidung hätte er allerdings innerhalb einer Stunde treffen müssen. Dazu sah er sich – abgesehen von den anderen Hindernissen – offenbar keinesfalls in der Lage.

21. Swap war beherrschbar und optimierend (US 39 f), Berufung, S 169 ff

21.1 Angefochtene Feststellung(en)

US 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 Erstarken 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 Erstarken des EUR, als auch ein Erstarken 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. Es war ex*

ante nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch erkennbar und nicht auszuschließen, dass es bei aufrechtem 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). [...] 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).“

21.2 Begehrte Ersatzfeststellung(en)

Angemerkt sei, dass die Beweisrüge der beklagten Partei zu diesem Themenkreis („Swap war beherrschbar und optimierend“, Punkt C.II.20 der Berufung) die Besonderheit aufweist, dass von ihr gegliedert nach „Themen“ bestimmte Argumente platziert werden, dazwischen (soweit erkennbar) ebenfalls bestimmte „Feststellungen“ in den Raum gestellt werden, schlussendlich dann aber eine „*insgesamt begehrte Ersatzfeststellung*“ (vgl. Punkt C.II.20.7, Berufung, S. 182) verlangt wird; nur diese findet sich nachfolgend wiedergegeben:

US 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 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 Voranschlages 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 Swaps 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 aufrechtem 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 Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen (Ergänzungs-GA ON 522 und Erörterungen im Prot ON 569). [...] 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages 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 Swaps 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.“

21.3 Tabellarische Gegenüberstellung

Bei der wiedergegebenen Ersatzfeststellung handelt es sich um ein Zitat aus der Berufung. Auch die Unterstreichungen der beklagten Partei sind oben so dargestellt, wie im Rechtsmittel. Die Unterstreichung in den Passagen auf den Seiten 182 und 183 der Berufung (welche nach der Gesamtsystematik der Beweistrüge die Veränderung gegenüber der ursprünglichen Feststellung wiedergeben soll) stimmt nicht mit den tatsächlich begehrten Veränderungen im Text samt Sinngehalt überein. Die Eingriffe in die bekämpfte Feststellung (US 39 f) sind ausgehend von der verlangten

„Ersatzfeststellung“ viel tiefgreifender, als es die beklagte Partei im Rechtsmittel mit den Unterstreichungen darzustellen behauptet. Nachfolgend wird daher der Replik auf die Argumente der beklagten Partei zunächst eine tabellarische Übersicht vorangestellt, aus welcher sich die tatsächlichen Veränderungen gemäß den verlangten Ersatzfeststellungen ergeben.

Feststellung des Erstgerichts:	Begehrte Ersatzfeststellung:
<p>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 Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres der Klägerin übersteigen, wenn man ex ante von einem Erstarke des CHF gegenüber dem EUR über die Laufzeit ausgeht (negative Drift in den Wahrscheinlichkeitsberechnungen).</p> <p>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 .</p> <p>Sowohl ein Erstarke des EUR, als auch ein Erstarke des CHF über die Swap-</p>	<p><u>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 gewöhnlichen Fremdwährungsdarlehen. Es war generell und auch der Stadt Linz tatsächlich möglich, das Risiko aus dem Swap zu beherrschen.</u></p> <p>Es war bei Abschluss des Swaps ex ante nicht auszuschließen <u>deshalb ex ante nicht zu erwarten</u>, 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 <u>anzunehmen</u>, dass es zu Auflösungskosten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres der Klägerin übersteigen, wenn egal ob man <u>ex ante von einem Erstarke des CHF gegenüber dem EUR über die Laufzeit ausgeht (negative Drift in den Wahrscheinlichkeitsberechnungen), von einem stabilen Kurs (neutrale Drift) oder einem Erstarke des EUR gegenüber dem CHF (positive Drift) ausgeht.</u></p> <p>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 .</p> <p>Sowohl ein Erstarke des EUR, als auch ein Erstarke des CHF über die Swap-</p>

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.

Es war ex ante nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch erkennbar und nicht auszuschließen, dass es bei aufrechtem 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).

Die bei Abschluss des Swaps vorherrschende Marktmeinung ging von einem stabilen, nicht stark fallenden EUR/CHF-Kassakurs aus, allerdings war aus den fallenden Terminkursen ableitbar, dass der Markt mit sehr hoher (risikoneutraler) Wahrscheinlichkeit von im Durchschnitt rund 90 % davon ausging, dass innerhalb der Laufzeit des Swaps der EZBW unter 1,54 fällt, dass ab dem vierten Laufzeitjahr auch mit erhöhten Zinszahlungen (wenn zu Beginn auch noch mit einem Saldo zu Gunsten der Klägerin) zu rechnen sei und nach acht Jahren auch mit einer Unterschreitung des EZBW von 1,45. Bei historisch-statistischer Betrachtung war ex ante ein Absinken des EZBW unter 1,54, unter 1,45 oder auch darunter bis auf 1,26 innerhalb weniger Jahre nicht ausgeschlossen. Der sodann tatsächlich eingetretene Kursverlauf bis auf unter 1,1 war allerdings historisch-statistisch gesehen außergewöhnlich. (GA ON 427, S. 42 und S. 135 ff; Ergänzungs-GA ON 522, S. 39, 68).

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 [REDACTED] Prot ON 607, S. 17, 19 und Prot ON 608, S. 3).

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 und nicht auszuschließen, dass es bei aufrechtem 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).

Die bei Abschluss des Swaps vorherrschende Marktmeinung ging von einem stabilen, nicht stark fallenden EUR/CHF-Kassakurs aus, allerdings war aus den fallenden Terminkursen ableitbar, dass der Markt mit sehr hoher (risikoneutraler) Wahrscheinlichkeit von im Durchschnitt rund 90 % davon ausging, dass innerhalb der Laufzeit des Swaps der EZBW unter 1,54 fällt, dass ab dem vierten Laufzeitjahr auch mit erhöhten Zinszahlungen (wenn zu Beginn auch noch mit einem Saldo zu Gunsten der Klägerin) zu rechnen sei und nach acht Jahren auch mit einer Unterschreitung des EZBW von 1,45. Bei historisch-statistischer Betrachtung war ex ante ein Absinken des EZBW unter 1,54, unter 1,45 oder auch darunter bis auf 1,26 innerhalb weniger Jahre nicht ausgeschlossen. Der sodann tatsächlich eingetretene Kursverlauf bis auf unter 1,1 war allerdings historisch-statistisch gesehen außergewöhnlich. (GA ON 427, S. 42 und S. 135 ff; Ergänzungs-GA ON 522, S. 39, 68).

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 [REDACTED] Prot ON 607, S. 17, 19 und Prot ON 608, S. 3).

Es kann nicht festgestellt werden, dass

<p>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).</p>	<p><u>Stadt Linz bei Zahlungspflichten aus dem Swap (insbesondere solchen, die EUR 31.391.415,- übersteigen) jedenfalls ein Darlehen hätte aufnehmen müssen.</u> <u>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.</u> Es bestand daher zusammengefasst bei Abschluss des Swaps die erkennbare, prognostizierbare und nicht bloß unter außergewöhnlichen Umständen gegebene Möglichkeit und Gefahr, <u>keine Gefahr,</u> 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). <u>sie für die Beherrschbarkeit und damit die Möglichkeit der Begrenzung von Verlusten nur einen Risikoleitfaden befolgen hätte müssen, was ihr möglich gewesen wäre.</u> <u>Der Swap war daher nicht nur objektiv zur Optimierung geeignet, sondern auch konkret optimierend.</u></p>
--	--

Es handelt sich also um eine bunte Mischung von weggelassenen Teilen, ergänzenden Passagen und eigentlichen „Ersatzfeststellungen“.

Die beklagte Partei vermischt demnach in ihrer Tatsachenrüge abermals die verschiedenen Rechtsmittelgründe. Die überwiegenden Ausführungen der beklagten Partei greifen anstatt der Beweistrüge in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle tatsächlich eine vermeintlich fehlerhafte rechtliche Beurteilung auf. In der Folge wird auf die einzelnen von der beklagten Partei angezogenen Gründe eingegangen, keiner vermag die erstgerichtlichen Feststellungen zu erschüttern.

21.4 Zu den einzelnen Themenkreisen

21.4.1 Themenkreis angebliche Scheinbegründung – Verfahrensmangel (Berufung, Punkt C.II.20.2.)

21.4.1.1 Die beklagte Partei beruft sich in der Tatsachenrüge zunächst auf einen „Begründungsmangel“. Demnach habe es das Erstgericht im Zusammenhang mit der bekämpften Feststellung unterlassen, im Einzelnen darzulegen, auf welche Beweisergebnisse sich die getroffenen Feststellungen gründen würden. Das Erstgericht habe – so die beklagte Partei – zur Begründung nur auf das Gesamtergebnis der Sachverständigengutachten verwiesen. Dabei handle es sich um eine nicht nachprüfbar „Scheinbegründung“. Sie verweist unter anderem ergänzend auf ihre Rüge von Verfahrensmängeln gemäß Punkt D.II.11., Seite 208 der Berufungsschrift. Der Vortrag der beklagten Partei erschöpft sich ebendort allerdings in denselben Argumenten, es werden keine weiteren Aspekte aufgezeigt.

21.4.1.2 Der Vorwurf der „Scheinbegründung“ ist zur Gänze unrichtig: Der Tatsachekern der bekämpften Feststellung betrifft die Frage, mit welchen Zahlungsverpflichtungen ex ante beim Swap 4175 gerechnet werden musste. Das hat für die Beherrschbarkeit des Risikos eine wesentliche Bedeutung. Es handelt sich um eine Gutachterfrage. Der Swap 4175 wurde in dieser Hinsicht umfassend gutachterlich geprüft, und zwar unter verschiedensten Aspekten mit verschiedensten Modellen. Speziell das Ergänzungsgutachten beschäftigt sich, ausgehend von risikoneutralen Bewertungsmodellen, in extenso mit der Frage der ex ante erwartbaren Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz.

21.4.1.3 Von einem „Begründungsmangel“ kann schon deshalb keine Rede sein, weil das Erstgericht im Rahmen der Beweiswürdigung auf US 48 gerade zu den bekämpften Feststellungen auf US 39 ausführlich darlegt, wie es zu seinen Feststellungen gelangte. Dieser Umstand wird von der beklagten Partei in der Rüge gänzlich übergangen, die entsprechenden Passagen und Erwägungen des Erstgerichts zur Beweiswürdigung finden keinerlei Eingang in die Rüge. Es erhellt sich somit von vornherein nicht, wie eine „Scheinbegründung“ überhaupt vorliegen kann, nachdem sich das Erstgericht auf US 48 ausführlich in der Beweiswürdigung mit den Verfahrensergebnissen auseinandergesetzt hat. Das Erstgericht hat in der Regel die jeweiligen „Beweisquellen“ direkt bei den Feststellungen zitiert (siehe auch der einleitende Hinweis in der Begründung, US 41 ff), sich aber dann in der Beweiswürdigung nochmals und zwar ausführlich damit befasst. So begründet das Erstgericht auf US 48 die (bekämpften) Feststellungen zu US 39 wie folgt, wobei im Folgenden nur die wesentlichsten Passagen angeführt werden (Hervorhebung): *„Die Feststellungen zu den möglichen Auflösungskosten in bestimmten Höhen und dass deren Eintritt nicht ausgeschlossen*

habe werden können, gründen auf einer gesamthaften Bewertung aller von den Sachverständigen durchgeführten Wahrscheinlichkeitsberechnungen, die nachprüfbar darauf geachtet haben, geeignete Modelle heranzuziehen (Ergänzungs-GA ON 522, S. 17 ff samt Erörterung in ON 569, 570; vgl auch ON 500) [...]. Im Rahmen der Beweiswürdigung bleibt nur festzuhalten, dass das Gericht keinen Zweifel an den Angaben der Sachverständigen hat, dass die Modelle, die Modellannahmen und die Zeitreihen lege artis ausgewählt wurden und eine wissenschaftlich fundierte Grundlage für Aussagen zu Wahrscheinlichkeiten bei historischer und risiko-neutraler Bewertung bieten und mit dem gewählten Heston-Modell nicht nur der Kassakurs, sondern auch die Volatilitäten modelliert werden konnten (w.b., dazu ON 569, S. 8 ff). Dazu kommt, dass für das Gericht konkrete Wahrscheinlichkeiten im Sinne bestimmter Prozentzahlen weniger relevant waren als die bandbreitenhafte Beantwortung der Frage auf Grundlage unterschiedlicher Modelle, was ex ante noch als im Bereich des Möglichen anzusehen war und was nicht mehr [...]. Auch in der Frage, welche EZBW-Bewegungen ex ante möglich schienen, folgt das Gericht den Sachverständigen. Für eine zwingend anzunehmende positive Drift gibt es keinen Anhaltspunkt. Dass es sich um die zum Abschlusszeitpunkt gängige Marktmeinung gehandelt haben soll, wie es die Beklagte behauptet, steht einerseits teilweise im Widerspruch zur Marktanalyse der Sachverständigen (vgl ON 427, Kap. 6 samt den entsprechenden Erörterungen) und andererseits aber der Feststellung nicht entgegen, dass auch andere Entwicklungen nicht auszuschließen waren [...]. Jedenfalls boten die Beweisergebnisse nicht den geringsten Anhaltspunkt, dass eine Aufwertung des CHF, der noch dazu als Fluchtwährung in Krisenzeiten dient und in solchen zu einer Aufwertung tendiert, ex ante kategorisch ausgeschlossen hätte werden können, ebenso wenig wie Finanz- oder sonstige Krisen mit Auswirkungen auf den Kapitalmarkt [...]. Zur Entscheidung über den ZFA [Zwischenantrag auf Feststellung der Stadt Linz vom 8. April 2019, ON 591] reichte die Klärung, dass ein solches Szenario nicht auszuschließen war.“

- 21.4.1.4 Von einer „Scheinbegründung“ kann somit keine Rede sein. Wie das Erstgericht an anderer Stelle zutreffend ausführt, ist jedes „Modell“ schlussendlich eine imperfekte Abbildung der Wirklichkeit, sodass es dem Erstgericht nicht sinnvoll erschien, bestimmte Modelle und Prozentergebnisse herauszugreifen, sondern besser und zutreffender auf das Gesamtbild abzustellen. Im SAM-Gutachten vom 6. April 2018, Beilage ./IC, Tabelle Seite 24, sind die Ergebnisse des Ergänzungsgutachtens für die Varianten 1 bis 12 der Gutachter zusammengefasst, auf diese hat sich die Stand Linz auch im Zwischenantrag auf Feststellung vom 8. April 2019 ausdrücklich berufen (ON 591, S 33):

Niveau (EUR)	Wkt. Zahlungsströme				Auflösungswkt.			
	GG		SAM		GG		SAM	
	Min.	Max.	Min.	Max.	Min.	Max.	Min.	Max.
31.391.415	0,3%	18,5%	1,2%	17,5%	70,4%	100,0%	72,5%	100,0%
68.899.050	0,0%	1,3%	0,0%	1,5%	28,1%	58,3%	28,4%	58,7%
88.021.665	0,0%	0,4%	0,0%	0,4%	17,6%	44,8%	18,2%	45,1%
62.782.830	0,0%	2,2%	0,0%	2,3%	32,7%	62,9%	33,0%	63,3%
137.798.100	0,0%	0,1%	0,0%	0,0%	4,5%	19,7%	4,8%	19,8%
176.043.330	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	1,3%	11,3%	1,5%	10,8%
ohne Stop-Loss			0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%

Tabelle 30: Bandbreite der Wahrscheinlichkeiten für die Zahlungsströme und der Auslösungswahrscheinlichkeiten in den Varianten 1 bis 12. Quelle: Ergänzungsgutachten (Spalten „GG“) und eigene Berechnungen (Spalten „SAM“).

Die Varianten 13 bis 24 sind im SAM-Gutachten vom 6. April 2018, Beilage ./IC, Tabelle Seite 26 dargestellt:

Niveau (EUR)	Wkt. Zahlungsströme				Auflösungswkt.			
	GG		SAM		GG		SAM	
	Min.	Max.	Min.	Max.	Min.	Max.	Min.	Max.
31.391.415	0,6%	23,0%	1,6%	21,9%	76,8%	100,0%	79,1%	100,0%
68.899.050	0,0%	2,0%	0,0%	1,9%	30,4%	60,9%	31,0%	61,1%
88.021.665	0,0%	0,5%	0,0%	0,5%	19,1%	47,1%	19,5%	47,8%
62.782.830	0,0%	3,1%	0,1%	2,8%	35,5%	65,7%	36,0%	65,9%
137.798.100	0,0%	0,1%	0,0%	0,1%	5,1%	21,0%	5,4%	21,2%
176.043.330	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	1,5%	11,9%	1,6%	11,9%
ohne Stop-Loss			0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%

Tabelle 32: Bandbreite der Wahrscheinlichkeiten für die Zahlungsströme und der Auslösungswahrscheinlichkeiten in den Varianten 13 bis 24. Quelle: Ergänzungsgutachten (Spalten „GG“) und eigene Berechnungen (Spalten „SAM“).

