



**ELEKTRONISCH EINGEBRACHT**

Handelsgericht Wien  
Justizzentrum Wien Mitte  
Marxergasse 1a  
1030 Wien

**AT72 6000 0000 0957 8090, BIC: OPSKATWW  
GZ: 55 Cg 28/18f**

13/0058Klage201610/0/  
Zuständig: Mag. Ronald Frankl

1 von 256


Wien, am 04.05.2021  
frankl@lansky.at

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

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

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

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

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

**und durch:** Code P130123  
DORDA Rechtsanwälte GmbH  
Universitätsring 10  
1010 Wien

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

Zwischenantrag auf Feststellung  
(Streitwert EUR 100.000,00)

**ORDENTLICHE REVISION**

**LANSKY, GANZGER & Partner**  
Rechtsanwälte GmbH

In Kooperation mit Andersen Global

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

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

**Rechtsanwälte**

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

Mag. Andreas Bauer  
Univ.-Doz. DDr. Alexander Egger  
Dr. Natalia Ferencikova  
Mag. Daniel Kocab, LL.M.  
Dr. Michael Komuczky  
Dr. Levente B. Nagy  
DDr. Elisabeth Steiner  
Mag. Piroška Vargha

**Rechtsanwaltsanwärter**

Mag. Hussein Al Rawi  
Mag. Andreea Muresan  
Mag. Daniel Söllner  
Mag. Alexander Steltzer  
Mag. Peter Virnbauer, LL.B.

**Of counsel**

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

**Bankverbindungen**

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

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

2-fach

Gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 31.3.2021, 2 R 10/21m, den Beklagtenvertretern zugestellt am 7.4.2021 (§ 89d Abs 2 GOG), erhebt die beklagte Partei innerhalb offener Frist

## ORDENTLICHE REVISION

an den Obersten Gerichtshof.

Das Berufungsurteil wird im vollen Umfang angefochten.

Geltend gemacht werden die Revisionsgründe der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung.

### Inhaltsübersicht

A.	Vorbemerkungen.....	10
B.	Zulässigkeit der Revision.....	10
B.I.	Revision ausdrücklich zugelassen.....	13
B.II.	Weitere Gründe für die Zulässigkeit der Revision.....	14
1.	Gemeinderatsbeschluss verstärkt objektiviert auszulegen.....	14
2.	Kein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis für Derivatgeschäfte.....	15
3.	Keine Gemeinderatszuständigkeit für Derivatgeschäfte.....	15
B.III.	Zwischenergebnis.....	16
C.	Ausführung der Revision.....	17
C.I.	Zusammenfassung.....	17
1.	Berufungsurteil ist mangelhaft.....	17
1.1.	Vorbemerkung.....	17
1.2.	Mängelrüge vom Berufungsgericht nicht erledigt.....	17
1.3.	Beweisrüge vom Berufungsgericht nicht oder nur grob mangelhaft erledigt.....	18
1.4.	Verletzung der Anleitungs- und Erörterungspflicht.....	19
2.	Berufungsurteil ist rechtlich unrichtig.....	20
2.1.	Mag [REDACTED] durfte den Swap für Stadt Linz abschließen.....	20
2.2.	Selbst wenn Mag [REDACTED] den Swap für Stadt Linz nicht gültig abschloss, genehmigte der Gemeinderat den Swap nachträglich.....	23
2.3.	Der Abschluss des Swap stand unter keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis.....	24
C.II.	Mängelrüge.....	24
1.	Mängelrüge vom Berufungsgericht nicht erledigt.....	24
1.1.	Vorbemerkung.....	24
1.2.	Zur gesetzmäßigen Ausführung der Verfahrensrüge in der Berufung.....	25
1.3.	Punkt D.II.1 der Berufung.....	26
1.4.	Punkt D.II.2 der Berufung.....	27
1.5.	Punkt D.II.3 der Berufung.....	31
1.6.	Punkte D.II.4. bis D.II.9. der Berufung.....	33
1.7.	Punkt D.II.10. der Berufung.....	42
1.8.	Punkt D.II.11. der Berufung.....	49

1.9.	Zu den ohne Verfahrensmangel zu treffenden Feststellungen, der Wesentlichkeit und den Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens .....	50
2.	Beweisrüge vom Berufungsgericht nicht oder nur grob mangelhaft erledigt .....	50
2.1.	Vorbemerkung.....	50
2.2.	Mangelhafte Erledigung der Beweisrügen .....	51
2.3.	Zu Punkt 1.....	53
2.4.	Zu Punkt 2.....	56
2.5.	Zu Punkt 3.....	56
2.6.	Zu Punkt 5.....	59
2.7.	Zu Punkt 6.....	62
2.8.	Zu Punkt 7.....	64
2.9.	Zu Punkt 8.....	66
2.10.	Zu Punkt 9.....	69
2.11.	Zu Punkt 10.....	71
2.12.	Zu Punkt 11.....	73
2.13.	Zu Punkt 13.....	76
2.14.	Zu Punkt 14.....	78
2.15.	Zu Punkt 15.....	80
2.16.	Zu Punkt 16.....	83
2.17.	Zu Punkt 17.....	84
2.18.	Zu Punkt 19.....	87
2.19.	Zu Punkt 20.....	89
3.	Verletzung der Anleitungs- und Erörterungspflicht.....	107
3.1.	Vorbemerkung.....	107
3.2.	Keine Erörterung des anfänglichen negativen Marktwerts als festgesetztes einmaliges Entgelt.....	108
3.3.	Keine Erörterung einer Einschränkung durch den Amtsbericht.....	109
C.III.	Rechtsrüge.....	110
1.	Vorbemerkung.....	110
2.	Zum Berufungsurteil: Kein Vertretungsmangel – Rechtsansicht im Berufungsurteil unrichtig.....	110
2.1.	Vorbemerkung.....	110
2.2.	Mag ██████ durfte Swap ohne Mitwirkung des Gemeinderats schließen (Punkt 2 des Berufungsurteils) .....	111
2.3.	Mag ██████ durfte Swap aufgrund des GRB 2004 schließen (Punkt 3 des Berufungsurteils) .....	118
2.4.	Mag ██████ hatte auch Abschlussvollmacht (Punkt 3.6 des Berufungsurteils).....	136
2.5.	In eventu: Konkludente Vertretungsmacht und Vertretungsmacht durch Anschein (ebenfalls als Punkt 3.6 des Berufungsurteils bezeichnet – richtig wohl Punkt 3.7).....	138
2.6.	In eventu: Swap wurde nachträglich genehmigt (Punkt 4 des Berufungsurteils) .....	146
2.7.	Zusammenfassung.....	176
3.	Zu den sonstigen Argumenten gegen eine Gültigkeit .....	176
3.1.	Kein Vertretungsmangel.....	176
3.2.	Kein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis .....	220
3.3.	Kein Formmangel .....	253
D.	Anträge .....	255

## Inhaltsverzeichnis

A.	Vorbemerkungen.....	10
B.	Zulässigkeit der Revision.....	10
B.I.	Revision ausdrücklich zugelassen.....	13
B.II.	Weitere Gründe für die Zulässigkeit der Revision.....	14
1.	Gemeinderatsbeschluss verstärkt objektiviert auszulegen.....	14
2.	Kein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis für Derivatgeschäfte.....	15
3.	Keine Gemeinderatszuständigkeit für Derivatgeschäfte.....	15
B.III.	Zwischenergebnis.....	16
C.	Ausführung der Revision.....	17
C.I.	Zusammenfassung.....	17
1.	Berufungsurteil ist mangelhaft.....	17
1.1.	Vorbemerkung.....	17
1.2.	Mängelrüge vom Berufungsgericht nicht erledigt.....	17
1.3.	Beweisrüge vom Berufungsgericht nicht oder nur grob mangelhaft erledigt.....	18
1.4.	Verletzung der Anleitungs- und Erörterungspflicht.....	19
2.	Berufungsurteil ist rechtlich unrichtig.....	20
2.1.	Mag █████ durfte den Swap für Stadt Linz abschließen.....	20
2.2.	Selbst wenn Mag █████ den Swap für Stadt Linz nicht gültig abschloss, genehmigte der Gemeinderat den Swap nachträglich.....	23
2.3.	Der Abschluss des Swap stand unter keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis.....	24
C.II.	Mängelrüge.....	24
1.	Mängelrüge vom Berufungsgericht nicht erledigt.....	24
1.1.	Vorbemerkung.....	24
1.2.	Zur gesetzmäßigen Ausführung der Verfahrensrüge in der Berufung.....	25
1.3.	Punkt D.II.1 der Berufung.....	26
1.4.	Punkt D.II.2 der Berufung.....	27
1.5.	Punkt D.II.3 der Berufung.....	31
1.6.	Punkte D.II.4. bis D.II.9. der Berufung.....	33
1.6.1.	Punkt D.II.4. der Berufung.....	33
1.6.2.	Punkt D.II.5. der Berufung.....	35
1.6.3.	Punkt D.II.6. der Berufung.....	37
1.6.4.	Punkt D.II.7 der Berufung.....	38
1.6.5.	Punkt D.II.8. der Berufung.....	40
1.6.6.	Punkt D.II.9. der Berufung.....	42
1.7.	Punkt D.II.10. der Berufung.....	42
1.7.1.	Punkt D.II.10.1. der Berufung.....	43
1.7.2.	Punkt D.II.10.2. der Berufung.....	45
1.7.3.	Punkt D.II.10.3. der Berufung.....	47
1.7.4.	Punkt D.II.10.4. der Berufung.....	48
1.8.	Punkt D.II.11. der Berufung.....	49
1.9.	Zu den ohne Verfahrensmangel zu treffenden Feststellungen, der Wesentlichkeit und den Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens.....	50
2.	Beweisrüge vom Berufungsgericht nicht oder nur grob mangelhaft erledigt.....	50
2.1.	Vorbemerkung.....	50
2.2.	Mangelhafte Erledigung der Beweisrügen.....	51
2.2.1.	Rechtsansicht des Berufungsgerichts.....	51

2.2.2.	Beweisrügen gesetzmäßig ausgeführt.....	52
2.2.3.	Jedenfalls als sekundäre Verfahrensmängel zu behandeln .....	52
2.2.4.	Zusammenfassung.....	53
2.3.	Zu Punkt 1.....	53
2.4.	Zu Punkt 2.....	56
2.5.	Zu Punkt 3.....	56
2.6.	Zu Punkt 5.....	59
2.7.	Zu Punkt 6.....	62
2.8.	Zu Punkt 7.....	64
2.9.	Zu Punkt 8.....	66
2.10.	Zu Punkt 9.....	69
2.11.	Zu Punkt 10.....	71
2.12.	Zu Punkt 11.....	73
2.13.	Zu Punkt 13.....	76
2.14.	Zu Punkt 14.....	78
2.15.	Zu Punkt 15.....	80
2.16.	Zu Punkt 16.....	83
2.17.	Zu Punkt 17.....	84
2.18.	Zu Punkt 19.....	87
2.19.	Zu Punkt 20.....	89
2.19.1.	Vorbemerkung.....	89
2.19.2.	Beweisrüge .....	89
2.19.3.	Unterlassene Behandlung .....	106
2.19.4.	Grob mangelhafte Behandlung.....	106
3.	Verletzung der Anleitungs- und Erörterungspflicht.....	107
3.1.	Vorbemerkung.....	107
3.2.	Keine Erörterung des anfänglichen negativen Marktwerts als festgesetztes einmaliges Entgelt.....	108
3.3.	Keine Erörterung einer Einschränkung durch den Amtsbericht.....	109
C.III.	Rechtsrüge.....	110
1.	Vorbemerkung.....	110
2.	Zum Berufungsurteil: Kein Vertretungsmangel – Rechtsansicht im Berufungsurteil unrichtig.....	110
2.1.	Vorbemerkung.....	110
2.2.	Mag ██████ durfte Swap ohne Mitwirkung des Gemeinderats schließen (Punkt 2 des Berufungsurteils) .....	111
2.2.1.	Rechtsansicht des Berufungsgerichts.....	111
2.2.2.	Kein ausdrücklicher Genehmigungstatbestand.....	112
2.2.3.	Kein Kaufpreis und auch kein sonstiges festgesetztes Entgelt (Punkte 2.2 und 2.3 des Berufungsurteils).....	113
2.2.4.	Auch anfänglicher Marktwert kein "Entgelt" (Punkt 2.4 des Berufungsurteils).....	114
2.2.5.	VwGH: Keine Gemeinderatszuständigkeit (Punkt 2.1 des Berufungsurteils).....	116
2.2.6.	Zusammenfassung.....	117
2.3.	Mag ██████ durfte Swap aufgrund des GRB 2004 schließen (Punkt 3 des Berufungsurteils) .....	118
2.3.1.	Rechtsansicht des Berufungsgerichts.....	118
2.3.2.	Gültigkeit des Swap hängt nicht von "Optimierung" oder "Absicherung" ab .....	118

2.3.3.	Keine Beschränkung auf "Absicherung" (Punkte 3.2 bis 3.5 des Berufungsurteils) .....	120
2.3.3.1.	"Optimieren" heißt nicht "absichern" (Punkt 3.4 des Berufungsurteils) .....	120
2.3.3.2.	Alle Interpretationsarten sprechen gegen "Absicherung" .....	123
2.3.3.3.	Keine Auslegung gegen den Wortlaut (Punkte 3.2, 3.3 und 3.5 des Berufungsurteils).....	127
2.3.3.4.	BAWAG PSK hatte ausreichend Kenntnis vom GRB 2004 (Punkte 3.2, 3.3 und 3.5 des Berufungsurteils) .....	130
2.3.3.4.1.	Argumentation des Berufungsgerichts nicht anwendbar .....	130
2.3.3.4.2.	BAWAG PSK kannte GRB 2004 .....	131
2.3.3.4.3.	Keine bloße Auskunft eines sonst unbeteiligten Einzelbevollmächtigten .....	132
2.3.3.4.4.	Keine reine Innenbevollmächtigung .....	133
2.3.3.4.5.	Zwischenergebnis.....	133
2.3.3.5.	Keine Nachforschungspflicht (Punkt 3.5 des Berufungsurteils).....	133
2.4.	Mag ██████ hatte auch Abschlussvollmacht (Punkt 3.6 des Berufungsurteils).....	136
2.4.1.	Rechtsansicht des Berufungsgerichts.....	136
2.4.2.	Vollmacht bereits aufgrund GRB 2004 .....	136
2.4.3.	Vollmacht jedenfalls aufgrund Unterschriftenverzeichnisses.....	136
2.4.4.	Zwischenergebnis .....	138
2.5.	In eventu: Konkludente Vertretungsmacht und Vertretungsmacht durch Anschein (ebenfalls als Punkt 3.6 des Berufungsurteils bezeichnet – richtig wohl Punkt 3.7).....	138
2.5.1.	Rechtsansicht des Berufungsgerichts.....	138
2.5.2.	Anscheinsvollmacht auch bei Gebietskörperschaften .....	138
2.5.3.	Vertrauen in Abschlussvollmacht geschützt.....	139
2.5.4.	Mag ██████ hatte Anscheinsvollmacht.....	140
2.6.	In eventu: Swap wurde nachträglich genehmigt (Punkt 4 des Berufungsurteils).....	146
2.6.1.	Rechtsansicht des Berufungsgerichts.....	146
2.6.2.	Vorbemerkung.....	146
2.6.3.	Nachträgliche Genehmigung durch beharrliches Schweigen (Punkt 4.1 des Berufungsurteils) .....	148
2.6.4.	Nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung (Punkt 4.3 des Berufungsurteils) .....	151
2.6.5.	Kenntnis des Gemeinderats und dessen maßgeblicher Mitglieder.....	154
2.6.5.1.	Kenntnis des Finanzausschusses.....	154
2.6.5.2.	Kenntnis des Kontrollausschusses .....	156
2.6.5.3.	Unmittelbare Kenntnis des Gesamtgemeinderats (Punkt 4.1 des Berufungsurteils) .....	156
2.6.5.4.	Kenntnis des Gemeinderats über Wissenszurechnung (Punkt 4.2 des Berufungsurteils).....	160
2.6.5.4.1.	Wissenszurechnung bei Stadt Linz .....	160
(a)	Vorbemerkung.....	160
(b)	Zurechnung im öffentlichen Recht .....	160
(i)	Das StL 1992 als organisationsrechtliche Zurechnungsnorm zur Verhaltens- und Wissenszurechnung.....	160

(ii)	Das Weisungsrecht im B-VG als organisationsrechtliche Zurechnungsnorm zur Verhaltens- und Wissenszurechnung .....	161
(iii)	Zurechnung als rechtstechnischer (und nicht faktischer) Vorgang....	162
(iv)	Zurechnung endet nicht am "rechtlichen Dürfen" .....	163
(v)	Arbeitsteiligkeit als Zurechnungsgrund in der Verwaltung.....	164
(c)	Zurechnung aufgrund Zivilrechts .....	167
(d)	Zwischenergebnis.....	167
(e)	Vertretungsbefugnis des Verhaltenssubjekts ist jedenfalls irrelevant für die Zurechnung .....	168
2.6.5.4.2.	Zurechnung des Wissens von Mag ██████████	170
(a)	Vorbemerkung.....	170
(b)	Mag ██████ war die Struktur des Swap bekannt.....	171
(c)	Wissenszurechnung von Mag ██████ an Gemeinderat .....	171
2.6.5.4.3.	Zurechnung des Wissens von Finanzausschuss und Kontrollausschuss .....	173
2.6.6.	Zwischenergebnis .....	175
2.7.	Zusammenfassung.....	176
3.	Zu den sonstigen Argumenten gegen eine Gültigkeit .....	176
3.1.	Kein Vertretungsmangel.....	176
3.1.1.	Vorbemerkung.....	176
3.1.2.	Zusammenfassung.....	176
3.1.3.	Gemeinden im Rechtsverkehr – ein Teilnehmer wie jeder andere.....	180
3.1.3.1.	Gemeinden sind im Rechtsverkehr nicht besonders geschützt.....	180
3.1.3.2.	Gemeinden können privatwirtschaftlich handeln.....	186
3.1.3.3.	Zwischenergebnis.....	187
3.1.4.	Rechtsnatur des GRB 2004.....	188
3.1.4.1.	Der Swap ist ein Akt der Privatwirtschaftsverwaltung .....	188
3.1.4.2.	GRB 2004 war an FVV gerichtete Willensäußerung (Weisung) .....	189
3.1.4.3.	Der GRB 2004 als Akt im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ...	191
3.1.4.4.	Zusammenfassung.....	194
3.1.5.	Rahmenbeschlüsse sind erlaubt und üblich.....	194
3.1.5.1.	Vorbemerkung.....	194
3.1.5.2.	Verfassungsmäßige Grundlage von Rahmenbeschlüssen und praktische Anwendung .....	195
3.1.5.3.	Erstgericht verbietet Rahmenbeschlüsse.....	198
3.1.6.	(Nachträgliche) Mehrkosten können nicht zur Ungültigkeit führen .....	200
3.1.6.1.	Vorbemerkung.....	200
3.1.6.2.	Rechtlicher Rahmen: Der GRB 2004 als budgetäres Selbstbindungsgesetz .....	200
3.1.6.3.	Keine Ungültigkeit wegen Kostenüberschreitung.....	201
3.1.6.4.	Zwischenergebnis.....	202
3.1.7.	Swap war laut Gerichtssachverständigen finanzwirtschaftlich optimierend.....	202
3.1.8.	Swap war beherrschbar.....	204
3.1.9.	Keine Verletzung oder Umgehung von Organisationsvorschriften .....	205
3.1.9.1.	Rechtsansicht des Erstgerichts.....	205
3.1.9.2.	Keine unzulässige Kompetenzverschiebung.....	206
3.1.9.3.	<i>In eventu</i> : Jedenfalls keine zivilrechtliche Ungültigkeit.....	208
3.1.9.4.	Zwischenergebnis.....	210


3.1.10.	Sonderthema Unterschriftenverzeichnis .....	210
3.1.11.	Zu den übrigen Argumenten des Erstgerichts.....	211
3.1.12.	<i>In eventu</i> : GRB 2004 als öffentlich-rechtliche Approbationsbefugnis .....	212
3.1.13.	Sonderthema: Ermächtigung der "FVV".....	217
3.2.	Kein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis .....	220
3.2.1.	Vorbemerkung.....	220
3.2.2.	Zusammenfassung.....	220
3.2.3.	Rechtsansicht des Erstgerichts .....	222
3.2.4.	Rechtlicher Rahmen.....	223
3.2.5.	VwGH: Swap unterlag keinem Genehmigungserfordernis .....	226
3.2.6.	Swap ist kein "Darlehen", keine "sonstige Haftung" und keine "Modifikation" der Anleihe .....	228
3.2.7.	Swap unterlag auch sonst keinem Genehmigungserfordernis .....	232
3.2.7.1.	Vorbemerkung.....	232
3.2.7.2.	Verfassungsrecht gebietet restriktive Auslegung von Genehmigungstatbeständen.....	233
3.2.7.3.	Historisch, systematisch und teleologisch: Keine Genehmigungspflicht.....	236
3.2.7.4.	Genehmigungspflicht nicht denkmöglich.....	242
3.2.7.5.	<i>In eventu</i> : Unbestimmter "Gewöhnlicher Lauf der Dinge" .....	245
3.2.8.	Schwellenwerte sind unbeachtlich.....	248
3.2.8.1.	Schwellenwerte für Darlehen gelten nicht für den Swap .....	248
3.2.8.2.	<i>In eventu</i> : Einnahmen des ordentlichen Voranschlags .....	249
3.2.8.3.	<i>In eventu</i> : Überschreiten der Schwellenwerte praktisch auszuschließen .....	250
3.3.	Kein Formmangel.....	253
3.3.1.	Vorbemerkung.....	253
3.3.2.	Kein Formmangel .....	253
3.3.3.	<i>In eventu</i> : Formmangel bewirkt keine Ungültigkeit.....	254
D.	Anträge .....	255

**Begriffsbestimmungen**

<b>Abkürzung</b>	<b>Begriff</b>
BAWAG PSK	BAWAG PSKP.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft
Berufungsgericht	Oberlandesgericht Wien
Berufungsurteil	Zwischenurteil des Berufungsgerichts vom 31.3.2021
CHF	Schweizer Franken
CHF-Anleihe	Von Stadt Linz am 6.10.2005 begebene endfällige und variabel verzinsten Anleihe in Höhe von CHF 195 Millionen mit Laufzeit bis 14.10.2017 (vgl Zwischenurteil, S 16)
EGA	Ergänzungsgutachten der Sachverständigen vom 29.12.2017
Ergänzung	Ergänzung zu dem Gutachten der Sachverständigen vom 26.10.2016
Erstgericht	Handelsgericht Wien
EUR	Euro
FVV	Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz (vgl Zwischenurteil, S 3)
GEOM	Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz
GOCR	Verordnung des Gemeinderates der Landeshauptstadt Linz vom 23.1.1992 betreffend die Geschäftsordnung für den Gemeinderat (GOCR) kundgemacht an den Amtstafeln sowie im Amtsblatt der Landeshauptstadt Linz Nr 3/1992, in der jeweils geltenden Fassung
GRB 2004	Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 (vgl Zwischenurteil, S 16)
Gutachten	Gutachten der Sachverständigen vom 31.7.2016
StL 1992	Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992
Swap	Zwischen BAWAG PSK und Stadt Linz am 12.2.2007 abgeschlossenes Geschäft mit der Bezeichnung Swap 4175 (vgl Zwischenurteil, S 25)
Zwischenurteil	Zwischenurteil des Erstgerichts vom 7.1.2020

## A. VORBEMERKUNGEN

Im Kern geht es im vorliegenden Fall darum, ob der zwischen Stadt Linz und BAWAG PSK am 12.2.2007 abgeschlossene Vertrag über einen Swap mit der Bezeichnung 4175 (Zwischenurteil, S 24 f) gültig war und ob eine allfällige ursprüngliche Ungültigkeit geheilt wurde. Dabei stehen folgende, wesentlichen Umstände – im Einklang mit dem vom Erst-gericht festgestellten Sachverhalt – fest:

- Bereits Anfang der 1990er Jahre fasste die Stadt Linz den Entschluss, **Schulden in Schweizer Franken** aufzunehmen, was in den folgenden Jahren auch geschah, wobei Hintergrund dieser Vorgangsweise die beim Schweizer Franken im Vergleich zur Inlandswährung niedrigeren Zinsen waren, denen aber ein Währungsrisiko gegenüberstand. Im Jahr 1996 beschloss der Gemeinderat, dass die Finanz- und Vermögensverwaltung "*das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren*" hat und es kam zum Abschluss entsprechender Finanzgeschäfte auf Grundlage dieses Beschlusses (Zwischenurteil, S 12 f).
- In weiterer Folge erhöhte die Stadt Linz ihr Fremdfinanzierungsportfolio in ausländischer Währung bis Mai 2004 auf einen Gegenwert in Euro von insgesamt EUR 135,45 Millionen (Zwischenurteil, S 14).
- Der **Gemeinderat** der Stadt Linz **beschloss** 2004: "*Die Finanz- und Vermögensverwaltung wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren.*" (Zwischenurteil, S 15 f).
- Der Bürgermeister der Stadt Linz schloss mit BAWAG PSK einen **Rahmenvertrag** für Finanztermingeschäfte – der auch Swaps erfasste –, der den Finanzdirektor Mag  als Unterschriftsberechtigten führte (Zwischenurteil, S 17 ff).
- Stadt Linz 2006 schloss mit BAWAG PSK den Swap 3976 ab, den Stadt Linz vorzeitig **mit Gewinn auflöste** (Zwischenurteil, S 24; hier war von einer angeblichen Ungültigkeit übrigens nie die Rede).
- Stadt Linz schloss dann 2007, vertreten durch ihren Finanzdirektor, auf eigene Initiative den gegenständlichen Swap (4175) nach Einholung eines Alternativangebots<sup>1</sup> mit BAWAG PSK als Bestbieter ab, um das **Zinsrisiko** aus einer (wie oben beschrieben) bereits lange vor dem Abschluss des Swap von Stadt Linz ausgegebenen variabel verzinsten **CHF-Anleihe** im Nominale von CHF 195 Millionen zu optimieren (Zwischenurteil, S 25).
- Stadt Linz **vereinnahmte** über zwei Jahre lang **Zahlungen** aus dem Swap in Höhe von insgesamt CHF 10.141.790,20 (Zwischenurteil, S 30).

---

<sup>1</sup> Beilage ./18.

- Der Finanzdirektor berichtete laufend dem dafür nach der internen Organisation der Stadt Linz zuständigen **Finanzausschuss** des Gemeinderats, dem auch der Finanzstadtrat angehörte, über den Abschluss und die Funktionalität des Swap sowie in weiterer Folge regelmäßig über dessen Entwicklung und wurde für die "*äußerst erfolgreichen Maßnahmen*" gelobt (Zwischenurteil, S 26 ff).
- Nach beginnendem Erstarren des Kurses des CHF infolge der (nicht vorhersehbarer) Finanzkrise 2008 ergab sich für Stadt Linz am 15.10.2009 erstmals eine Zahlungsverpflichtung aus dem Swap in Höhe von CHF 1.033.695,33 (Zwischenurteil, S 29); die Stadt Linz schlug aber dennoch laufend Restrukturierungsangebote der BAWAG PSK aus (Zwischenurteil, S 38) und blieb auch sonst **untätig**, obwohl auch ihr eigenes Kontrollamt schon 2008 vor Zahlungspflichten warnte (Zwischenurteil, S 35 f, 100).
- Stadt Linz behauptete nach ständig höheren Zahlungspflichten **erstmalig** im Zuge von Gesprächen zwischen **Juli 2010** und **März 2011** gegenüber BAWAG PSK die Ungültigkeit des Swap, diskutierte allerdings auch eine Restrukturierung des Swap (Zwischenurteil, S 30 – damals argumentierte sie die Ungültigkeit aber noch mit einer Begründung, die schließlich weder das Erstgericht noch das Berufungsgericht teilten).
- Noch in der Gemeinderatssitzung vom 16.12.2010 wurde der **Voranschlag für das Jahr 2011 genehmigt**, wobei zwei Gemeinderäte **Bezug auf den Swap** nahmen, die Verluste ansprachen und festhielten, dass sich 2004 der Gemeinderat entschlossen hatte, den Finanzreferenten mit der Optimierung der Finanzgebarung zu vertrauen (Zwischenurteil, S 30 f), wobei Widerspruch dazu nicht festgestellt wurde.

Es gibt daher keinen rechtlichen Grund, an der **Gültigkeit** des Swap zu zweifeln; er wurde unter Berufung auf einen Gemeinderatsbeschluss abgeschlossen, der von allen Beteiligten jahrelang als korrekte Basis für einen solchen Abschluss behandelt wurde. Selbst wenn man unrichtiger Weise der Meinung sein sollte, der Swap wäre ursprünglich ungültig gewesen, wäre dies durch die nachfolgenden Ereignisse geheilt.

Stadt Linz hatte mit dem Geschäft – wie auch mit dem schon ein Jahr zuvor geschlossenen Swap – den wirtschaftlich beabsichtigten Erfolg, war zufrieden, **solange es gut lief**. Tatsache ist, dass der Swap im Rahmen des **vom Gemeinderat selbst vorgegeben Regimes** zustande kam und die Stadt Linz aus diesem Swap in den ersten zwei Jahren einen zweistelligen Millionenbetrag lukriert und – **ohne jede Beanstandung** – auch **vereinnahmt** hat. Der Swap entsprach insbesondere dem Willen des Gemeinderats, im Rahmen der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios zur Erlangung bestimmter Vorteile (hier Reduktion der Zinslast) bestimmte Risiken (hier Währungsrisiken) zu übernehmen, und der ausdrücklichen Ermächtigung seines Verwaltungsapparats zum "*Abschluss*" von "*Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten*".

Stadt Linz unternahm auch dann buchstäblich nichts, als sich die Marktsituation änderte und ignorierte Restrukturierungsvorschläge der BAWAG PSK zur Risikoreduktion.<sup>2</sup> Auf den Einwand der Ungültigkeit verfiel Stadt Linz erst **mehr als drei Jahre nach Vertragsabschluss**, als die Verluste das nun streitgegenständliche Ausmaß erreicht hatten. Erst dann entdeckte Stadt Linz die (vermeintlichen) Vorzüge des § 867 ABGB, den Umfang der Genehmigungspflichten des StL 1992 sowie die Macht des "Amtssiegels" für sich und ersann eine Argumentationslinie gegen die Gültigkeit des Geschäfts. Dies wohl auch, weil dies als der einzige Weg erschien, gemeinsam mit dem Geschäft auch gleich den (auch politischen) Vorwurf eigener jahrelanger Untätigkeit beseitigen zu können.

Es ist daher geradezu absurd, dass Stadt Linz den von ihr infolge Untätigkeit **selbst herbeigeführten besonders hohen Schaden** nun als das tragende Argument für die ursprüngliche Ungültigkeit heranziehen möchte, indem sie damit eine besondere "Gefährlichkeit" des Geschäfts zu konstruieren versucht.<sup>3</sup> Im Übrigen zeigt der Sachverhalt klar, dass dieser Einwand niemals erhoben worden wäre, hätte sich die Entwicklung des Swap der ersten beiden Jahre für die restliche Laufzeit fortgesetzt.

Die **Einwendungen** der Stadt Linz gegen die Gültigkeit des Geschäfts sind **nicht berechtigt** und der **Swap** daher **gültig** zustande gekommen. Sie reichen von einer – im Gesetz für Derivate erst seit 2012 vorgesehenen – aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht (zu welcher der VwGH bereits zweimal entschied, dass es sie nicht gibt, und die im Unterschied zum Erstgericht auch das Berufungsgericht nicht mehr aufgreift)<sup>4</sup> über ebenso nicht stichhaltige Formalargumente (die weder im Zwischenurteil noch im Berufungsurteil bejaht wurden – unter anderem stützt sich Stadt Linz für die Ungültigkeit darauf, dass sie selbst vergessen hat, ein Amtssiegel auf einem Vertrag anzubringen)<sup>5</sup> bis zum fehlenden Gemeinderatsbeschluss, der zwar – wie die aufsichtsbehördliche Genehmigung – mangels entsprechender Vorgabe im StL 1992 nicht erforderlich war, aber ohnehin vorlag und nach seinem klaren Wortlaut das geschlossene Geschäft abdeckt.<sup>6</sup>

Nach dem Narrativ der Stadt Linz solle es zudem unerheblich sein, dass in der wirtschaftlich zweitgrößten Stadt Österreichs, die auch Geschäftsbeziehungen zu internationalen Kreditinstituten pflegte,<sup>7</sup> jahrelang **maßgebliche Mitglieder des Gemeinderats und sonstige Personen informiert und involviert** waren, aber über diese ganze Zeit niemand eine mögliche Ungültigkeit des Swap sah und sehen konnte, geschweige denn es für notwendig befand, den Vertragspartner auf eine solche hinzuweisen – darunter der Finanzdirektor, der Finanzlandesrat, der Leiter des Kontrollamts, sowie Mitglieder des Gemeinderats, insbesondere alle Mitglieder des Kontrollausschusses und vor allem des zuständigen Finanzausschusses. In weiterer Folge sahen auch der Rechnungshof sowie insbesondere der **VwGH** – in einem Disziplinarverfahren gegen Mag ██████ in dem er diesem attestierte, dass er **keine Zweifel an seiner Berechtigung zum Abschluss** des Swap haben musste – keinen Grund für eine Ungültigkeit.<sup>8</sup> Dennoch ver-

<sup>2</sup> Näher dargestellt in Punkt C.II.2.19.2.

<sup>3</sup> So darf aber wohl zuletzt Berufungsbeantwortung, Punkt 2.4 verstanden werden.

<sup>4</sup> Punkt C.III.3.2.

<sup>5</sup> Punkt C.III.3.3.

<sup>6</sup> Punkt C.III.2 und C.III.3.1.

<sup>7</sup> Vgl die Aussagen von Mag ██████ im Protokoll 13.5.2019, S 5 und 7.

<sup>8</sup> Punkt C.III.2.3.

meint die Stadt Linz, dass die angebliche Ungültigkeit eindeutig und für die außenstehende BA-WAG PSK – offenbar anders als für all diese Insider und Experten in gemeinderechtlichen Belangen – klar ersichtlich gewesen sei. Das widerspricht nicht nur der Lebenserfahrung, sondern auch dem Gesetz: Gemeinden sind seit der Novelle des VolljG 1973 im Privatrechtsverkehr nämlich bekanntlich gerade nicht mehr den Kindern und Geisteskranken gleichgestellt, sondern ein Privatrechtsteilnehmer wie jeder andere und nicht besonders schutzwürdig.<sup>9</sup> Mit der Argumentationslinie der Stadt Linz wird jeglichem **Vertrauensschutz** der Boden entzogen.

Dies gipfelt darin, dass sich die Stadt Linz hinter ihrer eigenen Organisationsstruktur verstecken möchte, indem sie behauptet, der Gemeinderat habe vom Swap nichts gewusst,<sup>10</sup> obwohl derartige Agenden dem darauf spezialisierten und repräsentativ besetzten Finanzausschuss zugewiesen waren, dem der Finanzdirektor regelmäßig über die Entwicklung des Swap berichtete. Dass in einer großen Stadt wie Linz der Gemeinderat mit 61 Mitgliedern nicht alle Aufgaben im Plenum wahrnimmt, ist nachvollziehbar; allerdings kann eine derartige **Arbeitsteilung** zum eigenen Vorteil **nicht zu Lasten der Vertragspartner** der Stadt Linz gehen. Vielmehr müssen das Wissen, Handlungen und Unterlassungen solcher Ausschüsse sowie sonstiger Personen, die die Gemeinde im eigenen Interesse im Rahmen einer solchen Arbeitsteilung einsetzt, dem Gemeinderat **zugerechnet** werden.<sup>11</sup> Sonst wäre es diesem möglich, heikle Themen in Ausschüssen zu parken, damit anschließend notfalls der Gesamtgemeinderat seine "Hände in Unschuld waschen" kann.

Das von der Rechtsordnung geschützte Vertrauen der Geschäftspartner von Kommunen wäre massiv erschüttert, würde man dem Standpunkt der Stadt Linz folgen, dass im Gesetz **nicht vorgesehene Bewilligungspflichten** (die auch der VwGH nicht zu erkennen vermochte)<sup>12</sup> nachträglich konstruiert werden können und dass damit Verträge nur solange gelten sollen, als sich diese für die Gemeinde positiv entwickeln, weil die Gemeinde sich bei nachteiligem Verlauf auf deren Ungültigkeit berufen könnte.<sup>13</sup> Auch die Handlungsspielräume von – als Vertragspartner dann unattraktiven – Kommunen wären stark beeinträchtigt. Denn wer will das Risiko eingehen, dass ein über Jahre unbeanstandet gelebter Vertrag vom Vertragspartner willkürlich als ungültig hingestellt werden könnte?

## B. ZULÄSSIGKEIT DER REVISION

### B.I. REVISION AUSDRÜCKLICH ZUGELASSEN

Das Berufungsgericht ließ die Revision an den Obersten Gerichtshof ausdrücklich zu:

Kurz zusammengefasst begründete es die Zulassung damit, dass die Rechtsprechung, ob es für die **Willensbildung des Gemeinderats** auf den Gemeinderat in seiner Gesamtheit oder Teile des Gemeinderats ankomme, uneinheitlich sei (Berufungsurteil, S 51). Damit spricht das Berufungsgericht offenbar das Thema der nachträglichen Genehmigung des Swap (und nicht der ursprünglichen Gültigkeit des Swap) an.

---

<sup>9</sup> Punkt C.III.3.1.3.

<sup>10</sup> Das ist unrichtig, vgl dazu Punkt C.III.2.6.5.

<sup>11</sup> Punkt C.III.2.6.5.4.

<sup>12</sup> Punkte C.III.2.2.5 und C.III.3.2.

<sup>13</sup> Insbesondere Punkt C.III.3.1.3, wonach Gemeinden eben gerade nicht besonders geschützt sind.

Nach Ansicht von BAWAG PSK kam es – sollte man unrichtig davon ausgehen, dass der Swap nicht bereits ursprünglich gültig geschlossen wurde – zu einer **nachträglichen Genehmigung** des Swap durch den Gemeinderat. Maßgebliche Personen und Gremien innerhalb von Stadt Linz, darunter deren Finanzdirektor Mag ██████ der Kontrollausschuss und insbesondere der Finanzausschuss des Gemeinderats, wussten über den Swap Bescheid. Der Gemeinderat genehmigte diesen dann nachträglich, sowohl durch "beharrliches Schweigen" (konkludente nachträgliche Genehmigung) als auch durch Zuwendung von über CHF 10 Millionen in den ersten zweieinhalb Jahren (nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung). Die nachträgliche Genehmigung erfolgte, wie unten dargestellt, jeweils im "Gesamtgemeinderat". Selbst wenn man das anders sieht, erfolgte die nachträgliche Genehmigung jedenfalls im Finanzausschuss, in dem maßgebliche (konkret: zuständige) Mitglieder des Gemeinderats saßen und dessen nachträgliche Genehmigung im Sinn der bisherigen Rechtsprechung deshalb bereits ausreicht. Für die detaillierte rechtliche Begründung verweist BAWAG PSK auf die Ausführungen unten.<sup>14</sup>

Für rechtliche Zweifel bleibt nach Ansicht von BAWAG PSK vor diesem Hintergrund zwar an sich kein Raum. Das Berufungsgericht teilte die Rechtsansicht der BAWAG PSK aber trotzdem nicht. Zur Wahrung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit ist deshalb auch BAWAG PSK der Überzeugung, dass die Revision **aufgrund der vom Berufungsgericht aufgeworfenen Rechtsfrage zuzulassen** ist, damit im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsprechung das gegen die bisherige Rechtsprechung ergangene Berufungsurteil nicht rechtskräftig wird und vom Obersten Gerichtshof korrigiert werden kann.

## B.II. WEITERE GRÜNDE FÜR DIE ZULÄSSIGKEIT DER REVISION

Neben der vom Berufungsgericht aufgezeigten Rechtsfrage ist die ordentliche Revision auch noch aus folgenden Gründen zulässig:

### 1. GEMEINDERATSBESCHLUSS VERSTÄRKT OBJEKTIVIERT AUSZULEGEN

Der **GRB 2004** richtet sich an eine Vielzahl unbestimmter Vertragspartner. Er ist deshalb **verstärkt objektiviert und streng nach dem Wortlaut** auszulegen. Für die detaillierte rechtliche Begründung verweist BAWAG PSK auf die Ausführungen unten.<sup>15</sup>

Das Berufungsgericht geht trotzdem davon aus, dass dem GRB 2004 nicht nur ein Bedeutungsinhalt zukommt, der nicht im Wortlaut wiedergefunden werden kann – sondern sogar ein **Bedeutungsinhalt, der dem Wortlaut widerspricht**: Der GRB 2004 spricht von "optimieren", das Berufungsgericht versteht das als "absichern". Zwei völlig verschiedene Begriffe.<sup>16</sup>

Rechtlich setzt sich das Berufungsgericht nicht mit der eingehenden rechtlichen Argumentation der BAWAG PSK auseinander, dass der GRB 2004 verstärkt objektiviert streng nach dem Wortlaut auszulegen ist. Nur an einer Stelle pickt es sich eine einzige von BAWAG PSK in der Berufung zitierte Entscheidung heraus und schlussfolgert, dass diese nicht anwendbar wäre, weil sie nicht mit einer gewillkürten Vollmacht im Einzelfall vergleichbar sei. Dass das Berufungsgericht

---

<sup>14</sup> Punkt C.III.2.6.

<sup>15</sup> Punkt C.III.2.3.3.

<sup>16</sup> Punkt C.III.2.3.3.1.

den GRB 2004 als Einzelfallvollmacht verstehen will (Berufungsgericht, S 45), **widerspricht völlig der herrschenden Lehre und Rechtsprechung**, wie unten näher aufgezeigt.<sup>17</sup>

Zur Wahrung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit ist deshalb die Revision zur weit über den Einzelfall hinaus relevanten Frage, **wie Gemeinderatsbeschlüsse auszulegen sind** und insbesondere ob diese – wie BAWAG PSK meint – verstärkt objektiviert streng nach dem Wortlaut auszulegen sind und ob diese – wie das Berufungsgericht im Ergebnis meint – gegen den Wortlaut ausgelegt werden können, zuzulassen.

## 2. KEIN AUFSICHTSBEHÖRDLICHES GENEHMIGUNGSERFORDERNIS FÜR DERIVATGESCHÄFTE

Der Abschluss des Swap war nicht von der **Aufsichtsbehörde zu genehmigen**. Für die detaillierte rechtliche Begründung verweist BAWAG PSK auf die Ausführungen unten.<sup>18</sup>

Der **VwGH** entschied nach Ansicht von BAWAG PSK zwar bereits, dass Derivatgeschäfte nach dem StL 1992 nicht der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht unterliegen.<sup>19</sup> Das **Erstgericht sah dies allerdings anders** und das **Berufungsgericht** ließ die Frage ausdrücklich **offen** (Berufungsurteil, S 32). Für die detaillierte rechtliche Begründung, weshalb die Rechtsansichten des Erstgerichts<sup>20</sup> und des Berufungsgerichts<sup>21</sup> unrichtig sind, verweist BAWAG PSK auf die Ausführungen unten.

Zur Wahrung der **Rechtseinheit und Rechtssicherheit** ist deshalb die Revision zur Frage, ob der Abschluss von Derivatgeschäften nach der bei Abschluss des Swap geltenden Rechtslage von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen war, zuzulassen. Die Frage betrifft nicht nur das StL 1992 und damit die Stadt Linz, sondern auch eine **Vielzahl anderer Kommunen**, deren Gesetze ähnliche oder teilweise sogar idente Formulierungen aufweisen wie das StL 1992.

## 3. KEINE GEMEINDERATSZUSTÄNDIGKEIT FÜR DERIVATGESCHÄFTE

Der Abschluss des Swap **fiel nicht in die Gemeinderatszuständigkeit**, sondern durfte vom Bürgermeister und den entsprechend bevollmächtigten Personen als Vertreter der Stadt Linz abgeschlossen werden. Für die detaillierte rechtliche Begründung verweist BAWAG PSK auf die Ausführungen unten.<sup>22</sup>

Das ergibt sich nach Ansicht von BAWAG PSK zwar bereits eindeutig aus dem Wortlaut des StL 1992 und dem taxativen Katalog der Gemeinderatszuständigkeiten des § 46 StL 1992, welcher Derivatgeschäfte nicht umfasst und der aus verfassungsrechtlichen Gründen eng auszulegen ist. Außerdem entschied nach Ansicht von BAWAG PSK ebenfalls wieder der VwGH bereits, dass keine Gemeinderatszuständigkeit vorliegt.<sup>23</sup> Das **Erstgericht** und das **Berufungsgericht** sahen dies allerdings anders (Berufungsurteil, S 32 ff).

---

<sup>17</sup> Punkt C.III.2.3.3.4.1.

<sup>18</sup> Punkt C.III.3.2.

<sup>19</sup> Punkt C.III.3.2.5.

<sup>20</sup> Punkt C.III.3.1.

<sup>21</sup> Punkt C.III.3.2.

<sup>22</sup> Punkt C.III.2 und C.III.3.1

<sup>23</sup> Punkt C.III.2.2.5.

Zur Wahrung der **Rechtseinheit und Rechtssicherheit** ist deshalb die Revision zur Frage, ob der Abschluss von Derivatgeschäften vom Gemeinderat zu genehmigen ist oder war, zuzulassen. Die Frage betrifft – wie beim ebenfalls nicht gegebenen Genehmigungserfordernis der Aufsichtsbehörde – nicht nur das StL 1992 und damit die Stadt Linz, sondern auch eine **Vielzahl anderer Kommunen**, deren Gesetze ähnliche oder teilweise sogar idente Formulierungen aufweisen wie das StL 1992.

#### 4. KENNTNIS EINES GEMEINDERATSBESCHLUSSES KEINE VORAUSSETZUNG FÜR ANSCHEINSVOLLMACHT BEI KOMMUNEN

Nach Ansicht des OGH muss für die Annahme einer Anscheinsvollmacht der Anschein dem Dritten nur objektiv erkennbar sein. Konkret in Bezug auf eine Anscheinsvollmacht bei Kommunen hielt der OGH fest, dass es bei Gemeinderatszuständigkeit eines Geschäfts **nicht erforderlich** ist, dass der Vertragspartner den **Gemeinderatsbeschluss** im Wortlaut kennt und dass er auch nicht von dem Recht Gebrauch machen muss, in das Sitzungsprotokoll einer öffentlichen Gemeinderatssitzung Einsicht zu nehmen. Kurz zusammengefasst: *"Es kommt auf den objektiv feststellbaren Schein an und nicht darauf, welche Kenntnis über den Beschlussinhalt der Kläger hatte."*<sup>24</sup>

Das Berufungsgericht sah das jedenfalls **im Ergebnis anders**, ohne sich mit der gerade zitierten Rechtsprechung auseinanderzusetzen. Aus der Feststellung, dass nicht festgestellt werden konnte, dass BAWAG PSK den GRB 2004 kannte, schlussfolgerte das Berufungsgericht nämlich, dass (auch) keine Anscheinsvollmacht vorgelegen haben könne. Diese Rechtsansicht ist, wie unten noch näher dargestellt wird, unrichtig.<sup>25</sup>

Zur Wahrung der **Rechtseinheit und Rechtssicherheit** ist deshalb die Revision zur Frage, ob bei gemeinderatspflichtigen Geschäften von Kommunen die Kenntnis eines Gemeinderatsbeschlusses und/oder die Wahrnehmung eines Rechts, sich über einen allfälligen Gemeinderatsbeschluss zu informieren, zusätzliche Voraussetzung für die Annahme einer Anscheinsvollmacht ist. Auch die Bedeutung dieser Frage geht, wie die vielfältige Rechtsprechung dazu zeigt, weit über den Einzelfall hinaus.

### B.III. ZWISCHENERGEBNIS

Wie oben aufgezeigt, hängt die Entscheidung dieses Sachverhalts von der Lösung mehrerer Rechtsfragen des materiellen Rechts ab, die entweder zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit und/oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt. Die grundlegende Bedeutung der Rechtsfragen wurde oben aufgezeigt. Die Revision ist auch deshalb zulässig.

---

<sup>24</sup> OGH 3 Ob 551/91.

<sup>25</sup> Punkt C.III.2.5.

## C. AUSFÜHRUNG DER REVISION

### C.I. ZUSAMMENFASSUNG

#### 1. BERUFUNGSURTEIL IST MANGELHAFT

##### 1.1. Vorbemerkung

- Aus der Rechtsrüge folgt, dass **bereits auf Grundlage der** vom Erstgericht getroffenen und vom Berufungsgericht teilweise übernommenen (Berufungsurteil, S 31) **Feststellungen** der Swap ursprünglich **gültig** geschlossen wurde und der Zwischenfeststellungsantrag der Stadt Linz abzuweisen ist.
- Für den Fall, dass der Oberste Gerichtshof dies anders sehen sollte, zeigt BAWAG PSK in der Mängelrüge auf, welchen groben Verfahrensmängeln das Berufungsverfahren unterlag und weshalb ohne diese Verfahrensmängel eine Abweisung des Zwischenfeststellungsantrags erfolgen hätte müssen.

##### 1.2. Mängelrüge vom Berufungsgericht nicht erledigt

BAWAG PSK führte in der Mängelrüge der Berufung aus, dass das erstinstanzliche Verfahren grob mangelhaft geführt wurde.

Das Berufungsgericht **behandelte diese Verfahrensmängel aber weitestgehend gar nicht inhaltlich**. Mit bloßen Scheinbegründungen, wonach es sich bei den Verfahrensmängeln zB um "rechtliche Wertungen" (was auch sonst?) handle, setzte es sich ohne jede Auseinandersetzung darüber hinweg.

Einer der – im oben beschriebenen Sinn – "relevantesten" Mängel, bei dem das Berufungsgericht eine Behandlung unterließ, ist die **Unterlassene Einvernahme der Mitglieder von Finanzausschuss und Gemeinderat**.<sup>26</sup> Das Erstgericht hat keines der von BAWAG PSK zum Beweis als Zeugen beantragten Finanzausschuss- und Gemeinderatsmitglieder gehört. Diese hätten sowohl zur ursprünglichen Gültigkeit als auch zur nachträglichen Genehmigung aussagen können, dass der GRB 2004 auch Geschäfte wie den Swap erfassen hätte sollen und sie (auch) nach Abschluss über den Swap Bescheid wussten. Das ist sowohl für die ursprüngliche Gültigkeit als auch für eine allfällige nachträgliche Genehmigung relevant. Die unterlassene Einvernahme ist damit ein Verfahrensmangel erster Instanz.

Da sich das Berufungsgericht mit diesem und weiteren Verfahrensmängeln erster Instanz gar nicht auseinandersetzte, ist das Verfahren zweiter Instanz mit mehreren Verfahrensmängeln belastet, ohne welche der Zwischenfeststellungsantrag abgewiesen worden wäre.

---

<sup>26</sup> Insbesondere Punkte C.II.1.6.1 und C.II.1.6.2.

### 1.3. Beweisrüge vom Berufungsgericht nicht oder nur grob mangelhaft erledigt

BAWAG PSK führte in der Beweisrüge der Berufung aus, dass einige vom Erstgericht getroffenen Feststellungen unrichtig sind. Wie oben ausgeführt sind diese Feststellungen ohnehin nicht entscheidungserheblich, wurden aber aus advokatorischer Vorsicht bekämpft.

Das Berufungsgericht **behandelte diese Beweisrügen zum Großteil aber gar nicht inhaltlich**. Wieder mit bloßen Scheinbegründungen setzte es sich darüber hinweg. Das häufigste Argument: Es handle sich um keine Ersatzfeststellungen, sondern um Ergänzungen. Das ist unrichtig: Die Feststellungen des Erstgerichts sind schlicht derart unvollständig, dass sie unrichtig (und nicht bloß ergänzungsbedürftig) sind. Die Behauptung, die Flagge von Österreich sei rot, ist auch nicht bloß ergänzungsbedürftig (weil weiß fehlt), sondern unrichtig (weil sie eben rot-weiß-rot ist und daher auch weiß enthält). In diesem Sinn sind auch die Feststellungen des Erstgerichts unrichtig. Selbst wenn man das anders sehen würde, hätte das Berufungsgericht die Beweisrügen jedenfalls als begehrte ergänzende Feststellungen und damit sekundäre Verfahrensmängel inhaltlich behandeln müssen.

Zu einem ganz geringen Teil behandelt das Berufungsgericht die **Beweisrügen auch inhaltlich**. Dort, wo es das tut, ist das Ergebnis **grob unrichtig**. So will das Berufungsgericht zB selbst an einer Feststellung, von der es selbst festhält, dass sie auf einem unzureichenden Beweisverfahren beruht, festhalten. Anstatt die Feststellung zu korrigieren, schreibt das Berufungsgericht in der Begründung des Berufungsurteils, wie die Feststellung "*wohl*" zu verstehen sein soll. Eine rechtlich nicht bindende Interpretation des Berufungsgerichts ist aber selbstverständlich nicht geeignet, eine korrekturbedürftige Feststellung zu sanieren.

In der Folge werden einige der – im oben beschriebenen Sinn – "relevantesten" Beweisrügen zusammengefasst, bei denen das Berufungsgericht eine Behandlung unterließ oder nur grob unrichtig vornahm:

- **Mag █████ verstand den Swap:**<sup>27</sup> Mag █████ verfügte über ein umfassendes Wissen über die Funktionsweise des Swap und insbesondere auch darüber, dass dessen Entwicklung vom EUR/CHF-Kurs abhängt und sich auch Zahlungspflichten daraus ergeben können. Die Feststellungen des Erstgerichts dazu (Zwischenurteil, S 24) sind unrichtig und unvollständig. Mag █████ Wissen ist mehrfach bewiesen, insbesondere durch selbst von ihm erstellte Excel-Dokumente, in denen er die Formel des Swap nachrechnete (Beilage ./98) und in denen er das sich aus dem Swap ergebende Risiko berechnete und laufend verfolgte (Beilage ./248). Seine Kenntnis ergibt sich auch aus den dokumentierten Gesprächen mit BAWAG PSK vor Abschluss des Swap (Beilage ./60) und aus seinen eigenen Aussagen, wonach ihm das theoretisch unbeschränkte Risiko völlig klar war (Beilage ./87). Das Wissen von Mag █████ ist rechtlich dem Gemeinderat zuzurechnen und kann deshalb für die nachträgliche Genehmigung relevant sein.

---

<sup>27</sup> Punkt C.II.2.5.