21.4.1.5 Das Erstgericht hat die einzelnen Prozentsätze nicht explizit festgestellt und dieses Vorgehen auf US 48 auch entsprechend begründet. Ausgehend von den Berechnungen der Gerichtsgutachter gemäß den Varianten 1 bis 24, lag die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt von Auflösungskosten von EUR 31.391.415,00 („Niveau 1“; es handelt sich dabei um die vom Erstgericht feststellte Genehmigungsschwelle, vgl. US 40) zwischen 70,4 % und 100 %, war also sehr hoch. Selbst für die „Zahlungsströme“, also die Wahrscheinlichkeit, dass zumindest in einem Jahr während der Laufzeit des Swap 4175 die jährliche Zahlungsverpflichtung der Stadt Linz (ohne Auflösungskosten) den Betrag von EUR 31.391.415,00 überschreiten würde, lag – je nach Modell – zwischen 0,3 % und 23 %, also nach jedem verwendeten Modell und Parametersatz in einem Bereich, der keineswegs zu vernachlässigenden war, worauf das Erstgericht zutreffend in der Beweiswürdigung hinweist (der gleichen Meinung waren offensichtlich auch die Gerichtsgutachter: „[...] wenn ich hier bei Niveau 1 eine Wahrscheinlichkeit von 1,71 sehe [Seite 23 des Ergänzungsgutachten, ON 522], dann ist das eine Zahl, wo der Kämmerer zumindest schon überlegen muss, wenn dieser Fall wirklich schlagend wird“ (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 10).

21.4.1.6 Wie sich aus der Beweisrüge ergibt, bekämpft die beklagte Partei die Feststellungen auf US 40 zweiter Absatz nicht. Dieser Absatz enthält (mangels Rüge) somit bindende

Feststellungen zur Marktmeinung und den Terminkursen aus der Sicht vom Februar 2007, jeweils gestützt auf bestimmte Stellen im Gerichtsgutachten und im Ergänzungsgutachten. Unter anderem stellt das Erstgericht unbekämpft fest, dass der Markt bei risikoneutraler Betrachtung (risikoneutraler Wahrscheinlichkeit) von im Durchschnitt 90 % davon ausging, dass der Wechselkurs innerhalb der Laufzeit des Swaps unter 1,54 fällt. Auch bei rein historisch-statistischer Betrachtung (Anm.: Die laut Gutachter das Risiko aber stark unterschätzt; vgl. die klare Aussage dazu im Gerichtsgutachten, S 146: „[...] zeigt weiterhin, dass die implizit aus Optionspreisen berechneten risikoneutralen Wahrscheinlichkeiten [...] noch weit höher lagen als die Wahrscheinlichkeiten aus der statistischen Analyse.“) war ex ante ein Absinken des EZB-Wechselkurs (vgl. Definition US 35) unter 1,54, unter 1,45 oder auch darunter bis auf 1,26 innerhalb weniger Jahre nicht ausgeschlossen. Die beklagte Partei übergeht im Rahmen ihrer Beweisrüge somit auch, dass sich das Erstgericht nicht zuletzt mit den Gutachtensergebnissen zur Wahrscheinlichkeit von Wechselkursentwicklungen sehr wohl und sehr genau befasst hat und auf die betreffenden Stellen in den Gutachten verweist (vgl. z.B. US 40: „GA ON 427, S. 42 und S. 135 ff; Ergänzungs-GA ON 522, S. 39, 68“.).

21.4.2 Angebliche objektive und subjektive Beherrschbarkeit des Swap (Berufung, Punkte C.II.20.3. und C.II.20.4.)

21.4.2.1 Die gesamte Argumentation der beklagten Partei zur Frage der Beherrschbarkeit des Swap 4175 baut ausschließlich auf das Bestehen eines „Risikoleitfadens“ auf; nur dessen Existenz wäre entscheidend. Schon mit einem „einfachen“ Risikoleitfaden wäre das Geschäft nicht nur für die Stadt Linz, sondern gleichsam für jedermann beherrschbar gewesen (und damit naturgemäß auch optimierend). Tatsächlich bekämpft die beklagte Partei aber nicht die Feststellungen des Erstgerichts, sie verlangt dazu nicht einmal korrelierende Ersatzfeststellungen, sondern will einmal mehr zusätzliche Feststellungen. Gleichzeitig werden Teile der tatsächlich vom Erstgericht getroffenen (und unbekämpft gebliebenen) Feststellungen einfach fallengelassen, ohne aber zu begründen, warum und insbesondere was an den Feststellungen und der Beweiswürdigung zur jeweiligen Feststellung konkret unrichtig gewesen sein soll.

21.4.2.2 Das Erstgericht hatte auf die „erwartbaren Zahlungspflichten für die Klägerin“ abgestellt, die, sobald sie nicht mehr tragbar wurden, zur Auflösung des Geschäfts oder zur Neutralisierung durch gegengleiche Geschäfte (Hedging) führen mussten. Nicht nur die laufende Zahlung, sondern auch die (zwangsweise) Beendigung des Geschäfts führt zu (nicht unerheblichen) Kosten. Auch die beklagte Partei hat mehrmals betont, dass jede Form der Beendigung oder Limitierung eines Risikos Kosten mit sich bringt (vgl. auch die Aussage von ██████████ ████████ in der 23. Sondersitzung des Kontrollausschusses am 18. Juni 2013; Beilage ./EE26, S 52 ff). Nichts anderes bringt das Erstgericht damit

zum Ausdruck. Die beklagte Partei legt in keinster Weise dar, inwieweit durch einen „Risikoleitfaden“ das vom Erstgericht festgestellte Faktum der zu erwartenden Auflösungskosten eliminiert sein soll. Unabhängig davon, wie ein derartiger Risikoleitfaden konkret hätte ausgestaltet sein müssen (in den Ausführungen der beklagten Partei vermisst man konkrete Hinweise), könnte dieser nur zum Ziel haben, aus dem hochriskanten Geschäft (das – wie festgestellt – Tageschwankungen von über EUR 100 Mio aufweist) auszusteigen. Dieser Vorgang ist naturgemäß mit Kosten belastet. Natürlich könnte theoretisch auch ein Risikoleitfaden definiert werden, dass Derivatgeschäfte mit besonderer Schwankungsneigung von vornherein nicht in Frage kommen. Bei einer solchen ex ante Prüfung wäre der Swap 4175 aber schon wegen den erwartbaren Tagesschwankungen „immer glatt durchgefallen“. Wie vom Erstgericht (US 38) festgestellt, muss nämlich aufgrund des besonderen Risikos nicht zuletzt binnen einer Stunde die Entscheidung zum Ausstieg getroffen werden. Einen solchen Risikoleitfaden spricht die beklagte Partei wohlweislich gar nicht an.

21.4.2.3 Schon aus den Denkgesetzen folgt, dass der von der beklagten Partei zur Grundlage ihrer Rüge gemachte Risikoleitfaden die Kosten des Ausstiegs bestenfalls nur begrenzen, keinesfalls aber verhindern kann. Wird aber im Risikoleitfaden, der ja die Beherrschbarkeit sicherstellen soll, von vornherein ein „Ausstiegspunkt“ definiert, geht der erwartete Nutzen des Geschäfts typischerweise verloren: *„[...] typischerweise wird das Geschäft nicht gewinnbringend abschließbar sein, wenn es vor Ablauf durch einen Ausstieg beendet wird“* (Gerichtsgutachten, S 53); ebenso bestätigte Uwe Wystup, dass eine Budgetgrenze von EUR 30 Mio für den Swap 4175 schon ex ante ungeeignet gewesen wäre: *„Wir haben jetzt nicht eine optimale Budgetgrenze untersucht für diesen Swap, aber es stimmt natürlich, dass eine zu gering gewählte Grenze nicht sinnvoll ist, da das Produkt dann zu schnell beendet wird. Je höher die Budgetgrenze gewählt wird, umso länger hat es natürlich Bestand, allerdings mit dem Risiko, dass dann auch die Auflösungskosten in entsprechender Höhe anfallen. Eine Grenze von EUR 30 Mio kann man hier wohl nicht als wirtschaftlich sinnvolle Grenze ansehen“* (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 15). Die späteren Berechnungen zeigen eindrucksvoll, dass es gar eines „Risikobudgets“ im Bereich von EUR 100 Mio. bedarf, um im Mittel überhaupt noch einen (betraglich verschwindend geringen) Nutzen von dem Swap 4175 zu haben. Das Argument, es käme also für die Frage der Eignung für eine Gemeinde und Optimierung (und schlussendlich für die Frage der Gültigkeit) nur darauf an, ob es einen Risikoleitfaden gab (besser: gegeben hätte), ist also nicht tragfähig. Unbegründet lässt die beklagte Partei, wie die Handlungsanweisung an einen kommunalen Kämmerer im Risikoleitfaden denn ausgesehen hätte, damit der die Anforderung, innerhalb einer Stunde auszusteigen, wirklich erfüllen kann.

21.4.2.4 Das Erstgericht weist auf US 44 daher zutreffend darauf hin, dass es auf die (fiktive) Existenz eines Risikoleitfadens für die Frage der Gültigkeit letztlich nicht ankommt.

Deshalb hat das Erstgericht zum Inhalt eines solchen Risikoleitfadens auch keine Feststellungen getroffen, abgesehen davon, dass es solche Feststellungen mangels eines konkreten Vorbringens der beklagten Partei auch gar nicht treffen konnte. Damit wird auch offensichtlich, dass die beklagte Partei mit der Beweistrüge in Form der Ersatzfeststellung nur einen tatsächlich nicht bestehenden Risikoleitfaden festgestellt haben will, mit dem sich das Geschäft hätte angeblich beherrschen lassen. Ein Vorbringen, wie dieser Risikoleitfaden letztlich hätte aussehen sollen, blieb die beklagte Partei – wie gesagt – schuldig. Es fehlt im Übrigen auch an der Relevanz einer solchen Ersatzfeststellung: Auf tatsächlicher Ebene existieren nämlich keine Feststellungen zu einem Risikoleitfaden, auch das Beweisverfahren hat keine Anhaltspunkte hervorgebracht, worin dieser konkret bestanden haben soll. Es verwundert daher auch nicht, dass die beklagte Partei besonders hervorstreicht, dass der Risikoleitfaden auch ein „*mentaler Leitfaden*“ hätte sein können. Damit entfernt sie sich aber gänzlich von der bekämpften Feststellung (siehe oben). Selbst unter der Annahme, es hätte einen Risikoleitfaden gegeben, wäre nämlich die bekämpfte Feststellung des Erstgerichts, „*Es war bei Abschluss des Swaps ex ante nicht auszuschließen [...] daher aufgelöst oder durch Hedging neutralisiert werden muss*“ (US 39, 2. Absatz), immer noch richtig.

21.4.2.5 Der Verweis auf „Taschenrechner“ und „Internet“ als ausreichende Infrastruktur (Berufung, S 173) richtet sich in diesem Zusammenhang selbst. Marktwerte lassen sich damit nicht berechnen. Ein auf „Taschenrechner und Internet“ basierter „Risikoleitfaden“ wäre zum Scheitern verurteilt: Wie die Gerichtsgutachter feststellten, ist es nicht einmal der beklagten Partei gelungen, das im Produkt enthaltene Risiko festzustellen, ja es gelang ihnen nicht einmal die Marktwerte korrekt zu ermitteln; dabei besaß sie hochspezialisierte Programme von Drittanbietern, wie Kondor+ und Fenics (Gerichtsgutachten, S 45, 68, 90; vgl. auch die Ausführungen unter Punkt I. 2.2).

21.4.2.6 Schlussendlich kommt es allerdings für die Frage, ob der Swap 4175 gültig zustande gekommen ist, nicht darauf an, „*was hätte sein können*“, sondern was tatsächlich geschehen ist. Auch die Feststellungen haben sich an den tatsächlichen Geschehnissen zu orientieren und nicht in Hypothesen zu verlieren. Sämtliche Behauptungen der beklagten Partei zur subjektiven Fähigkeit der Stadt Linz, den Swap 4175 zu beherrschen, zeigen nicht auf, warum die Feststellungen des Erstgerichts unrichtig sein sollen, geschweige denn einen Mangel in der Beweiswürdigung. Die beklagte Partei listet in diesem Zusammenhang völlig unsystematisch nur einzelne Tatsachen auf, die aber per se nicht geeignet sind, die Feststellungen des Erstgerichts anzugreifen.

21.4.2.7 Wenn sich die beklagte Partei etwa darauf beruft, bloß mit der Eintragung von Zahlungen aus den Fälligkeitsterminen in eine Excel-Tabelle (Beilage ./248) wäre bereits ein ausreichender Risikoleitfaden geschaffen, um das Risiko aus dem Swap

4175 zu beherrschen, bleibt sie jede Erklärung schuldig, wie das mit dem noch immer notwendigen „Risikobudget“ für die Ausstiegskosten in Einklang zu bringen ist. Dies speziell bei einem Geschäft, dessen Tageswert aufgrund der besonderen Ausgestaltung mit über EUR 100 Mio schwanken kann (US 38; Gerichtsgutachten, S 52; für die Monatsschwankungen weisen die Gerichtsgutachter sogar einen Wert von EUR 300 Mio und mehr aus [Gerichtsgutachten, S 72]). Soweit die beklagte Partei in der Beilage .98 ebenfalls den Beweis eines Risikoleitfadens sieht, so ist sie auf die zweite Seite dieser Beilage zu verweisen. Aus der ersieht man nämlich, dass die dort angestellten Berechnungen erst im Jahr 2010 erfolgt sind, anders würde sich die Überschrift „*Offen 14 Halbjahres-Termine bis 15.4.2017*“ nicht erklären. Zum gleichen Ergebnis kam auch das Landesgericht Linz im Urteil vom 11. Dezember 2013, 23 Hv 79/13k (Beilage ./HE).

21.4.2.8 Wenn die beklagte Partei in diesem Zusammenhang meint, auch aus der Aussage von ██████████ lasse sich ableiten, dass er einen Risikoleitfaden tatsächlich besaß, ist ganz offenkundig, dass ein solcher Leitfaden, hätte er denn wirklich existiert, völlig unbrauchbar gewesen wäre: ██████████ hatte eine völlige Fehlvorstellung vom Risiko und der Beherrschbarkeit des Geschäfts: ██████████ wusste nicht einmal, dass das Geschäft vor Ablauf der zehnjährigen Dauer auflösbar gewesen ist (Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 16), wie hätte er dann einen Risikoleitfaden mit einem Ausstiegsszenario erstellen sollen. Die von ihm angenommene „Untergrenze“ von EUR/CHF 1,44 bewirkte nämlich (je nachdem, zu welchem Zeitpunkt diese in der Laufzeit erreicht wird) Ausstiegskosten im Bereich von EUR 100 Mio (entsprechend der Tabelle auf Seite 69 des Gerichtsgutachtens ergaben sich bei einem Kurs von EUR/CHF 1,4276, also knapp unter der „Schwelle“ von 1,44, am 31. März 2010 zu finanzierende Ausstiegskosten von mehr als EUR 100 Mio). Ein solches „Budget“ lag nicht vor, geschweige denn war jemals ein Beschluss des Gemeinderates in diese Richtung gefasst worden.

21.4.2.9 Mit der Behauptung, ██████████ habe einen mentalen Risikoleitfaden besessen, verstößt die beklagte Partei auch gegen das Neuerungsverbot: In der Äußerung zum Zwischenantrag vom 5. Juni 2019, ON 611, hatte die beklagte Partei nämlich bloß gemeint, dass sie von einem derartigen Risikoleitfaden „*ausgehen*“ durfte und nur ein qualifizierter Kämmerer „*benötigt worden wäre*“. Das beinhaltet, dass ██████████ nach der damaligen Ansicht der beklagten Partei gerade nicht qualifiziert gewesen ist (Äußerung der beklagten Partei, ON 611, S 43: „*Die Stadt Linz hätte dafür nur einen qualifizierten Kämmerer benötigt; davon durfte die BAWAG PSK ausgehen [...]*“). Demgegenüber wird nunmehr in der Berufung behauptet, es hätte ein mentaler Risikoleitfaden tatsächlich bestanden. In die gleiche Richtung geht der Schlusssatz der Äußerung der beklagten Partei, ON 611, auf Seite 61, wonach es für die Beherrschbarkeit bloß auf die Möglichkeit ankommt und nicht darauf, ob die Möglichkeit

genutzt wird. Von einem tatsächlich etablierten Risikoleitfaden ging die beklagte Partei also eindeutig nicht aus. Die Beweistrübe ist daher wegen Verstoßes gegen das Neuerungsverbot unzulässig.

21.4.2.10 Auf den Seiten 176 bis 177 der Berufung leitet die beklagte Partei die Beherrschbarkeit des Swap-Geschäftes aus der (theoretischen) Möglichkeit ab, es später zu restrukturieren. Zu Recht unterblieb eine Beweisaufnahme des Erstgerichts dazu, weil das mit der ursprünglichen Unbeherrschbarkeit des Risikos nichts zu tun hat. Die Tatsachenrübe der beklagten Partei findet daher keinerlei Deckung im Sachverhalt. Dass der Swap 4175 nach 2007 unverändert blieb, ist dagegen unstrittig. Dazu kommt, wie eine Analyse der Stadt Linz ergab (Beilage ./FU), dass es sich bei den Angeboten der beklagten Partei regelmäßig um keine tauglichen, teilweise nicht einmal um ernst gemeinte Angebote gehandelt hat. Mit „Restrukturierungsangeboten“, wie sie die beklagte Partei ins Auge fasste, ist tatsächlich aber auch die wirtschaftliche Belastung durch die Ausstiegskosten nicht gelöst, sondern in die Zukunft verschoben. Der im Zeitpunkt der Restrukturierung vorhandene und grundsätzlich glattzustellende negative Marktwert wird durch die Restrukturierung regelmäßig nur verlagert, die sofortige Glattstellung muss der Kunde durch schlechtere, nicht marktübliche Konditionen bezahlen. Es werden also bestehende Risiken in neue Risiken umgewandelt. Schon aufgrund der Handelsspannen geht damit typischerweise sogar eine Verschlechterung des Marktwerts einher (zur Handelsspanne/Marge und dem sich daraus ableitenden Effekt auf die Bewertung: Gerichtsgutachten, S 7 ff).