- **Stadt Linz musste aus dem Swap keine fixe Zahlung leisten:**<sup>28</sup> Beim Swap wurden zweimal jährlich Zahlungsströme zwischen BAWAG PSK und Stadt Linz ausgetauscht – eine fixe Zahlung einer Seite war nicht vorgesehen, weil die Zahlungsströme, die von der Entwicklung des EUR/CHF abhingen, zu saldieren waren (vgl § 3 Abs 3 des Rahmenvertrags, Beilage ./1). Bei Abschluss des Geschäfts stand also keinesfalls fest, dass eine Seite überhaupt jemals etwas zahlen (oder erhalten) wird. Die gegenteilige Feststellung des Erstgerichts basiert auf einer falschen Rechtsauffassung und ist auch inhaltlich mehrfach unrichtig.
- **Das Risiko aus dem Swap war beherrschbar:**<sup>29</sup> Der Swap war laut Gerichtssachverständigen objektiv beherrschbar und – obwohl es darauf nicht ankommt – auch subjektiv für Stadt Linz beherrschbar. Stadt Linz hätte nur einen einfachen Risikoleitfaden befolgen und das Risiko entsprechend beobachten müssen. Tatsächlich ergibt sich aus den Unterlagen, dass Stadt Linz dies auch tat (vgl zB Beilage ./248). Dass Stadt Linz trotzdem nicht handelte, macht den Swap nicht plötzlich "unbeherrschbar". Die gegenteiligen Feststellungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 39 f) sind unrichtig und verkennen die Natur des Swap. Folgt man der (unrichtigen) Rechtsansicht des Erstgerichts, wäre die Beherrschbarkeit Voraussetzung für die Optimierung und die Optimierung wiederum Voraussetzung für den gültigen Abschluss des Swap.

Da sich das Berufungsgericht mit diesen und weiteren Beweistrüben gar nicht oder nur grob mangelhaft auseinandersetzte, ist das Verfahren zweiter Instanz mit mehreren Verfahrensmängeln belastet, ohne welche der Zwischenfeststellungsantrag abgewiesen worden wäre.

#### **1.4. Verletzung der Anleitungs- und Erörterungspflicht**

Das Berufungsgericht stützte seine Entscheidung in zwei wesentlichen Punkten auf Rechtsgründe, welche **weder im Verfahren erster noch zweiter Instanz mit den Parteien erörtert wurden und welche grob von der Begründung des Erstgerichts abweichen.**

Weder wurde mit den Parteien die rechtliche Qualifikation des behaupteten anfänglichen negativen Marktwerts als "festgesetztes einmaliges Entgelt" noch eine allfällige Einschränkung des GRB 2004 auf Absicherungsgeschäfte aufgrund des Amtsberichts erörtert. Beide **Rechtsansichten** sind **unrichtig**, wie in der Rechtsrüge gezeigt wird. Gleichzeitig sind sie **überraschend**.

Indem sich das Berufungsgericht trotzdem auf sie stützte, verstieß es gegen die ihm obliegende **Anleitungs- und Erörterungspflicht** nach § 182a ZPO. Das Berufungsverfahren ist deshalb mit einem Verfahrensmangel belastet. Hätte das Berufungsgericht diese Rechtsansichten erörtert, hätte BAWAG PSK weiteres Vorbringen erstatten und weitere Beweise beantragen können, welche zur Abweisung des Zwischenfeststellungsantrags geführt hätten.

---

<sup>28</sup> Punkt C.II.2.13.

<sup>29</sup> Punkt C.II.2.19.

## 2. BERUFUNGSRURTEIL IST RECHTLICH UNRICHTIG

### 2.1. Mag. [REDACTED] durfte den Swap für Stadt Linz abschließen<sup>30</sup>

- Vorauszuschicken ist, dass Stadt Linz ein Teilnehmer am Rechtsverkehr wie jeder andere ist. Spätestens seit der Novelle des § 21 ABGB durch das VolljG 1973 stehen **Gemeinden nämlich nicht mehr "unter dem besonderen Schutz der Gesetze"** wie Minderjährige oder Personen, die ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen können (die Gemeinden wurden damals aus der Bestimmung gestrichen). Auch aus § 867 ABGB lässt sich kein besonderer Schutz der Gemeinden ableiten. Gemeinden werden im Privatrechtsverkehr daher grundsätzlich wie jeder andere behandelt. Jede gegenteilige Ansicht ist ein klarer Verstoß gegen geltendes Verfassungsrecht, das eben eine Gleichbehandlung aller Privatrechtssubjekte – darunter eben auch Gemeinden, jedenfalls wenn sie nicht hoheitlich tätig werden – gebietet.
- Vor diesem Hintergrund ist die Rechtslage klar: Stadt Linz, vertreten durch den hierzu befugten Bürgermeister (§ 49 StL 1992), und BAWAG PSK schlossen einen Rahmenvertrag über den Abschluss von Finanzgeschäften. Gemeinsam mit diesem Rahmenvertrag wurde Mag. [REDACTED] von Stadt Linz (Bürgermeister) gegenüber BAWAG PSK als **bevollmächtigter Vertreter** bekannt gegeben. In dieser Eigenschaft schloss Mag. [REDACTED] als Vertreter der Stadt Linz zwei Swap-Geschäfte mit BAWAG PSK, eines davon der klagsgegenständliche Swap (den ersten 2006 abgeschlossenen Swap stellte Stadt Linz übrigens vorzeitig mit Gewinn glatt). Ein Genehmigungserfordernis des Gemeinderats bestand nicht, weil Swap-Geschäfte nicht in der abschließenden Aufzählung des § 46 StL 1992 genannt sind. Der **Swap** wurde also **gültig geschlossen**.
- Das Berufungsgericht **konstruiert trotzdem beim Beschlusserfordernis des Gemeinderats einen Tatbestand, wo es gar keinen gab**. Es gab bis zur Novelle 2012<sup>31</sup> keine Zuständigkeit des Gemeinderats für Swap-Geschäfte. Das Berufungsgericht gelangt zum gegenteiligen Ergebnis, indem es behauptet, der Swap habe für Stadt Linz zu einem festgesetzten einmaligen Entgelt von über EUR 100.000 geführt, weshalb § 46 Abs 1 Z 12 StL<sup>32</sup> einschlägig sei. Tatsache ist, dass es beim Swap eben gerade **kein festgesetztes** einmaliges oder jährliches **Entgelt** in bestimmter Mindesthöhe gab. Die entgegenstehende Rechtsansicht des Berufungsgerichts, das einen – im Übrigen **nie festgestellten** – anfänglichen negativen Marktwert als Entgelt qualifiziert, ist unrichtig. Der anfängliche negative Marktwert ist abstrakt (er beruht einzig auf Rechenmodellen) und bei Derivatgeschäften **niemals tatsächlich** zu zahlen, ist daher kein Entgelt und wurde im vorliegenden Fall auch tatsächlich nicht gezahlt (und tatsächlich zahlte Stadt Linz nicht nur anfänglich, sondern auch in den ersten zweieinhalb Jahren nichts – sie erhielt in dem Zeitraum sogar Zahlungen von BAWAG PSK). Die Schwelle von EUR 100.000 kann deshalb rechtlich und logisch nicht erfüllt sein (ebenso die Schwelle von EUR 50.000 für

<sup>30</sup> Vgl unten Punkte C.III.2.2, C.III.2.3, C.III.2.4 und C.III.2.5.

<sup>31</sup> LGBl Nr 1/2012.

<sup>32</sup> "§ 46 Zuständigkeit des Gemeinderates

12. der Abschluß und die Auflösung sonstiger Verträge, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt 100.000 Euro oder das jährliche Entgelt 50.000 Euro übersteigt ...".

jährliche Zahlungen). Auch der **VwGH** erachtete § 46 StL 1992 übrigens für **nicht anwendbar**.

- Festzuhalten ist auch, dass die Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz nicht nur von der Meinung des VwGH abweichen, sondern auch in sich widersprüchlich sind, weil sie jeweils andere Gründe für die Zuständigkeit des Gemeinderats anführen. Vor dem Hintergrund, dass schon aus Gründen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes Genehmigungstatbestände eng auszulegen sind und der VwGH aussprach, dass Derivatgeschäfte wie der Swap bei der Stadt Linz überhaupt erst ab 2012 eines Gemeinderatsbeschlusses bedurften war eine **Genehmigungspflicht, über deren Grundlage nicht einmal Erstgericht und Berufungsgericht einig** sind, für BAWAG PSK nicht anzunehmen. Schon bei verfassungskonformer Interpretation verbietet sich eine Genehmigungspflicht. BAWAG PSK **durfte daher darauf vertrauen**, dass der Finanzdirektor Mag [REDACTED] auf Grundlage des Rahmenvertrages, in dessen Rahmen er auch als bevollmächtigt ausgewiesen war, den Swap schließen durfte.
- Selbst wenn man von einer Gemeinderatszuständigkeit ausgehen sollte, ändert das nichts an der Gültigkeit. Mit dem GRB 2004<sup>33</sup> **ermächtigte** der **Gemeinderat** als zuständiges Organ nämlich die FVV (als zuständige Magistratsabteilung, des Hilfsapparats des Gemeinderats) ohnehin zum Abschluss von Finanzgeschäften, wie dem **Swap**.
- Trotz des GRB 2004 (dessen Gültigkeit das Berufungsgericht ebenso wie das Erstgericht annimmt) geht das Berufungsgericht davon aus, dass das Zustandekommen des Swap daran scheiterte, dass der Swap kein "Absicherungsgeschäft" sei. Auch das ist offensichtlich unrichtig.
- Der GRB 2004 **erwähnt "Absicherung"** nämlich **mit keinem Wort**. Er **spricht** in Abgrenzung dazu gerade **von "Optimierung"**. Das Berufungsurteil ist schon deshalb unrichtig, weil es ihm einen falschen Inhalt unterstellt. Da der öffentlich zugängliche und für eine Vielzahl von Vertragspartnern maßgebliche GRB 2004 **verstärkt objektiviert** insbesondere am Wortlaut **auszulegen** ist, scheitert die Rechtsaufassung des Berufungsgerichts schon auf dieser Ebene. Eine Einschränkung auf "Absicherung" ergibt sich selbst laut Berufungsgericht **einzig (!)** aus einem **nicht öffentlichen Amtsbericht**, dessen Erwägungen (wie das Berufungsgericht sie versteht) sich **nicht im GRB 2004 widerspiegeln**, der BAWAG PSK nie zur Kenntnis gebracht wurde und von dem selbst dessen Verfasser Mag [REDACTED] ganz offensichtlich überzeugt war, dass er den **Abschluss des Swap** deckt und daran nach dem **VwGH** auch **nicht zweifeln musste**.
- Jedenfalls **zitiert das Berufungsgericht den Amtsbericht nur selektiv**. Es bezieht sich nämlich nur darauf, dass es "*nunmehr überlegenswert [erscheint], eine entsprechende Kurssicherung ins Auge zu fassen*", was offenkundig bloß eine im Jahr 2004 angestellte Überlegung der Stadtkämmerei wiedergibt (die sich auch nicht auf den

<sup>33</sup> "Die FVV [Anmerkung: Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz] wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren."

Swap bezieht). Die Zusammenfassung des Amtsberichts mit dem Beschlussvorschlag an den Gemeinderat enthielt **keine Limitierung auf das Währungsrisiko und sprach nicht von Absicherung**: "*Zusammenfassend wird vorgeschlagen, dass die FVV [...] ermächtigt wird, durch den Abschluss von Finanzgeschäften eine **Optimierung des bestehenden Fremdfinanzierungsportfolios hinsichtlich Finanzierungsform, Laufzeit und Zinssätzen vorzunehmen.***" (Hervorhebung hinzugefügt). Auch in der Diskussion zum GRB 2004 im Gemeinderat wurde bei der Bezugnahme auf den Amtsbericht nur das Ziel niedriger Zinsen erwähnt und der GRB 2004 selbst spricht generell nur von der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios – ohne jegliche inhaltliche Einschränkung. Eine **Auslegung des GRB 2004 gegen den Wortlaut** (und alle weiteren Interpretationsarten) wie ihn das Berufungsgericht vornimmt, **verbietet sich** daher (wenn man den Amtsbericht überhaupt für maßgeblich hält, was unrichtig ist).

- Richtigerweise kommt es aber auch auf die "Optimierungseignung" nicht an: Dabei handelt es sich nämlich lediglich um eine **nach innen wirkende Vorgabe für die ausführenden Organe** (das ist im Gemeinderecht häufig, vgl zB den **Effektivitätsgrundsatz** der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, der ebenfalls nur nach innen gilt). Würde die Rechtsauffassung des Erstgerichts zutreffen, wäre der Handlungsspielraum der Gemeinden (entgegen der verfassungsrechtlich verankerten Gemeindeautonomie) massiv eingeschränkt. Zudem wäre aufgrund der völlig unbestimmten Genehmigungserfordernisse der Vertrauensschutz für Vertragspartner von Gemeinden außer Kraft gesetzt.
- Selbst wenn die "**Optimierung**" aber ein Gültigkeitserfordernis sein sollte, erfüllte der Swap dieses ohnehin. Rechtlich kommt es – wenn überhaupt – nur auf eine abstrakte Optimierungseignung an und diese **erfüllte der Swap** auch laut den Gerichtssachverständigen. Jedenfalls ist der GRB 2004 und der sich daraus ergebende Ermächtigungs- und Bevollmächtigungsumfang wie dargelegt nicht auf "Absicherung" eingeschränkt.
- Die Rechtsprechung, auf welche sich das Berufungsgericht für die Begründung stützt, weshalb eine angeblich in einem internen, geheimen Dokument (Amtsbericht) beigesetzte Einschränkung auch auf Dritte durchschlägt, ist hier ohnehin nicht anwendbar: Weder gab es eine ausschließliche Innenbevollmächtigung noch vertraute BAWAG PSK "blind" auf die Angaben von Mag ██████. Darauf kommt es aber gar nicht an, weil der Swap selbst den "Vorgaben" des Amtsberichts genügte.
- **Zumindest** durfte BAWAG PSK auf die Abschlussvollmacht des Mag ██████ kraft vom Gemeinderat durch den GRB 2004 gesetzten **Anschein** und andererseits auch kraft der vom Bürgermeister im Rahmenvertrag und dem damit verbundenen Unterschriftenverzeichnis erteilten Vollmacht sowie der Duldung der Tätigkeit von Mag ██████ vertrauen. Allfällige (aber ohnehin nicht vorliegende) Vollmachtsmängel wurden damit beseitigt. Anders als in den sonstigen in Lehre und Rsp behandelten Fällen fehlte der Beschluss in gegenständlichem Fall gerade nicht, sondern der Gemeinderat hat einen Beschluss (den GRB 2004) gefasst, dessen Wortlaut das Geschäft deckt. Niemand in der Stadtverwaltung zweifelte an der Gültigkeit des

GRB 2004 und auch Mag [REDACTED] musste daran nicht zweifeln. Wieso hätte also BAWAG PSK zweifeln sollen?

- Der **Swap** wurde also jedenfalls **ursprünglich gültig abgeschlossen**.

## 2.2. Selbst wenn Mag [REDACTED] den Swap für Stadt Linz nicht gültig abschloss, genehmigte der Gemeinderat den Swap nachträglich<sup>34</sup>

- Auch Gemeinden können ursprünglich **vollmachtslose Geschäfte nachträglich genehmigen**. Genau das geschah beim Swap (geht man unrichtig davon aus, dass er nicht ohnehin ursprünglich gültig geschlossen wurde).
- Dem Gemeinderat und dessen Ausschüssen war der Swap bekannt. Der Swap war, wie auch das Erstgericht feststellte, unter anderem Gegenstand von Diskussionen im Gemeinderat und Berichterstattungen im Finanzausschuss und im Kontrollausschuss.
- Fest steht also, dass der **Gesamtgemeinderat selbst über den Swap Bescheid wusste, entweder tatsächlich unmittelbar oder rechtlich über Zurechnung des Wissens der von ihm eingerichteten Ausschüsse**. Außerdem wussten im Sinn der einschlägigen Rechtsprechung "**maßgebliche**" und "**ausschlaggebende**" **Mitglieder des Gemeinderats**, nämlich vor allem jene des zuständigen Finanzausschusses, über den Swap Bescheid. Davon ausgehend konnte BAWAG PSK das beharrliche Schweigen des Gemeinderats und dessen zuständiger Ausschüsse über Jahre hinweg nicht anders interpretieren denn als nachträgliche Genehmigung.
- Zu berücksichtigen ist auch, dass nach der Rsp des OGH, wenn der Gemeinderat einen solchen Beschluss wie den GRB 2004 fasst, ihn selbstverständlich auch die mit dem Beschluss zusammenhängende Kontrollpflicht trifft. Und wenn er diese nicht wahrnimmt, dann begründet das einen Vertrauenstatbestand für eine Anscheinsvollmacht. Insoweit ist daher entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch ein bloß passives Verhalten des Gemeinderats beachtlich.
- Hinzukommt, dass Stadt Linz während der ersten zweieinhalb Jahre **rund EUR 10 Millionen am Swap verdiente**. Das Geld wurde (ohne Beanstandung) von Stadt Linz angenommen und die Zahlungseingänge in den Rechnungsabschlüssen korrekt ausgewiesen, die vom Gemeinderat statutengemäß geprüft und genehmigt wurden. Ein klassischer Fall von **Vorteilszuwendung**, der ebenfalls zur nachträglichen Genehmigung führt.
- Weiters diskutierte der Gemeinderat in einer Sitzung 2010 den Swap, wobei Mitglieder in ihren Wortmeldungen auf die eingetretenen und drohenden Millionenverluste hinwiesen und die Bindung an den Swap betont wurde. In weiterer Folge beschloss der Gemeinderat den Voranschlag 2011 unter Berücksichtigung des Swap. Auch der Gemeinderat selbst bezweifelte die Gültigkeit des Swap selbst dann nicht.

---

<sup>34</sup> Vgl unten Punkt C.III.2.6.

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

### 2.3. Der Abschluss des Swap stand unter keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis<sup>35</sup>

- Das Erstgericht hatte sich im Zwischenurteil für die Ungültigkeit des Swap auf eine fehlende aufsichtsbehördliche Genehmigung des Landes Oberösterreich nach § 78 StL 1992 gestützt. Das Berufungsgericht konnte dieser Meinung offenbar nicht folgen (und ging darauf nicht näher ein). Auch der der VwGH entschied völlig zutreffend bereits zweimal, dass der klagsgegenständliche Swap 2007 nicht von § 78 StL 1992 erfasst war (wie auch Swaps im Allgemeinen) und keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterlag.
- Zur entsprechenden (unrichtigen) Begründung im Zwischenurteil des Erstgerichts wird auf die Ausführungen unter Punkt C.III.3.2 unten verwiesen.

## C.II. MÄNGELRÜGE

### 1. MÄNGELRÜGE VOM BERUFUNGSGERICHT NICHT ERLEDIGT

#### 1.1. Vorbemerkung

Das Berufungsgericht verwirft die (gesamte) Verfahrensrüge der BAWAG PSK mit der (unrichtigen, siehe dazu sogleich, *Schein-*) Begründung, die Verfahrensrüge wäre nicht "*gesetzmäßig*" ausgeführt, weil sie "*durchwegs*"<sup>36</sup> offen gelassen hätte, "*welche Feststellung vom jeweils monierten Verfahrensmangel betroffen sei*" (Zwischenurteil S 8 ff). Anders ausgedrückt, das Berufungsgericht verwarf die Verfahrensrüge wegen vermeintlich nicht erfüllter Formalvorgaben und setzte sich in Wahrheit (zu Unrecht) mit **keinem einzigen** von BAWAG PSK aufgeworfenen Verfahrensfehler auch nur in irgendeiner Weise **inhaltlich** auseinander.

Wie nachfolgend aufgezeigt wird, wurden aber – entgegen der unrichtigen Ansicht des Berufungsgerichts – nicht nur sämtliche mit der Verfahrensrüge vorgebrachten Punkte (jeweils) gesetztmäßig ausgeführt, sondern waren diese – wären sie vom Berufungsgericht rechtsrichtig aufgegriffen worden – von Relevanz für den Ausgang des erstinstanzlichen Verfahrens und der Berufung wäre daher Folge zu geben gewesen (sofern man nicht wie BAWAG PSK davon ausgeht, dass ohnehin auch mit den bestehenden Feststellung der Revision Folge zu geben ist). Indem das Berufungsgericht sich mit der Verfahrensrüge jedoch **gar nicht auseinandersetzte**, sondern diese mit einer (unrichtigen) Scheinbegründung zur Gänze verwarf, leidet das **Berufungsverfahren selbst an einem Verfahrensmangel**, der nach ständiger Rechtsprechung als Mangel des Berufungsverfahrens nach § 503 Abs 1 Z 2 ZPO geltend zu machen ist.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Vgl unten Punkt C.III.3.2.

<sup>36</sup> Hervorhebungen in Zitaten hinzugefügt.

<sup>37</sup> Neumayr in Höllwerth/Ziehensack (Hrsg), ZPO\_Praxiskommentar (2019) § 503 ZPO, RZ 14ff; sowie RIS-Justiz RS0043144.

Dies unterscheidet den (vorliegenden) Mangel jedoch von der – von Rechtsprechung und Lehre unterschiedlich beantworteten - Frage des "*Durchschlagens von Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens*",<sup>38</sup> welche sich **nur** dann stellt, wenn das Berufungsgericht eine Verfahrensrüge **nach** inhaltlicher Auseinandersetzung mit den von der BAWAG PSK vorgebrachten Rügegründen **verneint**. Da sich das Berufungsgericht im vorliegenden Fall jedoch mit den Rügegründen (inhaltlich) gar nicht auseinandergesetzt hat, ist auf die diese Frage nicht näher einzugehen.

## 1.2. Zur gesetzmäßigen Ausführung der Verfahrensrüge in der Berufung

Bezeichnend ist zum Beispiel, dass das Berufungsgericht die mit der Berufung vorgebrachten Punkte in seinem Urteil zwar *pro forma* (den Anschein einer inhaltlichen Auseinandersetzung wahrend) jeweils mit einem Satz erwähnt, aber dem folgend sämtliche Punkte sogleich mit dem pauschalen Stehsatz verwirft, die Rüge wäre *nicht gesetzmäßig* ausgeführt, weil BAWAG PSK es unterlassen hätte, "*jene erstgerichtlichen Feststellungen [in der gebotenen Klarheit]*" aufzuzeigen, durch die sich die BAWAG PSK für beschwert erachtet hätte. Das Berufungsgericht stützt sich zur Bekräftigung seiner (unrichtigen) Rechtsansicht auf (vermeintlich zutreffende) Judikatur des OGH, nämlich konkret auf RIS-Justiz RS0043039 (Zwischenurteil S 8).

Dieser vom Berufungsgericht herangezogene Rechtssatz lautet in Wahrheit wie folgt (Hervorhebung hinzugefügt): "*Die gesetzmäßige Ausführung des Berufungsgrundes der Mangelhaftigkeit (hier wegen Unterlassung der Parteienvernehmung) erfordert, dass der Berufungswerber die für die **Entscheidung wesentlichen Feststellungen anführt, die (hier bei Durchführung der Parteienvernehmung) zu treffen gewesen wären**. Er wird hievon nicht dadurch befreit, dass er im Verfahren erster Instanz die Beweisthemen angegeben hatte, zu denen er die Parteienvernehmung beantragte.*"

Das Berufungsgericht verkennt somit, dass BAWAG PSK zur Konkretisierung der Relevanz der Verfahrensrüge (und nichts Anderes ist mit diesem Rechtssatz ausgedrückt) (lediglich) die (hypothetischen) Beweisergebnisse und Feststellungen, die bei korrekter Durchführung des Verfahrens erster Instanz zu erwarten gewesen wären, darzulegen hat. Nicht gefordert ist jedoch, dass BAWAG PSK jene Feststellungen des erstgerichtlichen Urteils "*in der gebotenen Klarheit (?)*" konkretisiert, die bei korrekter Durchführung des erstinstanzlichen Verfahrens zu ersetzen gewesen wären. Das Berufungsgericht verwechselt die Verfahrensrüge daher augenscheinlich mit den von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen der gesetzmäßigen Ausführung der *Beweisrüge* (siehe zu den Voraussetzungen der Beweisrüge aber noch näher Punkt C.II.2.2). Aber abgesehen davon berücksichtigt das Berufungsgericht nicht, dass BAWAG PSK auch die (für die Geltendmachung der Mängelrüge eigentlich nicht notwendigen) anzufechtenden Feststellungen ohnedies *in der gebotenen Klarheit* ausgeführt hat, indem sie diese zum Teil sogar wortwörtlich zitierte (siehe zB in der Berufung zu Punkt D.II.1 mit Verweis auf Punkt C.II.25). Nicht verlangt wird hingegen von der Rechtsprechung, dass BAWAG PSK die Feststellungen jedes Mal (wortgleich) wiederholt, vielmehr kann BAWAG PSK auf diese in ihrer Berufung auch verweisen.

<sup>38</sup> Siehe zB Neumayr in Höllwerth/Ziehensack (Hrsg), ZPO-Praxiskommentar (2019) § 503 ZPO RZ 17.

Wenn das Berufungsgericht auf US 7 vermeint, dass im Fall von fehlenden Feststellungen aufgrund unterlassener Beweisaufnahme nur ein sekundärer Feststellungsmangel, jedoch kein primärer Verfahrensmangel, vorliegen könne, und damit unter anderem offensichtlich die Nichterledigung einiger (nicht konkretisierter) Verfahrensrügen der BAWAG PSK rechtfertigen möchte, ist dem entgegenzuhalten, dass es nach § 84 Abs 2 ZPO nicht schaden würde, wenn der sachlich richtig ausgeführte Berufungsgrund nur unrichtig benannt wäre,<sup>39</sup> sodass sich das Berufungsgericht selbst bei Zutreffen seiner Rechtsausführungen mit den Ausführungen der BAWAG PSK **inhaltlich auseinandersetzen** hätte müssen. Dies vorangestellt, bedeutet das für die nachstehenden Punkte folgendes:

### 1.3. Punkt D.II.1 der Berufung

BAWAG PSK bezeichnet in Punkt D.II.1 den (i) Verfahrensmangel des Erstgerichts, nämlich dem Antrag der BAWAG PSK, "*im EGA durchgeführte Wahrscheinlichkeitsrechnungen auch mit einer positiven Drift zu rechnen*", nicht stattgegeben zu haben. Mit Verweis auf die Beweisrüge in C.II.25 (siehe FN 497, S 196 der Berufung) legt BAWAG PSK in weiterer Folge dar, (ii) welche konkrete Feststellung zu ersetzen und welche Beweisergebnisse und Feststellungen bei (rechtsrichtiger) Verfahrensführung durch das Erstgericht zu erwarten und zu treffen gewesen wären:

Bei korrekter Verfahrensführung (und Entsprechung des Beweisantrages) hätte sich die Bandbreite der aus den Wahrscheinlichkeitsrechnungen ergebenden Zahlen sowohl bei laufenden Zahlungen als auch bei Ausstiegskosten zu Gunsten von BAWAG PSK verändert. Mit anderen Worten, BAWAG PSK legte in ihrer Verfahrensrüge jene zu erwartenden entscheidungsrelevanten Beweisergebnisse und Feststellungen in der "*gebotenen Klarheit*" dar, die bei Wegdenken des Verfahrensfehlers zu erwarten gewesen wären (und zeigt dadurch die Relevanz der Verfahrensrüge auf).<sup>40</sup> Dies hätte aber wiederum dazu geführt, dass das Erstgericht den Antrag der Stadt Linz hätte abweisen müssen.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.1 (S 195ff der Berufung) wie folgt aus:

#### **"2. Ergänzung des Sachverständigengutachtens um weitere Wahrscheinlichkeitsberechnungen (S 104-107)**

*Das Erstgericht gab dem mehrfachen Antrag der BAWAG PSK, die von den Gerichtssachverständigen im EGA durchgeführten Wahrscheinlichkeitsrechnungen auch mit einer positiven Drift zu rechnen, nicht statt. BAWAG PSK verweist auf die entsprechenden Ausführungen in der Beweisrüge, in denen auch der genaue Antrag samt Fundstellen angeführt ist.<sup>41</sup>*

*Hätte das Erstgericht die von BAWAG PSK beantragten Berechnungen beauftragt, hätte sich die Bandbreite der aus den Wahrscheinlichkeitsrechnungen er-*

<sup>39</sup> Vgl Pimmer in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> IV/1 § 496 ZPO Rz 51 (Stand 1.9.2019, rdb.at).

<sup>40</sup> RIS-Justiz RS0037095, T6.

<sup>41</sup> Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.25.

*gebenden Zahlen sowohl bei laufenden Zahlungen als auch bei Ausstiegskosten zu Gunsten von BAWAG PSK verändert. Das hätte dazu geführt, dass das Erstgericht nicht unrichtig davon ausgehen hätte können, dass bei gewöhnlichem Lauf der Dinge eine Fremdfinanzierung nötig ist und damit ein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis bestand sowie die Optimierungseignung fehlt (alles unrichtig). Der Antrag der Stadt Linz auf Fällung eines Zwischenurteils wäre also abzuweisen gewesen."*

*Dass die zusätzlichen Berechnungen nicht durchgeführt wurden, wird deshalb als wesentlicher Verfahrensmangel geltend gemacht."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

Hätte das Berufungsgericht sich hingegen mit dieser Verfahrensrüge (rechtsrichtig inhaltlich) auseinandergesetzt, hätte es entweder die von der BAWAG PSK beantragten Beweise (selbst) aufnehmen, die in der Berufung konkretisierten zu erwartenden entscheidungsrelevanten Beweisergebnisse und (Ersatz-) Feststellungen treffen müssen und der Berufung sohin entweder Folge geben, oder das Urteil zumindest aufheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung zurückverweisen müssen.

#### **1.4. Punkt D.II.2 der Berufung**

Das Berufungsgericht geht auf den Berufungspunkt D.II.2. abermals nicht (inhaltlich) ein, sondern verwirft die Mängelrüge aufgrund angeblicher nicht gesetzmäßiger Ausführung (siehe dazu bereits Punkt 1.1). Dass die Verwerfung in Wahrheit jedoch nur dazu dienen sollte, sich vorgeblich nicht mit der Verfahrensrüge (inhaltlich) auseinandersetzen zu müssen und daher nur eine Scheinbegründung darstellt, zeigt sich am Rügepunkt D.II.2. besonders anschaulich:

BAWAG PSK legt, den Voraussetzungen der gesetzmäßigen Ausführung der Verfahrensrüge folgend, zunächst (i) den Verfahrensmangel des Erstgerichts, nämlich die Ablehnung der Beischaffung des Aktes zum Disziplinarverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht, deutlich dar. Anschließend zeigt BAWAG PSK auf, (ii) welche (konkrete) Feststellung durch welche bei rechtsrichtiger Führung des Verfahrens in erster Instanz (eigentlich richtigerweise) zu treffenden Beweisergebnisse und Feststellungen zu ersetzen gewesen wären (siehe dazu der Verweis in der FN 500, 501 und 502 der Berufung).

In weiterer Folge legt BAWAG PSK nicht nur dar, dass die Verwerfung der Beischaffung der Akten zu Unrecht erfolgt ist (siehe dazu Punkt D.II.2.4 "Rechtliches"), sondern führt unter D.II.2.5 zur Relevanz des Beweisantrages aus, dass die Beischaffung des Aktes zum Disziplinarverfahren gegen Mag ██████ aus allen Instanzen (AZ LVwG900000/31/SE vor dem OÖ Landesverwaltungsgericht) ergeben hätte, dass die Aussagen des Zeugen Mag ██████ vor dem Erstgericht in wesentlichen Punkten objektiv unrichtig ist. Diesfalls hätte das Erstgericht aber feststellen müssen, dass niemand in der Stadtverwaltung *ex ante* von einer Genehmigungspflicht ausging. Darauf aufbauend wäre das Erstgericht – bei ordnungsgemäßer Durchführung des Verfahrens – (iii) **zur rechtlichen Beurteilung gelangt**, dass die Genehmigungspflicht zu verneinen ist und der Antrag der klagenden Partei daher abzuweisen wäre.

Darüber hinaus hätte das Erstgericht, bei korrekter Verfahrensführung, die Feststellung treffen müssen, dass sich Mag ██████ *ex ante* "sattelfest" fühlte. Aus dieser Feststellung hätte das Erstgericht jedoch – im Hinblick auf die Zurechnung an den Gemeinderat des Wissens von Mag ██████ als Leiter der mit der Abwicklung von Finanzgeschäften betrauten FVV des Magistrats (als Hilfsapparat des Gemeinderats)<sup>42</sup> – den rechtlichen Schluss ziehen müssen, dass die nachträgliche Genehmigung zu bejahen gewesen wäre.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.2 (S 196 ff der Berufung) wie folgt aus:

## **"2. Einsichtnahme in den Akt zum Disziplinarverfahren gegen Mag ██████ (S 109-110)**

### *2.1. Vorbemerkung*

*Das Erstgericht lehnt die Beischaffung des Akts zum Disziplinarverfahren gegen Mag ██████ aus allen Instanzen aus mehreren Gründen ab, von denen keiner zutrifft.*

### *2.2. Meinung zur Genehmigungspflicht*

*Die BAWAG PSK beantragte die Beischaffung dieses Aktes zu Inhalten von Aussagen Mag ██████ zu seiner Meinung und der Meinung der ganzen Stadtverwaltung zur Genehmigungspflicht (Äußerung 4.6.2019, S 19 f):*

- Laut der Entscheidung des Oberösterreichischen Landesverwaltungsgerichts gab Mag ██████ im Disziplinarverfahren schriftlich an, dass weder er noch sonst jemand in der Verwaltung der Stadt Linz von einer Genehmigungspflicht des Swap ausgegangen sei: "Auch innerhalb der Stadt Linz seien lange Zeit sämtliche damit befassten Stellen der Auffassung gewesen, dass keine zusätzlichen Genehmigungen erforderlich wären. [...] Wenn die Zulässigkeit eines Grundsatzbeschlusses für Darlehensaufnahmen und deren selbstständige Umsetzung durch die Stadtverwaltung befürwortet werde, müsse dies umso mehr für den gegenständlichen S. [Anm: Swap] gelten, bei welchem zusätzlich noch die Vorfrage zu klären ist, ob diese überhaupt einem Darlehen gleich zu halten sei."<sup>43</sup>*
- In seiner Einvernahme vor dem Erstgericht am 14.5.2019 sagte Mag ██████ hingegen aus, dort gar keine Aussagen getätigt zu haben: "Wie das Landesverwaltungsgericht zu dieser Feststellung kommt, weiß ich nicht, ich habe dort keine Aussage abgelegt. [...] Ich kann dazu nichts sagen, wie das Landesverwaltungsgericht dazu kommt."<sup>44</sup>*

<sup>42</sup> Siehe dazu näher Punkt C.III.2.6.5.4.2.

<sup>43</sup> LVwG900000/31/SE.

<sup>44</sup> Protokoll 13.5.2019, S 7 f.

Die Aussage von Mag ██████ im erstinstanzlichen Verfahren steht damit bei einem wesentlichen Punkt im Widerspruch zur öffentlich zugänglichen Disziplinarentscheidung, wo an mehreren Stellen festgehalten ist, dass der Beschwerdeführer, also Mag ██████ (vgl dazu die ergänzende Feststellung oben),<sup>45</sup> Stellungnahmen abgab.

### 2.3. Selbsteinschätzung von Mag ██████

Die BAWAG PSK beantragte die Beischaffung des Disziplinaraktes außerdem auch zum Beweis der Selbsteinschätzung des Mag ██████ dessen Aussage im Disziplinarverfahren in der Entscheidung des oberösterreichischen Landesverwaltungsgerichts zitiert wird, dass er sich ex ante "sattelfest"<sup>46</sup> fühlte, den Swap abzuschließen, was nur so verstanden werden kann, dass er nach seiner Auffassung ex ante über die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügte (Äußerung 4.6.2019, S 19 f). Vor dem Erstgericht sagte er am 13.5.2019 als Zeuge jedoch wie oben zitiert aus, dass er im Disziplinarverfahren keine Aussage machte und sich auch nicht erklären könne, wie das Landesverwaltungsgericht zu einer anderslautenden Aussage komme.

Es liegt somit in einem zweiten aus Sicht des Erstgerichts (das dazu Feststellungen traf) relevanten Punkt, nämlich hinsichtlich Mag ██████ Selbsteinschätzung seiner Kenntnisse und Erfahrungen ex ante, ein Widerspruch vor. In der Beweisrüge wird die Feststellung auf S 24 des Zwischenurteils zur Kenntnis des Mag ██████ über die Funktionsweise des Swap bekämpft und deren Unvollständigkeit aufgezeigt, die sich schon auf Grundlage der bereits vorliegenden Beweismittel ergibt. Zu den begehrten Feststellungen wird auf diesen Punkt der Beweisrüge verwiesen.<sup>47</sup> Ihr wesentlicher Kern ist, dass Mag ██████ die wesentlichen Eckdaten der Struktur des Swap kannte und insbesondere wusste, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können. Die rechtliche Relevanz dieser Feststellung wurde in der oben genannten Beweisrüge eingehend dargelegt.

### 2.4. Rechtliches

Die Antragstellung sei laut Erstgericht ohne Behauptung des eigenen Unvermögens erfolgt und daher schon nach § 301 ZPO nicht geeignet, eine Verpflichtung des Gerichts zur Beschaffung der Beweismittel für die BAWAG PSK zu begründen. Sollte, was im Hinblick auf die Sensibilität eines Disziplinarverfahrens nicht überraschend wäre, der BAWAG PSK keine Akteneinsicht gewährt werden, sei es ihr auch verwehrt, über einen Antrag im Zivilverfahren zu versuchen, Akteneinsicht zu erlangen.

Gemäß § 301 Abs 1 ZPO ist Voraussetzung für den Antrag, die Vorlage einer als Beweismittel zu benützenden Urkunde zu veranlassen, welche sich bei einer

---

<sup>45</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.I.3.

<sup>46</sup> LVwG900000/31/SE.

<sup>47</sup> Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.3.

öffentlichen Behörde oder in Verwahrung eines Notars befindet, dass die Partei deren Ausfolgung oder Vorlage "im Wege unmittelbaren Einschreitens nicht zu erlangen vermag". Die Beischaffung einer solchen Urkunde durch das Gericht ist daher lediglich subsidiär; primär obliegt diese dem Beweisführer. Die beweisführende Partei muss daher in ihrem Antrag auf Beischaffung der Urkunde behaupten und bescheinigen, dass die Behörde bzw der Notar die Vorlage der Urkunde verweigert.<sup>48</sup>

Der hier von der BAWAG PSK gestellte und vom Erstgericht zurückgewiesene Antrag hat jedoch nicht die Vorlage einer Urkunde, sondern die Beischaffung eines Disziplinaraktes zum Gegenstand. Es liegt auf der Hand und bedarf keiner Behauptung oder Bescheinigung, dass ein solcher Akt oder auch Teile eines solchen Aktes einer am Disziplinarverfahren nicht beteiligten Person nicht ausgefolgt wird. Das Verlangen des Erstgerichts an die BAWAG PSK, vorher einen derartigen Antrag zu stellen, ist auch in § 301 Abs 1 ZPO nicht gedeckt, der nur die Vorlage von Urkunden zum Gegenstand hat. Die Aktenübersendung ist vielmehr ein Fall der Amtshilfe zwischen den Organen der Vollziehung.<sup>49</sup>

Die Beurteilung, ob dieser Akt tatsächlich übersendet werden wird, obliegt nicht dem Erstgericht. Erst dann, wenn die Übersendung des Disziplinaraktes verweigert werden sollte oder nur mit der Auflage erfolgen sollte, dass nur das Gericht, nicht aber die Parteien Einsicht nehmen dürfen, dürfte der Akt nicht als Beweismittel verwendet werden.<sup>50</sup>

Diese Situation liegt aber nicht vor, sodass die Weigerung des Erstgerichts, das Ersuchen auf Übersendung des Disziplinaraktes zu stellen, nicht begründet ist.

Nach Ansicht des Erstgerichts ist die Frage der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht außerdem eine Rechtsfrage, zu der nicht Beweis aufzunehmen ist. Für die Gültigkeit des Swap sei es aber unerheblich, was andere über die Genehmigungspflicht denken oder dachten.

Das ist zwar grundsätzlich zutreffend und das aufsichtsbehördliche Genehmigungserfordernis kann schon aus rechtlichen Gründen nicht vorliegen.<sup>51</sup> Sollte man dies anders sehen – was das Erstgericht offenbar tut –, dann ist die historische Meinung aller auf der Seite der Stadt Linz involvierten Personen zur praktischen Anwendung der Genehmigungspflichten und die historische Einschätzung von Mag ██████ ob er mit dem Swap "umgehen" konnte, allerdings schon ein Indiz, wie die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht auszulegen ist und wie die Kenntnisse und Erfahrungen Mag ██████ ex ante waren.

---

<sup>48</sup> Kodek in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 § 301 ZPO Rz 2.

<sup>49</sup> Kodek in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 § 301 Rz 8.

<sup>50</sup> Kodek in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 § 301 Rz 11.

<sup>51</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.I.

## 2.5. Wesentlichkeit

*Die Beischaffung des Aktes zum Disziplinarverfahren gegen Mag. ██████ aus allen Instanzen (AZ LVwG900000/31/SE vor dem OÖ Landesverwaltungsgericht) ist notwendig, weil sich aus den Protokollen ergeben wird, dass das Landesverwaltungsgericht die Aussage Mag. ██████ richtig wiedergegeben hat und die Aussage des Zeugen Mag ██████ vor dem Erstgericht in diesen Punkten objektiv unrichtig ist.*

*Das Erstgericht hätte in diesem Sinn feststellen müssen, dass niemand in der Stadtverwaltung ex ante von einer Genehmigungspflicht ausging, was ein Indiz gegen das Vorliegen der Genehmigungspflicht ist.<sup>52</sup> In der Folge hätte das Erstgericht die Genehmigungspflicht verneinen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.*

*Außerdem hätte das Erstgericht in diesem Sinn feststellen müssen, dass Mag ██████ sich ex ante "sattelfest" fühlte, was ein Indiz für sein umfassendes Wissen über den Swap ist, welches dem Gemeinderat zugerechnet wird und ein "Baustein" bei der nachträglichen Genehmigung durch den Gemeinderat ist.<sup>53</sup> In der Folge hätte das Erstgericht die nachträgliche Genehmigung bejahen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.*

*Dass das Erstgericht den Disziplinarakt trotzdem nicht beischaffte, wird als Verfahrensmangel geltend gemacht."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

Da das Berufungsgericht die korrekt ausgeführte Verfahrensrüge ohne inhaltliche Befassung zu Unrecht verworfen hat, leidet das Berufungsverfahren selbst an einem Verfahrensmangel. Hätte das Berufungsgericht sich hingegen mit dieser Verfahrensrüge (rechtsrichtig inhaltlich) auseinandergesetzt, hätte es jedoch entweder die von der BAWAG PSK beantragten Beweise (selbst) aufnehmen, die in der Berufung konkretisierten zu erwartenden entscheidungsrelevanten Beweisergebnisse und (Ersatz-) Feststellungen treffen und der Berufung sohin entweder Folge geben, oder das Urteil zumindest aufheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung zurückverweisen müssen.

### 1.5. Punkt D.II.3 der Berufung

Selbiges gilt für den in der Berufung geltend gemachten Rügepunkt D.II.3. BAWAG PSK (i) legt den Verfahrensfehler des Erstgerichts – nämlich die Verwerfung des Antrages der BAWAG PSK auf Einvernahme der Zeugen ██████ ██████ und ██████ zum Beweis dafür, dass ex ante tatsächlich Swap-Geschäfte nicht aufsichtsbehördlich genehmigt wurden –, dar, (ii) zeigt in weiterer Folge auf, welche (urteilsrelevanten) Beweisergebnisse und Feststellungen die BAWAG PSK aufgrund mangelnder Verfahrensführung durch das Erstgericht daher nicht erbringen

<sup>52</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.I.5.3.

<sup>53</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.3.

konnte, nämlich, die Beweisergebnisse, dass *ex ante* Swap-geschäfte nicht aufsichtsbehördlich genehmigt wurden, nicht zu genehmigen waren und auch keine Berechnungen künftiger Risiken mit mathematischen Modellen angestellt wurden und (iii) führt schließlich zur Relevanz aus, welche rechtliche Konsequenz sich aus den unterlassenen Feststellungen ergeben hätte (siehe Verweis in FN 509 der Berufung). Dem Antrag der Stadt Linz wäre daher nicht Folge zu geben gewesen.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.3 (S 199 der Berufung) wie folgt aus:

**"3. Einvernahme der Zeugen [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] (S 110)**

*Das Erstgericht hatte die Einvernahme dieser Zeugen ursprünglich von Amts wegen beschlossen und diese Zeugen auch geladen (ON 576: [REDACTED] ON 578: [REDACTED] und [REDACTED]. In der Tagsatzung am 14.5.2019 kündigte das Erstgericht jedoch an, diese Zeugen nun nicht mehr hören zu wollen. Für das Zwischenurteil sei nicht relevant, ob Swap-Geschäfte genehmigt wurden und ob und was für Berechnungen angestellt wurden. Daraufhin beantragte BAWAG PSK die Zeugen zum Beweis, dass *ex ante* tatsächlich Swap-Geschäfte nicht aufsichtsbehördlich genehmigt wurden und generell (also etwa auch bei der Genehmigung von Fremdwährungsdarlehen) auch keine Berechnungen künftiger Risiken mit mathematischen Modellen angestellten wurden (Äußerung vom 4.6.2019, S 20).*

*Die Zeugen hätten ausgesagt, dass *ex ante* Swap-Geschäfte nicht aufsichtsbehördlich genehmigt wurden, nicht zu genehmigen waren und auch keine Berechnungen künftiger Risiken mit mathematischen Modellen angestellt wurden. Entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts sind die Tatsachen, zu deren Beweis die Einvernahme dieser Zeugen beantragt wurde, auch nach wie vor relevant. Dies wird in der Rechtsrüge dargelegt und auf diese Ausführungen wird verwiesen.<sup>54</sup>*

*Deshalb wären die Zeugen vom Erstgericht zu hören gewesen. Dass dies nicht geschah, wird als Verfahrensmangel geltend gemacht."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

Da das Berufungsgericht die korrekt ausgeführte Verfahrensrüge ohne inhaltliche Befassung zu Unrecht verworfen hat, leidet das Berufungsverfahren selbst an einem Verfahrensmangel. Hätte sich das Berufungsgericht hingegen mit dieser Verfahrensrüge (rechtsrichtig inhaltlich) auseinandergesetzt, hätte es jedoch entweder die von der BAWAG PSK beantragten Beweise (selbst) aufnehmen, die in der Berufung konkretisierten (Ersatz-) Feststellungen treffen müssen und der Berufung entweder Folge geben, oder das Urteil zumindest aufheben und die Rechtsache an das Erstgericht zurückverweisen müssen.

---

<sup>54</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.I.5.3.

## 1.6. Punkte D.II.4. bis D.II.9. der Berufung

Das Berufungsgericht verwirft die mit Verfahrensrüge geltend gemachten Punkte D.II.4 bis D.II.9 abermals ohne inhaltliche Auseinandersetzung und begründet dies damit, dass die von der BAWAG PSK in ihrer Berufung vorgebrachten – und bei korrekter Verfahrensführung ergänzend (urteilsrelevant) zu erwartenden und zu treffenden – Feststellungen "*allgemeine rechtliche Wertungen [seien]; nichts davon lässt eine konkrete Feststellung erkennen, die vom relevierten Verfahrensmangel betroffen wäre*" (Zwischenurteil S 8).

Diese Ansicht ist unrichtig:

Hätte sich das Berufungsgericht mit den in der Berufung geltend gemachten Rügegründen tatsächlich auseinandergesetzt, hätte es nämlich erkannt, dass die BAWAG PSK zu jedem einzelnen (vom Berufungsgericht zu Unrecht verworfenen) Rügepunkt die jeweiligen für die rechtliche (günstigere) Beurteilung (zu erwartenden, und nur das zählt) **relevanten Beweisergebnisse und Feststellungen auch konkret** dargetan hat (siehe dazu sogleich unten).

Indem das Berufungsgericht aber gezielt nur (und dies wiederum lediglich ausschnittsweise) die rechtlichen Schlüsse aus den von BAWAG PSK jeweils konkret dargelegten (bei korrekter Verfahrensführung richtigerweise noch zu treffenden) Feststellungen zitiert, verwirft das Berufungsgericht die folgenden Rügepunkte mit der unrichtigen Begründung, BAWAG PSK hätte die Verfahrensrüge nicht *gesetzmäßig* ausgeführt, weil sie nur "*rechtliche Wertungen*" in ihrer Verfahrensrüge geltend gemacht, aber keine (zu erwartenden) Feststellungen aufgezeigt hätte: In Wahrheit hat BAWAG PSK jedoch – wie sich nachfolgend zeigt – die Verfahrensrüge nicht nur *gesetzmäßig* ausgeführt, sondern übersieht das Berufungsgericht bei seinen Ausführungen abermals, dass nicht *die konkrete Feststellung* im Ersturteil darzulegen ist, deren Bekämpfung begehrt wird, sondern bei Geltendmachung der Verfahrensrüge (lediglich) jene für BAWAG PSK günstige(er)n entscheidungsrelevanten **Beweisergebnisse und Feststellungen** zu konkretisieren sind, die bei fehlerfreier Verfahrensführung **zu erwarten gewesen wären**.<sup>55</sup> Dies hat BAWAG PSK, wie nachfolgend gezeigt wird, auch korrekt getan:

### 1.6.1. **Punkt D.II.4. der Berufung**

BAWAG PSK (i) rügt in Punkt D.II.4. den konkreten Verfahrensfehler des Erstgerichts (die Verwerfung der Beweisanträge auf Vernehmung der Zeugen Mayr, Giegler, Kiesewetter, Hörzing, Reisinger, Schaller, Terbuch, Kaltenhuber, Lausegger, Schmied, Hattmansdorfer, Ortner und Stelzer). In weiterer Folge führt BAWAG PSK nicht nur aus, warum das Erstgericht die Beweisanträge zu Unrecht verworfen hat, sondern legt – der von der Rechtsprechung verlangten Konkretisierung der Verfahrensrüge entsprechend – dar, (ii) welche entscheidungsrelevanten Beweisergebnisse und Feststellungen sich aus der Einvernahme der Zeugen ergeben hätten. Diese hätten nämlich ausgesagt, dass Stadt Linz jahrelang Gemeinderatsbeschlüsse als zivilrechtliche Vollmacht nutzte und dies der langjährigen Praxis entsprach. Aus diesem Beweisergebnis hätte sich ergeben, dass dies auch für den GRB 2004 galt. Richtig als zivilrechtliche

---

<sup>55</sup> RIS-Justiz RS0043039.

Vollmacht verstanden hätte das Erstgericht dann (iii) zum (rechtlichen) Schluss kommen müssen, dass der Gemeinderat mit dem GRB 2004 Mag [REDACTED] zum Abschluss des Swap bevollmächtigte. Diesfalls hätte das Erstgericht jedoch den Antrag der Stadt Linz abweisen müssen.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.4 (S 199ff der Berufung) wie folgt aus:

#### **"4. Gemeinderatsbeschlüsse als zivilrechtliche Vollmacht (S 110)**

*Zum Beweis, dass das Verständnis des GRB 2004 als zivilrechtliche Vollmacht der langjährigen Praxis der Stadt Linz entsprach, beantragte die BAWAG PSK die Einvernahme weiterer Zeugen (Äußerung vom 4.6.2019, S 32). Es handelt sich dabei um die im Schriftsatz vom 18.5.2017 genannten ehemaligen Mitglieder des Finanzausschusses und des Gemeinderats, nämlich Mayr, Giegler, Kiese Wetter, Hörzing, Reisinger, Schaller, Terbuch, Kaltenhuber, Lausegger, Schmied, Hattmansdorfer, Ortner und Stelzer (vgl zum Antrag und zu den Anschriften Schriftsatz vom 18.5.2017, S 36 f).*

*Das Erstgericht meint ohne nähere Begründung (S 111 des Zwischenurteils), mangels Wesentlichkeit des Beweisthemas für die Entscheidung erübrige sich "eine differenzierte Prüfung, welcher konkreten Zeugen aus dem Schriftsatz ON 465 sich die Beklagte zum Beweis dieses Umstands bedienen möchte". Aus den Schriftsätzen ergibt sich klar, dass die Einvernahme aller dort angeführten Personen als Zeugen beantragt wurde. Für eine Einschränkung auf bestimmte Personen, wie sie das Erstgericht möglicherweise überlegt, besteht daher keine Veranlassung.*

*Die Zeugen hätten ausgesagt, dass Stadt Linz jahrelang Gemeinderatsbeschlüsse als zivilrechtliche Vollmacht nutzte und dies der langjährigen Praxis entsprach. Aus diesem Beweisergebnis hätte sich ergeben, dass dies auch für den GRB 2004 galt. Richtig als zivilrechtliche Vollmacht verstanden hätte das Erstgericht dann zum Schluss kommen müssen, dass der Gemeinderat mit dem GRB 2004 Mag [REDACTED] zum Abschluss des Swap bevollmächtigte.*

*Deshalb wären die Zeugen vom Erstgericht zu hören gewesen. Dass dies nicht geschah, wird als Verfahrensmangel geltend gemacht."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

Da das Berufungsgericht die korrekt ausgeführte Verfahrensrüge ohne inhaltliche Befassung nur mit einer vorgeschobenen Scheinbegründung zu Unrecht verworfen hat, leidet das Berufungsverfahren selbst an einem Verfahrensmangel. Hätte das Berufungsgericht sich hingegen mit dieser Verfahrensrüge (rechtsrichtig inhaltlich) auseinandergesetzt, hätte es jedoch entweder die von der BAWAG PSK beantragten Beweise (selbst) aufnehmen, die in der Berufung konkretisierten Beweisergebnisse und (Ersatz-) Feststellungen treffen müssen und der Berufung sohin Folge geben, oder das Urteil zumindest aufheben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückverweisen müssen.

## 1.6.2. Punkt D.II.5. der Berufung

BAWAG PSK zeigt in Punkt D.II.5 ihrer Berufung (i) den konkreten Verfahrensfehler des Erstgerichtes auf, nämlich die Abweisung des Antrags auf Einvernahme der in Punkt D.II.5. beantragten Zeugen. Führt in weiterer Folge aus, (ii) warum das Erstgericht die Beweismittel zu Unrecht verworfen hat und legt dem folgend (iii) die – bei korrekter Verfahrensführung zu erwartenden Beweisergebnisse und Feststellungen – (also die Relevanz) dar.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.5 (S 200ff der Berufung) wie folgt aus:

### ***"5. Nachträgliche Genehmigung (S 112)***

*Zum Beweis, dass der Swap nachträglich genehmigt wurde, beantragte die BAWAG PSK die Einvernahme der Mitglieder des Finanzausschusses Mayr, Giegler, Kiese Wetter, Hörzing, Reisinger, Schaller, Terbuch, Watzl, Kaltenhuber, Lausegger, Schmied, Hattmannsdorfer, Ortner und [REDACTED] (vgl zum Antrag und zu den Anschriften Schriftsatz vom 18.5.2017, S 43). Diese Anträge wurden im Schriftsatz vom 4.6.2019 (S 37) bekräftigt.*

*Das Erstgericht nahm diese Beweise mit der Begründung nicht auf, eine Beweisführung zur Genehmigung wäre nur dann denkbar, wenn es konkretes Vorbringen gäbe, dass abweichend von den Inhalten der Sitzungsprotokolle des Gemeinderats eine formal korrekte Beschlussfassung über die Genehmigung des Swaps stattgefunden habe und lediglich die Protokolle unvollständig seien. Ein solches Vorbringen gebe es aber nicht. Einzelne Mitglieder eines Kollegialorgans zu ihren Wünschen und ihrem Wissensstand zu befragen, die nicht Gegenstand einer Debatte und insbesondere einer Beschlussfassung geworden sind, führe zu nichts.*

*Diese Rechtsansicht des Erstgerichts ist unrichtig.*

*Zur Kenntnis des Gemeinderats brachte BAWAG PSK im bisherigen Verfahren ausführlich vor.<sup>56</sup> Der Verweis des Erstgerichts auf fehlendes Vorbringen ist deshalb nicht nachvollziehbar.*

*Inhaltlich wird auf die Rechtsrüge verwiesen, in der dargelegt wird, dass der Gemeinderat den Swap nicht nur durch einen formellen Beschluss, sondern auch durch beharrliches Schweigen konkludent oder durch Vorteilszuwendung nachträglich genehmigen kann, wenn er ausreichend Wissen vom Swap hatte. Außerdem wird dort dargelegt, dass dem Gemeinderat, selbst wenn er keine unmittelbare Kenntnis vom Swap gehabt haben sollte, die Kenntnis des Finanzausschusses zuzurechnen ist.<sup>57</sup>*

<sup>56</sup> Vgl zuletzt Äußerung vom 4.6.2019, S 35 ff mit weiteren Nachweisen zum ausführlichen früheren Vorbringen.