21.4.2.11 Im Übrigen ergibt sich weder aus dem Rahmenvertrag vom 26. September 2006 (Beilage ./N) noch aus der Geschäftsbestätigung zum Swap 4175 vom 16. Februar 2007 (Beilage ./3) ein Recht der Stadt Linz, spätere Vertragsänderungen in Form einer „Restrukturierung“ verlangen zu können. Der Swap 4175 war auch nicht kündbar (US 36). Es würde sich also bei der Restrukturierung um einen Eingriff in den bestehen Vertrag handeln, der eine Zustimmung beider Parteien voraussetzt oder aber sogar um ein weiteres Geschäft, wofür selbstverständlich die gleichen organisatorischen Voraussetzungen (Beschlussfassungen im Gemeinderat sowie gegebenenfalls eine aufsichtsbehördliche Bewilligung) vorliegen müssen. Diesbezüglich gelten mutatis mutandis die gleichen Überlegungen, wie sie oben zur nachträglichen Veränderung von Darlehensbedingungen angestellt wurden (Punkt II. 5.3 ff).

21.4.2.12 Es erschließt sich letztlich nicht, wie die weitwendigen Ausführungen zu den angeblich unterbreiteten Vorschlägen und Restrukturierungen der beklagten Partei, zu denen gar nicht Beweis erhoben wurde (siehe die Erörterung im Protokoll vom 22. Februar 2019, ON 564, S 5, wonach dieser Themenkreis nicht Gegenstand des Beweisverfahrens ist), in das Konzept einer prozessordnungsgemäßen Beweistrübe passen soll. Das Vorbringen der beklagten Partei erschöpft sich letztendlich in der Wiederholung von

Behauptungen, zu denen es keine Feststellungen gibt. Zeugen, die bei diesen Angeboten eine zentrale Rolle gespielt haben sollen, sind nicht einvernommen worden. Auch die Gerichtsgutachter haben sich mit Restrukturierungsangeboten nicht befasst. Die Stadt Linz hat aufgrund ihrer Untersuchung (Beilage ./FU) die Verbesserung der Risikoposition durch diese Angebote ausdrücklich bestritten. Hinsichtlich der im Zwischenverfahren zu klärenden Frage, ob das Geschäft gültig zustande gekommen ist, sind die Restrukturierungsangebote bedeutungslos. Im Übrigen gehen auch die Gerichtsgutachter nicht davon aus, dass Restrukturierungsmaßnahmen Teil eines Risikoleitfadens wären bzw. diesen ersetzen könnten. Ganz im Gegenteil sprechen sie uneingeschränkt von einem Ausstieg, sobald das Risikobudget erschöpft ist (wobei das Risikobudget aus Sicht der Gerichtsgutachter mit EUR 133 Mio zu veranschlagen war, auch wenn das hoch erscheinen mag [Gerichtsgutachten, S 58]).

21.4.2.13 Wenn die beklagte Partei auf den Seiten 178 bis 179 der Berufungsschrift schließlich behauptet, das Risiko des Swap 4175 hätte tatsächlich durch Restrukturierungen begrenzt werden können, so bleibt sie dafür jeden Beweis schuldig. Außerdem ist ihr entgegenzuhalten, dass derartige Restrukturierungen als Teil des Risikoleitfadens schon ex ante zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei hätten vorgesehen, ein Risikobudget vorhanden und beides vom Gemeinderat beschlossen hätte werden müssen. Auch dafür wäre es notwendig gewesen, dass die organisationsrechtlichen Voraussetzungen dazu geschaffen waren.

21.4.2.14 Wie unrealistisch das war, zeigen folgende Beispiele: Der negative Marktwert des Swap 4175 lag Ende Oktober 2008 bei rund EUR 90 Mio (Gerichtsgutachten, Tabelle S 70). Am 28. Februar 2011 (zeitlich also in der Nähe des vermeintlichen „Restrukturierungsangebots“ vom 22. Februar 2011 [Berufung, S 179]) lag der negative Marktwert bei EUR 268 Mio. Ein Ausstieg, der mit derartigen Kosten verbunden war, musste also (im Rahmen des Risikoleitfadens) vorweg vom Gemeinderat genehmigt gewesen sein. Ansonsten wäre der Risikoleitfaden ein untaugliches Instrument und müsste bei einer Überlegungszeit von einer Stunde nachträglich die Zustimmung des Gemeinderates dazu eingeholt werden. Einem derartigen Verständnis haben auch die Gerichtsgutachter klar widersprochen (Gerichtsgutachten, S 42: „[...] *es geht letzten Endes immer darum, die Risikotragungsfähigkeit im Vorhinein zu klären* [...]).

21.4.3 Zum Thema Auflösungskosten und laufende Tilgungen (Berufung, Punkt C.II.20.5.)

21.4.3.1 Der Vorwurf der beklagten Partei, das Erstgericht würde „laufende Zahlungen“ mit „Auflösungskosten“ vermengen, ist unrichtig. Das Erstgericht unterscheidet sowohl in seinen Feststellungen als auch in der Beweiswürdigung zwischen beiden. Allerdings ändert das nichts daran, dass die Kosten der Glattstellung des Swap 4175 Teil jener Aufwendungen sind, die den ordentlichen Rechnungsabschluss unter der Position

„Zinsen und Tilgungen“ im Jahr ihres Entstehens belasten (vgl. Punkt II. 5.6.2.3; informativ auch die Ausführungen von ██████████ ██████████ Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 5 ff).

21.4.3.2 Schon im Auftrag an die Gerichtsgutachter zur Berechnung der Wahrscheinlichkeiten hat das Erstgericht entsprechend differenziert und die Ergebnisse in die Gesamtbetrachtung einbezogen (US 48). Auf die unterschiedlichen Ergebnisse hinsichtlich der Wahrscheinlichkeiten, dass die laufenden Zahlungen innerhalb eines Jahres die Schwellenwerte übersteigen oder die Auflösungskosten über den Schwellen liegen, wurde bereits hingewiesen. Da bei a priori unbeschränktem Risiko eines Produktes, wie es beim Swap 4175 bestand, eine Risikobeherrschung nur mehr durch einen jederzeitigen Ausstieg erreicht werden kann, sind letztlich die Auflösungskosten von zentraler Bedeutung. Will die Stadt Linz also zur Risikobegrenzung aussteigen, muss sie Auflösungskosten jedenfalls in der Höhe des Marktwertes aufbringen (US 38). Der Ausstieg hat spätestens dann zu erfolgen, wenn das im bereits vorliegenden Risikoleitfaden festgelegte Risikobudget erschöpft ist.

21.4.4 Die angebliche Vermeidbarkeit der Fremdfinanzierung (Berufung, Punkt C.II.20.6.)

21.4.4.1 Eine in der Verhandlung am 13. Mai 2019 (ON 607, S 23) von Uwe Wystup über Befragen der Beklagtenvertreter gemachte Äußerung, die Finanzierung der Ausstiegskosten könne durch entsprechende Restrukturierungen des ursprünglichen Geschäftes vermieden werden, nimmt die beklagte Partei ebenfalls zum Anlass, um damit die Beherrschbarkeit des Geschäftes zu begründen. Weitere Details erfährt man nicht, allerdings zeigt der Verweis auf die „Bankenpraxis“, dass es nicht unmittelbar ein taugliches Mittel für Kommunen darstellt. Wie allerdings eine solche Restrukturierung unter kommunalen Rahmenbedingungen konkret aussehen müsste und welche zusätzlichen Belastungen dann auf die Stadt Linz zukommen würden, bleibt im Dunkeln. Die beklagte Partei hat dazu im Verfahren auch nichts vorgebracht.

21.4.4.2 Wie schon oben unter Punkt 21.4.2.10 dargelegt, beseitigt eine solche „Restrukturierung“ nicht die wirtschaftliche Belastung der Kommune, weil der zum Zeitpunkt der Restrukturierung bestehende negative Marktwert sich dadurch nicht verbessert, sondern sogar verschlechtert und letztlich nur auf eine andere Art und Weise (nämlich durch nicht marktübliche Zinsen) bezahlt wird. Wäre das anders, hätte die beklagte Partei das finanztechnische „perpetuum mobile“ erfunden. Damit würden auch die sogenannten „*Arbitragebedingungen*“ verletzt (Gerichtsgutachten, insb. S 12, 22), und es gäbe die Möglichkeit eines „risikolosen Ertrages“, der dem bilateralen „Wettgeschäft“ (zur Wette vgl. 3 Ob 191/17k) bei fairer Gestaltung der Bedingungen fremd ist. Gerade in liquiden Märkten ist „Arbitrage“ für Kunden im Geschäft mit Banken nicht möglich. Das folgt aus den finanzmathematischen Prinzipien, die die

Gerichtsgutachter mehrfach erläutert haben. Wie schon oben gesagt, wären mit jeder Umgestaltung (wegen der Handelsspanne) weitere Kosten für die Stadt Linz verbunden, der negative Marktwert des Geschäftes würde sich automatisch sogar noch erhöhen (vgl. US 38 und die unbekämpft gebliebene Feststellung zur „Marge“). Das bedeutet im Endeffekt aber, dass die Stadt Linz dann einen negativen Marktwert von vielleicht mehr als EUR 100 Mio in Form von nicht mehr marktüblichen, erhöhten Zinsen bezahlen müsste. Im Ergebnis liefe auch das auf eine Änderung der Anleihebedingungen hinaus, die natürlich ebenso (vgl. Punkt II. 5.3 ff) den organisationsrechtlichen Beschluss- und Genehmigungsvoraussetzungen unterliegen würde, womit das Geschäft aus den gleichen Gründen von Anfang an genehmigungspflichtig ist.

21.4.5 Zusätzlich begehrte Feststellung (Berufung, C.II.20.7.)

Im Rahmen der Beweisrüge verlangt die beklagte Partei (Berufung, Punkt C.II.20.7.) folgende ergänzende Feststellung: *„Der Swap war daher nicht nur objektiv zur Optimierung geeignet, sondern auch konkret optimierend.“* Die zusätzliche Feststellung soll sich gewissermaßen aus den davor begehrten Ersatzfeststellungen (die aber für sich gesehen über weite Strecken bereits „zusätzliche Feststellungen“ sind) ableiten. Dem ist allerdings keineswegs so. Die Stadt Linz hat zur angeblichen Optimierungseignung im Rahmen des Punktes II. 3.6 bereits ausführlich Stellung genommen. Auf diese Ausführungen wird verwiesen.

22. **„Fremdwährungsportfolio“ von Stadt Linz (US 48), Berufung, S 184 f**

22.1 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).“

22.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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).“

22.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

Die beklagte Partei bekämpft den unterstrichenen Teil der Feststellung des Erstgerichts. Schlüssige Gründe gegen die Feststellung trägt sie allerdings nicht vor. Die beklagte

Partei gibt dem Text der Feststellung lediglich eine Bedeutung, die tatsächlich nicht vorliegt. Wie sich nämlich in einer Gesamtzusammenschau nach objektivem Verständnis eindeutig ergibt, hat das Erstgericht die Fremdwährungsfinanzierungen der Stadt Linz vor Augen und nicht etwa Derivatgeschäfte. Dass der Swap 4175 nicht das einzige „Derivat“ mit Währungsbezug war, ist unstrittig. Die beklagte Partei hat auch selbst nie behauptet, die Stadt Linz hätte über andere Finanzierungen als die Schweizer Frankenleihe im Nominale von CHF 195 Mio verfügt (Beilage ./D). Solche gab es auch nicht, wie man den vorliegenden Debt-Managementberichten (Beilage ./BH1 bis Beilage ./BH9) entnehmen kann, in der die Kreditgeschäfte aufgelistet sind. Auffällig ist noch, dass die „Ersatzfeststellung“ thematisch kaum mit der bekämpften Feststellung verwandt zu sein scheint. Außerdem fehlt es der Ersatzfeststellung an der Relevanz, weil diese sich eher als eine gewünschte Erwägung zur Beweiswürdigung präsentiert („[...] folgt das Gericht [...] dem Gutachten“). Echte, geschweige denn relevante „Tatsachen“ sind der Ersatzfeststellung nicht zu entnehmen.

23. Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz (US 72), Berufung S 185 ff

23.1 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 EUR50.000,-- jedenfalls überschritten wird.“

23.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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.“

23.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

23.3.1 Die Tatsachenrüge der beklagten Partei ist geprägt von dem Versuch, aus der Gemeinderatspflicht des Swap 4175 irgendwie zu entkommen. Dieser Versuch scheitert am Inhalt und der Struktur des Swap-Geschäftes. Letztere umfasst nämlich zwei Komponenten, und zwar einen Zinsentausch, mit dem sich die Stadt Linz verpflichtet, halbjährlich einen Fixzins von 0,065 % bezogen auf das Nominale der Schweizer Frankenleihe, im Austausch gegen den 6-Monats-CHF-LIBOR an die beklagte Partei zu bezahlen; dazu kommt noch die Optionskomponente, die

unabhängig davon zu einer (erheblichen) weiteren Zahlungspflicht der Stadt Linz führen kann. Das sind die beiden Zahlungsströme, von der auch die beklagte Partei spricht.

- 23.3.2 Die so festgelegten wechselseitigen Leistungen aus dem Geschäft verschwinden aber nicht durch die Saldoziehung. Eine Saldoziehung setzt vielmehr gerade das Bestehen von wechselseitigen Leistungen voraus. Betrachtet man also den Rahmenvertrag vom 26. September 2006 (Beilage ./N) und die Einzelabschlussbestätigung vom 19. Februar 2007 (Beilage ./4), so sind beide Parteien zu einer Leistung verpflichtet, sie sind also jeweils die „Zahler“ aus diesem Geschäft. Das ergibt sich schon aus dem vom Erstgericht auf US 18 festgestellten § 3 des Rahmenvertrags. Lediglich zur Vereinfachung der Zahlungsabwicklung, ohne dabei jedoch in irgendeiner Hinsicht in den Charakter des Geschäfts einzugreifen, sieht § 3 Abs 3 des Rahmenvertrags vor, dass bei Zahlungen in gleicher Währung die zur höheren Zahlung verpflichtete Partei den Differenzbetrag an die andere Partei zahlt. Die Tatsachenrüge der beklagten Partei ist also nicht berechtigt. Die übrigen Gründe für die Subsumierung des Geschäfts unter § 46 Abs 1 Z 12 StL und damit die Erfüllung dieses Tatbestandes, wurde in Punkt II. 2.4 ausführlich dargestellt. Daraus ergibt sich auch die fehlende Berechtigung der Tatsachenrüge der beklagten Partei, die auch aus rechtlichen Überlegungen bedeutungslos ist.

24. Inhalt der Debt-Management-Berichte (US 100), Berufung S 187 f

24.1 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 ████████ trotz angeblichen Beratungsverzichts 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).“

24.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„Die breiteste Informationsquelle, die Debt Management Berichte für den Finanzausschuss, haben den vom Erstgericht im Anhang des Zwischenurteils festgestellten Inhalt.“

24.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

Wie sich aus dem Ersturteil ergibt, hat das Erstgericht die Debt-Management-Berichte im Anhang mit dem vollen Inhalt festgestellt. Damit fehlt aber schon das Rechtsschutzinteresse an der verlangten „Ersatzfeststellung“, die genau darauf abzielt. Auch bei Feststellungen gilt, dass die speziellere Feststellung allenfalls vorgeht, weil Feststellungen immer objektiv und im Gesamtzusammenhalt auszulegen sind. Ob eine Feststellung vorliegt, richtet sich nach dem materiellen Gehalt, sie kann daher auch „disloziert“ getroffen sein und müsste bekämpft werden, um nicht bindend zu werden. Gerade in Zusammenschau damit, dass sich die angefochtene Feststellung ohnehin in der rechtlichen Beurteilung findet und der Inhalt der Debt-Management-Berichte schon durch den Anhang festgestellt ist, liegt klar eine rechtliche Würdigung des Inhalts vor. Diese ist dem Rechtsmittelgrund der Tatsachenrüge damit nicht zugänglich.

25. Hohes Modellrisiko – „beliebige“ Berechnungen (US 106), Berufung S 189 f

25.1 Angefochtene Feststellung

„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.“

25.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„[...] 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. 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.“

25.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

25.3.1 Die Stoßrichtung der beklagten Partei, um von den ihr nicht genehmen Ergebnissen der finanzmathematischen Untersuchungen wegzukommen, richtet sich gegen die angebliche Beliebigkeit der Berechnungen. Tatsächlich hatten die Gerichtsgutachter teilweise auf bestehende Modellunsicherheiten hingewiesen. Das war aber schließlich der Grund, weshalb sie so viele Modelle verwendet haben (Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 21). Mit ihren Ausführungen negiert die beklagte Partei einfach weitere klarstellende Aussagen der Gerichtsgutachter.

- *„Festgehalten wird aber auch, dass die Sachverständigen auf wissenschaftlicher Ebene begründen, warum sie einerseits das Heston-Modell gewählt haben im Hinblick darauf, dass mit diesem Modell nicht nur der Kassakurs, sondern auch die Volatilitäten modelliert werden können, was vor allem im Hinblick auf die tatsächliche Marktlage damals relevant sei. Die Sachverständigen stellen auch dar, dass sie auch andere Modelle herangezogen haben, sodass auch die Modelle an die Gegebenheiten kalibriert worden seien, dass jedoch keine Validierung durchgeführt worden sei, inwiefern es noch andere Modelle gibt, die möglicherweise noch besser auf die Vergangenheit passen würden“* (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 9).
- *„Ja, wir haben uns Gedanken gemacht, sowohl zu den gewählten Modellen, als auch zu den herangezogenen Parametern. Wir begründen dies auch im Gutachten und sind auch in der Lage dies ergänzend zu begründen, so dies seitens der Parteien angezweifelt werden sollte“* (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 11).
- *„Nein, wir haben die Modelle natürlich nicht zufällig ausgewählt, diese sind vielmehr dem Sachverhalt möglichst ideal anzupassen. Die Hauptrisiken, die sich in diesem Sachverhalt stellen, liegen auf einer Änderung des Wechselkurses, der Volatilität und ein wenig auch der Zinsen. Daher haben wir auch konkret Modelle ausgewählt, bei denen diese Parameter modelliert werden können. Ja, aus unserer Sicht geben diese Modelle bei einem objektiven Betrachter durchaus eine wissenschaftlich überlegte und fundierte Darstellung der Wahrscheinlichkeiten wieder“* (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 23).

25.3.2 Der Modellvielfalt und dem Hintergrund der Fragestellung entsprechend brauchte sich das Erstgericht weder auf ein einzelnes Ergebnis noch auf eine bestimmte Wahrscheinlichkeit festlegen, einfach weil es auf die bloße Möglichkeit des Eintritts bestimmter Risiken ankam. Selbst für die Gerichtsgutachter, die durchaus in Kategorien der Finanzwirtschaft denken, drängte sich eine solche Sichtweise für den Kämmerer einer Kommune auf: *„Wichtig ist die Frage, was passieren kann und viel weniger wichtig, wie wahrscheinlich etwas ist. Wenn ein Risiko mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten kann, so wird der Kämmerer vielleicht ex ante schon sagen: Nein, er schließt dieses Geschäft gar nicht ab. Wenn ein Risiko mit einer geringeren Wahrscheinlichkeit behaftet ist, dann wird das Geschäft vielleicht abgeschlossen, aber unabhängig davon, muss sich der Kämmerer auf alle Fälle schon Gedanken machen, was er dann tut, wenn dieser Fall dann auch wirklich eintritt. Wenn ich beispielsweise unsere Tabelle auf Seite 23 des Ergänzungsgutachtens ON 522 heranziehe und ich hier bei Niveau 1 eine Wahrscheinlichkeit von 1,71 % sehe, dann ist das eine Zahl, wo der Kämmerer zumindest schon überlegen muss, was tue ich, wenn dieser Fall wirklich schlagend wird“* (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 10 f).

25.3.3 Auch die von der beklagten Partei zitierte Stelle, „Man kann immer Argumente finden, um bestimmte Modelle auszuwählen, die die Wahrscheinlichkeiten entweder besonders hoch oder niedrig aussehen zu lassen“, fällt insofern auf sie zurück, als es sich ganz offensichtlich als Kritik an der von ihr gewünschten positiven Drift und der 5-jährigen Datenhistorie (vgl. auch Punkt II. 3.5) lesen lässt.

26. Überschreiten der Genehmigungsgrenzen (US 107), Berufung, S 191 ff

26.1 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.“

26.2 Begehrte Ersatzfeststellung

„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 behafteten

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, pdfS. 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 beweiswürdigen Umstand und Grundlage der Feststellung, dass ein derartiges Überschreiten der Genehmigungsgrenzen nicht ausgeschlossen werden kann.“

26.3 Die fehlende Berechtigung der Beweisrüge

- 26.3.1 Zunächst ist festzustellen, dass es sich bei der von der beklagten Partei bekämpften Textpassage überwiegend um keine Tatsachenfeststellung, sondern um eine rechtliche Beurteilung handelt. Zutreffend hat deshalb das Erstgericht dazu auf US 40 hingewiesen, dass, ausgehend von den Berechnungsergebnissen (die nicht explizit festgestellt werden), ein Überschreiten der Genehmigungsgrenzen nicht ausgeschlossen werden könne. Ob das Geschäft wegen Überschreitung der Grenzen des § 78 Abs 1 Z 2 StL tatsächlich genehmigungspflichtig war, ist Gegenstand der rechtlichen Beurteilung. Der Betrag von EUR 31.391.415,00 selbst ist der Höhe nach unstrittig. Auch die Ergebnisse der Wahrscheinlichkeitsberechnungen der Gerichtsgutachter im Ergänzungsgutachten sind nicht strittig (abgesehen von einer nicht beurteilungsrelevanten Zifferangabe in der Bandbreite).
- 26.3.2 Die Ausführungen der beklagten Partei zur Tatsachenrüge reduzieren sich letztlich auf drei Behauptungen, für die die beklagte Partei zwar Ergebnisse des Verfahrens anführt, die aber entweder überhaupt nicht, oder nur unter Außerachtlassung der ihnen entgegenstehenden Ergebnisse als Unterstützung dienen können. Zum einen ist es die angebliche Beliebigkeit der Modellrechnungen, die überdies 2007 noch nicht zur Verfügung gestanden wären, zum anderen ist es eine einzige Aussage der Gerichtsgutachter im Ergänzungsgutachten, die allerdings, und deshalb sinnstörend, nicht von ihr zur Gänze wiedergegeben wird. Und letztlich greift die beklagte Partei wiederum auf ihre 2-Stufen-Theorie zurück, um zu beweisen, dass die Glatstellungskosten die Stadt Linz nicht im Jahr des Ausstiegs belasten.
- 26.3.3 Was die mangelnde Treffergenauigkeit und Eignung der Modelle angeht, so haben zwar die Gerichtsgutachter darauf hingewiesen, dass sie jeweils von den getroffenen Annahmen abhängen, gleichzeitig aber an mehreren Stellen klargemacht, dass insgesamt die von ihnen verwendeten Modelle nach objektiven Kriterien ausgewählt wurden und aussagekräftig genug sind, um die Fragen des Gerichts zu beantworten. Das zeigen die in Punkt 25.3.1 wiedergegebenen Zitate.

26.3.4 Ob die beklagte Partei ähnliche Berechnungen angestellt hat oder nicht, ist irrelevant, weil es lediglich auf die objektive Eignung des Produktes ankommt. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die beklagte Partei schon aus regulatorischen Gründen (Replikation des Produktes) genötigt war, die Optionen zu bewerten, die ihrerseits wiederum von den Terminkursen geprägt waren, woraus sich eine sogenannte negative Drift ableiten ließ (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 18: *„Wenn man sich in unserem Gutachten ON 427 den Chart auf Seite 146 ansieht, erkennt man schön, wieso der Swap eigentlich funktioniert hat. Man sieht hier, dass die Terminkurse nach unten gehen und daher die Wahrscheinlichkeit groß war, dass die Optionen in Geld landen werden“*). Überdies trifft es keineswegs zu, dass die von den Gerichtsgutachtern verwendeten Modelle im Jahr 2007 noch nicht bekannt gewesen wären. Das liegt bei den eher simplen historisch-statistischen Modellen auf der Hand, aber auch das Heston-Modell (bzw. das Black/Scholes-Modell, auf dem es beruht, war Standard. Die von den Gerichtsgutachtern verwendeten Modelle und Verfahren waren bereits (weit überwiegend sogar deutlich) vor 2007 etabliert. Im Gerichtsgutachten, korrigierten Gerichtsgutachten und Ergänzungsgutachten werden die nachstehenden Modelle genannt:

26.3.4.1 Für die Risikosimulation:

- Geometrische Brownsche Bewegung („GBM“): Die Anwendung der GBM zur Bewertung von Optionen ist seit den 1970er-Jahren etabliert. Die Gerichtsgutachter verwenden das Modell im Ergänzungsgutachten als Variante zur Simulationen der Marktdaten. Das GBM ist auch Teil des Regime-Switching-Modells, dass im Prinzip mehrere einfache stochastische Konzepte verknüpft (*F. Black/M. Scholes, The Pricing of Options and Corporate Liabilities, The Journal of Political Economy, 81, 3 [1973], S 637-654*).
- Heston-Modell: Die Gerichtsgutachter verwenden das Modell im Ergänzungsgutachten als Variante zur Simulationen der Marktdaten und zur Bewertung (*S. L. Heston, A Closed-Form Solution for Options with Stochastic Volatility with Applications to Bond and Currency Options, The Review of Financial Studies, 6, 2 [1993], S 327-343*).
- AR(1)-Modell: Die Gerichtsgutachter verwenden das Modell ebenfalls im Ergänzungsgutachten als Variante zur Simulationen der Marktdaten. Solche autoregressiven Modelle sind Grundkonzepte der Wahrscheinlichkeitstheorie seit Jahrzehnten.
- (verschobenes lognormales) Regime-Switching-Modell: Das Regime-Switching-Modell wird im Gerichtsgutachten vorgestellt. Es verknüpft einfache stochastische Konzepte wie GBM und multivariate Verteilungen mit zustandsabhängigen Parametern (Regime-

Switch). Regime-Switching-Modelle in vielfältigen Ausgestaltungen werden schon seit Jahrzehnten in der Ökonometrie eingesetzt (*J. D. Hamilton*, Rational-Expectations Econometric Analysis of Changes in Regime, *Journal of Economic Dynamics and Control* [1988], S 385-423).

26.3.4.2 Für die Bewertung

- Garman-Kohlhagen-Modell: Das Modell wird im Gerichtsgutachten (S 10, 101 und 126) erwähnt. Es ist die Anpassung des Black-Scholes-Modells zur Bewertung von Währungsoptionen (*B. Garman/S. Kohlhagen*, Foreign Currency Option Values, *Journal of International Money and Finance*, 2 [1983], S 231-237)
- Modell von Breeden und Litzenberger: Die Gerichtsgutachter nutzten es als ein Verfahren, um aus den bekannten Preisen bestimmter Finanzprodukte die Preise anderer Finanzprodukte abzuleiten (*D. Breeden/R. Litzenberger*, Prices of State-Contingent Claims Implicit in Option Prices, *The Journal of Business*, 51, 4 [1978], S 621-651).
- Replikations-Methode: Es handelt sich um ein Standardverfahren, exotische Optionen (z.B. Quantos) durch normale Optionen nachzubilden. Technisch wird dies z.B. in öffentlich zugänglichen Berichten der Banca IMI beschrieben (*A. Castagna/F. Mercurio*, Consistent pricing of FX options, Internal report, Banca IMI [2005]).
- Volatilitätshyperfläche: Volatilitätsstrukturen, sogenannte „Smiles“, wurden bei Aktienoptionen erstmals 1987 deutlich. Währungsoptionen sind sie immanent. Der Begriff „Smile“ kommt im Gerichtsgutachten über 50 mal vor und wird dort als grundlegende Eigenschaft des Optionshandels angesehen (*Mark Rubinstein*, Nonparametric Tests of Alternative Option Pricing Models Using All Reported Trades and Quotes on the 30 Most Active CBOE Option Classes from August 23, 1976 through August 31, 1978, *The Journal of Finance*, 40, 2 [1985], S 455-480).
- SVI-Verfahren (SVI: Stochastic Volatility Implied): Mit dem SVI-Verfahren inter- und extrapolieren die Gerichtsgutachter die Volatilität, um eine vollständige Volatilitätshyperfläche zu bestimmen, die sie wiederum für die Bewertung benötigen. Die Parametrisierung einer solchen Hyperfläche durch stochastische Prozesse wurde 2002 vorgestellt und hat sich danach u.a. als SABR-Modell etabliert (*Patrick S. Hagan/Deep Kumar/Andrew S. Lesniewski/Diana E. Woodward*, Managing Smile Risk, *Willmott* [2002], S 84-108).

26.3.5 Dass die beklagte Partei persönlich die größten Schwierigkeiten hatte, die Self-Quanto-Optionen in ihre Systeme einzugeben, lag ausschließlich an ihr (siehe Punkt I. 2.2).

26.3.6 Die Behauptung, ein fallender Kurs des Schweizer Franken hätte damals den Markterwartungen entsprochen, weshalb von einer positiven Drift bei den Modellen auszugehen gewesen wäre, ist nicht einmal durch die selektiv ausgewählte Fundstellen belegt. Weder die Seite 70 des Ergänzungsgutachtens noch die Seite 22 des Korrigierten Gerichtsgutachtens gibt Derartiges her. Ausgehend von der auf Seite 24 enthaltenen Abbildung des historischen Kursverlaufes lässt sich festhalten, dass der Kurs am Beginn und am Ende dieses Ausschnitts gleich war, was unter Umständen eine Drift von 0 gerechtfertigt hätte (die Gerichtsgutachter haben unter Berufung darauf teilweise auch damit Rechnungen durchgeführt). Nur wenn man die letzten fünf Jahre vor Abschluss des Geschäftes nimmt, lässt sich ein steigender Kurs des Schweizer Frankens feststellen, weshalb Marktteilnehmer, die nur diesen kurzen Ausschnitt nahmen, ihre Marktszenarien mit einer positiven Drift simulieren mussten. Schon im Ergänzungsgutachten (und zwar auf der gleichen Seite) erläutern die Gerichtsgutachter, weshalb sie davon Abstand nahmen: Einerseits hängt diese Annahme von der willkürlichen Wahl des Anfangs- und Endzeitpunktes ab, andererseits würde das zu einer *„all zu optimistischen Einschätzung des Risikos“* führen.

26.3.7 Die Gerichtsgutachter haben sich aber nicht nur mit dieser Aussage im Ergänzungsgutachten begnügt, sondern in der Folge weitere Begründungen geliefert:

- *„So wäre es zB, um an die frühere Diskussion anzuknüpfen, natürlich möglich, mit einer positiven Drift zu rechnen, wenn man als Kämmerer beispielsweise nur eine 5-Jahres-Historie herangezogen hätte und daher von einem steigenden Kurs ausgegangen wäre, wobei dann die Gefahr besteht, dass man sich zum Schluss selbst in die Irre führt“* (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 10).
- *„Das Risiko, das man eingeht, wenn man ausschließlich eine kurze Zeitreihe heranzieht, liegt ja darin, dass man mögliche Szenarien übersieht, bzw. nicht erkennt, weil sie eben in dieser kurzen Historie nicht vorgenommen sind, wo hingegen sie dann vielleicht bei Heranziehen eines längeren Zeitraums doch sichtbar werden“* (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 11).
- *„Durch die Heranziehung einer stark negativen Drift oder auch beim historischen Modell durch die Verlängerung der Zeitreihe auf 10 oder 15 Jahre wird das Eintreten eines Ereignisses, wie dasjenige, das dann tatsächlich eingetreten ist, plausibler, also mit einer höheren Wahrscheinlichkeit versehen“* (Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 23).
- *„[...] konkret für CHF: Auch in diesem Bereich würde ich sagen, dass die Vorwärts langfristig nicht zu vernachlässigt sind..... erkennt man schön, wieso der Swap eigentlich funktioniert hat. Man sieht hier, dass die Terminkurse nach*

unten gehen und daher die Wahrscheinlichkeit groß war, dass die Optionen in Geld landen werden sie waren daher auch vergleichsweise teuer, weswegen man bei der Replikation dafür auch hohe Prämien lukrieren konnte was man aus 10xB [nunmehr: Beilage .IB] herauslesen kann, ist tatsächlich, dass der Kassakurs in Richtung Terminkurs geht und man sich mit dem Swap also gegen diese Annahme gestellt hat“ (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 18 f).

- 26.3.8 Der letzte Einwand der beklagten Partei und gleichzeitig der Vorwurf gegenüber dem Erstgericht, „Äpfel mit Birnen zu verwechseln“, richtet sich gegen sie selbst. Nach ihrer Meinung sei es deshalb verfehlt, Glattstellungskosten auf die Schwellenwerte des § 78 StL anzuwenden, weil es dort nur um laufende Zinszahlungen und Tilgungen gehe. Wie gezeigt (Punkt II. 5.3) gehören die Glattstellungskosten im ordentlichen Haushalt der Stadt Linz unter die Position Zinszahlungen und Tilgungen (ausführlich dargestellt wurde das auch von dem ehemaligen Finanzdirektor der Stadt Linz [REDACTED] [REDACTED] [Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 5 ff]). Was die beklagte Partei nämlich völlig verdrängt, ist, dass die Glattstellung nicht nur eine zusätzliche Kreditfinanzierung erfordert, sondern dass die Glattstellungskosten im Jahr des Ausstiegs in voller Höhe auf die Liquidität der Stadt einwirken. Wie oben (Punkt II. 5.3) gezeigt, knüpft aber die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht an die Beeinträchtigung der Liquidität und nicht an die Kreditaufnahme an sich an.
- 26.3.9 Den Wahrscheinlichkeitsberechnungen der Gerichtsgutachter und auch den tatsächlichen Bewertungen ist zu entnehmen, dass auch Verpflichtungen von EUR 500 Mio. und mehr ex ante möglich waren (vgl. Gerichtsgutachten, S 63). In einem solchen Fall hätten - selbst bei einer Aufteilung auf 10 Jahre – die Tilgung der dafür benötigten Fremdfinanzierung die Schwellen überschritten.