<sup>57</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.4.

Nach Ansicht von BAWAG PSK steht ohnehin schon nach den bisherigen Beweisergebnissen fest, dass der Finanzausschuss ausreichend Kenntnis vom Swap hatte und diese Kenntnis dem Gemeinderat zuzurechnen ist.<sup>58</sup> Aus Vorsichtsgründen wird zusätzlich die Nicht-Einvernahme der oben genannten Zeugen als Verfahrensmangel geltend gemacht:

- Aus deren Einvernahme hätte sich nämlich ebenfalls ergeben, dass der Finanzausschuss ausreichend Kenntnis vom Swap hatte. Dieses Wissen wäre dem Gemeinderat rechtlich zuzurechnen gewesen, der dann den Swap nachträglich genehmigt hätte (entweder durch beharrliches konkludentes Schweigen oder Vorteilszuwendung).<sup>59</sup>
- Aus deren Einvernahme hätte sich außerdem ergeben, dass der Gemeinderat über den Finanzausschuss eingebunden war. Die unterlassene Einvernahme der Mitglieder des Finanzausschusses ist daher auch ein Verfahrensmangel, insbesondere weil auf Grundlage von deren Einvernahme die unrichtige Negativfeststellung, wonach eine Befassung des Gemeinderats durch den Finanzausschuss nicht festgestellt werden kann (Zwischenurteil, S 29), nicht getroffen hätte werden können und das Erstgericht stattdessen festgestellt hätte, dass der Gemeinderat sehr wohl unter anderem über den Finanzausschuss eingebunden war. Dass der Gemeinderat niemals etwas über den Swap wusste, ist übrigens auch schon durch die Feststellungen selbst widerlegt, in denen ausführlich aus Sitzungsprotokollen zitiert wird, in denen Gemeinderatsmitglieder über den Swap sprechen (Zwischenurteil, S 30 ff).<sup>60</sup>

Das Gegenargument des Erstgerichts, wonach ohnehin Mag [REDACTED] und Dr Mayr einvernommen worden seien, kann dies nicht entkräften – es handelt sich dabei eben um nur zwei Finanzausschussmitglieder und noch dazu solche, deren Wissen vom Swap, jedenfalls bei Mag [REDACTED] (vgl nur Zwischenurteil, S 24) und teilweise auch bei Dr Mayr (Zwischenurteil, S 26), ohnehin festgestellt ist.

*Deshalb wären die Zeugen vom Erstgericht zu hören gewesen."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

Zur Verdeutlichung der Relevanz des (zu Unrecht verworfenen Beweisantrages) verweist BAWAG PSK zudem auf konkrete Feststellungen und rechtliche Beurteilungen in den Ausführungen ihrer jeweiligen Beweis- und Rechtsrügen (siehe zB FN 513 oder 514, S 200ff der Berufung).

---

<sup>58</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.4.2.

<sup>59</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.4.

<sup>60</sup> Vgl dazu auch bei der Beweistrüge Punkt C.II.11.

Daraus ergibt sich, dass das Erstgericht – bei korrekter Verfahrensführung – dem Antrag von BAWAG PSK hätte stattgeben müssen. Da das Berufungsgericht die korrekt ausgeführte Verfahrensrüge wiederum ohne inhaltliche Befassung, sondern nur mit einer vorgeschobenen Scheinbegründung, zu Unrecht verworfen hat, leidet das Berufungsverfahren selbst an einem Verfahrensmangel. Hätte das Berufungsgericht sich hingegen mit dieser Verfahrensrüge (rechtsrichtig inhaltlich) auseinandergesetzt, hätte es jedoch entweder die von der BAWAG PSK beantragten Beweise (selbst) aufnehmen, die in der Berufung konkretisierten entscheidungsrelevanten Beweisergebnisse und (Ersatz-) Feststellungen treffen müssen und der Berufung sohin Folge geben, oder das Urteil zumindest aufheben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückverweisen müssen.

### 1.6.3. Punkt D.II.6. der Berufung

Wiederum legt BAWAG PSK in Punkt D.II.6 zunächst (i) den konkreten Verfahrensfehler des Erstgerichts – nämlich die Abweisung der Beweisanträge auf Einvernahme der beantragten Zeugen – dar und zeigt dem folgend (ii) die Relevanz der (verworfenen) Beweisanträge *konkret* auf (siehe FN 515 und Punkt C.II.1. der Berufung). Bei korrekter Verfahrensführung durch das Erstgericht wäre das Beweisergebnis zu erwarten gewesen, dass Stadt Linz laufend bereit war, ein entsprechendes Risiko zu übernehmen. Dieser "historische Wille" der Stadt Linz und insbesondere von deren Gemeinderat ist relevant für die Interpretation des GRB 2004. Richtig interpretiert erfasst dieser nämlich auch den Abschluss des Swap. Daraus hätte das Erstgericht aber den rechtlichen Schluss ziehen müssen, dass dies zu einer Gültigkeit des Swap und der Abweisung des Zwischenantrags führen muss. Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.6 (S 201ff der Berufung) wie folgt aus:

#### ***"6. Stadt Linz wollte Risiko übernehmen (S 112)***

*Zum Beweis dafür, dass Stadt Linz zur Reduktion der Zinslast ihres Fremdfinanzierungsportfolios bereit gewesen sei, ein Risiko zu übernehmen und dass entsprechendes Risikobewusstsein vorhanden war, beantragte BAWAG PSK die Einvernahme der Zeugen Mayr, Giegler, Kiesewetter, Hörzing, Reisinger, Schaller, Terbuch, Kaltenhuber, Lausegger, Schmied, Hattmansdorfer, Ortner und Stelzer (vgl zum Antrag und zu den Anschriften Schriftsatz vom 18.5.2017, S 36 f). Dieser Antrag wurde im Schriftsatz vom 4.6.2019 (S 41) nochmal wiederholt.*

*Das Erstgericht gab den Anträgen nicht statt. Die Beweisthemen seien für diese Entscheidung irrelevant.*

*Diese Rechtsansicht ist unrichtig. Die Relevanz der Beweisthemen wird in der Beweistrüge aufgezeigt und auf die Ausführungen dort wird verwiesen.<sup>61</sup> BAWAG PSK geht davon aus, dass im Sinn der entsprechenden Beweistrüge das bisherige Beweisverfahren schon eindeutig zu diesem Beweisthema war. Aus Vorsichtsgründen wird trotzdem die Nicht-Einvernahme der oben genannten Zeugen als Verfahrensmangel geltend gemacht. Diese hätten ausgesagt, dass*

---

<sup>61</sup> Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.1.

*Stadt Linz laufend bereit war, ein entsprechendes Risiko zu übernehmen. Dieser "historische Wille" der Stadt Linz und insbesondere von deren Gemeinderat ist relevant für die Interpretation des GRB 2004. Richtig interpretiert erfasst dieser nämlich auch den Abschluss des Swap. Rechtlich führt dies zu einer Gültigkeit des Swap und der Abweisung des Zwischenantrags."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

Aus dem rechtsrichtigen Vorgehen des Erstgerichts hätte sich das oben beschriebene *ex ante*-Verständnis der beteiligten Personen bei Stadt Linz ergeben und damit als Teil der historischen Interpretation, wie der Optimierungsbegriff und das Risikoverständnis im GRB 2004 zu verstehen war und ist. Auf Basis der zutreffenden Interpretation des GRB 2004, wie ihn auch die Stadt Linz *ex ante* verstanden hat, wäre klar gewesen, dass der Swap vom GRB 2004 gedeckt ist.

Hätte das Berufungsgericht sich mit dieser Verfahrensrüge (rechtsrichtig inhaltlich) auseinandergesetzt, hätte es jedoch entweder die von BAWAG PSK beantragten Beweise (selbst) aufnehmen, die in der Berufung konkretisierten entscheidungsrelevanten Beweisergebnisse und (Ersatz-)Feststellungen treffen müssen und der Berufung sohin Folge geben, oder das Urteil zumindest aufheben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückverweisen müssen.

#### 1.6.4. **Punkt D.II.7 der Berufung**

BAWAG PSK benannte in Punkt D.II.7 (i) den Verfahrensfehler des Erstgerichts, wonach dieses den Antrag der BAWAG PSK, die Zeugin [REDACTED] ergänzend zu vernehmen, unrichtig abgewiesen hat. Dem folgend führte BAWAG PSK in ihrer Berufung (S 202) aus, (ii) warum das Erstgericht dem Beweisantrag zu Unrecht nicht Folge gab und legte konkretisierend dar, (iii) welche entscheidungsrelevanten Beweisergebnisse und Feststellungen bei korrekter Verfahrensführung zu erwarten gewesen wären (siehe dazu auch die Verweise in den jeweiligen FN 517 und 518 der Berufung).

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.7 (S 202ff der Berufung) wie folgt aus:

#### **"7. Ergänzende Einvernahme von [REDACTED] (S 112-113)**

*BAWAG PSK beantragte die ergänzende Einvernahme der Zeugin [REDACTED] zum – soweit für die Gültigkeit des Swap relevant – Beweis dafür, dass die Stadt Linz, vertreten durch Mag [REDACTED] vor und im Abschlusszeitpunkt über die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt habe, das Geschäft abzuschließen (Äußerung vom 4.6.2019, S 48).*

*Die vom Erstgericht gebrauchte Begründung, weshalb dieser Beweisantrag zurückzuweisen sei, ist unzutreffend.*

*Die Rechtsansicht des Erstgerichts, die Kenntnisse Mag [REDACTED] seien – im Gegensatz zum Wissen des Gemeinderats – irrelevant, weil er Stadt Linz gerade nicht wirksam vertreten habe, ist unrichtig. Rechtlich kommt es nach Ansicht der*

BAWAG PSK zwar primär tatsächlich nicht auf die Kenntnisse von Mag [REDACTED] an und es steht bereits von vornherein fest, dass es weder ein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis noch eine Genehmigungspflicht des Gemeinderats gibt.<sup>62</sup> Sollte das Oberlandesgericht Wien dies anders sehen, ist aber die ergänzende Einvernahme der Zeugin wichtig für die ex ante gegenüber BAWAG PSK (vertreten durch die Zeugin) zur Schau gestellten Kenntnisse und Erfahrungen von Mag [REDACTED]. Für die Relevanz wird auf die entsprechende Beweisrüge verwiesen.<sup>63</sup> Aus Vorsichtsgründen wird also die Nicht-Einvernahme der Zeugin als Verfahrensmangel gerügt.

Wie die BAWAG PSK bereits im Schriftsatz vom 4.6.2019 vorbrachte, hatte [REDACTED] im Zusammenhang mit dem Abschluss des Swap nämlich den intensivsten Kontakt mit Mag [REDACTED] (Äußerung vom 4.6.2019, S 48). Sie kann deshalb auch unmittelbar darüber berichten, welchen Eindruck Mag [REDACTED] auf sie machte.

Das Erstgericht lehnt eine ergänzende Einvernahme dieser Zeugin deshalb ab, weil sie bereits einvernommen worden sei und der Umstand, dass ein Zeuge vor dem anderen einvernommen wurde, nicht automatisch dazu führe, dass eine ergänzende Befragung des früher einvernommenen Zeugen durchzuführen wäre. Damit verkennt das Erstgericht, dass eine derartige Automatik von der BAWAG PSK niemals behauptet wurde. Sehr wohl kann es aber bei Bekanntwerden neuer, bisher nicht berücksichtigter Umstände erforderlich werden, einen Zeugen oder eine Zeugin ergänzend einzuvernehmen. Dies ist aus folgenden Gründen bei der von der BAWAG PSK beantragten Zeugin [REDACTED] [REDACTED] der Fall:

[REDACTED] wurde bereits am 30.9.2013 als Zeugin einvernommen. Das Erstgericht änderte seine damalige ausdrücklich protokollierte Rechtsmeinung, wonach der Swap gültig sei (siehe etwa Protokoll vom 4.10.2013, S 29) erst wesentlich später. So erörterte der Erstrichter in der Tatsatzung vom 16.11.2016 (S 3 des Protokolls), dass er bislang von einer Gültigkeit des Geschäfts ausgegangen sei, nun aber eine Gültigkeit des Geschäfts nicht notwendigerweise angenommen werden könne. Schon der Umstand, dass das Erstgericht nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens seine Rechtsmeinung über die Gültigkeit des Swap geändert hat, ist Grund dafür, die Zeugin [REDACTED] ergänzend einzuvernehmen.

Für die Begründung und Relevanz dieses Verfahrensmangels verweist BAWAG PSK auch auf die Beweisrüge.<sup>64</sup> Das Wissen von Mag [REDACTED] ist insbesondere relevant, weil dieses Wissen rechtlich dem Gemeinderat zuzurechnen ist; dessen Wissen wieder ist rechtlich für die Frage bedeutsam, ob der Swap nachträglich genehmigt wurde.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkte B.I. und B.II.

<sup>63</sup> Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.3.

<sup>64</sup> Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.3.

<sup>65</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkte B.II.4.3.3.

*Aus all diesen Gründen wird die Nicht-Einvernahme der Zeugin als Verfahrensmangel geltend gemacht."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben. Insbesondere ergibt sich wie oben beschrieben die Relevanz daraus: Folgt man der rechtlichen Argumentation der BAWAG PSK, wonach dem Gemeinderat das Wissen von Mag █████ zuzurechnen ist, dann ist das Wissen von Mag █████ für das Wissen des Gemeinderats relevant, und somit für die Frage, ob der Swap (nachträglich) genehmigt wurde.

Das Berufungsgericht wiederum verwirft die (gesetzmäßig) korrekt ausgeführte Verfahrensrüge, ohne diese einer inhaltlichen Prüfung zu unterziehen. Hätte das Berufungsgericht sich hingegen mit der Verfahrensrüge (rechtsrichtig inhaltlich) auseinandergesetzt, hätte es entweder die von BAWAG PSK beantragten Beweise (selbst) aufnehmen, die in der Berufung konkretisierten entscheidungsrelevanten Beweisergebnisse und (Ersatz-) Feststellungen treffen müssen und der Berufung sohin Folge geben, oder das Urteil zumindest aufheben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückverweisen müssen.

#### 1.6.5. **Punkt D.II.8. der Berufung**

BAWAG PSK legte unter Punkt D.II.8 (i) den konkreten Verfahrensmangel des Erstgerichtes wie folgt dar: Das Erstgericht hat die (i) beantragten Beweise, wie die Einvernahme von Zeugen – wie in weiterer Folge noch dargetan wird (siehe dazu auch die Verweise in FN 520 und FN 521 der Berufung) – zu Unrecht abgewiesen. Bei korrekter Verfahrensführung hätte das Erstgericht jedoch die entscheidungsrelevanten (ii) Feststellungen treffen müssen, dass die Stadt Linz über ein taugliches Risikomanagement verfügte. Dies hätte aber wiederum dazu geführt, dass der Swap als subjektiv beherrschbar qualifiziert wird (worauf es, wie BAWAG PSK weiter darlegte, gar nicht ankommt) und der Swap damit auch im Sinn der vom Erstgericht unrichtig vertretenen Rechtsauffassung optimierend im Sinn des GRB 2004 ist. Diesfalls hätte das Erstgericht jedoch den Antrag der Stadt Linz abweisen müssen.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.8 (S 203ff der Berufung) wie folgt aus:

#### ***"8. Stadt Linz verfügte über ein taugliches Risikomanagement (S 113 f)***

*BAWAG PSK beantragte im Schriftsatz vom 18.5.2017 (S 38 f) zum Beweis dafür, dass die Stadt Linz über ein taugliches Risikomanagement verfügte, die Einvernahme der namentlich angeführten, im verfahrensgegenständlichen Zeitraum tätigen (ehemaligen) Mitglieder des Finanzausschusses: Mayr, Giegler, Kiesewetter, Hörzing, Reisinger, Schaller, Terbuch, Kaltenhuber, Lausegger, Schmied, Hattmansdorfer, Ortner (vgl zum Antrag und zu den Anschriften Schriftsatz vom 18.5.2017, S 38 f).*

*Außerdem beantragte BAWAG PSK die Einvernahme der namentlich angeführten (ehemaligen) Mitarbeiter des Magistrats der Stadt Linz: █████ █████ █████ █████ (bereits verstorben), █████, █████ █████*

■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ (vgl zum Antrag und zu den Anschriften Schriftsatz vom 18.5.2017, S 39).

Außerdem beantragte BAWAG PSK die Einvernahme von damaligen Beratern der Stadt Linz, die ebenfalls das taugliche Risikomanagement bestätigen können: ■■■■■ (bereits verstorben), ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ (vgl zum Antrag und zu den Anschriften Schriftsatz vom 18.5.2017, S 39 f).

BAWAG PSK hielt alle diese Anträge im Schriftsatz vom 4.6.2019 (S 48) ausdrücklich aufrecht.

Das Erstgericht erachtet dieses Beweisthema als irrelevant, weil die Stadt Linz ohne Genehmigung des Landes nicht hätte handeln können, auch wenn ein stadinternes Risikomanagement existent gewesen wäre. Jedenfalls hätte Stadt Linz warten müssen, bis das Land Oberösterreich einer Fremdfinanzierung des Ausstiegs zustimmt.

Die Unrichtigkeit dieser Argumentation wird in der Rechtsrüge<sup>66</sup> und in der Beweisrüge<sup>67</sup> aufgezeigt. Auf diese Ausführungen wird verwiesen. Die Zeugen hätten zusammengefasst bestätigt, dass Stadt Linz über ein taugliches Risikomanagement verfügte. Das hätte dazu geführt, dass der Swap als subjektiv beherrschbar qualifiziert wird (worauf es gar nicht ankommt, was aber vorsorglich trotzdem geltend gemacht wird – siehe dazu bei der Rechtsrüge)<sup>68</sup> und der Swap damit auch im Sinn der vom Erstgericht unrichtig vertretenen Rechtsauffassung optimierend im Sinn des GRB 2004 ist.

Zusammengefasst wären die beantragten Zeugen deshalb zu hören gewesen. Dass dies nicht geschah, wird als Verfahrensmangel geltend gemacht."

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

Hätte das Berufungsgericht sich mit dieser Verfahrensrüge (rechtsrichtig inhaltlich) auseinandergesetzt, hätte es jedoch entweder die von BAWAG PSK beantragten Beweise (selbst) aufnehmen, die in der Berufung konkretisierten entscheidungsrelevanten Beweisergebnisse und (Ersatz-) Feststellungen treffen müssen und der Berufung – aufgrund anderer zu ziehender rechtlicher Schlüsse - Folge geben, oder das Urteil zumindest aufheben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückverweisen müssen.

---

<sup>66</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.I.

<sup>67</sup> Vgl bei der Beweisrüge insbesondere Punkt C.II.20 zur Beherrschbarkeit des Swap.

<sup>68</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.2.1.5.2.

### 1.6.6. **Punkt D.II.9. der Berufung**

Das Berufungsgericht verwirft die mit Punkt D.II.9 erhobene Verfahrensrüge mit der (unrichtigen) Begründung, "nichts davon" lasse eine *konkrete Feststellung* erkennen, "die vom *relevierten Verfahrensmangel betroffen wäre*" (Zwischenurteil S 8). Wie bereits oben ausgeführt, verkennt das Berufungsgericht, dass im Rahmen der Verfahrensrüge nicht "**die**" konkret **bekämpfte** Feststellung darzutun ist, sondern BAWAG PSK lediglich (i) den Verfahrensfehler (hier: Abweisung der Personalbeweise), (ii) die bei korrekter Durchführung des Verfahrens zu erwartenden Beweisergebnisse und Feststellungen (hier: durch Verweis auf die Mängelrüge in D.II.8, siehe FN 524 der Berufung) und (iii) die daraus zu ziehenden (anderen) rechtlichen Schlüsse auszuführen und darzulegen hatte.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.9 (S 204 der Berufung) wie folgt aus:

#### **"2. Übrige Personalbeweisangebote" (S 114)**

*Das Erstgericht weist die "übrigen Personalbeweisangebote" mangels "abstrakter Relevanz" ab. BAWAG PSK geht davon aus, dass damit die ex ante von Stadt Linz beschäftigten Mitarbeiter von Kreditinstituten und Finanzberatern gemeint sind und verweist auf die Ausführungen dazu oben.<sup>69</sup> Die Nicht-Einvernahme der Zeugen wird wie dort oben beschrieben als Verfahrensmangel geltend gemacht."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

Zusammengefasst zeigt sich daher, dass das Berufungsgericht unter Heranziehung einer bloß zum Schein vorangestellten Begründung (es fehlen angeblich die vom Verfahrensmangel betroffenen Feststellungen) lediglich versucht, eine (eigentlich vorzunehmende) inhaltlichen Auseinandersetzung mit der –gesetzmäßig korrekt erhobenen – Verfahrensrüge zu vermeiden. Aufgrund der unrechtmäßigen Verwerfung der Verfahrensrüge leidet das Berufungsverfahren allerdings selbst an einem Verfahrensmangel. Hätte das Berufungsgericht sich mit dieser Verfahrensrüge (rechtsrichtig inhaltlich) auseinandergesetzt, hätte es entweder die von der BAWAG PSK beantragten Beweise (selbst) aufnehmen und die in der Berufung konkretisierten entscheidungsrelevanten Beweisergebnisse und (Ersatz-) Feststellungen treffen müssen. Daraus wäre das Berufungsgericht aber im Hinblick auf die Gültigkeit und Genehmigung des Swap zu einer anderen rechtlichen Beurteilung gekommen, als das Erstgericht und hätte der Berufung sohin entweder Folge geben, oder das Urteil zumindest aufheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung zurückverweisen müssen.

### 1.7. **Punkt D.II.10. der Berufung**

Das Erstgericht hat die von BAWAG PSK im erstinstanzlichen Verfahren gestellten und in den Punkten D.II.10 der Berufung angeführten Anträge abgewiesen, weil nach dessen (unrichtiger)

<sup>69</sup> Vgl bei der Mängelrüge Punkt D.II.8.

Rechtsansicht die sich aus diesen Urkunden und Beweisen ergebenden Beweisergebnisse für die rechtliche Beurteilung und damit die Entscheidung in der Sache nicht wesentlich seien. Dieses Vorgehen des Erstgerichts wurde von BAWAG PSK in der Berufung als Verfahrensmangel gerügt und in den Punkten D.II.1 bis 11 gesetzmäßig ausgeführt (siehe dazu gleich unten).

Das Berufungsgericht hat in seiner Entscheidung (vgl US 8ff) zu den Verfahrensrügen der BAWAG PSK ausgeführt, dass diese nach Ansicht des Berufungsgerichtes nicht gesetzmäßig ausgeführt und daher nicht zu behandeln seien, weil in den Berufungsausführungen durchwegs offengelassen werde, welche Feststellung vom jeweils monierten Verfahrensmangel denn betroffen seien. Die Ausführungen des Berufungsgerichtes sind rechtlich nicht nachvollziehbar, von der Aktenlage nicht gedeckt und ihnen ist jedenfalls nicht zu folgen (siehe dazu bereits Punkt 1 ff) Die Berufungswerberin hat in ihren Berufungsausführungen jeweils gesetzmäßig ausgeführt, welche rechtlich relevanten Beweisergebnisse sich aus der Einholung und Verwertung der Beweise ergeben hätten, welche Feststellungen getroffen bzw unterlassen hätten werden müssen und welchen Einfluss diese Ergebnisse auf die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes gehabt hätten und warum sie daher für den Verfahrensausgang wesentlich gewesen wären:

#### 1.7.1. Punkt D.II.10.1. der Berufung

So hat BAWAG PSK zu Punkt 10.1 der Berufung (vgl Seite 205) als Verfahrensmangel konkret den unterlassenen Auftrag zur Vorlage (i) der Vorberichte des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011; (ii) der Kontrollamtsberichte zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011 und (iii) des Kontrollamtsberichts vom 12.9.2012 betreffend die ILG bekämpft. Sie führte aus, dass die beantragten Urkunden zum Beweis dafür dienen, dass die Stadt Linz (bzw deren Gemeinderat) den Swap gekannt und genehmigt hat, zumindest aber nachträglich genehmigt hat. Mit dem Kontrollamtsbericht vom 12.9.2012 betreffend die ILG könnte die Marktüblichkeit derartiger Optimierungsprodukte und auch des Swap im speziellen belegt werden, die nach Rechtsansicht des Erstgerichtes Voraussetzung für eine abweichende Rechtsansicht und damit die Abweisung des Zwischenfeststellungsantrages wäre. Die Feststellung zur nachträglichen Genehmigung ist ebenso relevant, weil diese zu einer zwingenden Abweisung des Zwischenfeststellungsantrages führt.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.10.1 (S 204 ff der Berufung) wie folgt aus:

#### ***"10.1. Vorberichte zu den Rechnungsabschlüssen, Kontrollamtsberichte***

*BAWAG PSK beantragte, dass Stadt Linz aufgetragen wird, folgende Urkunden vorzulegen:*

- *Vorberichte des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011;*
- *Kontrollamtsberichte zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011;*
- *Kontrollamtsbericht vom 12.9.2012 betreffend die ILG.*

*Das Erstgericht meint, die beantragten Berichte seien nicht wesentlich, da sie zum Nachweis einer erfolgten nachträglichen Genehmigung schon abstrakt nicht geeignet seien. Wiederum geht das Erstgericht davon aus, dass alle Beweise, die nicht eine unmittelbare Debatte und Beschlussfassung im Gemeinderat belegen, irrelevant seien. Diese Rechtsansicht ist aber – wie ausführlich in der Rechtsrüge dargelegt – unrichtig:*

*Zusammengefasst ist dem Gemeinderat nicht nur das Handeln der seinen Willen ausführenden Organe zuzurechnen, sondern auch deren Wissen, auch im Rahmen des Rechtsinstitutes der "Wissensvertretung" über eine Zurechnungskette. Das Wissen der einzelnen Personen in der Zurechnungskette (zB: Finanzausschuss oder Kontrollausschuss als Gemeinderatsausschuss) ist daher letztlich dem obersten Organ (hier: Gemeinderat) zuzurechnen. Selbst wenn ein Ausschuss (Finanzausschuss oder Kontrollausschuss) dem Gesamtgemeinderat nicht vollumfänglich berichtet, ist er Wissensstellvertreter für den Gesamtgemeinderat und ist dem Gesamtgemeinderat das Wissen zuzurechnen.<sup>70</sup>*

*Aus den Rechnungsabschlüssen gehen im Rahmen der darin jeweils enthaltenen Abweichungsanalyse die finanziellen Folgen aus dem Swap hervor. Konkret ergeben sich aus der jeweiligen Abweichungsanalyse die anfänglichen ganz erheblichen Mehreinnahmen und die aus dem Swap in weiterer Folge entstandenen Zahlungsverpflichtungen. Entsprechend dazu werden in den Vorberichten des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen die Einnahmen und Zahlungen aus dem Swap geschildert.*

*Daher ist es relevant festzustellen, welches Wissen der Finanzausschuss und der Kontrollausschuss gehabt haben. Dies ergibt sich (nicht nur, aber auch wesentlich) aus den erwähnten und beantragten Vorberichten und Kontrollamtsberichten, die von Finanzdirektion oder Kontrollamt an Finanzausschuss und/oder Kontrollausschuss gingen. Das Erstgericht selbst erwähnt, dass die Kontrollamtsberichte an den Kontrollausschuss gehen, hat dazu aber den Beweis nicht aufgenommen.*

*Die beantragten Urkunden dienen zum Beweis dafür, dass die Stadt Linz (bzw deren Gemeinderat) den Swap gekannt und genehmigt hat, zumindest aber nachträglich genehmigt hat.*

*Das Erstgericht hat daher zu Unrecht die Vorlageanträge nicht behandelt.*

*Die Vorlage der oben erwähnten beantragten Berichte – Vorberichte des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011 und Kontrollamtsberichte zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011 und Kontrollamtsbericht vom 12.9.2012 – ist notwendig, weil sich aus den Berichten ergeben wird, dass:*

---

<sup>70</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.

1. *der Kontrollausschuss Kenntnis davon hatte, dass der Swap ("Zinssicherungsgeschäften mit diversen Banken ... Bawag PSK ...") geschlossen wurde, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können und*
2. *der Finanzausschuss Kenntnis davon hatte, dass der Swap geschlossen wurde, wie dessen Struktur ist, insbesondere dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass es sich um ein theoretisch unbegrenztes Risiko handelt.*

*Wegen der Zurechnung des Wissens dieser Ausschüsse an den Gemeinderat ergibt sich daraus, dass zumindest eine nachträgliche Genehmigung des Swap durch beharrliches Schweigen (siehe Punkt B.II.4.4.2 der Rechtsrüge) erfolgt ist, wenn eine solche nach Rechtsmeinung des Berufungsgerichtes notwendig war. Bei nachträglicher Genehmigung ist der Zwischenfeststellungsantrag zwingend abzuweisen. Aus dem Kontrollamtsbericht vom 12.9.2012 betreffend die ILG wäre auch die Marktüblichkeit derartiger Optimierungsprodukte und auch des Swap im speziellen belegbar, die Marktüblichkeit wurde vom Erstgericht nicht abschließend geprüft (Zwischenurteil, S 78 oben),<sup>71</sup> ist aber zumindest nach Ansicht des Erstgerichtes Voraussetzung für die Gültigkeit des Swap und damit erforderlich für die Abweisung des Zwischenfeststellungsantrags."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

#### 1.7.2. **Punkt D.II.10.2. der Berufung**

BAWAG PSK sieht konkret im unterlassenen Auftrag zur Vorlage des Prüfberichtes des Präsidialamtes zum Amtsbericht 2004, auf dem der GRB 2004 basierte ("*Aktueller AV zur Prüfung der Vorlage an den GR/StS*") und Laufzettel zum Beschlussgegenstand im Hinblick auf die Fassung des GRB 2004 ("*Amtsvorlage samt Abstimmungsformular*") einen weiteren Verfahrensmangel (vgl Berufungsausführungen Seite 205 f). Bei Vorlage und Verwertung des Prüfberichtes wäre nach den Berufungsausführungen dessen Inhalt festzustellen gewesen, wodurch der GRB 2004 eine taugliche Grundlage für den gültigen Abschluss des Swap darstellte und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung des Erstgerichtes entgegen steht und dieses auf Grundlage des festzustellenden Inhaltes des Prüfberichtes den Zwischenfeststellungsantrag abweisen hätte müssen, woraus sich seine Relevanz für die erstgerichtliche Entscheidung ergibt. Die Verwertung des Prüfberichtes hätte auch ergeben, dass entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes der GRB 2004 auch zur Optimierung des Zinsrisikos des Fremdwährungsportfolios gefasst wurde.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.10.2 (S 205ff der Berufung) wie folgt aus:

---

<sup>71</sup> Zum Vorliegen der Marktüblichkeit schon auf Basis der vorliegenden Beweisergebnisse siehe allerdings C.II.12.

## **"10.2. Prüfbericht und Laufzettel**

*Beantragt wurde die Vorlage des Prüfberichtes des Präsidialamtes zum Amtsbericht 2004, auf dem der GRB 2004 basierte ("Aktueller AV zur Prüfung der Vorlage an den GR/StS") und Laufzettel zum Beschlussgegenstand im Hinblick auf die Fassung des GRB 2004 ("Amtsvorlage samt Abstimmungsformular").*

*Das Erstgericht hat diese Urkunden, die die interne ex ante-Prüfung des GRB 2004 betreffen, als nicht relevant beurteilt. Es bestehe nämlich keine Bindung des Erstgerichtes an Rechtsmeinungen der Organe der Stadt Linz, auch nicht an Prüfungsergebnisse der Verwaltung oder "rechtlich völlig untragbare Vorstellungen der politischen Führung". Das Erstgericht nimmt daher an (stellt dies aber eben nicht förmlich fest), dass die formelle Prüfung des Magistrats keine Mängel des GRB 2004 zu Tage gebracht hat, und auch dass der Magistrat sein Ergebnis ja sogar auch nachträglich noch verteidigt und bestätigt hat. Dafür sei also offenbar kein Beweis mehr notwendig (dennoch fehlt aber eine entsprechende Feststellung).<sup>72</sup>*

*Das Prüfungsverfahren erzeuge laut Erstgericht keinen Anschein einer Gültigkeit, weil diesen nicht das zuständige Organ erweckt hat, sondern hier der Magistrat, und interne Unterlagen auch keinen außenwirksamen Anschein erwecken können. Auch seien diese Urkunden nicht als Genehmigungsgrundlage für den Swap geeignet, weil der Swap erst 2007 abgeschlossen wurde:*

- *Damit widerspricht sich aber das Erstgericht einerseits selbst, weil es umfangreich ausführt, dass der Beschluss von vornherein nicht ausreichend determiniert sei (etwa "Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens per se", Ersturteil S 75).*
- *Andererseits sind für die Interpretation des GRB 2004 natürlich auch die Materialien, die den Mandataren des beschlussfassenden Organes zur Verfügung standen, wesentlich. Schließlich wurde die rechtliche Vorprüfung des Beschlussantrags zum GRB 2004 durch ihren Magistratsdirektor Univ-Prof Dr ██████████ einem ausgewiesenen Experten und langjährigen Praktiker des Verwaltungsrechtes, vorgenommen.*

*Der genaue Inhalt des Prüfberichtes ist daher relevant, weil daraus leicht erkennbar wäre, dass die Beurteilung des Erstgerichtes einer "offensichtlichen Unmöglichkeit und Mangelhaftigkeit im Lichte des Organisationsrechts der Klägerin" des GRB 2004 schlicht unrichtig ist. Damit ist aber der GRB 2004 eine taugliche Grundlage für den gültigen Abschluss des Swap und der Zwischenfeststellungsantrag wäre abzuweisen gewesen."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

---

<sup>72</sup> Dies sagte im Wesentlichen auch Dr Dobusch aus. Vgl dazu die ergänzende Feststellung bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.4.3.

### 1.7.3. Punkt D.II.10.3. der Berufung

Bei Vorlage der Aktenvermerke oder Niederschriften gemäß § 27 Abs 2 GEOM über den Abschluss des Rahmenvertrags vom 26.9.2006 aus dem Verwaltungsakt zu GZ 901 hätte festgestellt werden können, dass Bürgermeister Dr Dobusch und der Vorsitzende des Finanzausschusses Dr Mayr über die Konstruktion des Swap und die damit zusammenhängende Risikostruktur vollumfassend informiert waren. Dabei verweist BAWAG PSK in FN 526 auch ausdrücklich auf ihre Ausführungen in Punkt B.II.3.4.3. Relevant ist insbesondere welche Kenntnisse jene Organe hatten, die im Finanzausschuss, Kontrollausschuss und Gemeinderat Bericht erstattet haben, um den Wissensstand der Organe der Stadt Linz, die Verträge (Rahmenvertrag, Abschlüsse Swaps) abgeschlossen und genehmigt haben, festzustellen und bei rechtlich richtiger Beurteilung zur Genehmigung des Swap und damit zu Abweisung des Zwischenfeststellungsantrages zu gelangen, sodass der Verfahrensmangels für die Entscheidung relevant ist.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.10.3 (S 206ff der Berufung) wie folgt aus:

***"10.3. Aktenvermerke oder Niederschriften gemäß § 27 Abs 2 GEOM über den Abschluss des Rahmenvertrags vom 26.9.2006 aus dem Verwaltungsakt zu GZ 901***

*Die Niederschriften und Aktenvermerke dazu enthalten die Entscheidungsgrundlagen für den Abschluss der Rahmenvereinbarung, die dem Bürgermeister vorgelegen sind, insbesondere Berechnungsgrundlagen, Risikoanalyse, sowie Amtsbericht 2004 (Beilage ./62) und das Schreiben vom 13.9.2006 von Mag ██████ an den Bürgermeister, welches durch Dr Mayr übermittelt werden sollte (Beilage ./70). Daraus ergibt sich, dass neben Mag ██████ auch Dr Mayr und Bürgermeister Dr Dobusch beim Abschluss des Swap miteingebunden und voll informiert waren.*

*Sowohl Beilage ./62 als auch Beilage 70 sind Teil des Verwaltungsakts zu GZ 901. Schon aus den genannten Urkunden ./62 und ./70 ist ableitbar, dass Bürgermeister Dr Dobusch und der Vorsitzende des Finanzausschusses Dr Mayr über die Konstruktion des Swap und die damit zusammenhängende Risikostruktur vollumfassend informiert waren. Die weiteren Unterlagen, die in dem Verwaltungsakt GZ 901 erliegen, würden dies ebenfalls beweisen.*

*Da die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes zur (Nicht-)Zurechnung des Wissens unrichtig ist, ist relevant, welche Kenntnisse jene Organe hatten, die im Finanzausschuss, Kontrollausschuss und Gemeinderat Bericht erstattet haben. Aus diesen Urkunden kann Beweis gewürdigt werden, mit welchem Wissensstand die Organe der Stadt Linz die Verträge (Rahmenvertrag, Abschlüsse Swaps) abgeschlossen und genehmigt haben, und daraus wieder die Genehmigung des Swap abgeleitet werden. Der Zwischenfeststellungsantrag der Stadt Linz wäre damit abzuweisen gewesen."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

#### 1.7.4. Punkt D.II.10.4. der Berufung

Ein weiterer Verfahrensmangel liegt konkret im unterlassenen Auftrag zur Vorlage von Restrukturierungs- bzw Ausstiegsangeboten in Bezug auf den Swap von Dritten, insbesondere das Restrukturierungs-/Ausstiegsangebot von Barclays an die Stadt Linz von Ende April/Anfang Mai 2008. Aus der Feststellung des Inhaltes der Urkunden hätte sich die Marktüblichkeit, die Beherrschbarkeit und die Optimierung des Swap ergeben. Der Mangel ist wesentlich, weil ohne diesen das Erstgericht den Swap als gültig qualifizieren und den Antrag auf Zwischenfeststellung hätte abweisen müssen.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.10.4 (S 207ff der Berufung) wie folgt aus:

##### ***"10.4. Restrukturierungs- und Ausstiegsangebote***

*Beantragt wurde, die Vorlage von Restrukturierungs- bzw Ausstiegsangebote in Bezug auf den Swap von Dritten, insbesondere das Restrukturierungs-/Ausstiegsangebot von Barclays an die Stadt Linz von Ende April/Anfang Mai 2008 aufzutragen.*

*Das Erstgericht meint, die beantragte Vorlage von Restrukturierungs- und Schließungsangeboten von Drittbanken sei für die Frage der Gültigkeit schon abstrakt nicht relevant, solange auch hier keine Befassung des GR mit dem Swap und diesen Angeboten behauptet werde.*

- Dabei übersieht das Erstgericht, dass durch die Angebote die Marktüblichkeit derartiger Optimierungsprodukte und auch Strukturen wie die des Swap belegbar ist (die Marktüblichkeit wurde vom Erstgericht nicht abschließend geprüft, siehe Zwischenurteil, S 78 oben).*
- Auch wäre durch die Restrukturierungsangebote beweisbar, dass der Swap beherrschbar war und die Restrukturierung eine ebenso übliche Methode zur Beendigung ist, wie eine Kündigung. Weil eine solche Restrukturierung auch durchgeführt werden kann, ohne dafür Darlehen aufzunehmen, wäre selbst nach der Rechtsmeinung des Erstgerichtes keine aufsichtsbehördliche Genehmigung erforderlich.<sup>73</sup>*
- Aus den Details der Restrukturierungsangebote wäre auch ersichtlich, dass eine Restrukturierung rasch durchzuführen ist (jedenfalls wesentlich rascher als die Kündigung einer CHF-Anleihe, die durch die Emittentin Stadt Linz nur zu jedem Kupontermin, also alle sechs Monate, mit zehn Bankarbeitstagen Frist gekündigt werden kann – siehe § 8 der Beilage ./D). Daher sind die*

---

<sup>73</sup> Siehe dazu Punkt C.II.20.6.

*Erwägungen des Erstgerichtes über die Kündbarkeit (Zwischenurteil, S 36) verfehlt.<sup>74</sup>*

*Das Erstgericht hat daher zu Unrecht die Vorlage nicht aufgetragen. Aus den Urkunden hätten sich, wie oben ausgeführt, die Marktüblichkeit, die Beherrschbarkeit und die Optimierung des Swap ergeben, alles – jedenfalls nach Ansicht des Erstgerichtes – Voraussetzungen für die Gültigkeit des Swap. Das Erstgericht hätte auf der Grundlage der zur Vorlage beantragten Urkunden von der Gültigkeit des Swap ausgehen und den Zwischenfeststellungsantrag abweisen müssen."*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben.

### **1.8. Punkt D.II.11. der Berufung**

Zur von BAWAG PSK auf Seite 208 der Berufung als Verfahrensmangel bekämpften Scheinbegründung des Erstgerichtes mit dem nicht nachprüfaren Verweis auf ein nicht näher erläutertes Gesamtergebnis eines Gutachtens, hat BAWAG PSK explizit auf ihre Ausführungen unter Punkt C.II.20 der Berufung verwiesen. Der neuerlichen verfehlten Behauptung des Berufungsgerichtes in seiner Scheinbegründung auf US 9, dass BAWAG PSK zur Verfahrensrüge unter Punkt D.II.11 eine sie deshalb beschwerende Feststellung wiederum nicht aufzeige, ist entgegenzuhalten, dass BAWAG PSK die sie durch den Verfahrensmangel beschwerenden Feststellungen in Punkt C.II.20.1. der Berufung ganz konkret wiedergegeben hat. Dort wurde von BAWAG PSK auch begründet dargelegt, dass es sich hier um eine unüberprüfbare Scheinbegründung handelt und die Wesentlichkeit des Mangels begründet.

Konkret führte BAWAG PSK die Verfahrensrüge zu Punkt D.II.11 (S 208ff der Berufung) wie folgt aus:

#### ***"11. Verweis auf "Gesamtergebnis" der Sachverständigengutachten (S 39 f)***

*Am Ende eines "Feststellungsblocks" (S 39 f) verweist das Erstgericht schlicht auf das "Gesamtergebnis" der Sachverständigengutachten. Dabei handelt es sich um eine nicht nachprüfbare Scheinbegründung. Diese wird als Verfahrensmangel geltend gemacht. Für die nähere Begründung verweist BAWAG PSK auf die Ausführungen in der Beweistrüge.<sup>75</sup>"*

Der Inhalt dieser Verfahrensrüge, samt den Ausführungen zur Relevanz, wird ausdrücklich auch zum Inhalt dieses Schriftsatzes erhoben. Die Relevanz ergibt sich auch daraus, dass das Erstgericht mit der angeblich fehlenden Beherrschbarkeit die Anwendbarkeit des aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernisses und indirekt auch die Ungültigkeit des GRB 2004 mangels Beherrschbarkeit begründet hat (und das Berufungsgericht dies offenlässt).

<sup>74</sup> Vgl auch bei der Beweistrüge Punkt C.II.14.

<sup>75</sup> Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.20.

Die Verfahrensrüge der BAWAG PSK in der Berufung war daher – entgegen den mit der Aktenlage nicht vereinbaren und rechtlich unhaltbaren rechtlichen Ausführungen und Scheinbegründungen des Berufungsgerichtes – gesetzmäßig ausgeführt und hätte von diesem auch inhaltlich behandelt werden müssen. Auch bei den Ausführungen des Berufungsgerichts (vgl US 9f), dass den Anträgen der BAWAG PSK (Punkt D.II.10.1 bis 10.4 der Berufung) lediglich rechtliche Hypothesen über die Wissenszurechnung bzw teils bloße Rechtsbehauptungen und teils bloß vage bleibende Pauschalbehauptungen zu Grunde liegen würden, handelt es sich offensichtlich nur um bloße floskelhafte Scheinbegründungen, mit denen die Argumentation für die Nichterledigung der Verfahrensrüge der BAWAG PSK untermauert werden soll und diese in Wirklichkeit daher gar nicht erledigt wurde. Vielmehr ergibt sich aber auch bereits aus der Wiedergabe der Berufungsausführungen im Berufungsurteil, dass die Verfahrensrüge gesetzmäßig ausgeführt war, führt doch das Berufungsgericht selbst auf US 9 die sich nach Ansicht der BAWAG PSK aus der zu Unrecht unterlassenen Beweisaufnahme ergebenden tatsächlichen konkreten Feststellungen, die zu einer anderen rechtlichen Beurteilung geführt hätten und daher für die Erstentscheidung wesentlich waren, zum Teil an.

Das Berufungsgericht hat die Mängelrüge der BAWAG PSK daher mangelhaft erledigt, sodass der Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens erfüllt ist.<sup>76</sup>

### 1.9. Zu den ohne Verfahrensmangel zu treffenden Feststellungen, der Wesentlichkeit und den Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens

Hätte das Berufungsgericht die gesetzmäßig ausgeführte Mängelrüge der BAWAG PSK inhaltlich behandelt, wäre es zu dem für die rechtliche Beurteilung wesentlichen Schluss gekommen, dass sich aus der Vorlage und Behandlung der in den Anträgen der BAWAG PSK geforderten Unterlagen die für die rechtliche Beurteilung von der BAWAG PSK geforderten wesentlichen Beweisergebnisse und Feststellungen ergeben hätten, die zu einer anderen rechtlichen Beurteilung des Erstgerichtes im Hinblick auf die Gültigkeit und Genehmigung des Swaps durch Stadt Linz geführt hätten, sodass das Erstgericht nicht zur Feststellung im Zwischenurteil gelangt wäre. Das Berufungsgericht hätte daher die Beweise selbst aufnehmen und die **soeben oben dargestellten gewünschten Feststellungen treffen müssen**, sowie in der Sache selbst bei richtiger rechtlicher Beurteilung zur Stattgebung der Berufung und Abweisung des Zwischenfeststellungsantrages gelangen müssen oder das Ersturteil aufheben und die Sache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen müssen. Bei rechtlich richtiger Erledigung der Mängelrüge durch das Berufungsgericht, hätte dieses das **erstgerichtliche Urteil nicht bestätigt**, sodass der Verfahrensmangel für den Verfahrensausgang von wesentlicher Relevanz ist.

## 2. **BEWEISRÜGE VOM BERUFUNGSGERICHT NICHT ODER NUR GROB MANGELHAFT ERLEDIGT**

### 2.1. Vorbemerkung

Das Berufungsgericht hat die Beweiserügen zum geringsten Teil inhaltlich erledigt, was mehrere Verfahrensmängel begründet.

---

<sup>76</sup> Vgl Lovrek in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> IV/1 § 503 ZPO Rz 106 (Stand 1.9.2019, rdb.at).

Soweit im Ausnahmefall tatsächlich eine inhaltliche Erledigung erfolgte, nämlich betreffend der Punkte 4., 12. und 18. der Beweisrüge der Berufung, wird das Berufungsurteil nicht bekämpft, weil die unrichtige Beweiswürdigung als Revisionsgrund ausgeschlossen ist. Rechtlich kommt es – soweit es sich bei den bekämpften Stellen des Ersturteils überhaupt um Feststellungen (und nicht um rechtliche Wertungen) handelt – nach Ansicht von BAWAG PSK auf diese Feststellungen ohnehin **nicht an**, wie auch bereits an der entsprechenden Stelle in der Berufung sowie in der Rechtsrüge in dieser Revision dargetan.

Außerdem nicht bekämpft wird das Berufungsurteil hinsichtlich der Punkte 21 bis 25 der Beweisrüge der Berufung, weil das Berufungsgericht die dislozierten Feststellungen des Erstgerichts ausdrücklich **nicht übernommen** hat (vgl. Berufungsurteil, S 31, wonach nur "*die erstgerichtlichen Feststellungen im so bezeichneten Urteilsabschnitt*" übernommen werden).

Betreffend die restlichen Punkte der Beweisrüge der Berufung wird das Berufungsurteil bekämpft. Im Einzelnen:

## **2.2. Mangelhafte Erledigung der Beweisrügen**

### **2.2.1. Rechtsansicht des Berufungsgerichts**

Weitgehend bezeichnet das Berufungsgericht die Beweisrüge als nicht gesetzmäßig ausgeführt (US 10 f), weshalb sie inhaltlich nicht behandelt werden müsse, soweit

- nicht ausgeführt werde, welche konkrete Feststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung bekämpft wird und
- nicht ausgeführt werde, welche Feststellung aufgrund richtiger Beweiswürdigung (an deren Stelle) zu treffen gewesen wäre, wobei es sich hier ausschließlich um Tatfragen handeln müsse, sowie,
- wenn lediglich ein Wunschsachverhalt formuliert werde, der mit der bekämpften Feststellung gar nicht in Widerspruch steht, die Ersatzfeststellung daher in Wahrheit also gar nicht ersetzen, sondern ergänzend neben die bekämpfte Feststellung treten soll.

Nachdem die Beweisrüge der BAWAG PSK nach unrichtiger Ansicht des Berufungsgerichtes in manchen Teilen der Berufungsausführungen nicht gesetzmäßig im obigen Sinn dargestellt sei, erübrige sich nach der unzutreffenden Rechtsansicht des Berufungsgerichtes eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Berufungsausführungen in diesen Teilen: Insbesondere in den Punkten 1, 3, 5, 10, 11, 13, 15, 17 und 19 der Beweisrüge der BAWAG PSK geht das Berufungsgericht offenbar von einer nicht gesetzmäßigen Ausführung der Berufung aus, weil es sich hier nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht um die bekämpften Feststellungen ersetzende, sondern um ergänzende und nicht mit den bekämpften Feststellungen in Widerspruch stehende Zusatzfeststellungen handle.

### 2.2.2. **Beweisrügen gesetzmäßig ausgeführt**

Schon diese einleitenden Ausführungen zur Beweisrüge (Berufungsurteil, S 10 Punkt A) zeigen die unzutreffende Auffassung des Berufungsgerichts über die Voraussetzungen einer gesetzmäßigen Ausführung der Beweisrüge:

Das Berufungsgericht geht zwar (insofern) zutreffend davon aus, dass der Berufungswerber nicht nur die angefochtene Feststellung genau bezeichnen muss, sondern auch die begehrte Feststellung, die aufgrund richtiger Beweiswürdigung zu treffen gewesen wäre. Das Berufungsgericht nimmt aber bei der Prüfung, ob die Berufung diesen Anforderungen entspricht, einen unhaltbaren Standpunkt ein. Es hebt als Voraussetzung einer gesetzmäßig ausgeführten Berufung hervor, dass die begehrte Ersatzfeststellung anstelle der bekämpften Feststellung ("an deren Stelle") zu treffen gewesen wäre. In der Folge verneint es schon deshalb die gesetzmäßige Ausführung der Beweisrüge, weil in der begehrten Ersatzfeststellung auch die vom Erstgericht getroffene, in der Berufung bekämpfte Tatsachenfeststellung (teilweise) enthalten ist. Sofern das Berufungsgericht meinen sollte, die in der Beweisrüge begehrten Ersatzfeststellungen müssten zur Gänze neu formuliert werden, ist dies schlicht unrichtig. Auch aus den Judikaturzitate im Berufungsurteil geht eine solche vom Berufungsgericht nicht begründete – und auch nicht begründbare – Ansicht nicht hervor.

Mit Beweisrüge sind nämlich getroffene Feststellungen des Gerichtes im Rahmen einer Berufung zu bekämpfen, die nach Ansicht des Berufungswerbers unrichtig sind, wenn sie auf unrichtiger Beweiswürdigung beruhen.<sup>77</sup> Die hier vom Erstgericht getroffenen Feststellungen sind an sich nicht unzureichend, um auf ihrer Grundlage eine rechtliche Beurteilung vorzunehmen. Sie sind vielmehr durch das Weglassen von wesentlichen Umständen unrichtig; sie geben die relevanten Tatsachen nicht vollständig wieder und verzerren den zu beurteilenden Sachverhalt, ohne dass dieses Verschweigen von Umständen erkennbar wäre und ohne dass dies bei Behandlung der Rechtsrüge aufgegriffen werden könnte. Die dadurch bewirkte Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellungen kann daher nur mit Beweisrüge geltend gemacht werden.

### 2.2.3. **Jedenfalls als sekundäre Verfahrensmängel zu behandeln**

Aber abgesehen davon übersieht das Berufungsgericht, dass selbst bei Zutreffen seiner Rechtsmeinung die in diesem Fall gesetzmäßig ausgeführte Rechtsrüge zu behandeln gewesen wäre (siehe dazu sogleich). Es schadet nach § 84 Abs 2 ZPO nämlich nicht, wenn der sachlich richtig ausgeführte Berufungsgrund nur unrichtig benannt ist.<sup>78</sup> Es ist nicht entscheidend, wie die geltend gemachten Berufungsgründe bezeichnet werden, sondern welchem Berufungsgrund die Ausführungen in der Berufung zuzuzählen sind.<sup>79</sup> Eine unrichtige oder unvollständige Bezeichnung der Rechtsmittelgründe ist unerheblich und gereicht dem Rechtsmittelwerber nicht zum Schaden, wenn die Rechtsmittelausführungen die Beschwerdegründe deutlich erkennen lassen.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Vgl Pimmer in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> IV/1 § 496 ZPO Rz 56 (Stand 1.9.2019, rdb.at).

<sup>78</sup> Pimmer in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> IV/1 § 496 ZPO Rz 51 (Stand 1.9.2019, rdb.at).

<sup>79</sup> Kodek in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/2 § 85 ZPO Rz 57 (Stand 1.7.2016, rdb.at).

<sup>80</sup> RIS-Justiz RS0041851; Pimmer in *Fasching/Konecny*, *Zivilprozessgesetze*<sup>3</sup> IV/1 § 467 Rz 12; Kodek in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/2 § 85 ZPO Rz 166 und 184 (Stand 1.7.2016, rdb.at).

Falls es sich daher, wie vom Berufungsgericht offenbar in einigen Punkten (siehe oben) der Berufungsausführungen angenommen, tatsächlich um sekundäre Verfahrensmängel handeln sollte, die nicht in der Rechtsrüge, sondern in der Beweistrüge geltend gemacht wurden, wären sie daher trotzdem vom Berufungsgericht inhaltlich zu behandeln gewesen, was das Berufungsgericht aber unterlassen hat.

#### 2.2.4. **Zusammenfassung**

Zusammengefasst handelt es sich um einen **Mangel des Berufungsverfahrens**, dass das Berufungsgericht die in der Berufung enthaltenen Beweistrügen nicht inhaltlich als Beweistrügen behandelte. Aus anwaltlicher Vorsicht wird als Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens weiters geltend gemacht, dass das Berufungsgericht anstelle der Ablehnung der inhaltlichen Behandlung von (angeblich) nicht gesetzmäßig ausgeführten Beweistrügen diese nicht als Geltendmachung von Feststellungsmängeln auf Grund unrichtiger rechtlicher Beurteilung (**sekundärer Verfahrensmangel**) behandelt hat.

Zur mangelhaften Erledigung der einzelnen Punkte der Beweistrüge wird weiters ausgeführt:

#### 2.3. **Zu Punkt 1.**

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweistrüge (S 138–140 der Berufung) unterlassen hat:

##### **"1. Historischer Wille (S 16)**

*Angefochtene Feststellung:*

*Der genaue Verlauf der Debatte, insbesondere die Wortmeldungen und die Beschlussfassungen, werden wie aus dem Protokoll .11 ersichtlich festgestellt, es ist dem Urteil als Anhang 1 angeschlossen.*

*Die Feststellung gibt die relevanten Tatsachen nicht vollständig wieder. Sie lässt nämlich insbesondere die historische Genese des GRB 2004, den Kontext der – vom Erstgericht nur dem Wortlaut nach, aber nicht ihrer tatsächlichen Bedeutung nach festgestellten – Wortmeldungen in der Gemeinderatssitzung und das dem Gemeinderat wie ausgeführt zuzurechnende Wissen von Mag ██████ als Leiter der FVV außer Acht.*

*Wer zum Abschluss von Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten ermächtigt ist, muss zwangsläufig das diesen Geschäften immanente Risiko in Kauf nehmen und damit rechnen, dass der angestrebte Erfolg unter Umständen auch ausbleibt. Auch das Erstgericht hält ausdrücklich fest, dass § 867 ABGB Gemeinden nicht vor schlecht gelaufenen Spekulationen oder vor zu riskanten Geschäften schützen soll (Zwischenurteil, S 89). Die historische Interpretation von Tatsachen, die auch nach außen erkennbar waren (zB über Protokolle) bestätigt, dass dem Gemeinderat der Stadt Linz bei der Beschlussfassung bewusst war, dass im Zusammenhang mit der Erteilung dieser Ermächtigung auch Risiken entstehen können (und nicht so ahnungslos war, wie das Erstgericht*

dies suggeriert) – und stützt damit auch die objektive Interpretation des Begriffs "optimieren". Trotzdem stellte das Erstgericht den historischen Willen der Stadt Linz nicht fest.

Richtigerweise ergibt sich aus den Ergebnissen des Beweisverfahrens folgendes:

- Es wurde bereits in der Gemeinderatssitzung vom 21.9.1993 (Beilage ./HHHH) im Lichte der erstmaligen CHF-Verschuldung auf das **Fremdwährungsrisiko** hin-gewiesen und als "Mutprobe" bezeichnet. Der (damalige) GR Dr Mayr nahm die-se Bemerkung zur Kenntnis, vertrat allerdings die Meinung, "daß der Schweizer Franken, so wie die D-Mark, die stabilste Währung ist", weshalb die "Fremdwährungsstrategie beziehungsweise Anleihestrategie" der Stadt Linz nicht schlecht sein könne. GR Dr Beinkofer von der Opposition wies damals ebenfalls auf Risiken aus der ungewissen künftigen Entwicklung hin. Spätere Diskussionen im Gemeinderat – und es gab regelmäßig Diskussionen über das CHF-Portfolio – verliefen ganz ähnlich. Bürgermeister Dr Dobusch vertrat in diesem Zusammenhang am 17.10.2002 die damals durchaus gängige Auffassung, dass Fremdwährungsgeschäfte "im internationalen Geldgeschäft üblich [und] grundsätzlich Tagesgeschäft" sind (Beilage ./UUUU).
- Später im Amtsbericht zum GRB 2004 vom 13.05.2004 (Beilage ./C) wird ausgeführt, dass die "Divergenzen im Geld- und Kapitalmarkt optimal" ausgenutzt werden sollen. Aus dem Protokoll der – grundsätzlich öffentlichen – Sitzung des Gemeinderates wird deutlich, dass einige Mitglieder des Gemeinderates davon sprechen, dass die "Schwankungsbereitschaft" der Fremdwährungskredite möglicherweise auch zu Verlusten führen und Verbindlichkeiten erhöhen kann. Die Rede ist auch von Risiken, die von der "Stadt Linz sicher nicht beeinflusst" werden können. Genannt werden insbesondere Kursschwankungen, ein Anstieg des Rohöl-preises etc. Betont wird auch die **Notwendigkeit einer professionellen Finanzoptimierung durch die FVV**.
- Der damalige Bürgermeister Dr Dobusch ergänzte in der Gemeinderatssitzung, dass Ziel die hervorragende Bewirtschaftung des Fremdfinanzierungsportfolios in kürzestmöglicher Zeit sei (Beilage ./11). Dem Gemeinderat war daher völlig klar, dass rasches Handeln der FVV notwendig ist und dass sie daher selbst entscheiden muss, welche Geschäfte sie zur Optimierung des gesamten Fremdfinanzierungsportfolios für notwendig erachtet. Beschränkungen der Möglichkeiten und der Parameter der Optimierung wurden nicht erörtert.
- Das Verständnis, wonach die erteilte Ermächtigung mit Risiken verbunden ist, zeigt sich auch besonders deutlich in der Wortmeldung des (damaligen) Stadtrats Dr Mayr: "Dass in **Fremdwährung** gehen Risiken beinhaltet, ist keine Frage, es war aber ein **Abwägen zwischen Risiko und den extrem niedrigen Zinssätzen**." (Beilage ./11).

- *Das alles war selbstverständlich auch Mag █████ klar: "Mir war bewusst, dass man eine besondere Verbilligung eines Fixzinssatzes nur dann bekommt, wenn man einem anderen ein Recht einräumt oder **selbst gewisse Risiken übernimmt**."<sup>81</sup> Dies bestätigte Mag █████ im Wesentlichen auch noch einmal in diesem Verfahren: Er sagte aus, dass es aus seiner Sicht klar ein Risiko gab, dieses aber nach seiner damaligen Meinung begrenzt war, weil nach seiner Erwartungshaltung der EUR/CHF Kurs nicht unter 1,44 fallen hätte sollen.<sup>82</sup>*
- *Dass den Mitgliedern des Gemeinderats das bestehende Fremdwährungsrisiko seit langem bewusst war und dieses Bewusstsein auch in den Debatten der Vergangenheit zum Ausdruck kam, brachte Stadt Linz außerdem ohnehin bereits im vorbereitenden Schriftsatz vom 12.7.2013 vor (Punkt 1.5.2.11) und wurde von BAWAG PSK in der Replik vom 30.8.2013 außer Streit gestellt.*

*Begehrte Feststellung:*

*Der genaue Verlauf der Debatte, insbesondere die Wortmeldungen und die Beschlussfassungen, werden wie aus dem Protokoll ./11 ersichtlich festgestellt, es ist dem Urteil als Anhang 1 angeschlossen. Stadt Linz und insbesondere auch der Gemeinderat der Stadt Linz nahmen beim Beschluss des GRB 2004 in Kauf, dass mit dem GRB 2004 und den auf seiner Grundlage von Stadt Linz eingegangenen Geschäften auch Risiken verbunden sind.*

*Die Feststellung ist relevant, weil sie das ex ante-Verständnis der beteiligten Personen bei Stadt Linz ausdrückt. Damit ist sie als Teil der historischen Interpretation ein Indiz dafür, wie der Optimierungsbegriff im GRB 2004 zu verstehen war und ist. Richtig verstanden hätte das Erstgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass der Swap diesen Optimierungsbegriff erfüllt und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abzuweisen ist."*

Diese Berufungsausführungen werden in der Revision ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Wie in der Berufung eingehend dargelegt wurde und schon aus der Überschrift "Historischer Wille" hervorgeht, wird die Feststellung des aus dem Protokoll ./11 nicht mit ausreichender Klarheit hervorgehenden ex ante-Verständnisses der beteiligten Personen bei Stadt Linz begehrt. Dieses historische Verständnis und der historische Wille der Stadt Linz stellt nicht bloß – wie das Berufungsgericht, ohne dies näher zu begründen, meint – eine "ergänzende Wertung" dar. Vielmehr ist die begehrte Feststellung als Teil der historischen Interpretation ein Indiz dafür, wie der Optimierungsbegriff im GRB 2004 zu verstehen war und ist. Richtig verstanden führt dies

---

<sup>81</sup> ON 172 aus dem Strafsakt, S 5 (Beilage ./87).

<sup>82</sup> Protokoll 13.5.2019, 16.

zur rechtlichen Beurteilung, dass der Swap diesen Optimierungsbegriff erfüllt und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abzuweisen ist.

#### 2.4. Zu Punkt 2.

Hier ist das Berufungsgericht den Argumenten der Berufung gefolgt und hat die bekämpfte Feststellung, BAWAG PSK habe bei Stadt Linz "Hausbankstatus" genossen, ausdrücklich nicht übernommen (siehe auch S 31 des Berufungsurteils). Das betrifft auch die Feststellungen über die von BAWAG PSK bezogenen Informationen.

#### 2.5. Zu Punkt 3.

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweistrübe (S. 141–144 der Berufung) unterlassen hat:

#### "3. Kenntnis von Mag ██████ zum Swap (S 24)

*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).*

*Mag ██████ erstellte im August 2006 aber auch eine ausführliche Unterlage mit der Überschrift "BEURTEILUNG ZINSNIVEAU IN CHF / USD / EURO" mit einer Aufstellung und Erklärung verschiedener möglicher, für das Schuldenmanagement der Stadt Linz von Mag ██████ erwogener Maßnahmen.<sup>83</sup> Die Ausführungen zeugen vom umfassenden Verständnis Mag ██████ von der Funktions- und Wirkungsweise von Derivatprodukten generell.*

*Aus den Transkripten der Telefonate zwischen ██████ ██████ und Mag ██████ vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 ergibt sich vor allem,*

- dass Mag ██████ Kenntnis davon hatte, dass bei einem Ansteigen des CHF gegenüber EUR sich der Zinssatz aus dem Swap – exponentiell – erhöht (P: "Und zu der 1,45 kommt ein grauslicher Zinssatz raus von 5,7."<sup>84</sup>; "Ich hab das auf 10 Jahre zurück gerechnet"<sup>85</sup>), sich mit dem Swap also das Währungsrisiko der Stadt Linz erhöht,*

<sup>83</sup> Beilage ./30, "BEURTEILUNG ZINSNIVEAU IN CHF / USD / EURO".

<sup>84</sup> Beilage ./60, Seite 1, Telefonat ██████ ██████ am 1.2.2007.

<sup>85</sup> Beilage ./60, Seite 6, Telefonat ██████ ██████ am 8.2.2007.

- dass ein niedrigerer Strike für die Stadt Linz grundsätzlich weniger Risiko bedeutet (P: "Na, ja 1.51 wäre mir lieber"<sup>86</sup>), ein höherer Strike beim Swap dagegen einen niedrigeren Fixzinssatz ermöglicht ("Und der müsste dann jetzt bei 1,53 und 1,54 auch noch sinken unter die"<sup>87</sup>),
- dass ein solcher Swap von der Bank gehedged werden muss (S: "Weil so eine Größe gehedged werden muss im Markt ja"<sup>88</sup>), und
- dass das Geschäft im Hintergrund mit Optionen abgebildet wird (S: "Ja und ja dann kriegt man halt entsprechende Optionspreise sag ich mal gestellt ja"<sup>89</sup>).

Ferner waren in der von Mag █████ am 16.2.2007 unterfertigten Abschlussbestätigung sämtliche Parameter des Swap ausgewiesen.<sup>90</sup> Während der Laufzeit des Swap verfasste Mag █████ jährlich, und zwar erstmals am 28.8.2007, sogenannte "Debt-Management-Berichte" an den Finanzausschuss des Gemeinderats der Stadt Linz und erstattete und erläuterte diese auch mündlich. In diesen war jeweils ein eigener Abschnitt dem Swap gewidmet. Darin erklärte er nicht nur völlig korrekt die Formel des Swap, sondern zeigte auch auf völlig richtige Weise auf, wie sich ein EUR/CHF-Wechselkurs von über oder unter dem sogenannten Strikt von 1,54 auf die Zahlungen aus dem Swap auswirkt.<sup>91</sup>

Im Rahmen seiner Einvernahme sagte Mag █████ auch aus, dass für ihn klar war, dass das theoretische Risiko beim Swap unbeschränkt ist ("Dass das theoretische Risiko unbeschränkt ist, ist klar"), und dass "man eine besondere Verbilligung eines Fixzinssatzes nur dann bekommt, wenn man einem anderen ein Recht einräumt oder selbst gewisse Risiken übernimmt."<sup>92</sup>

Dass Mag █████ diese Funktionsweise des Swap ex ante klar war, ist auch aufgrund der von seiner Festplatte rekonstruierten Dateien schlüssig:

- Mag █████ prüfte nämlich konkret nicht nur die Zinsbelastungen aus dem Swap, sondern prüfte und verstand generell dessen Funktionsweise. Er setzte die Formel des Swap auch korrekt in Excel um und berechnete damit richtig mögliche Zahlungspflichten von Stadt Linz (Beilage ./98). Das Ergebnis dieser Rechnung überprüfte er via E-Mail durch Rückfrage bei der BA-WAG PSK (vgl Beilage ./37).
- Außerdem zeichnete er in einem anderen Dokument die Bewertungen des Swap detailliert auf und analysierte diese, zB in dem er Zahlungsströme saldierte (Beilage ./248.2). Das Dokument passte er laufend über die gesamte

<sup>86</sup> Beilage ./60, S 3, Telefonat █████ am 1.2.2007.

<sup>87</sup> Beilage ./60, S 5, Telefonat █████ am 2.2.2007.

<sup>88</sup> Beilage ./60, S 7, Telefonat █████ am 8.2.2007.

<sup>89</sup> Beilage ./60, S 8, Telefonat █████ am 8.2.2007.

<sup>90</sup> Beilage ./3, Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007.

<sup>91</sup> Beilagenkonvolut ./15, insb Beilage ./15.0 vom 28.8.2007. Vgl zu dem Thema Debt-Management-Berichte die Beweisrüge Punkt C.II.23.

<sup>92</sup> Beilage ./87, Einvernahme Mag. █████ am 4.3.2013.

*Laufzeit des Swap an, was zeigt, dass er das Risiko aus dem Geschäft ständig im Auge hatte (Beilage ./248.1 – Erstellungsdatum ist 26.2.2007, also unmittelbar nach Abschluss des Swap; zuletzt bearbeitet wurde es aber am 4.4.2011 und aus dem Inhalt ist er-sichtlich, dass es über die ganze Zeitspanne aktuell gehalten wurde).*

*Zusammengefasst hatte Mag █████ ein umfassendes Wissen über die Funktionsweise des Swap und insbesondere auch darüber, dass dieser vom CHF-Kurs abhängt und sich auch Zahlungspflichten daraus ergeben können.*

*Begehrte Feststellung:*

*Am 31.1.2007 schickte █████ an █████ (cc auch an █████ ein Angebot zur "Optimierung über einen Resettable chf linked Swap" und darauf auch geänderte Indikationen und eine Übersicht von sich ergebenden Fixzinssätzen bei bestimmten Strikes. █████ rechnete auf Grundlage seiner Erwartungen von der EZBW-Entwicklung Kurse in die Formel ein und berechnete die sich daraus ergebenden Zinsbelastungen (./T= ./95, ./U= ./96, ./V, ./97). Außerdem erstellte er vor Abschluss des Swap selbständig ein Excel-Dokument, in dem die Funktionsweise des Swap samt sich allenfalls daraus ergebender Zahlungspflichten für die Klägerin korrekt wiedergegeben ist. Mag █████ kannte und verstand also die wesentlichen Eckdaten der Struktur des Swap. Insbesondere wusste er, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch erhebliche Zahlungspflichten treffen können.*

*Aus Sicht der beklagten Partei ist rechtlich für die aufsichtsrechtliche Gültigkeit des Geschäfts nicht relevant, ob Mag █████ das Produkt verstanden hat. Sollte das Oberlandesgericht Wien dies anders sehen, ist diese Feststellung wesentlich, weil von Stadt Linz vielfach behauptet wurde, dass █████ nicht informiert worden sei oder die Funktionsweise nicht verstanden hätte. Folgt man der rechtlichen Argumentation der BAWAG PSK, wonach dem Gemeinderat das Wissen von Mag █████ zuzurechnen ist,<sup>93</sup> dann ist das Wissen von Mag █████ mittelbar auch für das Wissen des Gemeinderats relevant. Dessen Wissen wieder ist rechtlich für die Frage bedeutsam, ob der Swap nachträglich genehmigt wurde.<sup>94</sup> Auf Basis der begehrten Feststellung wäre das Erstgericht davon ausgegangen, dass der Swap zumindest nachträglich genehmigt wurde, und das Gericht hätte den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abgewiesen."*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Inhalt der Revision erhoben. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweistrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobenen Mängelrüge bestimmend. Das Berufungsgericht hat die inhaltliche Behandlung der Beweistrüge mit der Begründung abgelehnt, der festgestellte Erhalt des Angebots und die sodann angestellten Berechnungen fänden sich ebenso in

<sup>93</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.3.

<sup>94</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.4.

der "Ersatzfeststellung"; ob der Genannte darüber hinaus ein Excel-Dokument welchen Inhalts immer erstellt habe, und was er dabei gekannt und verstanden habe, zeige keine Unrichtigkeit der getroffenen Feststellung auf.

Das Berufungsgericht geht damit in keiner Weise auf die Begründung der Beweistrüge ein. Wie dort eingehend dargelegt wurde, sind die begehrten Ersatzfeststellungen im Zusammenhalt mit den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen für die Beurteilung des Kenntnisstandes von Mag. ██████ zum Swap erforderlich.

## 2.6. Zu Punkt 5.

Als Verfahrensmangel wird hinsichtlich folgender Beweistrüge (S 145-147 der Berufung) geltend gemacht, dass das Berufungsgericht diese nur grob mangelhaft behandelt hat:

### "5. Mag ██████ als Vertreter der Stadt Linz (S 25 f)

*Angefochtene Feststellung:*

*Jedenfalls hat sich ██████ gegenüber der Beklagten aber auf diesen Beschluss zur Begründung seiner Ermächtigung für den Abschluss des Geschäfts vor und nach dem Abschluss berufen und trat auch als Vertreter der Klägerin auf. ██████ ging auch selbst zum Abschlusszeitpunkt davon aus, dass er die Klägerin wirksam vertrete und befugt sei, den Swap, den er als marktübliches und zur Optimierung geeignetes Finanzgeschäft einstufte, für die Klägerin abzuschließen. **Er hätte sich aber nicht mehr für befugt erachtet, wenn der Abschluss Geldmittel als Risikobudget benötigt hätte, die zur Verfügung gestellt werden müssen oder wenn ihm gesagt worden wäre, dass ein Ausstieg möglicherweise EUR 100 Mio oder mehr kosten könnte (ZV ██████ Prot ON 607 und 608 iZm ./HA, S. 7 und der gesamten aktenkundigen Verantwortung im Strafverfahren, ZV ██████ ZV ██████ ./27, ./70).***

*Der fett markierte Teil der Feststellung ist unrichtig. Abgesehen davon, dass es rechtlich darauf für Zwecke des Zwischenurteils nicht ankommen kann, weil gegenüber Dritten nicht relevant sein kann, was der Bevollmächtigte sich denkt oder gedacht hätte: Die Feststellung suggeriert auch fälschlich, die beklagte Partei wäre zu einer entsprechenden Information verpflichtet gewesen. Die Behauptung von Mag ██████ er hätte sich bei bestimmten Ausstiegs-kosten nicht mehr für befugt erachtet, ist eine reine nachträgliche (wenn auch nicht unverständliche) Schutzbehauptung und nicht durch Beweise gedeckt. Richtigerweise hat Mag ██████ – obwohl er wusste, dass das Risiko theoretisch unbeschränkt war (siehe seine Aussage in ON 608, S 5) – wohl nicht damit gerech-*

net, dass sich das Risiko in einer derartigen Höhe realisiert (tatsächlich war damit, wie an anderer Stelle ausgeführt, nicht zu rechnen<sup>95</sup> und ein derartiger Verlust wäre auch trotz der Sondersituation aufgrund der Finanzkrise bei adäquatem Verhalten von Linz vermeidbar gewesen).

Beweise dafür:

- Die Aussagen ████████ und ██████ stützen diese Feststellung gerade nicht, auch nicht die Beilagen ./27 und ./70.
- Mag ██████ hat ausgesagt "Das theoretisch unbeschränkte Risiko, das mit der Formel verbunden war, war mir bewusst." (Protokoll 14.5.2019, ON 608, S 5). Auch im Strafverfahren hat Mag ██████ (schon in Kenntnis der tatsächlichen Entwicklung) eindeutig ausgesagt "Nein. Ich bin davon ausgegangen in Sachen Swap, dass ich vom Gemeinderat bevollmächtigt war." (S 11 des Protokolls ./HA) und "Ich habe zu keiner Zeit damit gerechnet, dass der Wechselkurs dauerhaft unter den 1,54 bleiben wird." (S 35 des Protokolls ./HA).
- Mag ██████ hat auch in seiner Zeugenbefragung (Protokoll 13.5.2019, ON 607, S 19) ausgesagt, dass er von einem Korridor für die Kursentwicklung des Schweizer Franken ausgegangen ist. Wenn Mag ██████ "zu keiner Zeit" damit gerechnet hat, dass der Wechselkurs sich so entwickelt, dann waren Spekulationen über Ausstiegskosten bei einem Wechselkurs, der um vieles unter 1,54 liegt, auch nicht relevant.
- Mag ██████ hat auch explizit ausgesagt, dass es ihm nicht mehr möglich ist, auch nur eine konkrete Wahrscheinlichkeit [gemeint: für eine bestimmte, die Finanzkraft der Stadt Linz übersteigende Summe] zu nennen, bis zu der er sich selbst noch für kompetent erachtet hätte, den Swap aus Eigenem abzuschließen, ohne den Gemeinderat für zuständig zu sehen (ON 608, S 5).

Zusammengefasst war nach der hypothetischen ex ante-Meinung von Mag ██████ eine Ausstiegzahlung von EUR 100 Millionen oder mehr zwar theoretisch möglich, aber nicht erwartet. Die ex post-Meinung von Mag ██████ wonach er sich bei einer solchen Ausstiegzahlung für nicht befugt gehalten hätte, den Swap alleine abzuschließen, ist spekulativ und nicht relevant, zumal der GRB 2004 auch keinerlei Betragsbeschränkungen enthielt. Da zudem Mag ██████ das **theoretisch** unbeschränkte (also eben theoretisch auch über EUR 100 Millionen hinausgehende Risiko) bekannt war, ist die Feststellung auch nicht schlüssig, weil offen bleibt, bei welcher Wahrscheinlichkeit einer solchen Zahlungsverpflichtung Mag ██████ seine alleinige Kompetenz noch bejaht hätte – und hier sagt Mag ██████ dass er keine konkrete Wahrscheinlichkeit nennen kann.

Begehrte Feststellung:

---

<sup>95</sup> Der Swap war nämlich beherrschbar, sowohl objektiv als auch konkret für Stadt Linz: Vgl Punkt C.II.20.

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.

*Diese Feststellung ist wesentlich, weil die verzerrte Interpretation und die bekämpfte Feststellung des Erstgerichts zu einer unrichtigen Entscheidung des Gerichts geführt haben, da die EUR 100 Millionen Ausstiegskosten für Mag ██████ schlicht nie relevant waren und er deswegen keine Vorstellung zu dem für ihn hypothetischen Fall hatte. Bei richtiger Feststellung hätte das Erstgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass sich Mag ██████ jedenfalls befugt gesehen hätte, den nach seiner Ansicht mit einem theoretisch unbeschränkten Risiko verbundenen Swap zu schließen. Seine ex ante-Meinung ist ein Indiz für das Verständnis des GRB 2004. Hätte das Erstgericht dieses Indiz richtig gewertet, hätte es zum Ergebnis gelangen müssen, dass der Swap gültig geschlossen wurde (was rechtlich nach Ansicht von BAWAG PSK, wie bereits mehrfach oben ausgeführt, ohnehin eindeutig ist) und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils hätte abgewiesen werden müssen."*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich auch zum Gegenstand der Revision gemacht und werden ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Das Berufungsgericht spricht aus, dass die festgestellten Hypothesen zwei unterschiedliche Aspekte beim Swap-Abschluss betreffen: Einerseits die hypothetische Variante eines dabei bestehenden Risikobudget-Bedarfs. Andererseits die hypothetische Variante einer Mitteilung über allfällige exorbitante Ausstiegskosten in konkret bezifferter Höhe.

Das Berufungsgericht verwirft dann die Beweisrüge, weil die Ersatzfeststellung nach seiner Ansicht nicht Bezug auf das Risikobudget nehme und zu Ausstiegskosten auf andere Kriterien abstelle. Anders als vom Berufungsgericht gesehen, geht es aber bei der Ersatzfeststellung nicht nur um "Wahrscheinlichkeiten für Verlusthöhen", sondern generell um (hypothetische) Zahlungspflichten, zu denen freilich auch Ausstiegskosten gehören. Dadurch hat sich das Berufungsgericht mit der Beweisrüge aber nur so mangelhaft befasst, dass keine logisch nachvollziehbaren Erwägungen enthalten sind, die sich mit den Kernargumenten der Berufung inhaltlich befassen.

Das Kernargument der Berufung ist, dass bei richtiger Feststellung das Erstgericht zum Ergebnis kommen hätte müssen, dass sich Mag ██████ jedenfalls befugt gesehen hätte, den nach seiner Ansicht mit einem theoretisch unbeschränkten Risiko verbundenen Swap zu schließen, und daher nicht festgestellt werden kann, bei welcher hypothetischen Betrachtung eines Risikobudgets, welcher hypothetischen Mitteilung hypothetischer Ausstiegskosten oder ganz generell bei welcher Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Zahlungspflichten (welcher Art auch immer) sich Mag ██████ ex ante nicht mehr für den Abschluss befugt gefühlt hätte. Die begehrte Ersatzfeststellung deckt daher alle Aspekte der bekämpften Feststellung ab, und geht auch darüber hinaus. Anders als das Berufungsgericht meint, handelt es sich dabei nicht um andere Aspekte, weil der **Eintritt von Zahlungspflichten** – egal ob durch Zurverfügungstellung eines Risikobudgets, potentielle Ausstiegskosten oder andere Möglichkeiten – dies abdeckt und daher die begehrte Ersatzfeststellung (Negativfeststellung) statt der bekämpften (positiven) Feststellung zulässig ist.

Das Berufungsgericht hat sich daher zu Unrecht mit den Argumenten der Berufungswerberin nicht auseinandergesetzt, warum und aufgrund welcher Beweisergebnisse die bekämpfte Feststellung unrichtig ist, und stattdessen die begehrte Negativfeststellung zu treffen ist.

Die Behauptung von Mag ██████ er hätte sich bei bestimmten Ausstiegskosten nicht mehr für befugt erachtet, ist eine reine nachträgliche (wenn auch nicht unverständliche) Schutzbehauptung und **nicht durch andere Beweise gedeckt**. Richtigerweise hat Mag ██████ – obwohl er wusste, dass das Risiko theoretisch unbeschränkt war (siehe seine Aussage in ON 608, S 5) – wohl nicht damit gerechnet, dass sich das Risiko in einer derartigen Höhe realisiert. Die Berufungswerberin hat in der Berufung dafür auf die oben zitierten Beweise verwiesen.

Zusammengefasst war nach der hypothetischen *ex ante*-Meinung von Mag ██████ eine Ausstiegzahlung von EUR 100 Millionen oder mehr zwar theoretisch möglich, aber nicht erwartet. Die *ex post*-Meinung von Mag ██████ wonach er sich bei einer solchen Ausstiegzahlung für nicht befugt gehalten hätte, den Swap alleine abzuschließen, ist eine Schutzbehauptung. Da zudem Mag ██████ das **theoretisch** unbeschränkte (also eben theoretisch auch über EUR 100 Millionen hinausgehende Risiko) bekannt war, ist die Feststellung auch nicht schlüssig, weil offen bleibt, bei welcher Wahrscheinlichkeit einer solchen Zahlungsverpflichtung Mag ██████ seine alleinige Kompetenz noch bejaht hätte – und hier sagt Mag ██████ dass er keine konkrete Wahrscheinlichkeit nennen kann.

Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweistrübe der Berufung stattgeben müssen.

## 2.7. Zu Punkt 6.

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweistrübe (S 147–148 der Berufung) unterlassen hat:

### **"6. Einbindung des Gemeinderats konkret bei Abschluss (S 26)**

*Angefochtene Feststellung:*

*Eine Information, Einbindung, Willensbildung, Beratung oder Beschlussfassung des GR in bzw über diesen Geschäftsabschluss in irgendeiner Form kann nicht festgestellt werden. Es wurde auch nicht um aufsichtsbehördliche Genehmigung angesucht.*

*Die Feststellung ist insofern unrichtig, als sie nicht nur eine formelle Einbindung des Gemeinderates verneint, sondern jede Information "in irgendeiner Form". Das geht zu weit. Während richtig ist, dass es vor Geschäftsabschluss – und nur so ist die Feststellung des Erstgerichts wohl gemeint, da es ja selbst feststellt, dass es nach Geschäftsabschluss zum Antrag auf nachträgliche aufsichtsbehördliche Genehmigung kam (Zwischenurteil, S 33) – keinen formellen Beschluss des Gemeinderats als Kollegialorgan gab, der konkret die Spezifika des klagsgegenständlichen Swap anführt (was praktisch auch gar nicht möglich wäre),<sup>96</sup> gab es natürlich sehr wohl den Rahmenbeschluss GRB 2004, der als Grundlage für den Abschluss des Swap diente. Über den Rahmenbeschluss war der Gemeinderat vor dem Abschluss des Swap eingebunden. Das ist aber hauptsächlich eine Rechtsfrage und betrifft wohl ohnehin nicht den Punkt, den das Erstgericht hier machen wollte – nämlich, dass es betreffend den konkreten Abschluss des vorab Swap keinen weiteren einzelnen Beschluss gibt. BAWAG PSK ficht die Feststellung deshalb an, um sie zu präzisieren.*

*Beweise dafür: Dass unrichtig ist, dass der Gemeinderat nicht "in irgendeiner Form" eingebunden war ergibt sich neben dem festgestellten GRB 2004 (Zwischenurteil, S 16), auch aus den laufenden Berichten an den Finanzausschuss, die Berichte des Kontrollausschusses, Wortmeldungen zum Swap in öffentlichen Sitzungen und jährliche Genehmigungen der Rechnungsabschlüsse, in denen der Swap ausgewiesen war. Die Kenntnis des Gemeinderats wird aber ohnehin bereits in der entsprechenden Beweisrüge behandelt, auf die verwiesen wird.<sup>97</sup>*

*Begehrte Feststellung:*

*Eine weitere Willensbildung, Beratung oder Beschlussfassung des GR als Kollegial-organ in bzw über diesen Geschäftsabschluss vor dem konkreten Geschäftsabschluss oder zum Zeitpunkt des konkreten Geschäftsabschlusses über den GRB 2004 hinaus kann nicht festgestellt werden. Es wurde vor dem konkreten Geschäftsabschluss oder zum Zeitpunkt des konkreten Geschäftsabschlusses auch nicht um aufsichtsbehördliche Genehmigung angesucht.*

*Diese Feststellung ist wesentlich, weil die zu weitgehende Feststellung des Erstgerichts insinuiert, dass es in keiner Form eine Einbindung des Gemeinderats gegeben habe. Das ist viel zu weit und betrifft außerdem auch bereits die rechtliche Würdigung. Die begehrte Feststellung präzisiert das und stellt das klar. Tatsächlich war der Gemeinderat selbstverständlich vor Abschluss des*

---

<sup>96</sup> Siehe Punkt B.II.3.2.1.3.2.

<sup>97</sup> Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.11.

*Geschäfts und auch beim Abschluss des Geschäfts über den GRB 2004 eingebunden. Mag █████ vollzog mit dem Abschluss des Swap nur den Willen des Gemeinderats. Hätte das Erstgericht dies richtig gewürdigt, wäre es zum Ergebnis gelangt, dass der Swap gültig abgeschlossen wurde, und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung eines Zwischenurteils wäre abgewiesen worden."*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand der Revision gemacht und werden auch in der Revision ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Das Berufungsgericht meint, der Sinn von getroffener und begehrter Feststellung sei ohnehin derselbe, nämlich dass der schließlich erfolgte Abschluss konkret des Swap 4175 ohne (neuerliche) Befassung des GR und ohne Einbindung der Aufsichtsbehörde erfolgte.

Auch hier geht das Berufungsgericht in keiner Weise auf die Ausführungen der Berufung ein, in der die Unrichtigkeit der Feststellung, dass der Gemeinderat nicht "in irgendeiner Form" eingebunden war, dargelegt wurde. Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweisrüge der Berufung stattgeben müssen.

## **2.8. Zu Punkt 7.**

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweisrüge (S 148–150 der Berufung) unterlassen hat:

### **"7. Darstellung in Debt-Management-Berichten (S 26-28)**

*Angefochtene Feststellung (Zwischenurteil, S 27):*

*Zusammenfassung:*

*maximales Risiko: € 5.055.655<sup>5</sup> 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)<sup>6</sup>*

*maximaler Ertrag: € 3.437.825<sup>7</sup> p.a. - wenn EUR/CHF-Wechselkurs bei 1,54 (bei aktuellem 6- Monat CHF-Libor)*

*realisiertes Ergebnis: € + 425.598*

*Die Feststellung ist in – allerdings wichtigen – Details unvollständig, schon weil eingangs die Beilage ./BH erwähnt wird, die aus neun verschiedenen Dokumenten ("Debt management Berichte" im Zeitraum 2005-2010) besteht, von denen eine derartige Zusammenfassung (nur) in ./BH3-7 enthalten ist. Die Feststellung der geschilderten Beträge – maximales Risiko: € 5.055.655 p.a. und maximaler*

Ertrag: € 3.437.825 p.a. in der von Mag [REDACTED] jeweils gegebenen Zusammenfassung ist zwar richtig, bezieht sich aber nur auf den Bericht ./BH1. Zusätzlich stellt das Erstgericht in Fußnoten 5 und 7 zu den Beträgen fest "später € 6.183.600" und "Später € 4.397.840 p.a".

Aus den Beilagen ./BH3-7 ergibt sich für maximales Risiko und maximaler Ertrag vollständig folgendes:

Bericht	maximales Risiko	maximaler Ertrag
BH3	5.055.655	3.437.825
BH4	4.942.871	3.688.222
BH5	6.183.600	4.397.840
BH6	6.183.600	4.397.840
BH7	6.183.600	4.397.840

Beweise dafür: Beilagen ./BH3-7.

Begehrte Feststellung:

Zusammenfassung:

maximales Risiko: € 5.055.655<sup>5</sup> 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)<sup>6</sup>

maximaler Ertrag: € 3.437.825<sup>7</sup> 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

Diese Feststellung ist wesentlich, weil aus den von Mag [REDACTED] selbst angestellten Berechnungen, die dieser regelmäßig dem Finanzausschuss berichtete, sowohl ein relevantes Risiko, als auch eine beachtliche Änderung/Schwankung

*dieses Risikos hervorgeht, die dem Finanzausschuss und dessen Mitgliedern bekannt wurde, dies aber bei den befassten Gremien der Stadt Linz keinerlei Reaktion auslöste. Daraus kann abgeleitet werden, dass der Finanzausschuss über den Swap, insbesondere über das mit ihm verbundene Risiko, Bescheid wusste und dass für den Finanzausschuss derartige Schwankungen nicht unerwartet waren, das geschilderte "maximale Risiko" also im Verständnis der Beteiligten keine absolute Grenze war. Das Erstgericht bewertet diese Berichte zwar als irreführend, und meint, dass der Gemeinderat offenbar unwissend war und das Risiko nicht erkennen konnte – das ist aber unrichtig und wird gesondert bekämpft.<sup>98</sup>*

*Die begehrte Ersatzfeststellung hätte als weiterer "Puzzlestein" dazu geführt, dass das Erstgericht umfassendes Wissen des Finanzausschusses über den Swap hätte feststellen müssen. Dieses Wissen wird nach richtiger Rechtsansicht dem Gemeinderat zugerechnet,<sup>99</sup> der aufgrund der Kombination aus Wissen über den Swap und beharrlichem Schweigen sowie Zuwendung der Vorteile den Swap nachträglich genehmigte, weshalb das Erstgericht zum Ergebnis gekommen wäre, dass der Swap gültig ist (sollte man nicht richtigerweise ohnehin von der Gültigkeit ausgehen) und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung eines Zwischenurteils hätte abgewiesen werden müssen."*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand der Revision gemacht und werden in der Revision ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweistrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts "stimmen die festgestellten und die ersatzweise begehrten Maximal-Beträge an Risiko und Ertrag einschließlich deren Modifizierung im Zeitverlauf ohnehin überein". Inwiefern die relevierte Unvollständigkeit zu einer relevanten Unrichtigkeit der bekämpften Feststellung führe, "bleibe im Dunkeln".

Diese Ausführungen gehen auf die oben wiedergegebenen, eingehenden Ausführungen in der Berufung überhaupt nicht ein. Die Relevanz eines sich ändernden "maximalen Risikos" für das Wissen und die Information des Gemeinderates ergibt sich schon insbesondere (neben den Ausführungen oben) aus der bloßen Information über (maßgebliche) Änderungen eines Risikos und damit dem Umstand, dass der Gemeinderat auch über diesen Aspekt des Swap voll informiert war. Die Nichtbehandlung der Beweistrüge wird in Wahrheit überhaupt nicht begründet, was einen groben Mangel des Berufungsverfahrens darstellt.

## **2.9. Zu Punkt 8.**

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweistrüge (S. 150–152 der Berufung) unterlassen hat:

---

<sup>98</sup> Vgl zur Beweistrüge Punkt C.II.23.

<sup>99</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.4.

## **"8. Kontrollamtsbericht über den Rechnungsabschluss 2007 (S 29)**

Angefochtene Feststellung:

*In seinem an den BM, drei Gemeinderäte und eine Gemeinderätin, den MD, den FD und die StK, nicht aber an den GR übersandten Bericht über den Rechnungsabschluss 2007 hielt das KoA zu ausgewiesenen Zusatzeinnahmen von EUR 2.991.500,-- aus "Sonstigen Einnahmen (StK)" fest:*

*"Die Einnahmen aus den 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 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).*

Die Feststellung ist aus mehreren Gründen unrichtig:

- *Die Feststellung ist jedenfalls unvollständig, weil sie nur pauschal "drei Gemeinderäte und eine Gemeinderätin" erwähnt, nicht aber die konkreten Personen. Dies sind die GR Stelzer, GR Forsterleitner, GRin Schmid und GR Traxlmayr (Beilage .16, S 1). GR Stelzer und GRin Schmid waren Mitglieder nicht nur im GR, sondern auch im Finanzausschuss der Stadt Linz (und wurden von der beklagten Partei als Zeugen beantragt), GR Stelzer war auch Vorsitzender des Kontrollausschusses. Christian Forsterleitner (ausgebildeter Betriebswirt) war seit 2003 Mitglied des Linzer Gemeinderats, im Finanz- und Hochbauausschuss sowie im Kontrollausschuss tätig (und in weiterer Folge 2013 Nachfolger von Finanz-Stadtrat Johann Mayr). Rechtsanwalt Manfred Traxlmayr (verstorben 2014) war seit 1997 Mitglied des Linzer Gemeinderats, und von 1997 bis 2009 Mitglied des Kontroll- und Verfassungsausschusses. Die erwähnten Gemeinderäte haben den Bericht daher nicht zufällig bekommen, sondern um diesen in den relevanten Ausschüssen des Gemeinderates zu behandeln, und waren als Verantwortliche des Gemeinderates informiert.*

- *Der Kontrollamtsbericht wurde auch dem Kontrollausschuss des Gemeinderates vorgelegt und von diesem erörtert, da diesem alle Berichte des Kontrollamtes (Stadtrechnungshof) im Wege seines Vorsitzenden vorzulegen sind (§ 39 Abs 3 StL 1992) und von diesem zu beraten sind (§ 40a Abs 1 StL 1992; vgl auch § 15 Abs 1 der Geschäftsordnung des Gemeinderates), so auch die Feststellung (2. Absatz, 1.Satz), wobei die Erörterung in mehreren Sitzungen (vgl zitierte Feststellung auf S 29: "in Sitzungen des Kontrollausschusses behandelt und diskutiert") als ausführlich zu beschreiben ist. Es ist daher etwa wesentlich, dass der Vorsitzende des Kontrollausschusses den Bericht erhalten hat. Der Abschluss des Swap konnte den Mitgliedern des Gemeinderats aus diesem und anderen Gründen also nicht verborgen geblieben sein, auch wenn sie dennoch nicht reagierten – darum geht es aber im Folgenden in einer weiteren Beweisrüge, weshalb auf diese verwiesen wird.<sup>100</sup>*
- *Außerdem ist unklar, was das Gericht mit "Extraktion" oder "Identifikation" von Zahlungen aufgrund des Swap meint. Jedenfalls waren diese in den jährlichen Rechnungsabschlüssen, die statutengemäß vom Gemeinderat zu prüfen sind, gesondert als "Zinsgeschäfte" oder "Zinsabsicherungsgeschäfte" ausgewiesen.<sup>101</sup>*

*Beweise dafür:*

- *Der Kontrollamtsbericht 2007 (Beilage ./16 = ./AN) beschreibt ausdrücklich auf der ersten Seite, an wen die Information erging.*
- *Für Beweismittel zur Kenntnis des Gemeinderats verweist BAWAG PSK auf die bereits oben genannte Beweisrüge.<sup>102</sup> Dieses Thema soll im Rahmen der hier an-gefochtenen Feststellung aber ohnehin ausgeklammert werden.*

*Begehrte Feststellung:*

*In seinem an den BM Dr Dobusch, den Vorsitzenden des Kontrollausschusses GR Stelzer, GR Forsterleitner, GRin Schmid und GR Traxlmayr (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*

---

<sup>100</sup> Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.11.

<sup>101</sup> Vgl dazu bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.4.3.

<sup>102</sup> Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.11.

*Portfolio sind hauptsächlich Kredite auf Basis Euro variabel Euribor und CHF variabel Libor enthalten. Bis jetzt konnten Ausgleichszahlungen der Banken lukriert werden. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen leisten wird müssen." (.16= .AN, pdf-S. 22 (im Dokument als S. 21 bezeichnet)).*

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

*Diese Feststellung ist wesentlich, weil klar zu trennen ist zwischen den feststellbaren Berichten und der durch das Erstgericht vorgenommenen (unzutreffenden) Würdigung, dass der Gemeinderat diese Berichte nicht behandelt und diskutiert hätte. Richtig ist, dass der Gemeinderat diese Berichte sehr wohl kannte, einerseits rechtlich wegen Wissenszurechnung unter anderem des Wissens des Kontrollausschusses und andererseits unmittelbar unter anderem weil die Berichte im Gemeinderat behandelt wurden. Das Wissen des Gemeinderats ex post ist Voraussetzung für die nachträgliche Genehmigung. Wäre das Erstgericht vom zutreffenden Wissen des Gemeinderats ausgegangen, hätte es die nachträgliche Genehmigung des Swap bejaht und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung eines Zwischenurteils wäre abzuweisen gewesen."*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand der Revision gemacht und in der Revision ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Das Berufungsgericht erachtet eine Konkretisierung, an welche Personen der Bericht über den Rechnungsabschluss 2007 geschickt wurde, für entbehrlich. Damit übergeht das Berufungsgericht, dass diese Frage bei der Beurteilung einer nachträglichen Genehmigung durch den Gemeinderat sehr wohl von wesentlicher Bedeutung ist, wie auch im Rahmen der Rechtsrüge eingehend dargelegt wird: Das Erstgericht hat mit seinen Feststellungen nämlich den maßgeblichen Personenkreis unrichtig festgestellt.

Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweisrüge der Berufung stattgeben müssen.

## **2.10. Zu Punkt 9.**

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweisrüge (S. 152–153 der Berufung) unterlassen hat:

### **"9. Keine formelle Information über Zahlung am 15.10.2009 (S 30)**

*Angefochtene Feststellung:*

*Am 15.10.09 ergab sich erstmals eine Zahlungsverpflichtung der Klägerin aus dem Swap 4175 in Höhe von CHF 1.033.695,33 (.128, .129). Die Zahlung wurde geleistet, eine Information des GR erfolgte nicht.*

*Die Feststellung ist zu weitgehend und muss klargestellt werden. Tatsächlich gab es keine aktive Befassung des Gemeinderats vor Durchführung der Zahlung, insbesondere also keinen formellen Gemeinderatsbeschluss dazu – und das ist wohl, was das Erstgericht ausdrücken will. Unabhängig davon war der Gemeinderat aber ohnehin laufend über den Swap und auch über Zahlungen daraus informiert. Das sieht das Erstgericht anders und wird bereits an anderer Stelle in der Beweisrüge bekämpft.<sup>103</sup> Diese Ersatzfeststellung soll sich deshalb auf eine Klarstellung beschränken.*

*Beweise dafür: Grundsätzlich trifft die Auffassung, dass der Gemeinderat anlässlich der konkreten Zahlung nicht formell damit befasst wurde zu. Es handelt sich wie oben ausgeführt um eine bloße Klarstellung.*

*Begehrte Feststellung:*

*Am 15.10.09 ergab sich erstmals eine Zahlungsverpflichtung der Klägerin aus dem Swap 4175 in Höhe von CHF 1.033.695,33 (.128, .129). Die Zahlung wurde geleistet, eine gesonderte formelle Information des GR als Kollegialorgan vor Durchführung dieser Zahlung erfolgte nicht.*

*Diese Feststellung ist wesentlich, weil nur durch die Klarstellung deutlich wird, dass es keine gesonderte formelle Information vor Durchführung der Zahlung gab. Das könnte man lediglich anhand der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen unrichtigerweise auch so verstehen, dass der GR davon nie Kenntnis erlangte. Wäre das Erstgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der Gemeinderat laufend über den Swap und dessen Zahlungen informiert war, hätte es auch zutreffend die Kenntnis des Gemeinderats und damit die nachträgliche Genehmigung des Swap bejahen können. Folge wäre die Abweisung des Antrags der Stadt Linz auf Fällung eines Zwischenurteils gewesen.*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand der Revision gemacht und in der Revision ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Das Berufungsgericht kann keinen relevanten Unterschied dessen erkennen, was im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Zahlung unterblieben ist, nämlich – wie festgestellt – "eine Information des Gemeinderats" oder – wie begehrt – "eine gesonderte formelle Information des Gemeinderats als Kollegialorgan".

---

<sup>103</sup> Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.11.

Wie bereits in der Beweistrüge eingehend ausgeführt, liegt aber der für die rechtliche Beurteilung relevante Unterschied gerade in diesen "Details", deren Feststellung begehrt wird. Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweistrüge der Berufung stattgeben müssen.

## 2.11. Zu Punkt 10.

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweistrüge (S 153–154 der Berufung) unterlassen hat:

### **"10. Gespräche zwischen BAWAG PSK und Stadt Linz ab Juli 2010 (S 30)**

*Angefochtene Feststellung:*

*Zwischen Juli 2010 (.133) und März 2011 kam es zu mehreren Gesprächen zwischen Vertretern der Klägerin, darunter BM Dobusch und StR Mayr, und der Beklagten, in denen vom BM auch der Standpunkt vertreten wurde, das Geschäft sei aus Formalgründen nicht gültig, bei einem Gespräch am 5.8.2010 auch konkret mit der Begründung, der Swap sei vom GR-Beschluss nicht umfasst (.136).*

*Die Feststellung ist unvollständig, weil in der Besprechung zwischen BAWAG PSK und Stadt Linz am 6.7.2010 noch keine Rede davon war, dass der Swap nicht vom GRB 2004 erfasst sei (.133). Daraus zeigt sich, dass das Argument, der Swap sei vom GR-Beschluss nicht umfasst, erst nachträglich "gefunden" wurde, aber nicht dem Verständnis der Stadt Linz und ihres Bürgermeisters vor August 2010 entsprach.*

*Die Feststellung ist auch unvollständig, weil auch Mag █████ wesentlich an den Gesprächen beteiligt war und in weiterer Folge sogar von der Stadt Linz (weiterhin) als der Zuständige benannt wurde. Auch dies zeigt, dass die Stadt Linz nicht davon ausging, Mag █████ hätte den Swap eigenmächtig abgeschlossen. Am 5.8.2010 war Mag █████ lediglich wegen Urlaub entschuldigt.*

*Beweise dafür:*

- *Aus der Aktennotiz der Besprechung am 6.7.2010 (Beilage .133) geht hervor, dass auch Mag █████ beteiligt war und dass noch keine Rede davon war, dass der Swap nicht vom GRB 2004 erfasst war.*
- *Aus der Aktennotiz der Besprechung am 5.8.2010 (Beilage .136) geht hervor, dass auch Mag █████ anwesend sein hätte sollen, aber wegen Urlaubs entschuldigt war und dass Stadt Linz (erstmalig) erklärte, dass der Swap nicht vom GRB 2004 erfasst war.*
- *Am 19.8.2010 fand eine weitere Besprechung statt, bei der auch Mag █████ teilnahm (Beilage .137).*

- *Aus der begleitenden Korrespondenz von BAWAG PSK an Stadt Linz ergibt sich ebenfalls, dass Mag. [REDACTED] laufend an den Gesprächen beteiligt war (Beilage ./134: "... laufenden Kontakt mit Ihren Experten, insbesondere mit Finanzdirektor Mag. [REDACTED] ... Mag. [REDACTED] hat im Nachgang zum gestrigen Termin ...").*
- *ZV [REDACTED] Selbst Mitte 2010, als Dr Dobusch bereits aktiv in die Verhandlungen mit BAWAG PSK involviert war, wurde auf Nachfrage von BAWAG PSK weiter Mag. [REDACTED] (und nicht etwa Dr Dobusch, der Gemeinderat oder einzel-ne Gemeinderatsmitglieder) als Ansprechpartner genannt.<sup>104</sup>*

*Begehrte Feststellung:*

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

*Diese Feststellung ist wesentlich, weil damit gezeigt wird, dass die "Verteidigungslinie" des angeblich ursprünglich ungültigen Swap erst im Nachhinein eronnen wurde. Außerdem zeigt sie, dass Mag. [REDACTED] von Stadt Linz noch lange nach Abschluss des Geschäfts bis ins Jahr 2011 als vertretungsbefugter Ansprechpartner genannt wurde. Das ist ein Indiz dafür, dass Mag. [REDACTED] ursprünglich schon immer vom Gemeinderat mit dem Abschluss des Swap betraut werden sollte, zumindest aber des vom Gemeinderat gesetzten Anscheins, Mag. [REDACTED] damit zu betrauen. So oder so hätte das Erstgericht auf Grundlage der begehrten Feststellung von einem gültigen Abschluss des Swap durch Mag. [REDACTED] ausgehen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen."*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand dieser Revision gemacht und in der Revision ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Mit dem Begehren auf Feststellung, dass an bestimmten Gesprächen eine weitere Person teilgenommen hat, wird ebenso wie mit dem Begehren auf ergänzende Feststellungen zum von Äußerungen die Unrichtigkeit der erstgerichtlichen Feststellungen geltend gemacht, die gerade darin liegt, dass wesentliche Umstände weggelassen werden. Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweisrüge der Berufung stattgeben müssen.

---

<sup>104</sup> Protokoll 10.4.2019, S 15.

## 2.12. Zu Punkt 11.

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweistrübe (S 154–157 der Berufung) unterlassen hat:

### "11. Einbindung des Gemeinderats (S 32)

*Angefochtene Feststellung:*

*Der Voranschlag der Klägerin für das Rechnungsjahr 2011 wurde sodann mit Stimmenmehrheit festgestellt, eine Beschlussfassung über eine Zustimmung zum Swap 4175 oder dessen Genehmigung fand nicht statt.*

*Es kann nicht festgestellt werden, dass sich der GR als Kollegialorgan vor dem 7.4.2011 eine Meinung über den Swap 4175 gebildet hat und, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, eine Entscheidung über diesen Geschäftsabschluss getroffen hat oder treffen wollte, ebenso wenig, dass er über den allenfalls vollmachtslos abgeschlossenen Swap 4175, dessen konkrete Struktur, eine allfällige (schwebende) Unwirksamkeit dieses Geschäftes und eine mögliche oder notwendige Genehmigung desselben Bescheid gewusst, beraten, abgestimmt, sich einen Willen gebildet oder Beschluss gefasst hat. Auch eine Informationserteilung des GR als Gremium über den Swap, dessen Wirkungen, das mit ihm verbundene Risiko und den genauen Ablauf seines Abschlusses kann vor dem 7.4.2011 nicht festgestellt werden. (/A -/B2, /AN = /16 (Bezugnahme nur auf den GR-Beschluss vom 3.6., keine Verbindung zum Swap 4175 oder auch nur zu Geschäften mit der Beklagten), /BE, /BH, /BK, /BN, /BS (keine Erwähnung des Swaps 4175), /CA (keine Erwähnung des GR), /CV und /CW (keine Erwähnung), /CX und /CZ (Erwähnung von "Zinssicherungsgeschäften" bei sonstigen Einnahmen im Rechnungsabschluss ohne Bezugnahme auf den Swap 4175), /DA - /DP (keine Erwähnung, in /DO S. 15 und S. 21 lediglich allgemeine Ausführungen ohne Bezug auf konkrete Geschäfte), /ES, /ET, /FT (keine aufgeschlüsselte Darstellung, Swap nicht erkennbar), /FW (Ausweis von Mehr- und Mindereinnahmen aus "Zinssicherungsgeschäften" ohne Bezug zum Swap 4175), /GX, /14 - /16, /54 (Erwähnung des Finanzausschusses und des StR Mayr als "zuständige Gremien der Kommune", nicht aber des GR), /57 (keine Befassung des GR mit Maßnahmen des Debt Managements, sondern lediglich des Finanzausschusses), /58 (als zustimmende Gremien werden nur StR Mayr und BM Dobusch angeführt), /61 (Erwähnung von nicht näher dargelegten Zinssicherungsgeschäften, die Einnahmen gebracht haben im Rahmen der Erörterung des Voranschlages 2010 – zu einer Beschlussfassung des GR in dieser Sitzung existiert kein Vorbringen), /112 (Wunsch von [REDACTED] Rücksprache mit "Chef" StR Mayr zu halten, aber kein Anhaltspunkt für eine Einbindung des GR), /121 (keine Einbindung des GR), /150, PV Dobusch ON 112, S.20).*

*Die Feststellung ist unrichtig und wird angefochten.*

Dem Gemeinderat wird rechtlich ohnehin das Wissen von Mag ██████ des Finanzausschusses, des Kontrollausschusses und Dr Mayr zugerechnet. Da diese alle ausreichendes Wissen über den Swap hatten, hatte ein solches Wissen rechtlich automatisch auch der Gemeinderat – unabhängig von seinem tatsächlichen unmittelbaren Wissen.<sup>105</sup>

Daneben hatte der Gemeinderat aber auch aus Eigenem ausreichend unmittelbares Wissen über den Swap. Richtig ist zwar, dass der Gemeinderat neben dem GRB 2004 nicht noch aktiv einen weiteren Beschluss über eine Genehmigung des Swap fasste (was auch nicht erforderlich war<sup>106</sup>). Unrichtig ist aber, dass der Swap nicht Gegenstand der Gemeinderats-sitzungen und sogar von längeren Wortmeldungen war.