IV. Zur Verfahrensrüge der beklagten Partei, Berufung, S 195 ff

1. Vorbemerkungen

- 1.1 Die beklagte Partei will in ihrer Berufung „ergänzend“ eine Reihe von vermeintlichen Verfahrensmängeln aufzeigen, wenn sie das Oberlandesgericht Wien als relevant für die rechtliche Beurteilung ansehen könnte. Sämtliche geltend gemachten Verfahrensmängel liegen nicht vor, das Verfahren erster Instanz war fehlerfrei.
- 1.2 Die gesetzmäßige Ausführung des Berufungsgrundes der „Mangelhaftigkeit des Verfahrens“ hätte erfordert, dass die beklagte Partei die für die Entscheidung wesentlichen Feststellungen darstellt, die bei richtiger Vorgangsweise zu treffen gewesen wären. Insbesondere hätte sie korrekt und plausibel ausführen müssen,

welche für die beklagte Partei günstigen Verfahrensergebnisse zu erwarten gewesen wären, wenn der Verfahrensfehler nicht unterlaufen wäre. Andernfalls ist der Rechtsmittelgrund nicht gesetzmäßig ausgeführt. Der Rechtsmittelwerber muss daher in der Berufung nachvollziehbar aufzeigen, in welcher Hinsicht sich bei Unterbleiben des behaupteten Verfahrensfehlers eine abweichende Sachverhaltsgrundlage für Feststellungen ergeben hätte (vgl. RIS-Justiz RS0043039 [T4, T5]). Darüber hinaus muss ein behaupteter Verstoß gegen ein Verfahrensgesetz auch abstrakt geeignet sein, eine erschöpfende und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern (vgl. RIS-Justiz RS0043049, RS0043027). Die „Relevanz“ des behaupteten Mangels muss in der Berufung daher präzise dargelegt werden (vgl. RIS-Justiz RS0043039). Diesen Vorgaben entspricht die beklagte Partei nicht.

- 1.3 Ausgangspunkt ist dazu, dass das Erstgericht mit Beschluss vom 13. Mai 2019 (ON 607, S 3) die Verhandlung über den Zwischenantrag auf Feststellung der Stadt Linz vom 8. April 2019 auf folgende Themen eingeschränkt hat, und zwar (1) die fehlende öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche Vertretungsmacht, (2) die Überschreitung der Ermächtigung im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004, (3) die fehlende Vertretungsmacht wegen Befugnismissbrauchs durch ■■■■■ ■■■■■ (4) die Ungültigkeit wegen Fehlens der aufsichtsbehördlichen Genehmigung sowie (5) jeweils samt den dazu korrelierenden Ausführungen zu einer allfälligen nachträglichen (Anscheins-)Genehmigung.
- 1.4 Wie in der Folge gezeigt wird, geht die beklagte Partei in ihren Ausführungen zur Verfahrensrüge nicht auf die Relevanz für den eingeschränkten Verhandlungsgegenstand ein. Vielmehr bezieht sie sich auf Beweisanträge, deren Relevanz im Zusammenhang mit dem eingeschränkten Verhandlungsgegenstand weder im Verfahren erster Instanz noch in der Berufung dargelegt wird. Gegen die Einschränkung der Verhandlung im dargestellten Sinn hat sich die beklagte Partei nie ausgesprochen, trägt aber als angebliche Verfahrensmängel nahezu ausschließlich Themen außerhalb des beschränkten Verhandlungsgegenstands vor. Damit setzt sich die beklagte Partei über den zur Beurteilung stehenden Prozessstoff erster Instanz hinweg, sodass im Berufungsverfahren umso weniger Platz für diese Ausführungen ist. Den vermeintlichen Verfahrensmängeln mangelt es insofern schon an der abstrakten Eignung einer erschöpfenden Erörterung und gründlichen Beurteilung der gegenständlichen Streitsache zu hindern (RIS-Justiz RS0043049).
- 1.5 Wie das Erstgericht zutreffend ausführt, ist die beklagte Partei darüber hinaus in der abgesonderten Verhandlung über den Zwischenantrag auf Feststellung der Stadt Linz vom 8. April 2019, insbesondere über die ihr eingeräumte Äußerung vom 4. Juni 2019, ihrer Prozessförderungspflicht einschließlich dem Bestimmtheitsgebot von Beweisanträgen nicht nachgekommen. Sie hat nämlich lediglich pauschale

Beweisanbote mit wenig zielführenden Verweisen auf frühere Schriftsätze (z. B. „auf die Beweisanträge in den jeweiligen Schriftsätzen, wo das entsprechende Thema ausführlicher behandelt wird“ oder „ZV wie im Schriftsatz vom 18.5.2017 beantragt“, beides in ON 611, S 11 und 32) und vor allem ohne Darlegung der konkreten Relevanz für die Themen des Zwischenantrags gestellt. Der Großteil der Beweisanträge, deren Außerachtlassung die beklagte Partei nun als vermeintliche Verfahrensmängel geltend macht, entsprach somit nicht den Bestimmtheiterfordernissen der ZPO. Sie verkörpern also keine tauglichen Beweisanträge, deren Durchführung folglich durch das Erstgericht abzulehnen war (vgl. LGZ Wien, 38 R 56/19w, MietSlg 71.663; LGZ Graz, 3 R 338/99v, MietSlg 52.781). Auf der Ebene des Berufungsverfahrens fehlt es damit an der Relevanz, zumal die Verfahrensrüge nicht dazu dient, Unzulänglichkeiten im Beweisanbot in erster Instanz zu sanieren. Das Übergehen der Beweise kann in so einem Fall eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung nicht verhindern. Gerichtsfehler lagen somit auch aus diesem Grund nicht vor, weshalb darin auch keine Verfahrensmängel liegen können (*Klauser/Kodek*, JN – ZPO¹⁸ § 496 ZPO E10 mwN).

1.6 Nachstehend wird auf die einzelnen Ausführungen der beklagten Partei eingegangen. Die Gliederung folgt der von ihr vorgenommenen Reihung.

2. Zur Ergänzung des Sachverständigengutachtens um weitere Wahrscheinlichkeitsberechnungen, Berufung, S 195 f

2.1 Das Erstgericht gab dem Antrag der beklagten Partei auf Ergänzung des Gerichtsgutachtens um weitere Wahrscheinlichkeitsberechnungen unter Einbeziehung einer positiven Drift nicht statt. Die beklagte Partei sieht darin einen wesentlichen Verfahrensmangel. Sie ist nämlich der Ansicht, die beantragten Berechnungen hätten die Bandbreite der sich aus den Wahrscheinlichkeitsrechnungen ergebenden Zahlen sowohl bei den laufenden Zahlungen als auch bei den Ausstiegskosten zu ihren Gunsten verändert.

2.2 Die beklagte Partei übergeht zunächst, dass es ihr das Erstgericht – nach expliziter Erörterung zum Thema „Berechnung mit positiver Drift“ und unter Hinweis auch auf prozessökonomische Erwägungen – mehrmals freigestellt hat (siehe zuletzt Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 22), eigene (ergänzende) Berechnungen anzustellen und diese dem Gericht vorzulegen. Dem ist die beklagte Partei nicht nachgekommen und will nun ihre eigene mangelnde Mitwirkung am Prozess dem Erstgericht als Verfahrensfehler anlasten. Die nachlässige Prozessführung einer Partei ist kein Berufungsgrund (vgl. *Pimmer in Fasching/Konecny*³ IV/1 § 496 ZPO Rz 6). Dass im Falle der Berechnung mit „positiver Drift“ die Wahrscheinlichkeiten sinken, ergibt sich

außerdem schon aus dem Rest der Berechnungen. Alles andere wäre unlogisch. Dazu musste das Erstgericht das Beweisverfahren nicht weiter aufhalten.

- 2.3 Die gesamte Begutachtung durch die beiden vom Gericht bestellten Gerichtsgutachter Uwe Wystup und Thorsten Schmidt hatte bis zum Schluss der Verhandlung über den Zwischenantrag bereits mehrere Jahre gedauert und Kosten in Höhe von rund EUR 2,34 Mio verursacht, wobei im Ergänzungsgutachten ohnehin sogar 24 Varianten mit verschiedensten Parametern gerechnet wurden, um ein möglichst gutes Bild der verschiedenen Wahrscheinlichkeiten zu erhalten und nicht in einer einseitigen Sichtweise zu verhaften.
- 2.4 Darüber hinaus bedarf es für das von der beklagten Partei erwünschte Ergebnis, dass die Wahrscheinlichkeiten abnehmen, wenn man von einer positiven Drift des CHF-Kurses zum EUR ausginge (also schwächer werdendem CHF), keiner sachverständigen Begutachtung; der Schluss ist einfach gezogen und lässt sich schon aus der Ergebnisverschiebung von negativer zu neutraler Drift abschätzen. Ist die Modellvorgabe, dass der CHF-Kurs schwächer wird (positive Drift), kann die Wahrscheinlichkeit höherer Verluste nur sinken. Das hat allerdings mit der Realität nichts zu tun. Zur Begründung wird auf die unter Punkt II. 3.5.3 f wiedergegebenen Ausführungen der Gerichtsgutachter verwiesen.
- 2.5 Selbst wenn das Gericht also den Gerichtsgutachtern die von der beklagten Partei gewünschten ergänzenden Berechnungen aufgetragen hätte, so hätten sich diese Berechnungen nicht auf die Entscheidung des Erstgerichts ausgewirkt, da deren Ergebnis ohnehin vorhersehbar war. Das Erstgericht hat in der rechtlichen Beurteilung auf das a priori bestehende Risiko und nicht auf einzelne Werte abgestellt. Die Gerichtsgutachter haben, wie die oben unter Punkt II. 3.5.3 f wiedergegebenen Zitate zeigen, ohnehin alle Parameter verwendet, die aus Sachverständigensicht nahegelegen sind. Weitere Berechnungen waren zur Entscheidungsfindung daher nicht notwendig, hätten das Verfahren verzögert und hätten nur zu weiteren Kosten geführt. Der vermeintliche Verfahrensmangel ist daher nicht geeignet, eine andere Entscheidung herbeizuführen und hat schon aus diesem Grund die umfassende und erschöpfende Behandlung nicht gehindert. Herbeigerechnete „Best-Case-Szenarien“ sind ebenso wie „Worst-Case-Szenarien“ für die Beurteilung nicht geeignet. Das mit dem Swap 4175 unter kommunalen Rahmenbedingungen verbundene Risiko und die damit fehlende Optimierungseignung ergeben sich schlicht aus der speziellen Struktur des Geschäftes. Daran ändern weitere Berechnungen nichts.
- 2.6 Die begehrten zusätzlichen Berechnungen wären also für die rechtliche Schlussfolgerung nicht einmal abstrakt geeignet, eine andere Entscheidung herbeizuführen, da „Best-Case-Szenarien“ für die Beurteilung der Beherrschbarkeit im

Stressszenario eines stärker werdenden Schweizer Frankens genau keinen Wert bieten. Darauf weist das Erstgericht zutreffend hin und beruft sich in der Begründung gerade deshalb nicht auf eine spezielle Zahl. An dieser Einschätzung hätten weitere Zahlen nichts geändert, wie die zutreffende Begründung des Erstgerichts zeigt.

2.7 Die Stadt Linz ist auf die – unrichtige – Ansicht der beklagten Partei zur Relevanz des angeblich vorherrschenden (durch nichts belegten) „Marktsentiments“ bereits unter Punkt III.26.3.6 eingegangen. Zur Vermeidung von Redundanzen wird weiterführend auch auf diese Ausführungen verwiesen.

2.8 Der behauptete Verfahrensmangel liegt nicht vor.

3. Zur Einsichtnahme in den Akt zum Disziplinarverfahren gegen █████ █████ Berufung, S 196 ff

3.1 Die beklagte Partei will in der Ablehnung der Beischaffung des Akts zum Disziplinarverfahren gegen █████ █████ durch das Erstgericht einen wesentlichen Verfahrensmangel erblicken. Die Meinung, das Gefühl oder die Selbsteinschätzung von █████ █████ für die Frage der Gültigkeit des Swap 4175 sind schon deshalb rechtlich irrelevant, weil sich dessen Ungültigkeit sowohl auf die Verletzung der Kompetenzordnung (siehe Punkt II. 2.) als auch auf die Überschreitung der ihm erteilten Ermächtigung stützt, wollte man im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 eine zivilrechtliche Vollmacht sehen, wie es die beklagte Partei tut (siehe Punkt II. 3.). Außerdem hat sich, wie sich aus dem Inhalt der Entscheidungen zeigt, auch der Verwaltungsgerichtshof mit der Frage der Gültigkeit des Geschäftes nicht auseinandergesetzt (siehe Punkt II. 2.4.3). Dass ein allfälliges Wissen oder Wollen des █████ █████ dem Gemeinderat nicht zugerechnet werden kann, wurde ebenfalls oben schon gezeigt (siehe Punkt II. 2.5). Aus den gleichen Gründen kann sein Wissen Deshalb auch kein „Baustein“ für eine nachträgliche Genehmigung sein (siehe Punkt II. 4.3). Zur Verfahrensrüge kann also zusammengefasst nur festgehalten werden, dass es sich bei der Frage der Verletzung der organisatorischen Vorschriften ausschließlich um eine Rechtsfrage handelt, die keiner Beweisführung in Richtung der subjektiven Meinungen eines Beteiligten (etwa des █████ █████ zugänglich ist.

3.2 Außerdem läuft der Beweisantrag der beklagten Partei auf eine reine Erkundigung der vermeintlichen „Selbsteinschätzung“ des █████ █████ hinaus und einer „Aussage“, die schon nach dem eigenen Vortrag offenbar nicht existent ist. Nach der in der Verfahrensrüge zitierten Entscheidung des LVwG (Berufung, S 196, Punkt D.II.2.2) gab es eine schriftliche Darstellung des █████ █████ und keine „Aussage“ („gab schriftlich an [...]“). Daraus erklärt sich auch die von der beklagten Partei vorgebrachte Angabe des █████ █████ dass er im Verwaltungsverfahren keine „Aussage“ getätigt habe.

Danach ist die Erklärung des ██████ ██████ am 14. Mai 2019 selbst nach dem Vortrag/Zitat der beklagten Partei richtig. Nach dem Sprachverständnis stellt eine schriftliche Eingabe eben keine „Aussage“ dar. Der behauptete „Widerspruch“ liegt somit nicht vor.

3.3 Der „Selbsteinschätzung“ des ██████ ██████ kommt, obwohl die beklagte Partei dieser Einschätzung in der Begründung der Verfahrensrüge zentrale Bedeutung zumisst, für die Beantwortung, ob das Swap-Geschäft wirksam zustande gekommen ist, keinerlei Relevanz zu. Schon die Lebenserfahrung zeigt, dass im Regelfall jede Handlung einer rational agierenden Person mit der Selbsteinschätzung verbunden ist, die Tragweite der Handlung zu verstehen. Was diese notorische Tatsache mit der Verletzung der Zuständigkeit des Gemeinderates zu tun haben soll, macht die beklagte Partei nicht deutlich. Dass ██████ ██████ vom Swap-Geschäft völlig unzulängliche Vorstellungen hatte, ist ja nicht umstritten; im Gegenteil, die offenkundigen Fehlvorstellungen des ██████ ██████ liegen auf der Hand und wurden von der Stadt Linz im Zwischenantrag (etwa auf den Seiten 61 ff) ausführlich dargestellt.

3.4 Wie das Erstgericht richtig festhält, hatte die beklagte Partei außerdem die Möglichkeit, ██████ ██████ zu den behaupteten „Widersprüchen“ in seiner Aussage im Rahmen des Disziplinarverfahrens in den Tagsatzungen am 13. Mai 2019 und am 14. Mai 2019 zu befragen; sie nutzte diese Möglichkeit auch ausgiebig (vgl. insb. Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 6 f, und Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 7 ff). Wenn die beklagte Partei nun mit ihrer Verfahrensrüge die Glaubhaftigkeit der Aussage von ██████ ██████ erschüttern will, so hätte sie schon im erstinstanzlichen Verfahren und dann auch in der Berufung darlegen müssen, warum dieser Hilfsbeweis in Richtung der Aktenbeschaffung im Rahmen der Beweiswürdigung Bedeutung hat bzw. gehabt hätte (vgl. RIS-Justiz RW0000244). Da die beklagte Partei auf diesen Umstand in der Rüge nicht eingeht, ist diese insoweit nicht gesetzmäßig ausgeführt.

3.5 Auch die in der Berufung dargestellte rechtliche Argumentation zu § 301 ZPO vermag nicht zu überzeugen: Die beklagte Partei versucht künstlich einen (nicht existenten) Unterschied zwischen der Beischaffung einer Urkunde und der Beischaffung eines Aktes (dem wiederum Urkunden innenliegen; anderes ist von der beklagten Partei nicht behauptet) zu kreieren. Die ZPO kennt als Beweismittel die „Urkunde“ iSd §§ 292 ff ZPO, der „Akt“ ist der ZPO dagegen als Beweismittel fremd. Ein „Verfahrensakt“ besteht – von nicht vorgetragene Ausnahmen in Richtung Augenscheinsgegenstände abgesehen – aus einer Mehrheit von Urkunden, seine allfällige Beschaffung unterliegt daher denselben Bestimmungen wie jene zur Beschaffung von Urkunden. Das ergibt sich ohne Not aus dem Gesetz und darüber hinaus auch schon aus der von der beklagten Partei zitierten Kommentarstelle *Kodek* in Fasching/Konecny³ III/1 § 301, die an keiner Stelle eine von der Antragsstellung auf Beischaffung einer Urkunde

unterschiedliche Antragsstellung für einen ganzen Akt verlangt. Auch der urkundliche Inhalt ist demgemäß zu beschreiben, weil der Erkundigungsbeweis der ZPO fremd ist (RIS-Justiz RS0039880) und für einen „Akt“ nichts anderes gelten kann. Ansonsten wäre der Wertungswiderspruch nämlich offenkundig.