Dies ergibt sich aus Folgendem:

- Mag ██████ berichtete dem dafür zuständigen Finanzausschuss des Gemeinderats in den Debt-Management-Berichten regelmäßig über den Swap. Ausgehend vom festgestellten Inhalt dieser Berichte (und im Sinn der angefochtenen Feststellung betreffend den Inhalt dieser Berichte<sup>107</sup>) kannte der Finanzausschuss die Struktur des Swap.<sup>108</sup>

Der Finanzausschuss ist ein Hilfsorgan des Gemeinderats. Er ist ein vom Gemeinderat eingerichteter Ausschuss (Zwischenurteil, S 2). Die Ausschüsse setzen sich aus Mitgliedern des Gemeinderats zusammen (Zwischenurteil, S 2). Es herrscht also teilweise Personenidentität. Alles, was der Finanzausschuss als "kleiner Gemeinderat" weiß, weiß auch der Gemeinderat.

- Das Kontrollamt hielt in seinem Bericht über den Rechnungsabschluss 2007, der auch im Kontrollausschuss behandelt wurde (Zwischenurteil, S 29), fest, dass der Abschluss von Terminkontrakten mit dem GRB 2004 genehmigt wurde, daraus unter anderem CHF-Risiken eingegangen wurden und nicht auszuschließen ist, dass Stadt Linz daraus auch einmal Zahlungspflichten treffen können (Beilage ./16, S 21).

Der Kontrollausschuss ist ein zwingend vorgesehener Ausschuss des Gemeinderats und dient der Behandlung der Berichte des Kontrollamtes (Zwischenurteil, S 2). Die Ausschüsse setzen sich aus Mitgliedern des Gemeinderats zusammen (Zwischenurteil, S 2). Es herrscht also teilweise Personenidentität. Alles, was der Kontrollausschuss als "kleiner Gemeinderat" weiß, weiß auch der Gemeinderat.

---

<sup>105</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.2.

<sup>106</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.2.1.

<sup>107</sup> Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.23.

<sup>108</sup> Vgl dazu näher bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.4.2.

- Das Erstgericht stellt fest, dass in der Gemeinderatssitzung am 16.12.2010 umfassend über die Finanzen der Stadt Linz berichtet wurde (Zwischenurteil, S 30). In diesem Zusammenhang stellt es auch die Wortmeldungen zweier Gemeinderäte vor der Beschlussfassung fest (Zwischenurteil, S 31 f):

Diese nehmen auf den Swap Bezug, sprechen etwa von "positiven Ergebnissen, nach kleinen Gewinnen in den Vorjahren" und aktuell einen "Verlust von fast 16 Millionen Euro". Auch auf die Funktionsweise des Swap wird dabei Bezug genommen, und auf ein Verlustpotential bei der weiteren Kursentwicklung des CHF. Es handelt sich nach den Wortmeldungen eindeutig um den vom Finanzreferenten (also Mag ██████ mit Zustimmung des Gemeinderats unwiderruflich abgeschlossenen Swap ("hat sich dieses Haus entschieden, die Verantwortung zu delegieren", "da sind uns die Hände gebunden"), dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und der zu millionenschweren Zahlungspflichten der Stadt Linz führen kann.

In derselben Sitzung und anschließend an diese Wortmeldungen **genehmigte der Gemeinderat den Voranschlag für das Rechnungsjahr 2011 einschließlich des Swap**. Ein Gemeinderat, der zu ersten Mal vom Swap und dessen Funktionsweise (millionenschwere Verluste!) hört, und meint, dass ein solches Geschäft nicht genehmigt gewesen wäre, handelt anders. Dass die beiden Wortmeldungen im Wesentlichen unkommentiert blieben, kein Mitglied des Gemeinderats nachhakte, niemand Nachfragen stellte und die Sitzung zB auch nicht unterbrochen wurde, indiziert, dass der Swap und dessen Funktionsweise – die in den Wortmeldungen klar hervorkommt – für den Gemeinderat keine Überraschung war.

Jedenfalls wusste der Gemeinderat aber spätestens seit dem 16.12.2010 über den Swap und dessen Funktionsweise, insbesondere erzielte Gewinne in Vorjahren sowie hohe aktuelle und drohende Verluste Bescheid.<sup>109</sup>

Begehrte Feststellung:

Der Voranschlag der Klägerin für das Rechnungsjahr 2011 wurde sodann mit Stimmenmehrheit festgestellt, eine ausdrückliche Beschlussfassung über eine Zustimmung zum Swap 4175 oder über dessen nachträgliche Genehmigung fand nicht statt.

Aufgrund der regelmäßigen Debt-Management-Berichte an den Finanzausschuss und des Kontrollamtsberichts 2009 an den Kontrollausschuss konnten 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

---

<sup>109</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.4.3.

auch erhebliche Zahlungspflichten treffen können. Jedenfalls wusste der Gemeinderat als Kollegialorgan dies spätestens seit der Gemeinderatssitzung am 16.12.2010.

*Diese Feststellung ist wesentlich für die Frage, ob und inwieweit der Gemeinderat eingebunden war und ob es zu einer nachträglichen Genehmigung kam. Wäre das Erstgericht zutreffend von der Einbindung des Gemeinderats ausgegangen, hätte es die nachträgliche Genehmigung bejahen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen.*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand der Revision gemacht und in der Revision ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Der vom Berufungsgericht hervorgehobene Umstand, dass eine bestimmte Kenntnis des Gemeinderats ohnehin gefolgert werden könne und daher kein tauglicher Gegenstand einer (Ersatz-)Feststellung wäre, ändert nichts daran, dass die begehrte Feststellung zumindest zur Klarstellung erforderlich ist. Eine Schlussfolgerung des Berufungsgerichtes kann keine Feststellung ersetzen. Die Interpretation des Berufungsgerichts ist rechtlich nicht bindend und führt nicht dazu, dass eine unrichtige Feststellung "richtig" wird.<sup>110</sup> Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweisrüge der Berufung stattgeben müssen.

### **2.13. Zu Punkt 13.**

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweisrüge (S 159-161 der Berufung) unterlassen hat:

#### **"13. Austausch von Zahlungsströmen (S 35)**

*Angefochtene Feststellung:*

*Solange der EZBW zu den Fälligkeitszeitpunkten CHF 1,54 nicht unterschreitet, kommt es aus dem Swap aufgrund des sich zu ihren Gunsten ergebenden Saldos aus den Zahlungsströmen zu Einnahmen der Klägerin in CHF, die der Höhe nach dem variablen Teil der Zinszahlungsverpflichtung aus der CHF-Anleihe ohne den Aufschlag entsprechen (6M-CHF-LIBOR) und daher bei wirtschaftlicher Betrachtung das 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.*

---

<sup>110</sup> Auch unten Punkt C.II.2.19.4.

Die Feststellung (insbesondere der letzte Satz) ist unrichtig oder zumindest unvollständig und widerspricht anderen (richtigen) Feststellungen, weil die Klägerin diesen Betrag nicht zu zahlen hatte; vielmehr wurden nach der getroffenen Vereinbarung die Ergebnisse saldiert und es wurde immer nur der Saldo gezahlt. **Bis Mitte 2009 hatte daher immer nur die beklagte Partei zu zahlen** (wie auch richtig auf Seite 30 oben festgestellt). Außerdem insinuiert das Erstgericht, die 0,065 % fix von CHF 195 Millionen seien bei jedem einzelnen Zahlungstermin, also halbjährlich, angefallen – tatsächlich handelte es sich dabei aber um den jährlichen Zahlungsstrom (siehe dazu auch die weitere bekämpfte Feststellung unten).<sup>111</sup>

Zur Erklärung des Hintergrunds: Ausgangspunkt für Stadt Linz war eine variable verzinsten CHF-Anleihe, aus der Stadt Linz Zinsen in Höhe von 6-Monats-CHF-LIBOR+0,049 % zu zahlen hatte (Zwischenurteil, S 16). Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap wären das zB 2,369 %.<sup>112</sup> Die 0,065 % fix, die Stadt Linz stattdessen zu zahlen hatte, waren also jedenfalls auf der Zinsseite eine sichere und deutliche Verbesserung für Stadt Linz. Aufgrund der damit deutlich höheren Verzinsung der CHF-Anleihe, die BAWAG PSK aufgrund des Zinstauschgeschäfts zu tragen hatte, waren daher Zahlungen von Linz alles andere als sicher. Lediglich wenn der EUR/CHF-Kurs unter 1,54 fallen würde, würde sich für Linz aus der Formel ein höherer Zinssatz ergeben, der saldiert zu einem Zahlungsanspruch der BAWAG PSK führen würde (oder wenn die Zinsen aus der Anleihe unter 0.065% gesunken wären).

Beweise dafür: Siehe bei der unten bekämpften Feststellung.<sup>113</sup>

Begehrte Feststellung:

Solange der EZBW zu den Fälligkeitszeitpunkten CHF 1,54 nicht unterschreitet, kommt es aus dem Swap aufgrund des sich zu ihren Gunsten ergebenden Saldos aus den Zahlungsströmen zu Einnahmen der Klägerin in CHF, die der Höhe nach dem variablen Teil der Zinszahlungsverpflichtung aus der CHF-Anleihe ohne den Aufschlag entsprechen (6M-CHF-LIBOR) und daher bei wirtschaftlicher Betrachtung das entsprechende Zinsänderungsrisiko aus der CHF-Anleihe der Klägerin für sie eliminiert. Jede Veränderung des LIBOR führte einerseits zu einer Veränderung der Zinszahlung aus der Anleihe, aber auch zu einer korrespondierenden Änderung des Ertrags aus dem Swap. Die Klägerin hatte dafür ihrerseits fix 0,065 % von CHF 195.000.000,- zu zahlen. Entsprechend dieser Mechanik wurden zu halbjährlichen Zahlungsterminen die Zahlungsströme einerseits der Klägerin und andererseits der Beklagten berechnet und saldiert. Nur ein allfälliger Überhang war dann von der aus dem Überhang verpflichteten Partei an die aus dem Überhang berechnete Partei zu bezahlen.

<sup>111</sup> Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.22.

<sup>112</sup> Vgl die öffentlich zugänglichen historischen Daten unter <http://iborate.com/chf-libor/>.

<sup>113</sup> Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.22.

*Diese Feststellung ist wesentlich, weil sich aus dem Swap eben keine fixe Zahlungsverpflichtung für Stadt Linz ergab. Es bestand rechtlich kein Anspruch auf Zahlung eines einzelnen Zahlungsstroms, sondern immer nur des Saldos. Ohne diese Feststellung hätte das Erstgericht nicht davon ausgehen dürfen, dass die Schwelle des § 46 StL 1992 überschritten ist und hätte in der Folge den gültigen Abschluss des Swap auch ohne Einbindung des Gemeinderats bejahen müssen. Der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils wäre damit abzuweisen gewesen.*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand der Revision gemacht und in der Revision ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Das Berufungsgericht bezeichnet die begehrte Feststellung als "entbehrlich", begründet dies aber nicht. In der Beweisrüge, auf die das Berufungsgericht überhaupt nicht eingeht, wird vielmehr die Relevanz der begehrten Ersatzfeststellung eingehend dargelegt. Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweisrüge der Berufung stattgeben müssen.

#### **2.14. Zu Punkt 14.**

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweisrüge (S 161–162 der Berufung) unterlassen hat:

##### **"14. Risiko aus CHF-Anleihe und aus Swap (S 36)**

*Angefochtene Feststellung:*

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

*Bei der Frage, ob ein Vertrag kündbar ist oder nicht, handelt es sich um keine Feststellung, sondern um eine rechtliche Würdigung. Nur beim fett gedruckten Teil handelt es sich nach Ansicht von BAWAG PSK um eine Feststellung. Diese wird angefochten.*

*Die Feststellung ist nämlich irreführend. Einerseits verknüpft sie die Beschränkung des Risikos aus dem Swap mit der Möglichkeit seiner Kündigung ("kündbar, wodurch auch das mit ihr verbundene Risiko beschränkt war"). Tatsächlich hat die Beschränkung des Risikos mit der Beherrschbarkeit und nicht mit der Kündbarkeit eines Produkts zu tun. Und beherrschbar war der Swap.<sup>114</sup> Andererseits wird darin behauptet, die CHF-Anleihe habe ein beschränktes Risiko gehabt – das ist aber unrichtig.*

---

<sup>114</sup> Vgl bei der Beweisrüge Punkt C.II.20.

Dies alles ergibt sich aus den Aussagen der Gerichtssachverständigen:

- Laut Gerichtssachverständigen handelt es sich bei der Frage, ob Verluste oder Gesamtverluste begrenzt werden können, um eine Frage der Beherrschbarkeit des Risikos.<sup>115</sup> Um den Swap beherrschen zu können, hätte man einen Risikoleit-faden gebraucht.<sup>116</sup> Man hätte zB mit einer Bank vereinbaren können, dass der Swap dann geschlossen wird, wenn sein Wert erstmals eine gewisse Wertgrenze unterschreitet.<sup>117</sup> Damit unterscheidet sich das Risiko aus dem Swap nicht vom Risiko aus jedem gewöhnlichen Fremdwährungsdarlehen, wie Stadt Linz mit der CHF-Anleihe schon vor dem Swap eines hatte.<sup>118</sup> Von der Möglichkeit einer Kündigung schreiben die Gerichtssachverständigen nicht – das ist aus Sicht der Gerichtssachverständigen für die Beschränkbarkeit des Risikos auch gar nicht nötig. Laut den Gerichtssachverständigen wäre es nämlich Aufgabe der Stadt Linz gewesen, sich darum zu kümmern, das Risiko zu beschränken und zB regelmäßig indikative Auflösungspreise einzuholen (EGA, S 59).
- Stadt Linz hatte übrigens während der Laufzeit des Swap ohnehin ausreichend Gelegenheit, auszusteigen – am Anfang sogar noch mit Gewinn, wie damals bei ihrem Ausstieg aus dem ersten mit BAWAG PSK geschlossenen Swap 3976. Keine einzige der Gelegenheiten, aus dem Swap auszusteigen, nahm sie an.
- Die Feststellung widerspricht außerdem auch den Aussagen der Gerichtssachverständigen. Diese bejahen die Frage, ob das CHF-Währungsrisiko aus der CHF-Anleihe theoretisch unbeschränkt war.<sup>119</sup> Das Erstgericht stellt im Widerspruch dazu fest, dass das Risiko beschränkt war. Das alleine mit der CHF-Anleihe übernommene Risiko war ex ante jedenfalls deutlich höher als das zusätzlich mit dem Swap übernommene Risiko.<sup>120</sup>
- Alleine durch die vertragliche Kündigungsmöglichkeit war das Risiko an die CHF-Anleihe übrigens noch nicht beschränkt, wenn das Erstgericht darin den gleichen Maßstab anlegen würde, wie an den Swap. Die Emittentin Stadt Linz konnte nämlich nur zu jedem Kupontermin, also alle sechs Monate, mit zehn Bankarbeitstagen Frist kündigen (§ 8 der Beilage ./D). Eine rasche Reaktion war damit nicht möglich. Der Konnex des Erstgerichtes zwischen Kündbarkeit und Risikobeschränkung ist deshalb verfehlt.

Begehrte Feststellung:

---

<sup>115</sup> EGA, S 16.

<sup>116</sup> Gutachten, S 54 und 106; EGA, S 16 und 36 f.

<sup>117</sup> Gutachten, S 54, EGA, S 16.

<sup>118</sup> Gutachten, 54.

<sup>119</sup> EGA, S 69.

<sup>120</sup> Ergänzung, S 12 und 26.

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

*Diese Feststellung ist wesentlich, weil die bekämpfte Feststellung unzutreffend unterstellt, dass der Swap nur mit ordentlicher Kündigungsmöglichkeit beherrschbar gewesen wäre. Das ist unrichtig, wie sich aus den Aussagen der Gerichtssachverständigen ergibt. Die Beherrschbarkeit kann, jedenfalls wenn man der (unrichtigen)<sup>121</sup> Rechtsansicht des Erstgerichts folgt, für die Optimierungseignung des Swap und damit für dessen gültigen Abschluss relevant sein. Hätte das Erstgericht die Beherrschbarkeit zutreffend bejaht, hätte es von der ursprünglichen Gültigkeit des Swap ausgehen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen."*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand der Revision erhoben und ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Für das Berufungsgericht ist die Relevanz von – wie es sie bezeichnet – Sachverhaltskonstrukten rein "theoretischer" und damit praxisferner Natur nicht erkennbar. Letztlich gehe es hier nicht um das Risiko des Swap.

Gerade die Frage der Beherrschbarkeit ist – wie schon in der Berufung dargelegt - jedoch (jedenfalls nach Meinung des Erstgerichts) von Relevanz und kann nur auf Grundlage von Tatsachenfeststellungen, die sich auf die Gutachten der Gerichtssachverständigen stützen, beurteilt werden. Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweisrüge der Berufung stattgeben müssen.

## **2.15. Zu Punkt 15.**

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweisrüge (S 162–164 der Berufung) unterlassen hat:

### **"15. Chancen-Risiko-Profil des Swap (S 36)**

*Angefochtene Feststellung:*

*Der Swap ist asymmetrisch gestaltet, die für die Klägerin erzielbaren Gewinne sind betraglich beschränkt, wohingegen die möglichen Verluste unbeschränkt sind. Gewinne der Klägerin treten mit höherer Wahrscheinlichkeit und geringeren Beträgen auf, Verluste wesentlich seltener, dann allerdings mit höheren Beträgen (korrigiertes SV-GA ON 444, S 3 ff, 20 f). Das Ergebnis zu den einzelnen Zahlungsterminen und damit einhergehend auch das Ge-*

---

<sup>121</sup> Siehe Rechtsrüge Punkt B.II.3.2.1.5.2.

*Samtergebnis 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.*

*Der erste Teil der Feststellung ist unvollständig und reißt Aussagen der Gerichtssachverständigen völlig aus dem Zusammenhang. Tatsache ist: Die Gerichtssachverständigen bestätigten im Gesamtbild, dass es sinnvoll war, den Swap abzuschließen. Diese Aussage wird durch die angefochtene Feststellung völlig verzerrt.*

*Auch die Beweiswürdigung des Erstgerichtes (Zwischenurteil, S 50), der Swap sei "ein Geschäft, das bei Abschluss und danach nahezu während der gesamten Laufzeit unter Wasser war" ist falsch. Damit reißt es die Aussagen der Gerichtssachverständigen unzulässig aus dem Kontext. Tatsächlich verdiente Stadt Linz an dem Geschäft zunächst Millionen und bereits aus diesem Blickwinkel ist die Feststellung unverständlich. "Unter Wasser" ist kein definierter finanzmathematischer Begriff. Umgangssprachlich versteht man darunter wohl ein Geschäft, welches für den Kunden nachteilig ist. Für die ersten zweieinhalb Jahre, in denen Stadt Linz Millionen daraus verdiente (Zwischenurteil, S 30), kann das nicht ernsthaft behauptet werden. Offenbar will das Erstgericht aber auf etwas Anderes hinaus, nämlich auf den negativen Marktwert, den der Swap angeblich über die Laufzeit gehabt habe. Dazu fehlen aber konkrete Feststellungen und es gibt auch keine Beweisergebnisse, aus denen das hervorgehen würde.*

*Im Gegenteil: Die Gerichtssachverständigen hielten fest, dass die Marge (ausschlaggebender Teil eines allfälligen anfänglichen negativen Marktwerts) der BAWAG PSK im marktüblichen Bereich lag.<sup>122</sup> Wenn die Gerichtssachverständigen davon sprechen, dass der Swap "unter Wasser" war, dann nur im Zusammenhang mit einer bestimmten Art der Bewertung des Swap und nur bezogen auf der Annahme, dass Stadt Linz trotz nachteiliger Marktentwicklungen nicht handelt.<sup>123</sup> Diesen Zusammenhang ignoriert das Erstgericht in seiner Würdigung.*

*Für den zweiten Teil der Feststellung, wonach der Swap wirtschaftlich einem Wetten auf den jeweiligen EZBW-Stand zu den einzelnen Fälligkeitsterminen entsprechen soll, fehlt jeder Beleg. Der Aussage der Gerichtssachverständigen entspricht das nicht (der erste Teil der Feststellungen war zumindest wörtlich aus den Sachverständigengutachten übernommen, wenn auch unvollständig). Soweit es sich dabei überhaupt um eine Feststellung handelt, ist sie unrichtig:*

---

<sup>122</sup> Gutachten, S 125.

<sup>123</sup> Gutachten, S 71 f.

- *Nicht jedes aleatorische Element macht ein Finanzinstrument wirtschaftlich zu einer Wette. Ansonsten wäre sogar ein Fixzins-Sparbuch auch wirtschaftlich eine Wette auf sinkende Zinsen zu den einzelnen, jährlichen Fälligkeitsterminen.*
- *Rechtlich ist der Einwand einer Wette bei Finanzinstrumenten sowieso ausgeschlossen (§ 1 Abs 5 BWG).*

*Beweise dafür:*

- *Laut den Gerichtssachverständigen war das Portfolio mit Swap in 87 % der Fälle (simulierte künftige Entwicklung) besser für die Stadt Linz als das Portfolio ohne Swap.<sup>124</sup> Damit meinen die Gerichtssachverständigen, dass die Situation für Stadt Linz mit Abschluss des Swap (also bestehende CHF-Anleihe plus Swap) in 87 % der Fälle vorteilhafter war als ohne Abschluss des Swap (also bestehende CHF-Anleihe alleine ohne Swap).*
- *Laut den Gerichtssachverständigen hätte man den Swap nur dann nicht abschließen sollen, wenn man extrem geringe Verlustwahrscheinlichkeiten von 3 aus 10.000 Fällen als bedrohlich empfunden hätte.<sup>125</sup>*

*Begehrte Feststellung:*

*Der Swap ist asymmetrisch gestaltet, die für die Klägerin erzielbaren Gewinne sind betraglich beschränkt, wohingegen die möglichen Verluste unbeschränkt sind. Gewinne der Klägerin treten mit höherer Wahrscheinlichkeit und geringeren Beträgen auf, Verluste wesentlich seltener, dann allerdings mit höheren Beträgen (korrigiertes SV-GA ON 444, S. 3 ff, 20 f). Das Ergebnis zu den einzelnen Zahlungsterminen und damit einhergehend auch das Gesamtergebnis des Swaps am Ende der Laufzeit hängen vom jeweiligen (variablen) EZBW zu den Stichtagen ab und waren daher bei Vertragsabschluss nicht bekannt. Die Situation für Stadt Linz war mit Abschluss des Swap (also bestehende CHF-Anleihe plus Swap) aber in 87 % der Fälle vorteilhafter als ohne Abschluss des Swap (also bestehende CHF-Anleihe alleine ohne Swap). Stadt Linz hätte den Swap nur dann nicht abschließen sollen, wenn sie extrem geringe Verlustwahrscheinlichkeiten von 3 aus 10.000 Fällen als bedrohlich empfunden hätte.*

*Diese Ergänzung der Feststellung ist wesentlich, weil sie sonst die wirtschaftliche Natur und insbesondere das Chancen-Risiko-Profil des Swap extrem verzerrt darstellt. Das Erstgericht gibt die Aussagen der Gerichtssachverständigen nicht vollständig wieder. Die vollständige Wiedergabe ist aber nötig, um die ex ante mögliche Entwicklung des Swap korrekt würdigen zu können. Bei korrekter Würdigung hätte das Erstgericht die Optimierungseignung des Swap zutreffend*

---

<sup>124</sup> Ergänzung zum Gutachten vom 26.10.2016, S 10 f.

<sup>125</sup> EGA, S 39.

*bejahen, von der ursprünglichen Gültigkeit des Swap ausgehen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen."*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand der Revision erhoben und ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts stehen die in der Ersatzfeststellung angesprochenen Vorteils- oder Verlustwahrscheinlichkeiten in keinem Widerspruch zu dem im Swap beinhalteten aleatorischen Element. Diese Ansicht verkennt grundlegend, dass das Erstgericht mit den bekämpften Feststellungen die wirtschaftliche Natur des Swap extrem verzerrt dargestellt hat. Auf die eingehenden Ausführungen in der Berufung geht das Berufungsgericht mit keinem Wort ein. Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweisrüge der Berufung stattgeben müssen.

## **2.16. Zu Punkt 16.**

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweisrüge (S 164–165 der Berufung) unterlassen hat:

### **"16. Finanzmathematische Betrachtung des Swap (S 37)**

*Angefochtene Feststellung:*

*Der Swap entspricht daher bei finanzmathematischer Betrachtung einem Verkauf von EUR-Put-Optionen zu jedem Fälligkeitszeitpunkt durch die Klägerin an die Beklagte, eingebettet in die Swapkonstruktion.*

*Die Feststellung ist unrichtig und unvollständig. Insbesondere ist sie nicht durch die – vom Erstgericht in ihrer Gesamtheit offenbar als zutreffend erachteten – Sachverständigengutachten gedeckt. Tatsächlich entspricht der vom Erstgericht festgestellte Verkauf von EUR-Put-Optionen wirtschaftlich – nicht aber rechtlich –, sofern man diesen in Bestandteile zerlegen möchte, allenfalls nur einem Teil des Swap.*

*Beweise dafür:*

- *Das Erstgericht gibt selbst die korrekte Formel des Swap in Worten wieder (Zwischenurteil, S 35) und weist insbesondere auch auf den gegenläufigen Zahlungsstrom von BAWAG PSK an Stadt Linz hin.*
- *Die Funktionsweise des Swap ergibt sich außerdem auch aus den Sachverständigengutachten. Grundlegend führen die Gerichtssachverständigen zum Options-teil (also insbesondere auch den vom Erstgericht festgestellten, Zahlungsstrom von Stadt Linz an BAWAG PSK) und zum davon verschiedenen Zinsteil (also den vom Erstgericht nicht festgestellten, Zahlungsstrom von BAWAG PSK an Stadt Linz) im Gutachten auf S 24 aus.*

*Begehrte Feststellung:*

*Ein Teil des Swap (nämlich der "Optionsteil" - Zahlungsstrom Stadt Linz an BAWAG PSK; daneben gibt es noch den "Zinsteil" - Zahlungsstrom BAWAG PSK an Stadt Linz) entspricht daher bei finanzmathematischer Betrachtung einem Verkauf von EUR-Put-Optionen zu jedem Fälligkeitszeitpunkt durch die Klägerin an die Beklagte, eingebettet in die Swapkonstruktion.*

*Diese Feststellung ist wesentlich, weil das Erstgericht die Funktionsweise des Swap unzulässig verkürzt und so darstellt, als habe es nur einen Zahlungsstrom von Stadt Linz an BAWAG PSK gegeben (und nicht auch in die andere Richtung). Mit dieser Feststellung hätte das Erst-gericht die Zahlungsströme richtig dargestellt und insbesondere nicht davon ausgehen dürfen, dass die Schwelle des § 46 StL 1992 überschritten ist und hätte in der Folge den gültigen Abschluss des Swap auch ohne Einbindung des Gemeinderats bejahen müssen. Der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils wäre damit abzuweisen gewesen."*

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand der Revision erhoben und ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Auf diese Beweisrüge geht das Berufungsgericht mit der Begründung nicht ein, die begehrte Klarstellung zu einem Swap-Teil sei nicht erforderlich, weil ihn das Erstgericht an anderer Stelle "ohnehin präzise dargelegt" habe.

Dieses Argument rechtfertigt nicht, auf die Bekämpfung einer Tatsachenfeststellung mit Beweisrüge nicht einzugehen. Das Berufungsgericht übernimmt damit eine Feststellung, deren Richtigkeit es überhaupt nicht beurteilt. Diese Vorgangsweise begründet einen wesentlichen Verfahrensmangel. Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweisrüge der Berufung stattgeben müssen.

## **2.17. Zu Punkt 17.**

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweisrüge (S 165–167 der Berufung) unterlassen hat:

### **"17. Ausstiegsentscheidung und deren Umsetzung (S 38)**

*Angefochtene Feststellung:*

*Das mit dem Swap für die Klägerin verbundene Risiko und damit auch die Kosten eines Ausstiegs oder einer Glattstellung des Risikos hingen insbesondere vom CHF-Kassakurs und dessen Volatilität ab, der sich innerhalb eines Tages oder sogar innerhalb weniger Stunden auch sehr stark verändern und zu Tagesschwankungen des Marktwertes von über EUR*

100.000.000,-- führen konnte und auch führte, so-dass 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 Glättstellung des Risikos. Notwendig war dabei jedenfalls zumindest eine tägliche Beobachtung des EUR/CHF- Devisenkassakurses und ein äußerst rasches Handeln im Sinne einer Entscheidung über die weitere Vorgangsweise innerhalb einer Stunde notwendig. Daran anschließend wäre eine temporäre Absicherung gegen eine weitere Verschlechterung bis zur Umsetzung der Entscheidung mittels eines "Delta Hedges" möglich, bei dem CHF angekauft werden, um Auswirkungen von Schwankungen des Kurses für die Dauer der Auflösung des Swaps abzufedern.

Die Feststellung ist unvollständig, weil sie nicht näher erklärt, was unter "laufender Beobachtung" zu verstehen ist und was unter "äußerst raschem Handeln" zu verstehen ist. Beides stellen die Gerichtssachverständigen aber dar. Die Aussagen der Gerichtssachverständigen sind also nicht zur Gänze in den Feststellungen wiedergegeben.

Beweise dafür:

- Die vom Erstgericht herangezogene Schwankung von EUR 100 Millionen an einem Tag ist laut Gerichtssachverständigen ein absoluter Einzelfall (Gutachten, S 58 f). Er kam in der Laufzeit des Produkts nur einmal vor und war ein Ausreißer aufgrund der bekanntlich unerwarteten Finanzkrise. Das Erstgericht zog damit genau jenen Wert heran, der vom 8. auf den 9.8.2011 (Gutachten, S 58 f) - also am sogenannten "**Black Monday**", an dem die amerikanische und mit ihr praktisch die gesamte Weltwirtschaft "zusammenbrach" – auftrat.<sup>126</sup> Dieser Wert ist nicht repräsentativ für den restlichen Verlauf des Swap. Der Grund für die Schwankung lag primär nicht im Swap, sondern im Kollaps der gesamten Finanzwirtschaft weltweit. Jedenfalls hielt auch diese einmalige Schwankung die Gerichtssachverständigen nicht davon ab, die **Optimierungseignung des Swap zu bejahen.**<sup>127</sup>
- Im ursprünglichen Gutachten halten die Gerichtssachverständigen fest, dass die tägliche Beobachtung des EUR/CHF-Devisenkassakurses nur einen Taschen-rechner und einen freien Internetzugang erfordert.<sup>128</sup>
- Im Ergänzungsgutachten halten die Gerichtssachverständigen fest, dass zwar die Ausstiegsentscheidung innerhalb eines Tages getroffen werden muss, aber eben gerade nicht auch deren Umsetzung (wie zB eine allenfalls notwendige Einholung einer Genehmigung). Zum Überbrücken zwischen

---

<sup>126</sup> Vgl [https://en.wikipedia.org/wiki/Black\\_Monday\\_\(2011\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Black_Monday_(2011)).

<sup>127</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.2.1.5.1.

<sup>128</sup> Gutachten, S 56.

Ausstiegsentscheidung und Umsetzung hätte Stadt Linz dann den vom Erstgericht festgestellten kostenfreien "Delta Hedge" schließen können. Die vom Erstgericht festgestellte "eine Stunde" ist deshalb auch nicht von den Beweisergebnissen gedeckt.

- Dass Mag ████████ die Ausstiegsentscheidung innerhalb eines Tages treffen hätte können, gab er in seiner Einvernahme an (Protokoll 14.5.2019, S 17).

Begehrte Feststellung:

Das mit dem Swap für die Klägerin verbundene Risiko und damit auch die Kosten eines Ausstiegs oder einer Glattstellung des Risikos hingen insbesondere vom CHF-Kassakurs und dessen Volatilität ab, der sich innerhalb eines Tages oder sogar innerhalb weniger Stunden auch sehr stark verändern und in einem einzigen Fall, nämlich vom 8. auf den 9.8.2011, zu Tagesschwankungen des Marktwertes von über EUR 100.000.000,-- führen konnte und auch führte, sodass auch allfällige Auflösungskosten einer entsprechenden Schwankung unterlagen. Der Swap ist für eine Buy-and-hold-Strategie (im Sinne eines Abschlusses und Beibehaltens über die gesamte Laufzeit ohne ständige Beobachtung, Kontrolle oder Eingriff) nicht geeignet, er bedurfte ständiger Beobachtung und gegebenenfalls auch einer Reaktion bis hin zur sofortigen Auflösung oder Glattstellung des Risikos. Notwendig war dabei jedenfalls zumindest eine tägliche Beobachtung des EUR/CHF-Devisenkassakurses (für die man nur einen Taschenrechner und einen Internet-Zugang gebraucht hätte) und ein rasches Handeln im Sinne einer Entscheidung über die weitere Vorgangsweise innerhalb eines Tages notwendig. Das wäre Mag ████████ möglich gewesen. Die weiteren Umsetzungsmaßnahmen, das heißt insbesondere allenfalls notwendige Genehmigungen für die Umsetzung, müssen aber nicht auch innerhalb eines Tages durchgeführt werden. Anschließend an die Ausstiegsentscheidung wäre eine temporäre Absicherung gegen eine weitere Verschlechterung bis zur Umsetzung der Entscheidung mittels eines "prämienneutralen" (kostenfreien) "Delta Hedges" möglich, bei dem CHF angekauft werden, um Auswirkungen von Schwankungen des Kurses für die Dauer der Auflösung des Swaps abzufedern.

Diese Feststellung ist wesentlich, weil das Erstgericht wesentliche Ausführungen der Gerichtssachverständigen übergeht und verzerrt darstellt. Die richtige Darstellung der Ausstiegsmöglichkeit ist aber relevant für die Beherrschbarkeit. Hätte das Erstgericht die Beherrschbarkeit zutreffend bejaht, hätte es von der ursprünglichen Gültigkeit des Swap ausgehen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen."

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand der Revision erhoben und ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweistrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Nach Meinung des Berufungsgerichts stimme die begehrte Ersatzfeststellung über eine ganz erhebliche Tagesschwankung des Marktwertes mit der diesbezüglichen Feststellung ohnehin überein, die über die Häufigkeit ohnehin keine Aussage treffe. Auch die weiters begehrten Feststellungen stünden nicht in Widerspruch zur bekämpften Feststellung.

Wie schon in der Berufung ausgeführt, ist die bekämpfte Feststellung unrichtig, weil wesentliche Aussagen der Sachverständigen übergangen und verzerrt dargestellt werden. Diese Abweichungen betreffen keineswegs bedeutungslose Einzelheiten, sondern vielmehr für die Beurteilung der Beherrschbarkeit wesentliche Umstände. Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweistrübe der Berufung stattgeben müssen.

## **2.18. Zu Punkt 19.**

Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, dass das Berufungsgericht die inhaltliche Behandlung folgender Beweistrübe (S 168–169 der Berufung) unterlassen hat:

### **"19. Befassung des Gemeinderats (S 39)**

*Angefochtene Feststellung:*

*Eine Befassung des GR mit einem vorgeschlagenen Ausstieg bedurfte vier bis acht Wochen Zeit bis zu einer Entscheidung (ZV [REDACTED] ON 607, S. 17, PV Dobusch ON 112, S. 11), dies gilt auch für eine Beschlussfassung über eine nachträgliche Genehmigung von Maßnahmen, die der oder die BM im Rahmen der Notkompetenz setzt. Eine allenfalls notwendige Genehmigung einer vom GR beschlossenen Maßnahme durch die Aufsichtsbehörde verzögert eine wirksame Entscheidung um weitere Wochen.*

*Die Feststellung ist unrichtig, oder jedenfalls unvollständig, weil sie nicht berücksichtigt, dass der GR entsprechende Maßnahmen vorab beschließen hätte können. Offenkundig ist, dass bei einer echten Notsituation – und dem entsprechenden Willen – eine Entscheidung und Umsetzung in sehr kurzer Zeit (maximal ein Tag) in Notkompetenz/Notentscheidungsrecht möglich gewesen wäre, was auch das Gericht festhält. Das war übrigens auch bei anderen Notsituationen möglich. Ein aktuelles Beispiel ist die Covid19-Krise, bei der erkennbar wurde, dass gerade auf kommunaler Ebene rasch Entscheidungen getroffen werden können, wenn es sein muss. So richtete Stadt Linz einen "Solidaritätsfonds" für "in Notlagen geratene Linzerinnen und Linzer" ein. Die Einrichtung wurde zuerst alleine vom Stadtsenat beschlossen und nachträglich dem Gemeinderat zur Genehmigung vorgelegt.<sup>129</sup>*

*Zudem ist in einer Notsituation die Aufsichtsbehörde verpflichtet, rasch zu handeln und kann sich nicht wie das Gericht meint Wochen Zeit lassen. Wenn der politische Wille da ist, sich mit einem Problem zu beschäftigen, können Entscheidungen also auch sehr rasch getroffen werden – dass dieser politische*

---

<sup>129</sup> Vgl [https://www.linz.at/medienservice/2020/202004\\_105864.php](https://www.linz.at/medienservice/2020/202004_105864.php).

*Wille trotz Kenntnis der Risiken beim Swap fehlte, ist alleine die Verantwortung von Stadt Linz und macht den Swap weder unbeherrschbar noch für die Stadt Linz ungeeignet.*

*Es wäre jedenfalls die Verantwortung von Stadt Linz gewesen, sich um die Schaffung der nötigen Voraussetzungen zu kümmern. In vergleichbarem Zusammenhang halten die Gerichtssachverständigen fest, dass es an der Stadt Linz gelegen wäre, zB regelmäßig indikative Auflösungspreise einzuholen, um das Risiko aus dem Swap zu beobachten (EGA, S 59). Genau so wäre es an der Stadt Linz gelegen, rechtzeitig die nötige Beschlusslage herzustellen, um im Notfall aus dem Swap auszusteigen. Bei gebotener Risikobeobachtung wäre dies für Stadt Linz auch problemlos möglich gewesen – die Gerichtssachverständigen halten den Swap für ein grundsätzlich beherrschbares Produkt und Stadt Linz hatte genug konkrete Möglichkeiten, das Risiko zu beschränken.<sup>130</sup> Das ist aus Sicht von BAWAG PSK zwar eine Rechtsfrage, aber sollte das Oberlandesgericht Wien dies anders sehen, wird dies ergänzend als Feststellung begehrt.*

*Beweise dafür: Die vom Erstgericht zitierten Aussagen beziehen sich nur auf einen Teil einer Zeugenaussage von Mag ██████ zur Aufnahme von Darlehen, für die laut Zeugen ein Beschluss des Gemeinderates notwendig wäre. Sie berücksichtigen aber nicht, dass Mag ██████ ebenfalls aussagte, dass er seine Entscheidung innerhalb eines Tages treffen hätte können - und das reicht bereits. Es ist außerdem offenkundig – und die jüngste Krise zeigte das wieder – das in Krisensituationen rascher gehandelt werden kann und muss.*

*Begehrte Feststellung:*

*Eine Entscheidung über einen Ausstieg aus dem Swap wäre innerhalb eines Tages möglich gewesen (ZV ██████ ON 607), dies gilt auch für eine Beschlussfassung über eine (nachträgliche) Genehmigung von Maßnahmen, die der oder die BM im Rahmen der Notkompetenz setzt.*

*Diese Feststellung ist wesentlich, weil die rechtliche Begründung des Erstgerichts davon ausgeht, dass eine Entscheidung viel länger als einen Tag gedauert hätte und das Risiko aus dem Swap deshalb unbeherrschbar war. Tatsächlich war das Risiko aus dem Swap für Stadt Linz aber beherrschbar.<sup>131</sup> Da wie rechtlich ausgeführt keine aufsichtsbehördliche Genehmigung erforderlich war, kann sich diese auch nicht auf die Beherrschbarkeit auswirken. Wenn man das wie das Erstgericht anders sieht, hätte man im Sinn der begehrten Feststellung aber von Beherrschbarkeit und damit von der Gültigkeit des Swap ausgehen und den Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abweisen müssen."*

---

<sup>130</sup> Vgl bei der Beweistrüge unten C.II.20.4.

<sup>131</sup> Vgl dazu auch bei der Beweistrüge Punkt C.II.20.

Diese Berufungsausführungen werden ausdrücklich zum Gegenstand der Revision erhoben und ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend.

Das Berufungsgericht lehnt die inhaltliche Befassung mit der Beweisrüge zu den Feststellungen zum Zeitbedarf für eine Entscheidung im Wege einer Beschlussfassung des GR mit der Bemerkung ab, allfällige andere schnellere Arten der Entscheidungsfindung stünden der Richtigkeit der getroffenen Feststellung nicht entgegen.

Diese Argumentation des Berufungsgerichts ist nicht nachvollziehbar. Wie schon in der Beweisrüge dargelegt, ist eine konkrete Feststellung über den Zeitbedarf für einen Beschluss des Gemeinderats sehr wohl rechtlich relevant. Darauf geht aber das Berufungsgericht mit keinem Wort ein. Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweisrüge der Berufung stattgeben müssen.

## **2.19. Zu Punkt 20.**

### **2.19.1. Vorbemerkung**

Als Verfahrensmangel wird hinsichtlich folgender Beweisrüge (S 168-184 der Berufung) geltend gemacht, dass das Berufungsgericht teilweise die inhaltliche Behandlung unterlassen hat und teilweise nur grob mangelhaft behandelt hat.

### **2.19.2. Beweisrüge**

#### **"20. Swap war beherrschbar und optimierend (S 39 f)**

##### **20.1. Angefochtene Feststellung**

S 39 f:

*Es war bei Abschluss des Swaps ex ante nicht auszuschließen, dass sich dieser während der gesamten Laufzeit zu Lasten der Klägerin so entwickelt, dass das aus dem Swap resultierende Risiko und die zu erwartenden Zahlungspflichten für die Klägerin nicht mehr tragbar sein werden und das Geschäft daher aufgelöst oder durch Hedging neutralisiert werden muss. In beiden Fällen war nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ex ante nicht auszuschließen, dass es zu Auflösungskosten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages 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 Glättstellungskosten 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 aufrechter Swap über die gesamte Laufzeit zu jährlichen Zahlungsverpflichtungen der Klägerin zu den Fälligkeitszeitpunkten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen (Ergänzungs-GA ON 522 und Erörterungen im Prot ON 569).*

[...]

S 40:

*15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags der Klägerin, das sind 15% der ordentlichen Einnahmen 2007 abzüglich Zinsen, Tilgungen und Tilgungsrücklage, betragen im Jahr 2007 EUR 31.391.415,-- (der Höhe nach unstrittig). Eine aus dem Swap resultierende Zahlungspflicht in dieser Höhe oder darüber hätte die Klägerin jedenfalls über eine Darlehensaufnahme finanzieren müssen (ZV [REDACTED] Prot ON 607, S. 17, 19 und Prot ON 608, S. 3).*

*Es bestand daher zusammengefasst bei Abschluss des Swaps die erkennbare, prognostizierbare und nicht bloß unter außergewöhnlichen Umständen gegebene Möglichkeit und Gefahr, dass die Klägerin das mit dem Swap verbundene Risiko nicht mehr beherrschen werde können, weil der Fall eintreten konnte, dass sie einen zur Risikobeherrschung notwendigen Ausstieg oder eine Risikoneutralisierung weder zeitgerecht beschließen, noch die Finanzierung dafür sicherstellen kann und auch die Möglichkeit, dass sie selbst die Zahlungen aus dem laufenden Swap ohne genehmigungspflichtige Darlehensaufnahmen nicht leisten werde können (Gesamtergebnis Gutachten ON 427, Ergänzungsgutachten ON 522 und GA-Erörterung Prot ON 569).*

## **20.2. Unrichtigkeit der Feststellung**

*Alle diese Feststellungen werden zusammengefasst angefochten. Sie sind durch die unten angeführten Feststellungen zu ersetzen. Die unrichtigen Feststellungen bilden nach (allerdings rechtlich unrichtiger) Ansicht des Erstgerichts und nach der erkennbaren Systematik des Zwischenurteils offenbar einen ganz wesentlichen Teil des entscheidungsrelevanten Sachverhalts ab und hängen inhaltlich zusammen. Kurz zusammengefasst geht es darin nach dem Verständnis von BAWAG PSK um folgende Frage:*

*War ex ante "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" nicht auszuschließen und/oder erkennbar, dass Stadt Linz aufgrund des Swap an den halbjährlichen Zahlungsterminen oder wegen einer notwendigen Auflösung des Swap Zahlungen wird leisten müssen, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15*

*% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres (§ 78 Abs 1 Z 2 StL 1992) übersteigen?*

*Bereits auf den ersten Blick ist erkennbar, dass die vom Erstgericht in den Feststellungen beantwortete Frage viele Annahmen und Unsicherheiten beinhaltet ("gewöhnlicher Lauf der Dinge", Notwendigkeit einer Auflösung aus dem Swap, etc). Das Gericht braucht alle diese aufeinander aufbauenden Annahmen, um zu einem – zumindest in sich einigermaßen schlüssigen – Konstrukt zu gelangen. Dieses Konstrukt hat aber nichts mit der Realität zu tun:*

- Vorweg: Das Erstgericht trifft diese Feststellungen im Zusammenhang mit dem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis für Darlehen (dort kommt auch die 15 %-Grenze des Erstgerichts her). Wie aber bereits in der Rechtsrüge ausgeführt, kommt ein solches Genehmigungserfordernis schon rechtlich nicht in Betracht. Außerdem ergibt sich nirgends aus dem Gesetz, dass bei der Beurteilung eines Genehmigungserfordernisses auf den "gewöhnlichen Lauf der Dinge" abzustellen ist – das ist eine reine Erfindung des Erstgerichts, ohne dass hierfür eine gesetzliche Grundlage bestehen würde.<sup>132</sup> Geht man – unzutreffender Weise – wie das Erstgericht davon aus, dass es ein Genehmigungserfordernis gab und der "gewöhnliche Lauf der Dinge" dafür irgendwie relevant sein kann, zeigt sich je-doch, dass bei richtiger Feststellung auch in diesem Fall keine Ungültigkeit des Swap wegen einer fehlenden Genehmigung angenommen werden kann.*
- "Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" war ex ante nämlich sowohl tatsächlich als auch erkennbar auszuschließen, dass Stadt Linz entweder laufend oder ein-malig Zahlungen wird leisten müssen, die die 15 %-Schwelle überschreiten. Es war nämlich laut den Gerichtssachverständigen objektiv kein Problem, das Risiko aus dem Swap zu beherrschen. Zu einer anderen Ansicht gelangt das Erstgericht nur, weil es die Sachverständigengutachten beharrlich missinterpretiert und einem Rückschaufehler unterliegt.<sup>133</sup>*
- Obwohl es darauf nicht ankommt und (wenn überhaupt) eine objektive Beherrschbarkeit ausreichend wäre, war eine solche Beherrschung des Risikos auch subjektiv der Stadt Linz möglich. Insbesondere hatte sie ausreichend (kostenfreie) Gelegenheit dazu, den Swap zu restrukturieren oder ganz aus-zusteigen. BAWAG PSK bot nämlich praktisch über die ganze Laufzeit Restrukturierungs-möglichkeiten an. Darauf kommt es aber gar nicht an: Es wäre nämlich laut Gerichtssachverständigen sowieso an der Stadt Linz gelegen, das Risiko zu beobachten und sich um die Restrukturierung zu kümmern.<sup>134</sup>*
- Die 15 %-Schwelle ist in § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 für **laufende Tilgungen (!)** von Darlehen vorgeschrieben. Das Erstgericht zieht die Schwelle hier aber heran, um sie ins Verhältnis zur **kompletten Darlehensvaluta**, also*

---

<sup>132</sup> Vgl zur Rechtsrüge Punkt B.I.5.5.

<sup>133</sup> Unten Punkt C.II.20.3.

<sup>134</sup> Unten Punkt C.II.20.4.

dem gesamten kreditierten Betrag, zu setzen ("über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen"). Das ist offensichtlich (logisch und finanzmathematisch) unrichtig.<sup>135</sup>

- Und selbst wenn man das alles anders sehen sollte, ist die Feststellung des Erstgerichts noch immer unrichtig: Angesichts der Finanzkraft der Stadt Linz ist nämlich nicht davon auszugehen, dass eine Fremdfinanzierung in den vom Erstgericht genannten Fällen jedenfalls notwendig gewesen wäre, wovon das Erstgericht aber ohne nähere Begründung ausgeht.<sup>136</sup>

Mit all diesen Argumenten setzte sich das Erstgericht übrigens nicht auseinander. Stattdessen verweist es am Ende des oben zitierten Feststellungsblocks schlicht auf das "**Gesamtergebnis**" aller Sachverständigengutachten. Dies macht die **Beweiswürdigung unüberprüfbar** und zeigt, dass es sich dabei um eine reine Scheinbegründung handelt:

Die Begründungspflicht der Beweiswürdigung stellt nämlich wesentliche objektive Kriterium zur notwendigen Korrektur der Subjektivität der (freien) richterlichen Beweiswürdigung dar. Sie soll verhindern, dass die Freiheit der Beweiswürdigung missbraucht und damit zur Willkür wird:

- Das Ersturteil müsste also nicht nur die erforderlichen Tatsachenfeststellungen klar und zweifelsfrei erkennen lassen, sondern auch die Begründung dafür, warum der Richter die festgestellten Tatsachen als erwiesen und andere behauptete Tatsachen als nicht erwiesen angenommen hat.<sup>137</sup> Das Erstgericht müsste außerdem in knapper, überprüfbarer und logisch einwandfreier Form darlegen, warum er auf Grund bestimmter Beweis- oder Verhandlungsergebnisse bestimmte Tatsachen feststellt, damit sowohl die Parteien als auch das Rechtsmittelgericht die Schlüssigkeit seines Werturteils überprüfen können.<sup>138</sup> All dies ist nicht geschehen.
- Wie der Oberste Gerichtshof grundsätzlich dargelegt hat, muss das Gericht klar und zweifelsfrei aussprechen, welche Tatsachen seiner Meinung nach vorliegen. Es hat sie im Einzelnen anzuführen, die Beweismittel zu bezeichnen, die für die Gewinnung dieser Feststellung von Bedeutung waren, und schließlich die Gründe darzulegen, warum es die festgestellten Tatsachen als erwiesen angenommen hat und warum es andere Tatsachen, die zwar behauptet wurden und die für die Entscheidung gleichfalls von Bedeutung wären, nicht als erwiesen angesehen hat.<sup>139</sup> Auch dies ist nicht geschehen.

Der Mangel einer Begründung der Beweiswürdigung stellt damit einen wesentlichen Verfahrensmangel dar. Mit diesem Verfahrensmangel ist das Ersturteil

---

<sup>135</sup> Unten Punkt C.II.20.5.

<sup>136</sup> Unten Punkt C.II.20.6.

<sup>137</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 § 272 Rz 7.

<sup>138</sup> OLG Wien EFSlg 64.091.

<sup>139</sup> OGH 6 Ob 139/70 RZ 1971, 15.

aufgrund der bloßen Scheinbegründung des Erstgerichts belastet, was gesondert geltend gemacht wird.<sup>140</sup>

Im Folgenden geht BAWAG PSK trotzdem auf jeden einzelnen oben genannten Aufzählungs-punkt gesondert und unter Verweis auf konkrete Beweismittel ein. Am Ende jedes Unterkapitels fasst BAWAG PSK als Zwischenergebnis die aus den Ausführungen folgende Ersatzfest-stellung zusammen. Alle Ersatzfeststellungen gemeinsam werden zur besseren Übersicht am Ende dieses Punktes der Beweisrüge noch einmal gesammelt als neue Ersatzfeststellung begehrt.

### **20.3. Swap objektiv beherrschbar**

Laut Gerichtssachverständigen geht es bei Beherrschbarkeit eines Swap nicht wesentlich um Wahrscheinlichkeiten für das Eintreten gewisser Verlustereignisse. Stattdessen verstehen die Gerichtssachverständigen unter Beherrschbarkeit eines Risikos, dass man in einem Szenario, in dem Verluste drohen oder bereits angefallen sind, so handeln kann, dass weitere Verluste oder Gesamtverluste begrenzt (nicht ausgeschlossen) werden können.<sup>141</sup> Legt man diese Definition auf die angefochtene Feststellung des Erstgerichts um, zeigt sich: Wenn das Risiko aus dem Swap beherrschbar war, hätten Verluste oder Gesamtverluste begrenzt werden können und damit wäre die 15 %-Schwelle nie überschritten worden. Tatsächlich war es auch so, dass das Risiko aus dem Swap beherrschbar war:

Sowohl im ursprünglichen Gutachten als auch im Ergänzungsgutachten halten die Gerichtssachverständigen dazu fest, dass der Swap mit Hilfe eines Risikoleitfadens beherrschbar war.<sup>142</sup> Man hätte zB mit einer Bank vereinbaren können, dass der Swap dann geschlossen wird, wenn sein Wert erstmals eine gewisse Wertgrenze unterschreitet.<sup>143</sup> Damit unterscheidet sich das Risiko aus dem Swap nicht vom Risiko aus jedem gewöhnlichen Fremdwährungsdarlehen, wie Stadt Linz mit der CHF-Anleihe schon vor dem Swap eines hatte.<sup>144</sup> Mit einem Risikoleitfaden wäre das Risiko aus dem Swap auch für eine Institution der öffentlichen Hand beherrschbar, sie könnte so die Chancen im Markt für Zins-/Währungs-Optimierung nutzen<sup>145</sup> und der Swap war wirtschaftlich sinnvoll.<sup>146</sup>

Beim Risikoleitfaden muss es sich auch nicht um ein gesondertes Dokument oder überhaupt etwas Schriftliches handeln. Die Gerichtssachverständigen sagten dazu aus: "Anzumerken ist, dass es sich dabei nicht um ein förmliches Papier handeln muss, es kann auch quasi eine Art mentaler Leitfaden sein, etwa wenn der Entscheidungsbefugte für sich diese Strategie und alle möglichen Folgen bei bestimmten Ereignissen bei sich gespeichert hat gegebenen-

<sup>140</sup> Vgl bei Mängelrüge Punkt D.II.11.

<sup>141</sup> Ergänzungsgutachten, S 16.

<sup>142</sup> Gutachten, S 54 und 106; EGA, S 16 und 36 f.

<sup>143</sup> Gutachten, S 54, EGA, S 16.

<sup>144</sup> Gutachten, 54.

<sup>145</sup> Gutachten, S 54.

<sup>146</sup> EGA, S 39.

*falls unter Beiziehung aller sonstigen Entscheidungsträger die für die Umsetzung notwendig wären.<sup>147</sup> Wie unten gezeigt wird verfügte Stadt Linz über einen solchen Risikoleitfaden (obwohl es ohnehin nicht darauf ankommt, ob Stadt Linz subjektiv den Swap beherrschen konnte, sondern nur, ob er objektiv beherrschbar war).*

*Neben dem Risikoleitfaden bestand die erforderliche Infrastruktur für eine grundlegende Risikoeinschätzung, um während der Laufzeit des Swap reagieren zu können, lediglich in einem Taschenrechner und in einem Internetzugang.<sup>148</sup> Selbst das war aber nicht nötig - man hätte, wie oben zitiert, auch einfach mit einem Dritten, zB einer Bank, vereinbaren können, dass ab einem bestimmten Wert das Geschäft aufgelöst werden soll (anstatt das Risiko selbst mit Internet und Taschenrechner einzuschätzen).*

*Aufgrund dieser Aussagen der Gerichtssachverständigen steht nach Ansicht von BAWAG PSK fest:*

*Versteht man Beherrschbarkeit als Begrenzung der Verluste/Gesamtverluste, war der Swap für jeden, auch für eine Kommune, alleine mit Hilfe eines Risikoleitfadens, der auch ein bloßer mentaler Leitfaden sein kann und nicht verschriftlicht sein muss, beherrschbar. Damit unterscheidet sich das Risiko aus dem Swap nicht vom Risiko aus Fremdwährungsdarlehen.*

*Bereits diese Feststellung hätte gereicht, um die Beherrschbarkeit und damit im Sinn des Erstgerichts auch die Optimierungseignung des Swap zu bejahen und den Zwischenfeststellungsantrag abzuweisen.*

#### **20.4. Swap subjektiv für Stadt Linz beherrschbar**

*Neben dem Risikoleitfaden bestand laut Gerichtssachverständigen die erforderliche Infrastruktur, für eine grundlegende Risikoeinschätzung um während der Laufzeit des Swap reagieren zu können, wie erwähnt in einem Taschenrechner und in einem Internetzugang.<sup>149</sup> Stadt Linz verfügte über beides.<sup>150</sup> Damit hatte Stadt Linz auch subjektiv-konkret die Möglichkeit, den Swap zu beherrschen. Ein einfaches – aus Sicht der Sachverständigen ausreichendes – Risiko-Monitoring wäre für Stadt Linz damit möglich gewesen.<sup>151</sup>*

*Tatsächlich nutzte Stadt Linz die Möglichkeiten zur Risikobeobachtung und -beherrschung auch:*

- *Mag ██████ dessen Handeln und Wissen der Stadt Linz zuzurechnen ist,<sup>152</sup> beobachtete die Entwicklung des Swap (sowie anderer Finanzgeschäfte der*

<sup>147</sup> Protokoll 11.3.2019, S 14.

<sup>148</sup> Gutachten, S 56.

<sup>149</sup> Gutachten, S 56.

<sup>150</sup> Protokoll 13.5.2019, S 6 (ZV Mag ██████)

<sup>151</sup> EGA, S 39.

<sup>152</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.4.3.3.

Stadt Linz) in der Excel Datei "Swaps.xls" laufend. Es handelt sich dabei um eine aus der Festplatte von Mag ██████ rekonstruierte, zeitgenössische Datei, in der Mag ██████ die Formel des Swap korrekt nachbaute und regelmäßig während der Laufzeit des Swap das maximale Risiko anhand bestimmter EUR/CHF-Werte aus-rechnete und in das Dokument eintrug (Beilage ./98).

- Außerdem zeichnete er in einem anderen Dokument die Bewertungen des Swap detailliert auf und analysierte diese, zB in dem er Zahlungsflüsse saldierte (Beilage ./248.2). Das Dokument passte er laufend über die gesamte Laufzeit des Swap an, was zeigt, dass er das Risiko aus dem Geschäft ständig im Auge hatte (Beilage ./248.1 – Erstellungsdatum ist 26.2.2007, also unmittelbar nach Abschluss des Swap; zuletzt bearbeitet wurde es aber am 4.4.2011 und aus dem Inhalt ist er-sichtlich, dass es über die ganze Zeitspanne aktuell gehalten wurde). Genau eine solche Tabelle wäre laut Gerichtsachverständigen eine taugliche, einfach zu realisierende Vorgehensweise zur Risikobegrenzung gewesen.<sup>153</sup>
- Aus diesen Unterlagen ist bereits ersichtlich, dass Mag ██████ offensichtlich eine Strategie im Zusammenhang mit dem Swap verfolgte. Dies bestätigte er in seiner Einvernahme in diesem Verfahren: "Da war es eine relativ einfache Formel, in die man einfach die Schweizer Franken Kurse einsetzen konnte, und da habe ich die Kurse von 1,44 bis 1,62 eingegeben. Ich habe damals ja hinsichtlich des Swaps 4175 auch einen Backtest gemacht mit einer 10 Jahres-Zeitlinie und den entsprechenden Wechselkursen und mein Ergebnis der Prüfung war, dass er durchaus zur Optimierung geeignet ist." (Protokoll 13.5.2019, 14). Daraus ergibt sich auch Mag ██████ Risikoleitfaden: EUR/CHF 1,44 war für ihn die Untergrenze. Dass die Stadt Linz trotzdem nicht entsprechend dieses Risikoleitfadens handelte, als EUR/CHF diesen Wert unterschritt, ändert nichts daran, dass er über einen tauglichen Risikoleitfaden mit Stop-Loss-Strategie verfügte.
- Für die Beurteilung künftiger Zahlungen aus dem Swap stützte sich Mag ██████ außerdem auch auf die Analysen und Erwartungen von österreichischen und ausländischen Banken, sowohl bezogen auf die Zinsseite als auch auf die Währungs-seite des Swap (Protokoll 13.5.2019, S 6 f).

Zusammengefasst verfügte Stadt Linz über einen Risikoleitfaden im oben von den Gerichts-sachverständigen beschriebenen Sinn. Wie zitiert ist dafür kein gesondertes schriftliches Dokument nötig, ein mentaler Leitfaden reicht.<sup>154</sup> Dieser bestand hier in dem von Mag ██████ selbst gesetzten annehmbaren "Korridor", in dem sich der EUR/CHF seinem Risikoappetit nach bewegen durfte.

Der Stadt Linz war damit die Risikobeobachtung und -beherrschung möglich. Mag ██████ als ihr Vertreter nutzte diese Möglichkeiten auch. BAWAG PSK

---

<sup>153</sup> Gutachten, S 72.

<sup>154</sup> Protokoll 11.3.2019, S 14.

durfte ex ante auch davon ausgehen, dass Stadt Linz diese Möglichkeiten nutzen wird: Im Sinn der oben bekämpften Feststellung hatte Mag ██████ ausreichend Kenntnisse und Erfahrungen, was er gegenüber BAWAG PSK, vertreten durch ██████ auch zeigte.<sup>155</sup> Im Sinn der ergänzend begehrten Feststellung in der Rechtsrüge und der dort genannten Beweismittel vertrat Mag ██████ Stadt Linz gegenüber BAWAG PSK und anderen nationalen und internationalen Großbanken als Profi weitgehend selbständig.<sup>156</sup>

All das wäre für die subjektive Beherrschbarkeit nach Ansicht der Gerichtssachverständigen aber gar nicht nötig gewesen. Man hätte, wie oben laut den Gerichtssachverständigen zitiert, auch einfach mit einem Dritten, zB einer Bank, vereinbaren können, dass ab einem bestimmten Wert das Geschäft aufgelöst werden soll (anstatt das Risiko selbst mit Internet und Taschenrechner einzuschätzen). Laut den Gerichtssachverständigen wäre es dabei Aufgabe der Stadt Linz gewesen, sich darum zu kümmern und zB regelmäßig indikative Auflösungspreise einzuholen (EGA, S 59). Wenn Stadt Linz das nicht aktiv tat, ändert das nichts an der grundsätzlichen Beherrschbarkeit des Geschäfts.

Die Beherrschbarkeit des Swap ergab sich auch aus der Möglichkeit, den Swap zu restrukturieren, um Risiken auszuschließen oder zu begrenzen. Solche Restrukturierungen sind laut den Gerichtssachverständigen in vergleichbaren Fällen absolut üblich, wie auch gleich unten näher ausgeführt wird.<sup>157</sup> Dass Stadt Linz diese Möglichkeit nicht ergriff, ändert nichts daran, dass der Swap beherrschbar war.

Konkret hatte Stadt Linz während der Laufzeit des Swap auch tatsächlich reichlich Gelegenheiten zur Restrukturierung, woraus sich die Beherrschbarkeit des Swap ebenfalls ergibt:

BAWAG PSK unterbreitete der Stadt Linz nämlich zwischen Sommer 2007 und bis ins Jahr 2010 zahlreiche Ausstiegs- und/oder Restrukturierungsangebote zur Reduktion/Absicherung des mit dem Swap verbundenen Risikos. Sämtliche dieser nachstehend genannten Vorschläge wurden von der Stadt Linz ausgeschlagen, obwohl BAWAG PSK jederzeit zu deren Abschluss bereit war (Zwischenurteil, S 38):

- Das erste Ausstiegsangebot wurde am 17.7.2007 unterbreitet. Der Vorschlag, den Swap glattzustellen, verwarf Stadt Linz "wegen Kosten", wie aus der Aufstellung von BAWAG PSK über die schriftliche Korrespondenz mit der Stadt Linz ersichtlich ist.<sup>158</sup> Die Gerichtssachverständigen gehen davon aus, dass Stadt Linz aufgrund des vorzeitigen Ausstiegs aus dem Swap zu diesem Zeitpunkt sogar noch Geld **erhalten** hätte, nämlich rund EUR 1,7 Millionen (selbst unter Einrechnung einer zusätzlichen Auflösungsmarge,

---

<sup>155</sup> Vgl bei der Beweistrüge Punkt C.II.3.

<sup>156</sup> Vgl bei der Rechtsrüge Punkt B.II.3.4.3.

<sup>157</sup> Protokoll 13.5.2019, S 23.

<sup>158</sup> Vgl ON 38, AS 417 (Beilage ./75).

welche die Gerichtssachverständigen natur-gemäß nicht berücksichtigen können, hätte das noch immer Einnahmen für Stadt Linz bedeutet).<sup>159</sup>

- Am 7.1.2008, als sich die Marktlage – als Konsequenz der beginnenden weltweiten Finanzkrise – erstmals zu Ungunsten der Stadt Linz verändert hatte, bot BAWAG PSK eine Absicherung zum Swap an, wonach Stadt Linz weiterhin den 6-Monats-CHF-Libor erhalten hätte, fortan aber bei ansonsten gleichbleibender Formel einen Fixzinssatz von 1,065 % (statt wie bisher 0,065 %) bezahlt hätte, allerdings begrenzt mit einem maximalen variablen Zinssatz von 10 % ("Cap"). In Summe, gemeinsam mit dem Fixzinssatz, hätte der Zinssatz also höchstens 11,065 % betragen können. BAWAG PSK wies in dem E-Mail sogar ausdrücklich darauf hin, dass der starke Anstieg von Volatilitäten "im Markt nach wie vor eine wichtige Rolle" spiele.

BAWAG PSK konnte zu dem Zeitpunkt natürlich genau so wenig die Zukunft vor-hersagen wie Stadt Linz. Allerdings gab BAWAG PSK Stadt Linz mit dem E-Mail (sowie davor und danach) alle Mittel in die Hand, um eine informierte Entscheidung so einfach wie möglich treffen zu können.<sup>160</sup> Dies hätte übrigens, wie auch andere Vorschläge, keinerlei Darlehensaufnahme erfordert und wäre daher ohne Einbindung von Gemeinderat oder Aufsichtsbehörde möglich gewesen.

- Im Rahmen eines Gesprächs zwischen Mitarbeitern von BAWAG PSK und Mag █████ am 1.2.2008 schlugen diese Mag █████ vor, den Swap zu restrukturieren oder aus dem Geschäft auszusteigen, da der Marktwert des Swap klar negativ war und die Wechselkursprognosen zunehmend unsicherer wurden.<sup>161</sup> Mag █████ gab übrigens selbst an, dass er ab dieser Besprechung Bewertungen überschlagsmäßig selbst ausrechnen konnte.<sup>162</sup> Dies tat er später auch ("Pi x Daumen").<sup>163</sup>
- Am 15.5.2008 bot BAWAG PSK erneut zwei weitere Umstrukturierungsmöglichkeiten an. Diese waren einerseits ein Closing der FX-Komponente, wobei für die Restlaufzeit ein CHF-Fixzinssatz von 3,55 % angeboten wurde, und andererseits ein Cap, wobei sich ein maximales Risiko von 10 % Zinszahlung ergeben hätte. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass weitere Varianten bei einer Laufzeitverlängerung um 2 bis 5 Jahre möglich wären.<sup>164</sup> Auch dies hätte keinerlei Darlehensaufnahme erfordert und wäre daher ohne Einbindung von Gemeinderat oder Aufsichtsbehörde möglich gewesen.
- Am 4.11.2008 fand von 9.00 Uhr bis 10.30 Uhr im Magistrat der Landeshauptstadt Linz ein Treffen zwischen BAWAG PSK und der Stadt Linz zur

<sup>159</sup> Gutachten, S 94 f.

<sup>160</sup> Vgl ON 5 AS 345 E-Mail von █████ vom 7.1.2008 an Mag █████ (Beilage ./19).

<sup>161</sup> Vgl Präsentation vom 1. Februar 2008, ON 38 AS 299 ff; siehe auch ON 38 AS 605 (Beilagen ./54, ./68, ./75).

<sup>162</sup> ZV █████ am 14.5.2019, S 12 f.

<sup>163</sup> ON 253, S 43 (Beilage ./9xA).

<sup>164</sup> Vgl ON 5 AS 377 = ON 38 AS 305, Email von █████ an Mag █████ vom 15.5.2008 (Beilage ./114).

aktuellen Analyse der EUR/CHF Resettable Struktur statt. Teilnehmer waren: Mag ██████████ ██████████ Mag ██████████ ██████████ und ██████████ Aus der Gesprächsnotiz geht hervor, dass Mag ██████████ über die aktuellen Bewertungen informiert wurde, allerdings eine Restrukturierung ablehnte, weil er im Hinblick auf von ihm erwartete höhere EUR/CHF-Kurse keinen unmittelbaren Handlungsbedarf sah und dass Mag ██████████ betonte, dass Stadt Linz als professioneller Marktteilnehmer eingestuft ist und sich Stadt Linz der Risiken der Struktur voll bewusst sei.<sup>165</sup>

- Am 5.11.2008 übermittelte ██████████ an Mag ██████████ Optimierungsvorschläge zur Absicherung der Zahlungsverpflichtung für die nächsten Fälligkeitstermine 15.4.09, 15.10.09 und 15.4.10.<sup>166</sup>
- Im Rahmen eines Termins am 5.11.2008 informierte Mag ██████████ Mag ██████████ dass der Swap 4175 zum 4.11.2008 einen negativen Marktwert von EUR 62 Millionen aufwies. Zusätzlich übermittelte Mag ██████████ Mag ██████████ am 11.11.2008 die aktuelle Bewertung und Darstellung der verschiedenen Einflussfaktoren zur Verwendung durch Mag ██████████ bzw zur Information seiner Gremien.<sup>167</sup>
- Am 25.11.2008 übermittelte ██████████ an Mag ██████████ erneut das Angebot vom 5.11.2008 in adaptierter Form.<sup>168</sup>
- Am 13.3.2009 wurde ein weiterer Vorschlag zur Absicherung des Swap 4175 von ██████████ an Mag ██████████ unterbreitet.<sup>169</sup>
- Am 5.5.2009 wurde der Stadt Linz von BAWAG PSK angeboten, das schwankende Währungsrisiko (FX-Risiko) durch einen CHF-Fixzinssatz zu ersetzen.<sup>170</sup>
- Ebenfalls im Mai 2009 präsentierte BAWAG PSK der Stadt Linz mehrere Varianten zur Absicherung des Zinsrisikos: Zum einen wurde der Stadt Linz vorgeschlagen, einen Cap im Hinblick auf die Zinszahlungen bei einem worst case von 1,400 mit maximal 8,14% einzuziehen. Zum anderen wurde der Stadt Linz angeboten, den Strike zur Gänze zu eliminieren.<sup>171</sup>
- Am 26.6.2009 übermittelte BAWAG PSK an Mag ██████████ einen Optimierungsvorschlag des Swaps und Szenarien am Beispiel der Optionstermine 15.10.2009 und 15.4.2010. Weiters stellte sie den zu erwartenden Prämienaufwand dar.<sup>172</sup>

<sup>165</sup> Vgl ON 5 AS 379 (Beilage ./128).

<sup>166</sup> Vgl Email von ██████████ an Mag ██████████ vom 5.11.2008, ON 5 AS 381 (Beilage ./118).

<sup>167</sup> Vgl Schreiben vom 11.11.2008 von Mag ██████████ an Mag ██████████ ON 38 AS 339 ff (Beilage ./20).

<sup>168</sup> Vgl Email vom 25.11.2008 von ██████████ an Mag ██████████ ON 5 AS 387 (Beilage ./130).

<sup>169</sup> Vgl Email vom 13.3.2009 von ██████████ an Mag ██████████ ON 5 AS 391 (Beilage ./123).

<sup>170</sup> Vgl Email von ██████████ an Mag ██████████ vom 5.5.2009, ON 5 AS 393 (Beilage ./124).

<sup>171</sup> Vgl ON 5 AS 817-837 = ON 38 AS 365 ff (Beilage ./125).

<sup>172</sup> Vgl Email vom 26.6.2009 von ██████████ an Mag ██████████ ON 5 AS 395 (Beilage ./126).

- Aus der Gesprächsnotiz von BAWAG PSK über ein Gespräch zwischen Mitarbeitern von BAWAG P.S.K und Mag [REDACTED] sowie Dr [REDACTED] am 13.4.2010<sup>173</sup> sowie aus der Präsentation von BAWAG PSK vom 13.4.2010<sup>174</sup> geht hervor, dass mit Mag [REDACTED] und Dr [REDACTED] unterschiedliche Varianten zur Auflösung des Swap 4175 erörtert wurden. Mag [REDACTED] und Dr [REDACTED] wurde vorgeschlagen, durch Laufzeitverlängerung um 1 Jahr und Fixzinsanhebung auf 3,95% eine Absicherung bei EUR/CHF von 1,42 zu erwerben, um sich zu 100% gegen weiter sinken-de Notierungen zu schützen. Dies wurde jedoch ausdrücklich von Mag [REDACTED] und Dr [REDACTED] abgelehnt. Wie bei anderen Vorschlägen wäre hier keine Darlehens-aufnahme notwendig gewesen.
- Am 26.4.2010 wurde Mag [REDACTED] von Herrn [REDACTED] über Rückkaufpreise für einzelne Optionen zur Risikominderung informiert.<sup>175</sup>
- Am 6.7.2010 fand zwischen Mitarbeitern von BAWAG PSK und dem damaligen Bürgermeister Dr Dobusch ein Gespräch statt. Aus dem darauffolgenden Schreiben von Dr [REDACTED] (BAWAG PSK) an Bürgermeister Dr Dobusch vom 7.7.2010 geht hervor, dass die Mitarbeiter von BAWAG PSK in ständigem Kontakt mit Mag [REDACTED] und Dr Mayr standen und diesen laufend Restrukturierungsvorschläge unterbreiteten.<sup>176</sup>
- Am 5.8.2010 fand eine Besprechung zum Thema "Bestehender FX Resettable Swap mit der Stadt Linz" zwischen BAWAG PSK und Vertretern der Stadt Linz statt, in der Dr [REDACTED] auf die laufende Produktinformation und die angebotenen Lösungsvorschläge und Umstrukturierungsvarianten, die von der Stadt Linz wiederholt abgelehnt worden waren, hinwies.<sup>177</sup>
- Im Rahmen eines Termins von BAWAG PSK mit der Stadt Linz am 19.8.2010 wurden insgesamt drei Handlungsoptionen präsentiert, die sich nach den Worten von Bürgermeister Dr Dobusch im Rahmen des Gemeinderatsbeschlusses 2004 bewegten (EUR 195 Mio Nominale).<sup>178</sup>
- Am 24.8.2010 erfolgte eine ergänzende Präsentation von BAWAG PSK an Stadt Linz, in der weitere Varianten einer möglichen Auflösung des Swap dargestellt wurden.
- Am 25.8.2010 übermittelte Herr [REDACTED] (BAWAG PSK) eine Unterlage zu den ergänzenden Handlungsoptionen an Mag [REDACTED] und Mag [REDACTED].<sup>179</sup>

<sup>173</sup> Vgl ON 5 AS 399 (Beilage ./74).

<sup>174</sup> Vgl ON 5 AS 839-857 (Beilage ./131).

<sup>175</sup> Vgl Email vom 26.4.2010 von [REDACTED] an Mag [REDACTED] ON 5 AS 401 (Beilage ./132).

<sup>176</sup> Vgl ON 5 AS 411 (Beilage ./134).

<sup>177</sup> Vgl ON 5 AS 417 (Beilage ./75).

<sup>178</sup> Vgl ON 5 AS 425 (Beilage ./139), wo auf die Besprechung am 19.8.2010 Bezug genommen wird und noch ergänzende Handlungsoptionen übermittelt werden (wo also BAWAG PSK Stadt Linz noch mehr Möglichkeiten bietet, zu restrukturieren – die Stadt Linz dann schließlich ebenfalls alle ausgeschlagen hat).

<sup>179</sup> Vgl Email von [REDACTED] [REDACTED] (BAWAG PSK) an Mag [REDACTED] und Mag [REDACTED] vom 25.8.2010, ON 5 AS 425 (Beilage ./139).

- Am 31.8.2010 fand zwischen Mitarbeitern von BAWAG PSK und Mag █████ eine Besprechung über diverse Varianten zur Auflösung/Restrukturierung statt.<sup>180</sup>
- Am 27.10.2010 boten Dr █████ und Herr █████ (BAWAG PSK) gegenüber Mag █████ erneut an, eine Auflösung bzw Restrukturierung für den Swap auszuarbeiten.<sup>181</sup>
- Am 22.2.2011 erging ein weiteres Angebot von Dr █████ und Dr █████ (BA-WAG PSK) an den damaligen Bürgermeister Dr Dobusch weitere Auflösungs- und Umstrukturierungsvorschläge auszuarbeiten.<sup>182</sup>

Jedes dieser Angebote und Vorschläge für sich genommen wäre tauglich gewesen, das Risiko aus dem Swap zu begrenzen und damit im Sinn des oben zitierten Beherrschbarkeitsverständnisses zu beherrschen.

Auch nach Ansicht des **Rechnungshofes** hätten übrigens konsequente und zeitnahe Maßnahmen dazu beigetragen, die **drohenden finanziellen Nachteile zu vermeiden** oder zumindest deutlich zu reduzieren.<sup>183</sup> Stadt Linz schlug trotzdem jedes dieser Angebote aus. Darauf kommt es aber nicht an – das Geschäft muss nur beherrschbar sein, aber nicht tatsächlich beherrscht werden. Sonst könnte eine Gemeinde durch schlichte Untätigkeit – wie hier – eine Situation herbeiführen, in der ein vermeidbares Risiko tatsächlich eintritt, um daraus abzuleiten, es sei nicht beherrschbar. Das ist aber weder durch den Schutzzweck öffentlich-rechtlicher Vorschriften noch durch § 867 ABGB erfasst.

Die FVV der Stadt Linz hätte diese Handlungsoptionen auch jederzeit umsetzen, können, da wie rechtlich ausgeführt für Restrukturierung des Swap (einschließlich des Abschlusses weiterer Derivatgeschäfte) kein Beschluss des Gemeinderats erforderlich war. § 46 StL 1992 sieht keine Pflicht zur Befassung des Gemeinderats vor.<sup>184</sup> Selbst wenn man dies fälschlich anders sehen sollte, würde der GRB 2004 nicht nur den Swap selbst abdecken, sondern auch dessen Restrukturierung.<sup>185</sup> Eine aufsichtsbehördliche Genehmigung wäre ebenfalls nicht erforderlich gewesen, da § 78 StL 1992 damals schlicht keine solche Genehmigungspflicht vorsah.<sup>186</sup> Da zudem wie schon festgehalten BAWAG PSK jederzeit zur Umsetzung ihrer Restrukturierungsangebote bereit war (Zwischenurteil, S 38) und die Stadt Linz natürlich auch Geschäfte mit Dritten hätte schließen können, stand einer Risikobeherrschung nichts im Wege.

Aus diesen Gründen steht nach Ansicht von BAWAG PSK fest:

<sup>180</sup> Vgl Brief der BAWAG PSK, an Mag █████ vom 27.10.2010, in dem nochmals auf das Gespräch vom 31.8.2010 Bezug genommen wurde, ON 5 AS 447 (Beilage ./142).

<sup>181</sup> Vgl Schreiben vom 27.10.2010 von Dr █████ und █████ an Mag █████ ON 5 AS 447 (Beilage ./142).

<sup>182</sup> Vgl Schreiben vom 22.2.2011 von Dr █████ und Dr █████ an Bürgermeister Dr Dobusch, ON 5 AS 451 (Beilage ./146).

<sup>183</sup> Beilage ./116, S 96.

<sup>184</sup> Siehe Punkt B.II.3.1.

<sup>185</sup> Siehe zur Gültigkeit von Rahmenbeschlüssen Punkt B.II.3.2.

<sup>186</sup> Siehe Punkt B.I.

*Es war generell und auch der Stadt Linz tatsächlich möglich, das Risiko aus dem Swap zu beherrschen.*

*Bereits diese hiermit begehrte Feststellung ist für sich alleine genommen wesentlich, weil das Erstgericht bei einer festgestellten Beherrschbarkeit des Risikos durch die Stadt Linz bei richtiger Rechtsansicht zur Gültigkeit des Swap gekommen wäre und den Zwischenfeststellungsantrag abgewiesen hätte.*

#### **20.5. Auflösungskosten sind keine laufenden Tilgungen**

*Das Erstgericht vermengt laufende Zahlungen mit Auflösungskosten. Die Gerichtssachverständigen unterschieden hier aber deutlich: So grenzen sie zB im Ergänzungsgutachten die "zu erwartenden Zahlungsströme" ganz klar von den "Auflösungskosten" ab.<sup>187</sup> Das ist schlüssig: Während die Zahlungsströme Hauptleistungspflichten des Vertrags sind (vgl Einzelabschlussbestätigung, Beilage ./3) und regelmäßig, also bei jedem Zahlungstermin, anfallen können, sind die Auflösungskosten vertraglich überhaupt nicht vorgesehen und fallen entweder gar nicht oder höchstens einmal an, nämlich am Ende des Geschäfts. Trotzdem setzt das Erstgericht mögliche Auflösungskosten zu den Schwellenwerten für Darlehen nach § 78 Abs 1 StL 1992 ins Verhältnis. Das ist verfehlt, weil es bei der vom Gericht (analog) herangezogenen Genehmigungspflicht für Darlehen auch nicht um die einmalige Rückzahlung geht, sondern die Schwelle der Genehmigungspflicht für Darlehen auf 15 % des jährlichen Schuldendienstes (also Zinsen und allenfalls laufende Tilgung – sofern nicht endfällig) maßgeblich ist.*

*Aus diesen Gründen steht nach Ansicht von BAWAG PSK fest:*

*Kosten, um den Swap zu beenden oder zu "neutralisieren" (glatt zu stellen) fallen nicht zwingend an. Wenn sie überhaupt anfallen, dann während der Laufzeit des Swap jedenfalls nur einmal (und zwar bei Beendigung) und nicht jährlich.*

*Auch auf Basis dieser Feststellung hätte das Erstgericht zur Beherrschbarkeit des Swap gelangen und den Zwischenfeststellungsantrag abweisen müssen, weshalb die begehrte Feststellung wesentlich ist.*

#### **20.6. Nicht jedenfalls Fremdfinanzierung nötig**

*Selbst wenn man das alles anders sehen würde, ergibt das Beweisverfahren nicht, dass – wie das Erstgericht meint – Stadt Linz bei Zahlungspflichten aus dem Swap, die EUR 31.391.415,-- übersteigen, jedenfalls ein Darlehen hätte aufnehmen müssen.*

---

<sup>187</sup> EGA, S 20.

Das Erstgericht stützt seine Feststellung einzig (!) auf die Aussage von Mag █████. Dieser meinte auf die Frage, ob Auflösungskosten von beispielsweise EUR 30 Millionen einer Darlehensaufnahme zur Finanzierung bedurft hätten: "Ja, bei 30 Mio auf jeden Fall".<sup>74</sup> Es hätte aber laut Gerichtssachverständigen durch Restrukturierung des Swap auch Möglichkeiten eines Ausstiegs gegeben, die keine sofortige Zahlung erfordern (weder eine solche aus eigenen noch aus fremden Mitteln). Die Frage einer möglicherweise genehmigungspflichtigen Darlehensaufnahme hätte sich dann erst gar nicht gestellt.

In der mündlichen Erörterung sagte nämlich der Gerichtssachverständige Wystup auf die Frage, ob es möglich sei, bei einem laufenden Swap, wenn einer der Vertragspartner erkennt, dass sich seine Erwartungshaltung möglicherweise nicht erfüllen werde, den Swap durch Restrukturierung so umzuformen, dass etwa durch höhere Zinszahlungen das Risiko beschränkt werden könne: "Ja, natürlich und das wird auch gemacht".<sup>188</sup> In anderen Worten: Anstatt aus dem Swap ganz auszusteigen und dafür einmalige (nicht jährliche!) Auflösungskosten zu zahlen, hätte Stadt Linz den Swap auch so umstrukturieren können, dass sie höhere Raten zahlt, das Risiko aber dafür beschränkt ist.

Dass es sich dabei um keine bloß theoretische Möglichkeit handelt, geht aus der Aufzählung im vorherigen Punkt hervor: Wie dort beschrieben ist, bot BA-WAG PSK der Stadt Linz zahlreiche Restrukturierungsangebote an, deren Abschluss ohne Einmalzahlung möglich gewesen wäre. Diese Restrukturierungsangebote hätten durch Abschluss eines weiteren Derivatgeschäfts umgesetzt werden können. Da Derivatgeschäfte keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterliegen<sup>189</sup> und auch nicht vom Gemeinderat zu genehmigen sind,<sup>190</sup> bestand dabei auch keine Notwendigkeit, das Land Oberösterreich als Aufsichtsbehörde oder den Gemeinderat einzubinden (es hätte daher wie dargelegt auch keine Verzögerung gegeben).

Wieso solche Restrukturierungsgeschäfte trotz Aussage der Gerichtssachverständigen, dass diese absolut üblich sind (siehe oben),<sup>191</sup> laut Erstgericht "außer Betracht" (Zwischenurteil, S 79) zu bleiben haben, wird im Zwischenurteil mit keinem Wort begründet – im Gegenteil steht selbst noch im Satz davor, dass es bei der Beherrschbarkeit darauf ankommt, Einfluss zu nehmen "gegebenenfalls auch durch Beendigung des Geschäfts (oder allenfalls auch durch Abschluss von anderen Finanzgeschäften) das Risiko zu neutralisieren" (Zwischenurteil, S 78 f). Die beiden unmittelbar hintereinanderstehenden Aussagen widersprechen sich. Das Zwischenurteil leidet in diesem Punkt deshalb unter einem inneren Widerspruch. Richtig ist einzig die Aussage, dass Restrukturierungsmöglichkeiten selbstverständlich einzubeziehen sind – alles andere würde die Finanzmarktpraxis völlig auf den Kopf stellen.

---

<sup>188</sup> Protokoll 13.5.2019, S 23.

<sup>189</sup> Vgl bei Rechtsrüge Punkt B.I.

<sup>190</sup> Vgl bei Rechtsrüge Punkt B.II.

<sup>191</sup> Protokoll 13.5.2019, S 23.

Selbst wenn Stadt Linz solche alternativen Möglichkeiten nicht ergriffen hätte und tatsächlich eine sofortige Zahlung angefallen wäre, war (und ist) Stadt Linz finanziell so leistungsstark, dass sie auch Zahlungen über EUR 30 Millionen problemlos ohne Fremdfinanzierung hätte bewältigen können. Jedenfalls wäre nicht zwingend eine Fremdfinanzierung nötig gewesen, was das Erstgericht zu meinen scheint – und unzutreffend ohne nähere Begründung feststellt. Auch Mag ██████ relativierte seine oben vom Erstgericht nur halb zitierte Aussage in seinem nächsten Satz und meinte, die finanzielle Lage sei damals angespannt gewesen, aber ohne sich die damaligen Zahlen noch einmal anzusehen, können er nicht konkret sagen, ab wann eine Finanzierung ohne Darlehensaufnahme möglich gewesen wäre.

Dass nicht zwingend eine Fremdfinanzierung nötig gewesen wäre, indizieren folgende unstrittige Beweisergebnisse:

- Laut Bilanz der Stadt Linz per 31.12.2014 beläuft sich ihr Vermögen auf rund EUR 2,4168 Milliarden (Beilage ./356).
- Laut freiwilligem "Konzernabschluss" der Unternehmensgruppe Stadt Linz für das Jahr 2013 beträgt das Vermögen von Stadt Linz samt allen Beteiligungen rund EUR 5,1 Milliarden mit einer Eigenmittelquote von 38,5 %.
- Laut Medienberichten ist Stadt Linz eine äußerst vermögende Stadt. Laut Artikel auf orf.at (Beilage ./355) vom 27.5.2014 erwirtschaftete Stadt Linz einen Überschuss von EUR 5,3 Millionen bei einem Gesamtvermögen von rund EUR 2,5 Milliarden (mit allen Beteiligungen sogar EUR 5,2 Milliarden). Dieses Bild wird übrigens auch durch einen ganz aktuellen Bericht der Oberösterreichischen Nachrichten vom 26.11.2020 bestätigt – nach diesem stehen den Verbindlichkeiten von EUR 886 Millionen rund EUR 3 Milliarden an Vermögen gegenüber.<sup>192</sup>

Unabhängig davon, welche Meinung also Mag ██████ vertrat, der sich wie oben zitiert ohnehin nicht sicher war, ab welchem Betrag Stadt Linz ein Darlehen gebraucht hätte, zeigt sich an den absoluten Zahlen, dass auch Zahlungspflichten über EUR 30 Millionen von Stadt Linz problemlos aus Eigenem und ohne Fremdfinanzierung erfüllt hätten werden können.

Aus diesen Gründen steht nach Ansicht von BAWAG PSK fest:

Anstatt durch eine Auflösung des Swap hätte das Risiko aus dem Swap auch durch "Restrukturierung", das heißt durch Abschluss eines oder mehrerer weiterer Derivat-geschäfte, beschränkt werden können, deren Abschluss nicht zwingend etwas gekostet hätte.

---

<sup>192</sup> <https://www.nachrichten.at/oberoesterreich/linz/stadt-linz-ist-drei-milliarden-euro-schwer;art66,3326458>; die Verbindlichkeiten enthalten übrigens bereits eine Rückstellung von EUR 100 Mio für das gegenständliche Verfahren.

*Es kann nicht festgestellt werden, dass Stadt Linz bei Zahlungspflichten aus dem Swap (insbesondere solchen, die EUR 31.391.415,- übersteigen) jedenfalls ein Dar-lehen hätte aufnehmen müssen.*

*Diese Feststellung ist wesentlich, weil das Erstgericht sogar auf Basis seiner eigenen – unzutreffenden – Rechtsansicht mit der begehrten Feststellung zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass mangels Erforderlichkeit eines Darlehens keine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht, keine fehlende Beherrschbarkeit und damit auch keine Ungültigkeit des Swap vorliegt, was zur Abweisung des Zwischenfeststellungsantrags geführt hätte.*

## **20.7. Insgesamt begehrte Feststellung**

*Statt der oben zitierten angefochtenen Feststellung begehrt BAWAG PSK deshalb insgesamt folgende Feststellung, die sich im Wesentlichen aus den oben bei den einzelnen Unterkapiteln genannten Einzelfeststellungen zusammensetzt:*

S 39 f:

*Versteht man Beherrschbarkeit als Begrenzung der Verluste/Gesamtverluste, war der Swap für jeden, auch für eine Kommune, alleine mit Hilfe eines Risikoleitfadens, der auch ein bloßer mentaler Leitfaden sein kann und nicht verschriftlicht sein muss, beherrschbar. Damit unterscheidet sich das Risiko aus dem Swap nicht vom Risiko aus 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 Swap jedenfalls nur einmal (und zwar bei Beendigung) und nicht jährlich.*

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

[...]

S 40:

*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 Zahlungsverpflichten aus dem Swap (insbesondere solchen, die EUR 31.391.415,-- übersteigen) jedenfalls ein Darlehen hätte aufnehmen müssen.*

*Anstatt durch eine Auflösung des Swap hätte das Risiko aus dem Swap auch durch "Restrukturierung", das heißt durch Abschluss eines oder mehrerer weiterer Derivat-geschäfte, beschränkt werden können, deren Abschluss nicht zwingend etwas gekostet hätte.*

*Es bestand daher zusammengefasst bei Abschluss des Swaps keine Gefahr, dass die Klägerin das mit dem Swap verbundene Risiko nicht mehr beherrschen werde können, weil sie für die Beherrschbarkeit und damit die Möglichkeit der Begrenzung von Verlusten nur einen Risikoleitfaden befolgen hätte müssen, was ihr möglich gewesen wäre.*

*Die Feststellung ist wesentlich, weil das Erstgericht mit der angeblich fehlenden Beherrschbarkeit die Anwendbarkeit des aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernisses und indirekt auch die Ungültigkeit des GRB 2004 mangels Beherrschbarkeit begründet.*

*Daraus ergibt sich dann auch nach den übrigen Feststellungen des Erstgerichts (Zwischenur-teil, S 35 f) sowie auch den begehrten Feststellungen oben zum Risikoprofil des Swap<sup>193</sup> sowie im Rahmen der Rechtsrüge,<sup>194</sup> dass der Swap optimierend war, weshalb auch folgende Feststellung begehrt wird, sofern das Berufungsgericht die Frage der Auslegung des Begriffes "Optimierung" im GRB 2004 überhaupt für relevant hält und diese nicht ohnehin als Rechts-frage einstuft:*

*Der Swap war daher nicht nur objektiv zur Optimierung geeignet, sondern auch konkret optimierend.*

---

<sup>193</sup> Siehe Punkt C.II.15.

<sup>194</sup> Siehe oben Punkt B.II.3.2.1.5.1.

*Bei richtiger Auffassung im Sinn der oben begehrten Ersatzfeststellungen, wonach der Swap – kurz zusammengefasst – beherrschbar war, hätte das Erstgericht – selbst unter Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung – zum Ergebnis kommen müssen, dass der Swap auch im Sinne des GRB 2004 optimierend und gültig geschlossen wurde und der Antrag der Stadt Linz auf Fällung des Zwischenurteils abzuweisen ist."*

Diese Berufungsausführungen werden zum Gegenstand der Revision gemacht und in der Revision ausdrücklich aufrechterhalten. Dies gilt auch für die Begründung der Relevanz der in der Berufung erhobenen Beweisrüge. Diese Relevanz ist auch für die in der Revision erhobene Mängelrüge bestimmend. Zutreffender Weise hätte das Berufungsgericht bei richtiger Behandlung dieser Beweisrüge der Berufung stattgeben müssen.

### 2.19.3. **Unterlassene Behandlung**

Wie oben ersichtlich, gliederte sich die Beweisrüge in verschiedene distinkte Punkte.

Eine Übersicht und Zusammenfassung dieser Punkte findet sich im oben zitierten Punkt 20.2.

Mit den in den weiteren Punkten 20.3 bis 20.5 begründeten und begehrten Ersatzfeststellungen beschäftigt sich das Berufungsgericht inhaltlich nicht. Es vertritt – ganz kurz zusammengefasst – die Rechtsauffassung, dass es sich dabei nicht um "Ersatzfeststellungen" handelt, sondern um ergänzende ("vermisste") Feststellungen. Diese seien der Beweisrüge nicht zugänglich. Diese Rechtsauffassung ist, wie bereits einleitend oben aufgezeigt, unrichtig. Eine Behandlung der vollständigen Beweisrüge durch das Berufungsgericht war deshalb geboten. Da das Berufungsgericht eine solche inhaltliche Behandlung unterließ, liegt ein Verfahrensmangel vor.

### 2.19.4. **Grob mangelhafte Behandlung**

Mit der in Punkt 20.6 begehrten Ersatzfeststellung beschäftigt sich das Berufungsgericht zwar auch inhaltlich, aber grob mangelhaft.

Kurz zusammengefasst geht es darum, dass die Feststellung des Erstgerichts, wonach bei Zahlungspflichten aus dem Swap, die EUR 31.391.414 übersteigen, eine Fremdfinanzierung jedenfalls notwendig gewesen wäre, unrichtig ist. Richtig ist, dass – wie oben ersatzweise begehrt – nicht festgestellt werden kann, dass bei Überschreiten dieses Betrages jedenfalls ein Darlehen hätte aufgenommen werden müssen. Zur Begründung wird auf die Ausführungen in der oben zitierten Beweisrüge verwiesen.

Das Berufungsgericht scheint den Einwänden von BAWAG PSK zwar grundsätzlich folgen zu können. So schlussfolgert es, dass die vom Erstgericht getroffene Feststellung "*nur auf einer kursorischen Zeugenbefragung beruht*" und verschiedene relevante Fragen "*keinerlei Thema*" waren, "*sodass die allein darauf basierende Feststellung sämtliche allenfalls relevanten vielschichtigen Sachverhaltsaspekte keineswegs mitumfasst.*"

Umso mehr verwundert es, dass das Berufungsgericht die Feststellung – trotz dieser erheblichen Bedenken an deren Richtigkeit aufgrund mangelhafter Beweisaufnahme – aufrechterhält.

Dafür bedient sich das Berufungsgericht eines Kunstgriffes: Es behauptet, die Feststellung sei (Hervorhebung im Original) "*wohl im Umfang eines Verständnisses unbedenklich, wonach eine Zahlungspflicht ab einer Höhe von rund EUR 31 Mio die kurzfristig frei verfügbaren budgetären Mittel überschritten hätte ... Ein darüber hinausgehender Feststellungsumfang wäre aber sowohl betreffend den Bedeutungsgehalt als auch betreffend die Herleitung aus den Beweisergebnissen unklar, sodass es – käme es darauf an – einer geeigneten Präzisierung bedürfte.*"

Der vom Berufungsgericht genannte "*Umfang*" deckt sich aber schlicht nicht mit dem Wortlaut der Feststellung. Es ist irrelevant, wie das Berufungsgericht eine bestimmte Feststellung des Erstgerichts interpretiert. Es kommt nur darauf an, wie die Feststellung lautet und welche Bedeutung dem Wortlaut der Feststellung nach den üblichen Interpretationsarten beigemessen werden kann. Zu den üblichen Interpretationsarten zählt **nicht** die Beisetzung einer rechtlich nicht verbindlichen und vom Wortlaut nicht mehr gedeckten **Ergänzung** des Berufungsgerichts, von der offenbar nicht einmal das Berufungsgericht genau weiß, ob damit die erstgerichtliche Feststellung überhaupt "richtiger" wird (*arg*: "wohl").

Überhaupt ist nicht einzusehen, wieso bei einem wie vom Berufungsgericht selbst dargelegten derart **mangelhaften Beweisverfahren mit bloß cursorischer Befragung** und unter Außerachtlassung der maßgeblichen Fragen überhaupt irgendeine Tatsache festgestellt werden können soll. Weder ergibt sich die tatsächliche Feststellung aus dem bisherigen Beweisverfahren, noch ergibt sich die tatsächliche Feststellung plus "Ergänzung" des Berufungsgerichts aus dem Beweisverfahren. Selbst wenn man das anders sehen würde und die Feststellung samt "Ergänzung" des Berufungsgerichts für eine zutreffende Ersatzfeststellung hielte, dann hätte das Berufungsgericht die erstgerichtliche Feststellung durch eine andere Feststellung samt "Ergänzung" ersetzen müssen. Das tat das Berufungsgericht nicht.

Auf den Punkt gebracht hielt das Berufungsgericht damit eine erstgerichtliche Feststellung aufrecht, die es selbst für unzutreffend hielt. Die Behandlung der Beweistrüge ist deshalb mit einem groben Verfahrensmangel belastet.

### 3. VERLETZUNG DER ANLEITUNGS- UND ERÖRTERUNGSPFLICHT

#### 3.1. Vorbemerkung

Das Gericht darf seine Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte, **die bisher unbeachtet geblieben sind, nur** stützen, wenn es seine Rechtsansicht mit den Parteien (i) erörtert und (ii) ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat.<sup>195</sup> Erörtert das Gericht diese aber bisher unbeachtet geblieben Rechtsstandpunkte nicht mit den Parteien, stützt es seine rechtliche Beurteilung aber dennoch darauf, verstößt das Gericht gegen die ihm obliegende **Anleitungs- und Erörterungspflicht** nach § 182a ZPO. Dieses "Überraschungsverbot" **gilt auch für das Berufungsverfahren**. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Verletzung der richterlichen Anleitungs- und Erörterungspflicht unter dem Rechtsmittelgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens geltend zu machen (RIS-Justiz RS0037095).

---

<sup>195</sup> Lovrek in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> IV/1 § 503 ZPO Rz 88.

Im vorliegenden Fall verletzte das Berufungsgericht das Überraschungsverbot mehrfach, weil es sich jeweils auf Rechtsansichten stützte, die vom Erstgericht nicht mit den Parteien erörtert wurden und die von der im Ersturteil geäußerten Rechtsansicht grob abweichen. Bei richtiger Verfahrensführung wäre das Berufungsgericht jedoch verpflichtet gewesen, folgende Rechtsansichten mit den Parteien zu erörtern:

### 3.2. Keine Erörterung des anfänglichen negativen Marktwerts als festgesetztes einmaliges Entgelt

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der anfängliche negative Marktwert des Swap als festgesetztes einmaliges Entgelt nach § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 zu qualifizieren. Diese Rechtsansicht ist nicht nur **unrichtig** (und es gibt auch gar keine Feststellungen zur Höhe des Marktwerts),<sup>196</sup> sie ist auch **überraschend**. Das Erstgericht erörterte diese Rechtsansicht nicht mit den Parteien und stützte sich im Ersturteil auch nicht darauf:

- Soweit eine Anwendung der Z 12 im bisherigen Verfahren vom Erstgericht erörtert wurde, betrifft dies einen vom Berufungsgericht in der rechtlichen Beurteilung (S 24) nicht angezogenen Fall, nämlich "*wenn das [...] oder das jährliche Entgelt EUR 50.000 übersteigt*". Darauf stützt sich aber das Berufungsgericht nicht. Eine Anwendung der Z 12 im vom Berufungsgericht vertretenen Sinn, weil es zu einem festgesetzten einmaligen Entgelt gekommen sei, wurde hingegen nie erörtert.
- Ebenfalls nie erörtert wurde die Rechtsauffassung, den anfänglichen negativen Marktwert rechtlich als ein solches festgesetztes einmaliges Entgelt zu qualifizieren.

Wäre das Berufungsgericht seiner Anleitungs- und Erörterungspflicht (rechtsrichtig) nachgekommen, dann hätte BAWAG PSK zusätzlich vorgebracht, dass der anfängliche negative Marktwert nicht als festgesetztes einmaliges Entgelt im Sinn von § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 verstanden werden kann.

Zum Beweis für dieses Vorbringen hätte die BAWAG PSK ergänzende Fragen an die Gerichtssachverständigen angeboten, konkret ob diese den anfänglichen negativen Marktwert als festgesetztes einmaliges Entgelt für den Swap verstehen.

Wäre dem Berufungsgericht dieser Verfahrensfehler nicht unterlaufen, dann hätte es nicht zu dem Schluss kommen können, dass der anfängliche negative Marktwert des Swap als festgesetztes einmaliges Entgelt nach § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 zu qualifizieren. Vielmehr hätte das Berufungsgericht, allenfalls nach Aufnahme weiterer – von der BAWAG PSK – beantragter Beweise, den richtigen rechtlichen Schluss ziehen müssen, dass es kein festgesetztes einmaliges (oder wiederkehrendes) Entgelt beim Swap gab und deshalb auch keine Gemeinderatszuständigkeit vorlag. Das Berufungsgericht hätte daher der **Berufung der BAWAG PSK Folge geben müssen**.

---

<sup>196</sup> Punkt C.III.2.2.3.

### 3.3. Keine Erörterung einer Einschränkung durch den Amtsbericht

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich aus dem Amtsbericht, dass der GRB 2004 hinsichtlich des Fremdwährungsportfolios nur Absicherungsgeschäfte erfasst und der Swap deshalb nicht vom GRB 2004 erfasst ist. Diese Rechtsansicht ist nicht nur **unrichtig**,<sup>197</sup> sondern ebenfalls **überraschend**. Auch diese Rechtsansicht erörterte das Erstgericht nämlich nicht mit den Parteien und stützte sich im Ersturteil auch nicht darauf.

Wäre das Berufungsgericht seiner Anleitungs- und Erörterungspflicht (rechtsrichtig) nachgekommen, dann hätte BAWAG PSK zusätzlich vorgebracht, dass

- Mag ██████ als Verfasser des Amtsberichts die "Optimierung" und Bewirtschaftung des Fremdfinanzierungsportfolios, darunter die CHF-Anleihe, nie auf "Absicherungsgeschäfte" einschränken wollte (was sich auch daraus ergibt, dass er selbst den Swap abschloss) und
- die einzelnen Gemeinderäte und der Gemeinderat als Kollektivorgan die im GRB 2004 enthaltene Ermächtigung und Bevollmächtigung niemals durch den Amtsbericht einschränken wollten, jedenfalls aber nicht durch den Amtsbericht auf "Absicherungsgeschäfte" einschränken wollten.

Zum Beweis für dieses Vorbringen hätte die BAWAG PSK

- ergänzende Zeugeneinvernahme von Mag ██████ und
- Einvernahme der zum Zeitpunkt des Beschlusses des GRB 2004 amtierenden Mitglieder des Finanzausschusses und des Gemeinderates, nämlich von Mayr, Giegler, Kiesewetter, Hörzing, Reisinger, Schaller, Terbuch, Kaltenhuber, Lausegger, Schmied, Hattmansdorfer, Ortner und Stelzer (vgl zu den Anschriften Schriftsatz vom 18.5.2017, S 36 f)

angeboten.

Wäre dem Berufungsgericht dieser Verfahrensfehler nicht unterlaufen, dann hätte es nicht zu dem Schluss kommen können, dass sich aus dem Amtsbericht ergibt, dass der GRB 2004 hinsichtlich des Fremdwährungsportfolios nur Absicherungsgeschäfte erfasst und der Swap deshalb nicht vom GRB 2004 erfasst ist, weil er kein solches Absicherungsgeschäft ist. Vielmehr hätte das Berufungsgericht, allenfalls nach Aufnahme weiterer – von der BAWAG PSK – beantragter Beweise, den richtigen rechtlichen Schluss ziehen müssen, dass der Amtsbericht für den Umfang des GRB 2004 irrelevant ist und der Abschluss des Swap vom GRB 2004 erfasst war. Das Berufungsgericht hätte daher der **Berufung der BAWAG PSK Folge geben müssen**.

---

<sup>197</sup> Punkt C.III.2.3.3.

## C.III. RECHTSRÜGE

### 1. VORBEMERKUNG

Im Folgenden wird dargestellt, dass der Swap **bereits auf Grundlage der bisherigen Verfahrens- und Beweisergebnisse aus rechtlicher Sicht gültig geschlossen** wurde:

- Dazu wird zuerst dargelegt, weshalb die Rechtsansicht im Berufungsurteil unrichtig ist und weder aus den im Berufungsurteil genannten rechtlichen Gründen<sup>198</sup> noch aus sonstigen Gründen – die zum Teil im Zwischenurteil des Erstgerichts angeführt und zum Teil von Stadt Linz behauptet, aber im Berufungsurteil nicht aufgegriffen wurden –<sup>199</sup> ein **Vertretungsmangel** vorliegt.
- Anschließend wird dargelegt, dass nie ein aufsichtsbehördliches **Genehmigungserfordernis** für den Abschluss des Swap bestand.<sup>200</sup> Dabei handelt es sich um ein weiteres Argument, das im Zwischenurteil und von Stadt Linz vertreten, aber im Berufungsurteil – zu Recht – nicht mehr aufgegriffen wurde.
- Schließlich wird darauf eingegangen, dass der Abschluss des Swap auch unter keinem (sonstigen) **Formmangel** leidet.<sup>201</sup> Dies wurde bisher ohnehin immer nur von Stadt Linz und von keinem Gericht vertreten. Im Zwischenurteil wurde das Vorliegen von Formmängeln sogar ausdrücklich verneint.

Zusammengefasst **schloss Stadt Linz, vertreten durch Mag [REDACTED] den Swap gültig mit BAWAG PSK ab**. Es gibt keinen rechtlichen Grund, der gegen die Gültigkeit dieses Vertrags spricht. Selbst wenn, wäre ein allfälliger Mangel geheilt worden.

### 2. ZUM BERUFUNGURTEIL: KEIN VERTRETUNGSMANGEL – RECHTSANSICHT IM BERUFUNGURTEIL UNRICHTIG

#### 2.1. Vorbemerkung

Mag [REDACTED] **durfte als Vertreter der Stadt Linz den Swap mit BAWAG PSK abschließen:**

- Dafür brauchte er keinen Gemeinderatsbeschluss.<sup>202</sup>
- Selbst wenn man das unzutreffend anders sähe, lag mit dem GRB 2004 ohnehin ein tauglicher Gemeinderatsbeschluss vor.<sup>203</sup>

---

<sup>198</sup> Punkt C.III.2.

<sup>199</sup> Punkt C.III.3.1.

<sup>200</sup> Punkt C.III.3.2.

<sup>201</sup> Punkt C.III.3.3.

<sup>202</sup> Punkt C.III.2.2.

<sup>203</sup> Punkt C.III.2.3.

- Mag [REDACTED] verfügte – egal ob ein Gemeinderatsbeschluss nötig war oder nicht – jedenfalls auch über eine nach außen wirksame Vollmacht zum Abschluss des Swap.<sup>204</sup>
- Geht man unrichtig davon aus, dass ein Gemeinderatsbeschluss nötig, aber tatsächlich nicht vorhanden war, dann wurde der Swap von Mag [REDACTED] für Stadt Linz immer noch gültig kraft Vertretungsmacht durch Anschein (auch durch Duldung, die nach der Rsp auch aus der Vernachlässigung von Kontrollpflichten resultieren kann) geschlossen.<sup>205</sup>
- Und wenn man unrichtig auch eine Anscheinsvollmacht verneint, genehmigte Stadt Linz den Swap zumindest nachträglich, sodass er immer schon als gültig geschlossen galt.<sup>206</sup>

Zusammengefasst wurde der Swap gültig geschlossen. Im Folgenden wird im Detail aufgezeigt, weshalb die entgegenstehende Ansicht im Berufungsurteil unrichtig ist. Der Aufbau folgt dabei im Wesentlichen dem Aufbau im Berufungsurteil. Hinter der Überschrift findet sich in Klammern ein Verweis auf die jeweilige Stelle im Berufungsurteil.