3.6 Die Vorgaben der prozessordnungskonformen Antragsstellung sind daher in beiden Fällen ident. Der Antragsteller muss nicht zuletzt die Verweigerung der Herausgabe der Urkunde(n) durch die jeweilige Behörde im Antrag behaupten, ansonsten ist der Antrag nicht prozessordnungskonform gestellt und somit abzuweisen. Das ergibt sich auch eindeutig aus dem Wortlaut des § 229 Abs 2 ZPO (vgl. *Kodek* in Fasching/Konecny³ III/1 § 301 Rz 2). Das hat die beklagte Partei unterlassen, weshalb schon mangels Gerichtsfehlers kein wesentlicher Verfahrensmangel vorliegen kann, der die erschöpfende Erörterung und umfassende Beurteilung der Streitsache hindern könnte.

3.7 Aber auch selbst, wenn das Erstgericht nun (nach Ansicht der Stadt Linz unrichtigerweise) festgestellt hätte, ■■■■■ ■■■■■ hätte sich „sattelfest“ gefühlt oder die „Stadtverwaltung“ (wer immer auch damit aus Sicht der beklagten Partei gemeint sein könnte) hätte, wie ■■■■■ ■■■■■ eine falsche Vorstellung von der Genehmigungspflicht gehabt, so hätte eine solche Feststellung nichts an der rechtlichen Beurteilung geändert. Es liegt am Gericht, den festgestellten Sachverhalt rechtlich zu beurteilen. Selbst die Meinung des ■■■■■ ■■■■■ er hätte den Gemeinderat nicht befassen müssen, kann nicht dazu führen, dass damit die Willensbildung des Gemeinderats festgestellt wird. Sie kann jedenfalls die notwendige tatsächliche Willensbildung des Gemeinderats nicht ersetzen. Das folgt schon aus dem Legalitätsprinzip (Punkt II. 2.2 ff).

3.8 Der geltend gemachte Verfahrensmangel liegt daher nicht vor.

4. Zur Einvernahme der Zeugen ■■■■■ ■■■■■ und ■■■■■ Berufung S 199

4.1 Die beklagte Partei sieht im Unterlassen der Einvernahme der Zeugen ■■■■■ ■■■■■ und ■■■■■ einen wesentlichen Verfahrensmangel. Diese hätten beweisen können, dass Swap-Geschäfte nicht aufsichtsbehördlich genehmigungspflichtig waren und dass die Aufsichtsbehörde auch keine Berechnungen künftiger Risiken mit mathematischen Modellen durchgeführt hätte.

4.2 Dem Beweisantrag mangelte es schon im erstinstanzlichen Verfahren an der rechtlichen Relevanz, sodass durch die fehlende Beweisaufnahme die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung ebenfalls nicht gehindert wurde. Zutreffend hat schon das Erstgericht in der Tagsatzung vom 14. Mai 2019 (vgl. Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 18) auf die Notwendigkeit der Darlegung der Relevanz für den

eingeschränkten Verhandlungsgegenstand hingewiesen. Trotz dieses Hinweises ist die beklagte Partei in ihrer Äußerung vom 4. Juni 2019 (die in der Berufung als Quelle des Beweisantrags erwähnt wird) dieser Aufforderung nicht nachgekommen. In dem Antrag hat die beklagte Partei nämlich keinerlei Gründe für die Relevanz dieses Beweises bei dem eingeschränkten Verhandlungsgegenstand aufgezeigt. Betrachtet man die Ausführungen der beklagten Partei genauer, so wird die „rechtliche Beurteilung der Zeugen“ gleichsam zum Beweisthema. Dabei handelt es sich aber nicht um einen auf Tatsachen gerichteten Beweisantrag. Allein die Tatsache, dass sie eine bestimmte rechtliche Meinung hatten, wäre dann das Ergebnis der Befragung, was aber für die rechtliche Subsumption des Sachverhalts völlig bedeutungslos ist. Die Rechtsfragen hat das Gericht allein zu lösen (vgl. Äußerung vom 4. Juni 2019, ON 611, S 20). Ein Fehler des Erstgerichts in der Stoffsammlung ist somit nicht auszumachen, die Abführung der Beweise zu den beantragten Themen war schon aus rechtlichen Gründen nicht geeignet, zu einer anderen rechtlichen Beurteilung zu führen.

5. Zum Thema „Gemeinderatsbeschlüsse als zivilrechtliche Vollmacht“, Berufung, S 199 f

- 5.1 Die beklagte Partei macht als vermeintlichen Verfahrensmangel weiters geltend, dass das Erstgericht die beantragten Einvernahmen weiterer Zeugen zum Beweis dafür, dass das Verständnis des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 als zivilrechtliche Vollmacht der langjährigen Praxis der Stadt Linz entsprochen haben soll, abgelehnt hat.
- 5.2 Die persönliche Auffassung der Zeugen ist aber für die Lösung der Rechtsfrage völlig irrelevant. Die Stadt Linz hat im Rahmen der Behandlung der Rechtsrüge bereits ausführlich zu der Argumentation der beklagten Partei Stellung genommen (Punkt II. 2.3 ff). Ebenso hat die Stadt Linz dargelegt, wie der Gemeinderatsbeschluss auszulegen ist (Punkt II. 3.1). Der persönlichen Meinung einzelner Personen kommt vor diesem Hintergrund keine Bedeutung zu.
- 5.3 Das Erstgericht hat bereits ausführlich begründet, dass weder die persönlichen Ansichten einzelner Personen noch eine möglicherweise verfehlte Praxis geeignet ist, die zwingenden Organisationsvorschriften zu ändern. Diese schlagen auf das Außenverhältnis wegen § 867 ABGB durch. Der Beweisantrag der beklagten Partei in ihrer Äußerung vom 4. Juni 2019 (ON 611, S 32) erfolgte, dem ausdrücklichen Auftrag des Erstgerichts zuwider, ohne ausreichende Darlegung der Relevanz für den Zwischenantrag auf Feststellung sowie ohne Unterscheidung gegenüber dem Hauptverfahren allein durch einen bloßen Verweis auf den im Hauptverfahren

eingebrachten Schriftsatz. Damit ist der Antrag auch nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt.

5.4 Letztlich ergibt sich aus der Begründung des Erstgerichts (US 110, letzter Absatz), dass es ohnehin von einer gelebten Praxis ausging, die ein Fehlverständnis von der Rechtslage nahelegt. Somit hat der von der beklagten Partei monierte Umstand ohnehin Eingang in die rechtliche Beurteilung gefunden, was abermals zeigt, dass eine Beweisaufnahme keine Änderung der rechtlichen Beurteilung bewirkt hätte. Damit liegt die fehlende Relevanz auf der Hand.

5.5 Es liegt daher abermals kein wesentlicher Verfahrensmangel vor.

6. Zur behaupteten nachträglichen Genehmigung, Berufung, S 200 f

6.1 Die beklagte Partei rügt, dass im Zusammenhang mit der von ihr behaupteten nachträglichen Genehmigung des Swap-Geschäftes vom Gericht nicht alle Mitglieder des Finanzausschusses als Zeugen einvernommen worden sind.

6.2 Die Stadt Linz hat im Rahmen der Stellungnahme zur Rechtsrüge ausführlich dargestellt, dass es für die von der beklagten Partei behauptete nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes weder auf die Kenntnis des Finanzausschusses noch einzelner Mitglieder oder sonstiger Politiker ankommt, weil es einerseits nicht um das Wissen geht und andererseits, um eine nachträgliche Genehmigung zu bewirken, der gesamte Gemeinderat seinen Genehmigungswillen bilden muss (Punkt II. 4.3.1 bis 4.3.5 und 4.3.9). Schon daraus ergibt sich die mangelnde Relevanz des geltend gemachten Verfahrensmangels. Die Inhalte der Debt-Management-Berichte, sind ohnehin Teil des Zwischenurteils, eine nachträgliche Genehmigung ist daraus ebenfalls nicht abzuleiten.

6.3 Auch die Vorstellung, es sei gewissermaßen ein „quantitatives“ Element mit zu berücksichtigen, sodass das Wissen mehrerer Mitglieder des Finanzausschusses ausgeforscht werden müsste, ist rechtlich irrelevant, weil es um die Willensbildung des Gemeinderates an sich geht. Jede andere Sichtweise würde die notwendige kollektive Beschlussfassung samt begleitender Vorschriften zum Antrag- und Protokollierungsvorgang, die der Rechtsicherheit dienen, aushebeln.

6.4 Darüber hinaus ist dem Erstgericht zuzustimmen, dass die Frage, ob die ursprüngliche Ungültigkeit des Swap 4175 durch eine nachträgliche Genehmigung geheilt wurde, schlussendlich eine Rechtsfrage und somit der Beweisaufnahme nicht zugänglich ist. Auch vermag die beklagte Partei mit ihren Verweisen auf das bisherige Vorbringen zur angeblichen Kenntnis des Gemeinderats nichts zu gewinnen: In ihrer Äußerung vom

4. Juni 2019 trägt die beklagte Partei lediglich (auf rechtlicher Ebene) vor, dass dem Gemeinderat das Wissen des Finanzausschusses bzw. seiner einzelnen Mitglieder unmittelbar zuzurechnen wäre (ON 611, S 35 f). Das ist rechtlich verfehlt (siehe Punkt II. 4.3.9). Ein Vorbringen der beklagten Partei, der Gemeinderat hätte nachträglich die Genehmigung des Swap 4175 beschlossen, hat die beklagte Partei nicht erstattet. Eben so wenig hat sie behauptet, dass außerhalb der im Verfahren vorgelegten Protokolle Beschlüsse des Gemeinderates gefasst worden wären oder dass die Protokolle zu den Beschlüssen nicht vollständig wären, wie das Erstgericht ebenfalls zutreffend konstatierte.

7. Zur Behauptung, die Stadt Linz hätte Risiko übernehmen wollen, Berufung S 201 f

7.1 Die beklagte Partei beanstandet außerdem, dass das Erstgericht die zum Risikobewusstsein der Stadt Linz beantragten Zeugen nicht vernommen habe.

7.2 Wie es um die angebliche Kenntnis der Risikostruktur des Swap 4175 auf Seiten der Stadt Linz tatsächlich bestellt war, wurde bereits unter Punkt I. 2.5 behandelt. Schon daraus folgt, dass ein derartiges Wissen weder für die Willensbildung zum Abschluss des Geschäftes noch zur nachträglichen Genehmigung ausreichend gewesen wäre (siehe Punkte II. 2.4.2, 2.5.3 und 4.3). In den genannten Abschnitten zur Rechtsrüge wurde auch gezeigt, dass es, was die Willensbildung angeht, auf die persönlichen Meinungen und Ansichten von einzelnen Personen nicht ankommt. Durch die Unterlassung der Einvernahme konnte also schon aus rechtlichen Überlegungen niemals ein Verfahrensmangel entstehen.

7.3 Was die Anträge der beklagten Partei auf Vernehmung der Zeugen anlangt, so waren diese darüber hinaus fehlerhaft. Sie verweist diesbezüglich in der Verfahrensrüge auf ihren Antrag vom 4. Juni 2019 (ON 611). Dort bezieht sich die beklagte Partei aber wiederum nur auf die Äußerung vom 18. Mai 2017 (ON 465), wobei das Beweisthema für die lange Liste an Zeugen und speziell für jene Personen, deren unterlassene Einvernahme sie nun als Verfahrensmangel geltend macht (siehe ebendort S 36) auch dort denkbar knapp unter dem Schlagwort „Risikobewusstsein“ umschrieben wird. Welche Tatsachen sich mit der Einvernahme dieser Personen erweisen sollen und inwiefern dies für die rechtliche Beurteilung wesentlich ist, wird dagegen nicht näher dargelegt. Selbst wenn bei den zum Beweis beantragten Personen ein gewisses „Risikobewusstsein“ gegeben gewesen sein sollte, wäre daraus weder ein Abschlusswille, noch ein Wille zur nachträglichen Genehmigung abzuleiten. Das ergibt sich naheliegender Weise von selbst für den Beschluss vom 3. Juni 2004, bei dem der Swap 4175 überhaupt kein Thema war und auch nicht sein konnte. Zu letzterem wurde ausführlich unter Punkt II. 4.3 Stellung genommen.

- 7.4 Überdies stellt sich die Frage, worin dieses angebliche „Risikobewusstsein“ konkret bestanden haben soll. Aus den Ausführungen der beklagten Partei ergeben sich nämlich nur die in Punkt I. 2.5 geschilderten Elemente. Dass diese nicht ausgereicht haben, wurde bereits im Rahmen der Rechtsrüge behandelt. Dass die Mitglieder des Finanzausschusses und/oder einzelne Gemeinderatsmitglieder die eigentlichen Strukturelemente und die essentialia negotii nicht gekannt haben (etwa, dass hinter dem Swap der Verkauf von 21 exotischen Optionen stand, was einem Währungsrisiko gleichkam, das der Aufnahme eines Kredits von mehr als einer Milliarde Schweizer Franken gleichkam, sodass ■■■■■ ■■■■■ bei Abschluss bereits ein Risikobudget von EUR 133 Mio benötigt hätte), ist außer Streit.
- 7.5 Schlussendlich behauptet die beklagte Partei nicht einmal, dass der Gemeinderat – und nur auf diesen kommt es an – in Kenntnis der genauen Struktur des Swap-Geschäftes bereit gewesen wäre, das mit ihm verbundene Risiko zu übernehmen. Mangels abstrakter Eignung der beantragten Beweise, eine für die beklagte Partei andere rechtliche Subsumtion herbeizuführen, geht die Verfahrensrüge ins Leere.

8. Zur ergänzenden Einvernahme von ■■■■■ ■■■■■ Berufung, S 202 f

- 8.1 Die beklagte Partei macht als weiteren Verfahrensmangel die nicht erfolgte ergänzende Einvernahme von ■■■■■ ■■■■■ als Verfahrensmangel geltend. Begründend führt sie aus, ihre Einvernahme wäre „wichtig“ zum Beweis für die von ■■■■■ ■■■■■ bereits anfangs gegenüber der beklagten Partei zur Schau gestellten Kenntnisse und Erfahrungen.
- 8.2 Darauf kommt es aber für die Frage des gültigen Zustandekommens des Geschäfts nicht an: Die Stadt Linz hat zwar im Zwischenantrag eingewendet, der Swap 4175 sei auch deshalb nicht wirksam zustande gekommen, weil die beklagte Partei ■■■■■ ■■■■■ nicht nur getäuscht, sondern auch in wucherischer Art und Weise seinen Leichtsinns ausgenützt habe. Das Erstgericht hatte aber (unbekämpfbar) das Zwischenverfahren auf die anderen rechtsvernichtenden Einwendungen der Stadt Linz (Unwirksamkeit wegen fehlender Willensbildung des Gemeinderats, Überschreitung der Grenzen der Ermächtigung und fehlende aufsichtsbehördliche Genehmigung) eingeschränkt. Da das Erstgericht alle diese Unwirksamkeitsgründe als gegeben ansah, musste es – konsequenter Weise – auch nicht auf den möglichen evidenten Befugnismissbrauch des ■■■■■ ■■■■■ eingehen, bei dem es, wenn auch nur sehr eingeschränkt, auf sein allfälliges Wissen hätte ankommen können. Dass sich der Gemeinderat weder bei Abschluss des Geschäftes noch nachträglich tatsächlich seinen Willen bilden konnte oder gebildet hat, oder dass ■■■■■ ■■■■■ mit dem Abschluss des Swap 4175 die nach objektiven Kriterien zu ermittelnden Grenzen seiner Ermächtigung überschritt, weshalb es am Willen des Geschäftsherren fehlte, hat mit dem Wissen des ■■■■■ ■■■■■ um die

Struktur von Finanzgeschäften ebenso wenig zu tun, wie sein Auftreten gegenüber der beklagten Partei. ■■■■■ ■■■■■ selbst konnte – unabhängig davon, wie er gegenüber der beklagten Partei aufgetreten ist – weder den Willen zum Abschluss des Swap 4175 bilden, noch einen dahingehenden Anschein gegenüber der beklagten Partei schaffen (siehe Punkt II. 2.7). All das gilt umso mehr für die fehlende aufsichtsbehördliche Genehmigung des Geschäftes.

8.3 Bereits unter diesem Gesichtspunkt ist das Unterlassen der Einvernahme der ■■■■■ ■■■■■ kein Verfahrensmangel. Im Übrigen hat die beklagte Partei in ihrem Vorbringen zur Verfahrensrüge nicht einmal behauptet, dass das Unterlassen der Einvernahme abstrakt geeignet war, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern (RIS-Justiz RS0043049). Sie behauptet eigentlich nur, dass die Ergänzung der Einvernahme schon deshalb notwendig war, weil das Erstgericht seine Rechtsmeinung nach der bereits erfolgten Einvernahme geändert habe. Abgesehen davon, dass das Erstgericht immer die Vorläufigkeit betont hat, wenn es sich zu rechtlichen Themen geäußert hat, gibt es keine gesetzliche Verpflichtung, Zeugeneinvernahmen, die ja nicht zur Klärung der Rechtsfrage erfolgen, sondern zur Feststellung von Tatsachen, zu wiederholen.

8.4 Inwiefern sich die Darstellung der Geschehnisse durch ■■■■■ ■■■■■ die bereits unter Wahrheitspflicht ausgesagt hat, deshalb ändern sollte, weil das Erstgericht nun eine andere Rechtsmeinung geäußert hat, erschließt sich nicht. Die wahrheitsgetreue Wiedergabe des Vorgefallenen ist nämlich völlig unabhängig davon, ob das Gericht seine Rechtsansicht schon während des Verfahrens kundtut oder nicht. Damit musste die beklagte Partei schon von vornherein scheitern, darzutun, welche Änderung sie aus der Zeugenaussage erwarten konnte. Sie hat es deshalb – zu Recht – nicht einmal versucht. Außerdem hat die beklagte Partei bereits am 30. September 2013 in einer 9-stündigen Tagsatzung, die nur der Einvernahme der ■■■■■ ■■■■■ gedient hat, sie zu genau den Themen befragt, die sie nun wieder aufrollen möchte (vgl. Protokoll vom 30. September 2013, ON 110). Offen bleibt also, welche neuen Erkenntnisse auf Tatsachenebene die ergänzende Befragung bringen soll. Dass die Aussage der ■■■■■ ■■■■■ damals – wegen der anderen Rechtsmeinung des Erstgerichtes (?) – unvollständig bleiben musste, behauptet nicht einmal die beklagte Partei. Die Mängelrüge ist im Hinblick auf die neuerliche Einvernahme schon aus diesen Gründen nicht gesetzmäßig ausgeführt (vgl. *Klauser/Kodek*, JN – ZPO¹⁸ § 496 ZPO E13 mwN).

8.5 Dem Erstgericht ist außerdem zuzustimmen, dass der Beweisantrag bereits im Lichte des § 344 Abs 1 ZPO unzureichend und un schlüssig war: Die beklagte Partei hat sich auf keinen der in § 344 Abs 1 ZPO vorgesehenen Gründe für eine Wiederholung der Zeugeneinvernahme gestützt. Damit fehlt es an einem tauglichen Substrat für die Verfahrensrüge. Bereits einvernommene Zeugen sind nicht ohne hinreichenden Grund

Risikomanagement gab (auf das sie ja nur vertrauen durfte) und wie es eigentlich aussah. Es handelte sich also um einen klassischen Erkundungsbeweis, dessen Nichtaufnahme niemals einen Verfahrensmangel bedeuten kann.

9.3 Unter Punkt D.II.9. „Übrige Personalbeweisanträge“ rügt die beklagte Partei nur allgemein, dass ihren noch offenen Beweisanträgen auf Vernehmung weiterer Zeugen nicht entsprochen worden sei. Um welche Beweisanträge es sich dabei handelt, kann man daraus nicht erkennen. Die Verfahrensrüge ist damit nicht prozessordnungskonform ausgeführt.

10. Zu den Editionsanträgen, Berufung S 204 ff

10.1 Vorbemerkung

10.1.1 Ebenfalls als Verfahrensfehler rügt die beklagte Partei, dass das Erstgericht verschiedene Editionsanträge nicht erledigt habe. Worauf schon das Erstgericht hingewiesen hat, hatte das Verfahren um den Zwischenantrag der Stadt Linz nur einen eingeschränkten Verhandlungsgegenstand zum Inhalt. Die Editionsanträge mussten sich daher auf diesen Verhandlungsgegenstand beziehen. Nun hat aber die beklagte Partei weder in ihrer Äußerung zum Zwischenantrag vom 5. Juni 2019 (ON 610) noch im (ursprünglichen) Vorlageantrag (Schriftsatz vom 6. Juni 2017, ON 472), noch in der Tagsatzung vom 7. Jänner 2020 (ON 633) die Relevanz der Urkunden, deren Vorlage sie beantragt, für den eingeschränkten Verhandlungsgegenstand dargelegt. Demnach kann auch kein Gerichtsfehler vorliegen, der allein dazu führen könnte, dass die Verfahrensrüge berechtigt ist.

10.1.2 Damit ist die beklagte Partei auch der Rügepflicht nach § 196 ZPO nicht gehörig nachgekommen: Die Rügepflicht dient der Steigerung der Effizienz des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens. Sie soll das Gericht zur unmittelbaren oder doch ehestmöglichen Behebung vermeidbar gewesener Verfahrensmängel veranlassen (*Höllwerth* in Fasching/Konecny³ II/3 § 196 ZPO Rz 3 mwN) und teilt diesen Zweck mit den §§ 303 ff ZPO: Auch die Bestimmungen zur Urkundenvorlage sind vom Gedanken einer „raschen und energischen Realisierung“ der Vorlagepflicht und damit des Prozesses getragen (*Kodek* in Fasching/Konecny³ III/1 § 303 ZPO Rz 9 mwN).

10.1.3 Das Erstgericht erörterte in der Tagsatzung vom 30. Oktober 2017 bereits die Vorlageanträge nur mit den Parteien und erklärte, die Anträge vorerst nicht zu behandeln, sondern sich die Entscheidung so lange vorzubehalten, bis deren Relevanz für das Prozessprogramm gegeben sei (vgl. Protokoll vom 30. Oktober 2017, ON 518). Der Verhandlungsgegenstand war zu diesem Zeitpunkt zwar nicht beschlussmäßig

eingeschränkt worden, das Erstgericht hatte sich aber schon damals auf die Frage der Gültigkeit des Geschäftes konzentriert. Das sind auch die Themen des Zwischenantrags. Damit konnte das Erstgericht bei seiner Rechtsmeinung bleiben, dass die Relevanz der Urkunden für den eingeschränkten Verhandlungsgegenstand allein auf der Grundlage des Schriftsatzes vom 6. Juni 2017 (ON 472) nicht dargelegt wäre. Der beklagten Partei war also seit der Erörterung in der Tagsatzung vom 30. Oktober 2017 bekannt, dass das Erstgericht über diese Anträge bis nach der Erledigung des Beweisthemas („Gültigkeit des Swap 4175“) nicht absprechen würde, es sei denn, die Anträge würden in Richtung der Relevanz für den eingeschränkten Verhandlungsgegenstand noch konkretisiert. Die angekündigte Vorgangsweise hat die beklagte Partei nicht gerügt, sie ließ sich in die Verhandlung weiter ein (Protokoll vom 30. Oktober 2017, ON 518, S 8). Die Rüge wäre daher nach der Erörterung durch den Richter zu erstatten gewesen, um den vermeintlichen Verfahrensmangel in der Berufung noch aufgreifen zu können (zur Einlassung ohne Rüge vgl. RIS-Justiz RI0000174).

10.1.4 Aber auch inhaltlich kommt der Verfahrensrüge keine Berechtigung zu. Für die entscheidungswesentlichen Themen, wie die vom Erstgericht festgestellte Verletzung der Organzuständigkeit, das Fehlen der Ausübung der Willensbildungskompetenz durch den Gemeinderat, die Überschreitung der Grenzen der Ermächtigung durch ■■■■■■■■ und sowohl das Fehlen einer nachträglichen Genehmigung als auch der aufsichtsbehördlichen Bewilligung tragen jene Urkunden, deren Vorlage die beklagte Partei begehrt, nichts bei. Die Stadt Linz ist sämtlichen geltend gemachten Editionsanträgen im Verfahren inhaltlich entgegengetreten (vgl. Äußerung der Stadt Linz zu den Vorlageanträgen der beklagten Partei vom 6. Juni 2017 [ON 470] vom 7. Juli 2017, ON 492). Keinem der Editionsanträge wäre stattzugeben, sodass der vermeintliche Verfahrensfehler – abseits des § 196 ZPO – auch nicht geeignet wäre, die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern.

10.2 Vorberichte zu den Rechnungsabschlüssen, Kontrollamtsberichte

10.2.1 Die beklagte Partei macht als Verfahrensfehler geltend, das Erstgericht hätte ihren Antrag auf Vorlage der Vorberichte des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen 2010 und 2011, der Kontrollamtsberichte zu den Rechnungsabschlüssen 2010 und 2011 sowie des Kontrollamtsberichts vom 12. September 2012 betreffend die ILG zu Unrecht nicht behandelt.

10.2.2 Das Erstgericht tat das berechtigter Weise, weil die Urkunden nicht einmal abstrakt geeignet sein konnten, die von der beklagten Partei behauptete nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes durch den Gemeinderat zu beweisen. Das ergibt sich bereits aus dem behaupteten Inhalt und dem Gegenstand dieser Urkunden. Sie

eignen sich schon ihrer Natur nach nicht dazu, eine Genehmigung des Gemeinderats zu enthalten oder zu dokumentieren, noch können sie schon vom Zeitpunkt ihrer Erstellung her den Nachweis liefern, der Gemeinderat habe das Geschäft beschlossen (darauf hat die beklagte Partei in ihrer Stellungnahme [ON 92] schon hingewiesen). Der Rechnungsabschluss für das Jahr 2010 wurde erst Mitte des Jahres 2011 vom Gemeinderat genehmigt. Zu diesem Zeitpunkt war der beklagten Partei schon längst klar, dass die Stadt Linz das Swap-Geschäft als nicht wirksam zustande gekommen ansah (Punkt II. 4.3.11).

10.3 Prüfbericht und Laufzettel

10.3.1 Einen weiteren Verfahrensmangel vermeint die beklagte Partei in der Nichtbehandlung ihrer Vorlageanträge zum Prüfbericht des Präsidialamtes sowie des Laufzettels zum Beschlussgegenstands im Hinblick auf die Beschlussfassung am 3. Juni 2004 zu erblicken.

10.3.2 Wie zur Rechtsrüge bereits ausführlich dargelegt (Punkt II. 2.3 sowie 2.5.6) ist ohne eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung sowohl die Übertragung der Zuständigkeit als auch die Weitergabe der Entscheidungsbefugnis nicht möglich. Der Gemeinderat der Stadt Linz konnte also seine Willensbildungskompetenz zum Abschluss des Swap 4175 nicht auf die Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen. Etwas anderes ließe sich wohl auch aus den Urkunden, deren Vorlage die beklagte Partei verlangt, nicht entnehmen. Überdies hatte die Präsidialabteilung des Magistrats ohnehin die Meinung, dass der Finanz- und Vermögensverwaltung mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 nur eine Verhandlungsvollmacht erteilt worden ist.

10.3.3 Es handelt sich außerdem bei den beantragten Urkunden lediglich um Dokumente zu internen Vorgängen, sodass sie als Beweis eines schlüssigen Verhaltens nicht geeignet waren und auch als Nachweis für eine Anscheinsgenehmigung des Geschäfts ausscheiden. Die Rechtsmeinungen einzelner Personen sind für die rechtliche Beurteilung des Gerichtes bedeutungslos, weshalb das Erstgericht darauf auch nicht Bedacht genommen hat. Dass sich aus den Urkunden die Beschlussfassung des Gemeinderates über das konkrete Swap-Geschäft beweisen ließe, ist schon allein deshalb auszuschließen, weil sie mehr als zwei Jahre vor dem Abschluss des Geschäftes errichtet worden sind. Letztlich ergibt sich aus der Äußerung der Präsidialabteilung des Magistrats vom 27. Juli 2011, dass diese sich lediglich die Einhaltung der formellen Abläufe angesehen, das Geschäft aber inhaltlich nicht auf seine Übereinstimmung mit den organisationsrechtlichen Vorschriften geprüft hat (Beilage ./FP). Mangels inhaltlicher Prüfung durch die Präsidialabteilung lässt sich daraus also nicht einmal abstrakt der von der beklagten Partei gewünschte Schluss ziehen, die Organe der Stadt Linz hätten den Beschluss als rechtmangelfrei betrachtet.

- 10.3.4 Im Begleitzettel wird lediglich das Beschlussergebnis und das Stimmverhalten der Fraktionen festgehalten. Welchen Beweis die beklagte Partei damit erbringen will, hat sie nicht gesagt.
- 10.3.5 Die „Nichtbehandlung“ der Anträge der beklagten Partei kann also niemals einen Verfahrensmangel darstellen.
- 10.4 Aktenvermerke oder Niederschriften gemäß § 27 Abs 2 GEOM über den Abschluss des Rahmenvertrags von 26.09.2006 aus dem Verwaltungsakt zu GZ 901
- 10.4.1 Die beklagte Partei erblickt auch in der Nichtbehandlung ihrer Vorlageanträge zu den Aktenvermerken oder Niederschriften zu Unrecht einen wesentlichen Verfahrensmangel.
- 10.4.2 Beim diesbezüglichen Vorlageantrag der beklagten Partei handelt es sich um einen unzulässigen Erkundungsbeweis, der schon ursprünglich nicht ausreichend bestimmt war, da ihm nicht einmal entnommen werden kann, worin etwa die behaupteten „Risikoanalysen“ bestanden haben sollen, die sich angeblich in den Aktenvermerken befinden. Das wurde vom Erstgericht in der Tagsatzung vom 30. Oktober 2017 (ON 518) auch erörtert, die beklagte Partei hat aber auch in der Folge eine Verbesserung ihres Antrags unterlassen.
- 10.4.3 Davon abgesehen, wurde mit dem Rahmenvertrag nicht der Swap 4175 abgeschlossen und auch kein besonderes Risiko begründet, es handelte sich dabei ja nur um eine Art Allgemeine Geschäftsbedingungen. Nachdem der Antrag somit schon nicht gesetzmäßig gestellt wurde, kann in dessen Nichtbeachtung auch kein Gerichtsfehler und somit auch kein wesentlicher Verfahrensmangel liegen.
- 10.4.4 Die Urkunden, deren Existenz die beklagte Partei behauptet, können schon abstrakt keine Bedeutung für die Lösung der Rechtsfrage haben, weil es dafür nicht auf den Wissenstand von ██████████ ██████████ ankommt, von dem angeblich die Urkunden stammen sollen. Ebenso wenig ist der Wissenstand des damaligen Bürgermeisters und seines Finanzstadtrates relevant. Darüber hinaus fehlt jedes Indiz dafür, dass es die von der beklagten Partei behaupteten Urkunden tatsächlich gibt. Nachdem es ein umfangreiches Strafverfahren gab, in dessen Rahmen alle verfügbaren Daten sichergestellt wurden, ist es nicht sehr plausibel, dass es daneben noch andere Urkunden gab, die die Behauptungen der beklagten Partei stützen könnten (auf diesen Umstand hat die Stadt Linz in ihrer Äußerung vom 7. Juli 2017 [ON 492] ausdrücklich hingewiesen).

10.5 Restrukturierungs- und Ausstiegsangebote

- 10.5.1 Nicht zuletzt in der Nichtbehandlung des Vorlageantrags der beklagten Partei zu angeblichen Restrukturierungs- und Ausstiegsangeboten von Dritten vermeint die beklagte Partei einen Verfahrensfehler zu erblicken.
- 10.5.2 Hierzu ist festzuhalten, dass solche Angebote von Dritten bei der Stadt Linz nicht aktenkundig und damit der Edition per se nicht zugänglich sind. Schon die eigenen „Angebote“ der beklagten Partei in Richtung Restrukturierung (siehe oben zu Punkt III. 21.4.2.10) sind in keinsten Weise abstrakt geeignet, eine nachträgliche Genehmigung des Swap durch den Gemeinderat herzustellen oder irgendein Vertrauen in diese Richtung zu bewirken, umso weniger würde dies auf Angebote von Dritten zutreffen.
- 10.5.3 Darüber hinaus ist festzuhalten, dass schon der ursprüngliche Vorlageantrag (ON 470, S 9 f) gegen das Bestimmtheitsgebot verstoßen hatte, da die beklagte Partei nicht darlegen konnte, ob und in welchem Umfang die Risikostruktur des Swap 4175, die dahinterstehende Konstruktion und welche möglichen Alternativen dabei besprochen worden sein sollen. Abermals kann in der Nichtbeachtung durch das Gericht somit kein wesentlicher Verfahrensmangel begründet sein.

11. **Zum Verweis auf das "Gesamtergebnis" der Gerichtsgutachten, Berufung, S 208**

- 11.1 Die beklagte Partei vermeint in dem Verweis des Erstgerichts auf das „Gesamtergebnis“ der Gerichtsgutachten am Ende eines Feststellungsblocks im Ersturteil einen Verfahrensmangel zu erblicken.
- 11.2 Weder legt die beklagte Partei jedoch dar, inwieweit bei Unterbleiben des behaupteten Verfahrensfehlers ein anderer Sachverhalt festzustellen gewesen wäre noch inwiefern der behauptete Verstoß gegen ein Verfahrensgesetz abstrakt geeignet wäre, eine erschöpfende und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern.
- 11.3 Darüber hinaus hat die beklagte Partei offenbar gänzlich die Begründung des Erstgerichts auf US 48 übersehen, in der sich das Erstgericht ausführlich mit den Gerichtsgutachten und den Berechnungsergebnissen und den daraus zu ziehenden Beschlüssen befasst hat. Von einer „Scheinbegründung“ kann daher keine Rede sein. Weder liegt daher ein Begründungsmangel noch ein Feststellungsmangel vor.