## **2.2. Mag [REDACTED] durfte Swap ohne Mitwirkung des Gemeinderats schließen (Punkt 2 des Berufungsurteils)**

### **2.2.1. Rechtsansicht des Berufungsgerichts**

Das Berufungsgericht vertritt folgende Rechtsansicht:

Der Swap falle nach § 46 Abs 1 StL 1992 in die Zuständigkeit des Gemeinderats. Sowohl § 46 Abs 1 Z 8 StL 1992 als auch § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992<sup>207</sup> sehen Wertgrenzen vor. Der anfängliche negative Marktwert des Swap überschreite diese Wertgrenzen. "*Wenn schon nicht für ein Tauschgeschäft nach Z 8*" (Berufungsurteil, S 37), so begründe sich die Gemeinderatszuständigkeit jedenfalls nach Z 12. Die Entscheidung des VwGH Ra 2017/09/0001 spräche nicht gegen die Gemeinderatszuständigkeit, weil sich der VwGH dort gar nicht damit beschäftigt habe.

**Diese Rechtsansicht des Berufungsgerichts ist unrichtig.**

---

<sup>204</sup> Punkt C.III.2.4.

<sup>205</sup> Punkt C.III.2.5.

<sup>206</sup> Punkt C.III.2.6.

<sup>207</sup> "*Dem Gemeinderat sind außer den ihm in diesem Gesetz und in anderen gesetzlichen Vorschriften zugewiesenen Aufgaben folgende Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches vorbehalten: ... Z 8: der Erwerb und die Veräußerung beweglicher Sachen, unbeweglicher Sachen und diesen gleichgehaltener Rechte sowie die Verpfändung von Liegenschaften, wenn der Kaufpreis (Tauschwert) bzw. die Pfandsumme 100.000 Euro übersteigt; ...*

*Z 12: der Abschluss und die Auflösung sonstiger Verträge, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt 100.000 Euro oder das jährliche Entgelt 50.000 Euro übersteigt".*

## 2.2.2. Kein ausdrücklicher Genehmigungstatbestand

Einschlägig für die dem Gemeinderat "vorbehaltenen" Geschäfte ist § 46 StL 1992, der abschließend aufzählt, welche Geschäfte der Genehmigung durch den Gemeinderat bedürfen. Die Bestimmung nennt weder konkret Swap-Geschäfte noch allgemein Derivat-Geschäfte.

Eine ausdrückliche Aufzählung von Swap-Geschäften wird auch weder im Zwischenurteil noch im Berufungsurteil behauptet. Stattdessen wird im Zwischenurteil und im Berufungsurteil auf unterschiedlichen Wegen versucht, entgegen dem Wortlaut von § 46 Abs 1 StL 1992 – der unstrittig ausdrücklich keine Swap- oder Derivat-Geschäfte kennt – trotzdem eine Gemeinderatszuständigkeit zu begründen.

Eine solche Rechtsansicht ist unrichtig. § 46 Abs 1 StL 1992 enthält nämlich nicht nur ausdrücklich keine Swap-Geschäfte. Die Bestimmung enthält auch keine anderen Geschäfte, unter die der Swap subsummiert werden könnte, obwohl derartige Swap-Geschäfte *ex ante* grundsätzlich marktüblich waren (Zwischenurteil, S 35). So berichten zB *Holoubek/Prändl*<sup>208</sup> im Jahr 2005, dass Länder, Städte und Gemeinden "*seit einigen Jahren*" vermehrt modernes Finanzmanagement betreiben würden. Sie führen die von Gebietskörperschaften "*immer intensiver*" genutzten verschiedenen Arten von derivativen Finanzinstrumenten an.<sup>209</sup> Anscheinend sah der Gesetzgeber des StL 1992 aber trotzdem keinen Handlungsbedarf und **nahm Swap-Geschäfte wie auch allgemein Derivat-Geschäfte nicht in § 46 StL 1992** auf. Derivatgeschäfte waren als "*sonstige Finanzgeschäfte*" (§ 46 Abs 1 Z 9 idF LGBl Nr 1/2012), wie vom VwGH (in einem Disziplinarverfahren gegen den Finanzdirektor Mag █████ festgehalten und unten näher ausgeführt, erst Jahre später durch die Novelle des LGBl Nr 1/2012 vom StL 1992 erfasst. Umgekehrt fällt vor diesem Hintergrund im Zeitpunkt des Abschlusses des Swap im Jahr 2007 die Genehmigung von Swap-Geschäften auch nicht in die Zuständigkeit des Gemeinderats.

Der Wortlaut der genannten Bestimmung ist klar. Einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 auf Swap-Geschäfte im Wege der Auslegung ist daher von vornherein der Boden entzogen, weil es die Aufgabe der Interpretation ist, Rechtsnormen *auszulegen* und nicht einen vom historischen Gesetzgeber nicht intendierten Willen in die Regelung "*einzu*legen". Das wäre verfassungswidrige richterliche Rechtsfortbildung. Unter Beachtung auf die verfassungsgesetzlich garantierte Autonomie der Gemeinden sind die Bestimmungen des StL 1992 immer einschränkend dahingehend auszulegen, dass sie die Stadt Linz in ihrer Privatautonomie nicht beschränken und auch die zivilrechtliche Handlungsform nicht verbieten oder verunmöglichen darf.<sup>210</sup> Eine überschießende Anwendung der Bestimmung, wie sie im Zwischenurteil und im Berufungsurteil vorgenommen wird, verlässt aber angesichts des klaren Wortlauts den Boden der zulässigen Interpretation und ist eine **verfassungswidrige Rechtsfortbildung**.

<sup>208</sup> Öffentliches Finanzmanagement, in: Böck ua (Hrsg), Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand, (2005) 201.

<sup>209</sup> Öffentliches Finanzmanagement, in: Böck ua (Hrsg), Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand, (2005) 203 f.

<sup>210</sup> Näher Punkt C.III.3.2.7.2 zum aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis – dasselbe gilt auch bei der Gemeinderatszuständigkeit.

### 2.2.3. Kein Kaufpreis und auch kein sonstiges festgesetztes Entgelt (Punkte 2.2 und 2.3 des Berufungsurteils)

Sowohl im Zwischenurteil als auch im Berufungsurteil kann kein **einschlägiger "Swap-Tatbestand"** im taxativen Katalog des § 46 StL 1992 genannt werden. Stattdessen stützt sich das Berufungsurteil nun auf die Z 8 und Z 12 *leg cit* für Verträge, bei denen der "*Kaufpreis (Tauschwert)*" (Z 8) oder das "*festgesetzte einmalige Entgelt*" (Z 12) EUR 100.000 übersteigen.

Das war beim Swap aber beides nicht der Fall:

Bei dem Swap gab es – schon mangels Kaufvertrags – **keinen Kaufpreis und** auch sonst **kein festgesetztes einmaliges Entgelt**, wie aus den Feststellungen des Erstgerichts zur Funktionsweise des Swap (Zwischenurteil, S 35 f) hervorgeht. An anderer Stelle hält das Erstgericht auch ausdrücklich fest (Hervorhebung hinzugefügt): "*Es gibt bei diesem prämiemfrei gestalteten Swap keine Vorleistungspflicht, sondern vielmehr wiederkehrende wechselseitige Zahlungsströme, die saldiert werden und so zu Auszahlungen an eine der beiden Swap-Vertragspartnern führen.*" (Zwischenurteil, S 58).

Stadt Linz musste beim Abschluss des Swap schlicht nichts an BAWAG PSK zahlen (und auch danach gab es keine fixe Zahlungspflicht, sondern diese hing von der Marktentwicklung ab). Das scheint auch das Berufungsgericht einzuräumen, weil es davon ausgeht, dass es "*an der Festsetzung eines Geldbetrags als Entgelt*" fehlt (Berufungsurteil, S 35).

Unrichtig folgert das Berufungsgericht dann aber daraus, dass dies "*gerade das Wesen eines Tausches*" sei. Das Gegenteil ist der Fall: Auch beim Tausch verpflichten sich die Parteien bei Abschluss zum wechselseitigen Hingeben **bestimmter** Vermögenswerte. Richtigerweise wird der Kauf deshalb als besondere Form des Tausches verstanden, bei dem eine Partei ihre "Tauschleistung" in Form von Geld hingibt.<sup>211</sup>

Unklar bleibt, worauf das Berufungsgericht damit hinauswill. Fest steht, dass im Zeitpunkt des Abschlusses nicht nur kein Entgelt festgesetzt wurde, sondern es überhaupt keine festgesetzten gegenseitigen Leistungspflichten gab (vgl Beschreibung in Zwischenurteil, S 35). Bei dem Swap gab es nämlich gerade kein festgesetztes einmaliges Entgelt – weder in Form eines Kaufpreises noch in Form eines sonstigen Tauscherts, sondern nur zwei **vorab unbekannte** Zahlungsströme, die saldiert werden. Nur dieser Saldo ist nach dem Vertrag von einer Partei zu bezahlen. Konkret bedeutet das:

- Die Stadt Linz musste für den Swap **kein festgesetztes einmaliges Entgelt** zahlen, weder bei Abschluss noch während der Laufzeit oder bei Beendigung des Swap. Dies geht eindeutig aus den Feststellungen im Zwischenurteil (S 35) und der Einzelabschlussbestätigung (Beilage ./3) hervor, wo jeweils aufgezählt ist, welche Verpflichtungen die Parteien mit dem Swap eingehen. Tatsächlich ist Vertragsgegenstand nämlich die Zahlung eines Betrages, der sich aus einer Formel ergibt und wo im Vorhinein nicht sicher ist, wer an wen eine Zahlung – und wenn überhaupt – in welcher Höhe leisten muss, sodass es keine festgesetzten Zahlungen geben kann.

<sup>211</sup> Für viele Aicher in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1045 Rz 1 (Stand 1.5.2017, rdb.at) mwN.

Es wäre auch möglich gewesen, dass Stadt Linz wie in den ersten beiden Jahren über die gesamte Laufzeit keine Zahlung leisten muss.

- Die Stadt Linz musste für den Swap auch **kein festgesetztes jährliches** Entgelt zahlen. Dies ergibt sich ebenfalls aus den obigen Ausführungen zur rechtlichen Struktur des Swap. Die entgegenstehende Aussage des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 72), wonach jährliche Zahlungsverpflichtungen von mindestens CHF 253.500 entstehen würden, ist daher rechtlich verfehlt, da aus den dem Swap zu Grunde liegenden Verträgen und den sich daraus ergebenden festgestellten Zahlungspflichten gerade kein *festgesetztes* jährliches Entgelt zu zahlen ist. Das Berufungsgericht übernahm diese Meinung des Erstgerichts ohnehin nicht (Berufungsurteil, S 15 und 31 f), sondern ließ sie als Rechtsfrage (und nicht Tatfrage, vgl Berufungsbeantwortung, S 15) ausdrücklich offen (Berufungsurteil, S 37).<sup>212</sup>

**Zusammengefasst** kann weder der Tatbestand des § 46 Abs 1 Z 8 noch Z 12 StL 1992 erfüllt sein: Weder gab es beim Swap einen Kaufpreis, noch gab es ein festgesetztes einmaliges oder jährliches Entgelt, das die in § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 genannten Schwellenwerte übersteigen konnte. **Es gab schlicht gar kein Entgelt. Die Schwellen konnten deshalb auch nicht überschritten werden.** Ob es wünschenswert ist, dass der Swap genehmigungspflichtig gewesen wäre, ist von der anzustellenden rechtlichen Beurteilung auf Basis des positiven Rechts streng zu trennen. Ein Swap ist kein Geschäft mit einem festgesetzten einmaligen und/oder jährlichen Entgelt – das liegt in der Natur des Swap. Daher kann er auch nicht unter Z 8 oder Z 12 fallen.

#### 2.2.4. **Auch anfänglicher Marktwert kein "Entgelt" (Punkt 2.4 des Berufungsurteils)**

Zu einem anderen Ergebnis gelangt das Berufungsgericht nur, weil es den anfänglichen Marktwert des Swap mit dem "*Kaufpreis (Tauschwert)*" nach Z 8 oder jedenfalls dem "*festgesetzten einmaligen Entgelt*" nach Z 12 gleichsetzt.

Das Erstgericht traf im Zwischenurteil keine Aussage über die Höhe des Marktwerts. Zu der Frage, ob dieser EUR 100.000 übersteigt oder nicht, **fehlen daher Feststellungen.** Bereits aus diesem Grund ist die rechtliche Argumentation des Berufungsgerichts unhaltbar, weil sie sich vom festgestellten Sachverhalt entfernt.

Selbst wenn man das anders sähe und von einem – nicht festgestellten – Sachverhalt ausginge, wonach der anfängliche Marktwert des Swap EUR 100.000 überstiegen habe, ist die Rechtsansicht des Berufungsgerichts **noch immer unrichtig:**

Der anfängliche negative Marktwert ist weder ein Kaufpreis, noch handelt es sich dabei um ein festgesetztes Entgelt. Das Berufungsgericht **unterlässt jede Auseinandersetzung damit, weshalb es zu einem anderen Ergebnis gelangt.** Durch unbestimmte Verweise auf "*komplexe finanzmathematische Berechnungen*" (Berufungsurteil, S 35) und unklare Formulierungen wie "*korrespondierende Gegenposition*" (Berufungsurteil, S 37) versucht das Berufungsgericht

---

<sup>212</sup> BAWAG PSK weist an dieser Stelle deshalb nur der Vollständigkeit halber darauf hin, dass der vom Erstgericht genannte Betrag CHF 253.500 selbst nach der Logik des Erstgerichts um das Doppelte zu hoch ist und verweist für die nähere Begründung – die hier nicht mehr interessiert, weil die Feststellung ohnehin nicht übernommen wurde – auf Punkt 22 der Berufung.

stattdessen, darüber hinwegzutäuschen, dass es an jeglicher Verbindung zwischen anfänglichem negativem Marktwert und Entgelt fehlt.

Tatsache ist hingegen: **Der anfängliche negative Marktwert ist kein Entgelt** – und darauf läuft es sowohl bei dem Tatbestand der Z 8 als auch der Z 12 hinaus. Es liegt in der Rechtsnatur des Entgelts, dass es zu bezahlen ist. Der anfängliche negative Marktwert eines Derivatgeschäfts ist von niemanden zu bezahlen (nicht einmal, wenn man – wie hier *ex ante* ohnehin nicht vorgesehen – den Swap vorzeitig geschlossen hätte, wäre der negative Marktwert zu bezahlen gewesen. Hiervon geht offenbar auch das Berufungsgericht selbst aus (vgl Berufungsurteil, S 35).

Der anfängliche negative Marktwert lässt, wie das Berufungsgericht den OGH korrekt zitiert (Berufungsurteil, S 35), *allenfalls* Schlüsse darüber zu, wie der Markt die weitere Entwicklung des Derivatgeschäfts **einschätzt**.

In diesem Sinn verstehen auch die Gerichtssachverständigen den anfänglichen negativen Marktwert.<sup>213</sup> Dass es sich dabei um kein Entgelt handelt, wird auch an deren Bemerkung deutlich, dass zB ein geringer anfänglicher negativer Marktwert gar nicht mehr als Nachteil des Kunden gesehen werden kann – wäre der anfängliche negative Marktwert ein Preis (und keine reine Rechengröße), dann würde diese Aussage nicht zutreffen.<sup>214</sup>

Mit dem Einräumen einer "*Gegenposition*" (Berufungsurteil, S 37) hat das zusammengefasst nichts zu tun. Die Rechtspositionen der Vertragsparteien sind wie oben beschrieben klar vom Erstgericht festgestellt (Zwischenurteil, S 35) und aus der Einzelabschlussbestätigung (Beilage /3) ersichtlich: Auf Basis einer Formel werden Zahlungsströme rechnerisch ermittelt. Nur die Bezahlung des Saldos aus diesen Zahlungsströmen ist geschuldet, wobei vorab nicht klar ist, wer an wen wieviel zu leisten haben wird. **Nicht geschuldet ist die Begleichung eines allfälligen anfänglichen negativen Marktwerts**. Dieser ist daher **kein Entgelt**.

Eine reine Rechengröße wie den anfänglichen negativen Marktwert, der vom Markt zur Einschätzung von Erfolgsaussichten eines Derivats genutzt, als Kaufpreis oder festgesetztes Entgelt zu interpretieren, ist bereits nach gewöhnlichen zivilrechtlichen Maßstäben unzulässig und **geht weit über den Wortlaut hinaus**. Jedenfalls verbietet sich dies aber schon aus verfassungsrechtlichen Gründen im Bereich der **Gemeindeautonomie**:

Das **strenge öffentlich-rechtliche Analogieverbot** gilt nicht nur im Hinblick auf das Erfordernis einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung (das tatsächlich gar nicht bestand), sondern genauso, wenn es um die (behauptete) **Zuständigkeit des Gemeinderats** für den Swap geht.<sup>215</sup> Dem Berufungsgericht ist es deshalb aus Gründen der Kompetenzverteilung sowie dem Legalitätsprinzip untersagt, Genehmigungspflichten im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung zu konstruieren, die es nicht gibt. Noch dazu greift es in verfassungswidriger Weise rückwirkend in die Privatautonomie der BAWAG PSK ein, ohne dass es dafür eine rechtliche Grundlage gäbe. Auch § 867 ABGB kann als einfachgesetzliche Norm natürlich nicht zur Rechtsfortbildung ermächtigen – insbesondere dann nicht, wenn dessen vermeintliches Ergebnis dazu führen

<sup>213</sup> Protokoll 12.3.2019, S 13 f.

<sup>214</sup> Protokoll 12.3.2019, S 13 f.

<sup>215</sup> Vgl Punkt C.III.3.2.7.2.

würde, dass für Dritte *ex ante* völlig unklar ist, ob der soeben geschlossene Vertrag wirksam ist oder nicht, weil der Umfang des Genehmigungstatbestands einmal eng und einmal weit ausgelegt werden kann.

Plastisch lässt sich das am konkreten Verfahrensgang illustrieren: In einem Verfahren, in dem nun schon seit fast einem Jahrzehnt Beweis aufgenommen wird, Gerichtsgutachten und Ergänzungsgutachten sowie tausende Seiten Beilagen von jeder Partei vorgelegt wurden, sind sich am Ende nicht einmal das Erstgericht und das Berufungsgericht in der Frage einig, welcher Genehmigungstatbestand vorliegt (zur einen solchen verneinenden Ansicht des VwGH siehe sogleich). Schließlich gelangte das Berufungsgericht mit einer völlig anderen, vom Erstgericht – zu Recht – nicht einmal ansatzweise erwogenen Begründung (anfänglicher negativer Marktwert entspricht festgesetztem einmaligen Entgelt) zur Gemeinderatszuständigkeit. Dass sich nicht einmal Gerichte nach jahrelanger, umfassender Beschäftigung mit dem Sachverhalt einig sind, zeigt, dass das oben genannte Analogieverbot und das Gebot der engen Auslegung der Zuständigkeitstatbestände mit gutem Grund besteht: Für Dritte muss **eindeutig und klar erkennbar sein, welches Geschäft in die Gemeinderatszuständigkeit fällt und welches nicht**. Und ist ein Geschäftstyp nicht ausdrücklich erwähnt und sind die Genehmigungsvoraussetzungen nicht klar gegeben, dann soll es eben auch nicht erfasst sein. Alles andere würde zu der massiven Rechtsunsicherheit führen, mit der BAWAG PSK nun derzeit kämpft und die das Gesetz gerade zu vermeiden versucht.

**Zusammengefasst** handelt es sich beim angenommenen anfänglichen negativen Marktwert (zu dessen Höhe es allerdings ohnehin keine Feststellungen gibt) keinesfalls um ein "Entgelt". Unter Verweis auf den anfänglichen negativen Marktwert kann deshalb auch weder der Tatbestand der Z 8 noch der Z 12 begründet werden. Würde man der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts folgen, so wäre beispielsweise selbst ein Verkauf einer Sache zu einem Kaufpreis unter EUR 100.000 nach Z 8 doch genehmigungspflichtig und nichtig, wenn die Stadt nachher erfolgreich behauptet, der Kaufgegenstand wäre doch etwas über EUR 100.000 wert gewesen, weil dann – entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut – nicht das Entgelt (der Kaufpreis), sondern der davon abweichende Marktwert heranzuziehen wäre (wobei der negative Marktwert eines Swap als Ergebnis bloßer Einschätzungen künftiger Entwicklungen noch dazu deutlich unkonkreter ist, als der Marktwert einer Ware oder Immobilie). Eine derartige Auslegung würde erhebliche Rechtsunsicherheit erzeugen, da für Vertragspartner nicht vorhersehbar wäre, welche Verträge nun eines Gemeinderatsbeschlusses bedürfen.

#### 2.2.5. **VwGH: Keine Gemeinderatszuständigkeit (Punkt 2.1 des Berufungsurteils)**

Zur Frage, ob der Abschluss des Swap *ex ante* unter § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 oder einen der anderen Tatbestände des § 46 Abs 1 StL 1992 zu subsumieren gewesen wäre, gibt es auch höchstgerichtliche Rechtsprechung:

Der Verwaltungsgerichtshof entschied zur ZI Ra 2017/09/0001 (im Disziplinarverfahren gegen Mag. [REDACTED])<sup>216</sup> dass "*Z 12 des § 46 Abs 1 Oö. StL 1992 [...] auf Basis der bisherigen Erwägungen im angefochtenen Erkenntnis keine taugliche Grundlage für einen Schuldspruch darstellt*"

<sup>216</sup> Protokoll 7.1.2020, S 2: "... wird festgehalten, dass es sich um die beiden VwGH-Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Disziplinarverfahren gegen den Zeugen Mag. [REDACTED] handle ...".

und "erst durch die Oö Gemeinderechtsnovelle 2012 (LGBl. Nr. 1/2012) derartige Finanzgeschäfte [gemeint: Swap-Geschäfte] ausdrücklich erfasst sind." Vor dieser Novelle, also auch **zum Abschlusszeitpunkt des Swap 2007, waren Swap-Geschäfte nach Ansicht des VwGH also nicht von § 46 StL 1992 erfasst.** Damit entschied der VwGH genau wie zum (angeblichen) aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis,<sup>217</sup> dass auch bei der Bestimmung zu den dem Gemeinderat vorbehaltenen Beschlussfassungen keine Rede von Swap-Geschäften war und der Swap deshalb unter keinen der dort genannten Tatbestände zu subsumieren war. Der Abschluss des Swap fiel also **auch nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht in den dem Gemeinderat vorbehaltenen eigenen Wirkungsbereich** nach § 46 StL 1992.

Der Hinweis des Berufungsgerichts, wonach – kurz zusammengefasst – der VwGH nur deshalb zu dieser Entscheidung gelangt wäre, weil Feststellungen über die Höhe des Entgelts fehlten (Berufungsurteil, S 33 f), ist unrichtig. Unabhängig von irgendwelchen Feststellungen ergibt sich für den VwGH, dass "*derartige Finanzgeschäfte*" (gemeint: wie der Swap) vor der Novelle 2012 nicht erfasst waren. Diese Aussage wird im Unterschied zur Rechtsansicht des Berufungsgerichts auch nicht ausdrücklich auf bestimmte Tatbestände des § 46 Abs 1 StL 1992 eingeschränkt. Die Höhe des jährlichen Entgelts hatte für den VwGH schlicht deshalb keine Bedeutung, weil er **Swap-Geschäfte ohnehin nicht von § 46 StL 1992 erfasst** sah. Aus der vom Berufungsgericht zitierten Anmerkung des VwGH, wonach das Landesverwaltungsgericht die Auseinandersetzung mit Z 12 "*zur Gänze unterlassen*" habe,<sup>218</sup> lässt sich höchstens schließen, dass keine einzige Instanz im Disziplinarverfahren die Anwendbarkeit der Z 12 für möglich hielt – es gab im ganzen Verfahren, das ja bis zum VwGH ging, offenbar weder Vorbringen dazu noch irgendeine Art von rechtlicher Auseinandersetzung damit.

Dabei ist allgemein auch anzumerken, dass der VwGH sich mit der in seinen Entscheidungen primär behandelten Frage, ob Mag █████ vom Erfordernis einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung ausgehen musste – was er mangels Genehmigungstatbestand verneinte – gar nicht hätte befassen müssen, wenn er der Auffassung gewesen wäre, es hätte schon auf Ebene der Stadt Linz an einem wirksamen Gemeinderatsbeschluss für das Geschäft gefehlt. Im Umkehrschluss nahm der VwGH deshalb offenbar an, dass ein wirksamer Gemeinderatsbeschluss vorlag.

#### 2.2.6. Zusammenfassung

**Zusammengefasst** kann der Abschluss des Swap nicht unter § 46 StL 1992 subsumiert werden. Das ergibt sich bereits aus dem klaren Gesetzeswortlaut, der nicht mit dem ebenso klaren Vertragsinhalt des Swap in Einklang zu bringen ist. Dort, wo Gesetz und Vertrag hinreichend bestimmt und eindeutig sind, wie dies hier der Fall ist, ist **für Auslegung kein Raum** mehr. Sonst würde das Gericht nämlich hinsichtlich der gesetzlichen Rahmenbedingungen für sich die Stellung als Gesetzgeber beanspruchen. Dies sieht der VwGH in der oben zitierten Entscheidung ganz genauso. Darauf, ob der GRB 2004 eine gültige Grundlage für Mag █████ darstellte, um den Swap abzuschließen, kommt es also gar nicht an, weil mangels einschlägiger Bestimmung im StL 1992 keine Gemeinderatszuständigkeit für den Abschluss von Derivatgeschäften bestand. Mag █████ durfte den Swap daher schließen und dieser kann somit auch **nicht** nach § 867 ABGB **ungültig** sein.

<sup>217</sup> Punkt C.III.3.2.5

<sup>218</sup> VwGH Ra 2017/09/0001.

## 2.3. Mag [REDACTED] durfte Swap aufgrund des GRB 2004 schließen (Punkt 3 des Berufungsurteils)

### 2.3.1. **Rechtsansicht des Berufungsgerichts**

Das Berufungsgericht vertritt – ganz kurz zusammengefasst – folgende Rechtsansicht:

Der GRB 2004 ermächtigte zur Optimierung des Fremdwährungsportfolios durch Absicherung vor CHF-Kurssteigerungen. Der Swap hätte aus Sicht von Stadt Linz stattdessen die Wette darauf beinhaltet, dass erhebliche CHF-Kurssteigerungen unterbleiben werden und sei damit das Gegenteil einer Absicherung. Der Swap wäre deshalb nicht vom GRB 2004 gedeckt. Da der Swap trotz Gemeinderatszuständigkeit somit nicht durch einen Gemeinderatsbeschluss gedeckt gewesen sei, hätte Mag [REDACTED] ihn für Stadt Linz auch nicht gültig mit BAWAG PSK abschließen können.

Diese **Rechtsansicht des Berufungsgerichts ist mehrfach unrichtig**. Der Swap fällt wie oben dargelegt nicht unter die in § 46 StL aufgelisteten Gegenstände, die der Beschlussfassung durch den Gemeinderat vorbehalten sind. Selbst wenn man aber – unzutreffender Weise – annehmen würde, der Abschluss des Swap fiel in die Zuständigkeit des Gemeinderats, dann war der Abschluss des Swap jedenfalls durch den GRB 2004 gedeckt.

### 2.3.2. **Gültigkeit des Swap hängt nicht von "Optimierung" oder "Absicherung" ab**

Der GRB 2004 lautet (Zwischenurteil, S 15 f):<sup>219</sup>

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

Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts läuft darauf hinaus, dass es den GRB 2004 so versteht, dass "Optimierung" als Absicherung vor CHF-Kurssteigerungen zu verstehen ist oder jedenfalls, dass "Optimierung" so unklar ist, dass BAWAG PSK hätte nachfragen und konkret im Amtsbericht nachlesen müssen. Diese Interpretation ist unrichtig.<sup>220</sup> Sie ist aber rechtlich ohnehin unbeachtlich, weil es für die Gültigkeit des Swap gar nicht darauf ankommt, ob der Swap "optimierend", was nach unrichtiger Sicht des Berufungsgerichts "absichernd" heißen soll, war oder nicht. Das Wort "optimierend" (auch wenn man dies fälschlich als "absichernd" verstehen will) kann deshalb bereits aus diesem Grund auch keine Nachforschungspflicht auslösen.

Eine grammatische Interpretation des GRB 2004 ergibt nämlich, dass die Zielsetzung der Optimierung reine **Innenwirkung** hat. Daher bindet sie lediglich die FVV im Innenverhältnis. Eine Außenwirkung auch gegenüber BAWAG PSK als zusätzliches "Wirksamkeitserfordernis" für die Gültigkeit des Swap besteht nicht.

---

<sup>219</sup> Vgl auch Beilage ./11.

<sup>220</sup> Punkt C.III.2.3.3.

Warum sollte es auch anders sein? Die Stadt Linz wollte nach dem ausdrücklichen Wortlaut ihr Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten optimieren. Selbst vor dem Hintergrund des § 867 ABGB und auch sonst kann nicht ernsthaft behauptet werden, der private Vertragspartner der Stadt – also BAWAG PSK – müsste darauf achten, dass sie mit Stadt Linz nur solche Geschäfte abschließt, die ausschließlich zu Gunsten 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 jederzeit ändern kann).

Eine solche Nachforschungspflicht ist allerdings ausgeschlossen, insbesondere ist eine Nachprüfung gemeindeinterner Beschlusserfordernisse unzumutbar.<sup>221</sup> Allerdings argumentiert das Berufungsgericht genau in diese Richtung. Es vermeint, aus § 867 ABGB ableiten zu können, dass ein nicht "optimierendes" Rechtsgeschäft ungültig, weil vom Gemeinderatsbeschluss nicht erfasst wäre. BAWAG PSK hätte das erkennen und dementsprechend handeln sollen (Berufungsurteil, S 44 f), obwohl nicht einmal Mag. [REDACTED] als zuständiger Finanzdirektor der Stadt Linz nach Auffassung des VwGH daran zweifeln musste.<sup>222</sup> Hätte sich BAWAG PSK – oder ein anderer Vertragspartner der Stadt – vielleicht sogar das gesamte Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz und deren Planungen offenlegen lassen müssen, hätte dann eine Prognoseentscheidung über geeignete Transaktionen zur Optimierung des Portfolios treffen und nur eindeutig zur Optimierung dienende Geschäfte mit Stadt Linz abschließen dürfen? Hätte BAWAG PSK vor Vertragsschluss eine Due Diligence bei Stadt Linz durchführen, sich alle vergangenen und gegenwärtigen Fremdwährungsgeschäfte (arg "*Fremdfinanzierungsportfolio*") zeigen lassen und über Pläne für zukünftig geplante Fremdwährungsgeschäfte informieren müssen, um wirklich eine konkrete "Optimierungseignung" bejahen zu können? Das kann nicht ernsthaft unter dem Blickwinkel des § 867 ABGB gefordert werden. Nach der Rechtsprechung gibt es **keine Verpflichtung** eines Verhandlungspartners, sämtliche Grundsätze für die Willensbildung öffentlicher Körperschaften **zu überprüfen** und sein Verhalten danach einzurichten.<sup>223</sup>

Die Vorgabe, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten "zu optimieren", ist eine Handlungsmaxime (Sorgfaltsanforderung), die nur für die handelnden Organe gelten kann, **nicht aber eine Organisationsvorschrift im Sinn des § 867 ABGB**, weil damit weder die interne Willensbildung noch die Vertretung der öffentlichen Körperschaft geregelt werden. Zudem hat das **zuständige Organ entschieden**. Eine allfällige fehlende Eignung zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kann von vornherein nicht zur Unwirksamkeit des Swap führen, weil insoweit keine Verletzung einer Organisationsvorschrift im Sinn des § 867 ABGB vorliegt. Das ist **vergleichbar mit den Vorgaben der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit** des öffentlich-rechtlichen Effektivitätsgrundsatzes: Auch bei diesen **behauptet niemand**, dass

<sup>221</sup> N. Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (71). Außerdem: Der Vertragspartner einer Gebietskörperschaft muss nicht prüfen, ob diese den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entspricht, weil das mit den Erfordernissen des funktionierenden geschäftlichen Verkehrs unvereinbar wäre (aaO 68).

<sup>222</sup> VwGH Ra 2017/09/0001 und Ro 2015/09/0014.

<sup>223</sup> Siehe dazu auch OGH 8 Ob 573/90.

deren Verletzung ein Geschäft **ungültig** machen kann.<sup>224</sup> Genauso verhält es sich bei der Vorgabe der "Optimierungseignung".

**Zusammengefasst** ergibt sich daraus, dass die Gültigkeit des Swap nicht davon abhängt, ob er optimierend war,<sup>225</sup> oder nicht.

### 2.3.3. **Keine Beschränkung auf "Absicherung" (Punkte 3.2 bis 3.5 des Berufungsurteils)**

#### 2.3.3.1. "Optimieren" heißt nicht "absichern" (Punkt 3.4 des Berufungsurteils)

Der Kern der Berufungsentscheidung liegt darin, dass der Gemeinderat den sich aus dem GRB 2004 ergebenden Befugnisumfang so definiert habe, dass er bezüglich des CHF-Portfolios nur die Absicherung vor CHF-Kurssteigerungen erfasst habe. Darauf gründet das Berufungsgericht sowohl die Annahme, dass der GRB 2004 zum ursprünglich gültigen Abschluss nicht gereicht habe, als auch dass es keine Anscheinsvollmacht und keine nachträgliche Genehmigung geben konnte. Genau dieser Punkt ist aber fundamental unrichtig.

Der GRB 2004 stellt auf "**Optimierung**" ab. Da der Gemeinderat eine nähere Determinierung unterlässt (Zwischenurteil, S 13 f), ist unter "Optimierung" auf die gewöhnliche Wortbedeutung im konkreten finanzwirtschaftlichen Kontext abzustellen, die eben nicht mit einer Absicherung gleichzusetzen ist. Der Optimierungsbegriff richtet sich nach der gängigen Definition von *Markowitz*, die auch die Gerichtssachverständigen als gebräuchlichste Definition heranziehen und die der Swap nach den erstgerichtlichen und vom Berufungsgericht übernommenen Feststellungen erfüllt. **Mit "Absicherung"** hat das alles **nichts zu tun** – ganz im Gegenteil sind Absicherungsgeschäfte gerade keine Optimierungsgeschäfte.

Im Einzelnen:

Nochmal zitiert ist der Wortlaut des GRB 2004 soweit relevant wie folgt (Zwischenurteil, S 15 f):<sup>226</sup>

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

Wie das Berufungsgericht ausführt, ist zwischen den Parteien und dem Berufungsgericht unstrittig, dass es sich bei der Auslegung des Begriffs "optimieren" um eine Rechtsfrage handelt (Berufungsurteil, S 14 f).<sup>227</sup> Deshalb sind auch die rechtlichen Auslegungsmethoden heranzuziehen.

<sup>224</sup> Diese Prinzipien sind nämlich allesamt nicht justiziabel; siehe dazu etwa *Müller*, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2010) 167 ff.

<sup>225</sup> Was der Fall ist – siehe unten Punkt C.III.2.3.3.1.

<sup>226</sup> Vgl auch Beilage /11.

<sup>227</sup> Zur Mängelrüge vgl Punkt C.II.2.19 und zum zutreffenden Verständnis von Optimierung vgl diesen Punkt und Punkte C.III.3.1.7 und C.III.3.1.8.

Zu beginnen ist dabei beim Wortlaut. Dabei ist festzuhalten, dass im GRB von einer Absicherung schlicht **kein einziges Wort steht**. Im Gegenteil: Es ist **ausschließlich die Rede von Optimierung**. Optimierungsgeschäfte sind aber eine eigene Kategorie und rechtlich und finanzwirtschaftlich von Absicherungsgeschäften auf der einen und Spekulationsgeschäften auf der anderen Seite abzugrenzen.

Zur Unterscheidung:

- Bei **Spekulationsgeschäften** geht es, wie bereits das Erstgericht richtig festhält, um ein "rein auf einen möglichen Gewinn ohne Absicherung ausgerichtetes" Geschäft (Zwischenurteil S 35) ohne Bezug zu einem Grundgeschäft, was **bereits** das **Erstgericht** eben aufgrund der Reduktion des Zinsrisikos aus der von der Stadt Linz ausgegebene CHF-Anleihe durch den Swap zutreffend **verneinte**.
- Bei **Absicherungsgeschäften** hingegen wird ein bestehendes Risiko gegen Bezahlung, zB eines Einmalbetrags bei Abschluss des Absicherungsgeschäfts, reduziert. Stadt Linz leistete für den Abschluss des Swap aber gerade **keine Zahlung** (vgl nur die Beschreibung in Zwischenurteil, S 35 f).<sup>228</sup>
- **Optimierungsgeschäfte** liegen dazwischen: Bei ihnen wird, wie unten in diesem Punkt gleich dargestellt wird, ausgehend von bereits bestehenden Finanzinstrumenten, die Risiko- und/oder Ertragssituation verbessert (optimiert), allerdings ohne dafür einen Einmalbetrag bei Abschluss bezahlen zu müssen.

Bereits nach dem Wortlaut des GRB 2004 ist also offensichtlich, dass **keine Absicherung gewünscht** war. Es ist recht einfach: Wäre eine Absicherung gewünscht gewesen, hätte Stadt Linz das in den GRB 2004 aufnehmen müssen. Der GRB 2004 war auch nicht das erste Mal, dass der Gemeinderat einen derartigen Beschluss fasste. Bereits 1996 beschloss er, dass die FVV das Fremdfinanzierungsportfolio "*zu optimieren hat*" und es kam in weiterer Folge auch zum Abschluss entsprechender Finanzgeschäfte (Zwischenurteil, S 12). Es ist davon auszugehen, dass wenn der Gemeinderat eine Absicherung gewünscht hätte, er auch diesen Begriff verwendet hätte, zumal dieser gängiger als jener der Optimierung ist. Da Stadt Linz das gerade nicht tat und – in Abgrenzung von einem Absicherungsgeschäft – gerade von einem Optimierungsgeschäft sprach, kann auch nicht **gegen den Wortlaut** des GRB 2004 von einem Absicherungsgeschäft ausgegangen werden.

Das gilt insbesondere deshalb, weil auch nach den insoweit vom Berufungsgericht übernommenen Feststellungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 13 f) "*eine nähere Determinierung des Begriffs 'optimieren' durch den GR [...] nicht festgestellt werden [kann]*". In anderen Worten: Jede Auslegung gegen den Wortlaut ist bereits nach gewöhnlichen Auslegungsregeln ausgeschlossen, weil sie nicht dem Willen des Gemeinderats entsprach, der eine nähere Determinierung wie festgestellt gerade nicht vornahm und den Wortlaut für sich selbst sprechen lassen

---

<sup>228</sup> Punkt C.III.2.2.3.

wollte.<sup>229</sup> Daher ist aus rechtlicher Sicht bei der Auslegung auf den Kontext, nämlich den Abschluss von Finanzgeschäften, und damit das allgemeine **finanzwirtschaftliche Verständnis von Optimierung** zurückzugreifen.

Die Gerichtssachverständigen schreiben dazu: "*Die gängigste Form der Optimierung geht auf Markowitz zurück.*"<sup>230</sup>

*Markowitz* stellt für die Optimierung unstrittig auf folgende Kriterien ab:<sup>231</sup>

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

Letztlich wird dabei ein Ertrag (bzw eine Kostenvermeidung) durch Übernahme von Risiken finanziert. Daraus ergibt sich, dass eine **Optimierung gerade keine Absicherung** ist, weil nicht wie oben dargestellt ein Risiko durch Zahlung eines Betrags eliminiert werden soll.

Legt man diese von **Markowitz entwickelten objektiven Kriterien** an den Swap an, sieht man an den Feststellungen des Erstgerichts, die das Berufungsgericht insoweit übernahm (Berufungsurteil, S 31 f), dass es sich beim **Swap** um ein **Optimierungsgeschäft** handelt:

- Durch den Swap verbesserte sich die Ertrags-/Kostensituation der Stadt Linz: Statt dem variablen Zinssatz (CHF-6-M-Libor) aus der CHF-Anleihe, deren Zahlungsströme BAWAG PSK übernahm, bestand der Zahlungsstrom der Stadt Linz nur in einem wesentlich geringeren Fixzinssatz (0,065% pa), sofern der EUR-CHF-Kurs eine bestimmte Schwelle nicht überschritt, wobei jeweils nur der **saldierte Betrag** von der einen oder anderen Partei zu leisten war (vgl Darstellung der Formel des Swap im Zwischenurteil, S 35). Aus diesem "Tausch" ergab sich ein "Ertrag" der Stadt Linz (Zwischenurteil, S 36).
- Durch den Swap veränderte sich die Risikostruktur. Stadt Linz **reduzierte ihr Zinsrisiko und übernahm dafür ein Wechselkursrisiko** (Zwischenurteil, S 36).

Möchte man unrichtigerweise<sup>232</sup> rechtlich überhaupt eine Außenwirkung des Begriffs "optimieren" annehmen, muss ein **objektives Verständnis** des Begriffs anlegen. Das bedeutet, dass es nur darauf ankommen kann, was ein Vertragspartner als Dritter von außen beurteilen kann. Und das ist **einzig, ob ein Geschäft grundsätzlich für eine Optimierung geeignet ist.**<sup>233</sup> Dies

<sup>229</sup> Konkret verbietet sich eine solche Auslegung gegen den Wortlaut außerdem auch, weil der GRB 2004 verstärkt objektiviert auszulegen ist, vgl Punkt C.III.2.3.3.3.

<sup>230</sup> Gutachten, S 31: "Die gängigste Form der Optimierung geht auf Markowitz zurück

<sup>231</sup> Grundlegend *Markowitz*, Portfolio Selection, The Journal of Finance 1952, Vol 7, No 1, 77-91; *Markowitz H. M*, Portfolio Selection, Cowles Foundation for Research in Economics at Yale University, 1959.

<sup>232</sup> Punkt C.III.2.2.

<sup>233</sup> Konkret würde auch ein subjektives Verständnis dazu führen, dass der Swap vom GRB 2004 erfasst war. Stadt Linz und insbesondere auch der Gemeinderat der Stadt Linz nahmen beim Beschluss des GRB 2004 nämlich in Kauf, dass mit dem GRB 2004 und den auf seiner Grundlage von Stadt Linz eingegangenen Geschäften auch Risiken verbunden sind – vgl dazu Punkt C.III.2.3.3.2.

ist nach den oben dargestellten – objektiven – Kriterien der Fall. Die konkrete Eignung zur Optimierung – aus subjektiver Sicht – hängt praktisch hingegen von vielen Faktoren ab, die nur Stadt Linz kennen konnte, zumal sie auch von deren Planungen und Verhalten in der Zukunft abhängen (zB, welche anderen Fremdwährungsgeschäfte sie beabsichtigt). Der Vertragspartner hat auch keine rechtliche Pflicht, alle diese Faktoren zu erforschen, zu bewerten und ins Verhältnis mit dem abzuschließenden Geschäft zu setzen. Es kann keinem potentiellen Vertragspartner zugemutet werden, selbst zu beurteilen, ob ein Finanzinstrument konkret zur Optimierung des gesamten (aktuellen und geplanten künftigen) Fremdfinanzierungsportfolios seines Vertragspartners geeignet ist. Der Vertragspartner kann das – wie gerade oben dargetan – in der Praxis schlicht nicht wissen.<sup>234</sup> Konkret traf BAWAG PSK auch weder nach Gesetz oder Vertrag eine Verpflichtung zur Prüfung der konkreten Optimierungseignung.

**Zusammengefasst** entsprach der Swap deshalb bereits vor dem Hintergrund der vom Erstgericht getroffenen und vom Berufungsgericht insoweit übernommenen Feststellungen dem objektiven, gewöhnlichen Verständnis von Optimierung. Für den Fall, dass der Oberste Gerichtshof dies anders sieht, wird unten noch auf weitere Ergebnisse des Beweisverfahrens eingegangen, aus denen sich jedenfalls die Optimierungseignung des Swap ergibt.<sup>235</sup> Mit Absicherung hat das – wie oben dargestellt – allerdings nichts zu tun.

#### 2.3.3.2. Alle Interpretationsarten sprechen gegen "Absicherung"

Rechtlich stützt zunächst schon die historische Interpretation das Auslegungsergebnis. Denn es entsprach im Lichte der aufgenommenen Finanzierungen in Fremdwährung bereits seit über zehn Jahren vor Fassung des GRB 2004 der ständigen **Praxis der Stadt Linz, zur Erlangung bestimmter Vorteile ein Fremdwährungsrisiko zu übernehmen** (Zwischenurteil, S 12 ff). Dies zeigt klar, dass Stadt Linz und deren Gemeinderat mit dem GRB 2004 gerade **keine Absicherung**, gerade auch nicht bezüglich des CHF-Portfolios und dessen Währungsrisiko, **anstrebte**:

- Es wurde bereits in der Gemeinderatssitzung vom 21.9.1993 (Beilage ./HHHH) im Lichte der erstmaligen CHF-Verschuldung auf das **Fremdwährungsrisiko** hingewiesen und als "Mutprobe" bezeichnet. Der (damalige) Gemeinderat Dr Mayr nahm diese Bemerkung zur Kenntnis, vertrat allerdings die Meinung, "*daß der Schweizer Franken, so wie die D-Mark, die stabilste Währung ist*", weshalb die "Fremdwährungsstrategie beziehungsweise Anleihestrategie" der Stadt Linz nicht schlecht sein könne. Gemeinderat Dr Beinkofer von der Opposition wies damals ebenfalls auf Risiken aus der ungewissen künftigen Entwicklung hin. Spätere Diskussionen im Gemeinderat – und es gab regelmäßig Diskussionen über das CHF-Portfolio – verliefen ganz ähnlich. Bürgermeister Dr Dobusch vertrat in diesem Zusammenhang am 17.10.2002 die damals durchaus gängige Auffassung, dass Fremdwährungsgeschäfte "*im internationalen Geldgeschäft üblich [und] grundsätzlich Tagesgeschäft*" sind (Beilage ./UUUU).
- Später im Amtsbericht zum GRB 2004 vom 13.05.2004 (Beilage ./C) wird ausgeführt, dass die "*Divergenzen im Geld- und Kapitalmarkt optimal*" ausgenutzt werden

<sup>234</sup> N. Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (71).

<sup>235</sup> Punkte C.III.3.1.7 und C.III.3.1.8.

sollen. Aus dem Protokoll der – grundsätzlich öffentlichen – Sitzung des Gemeinderates wird deutlich, dass einige Mitglieder des Gemeinderates davon sprechen, dass die "*Schwankungsbereitschaft*" der Fremdwährungskredite möglicherweise auch zu Verlusten führen und Verbindlichkeiten erhöhen kann. Die Rede ist auch von Risiken, die von der "*Stadt Linz sicher nicht beeinflusst*" werden können. Genannt werden insbesondere Kursschwankungen, ein Anstieg des Rohölpreises etc. Betont wird auch die **Notwendigkeit einer professionellen Finanzoptimierung durch die FVV**.

- Der damalige Bürgermeister Dr Dobusch ergänzte in der Gemeinderatssitzung, dass Ziel die hervorragende Bewirtschaftung des Fremdfinanzierungsportfolios in kürzest möglicher Zeit sei (Beilage ./11). Dem Gemeinderat war daher völlig klar, dass rasches Handeln der FVV notwendig ist und dass sie daher selbst entscheiden muss, welche Geschäfte sie zur Optimierung des gesamten Fremdfinanzierungsportfolios für notwendig erachtet. Beschränkungen der Möglichkeiten und der Parameter der Optimierung wurden nicht erörtert.
- Das Verständnis, wonach die erteilte Ermächtigung mit Risiken verbunden ist, zeigt sich auch besonders deutlich in der Wortmeldung des (damaligen) Stadtrats Dr Mayr: "*Dass in **Fremdwährung** gehen Risiken beinhaltet, ist keine Frage, es war aber ein **Abwägen zwischen Risiko und den extrem niedrigen Zinssätzen**.*" (Beilage ./11). Darum geht es wie oben dargelegt bei der Optimierung – hier waren niedrige Zinsen angestrebt und das Fremdwährungsrisiko wurde in Kauf genommen.
- Das alles war selbstverständlich auch dem Leiter der FVV (und Verfasser des Amtsberichts) Mag █████ klar: "*Mir war bewusst, dass man eine besondere Verbilligung eines Fixzinssatzes nur dann bekommt, wenn man einem anderen ein Recht einräumt oder **selbst gewisse Risiken übernimmt**.*"<sup>236</sup> Dies bestätigte Mag █████ im Wesentlichen auch noch einmal in diesem Verfahren: Er sagte aus, dass es aus seiner Sicht klar ein Risiko gab, dieses aber nach seiner damaligen Meinung begrenzt war, weil nach seiner Erwartungshaltung der EUR/CHF Kurs nicht unter 1,44 fallen hätte sollen.<sup>237</sup>
- Der Gemeinderat selbst hatte in der Gemeinderatssitzung vom 16.12.2010, in der zwei Gemeinderäte Bezug auf den Swap nahmen, die Millionenverluste ansprachen und festhielten, dass sich 2004 der Gemeinderat entschlossen hatte, den Finanzreferenten mit der Optimierung der Finanzgebarung zu betrauen (Zwischenurteil, S 30 f), wobei Widerspruch dazu nicht festgestellt, sondern vielmehr im Anschluss der Voranschlag 2011 genehmigt wurde. Wäre das Verständnis des Gemeinderats gewesen, er hätte nur Absicherungsgeschäft genehmigt, so wäre dies sicher bei der Erwähnung der hohen Verluste thematisiert worden (und es wäre nicht unter Hinweis auf den GRB 2004 gesagt worden: "*da sind uns die Hände gebunden*").

<sup>236</sup> ON 172 aus dem Strafakt, S 5 (Beilage ./87).

<sup>237</sup> Protokoll 13.5.2019, 16.

- Dass den Mitgliedern des Gemeinderats das bestehende Fremdwährungsrisiko seit langem bewusst war und dieses Bewusstsein auch in den Debatten der Vergangenheit zum Ausdruck kam, brachte Stadt Linz außerdem ohnehin bereits im vorbereitenden Schriftsatz vom 12.7.2013 selbst vor (Punkt 1.5.2.11) und wurde von BA-WAG PSK in der Replik vom 30.8.2013 außer Streit gestellt.

Nun nachträglich so zu tun, als sei entgegen der von der Stadt Linz langjährig diesbezüglich gelebten Praxis und dem Wortlaut des GRB 2004 sowie dem Sitzungsprotokoll **einzig** aus zwei Absätzen im Amtsbericht – also einem Dokument, über das im Gemeinderat im Unterschied zum GRB 2004 nie abgestimmt und dessen Inhalt im Unterschied zu den anderen Wortmeldungen oben nie ausdrücklich gesprochen wurde – eine Einschränkung abzuleiten, die den GRB 2004 in sein Gegenteil verkehrt, ist nicht nur rechtlich unhaltbar.

Eine solche Einschränkung ist insbesondere auch völlig lebensfremd. Niemand, der sich seit Jahren mit diesem Sachverhalt beschäftigt hat – eingeschlossen das Erstgericht und Stadt Linz (siehe deren Zwischenantrag auf Feststellung)<sup>238</sup> – ist bislang auch nur im Ansatz davon ausgegangen, dass Optimierung wie vom Berufungsgericht argumentiert als Absicherung zu verstehen wäre (es ist anzunehmen, dass sich dies nun mit der Revisionsbeantwortung ändern wird). *Ex ante* und während der ganzen Laufzeit des Swap prüften auch regelmäßig verschiedene Organe – darunter das Kontrollamt, der Rechnungshof und der Magistratsdirektor – den GRB 2004 und den Swap und behaupteten ebenfalls nie, dass vom GRB 2004 nur ein Absicherungsgeschäft erfasst sein soll und der Swap deshalb ungültig sei.<sup>239</sup>

Misst man dem von Mag █████ selbst erstatteten Amtsbericht (Zwischenurteil, S 14) überhaupt irgendeine rechtliche Relevanz bei (die er richtigerweise nicht hat),<sup>240</sup> ist dies sogar auf Grundlage des dort festgehaltenen Inhalts unrichtig:

Richtig ist, dass im Amtsbericht in zwei Absätzen steht, dass der CHF "*erhöhte Schwankungsbereitschaft*" zeigt, der Kurs von 1,5838 CHF/EUR auf 1,54 CHF/EUR "*gestiegen*" sei und dies eine "*Aufwertung*" (also Erhöhung) der Verbindlichkeiten von Stadt Linz bedeutet habe, weshalb eine "*Kurssicherung*" ins Auge zu fassen sei, weil "*die weitere Kursentwicklung sehr divergierend sind [sic]*". Hierbei geht es jedoch bloß um allgemein angestellte Überlegungen („*Es erscheint überlegenswert*“) (Zwischenurteil, S 15), die keine rechtliche Bindung entfalten sollten, weshalb diese auch nicht in den verbindlichen Antragstext des GRB 2004 übernommen wurden. Dass sich der Bericht in Zusammenhang mit Fremdwährungen – anders als bei den EUR-Finanzierungen, wo es nur um das Zinsrisiko geht – mit Währungsrisiken beschäftigt, ist wenig verwunderlich. Es handelt sich aber eben auch nur um "Überlegungen" zum Stand 2004 und betreffen auch nicht konkret den Swap.

Es ist allerdings erst der auf die zwei genannten Absätze im Amtsbericht folgende Absatz, in dem Mag █████ (als Amtsleiter der Stadtkämmerei) zum Beschlussgegenstand „*Zusammenfassend*“ auf den Punkt bringt, dass es konkret um die "*Optimierung des bestehenden Fremdfinanz-*

<sup>238</sup> Im Zwischenantrag auf Feststellung der Stadt Linz kommt der Amtsbericht auf rund 130 Seiten übrigens nicht ein einziges Mal vor.

<sup>239</sup> Insbesondere Punkt C.III.2.5.

<sup>240</sup> Punkt C.III.2.3.3.1.

zierungsportfolios hinsichtlich Finanzierungsform, Laufzeit und Zinssätzen" gehen soll (Beilage ./C, Seite 2) (Zwischenurteil, S 15). Damit enthält der Vorschlag von Mag █████ (als Amtsleiter der Stadtkämmerei) im **Amtsbericht keine Einschränkungen** auf die Absicherung von Fremdwährungskrediten. Daraus zu schließen, dass das Zinsrisiko hier aber ausgeblendet werden sollte, ist nicht nachvollziehbar.

Die vom Berufungsgericht ins Treffen geführten Stellen im Sitzungsprotokoll des Gemeinderats (Beilage ./11, S 583, letzter Absatz jeweils linke und rechte Spalte) beziehen sich zunächst gerade auf diese Zusammenfassung. Dabei ging es in der Diskussion laut Protokoll zudem darum, dass (wie im Amtsbericht erwähnt) an den Finanzausschuss berichtet werden soll und nicht um Absicherung (noch dazu von Fremdwährungsrisiken). Auch die zweite Stelle spricht nicht von Währungsrisiken, sondern gerade von der Zielsetzung, niedrigere Zinsen zu lukrieren (ohne davon Fremdwährungsfinanzierungen auszunehmen).