V. Beweisrüge der Stadt Linz

1. Feststellungen des Erstgerichtes

1.1 Das Erstgericht trifft im Zusammenhang mit der Wiedergabe von Struktur und Eigenschaften des Swap 4175 folgende Feststellungen in US 37 f, welche von der Stadt Linz, zusammen mit der Beweiswürdigung in US 50, im Sinn der Rügepflicht des § 468 Abs 2 ZPO bekämpft werden:

- *„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 Swap-Konstruktion.“*
- *„Die Beklagte konnte als Risikoabsicherung die Serie der Optionen (oder Teile davon) an einen dritten Vertragspartner weiterverkaufen. Beim Verkauf der ganzen Serie wäre das vom Wechselkurs abhängige Risiko der BAWAG aus dem Optionsteil des Swap 4175 auf null reduziert.“* (Hervorhebung durch die Stadt Linz)
- *„Die Beklagte gab die Gegenpositionen zur Klägerin aus dem Swap zum Teil an Dritte ab, wo diese Einzelrisikopositionen, wie alle vom Salesdesk an den Handelsdesk weitergegebenen Risiken, zu einem Gesamtrisiko der Beklagten zusammengefasst und dort einem Makro-Hedging durch Geschäftsabschlüsse mit Dritten unterzogen wurden, im Rahmen dessen es auch zu Zahlungsverpflichtungen und zu Prämieingängen gekommen ist [...]“* (Hervorhebung durch die Stadt Linz)
- *„Eine Auflösung des Swaps mit der Klägerin führt daher zu offenen Risikopositionen bei der Beklagten, die wiederum durch gegengleiche Geschäfte gehedgt werden müssen und damit zu den Auflösungskosten führen, die aufgrund der notwendigen Geschäfte mit Dritten marktabhängig sind.“* (Hervorhebung durch die Stadt Linz)

1.2 Diese Feststellungen des Erstgerichtes, deren genaue Beweisquelle nicht angegeben wird, gehen offenbar auf die allgemeinen Ausführungen der Gerichtsgutachter zurück. Erklärungen in ähnlicher Art und Weise finden sich aber bereits in einem Schriftsatz der beklagten Partei vom 6. März 2015, ON 332 („*ergänzendes Vorbringen BAWAG*“), in der diese die Struktur des Swap-Geschäftes mehr oder weniger beschreibt. Sie sind offenbar von einer Begrifflichkeit der Finanzwelt geprägt, die mit dem Begriffsinhalt der dabei verwendeten Worte im allgemeinen Sprachgebrauch und mit der Wirklichkeit nichts zu tun hat. Da diese Feststellungen (unter Umständen) Bindungswirkung auch

für die Schadensermittlung im fortgesetzten Verfahren haben, werden sie von der Stadt Linz als unrichtig gerügt. Die begehrten Ersatzfeststellungen sind in Punkt 3. dargestellt.

2. Die Beweisrüge im Detail

2.1 Risikobegriff und Risikopositionen

2.1.1 Nach den Feststellungen des Erstgerichtes soll es sich beim Optionsteil des Swaps um eine Risikoposition der beklagten Partei handeln, die sie „absichern“ musste. Wie das Erstgericht ausführt, konnte das durch einen vollständigen Weiterverkauf der Optionen erfolgen („*Risiko [...] null*“). Damit übernimmt das Erstgericht ein Risikoverständnis der Finanzwelt, gleichzeitig wird auch der Eindruck erweckt, es habe eine Verpflichtung der beklagten Partei gegeben, sich durch den Weiterverkauf abzusichern.

2.1.2 Tatsächlich hatte die beklagte Partei im genannten ergänzenden Vorbringen ihr Vorgehen bei Abschluss des Swap-Geschäftes und in weiterer Folge damit gerechtfertigt, es habe sie eine gesetzliche Verpflichtung getroffen, „[...] *dieses Risiko [gemeint das Risiko aus dem Swap] nach gesetzlich vorgegebenen Gesichtspunkten abzusichern*“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 12). Der Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes habe nach § 39 Abs 1 BWG die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken durch angemessene Strategien und Verfahren zu steuern, zu überwachen und zu begrenzen. Die (bankgeschäftlichen) Risiken, die der Geschäftsleiter danach zu beachten hat, sind das Ausfallsrisiko („Adressenausfallsrisiko“), das Besicherungsrisiko, das Wertänderungsrisiko, das Zinsänderungsrisiko, das Großanlagerisiko und das Liquiditätsrisiko.

2.1.3 Schon dadurch wird deutlich, dass von der Notwendigkeit einer „Risikoabsicherung“ nur dort gesprochen werden kann, wo überhaupt ein Risiko besteht; ohne Risiko gibt es keine Absicherungsnotwendigkeit. Klar ist weiters, dass die Absicherung eines Risikos der Bank etwas kostet und nicht Einnahmen (Prämien) bringt. In diesem Sinn erklärte auch ██████████ ██████████ damals der Bereichsleiter „Recht & Compliance“ der beklagten Partei, am 18. Juni 2013 vor dem Sonderkontrollausschuss des Linzer Gemeinderats auf die Frage, ob die beklagte Partei durch ihre Absicherungsgeschäfte Erlöse lukriert habe, wörtlich: „*An Absicherungen kann man nichts verdienen, sondern das sind immer nur Kosten*“ (Beilage ./EE26, S 28).

2.1.4 Das (tatsächliche) Risiko der beklagten Partei beim Swap 4175 bestand im Wesentlichen aber nur im Zinsrisiko (die beklagte Partei musste nämlich der Stadt Linz den 6-Monats-CHF-LIBOR halbjährlich bezahlen; stieg dieser, so stieg auch das Zinsrisiko). Dieses Risiko musste sie im Rahmen der regulatorischen Verpflichtungen entsprechend bewerten und tatsächlich absichern. Das hat sie getan. Ein Ausfalls-

Klumpen- oder Liquiditätsrisiko bestand zwar theoretisch, aber bei der öffentlichen Hand nicht wirklich. Aus der Optionskomponente des Swaps (auf die sich aber die Feststellung bezieht) hatte die beklagte Partei demgegenüber zu keiner Zeit ein „Risiko“. Sollte nämlich der Schweizer Franken gegenüber dem Euro stärker werden und sollte das Währungsverhältnis EUR/CHF unter 1,54 fallen, so konnte nur eine Zahlungsverpflichtung der Stadt Linz und niemals eine Zahlungsverpflichtung der beklagten Partei entstehen. Sie hatte also *„[...] aus dem mit der Stadt Linz gehandelten Swap 4175 zumindest aus dem Optionsteil überhaupt kein Marktrisiko“* (Gerichtsgutachten, S 93). Die Gewinnchance aus der Währungsspekulation mit der Stadt Linz nicht rechtzeitig genützt zu haben (indem man die Optionen durch Weiterverkauf an Dritte zu Geld macht), mag zwar auch ein Risiko sein, ist aber weder in § 39 Abs 1 BWG noch an anderer Stelle gemeint. Der Optionsteil des Swap 4175 war also bei der beklagten Partei keine Risikoposition. Die Zahlungspflicht bei Unterschreiten des Strike von EUR/CHF 1,54 traf ausschließlich die Stadt Linz.

2.2 Absicherungsverpflichtung?

2.2.1 Natürlich boten die von der Stadt Linz angekauften Währungsoptionen der beklagten Partei die Gelegenheit, diese am Interbankenmarkt an Dritte weiterzuverkaufen. Die beklagte Partei ging, wenn sie das getan hat, ebenfalls währungsabhängige Verpflichtungen gegenüber Dritten ein. Das musste sie aber nicht. Nach den Untersuchungsergebnissen der Gerichtsgutachter ist auch gar nicht gewiss, dass sie das tat (*„Es ist unklar, ob während der Laufzeit des Swap 4175 diese Optionen tatsächlich an externe (möglicherweise andere) Kontrahenten verkauft worden waren.“* [Gerichtsgutachten, S 72]).

2.2.2 Weder § 39 Abs 1 BWG noch irgendeine andere Bestimmung verpflichtete die beklagte Partei zum Weiterverkauf der Optionen, schon gar nicht eine angebliche Verbindlichkeit, Risikopositionen zu schließen. Denn eine solche „Risikoposition“ lag für die beklagte Partei nicht vor. Zu diesem Ergebnis kam auch der Oberste Gerichtshof in einem vergleichbaren Fall mit seinem Erkenntnis vom 24. Oktober 2011, 8 Ob 11/11t (*„Vorarlberger Gebietskrankenkasse“*). Danach bedürfe es vonseiten der Bank mehr als eines Verweises auf § 39 Abs 1 BWG, um nachzuweisen, dass der Abschluss von gegenläufigen Spekulationsgeschäften die einzige Möglichkeit der Risikodeckung darstellt.

2.2.3 Schon gar nicht geht es an, ein nicht vorhandenes Risiko unter dem Titel der Absicherung im Wege des „Makro-Hedge“ letztlich auf die Kunden zu verlagern. Beim Makro-Hedge ist nämlich nicht einmal annähernd zu erkennen, ob und welche Verpflichtungen der Bank gegenüber Dritten tatsächlich bestehen (das ist möglicherweise die Ursache für die oben zitierte Aussage der Gerichtsgutachter,

wonach nicht klar sei, ob die beklagte Partei die Währungsoptionen an Dritte verkauft habe). Die beklagte Partei und ähnlich ihr Mitarbeiter, [REDACTED] [REDACTED] haben das Makro-Hedging so geschildert, dass am Handelstisch für Fremdwährungen nicht einzelne Optionen aus Kundengeschäften weiter gehandelt werden, sondern dass die intern abgebildeten Optionen der Bankkunden Teil des gesamten Fremdwährungsportfolios sind. Dabei werden alle gekauften und verkauften Optionen in einer Durchschnittsposition zusammengefasst, sodass eine Zuordnung überhaupt nicht mehr möglich ist (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 53).

2.2.4 Eine solche Vorgangsweise in der Nutzung der von den Kunden an die Bank verkauften Optionen bedeutet nichts anderes, als die Zahlungsverpflichtungen der Kunden als eine Art Versicherung gegen die Fremdwährungsrisiken bei der Spekulation im Gesamtportfolio zu verwenden.

2.2.5 Ergebnis ist also, dass die Feststellung des Erstgerichtes, wonach sich die beklagte Partei gegen eine Risikoposition absichern musste, nicht der Wirklichkeit entspricht.

2.3 Handlungs- und Zahlungspflichten bei Auflösung

2.3.1 Das Erstgericht unterstellt, dass sich die beklagte Partei bei der Auflösung des Swap-Geschäftes mit der Stadt Linz offenen Risikopositionen (das Erstgericht dürfte damit Optionsverpflichtungen der beklagten Partei meinen, die gegenüber Dritten bestehen) gegenüber sah, sodass diese „*gegengleich gehedgt werden mussten* [...]“ und dass der beklagten Partei dadurch Auslösungskosten entstanden sind. Das ist, abgesehen vom falschen Verständnis über das Bestehen einer sogenannten Risikoposition (siehe oben), durch die Verfahrensergebnisse nicht gedeckt.

2.3.2 Zwar hatte die beklagte Partei tatsächlich ursprünglich behauptet (etwa im Schriftsatz vom 12. Juli 2013, ON 60), dass sie bei Auflösung des Geschäftes mit der Stadt Linz Wiedereindeckungsgeschäfte machen musste, die ausschließlich dazu gedient hätten, jene Zahlungsströme bereitzustellen, welche sie dritten Optionskäufern aus dem Weiterverkauf auf dem Interbankenmarkt leisten musste. Im ergänzenden Vorbringen am 6. März 2015 (ergänzendes Vorbringen BAWAG) legte die beklagte Partei demgegenüber aber offen, dass sie in Wahrheit die Wiedereindeckungsgeschäfte dafür gebraucht hat, „*um die Kundenposition der Stadt Linz in ihrer bisherigen Form wiederherzustellen.*“ Das hat mit der Schließung einer Risikoposition nichts zu tun, sondern das ist klassischerweise ein Deckungsgeschäft, mit dem der Zahlungsanspruch aus der Optionskomponente durch einen Dritten erfüllt wird. Das würde natürlich auch zur oben wiedergegebenen Aussage der Gerichtsgutachter passen, wonach man eben nicht feststellen könne, was tatsächlich bei der beklagten Partei passiert ist, wobei es auch nicht gewiss ist, dass sie tatsächlich bei Auflösung

des Geschäftes noch Zahlungsverpflichtungen gegenüber Dritten hatte. In diese Richtung hatten sich die Gerichtsgutachter im Zusammenhang mit dem Delta-Hedge auch vor Gericht geäußert: Bereits in ihrem ersten Gutachten hatten sie erklärt, dass „[d]er tatsächliche Delta-Hedge bei Abschluss bis jetzt nicht auffindbar/identifizierbar ist.“ (Gerichtsgutachten, S 62). In der Verhandlung am 11. März 2019 wiederum bestätigten sie, ein triftiger Grund dafür, dass sie keinen Delta-Hedge gefunden hätten, also auch keine Kassageschäfte gefunden hätten, darin liegen könnte, dass zum Zeitpunkt der Auflösung des Swap 4175 gar keine Gegengeschäfte der beklagten Partei mehr offen waren (Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 5).

2.3.3 Selbst, wenn man davon ausgeht, dass die beklagte Partei am Beginn des Geschäftes Standardoptionen auf dem Interbankenmarkt weiterverkauft hat, so heißt das also noch nicht, dass diese Risikopositionen (in diesem Fall trifft der Begriff zu) bei Auflösung des Swap-Geschäftes tatsächlich noch bestanden. Die beklagte Partei hätte sie entweder vorher schließen oder in das Gesamtportfolio aufnehmen können, enthielt dieses doch sowohl gekaufte als auch verkaufte Optionen.

2.3.4 Damit trifft die Feststellung des Erstgerichtes nicht zu, dass mit der Auflösung des Swap 4175 die beklagte Partei Risikopositionen hedgen und Auflösungskosten tragen musste. Schon gar nicht kann man das sagen, wenn die beklagte Partei die Optionskomponenten von vornherein gar nicht an Dritte verkauft hatte, sondern sie im Wege des Makro-Hedging in das Gesamtportfolio aufnahm. Ob und welche Risikopositionen dann überhaupt noch bestanden, die auf die Optionskomponente des Swap 4175 zurückzuführen sind, kann also aktuell ebenso wenig festgestellt werden wie die Notwendigkeit des Abschlusses von Hedge-Geschäften oder das Entstehen von Kosten bei der beklagten Partei.

3. Ersatzfeststellungen

3.1 Anstelle der Feststellungen des Erstgerichtes (Punkt 1.1, Spiegelstriche 2 bis 4) werden folgende Ersatzfeststellungen begehrt:

- *„Die Beklagte konnte die Serie der Optionen (oder Teile davon) an einen dritten Vertragspartner weiterverkaufen. Beim Verkauf der ganzen Serie wäre die vom Wechselkurs abhängige Gewinnchance der BAWAG aus dem Optionsteil des Swap 4175 zur Gänze weitergegeben gewesen.“*
- *„Die Beklagte gab die Gegenpositionen der Klägerin aus dem Swap zumindest teilweise intern vom Salesdesk an den Handelsdesk weiter, wo sie in einem Gesamtportfolio zusammengefasst und einem Makro-Hedging durch Geschäftsabschlüsse mit Dritten unterzogen wurden; im Rahmen dessen ist es*

auch zu Zahlungsverpflichtungen und zu Prämieingängen gekommen. Ob Einzelpositionen unmittelbar an Dritte weiterverkauft wurden oder welche Wirkung sich daraus für das Gesamtportfolio des Macro-Hedge ergeben würde, kann nicht festgestellt werden.“

- *„Ob eine Auflösung des Swaps mit der Klägerin zu offenen Risikopositionen bei der Beklagten geführt hätte, die wiederum durch gegengleiche Geschäfte hätten gehedgt werden müssen, kann nicht festgestellt werden. Wenn das so gewesen wäre, hätte das zu Auflösungskosten geführt, die aufgrund der notwendigen Geschäfte mit Dritten marktabhängig sind.“*

3.2 Diese Ersatzfeststellungen ergeben sich, wie oben dargestellt, aus den Gerichtsgutachten, speziell den Aussagen der Gerichtsgutachter, wonach eine tatsächliche Weitergabe der Optionen an Dritte keineswegs erwiesen ist (Gerichtsgutachten, S 72). Dass die Positionen der Kunden zusammengefasst und einem Macro-Hedging unterzogen wurden, ist nicht zuletzt durch die Aussage des ■■■■■ ■■■■■ vom 26. September 2013 (ON 107) klar belegt.

VI. Anträge

Die Stadt Linz beantragt, das Oberlandesgericht Wien als Berufungsgericht möge

1. der Berufung der beklagten Partei keine Folge geben und die Berufungsanträge abweisen;
2. der Beweisrüge der Stadt Linz stattgeben und die Feststellungen im beantragten Sinn treffen,

eventualiter dem Erstgericht insofern die Ergänzung des Verfahrens auftragen, jedenfalls aber

3. der beklagten Partei den Ersatz der verzeichneten Kosten des Berufungsverfahrens auferlegen.

Stadt Linz
(vertreten durch den Bürgermeister)

KOSTENVERZEICHNIS

Tarif: TP 3B (Schrifts.)		(Bem.Grl.: EUR 100.000,00)
Berufungsbeantwortung	EUR	1.095,80
150% Einheitssatz	EUR	1.643,70
100% Erschwerniszuschlag gem. § 21 Abs 1 RATG *)	EUR	2.739,50
Erhöhungsbetrag (ERV)	EUR	2,10
Summe USt-pflichtig	EUR	5.481,10
20% USt.	EUR	1.096,22
GESAMT	EUR	6.577,32

*) Aufgrund des außergewöhnlich umfangreichen Akteninhalts sowie des den Durchschnitt erheblich überschreitenden fachliche Schwierigkeitsgrads des gegenständlichen Verfahrens macht die Stadt Linz einen Zuschlag für besondere Mühe gemäß § 21 Abs. 1 RATG im Ausmaß von 100% geltend.