Aus den Bezugnahmen auf den Amtsbericht im **Sitzungsprotokoll** ist daher gerade **keine** Vorgabe einer **Absicherung** ableitbar und es ergibt sich daraus auch **kein Widerspruch zum Wortlaut des Beschlusses des Gemeinderats**, der Anlass zu Zweifeln gegeben oder eine Interpretation im Sinne des Berufungsgerichts indiziert hätte.

Wie aus der Historie und den Wortmeldungen, insbesondere aber auch den restlichen Formulierungen im Amtsbericht und der Formulierung des Antragstexts des GRB 2004 selbst, ersichtlich leitete Stadt Linz daraus vielmehr ab, dass die FVV zur **Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios – ohne Einschränkung auf Absicherung!** – ermächtigt werden sollte. Anders als im Amtsbericht enthielt der GRB 2004 auch nicht die Wendung "*hinsichtlich Finanzierungsform, Laufzeit und Zinssätzen*". Die FVV sollte also die Möglichkeit haben, das Fremdfinanzierungsportfolio **in jede Richtung zu optimieren**.

Alles andere wäre auch weder wirtschaftlich sinnvoll noch zweckmäßig gewesen:

- Der **Amtsbericht hält selbst fest, dass "die Prognosen der Banken über die weitere Kursentwicklung sehr divergierend"** sind. Selbst nach der im Amtsbericht vertretenen Meinung war die Kursentwicklung also **unvorhersehbar**. Das heißt, dass sowohl eine negative **als auch eine positive** Entwicklung des Kurses für möglich gehalten wurde. Es wäre daher unlogisch, dass dann ohne Weiteres eine reine Ermächtigung zur Absicherung beschlossen werden sollte. Nachvollziehbar ist angesichts dieser Begründung ein Geschäft wie der Swap, bei dem Stadt Linz eine bestimmte Meinung hinsichtlich der CHF-Entwicklung einnimmt und versucht, die identifizierten "Divergenzen" am Kapitalmarkt für sich zu nützen.
- Und wenn der Wunsch eine Absicherung war, wieso wurde diese Einschränkung **nicht auch im Antragstext wiedergegeben**? Wie ausgeführt enthält die Zusammenfassung derartige Einschränkungen – ebenso wie der GRB 2004 - gerade nicht.
- Vor dem Hintergrund der bestehenden CHF-Anleihe wäre es auch offensichtlich **wirtschaftlich sinnlos gewesen, ausschließlich die Absicherung des Fremdwährungsrisikos zu verfolgen** und das gleichzeitig bestehende Zinsrisiko (die CHF-Anleihe war variabel verzinst) vor dem Hintergrund des Zieles niedriger Zinsen (siehe oben) völlig außer Acht zu lassen. Genauso versteht das Berufungsgericht

aber zu Unrecht den Amtsbericht (Berufungsurteil, S 43). Es ist in keiner Weise nachvollziehbar, wieso das Zinsrisiko nur bei Euro-Finanzierungen berücksichtigt hätte werden sollen, nicht aber bei Fremdwährungsfinanzierungen.

Mag ██████ der den Amtsbericht selbst verfasste (Zwischenurteil, S 14) und sich – selbst wenn er ihn richtigerweise als nicht verbindlich ansah – wohl als dessen Autor zumindest von den darin genannten Zielen leiten ließ, ging deshalb zum Abschlusszeitpunkt zutreffend davon aus, den Swap abschließen zu dürfen (Zwischenurteil, S 25). **Selbst er als Autor** des vom Berufungsgericht herangezogenen Amtsberichts **zweifelte also nicht daran**, dass der Swap damit in Einklang zu bringen ist (und er musste daran wie dargelegt nach Auffassung des VWGH auch nicht zweifeln).

Der Grund für all das: Es **gab keine solche Einschränkung** auf Absicherungen. Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts ist evident unrichtig. Selbst Stadt Linz räumt in der Berufungsbeantwortung (S 56) übrigens ein, dass sich aus dem Amtsbericht gerade keine Einschränkung "*zur Struktur, zum Inhalt oder zum möglichen Volumen*" der erfassten Geschäfte ergibt. Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts widerspricht damit sogar der in der Berufungsbeantwortung geäußerten Rechtsansicht von Stadt Linz selbst.

#### 2.3.3.3. Keine Auslegung gegen den Wortlaut (Punkte 3.2, 3.3 und 3.5 des Berufungsurteils)

Selbst wenn man das anders sehen sollte und davon ausginge, dass der Amtsbericht tatsächlich den vom Berufungsgericht unterstellten Inhalt hat, ist dieser unbeachtlich. Eine sich aus dem Amtsbericht ergebende Einschränkung gegen den Wortlaut des GRB 2004 spielt nämlich für die Frage der Gültigkeit des Swap keine Rolle. Das ergibt sich aufgrund der besonderen Auslegungsregeln, die für den GRB 2004 gelten:

Erklärungen, die sich an einen größeren Adressatenkreis oder an die Öffentlichkeit richten, wovon auch der GRB 2004 fällt, sind **verstärkt objektiviert nach §§ 914 f ABGB** auszulegen. Der GRB 2004 war (anders als der Amtsbericht) öffentlich zugänglich (Zwischenurteil, S 25). Die verstärkt objektiviert Auslegung ist sachgerecht, weil die entsprechenden Rechtsakte an eine Mehr- oder Vielzahl von potenziellen Adressaten gerichtet sind und die näheren Umstände der Entstehung dieser Rechtsakte (oft) nicht bekannt sind und nicht bekannt sein müssen (wie eben der nicht veröffentlichte Amtsbericht). Speziell im Zusammenhang mit der Auslegung von solchen Gemeinderats-Beschlüssen und vergleichbaren Rechtsakten, die aus der Willensbildung einer Vielzahl unterschiedlicher Personen entstehen und die dem Publikum durch Veröffentlichung (wie hier zB im Amtsblatt) bekannt gemacht werden, ist aus diesen Gründen zur Wahrung der Sicherheit des Rechtsverkehrs eine verstärkt objektiviert Auslegung geboten.<sup>241</sup>

Das bedeutet: Ist eine eindeutige Auslegung nicht möglich, ist aufgrund der Regeln der §§ 914 f ABGB diejenige Auslegung heranzuziehen, die sich für den Erklärungsempfänger, also konkret (potentielle) Vertragspartner der Stadt Linz, wie BAWAG PSK als die günstigste herausstellt, weil nach **§ 915 ABGB** eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt wird, der sich derselben bedient hat (hier also zum Nachteil der Stadt Linz).

<sup>241</sup> Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 914 Rz 303 ff und 311 ff. Vgl auch OGH 21.12.2004, 4 Ob 241/04a und F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup>, 466.

Mit anderen Worten: Es kommt unter Vertrauensgesichtspunkten **auf den Empfängerhorizont** von Dritten an, die mit Stadt Linz kontrahieren wollen, wie zB BAWAG PSK, also konkret darauf, was sie im Zeitpunkt des Abschlusses des Swap unter dem GRB 2004 verstehen durften.<sup>242</sup> Es ist somit auch danach ein objektives Begriffsverständnis maßgeblich. Dabei ist auch unerheblich, ob der Dritte den Wortlaut kannte oder nicht, da eine Vollmacht oder Ermächtigung unabhängig davon besteht, ob sie dem Vertragspartner bekannt ist oder nicht (so wird etwa ein durch einen Bevollmächtigten abgeschlossenes Geschäft nicht deshalb unwirksam, weil er seine Vollmacht nicht vorgelegt hat).

Dagegen spricht auch § 867 ABGB nicht. § 867 ABGB verweist zur Frage, ob solche Geschäfte nichtig oder schwebend unwirksam sind, auf die gemeinderechtlichen Organisationsvorschriften; darüber, wie der GRB 2004 auszulegen ist, enthält die Bestimmung selbst keine Regelungen und insbesondere auch nicht, wie bestimmt ein Gemeinderatsbeschluss sein muss. Auch die Rechtsprechung wendet dieses Prinzip an und führt aus, dass immer dort, wo der Rechtsverkehr betroffen ist, nach objektiven Kriterien unter Bedachtnahme auf den Empfängerhorizont eines verständigen Dritten auszulegen ist.<sup>243</sup> Diese Auslegung muss deshalb **für alle Dritten gleich** sein.<sup>244</sup> Selbst Stadt Linz stand bisher stets auf dem Standpunkt, dass der Swap nach §§ 914 f ABGB auszulegen ist.<sup>245</sup>

Im Zusammenhang mit dem für die Gültigkeit des Geschäfts relevanten § 867 ABGB folgt zusätzlich: § 867 ABGB bezieht sich nur auf im Organisationsrecht als Gültigkeitsvoraussetzungen normierte Bestimmungen. Kann einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift nichts über die Gültigkeit entnommen werden, kann § 867 ABGB alleine nicht zu einer Ungültigkeit führen.<sup>246</sup> Bloße interne Verhaltensanforderungen an die für eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelnden Organe sind **keine Organisationsvorschriften** iSd § 867 ABGB und entfalten daher im Lichte des § 867 ABGB auch **keine Außenwirkung**.<sup>247</sup> Konkret hinsichtlich § 867 ABGB hat der OGH in diesem Zusammenhang außerdem entschieden, dass es sich – um eine Einschränkung der Befugnis zu bewirken – **um völlig eindeutige Anordnungen handeln [muss], welche keinen Zweifel am Umfang der eingeräumten Vertretungsmacht übriglassen.** Ist die öffentlich-rechtliche Vorschrift derart unklar abgefasst, dass es erst einer eingehenden Analyse oder gar der Einholung eines Rechtsgutachtens bei hochspezialisierten gerichtlichen Sachverständigen bedarf, um auf dem Auslegungsweg die Befugnisse des Handelnden zu ermitteln, **kann sich die öffentliche Körperschaft nicht darauf berufen, dass der Umfang der Vertretungsmacht nach den kundgemachten Vorschriften eingeschränkt sei.**<sup>248</sup>

**Unklare Formulierungen** in den öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften gehen nach Rechtsprechung und der herrschenden Lehre jedenfalls **zu Lasten der öffentlichen Körperschaft**.<sup>249</sup> Das folgt aus dem im privatrechtlichen Stellvertretungsrecht anerkannten Grundsatz

<sup>242</sup> Siehe zur ausreichenden Kenntnis der BAWAG PSK vom GRB 2004 gleich unten.

<sup>243</sup> Vgl nur OGH 21.12.2004, 4 Ob 241/04a.

<sup>244</sup> F. Bydliniski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup>, 466.

<sup>245</sup> Vorbereitender Schriftsatz 12.7.2013, S 21.

<sup>246</sup> Mit historischen Nachweisen *Wilhelm*, Die Vertretung der Gebietskörperschaften im Privatrecht (1981) 40 ff; *Eccher/Purtscheller*, Zur Gültigkeit privatrechtlicher Verträge juristischer Personen des öffentlichen Rechts (§ 867 ABGB), JBI 1977, 561 (566); *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 867 ABGB Rz 2.

<sup>247</sup> Siehe *Hengstschläger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht (1 Lfg, 1999) Band II/1 Art 51 Rz 89 f.

<sup>248</sup> OGH 15.5.1979, 4 Ob 28/79 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>249</sup> Vgl OGH 15.5.1979, 4 Ob 28/79; *Krejci*, Vertretungsprobleme kommunaler Privatwirtschaftsverwaltung, in *Krejci/Ruppe*, Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 119 (139 f); *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 867 ABGB Rz 6; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 867 ABGB Rz 11; tendenziell auch *F. Bydliniski*, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Sicht, JBI 1968, 9 (17).

des Vertrauensschutzes, der auch im Vertretungsrecht öffentlicher juristischer Personen anzuwenden ist.<sup>250</sup> Sollte der GRB 2004 also überhaupt missverständlich oder unklar gewesen sein, was bestritten wird, so kann § 867 ABGB nicht entnommen werden, dass dann zu Lasten des privaten Vertragspartners von der Ungültigkeit bzw schwebenden Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen wäre.

Alle in diesem Kapitel zitierten Quellen, sowohl aus der Literatur als auch der Rechtsprechung, zitierte BAWAG PSK übrigens auch an verschiedenen Stellen in ihrer Berufung. Das Berufungsgericht ging darauf – mit einer einzigen Ausnahme – mit keinem Wort ein. Lediglich die Entscheidung 4 Ob 241/04a pickte es sich heraus und behauptete, sie sei hier nicht einschlägig und deshalb sei auch keine Auslegung "*streng am Beschlusstext nach rein objektivem Verständnis*" (Berufungsurteil, S 44 f) geboten. Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts ist auch in diesem Punkt unrichtig.

Wie oben ausführlich dargelegt, ist der GRB 2004 streng objektiviert nach §§ 914 f ABGB auszulegen – jede andere Auslegungsart, insbesondere die vom Berufungsgericht vertretene, **entgegen** dem ausdrücklichen **Wortlaut**, ist **unzulässig**. Selbst wenn das Berufungsgericht also Recht hätte und gerade die eine Entscheidung nicht einschlägig sein sollte, würde das nichts daran ändern, dass die anderen zitierten Quellen alle für eine strenge Wortlautauslegung sprechen.

Die Entscheidung 4 Ob 241/04a ist aber ohnehin einschlägig und spricht ebenfalls für eine strenge Wortauslegung:

Das Berufungsgericht hält selbst zutreffend fest, dass es in der Entscheidung um den Wortlaut einer Unterlage (in der Entscheidung: Spaltungsplan) geht, die als dauerhafte Rechtsgrundlage für die Rechtsbeziehung von verschiedenen Parteien (in der Entscheidung: Gläubiger der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft) dient. Genau dasselbe gilt aber eben auch für den GRB 2004. Der GRB 2004 ist nämlich nicht, wie das Berufungsgericht offenbar meint, mit einer "*gewillkürten Vollmacht im jeweiligen Einzelfall*" (Berufungsurteil, S 45) vergleichbar. Der GRB 2004 als Gemeinderatsbeschluss richtet sich nicht an einen einzelnen, konkreten Vertragspartner, sondern – wie oben ausgeführt – an eine **Vielzahl potenzieller Vertragspartner**, die zum Zeitpunkt des Beschlusses des GRB 2004 noch gar nicht bekannt sein müssen. Es gilt deshalb, was der OGH in 4 Ob 241/04a festhält – die dort angeführte Begründung passt 1:1 auch auf den GRB 2004:

*"Wegen seiner Bedeutung auch für die Rechtsposition der Geschäftspartner der beteiligten Gesellschaften ist ein Spaltungsplan immer dort, wo der Rechtsverkehr betroffen ist, nach objektiven Kriterien unter Bedachtnahme auf den Empfängerhorizont eines verständigen Dritten auszulegen."*

Wie erwähnt stützt sich der Standpunkt der BAWAG PSK zudem auf zahlreiche weitere Quellen aus Lehre und Rsp, auf die das Berufungsgericht nicht einging und die es daher auch nicht zu entkräften vermochte.

---

<sup>250</sup> Vgl zum Vertrauensschutz näher Punkte C.III.2.5 und C.III.3.1.9.3.

**Im Ergebnis** ist daher entgegen der Meinung des Berufungsgerichts eine Interpretation **gegen den Wortlaut unzulässig**. Die Schlussfolgerung, es sei eine "Absicherung" beschlossen worden ist mit dem Wortlaut des GRB 2004 **nicht in Einklang zu bringen**.

#### 2.3.3.4. BAWAG PSK hatte ausreichend Kenntnis vom GRB 2004 (Punkte 3.2, 3.3 und 3.5 des Berufungsurteils)

##### 2.3.3.4.1. *Argumentation des Berufungsgerichts nicht anwendbar*

Das Berufungsgericht zitiert Rechtsprechung und Literatur (zu § 1017 ABGB), wonach der Dritte den Bevollmächtigungsvertrag so gegen sich gelten lassen muss, wie er gegenüber dem Vertreter bei einer Innenvollmacht gilt, wenn der Dritte nur auf die Auskunft des Vertreters vertraut (Berufungsurteil, S 39). Rechtlich ist das der zentrale Punkt der gesamten Argumentation im Berufungsurteil. Nur auf Grundlage dieser Ausführungen ist es dem Berufungsgericht – scheinbar – möglich, zur Ungültigkeit des Swap zu gelangen.

Zunächst **passt** die vom Berufungsgericht zitierte Ansicht **nicht auf den vorliegenden Fall**, wie sich schon bei näherer Betrachtung der zitierten Kommentierung von *Perner* ergibt:

Dieser verweist zunächst darauf, dass die Willenserklärung gegenüber dem Vertreter (Innenbevollmächtigung) oder gegenüber dem Dritten (Außenbevollmächtigung) abgegeben werden kann. Wie schon dargelegt, war der GRB 2004 (anders als der Amtsbericht) **öffentlich zugänglich** (Zwischenurteil, S 25). In einem solchen Fall ist die Erklärung **vom konkreten Innenverhältnis losgelöst**, weil sie grundsätzlich so gilt, wie sie der Dritte, der in das Innenverhältnis kaum Einblick haben wird, verstehen durfte (**Abstraktheit der Vollmacht**).<sup>251</sup> Im Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Drittem ist nicht das Innenverhältnis, sondern grundsätzlich nur das Außenverhältnis maßgebend.<sup>252</sup> Die Außenvollmacht „schlägt“ also die Innenvollmacht (was allenfalls bei Kenntnis der Überschreitung des Auftrags ausnahmsweise anders sein kann).

Die Konstellation, an die das Berufungsgericht denkt, ist vielmehr jene, wo es keine nach außen dringende Bevollmächtigung gibt und sich der Vertragspartner auf die falsche Auskunft des Vertretenen verlässt. Dies ist hier aber nicht der Fall, weil sich die **Auskunft** wie oben dargelegt **mit dem Inhalt der Vollmacht deckt**. Hat der Machtgeber aber eine Vollmachtsurkunde ausgestellt, so ist deren Inhalt Ansatzpunkt für die Auslegung. Im Zweifel ist dabei **nicht anzunehmen**, dass der Machtgeber eine **Vollmacht** (gemeint Außenvollmacht) einräumt, die **über den Auftrag** (Innenvollmacht) **hinausgeht**.<sup>253</sup> Eine solche „Vollmachtsurkunde“ lag aber in Form des öffentlich zugänglichen GRB 2004 vor. Auf den Inhalt einer allfälligen Innenvollmacht kommt es daher im Außenverhältnis nicht an.

Im Übrigen handelt es sich beim **Amtsbericht** auch – anders als das Berufungsgericht offenbar meint – um **keine Innenvollmacht**, sondern um einen Vorschlag für eine Beschlussfassung im Gemeinderat. Wenn man – unrichtig – davon ausgeht, dass eine Beschlussfassung durch den Gemeinderat für die Bevollmächtigung des Abschlusses von Swaps erforderlich war, so müsste auch die Innenvollmacht vom Gemeinderat stammen. Eine solche Beschlussfassung über eine

<sup>251</sup> vgl *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.02 § 1017 Rz 8 (Stand 1.4.2016, rdb.at).

<sup>252</sup> Siehe dazu auch schon *Strasser* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1017 ABGB Rz 3 (Stand 1.1.2000, rdb.at).

<sup>253</sup> *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.02 § 1017 Rz 9 (Stand 1.4.2016, rdb.at) mwN.

vom GRB 2004 getrennte und diesen einschränkenden Auftrag (Innenvollmacht) gab es gerade nicht.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass der – wie bereits oben erwähnt – von Mag █████ selbst erstattete Amtsbericht (Zwischenurteil, S 14) tatsächlich den vom Berufungsgericht unterstellten Inhalt und irgendeine rechtliche Relevanz gehabt habe (was wie dargelegt rechtlich unrichtig ist und wovon nicht einmal Mag █████ als Autor des Amtsberichts ausging oder ausgehen musste), sind die Ausführungen des Berufungsgerichts immer noch verfehlt:

- Das Berufungsgericht stützt sich auf Rechtsprechung, nach welcher der Vertragspartner die Außenvollmacht nicht kannte. Laut den Feststellungen wusste BAWAG PSK allerdings von der Außenvollmacht (GRB 2004 und später Unterschriftenverzeichnis im Rahmenvertrag) und kannte jedenfalls den wesentlichen Inhalt.
- Die vom Berufungsgericht zitierte Rechtsprechung behandelt außerdem den Fall, dass ein nicht beim Vollmachtgeber tätiger Dritter mit einer Einzelvollmacht ausgestattet wurde. Hier ist es allerdings gerade der Finanzdirektor der Stadt Linz, nämlich Mag █████ der bevollmächtigt wurde. Auf dessen Angaben als hochrangiger Beamter der Stadt Linz, die dieser zuzurechnen sind, durften sich Vertragspartner verlassen.
- Außerdem handelt es sich hier – im Unterschied zu der vom Berufungsgericht zitierten Rechtsprechung, wie bereits oben ausgeführt, um keinen Fall einer reinen Innenvollmacht. Nach außen wurde Mag █████ zweimal, sowohl im GRB 2004 als auch im Unterschriftenverzeichnis des Rahmenvertrags, bevollmächtigt.

Im Einzelnen:

#### 2.3.3.4.2. BAWAG PSK kannte GRB 2004

Das Berufungsgericht geht davon aus, dass BAWAG PSK den GRB 2004 nicht kannte (Berufungsurteil, S 44).

Die Rechtsausführungen sind aber selbst **auf Grundlage der vom Erstgericht getroffenen und vom Berufungsgericht insoweit übernommenen** (Berufungsurteil, S 31) **Feststellungen unrichtig**.

Das Erstgericht stellte nämlich einerseits fest, dass der GRB 2004 öffentlich zugänglich war, und andererseits, dass sich Mag █████ gegenüber der Beklagten auf den GRB 2004 zur Begründung seiner Ermächtigung für den Abschluss des Geschäfts vor und nach dem Abschluss berufen hat und er davon ausging, den Swap, den er als marktübliches und zur Optimierung geeignetes Finanzgeschäft einstufte, für Stadt Linz abschließen zu dürfen (Zwischenurteil, S 25; der VwGH bestätigte, wie bereits erwähnt, übrigens später, dass Mag █████ an der Gültigkeit des Abschlusses auch nicht zweifeln musste<sup>254</sup>).

---

<sup>254</sup> VwGH Ra 2017/09/0001 und Ro 2015/09/0014.

Das reicht bereits für die wesentlichen Eckpunkte: Mag [REDACTED] berief sich auf den öffentlich zugänglichen GRB 2004 und erachtete sich für befugt. Ob BAWAG PSK der GRB 2004 schriftlich übergeben wurde oder nicht, ist unbeachtlich.

BAWAG PSK hatte nämlich jedenfalls Kenntnis von Vollmachtserteilung (GRB 2004) und Vollmachtsumfang, soweit sich Mag [REDACTED] darauf berief und für befugt erachtete und soweit dies für den Abschluss relevant war. Der vom Berufungsgericht zitierte Rechtssatz RS0019363 stellt im Unterschied dazu auf jemanden ab, der von Vollmachtserteilung und Vollmachtsumfang keine Kenntnis hat – dieser Fall lag hier schlicht nicht vor (siehe dazu schon oben Punkt C.III.2.3.3.4.1).

Wie schon ausgeführt kann es bei Bestehen einer Vollmacht ohnehin nicht darauf ankommen, ob diese dem Geschäftspartner bekannt war (das würde sonst zum absurden Ergebnis führen, dass Geschäfte mit dem gleichen Inhalt, die mit unterschiedlichen Dritten geschlossen werden, je nachdem gültig oder ungültig sind, ob der Dritte die Vollmacht gelesen hat oder nicht).

#### 2.3.3.4.3. *Keine bloße Auskunft eines sonst unbeteiligten Einzelbevollmächtigten*

Abgesehen davon sind die vom Berufungsgericht zitierten Literaturstellen und Rechtssätze auch wegen den folgenden Argumenten **schon dem Grunde nach nicht anwendbar**.

Sie beschäftigen sich wie auch das Berufungsgericht festhält mit dem Fall, dass der Dritte "nur auf die Auskunft des Vertreters" (Berufungsurteil, S 39) vertraut, weshalb er die Beschränkungen einer "Innenbevollmächtigung" (Berufungsurteil, S 39) gegen sich gelten lassen muss. Das ist unpassend:

Mag [REDACTED] ist eben nicht "nur" der Vertreter – als Mitarbeiter der Stadt Linz und Leiter der Abteilung FVV des Magistrats als Vollzugsorgan der Stadt Linz, ist er gleichzeitig auch öffentlich-rechtlich dem Geschäftsherrn zuzurechnen. Rechtlich gesehen ermächtigte im GRB 2004 nämlich nicht der Gemeinderat, sondern die Stadt Linz zu bestimmten Geschäften. Mag [REDACTED] als deren Mitarbeiter war deshalb nur insoweit er den Swap abschloss Vertreter der Stadt Linz aufgrund des GRB 2004 bzw seiner Bevollmächtigung unter dem Rahmenvertrag, aber auch sonst aber selbstverständlich Vertreter der Stadt Linz aufgrund seiner Beschäftigung dort und aufgrund der öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften.

Die Unterscheidung mag spitzfindig wirken, ist hier aber höchst relevant: Das Berufungsgericht behauptet nämlich, hier sei Rechtsprechung anwendbar, die zu Fällen ergangen ist, in denen ein aufgrund Einzelbevollmächtigung berechtigter Vertreter dem Dritten den Umfang seiner Vollmacht bekanntgab und der Dritte sich nicht beim Geschäftsherrn erkundigte. Hier ist die Konstellation aber ganz anders: Mag [REDACTED] war eben gerade nicht aufgrund Einzelbevollmächtigung berechtigt, für Stadt Linz zu handeln, sondern aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften und seines Beschäftigungsverhältnisses. Nur insoweit es auch um den Abschluss des Swap ging, stützte er sich auf eine gesonderte Ermächtigung. Für alle sonstigen Handlungen, insbesondere also auch Auskünfte darüber, wen die Stadt Linz womit bevollmächtigte, handelte er selbstverständlich nicht mehr auf Grundlage des GRB 2004, sondern schon auf Grundlage seiner sonstigen öffentlich-rechtlichen Vertretungsbefugnis, die nicht durch eine Einzelvollmacht einge-

schränkt war (siehe dazu und zur Wissenszurechnung und Arbeitsteilung in der Gemeindeverwaltung näher auch Punkt C.III.2.6.5.4.1). Die vom Berufungsgericht zitierten Entscheidungen können hier deshalb nicht einschlägig sein.

#### 2.3.3.4.4. *Keine reine Innenbevollmächtigung*

Außerdem handelt es sich hier wie schon dargetan auch um **keinen Fall der reinen Innenbevollmächtigung**. Auch darin unterscheidet sich der klagsgegenständliche Sachverhalt von jenen, auf den das Berufungsgericht verweist.

Die Außenbevollmächtigung erfolgte nämlich zuerst im **öffentlich zugänglichen GRB 2004** und später nochmal bei der **Unterschrift des Rahmenvertrags im Unterschriftenverzeichnis** (Zwischenurteil, S 24). Unstrittig – Anderes behauptet auch das Berufungsgericht nicht – wurde dieser späteren Außenbevollmächtigung im Unterschriftenverzeichnis auch **keine Einschränkung** zB auf "Absicherung" beigelegt. Es gab deshalb, wie gleich unten ausgeführt, auch wegen dieser zweiten **Außenbevollmächtigung** keinen Grund mehr für BAWAG PSK, an der Abschlussvollmacht von Mag ██████ zu zweifeln.<sup>255</sup>

#### 2.3.3.4.5. *Zwischenergebnis*

Zusammengefasst ist die vom Berufungsgericht herangezogene Rechtsprechung bereits dem Grunde nach nicht einschlägig. Selbst wenn sie es wäre, würde sie aber nicht passen, weil BAWAG PSK – im Unterschied zu der vom Berufungsgericht zitierten Rechtsprechung – ohnehin ausreichend Kenntnis vom GRB 2004 hatte.

#### 2.3.3.5. Keine Nachforschungspflicht (Punkt 3.5 des Berufungsurteils)

Selbst wenn man das alles anders sieht, ist folgendes festzuhalten:

Der Geschäftsherr kann sich nach Lehre und Rsp dann nicht auf eine allfällige Einschränkung im Innenverhältnis berufen, wenn der Wortlaut der Bevollmächtigung im Außenverhältnis einer solchen Einschränkung widerspricht. Die **Außenvollmacht** geht vor.<sup>256</sup> Wie oben gezeigt, bezieht sich der GRB 2004 **ausdrücklich** auf ein **Optimierungsgeschäft**. Eine – ohnehin nicht getroffene<sup>257</sup> – Einschränkung im Innenverhältnis auf ein Absicherungsgeschäft, das gerade **kein** Optimierungsgeschäft ist, kann deshalb schon aus Gründen des Vertrauensschutzes keine Wirksamkeit gegenüber Dritten entfalten. Jedes andere Ergebnis würde dazu führen, dass es Kommunen durch – im Ergebnis (auch wenn das Berufungsgericht diesen Ausdruck natürlich zu vermeiden versucht) – bloße Mentalreservierungen in der Hand hätten, Geschäfte nach Belieben im Nachhinein für ungültig erklären zu lassen.<sup>258</sup>

Es kann nämlich hier gerade keine Rede davon sein, dass eine Absicherung die "*offenliegende Gesamtintention des Gemeinderatsbeschlusses*" (Berufungsurteil, S 43) gewesen sei (auch die

<sup>255</sup> Punkt C.III.2.3.3.5. Zur Vollmacht auch Punkt C.III.2.4.

<sup>256</sup> Siehe dazu die oben insbesondere in Punkt C.III.2.3.3.3 und C.III.2.3.3.4 zitierte Lehre und Rsp.

<sup>257</sup> Punkt C.III.2.3.3.2.

<sup>258</sup> Punkt C.III.2.3.3.5.

vom Berufungsgericht angesprochenen Passagen des GRB 2004 erwähnen diese nicht, sondern sprechen davon, dass Zinsen reduziert werden sollen - Beilage ./11, S 583 rechte Spalte unten). Wie oben ausgeführt brachte Stadt Linz (weder im Antrag auf Fällung eines Zwischenurteils noch in der Berufungsbeantwortung) vor, dass "Optimierung" gleich "Absicherung" heißen soll.<sup>259</sup> Darüber hinaus vertrat auch das Erstgericht diese Auffassung im Zwischenurteil nicht, und es handelt sich hier um ein Verfahren, das schon bald ein Jahrzehnt dauert. Wir sind also denkbar weit von einer Auslegung entfernt, die angeblich *offenliegt*. Auch der VwGH beschäftigte sich mit dem hier klagsgegenständlichen Swap und auch der VwGH erwähnte mit **keinem Wort**, dass der GRB 2004 rechtlich unzulässig gewesen sein soll. Im Gegenteil hielt der VwGH dort fest, dass **nicht einmal Mag [REDACTED]** also der Leiter der FVV der Stadt Linz (und Verfasser des Amtsberichts, auf den sich das Berufungsgericht stützt), **Zweifel an seiner Abschlussbefugnis haben musste**.<sup>260</sup>

Richtig ist: Der GRB 2004 war nicht unklar und gab insbesondere **keinen Anlass zu Nachfragen**. Es war klar, wie insbesondere das Wort "optimieren" zu verstehen ist und insbesondere, dass damit keine Absicherung gemeint ist – die rechtliche und die finanzwirtschaftliche Interpretation führen zum selben Ergebnis.<sup>261</sup> Trotz klarem Wortlaut der Vollmacht nur deshalb nachzufragen, weil sich der Geschäftsherr – wie hier vom Berufungsgericht letztlich behauptet – im Innenverhältnis eine "Mentalreservation" vorbehält, würde die an Vertragspartner von Kommunen anzulegenden Sorgfaltspflichten völlig überspannen. Der Vertragspartner kann naturgemäß von einer solchen "Mentalreservation" **nichts wissen**.<sup>262</sup> Diese zur Ungültigkeit führen zu lassen, würde den Rechtsverkehr mit Kommunen außerdem völlig zum Erlahmen bringen – niemand würde mehr mit Kommunen kontrahieren, wenn *ex ante* unklar ist, ob es nicht irgendwo noch eine geheime Unterlage gibt, aus der sich nach außen nicht erkennbare Beschränkungen ergeben können und die zu den veröffentlichten Unterlagen in Widerspruch stehen. Nach Auffassung des Berufungsgerichts müsste die Nachfrage noch dazu beim Gemeinderat erfolgen, was praktisch nicht umsetzbar wäre (folgt man dem Erst- und Berufungsgericht bräuchte man dafür nämlich eine Auskunft des Gesamtgemeinderats, wohl noch dazu in Beschlussform). Tatsächlich müsste aber – wenn man eine solche Nachforschungspflicht annimmt – eine Auskunft der maßgeblichen Verwaltungsorgane der Stadt, also des Magistrats und konkret des Leiters der sachlich zuständigen FVV, also Mag [REDACTED] genügen.

Das Berufungsgericht übersieht dabei außerdem, dass die Bevollmächtigung von BAWAG PSK nicht nur im GRB 2004, sondern auch im zeitlich auf den GRB 2004 folgenden Rahmenvertrag erteilt wurde.<sup>263</sup> Im Rahmenvertrag und dem dazugehörigen Verzeichnis der bevollmächtigten Personen gab es überhaupt keinen Hinweis mehr auf einen Amtsbericht, also das **einzige** Dokument, aus dem das Berufungsgericht eine Beschränkung ableiten will. Selbst wenn man also davon ausgehen sollte, dass aufgrund des GRB 2004 und des Sitzungsprotokolls, in dem auf einen Amtsbericht verwiesen wird, eine "Nachforschungspflicht" von BAWAG PSK bestand, dann fiel diese Nachforschungspflicht jedenfalls ab dem späteren Zeitpunkt der uneingeschränkten Bevollmächtigung im Rahmenvertrag, der nicht mehr auf den Amtsbericht verwies,

<sup>259</sup> Im Gegenteil: In der Berufungsbeantwortung (S 56) schreibt Stadt Linz selbst, dass sich aus dem Amtsbericht gerade keine Einschränkung "zur Struktur, zum Inhalt oder zum möglichen Volumen" der erfassten Geschäfte ergibt.

<sup>260</sup> VwGH Ra 2017/09/0001 und Ro 2015/09/0014.

<sup>261</sup> Punkt C.III.2.3.3.1. Weiterführend auch Punkt C.III.3.1.7.

<sup>262</sup> Vgl *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1017 Rz 8 (Stand 1.4.2016, rdb.at) und oben Punkt C.III.2.3.3.5.

<sup>263</sup> Punkt C.III.2.4.3.

weg. Diese beinhaltet ja die Auskunft, dass Mag [REDACTED] für die vom Rahmenvertrag erfassten Geschäfte (somit auch Swaps) ohne Beschränkung auf Absicherungsgeschäfte abschlussbefugt war. Dass dies auch so beabsichtigt war, ergibt sich auch aus den Feststellungen des Erstgerichts wonach der Finanzdirektor [REDACTED] am 13.9.2006 via den Finanzstadtrat Mayr ein Schreiben an den Bürgermeister Dobusch richtete, dem der Rahmenvertrag mit der Bitte um Unterfertigung angeschlossen und (unter anderem) bereits ein Swap erwähnt war, bei dem die Verzinsung ebenfalls von der Währungsentwicklung abhängig war. Dieses Schreiben enthielt auch den Hinweis, dass die Ermächtigung zum Abschluss des Geschäfts auf dem GRB 2004 beruht. Der **Bürgermeister** unterzeichnete den Rahmenvertrag und das "*Aktuelle Unterschriftenverzeichnis der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen*" (Zwischenurteil, S 16 f und 24) und **bestätigte damit die Befugnis** von Mag [REDACTED] gegenüber BAWAG PSK.

Auf den Punkt gebracht:

Wenn der Bürgermeister als administratives Hilfsorgan des obersten Verwaltungsorgans Gemeinderat<sup>264</sup> einen solchen Rahmenvertrag unterschreibt und die Stadt Linz vertreten durch Mag [REDACTED] auf Grundlage eines solchen vom Bürgermeister in Vollziehung des GRB 2004 unterschriebenen Rahmenvertrags davor schon ein vergleichbares Swap-Geschäft schließt (Zwischenurteil, S 24), dann **gibt es für BAWAG PSK überhaupt keinen Grund** mehr,

- an der Gültigkeit des GRB 2004,
- an der Gültigkeit des Rahmenvertrags samt Bevollmächtigung im Unterschriftenverzeichnis und
- an der Gültigkeit der Abschlussvollmacht von Mag [REDACTED] zu **zweifeln** und näher "nachzuforschen".

Eine solche **Nachforschungspflicht** wird rechtlich außerdem auch ganz **allgemein abgelehnt**. Genau so wenig wie es dem Vertragspartner einer Kommune unzumutbar ist, zu prüfen, ob ein Geschäft den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entspricht, ist es ihm ebenfalls unzumutbar, eine Nachprüfung gemeindeinterner Beschlusserfordernisse durchzuführen.<sup>265</sup> Das wäre mit den Erfordernissen eines funktionierenden geschäftlichen Verkehrs mit Kommunen unvereinbar. Tatsächlich würde es Kommunen im Verhältnis zu anderen Rechtsteilnehmern auch unzulässig privilegieren. Eine solche Privilegierung sieht das Gesetz nicht nur nicht vor, sondern verbietet es geradezu.<sup>266</sup>

Insbesondere ist eine Auslegung unzulässig, die sich auf Unterlagen stützt, die nicht öffentlich zugänglich sind. Genau das macht das Berufungsgericht aber. Festgestellt wurde, dass der Amtsbericht nicht öffentlich und nicht zugänglich war (Zwischenurteil, S 25). Es handelte sich um ein rein internes Dokument der Gemeindeverwaltung, das wie festgestellt auch BAWAG PSK nicht bekannt war. Nur der GRB 2004 und das damit zusammenhängende Sitzungsprotokoll waren öffentlich zugänglich (Zwischenurteil, S 25) – der Amtsbericht war das gerade nicht.

<sup>264</sup> Zur arbeitsteiligen Verwaltung in der Gemeinde vgl Punkt C.III.2.6.5.4.1. Vgl auch Zwischenurteil, S 2 ff zur Aufbauorganisation.

<sup>265</sup> N. Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (68 und 71).

<sup>266</sup> Punkt C.III.3.1.3.

Und aus diesen öffentlich zugänglichen Urkunden selbst ergibt sich, wie dargelegt<sup>267</sup> und offenbar auch nach Ansicht des Berufungsgerichts, gerade nicht die vom Berufungsgericht vertretene Interpretation einer Vollmachtsbeschränkung. Auf eine weitergehende Beschränkung aus dem Amtsbericht (der im Übrigen wie ebenfalls dargelegt auch keine Innenvollmacht oder ein Auftrag des Gemeinderats ist) kommt es nicht an. Diese wäre für den Vertragspartner BAWAG PSK unbeachtlich.

#### **2.4. Mag █████ hatte auch Abschlussvollmacht (Punkt 3.6 des Berufungsurteils)**

##### **2.4.1. Rechtsansicht des Berufungsgerichts**

Das Berufungsgericht vertritt folgende Rechtsansicht:

Dr Dobusch schloss zwar als Vertreter der Stadt Linz einen Rahmenvertrag über beabsichtigte Finanztermingeschäfte mit BAWAG PSK und bezeichnete dabei Mag █████ als für solche Finanzgeschäfte bevollmächtigte Person. Da der Abschluss des Swap aber in die Gemeinderatszuständigkeit gefallen sei und ein Gemeinderatsbeschluss betreffend den Abschluss des Rahmenvertrags fehle, scheidet eine wirksame Bevollmächtigung für den Abschluss des Swap im Rahmenvertrag aus.

Diese **Rechtsansicht des Berufungsgerichts ist unrichtig**. Der Swap fällt wie ausgeführt nicht unter die in § 46 StL aufgelisteten Gegenstände, die der Beschlussfassung durch den Gemeinderat vorbehalten sind. Selbst wenn man aber – unzutreffender Weise – annehmen würde, der Abschluss des Swap fiel in die Zuständigkeit des Gemeinderats, dann wurde Mag █████ mehrfach wirksam zum Abschluss des Swap bevollmächtigt. Das Berufungsgericht berücksichtigt in seinen Ausführungen insbesondere nicht, dass es zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rahmenvertrags unstrittig bereits den GRB 2004 gab:

##### **2.4.2. Vollmacht bereits aufgrund GRB 2004**

**Mit der Ermächtigung und Beauftragung im GRB 2004 war zwingend immer auch die Vertretungsmacht zum Abschluss nach außen verbunden**. Wie an anderer Stelle ausgeführt, handelt es sich nach dem klaren Wortlaut und allen weiteren möglichen Interpretationsarten beim GRB 2004 um eine Bevollmächtigung zum Abschluss bestimmter Geschäfte wie des Swap.<sup>268</sup> Dritte, wie BAWAG PSK, durften darauf selbstverständlich auch vertrauen. Dies lässt das Berufungsgericht zu Unrecht völlig außer Betracht, weil es unrichtig davon ausgeht, dass der Swap nicht vom GRB 2004 gedeckt sei, was wie bereits an anderer Stelle gezeigt unrichtig ist.<sup>269</sup>

##### **2.4.3. Vollmacht jedenfalls aufgrund Unterschriftenverzeichnisses**

Überdies bevollmächtigte Stadt Linz, vertreten durch ihren Bürgermeister als höchstrangigen Vertreter, Mag █████ zivilrechtlich spätestens 2006 im Rahmenvertrag und im damit verbundenen **Unterschriftenverzeichnis** (Beilage ./13):

<sup>267</sup> Insbesondere Punkte C.III.2.3.3.1 und C.III.2.3.3.2.

<sup>268</sup> Punkt C.III.2.3.3.1.

<sup>269</sup> Punkt C.III.2.3.3.

Vom Berufungsgericht unverändert übernommen festgestellt ist, dass Bürgermeister Dobusch ein "**aktuelles Unterschriftenverzeichnis der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen**" unterschrieb, wobei als solche unter anderem Mag █████ angeführt war (Zwischenurteil, S 24; Hervorhebung hinzugefügt). Aus dem Unterschriftenverzeichnis folgt zwanglos, dass Bürgermeister Dobusch damit Mag █████ gegenüber BAWAG PSK zum Abschluss der genannten Geschäfte bevollmächtigte. Das ist auch organisationsrechtlich so vorgesehen:

Der Gemeinderat vollzieht seine Beschlüsse bekanntlich nicht selbst. Die Vollziehung liegt stattdessen beim Bürgermeister, der sich dabei des nach seinem Geschäftsbereich sachlich in Betracht kommenden Mitgliedes des Stadtsenates zu bedienen hat (§ 22 Abs 1 StL 1992). So vollzog Bürgermeister Dr Dobusch den GRB 2004 durch Unterzeichnung des Rahmenvertrages und des Unterschriftenverzeichnisses (Zwischenurteil, S 17-24). Diese beinhalteten eine **außenwirksame Erteilung einer Vollmacht an Mag █████ aufgrund § 6 Z 3 GEOM.**<sup>270</sup> Diese Zuständigkeit des Bürgermeisters zur Vertretung nach außen, insbesondere auch zur Unterzeichnung des Rahmenvertrags und zur Bevollmächtigung weiterer Personen, ergibt sich aus § 49 Abs 1 StL 1992. Hätte die Bevollmächtigung und Beauftragung von Mag █████ als Leiter der FVV nicht ohnehin schon durch den GRB 2004 stattgefunden, wäre sie in Umsetzung des GRB 2004 gemäß § 22 Abs 1 StL 1992 also jedenfalls nach Maßgabe des Rahmenvertrages 2006 durch den Bürgermeister erfolgt.

Auf diese **Bevollmächtigung von Mag █████ durfte BAWAG PSK auch vertrauen** und das Geschäft ist daher **wirksam** – und zwar selbst dann, wenn Stadt Linz das tatsächlich anders gemeint haben sollte (wofür sowieso keine Ergebnisse des Beweisverfahrens sprachen und was auch nicht festgestellt wurde). Dem Prinzip des Vertrauensschutzes kommt im Privatrecht nämlich zentrale Bedeutung zu: Die Privatrechtsordnung baut auf dem objektiv nach außen in Erscheinung tretenden Sinn von zurechenbaren Handlungen und Erklärungen als Verpflichtungsgrund auf und schützt das Vertrauen auf den objektiven Erklärungswert von Unstimmigkeiten zwischen diesem und der tatsächlich gemeinten oder "richtigen" Erklärung, die ausschließlich in der Sphäre des "Erklärenden" begründet liegt. Damit schützt die Privatrechtsordnung das Vertrauen in den Bestand gültig zustande gekommener Rechtsgeschäfte vor einer nachträglichen Geltendmachung von "Unrichtigkeiten". Nach der ganz herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist deshalb auch der Inhalt einer **Vollmacht nach der Übung des redlichen Verkehrs auszulegen, worauf sich der Dritte verlassen darf und nicht besonders nachfragen muss.**<sup>271</sup> Dieser umfassende Vertrauensschutz gilt auch und gerade im Bereich von § 867 ABGB.<sup>272</sup> Dies führt zu einer **Wirksamkeit des Geschäfts** (und ist nicht nur für einen Vertrauensschaden relevant).

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

<sup>270</sup> Dieser lautet: "*Dem Bürgermeister obliegen außer den ihm im StL 1992, in dieser GEOM und anderen Vorschriften, z.B. in der Geschäftsordnung für den Gemeinderat oder in der Geschäftsordnung für den Stadtsenat, zugewiesenen Aufgaben insbesondere auch folgende Angelegenheiten: die Erteilung von Prozessvollmachten und anderen Vollmachten betreffend die Vertretung der Stadt.*"

<sup>271</sup> Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 914 Rz 42; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1028 Rz 1; Strasser in Rummel, ABGB<sup>3</sup> §§ 1027 – 1033 Rz 1; OGH 11.6.2002, 1 Ob 269/01t; OGH 13.10.1993, 9 Ob A 266/93.

<sup>272</sup> Vgl dazu eingehend C.III.3.1.3.

#### 2.4.4. Zwischenergebnis

Wie man es dreht und wendet, ausgehend von der Gültigkeit des GRB 2004 war **Mag** nicht nur beauftragt, sondern auch **bevollmächtigt den Swap zu schließen**. Die außenwirksame Vollmacht ergibt sich zusätzlich auch aus dem Unterschriftenverzeichnis der bevollmächtigten Personen in Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag. Hätte das Berufungsgericht dies zutreffend beurteilt, hätte es den Swap nicht als ungültig ansehen und der Berufung Folge geben müssen.

#### 2.5. In eventu: Konkludente Vertretungsmacht und Vertretungsmacht durch Anschein (ebenfalls als Punkt 3.6 des Berufungsurteils bezeichnet – richtig wohl Punkt 3.7)

##### 2.5.1. Rechtsansicht des Berufungsgerichts

Das Berufungsgericht vertritt folgende Rechtsansicht:

Der Inhalt des GRB 2004 habe bei BAWAG PSK weder ein geschütztes Vertrauen ausgelöst, noch wäre er geeignet gewesen, ein Vertrauen auf eine umfassende Vollmacht zum Abschluss des Swap auszulösen.

Diese **Rechtsansicht des Berufungsgerichts ist unrichtig**. Im Einzelnen:

##### 2.5.2. Anscheinsvollmacht auch bei Gebietskörperschaften

Vorweg ist festzuhalten, dass **konkludente Vollmachtserteilung und Anscheinsvollmacht auch bei Gebietskörperschaften wie der Stadt Linz in Frage kommen** (so bereits ausdrücklich Zwischenurteil, S 91 und implizit wohl auch das Berufungsgericht). Nach der einschlägigen Rechtsprechung darf der Vertragspartner nämlich gerade mit Blick auf § 867 ABGB auf den äußeren Anschein vertrauen:

Grundsätzlich ist anerkannt, dass auch juristische Personen öffentlichen Rechts durch konkludente Vollmacht, Anscheinsvollmacht oder Verwalterbestellung Vertretungsmacht einräumen können. Wer zB einem anderen eine Verwaltung anvertraut hat, von dem wird vermutet, dass er ihm auch die Macht eingeräumt habe, alles dasjenige zu tun, was die Verwaltung selbst erfordert und was gewöhnlich damit verbunden ist.<sup>273</sup>

Ein Dritter darf sich **nach ständiger Rechtsprechung** auf den vom Gemeinderat durch die Fassung eines Beschlusses (hier: der GRB 2004) gesetzten **äußeren Anschein verlassen**, wenn dieser objektiv das Vertrauen in die Erteilung der entsprechenden Vollmacht rechtfertigt:

*"Es kommt auf den objektiv feststellbaren Schein an und nicht darauf, welche Kenntnis über den Beschlussinhalt der Kläger [Anmerkung: der Dritte] hatte".<sup>274</sup>*

---

<sup>273</sup> OGH 6 Ob 129/10d.

<sup>274</sup> OGH 3 Ob 551/91 = ecollex 1991, 678.

Wenn der **Dritte den Eindruck gewinnen muss, das fragliche Geschäft sei durch einen Gemeinderatsbeschluss gedeckt, so darf und muss er von der Wirksamkeit des Geschäfts ausgehen.**<sup>275</sup> Dies gilt übrigens vor allem dann, wenn sich das zuständige Organ die aus dem Vertrag resultierenden Vorteil aneignet, was – wie gleich unten gezeigt wird –<sup>276</sup> hier ebenfalls geschehen ist.<sup>277</sup>

Vor dem Hintergrund, dass der Anschein nur objektiv erkennbar, dem Dritten aber nicht bekannt sein muss, erachtete es der OGH sogar als **unschädlich, dass dem Kläger im dortigen Verfahren der Wortlaut des Beschlusses nicht mitgeteilt worden war** und er auch nicht von dem Recht Gebrauch machte, in das Sitzungsprotokoll der öffentlichen Gemeinderatssitzung Einsicht zu nehmen oder Abschriften herzustellen.<sup>278</sup> Gerade diese Entscheidung steht **in direktem Widerspruch zur Rechtsansicht des Berufungsgerichts**, das aus der (angeblichen) Unkenntnis des Wortlauts des GRB 2004 eine besondere Rechtsfolge für BAWAG PSK ableiten will. Zivilrechtlich handelt es sich dabei um eine Selbstverständlichkeit: Ein gültig Bevollmächtigter wird nicht zum *falsus procurator*, nur weil der Vertragspartner des Geschäftsherrn die Vollmachtsurkunde nicht kennt.

Unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes spielt es weiters **auch keine Rolle**, wenn **"nicht alle, sondern nur die für das besondere Arrangement maßgeblichen Mitglieder der Gemeindevertretung den äußeren Tatbestand vorhandener Abschlußbefugnis setzten"**.<sup>279</sup> Der durch **"ausschlaggebende Persönlichkeiten"** gesetzte Anschein reicht.<sup>280</sup> Die Berechtigung der Überzeugung des Dritten von der Vertretungsmacht des Verhandlungspartners darf **"nicht darauf hinauslaufen, dass der Verhandlungspartner sämtliche Grundsätze für die Willensbildung öffentlicher Körperschaften zu überprüfen und sein Verhalten danach auszurichten hätte"**.<sup>281</sup> Es kommt stattdessen auf die Zumutbarkeit der Erkenntnis innergemeindlicher Gegebenheiten an.<sup>282</sup> Jedenfalls sollen **"geringfügige Verfahrensverstöße anlässlich der internen Beschlussfassung des Gemeinderats die rechtsgeschäftliche Erklärung"** nicht ungültig machen.<sup>283</sup>

### 2.5.3. Vertrauen in Abschlussvollmacht geschützt

Die Rechtsprechung schützt also – verfassungskonform<sup>284</sup> – gerade auch bei Geschäften mit Gebietskörperschaften das Vertrauen des Geschäftspartners auf den äußeren Tatbestand.

Diesen Vertrauensschutz lässt das Berufungsgericht völlig außer Acht. Das entspricht nicht der Rechtsprechung. Wendet man die bisherige Rechtsprechung auf den klagsgegenständlichen Sachverhalt korrekt an, ergibt sich, dass alles dafür spricht, dass **BAWAG PSK auf den vom**

<sup>275</sup> OGH 2 Ob 108/10m.

<sup>276</sup> Vgl unten Punkt C.III.2.6.4.

<sup>277</sup> OGH 9 ObA 9/09b.

<sup>278</sup> OGH 3 Ob 551/91.

<sup>279</sup> OGH 8 Ob 573/90.

<sup>280</sup> OGH 8 Ob 573/90.

<sup>281</sup> OGH 8 Ob 573/90.

<sup>282</sup> OGH 2 Ob 129/12b.

<sup>283</sup> OGH 8 ObA 204/99d.

<sup>284</sup> Siehe dazu C.III.3.1.3. – Gemeinden sind im Rechtsverkehr schließlich ein Teilnehmer wie jeder andere und müssen sich auch so behandeln lassen.

**Gemeinderat gesetzten äußeren Anschein vertrauen durfte, dass der Swap wirksam so vereinbart werden durfte, wie es tatsächlich auch geschah.**

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

- So wollte die Stadt Linz als Galeriebetreiberin durch kostenlose Vereinnahmung eines – bei der Stadt Linz nicht mehr auffindbaren – Schiele-Gemäldes die Erben einer verstorbenen Leihgeberin um ihre berechtigten Ansprüche bringen. Die Stadt Linz versuchte auch in diesem Fall – erfolglos – mit einer mangelnden Ermächtigung durch ihre zuständigen Organe und der Nichterfüllung von Formerfordernissen zu argumentieren.<sup>285</sup>
- Eine schon länger zurückliegende arbeitsrechtliche Entscheidung zeigt besonders deutlich, wie rücksichtslos Stadt Linz sich auf angebliche gemeinderechtliche Mängel beruft, wenn es ihr gerade hilft: Trotz jahrzehntelanger gelebter Praxis bei der Bezahlung von Überstunden meinte Stadt Linz von einem Tag auf den anderen, unter Berufung auf § 867 ABGB nicht mehr daran gebunden zu sein. Auch dieser offensichtliche Versuch der Stadt Linz, eigene Verträge qua Sonderstatus als Gemeinde brechen zu dürfen, scheiterte natürlich.<sup>286</sup>
- Sogar das Erstgericht zeigte sich geradezu erschüttert über die Zustände in der Stadt Linz, zum Beispiel: "*Die teilweise zu Tage getretene Unkenntnis der Beteiligten [gemeint offensichtlich auf der Seite von Stadt Linz] vom Organisationsrecht der Klägerin ist zur Kenntnis zu nehmen und fügt sich in ein ernüchterndes Gesamtbild*" (Zwischenurteil, S 46) und Bürgermeister Dobusch habe schlüssig und nachvollziehbar ausgeführt, dass Mitglieder des Gemeinderats (nach Ansicht des Erstgerichts aber nicht der Gemeinderat als Kollegialorgan) vom Swap wussten (Zwischenurteil, S 46).

Der Umgang mit dem Swap fügt sich damit nahtlos ein in eine Reihe anderer Geschäfte, bei denen sich Stadt Linz nachträglich ebenfalls unter Berufung auf § 867 ABGB ihrer vertraglichen Pflichten entledigen wollte. Ein solches *venire contra factum proprium* schützt die Rechtsordnung aber nicht.

#### 2.5.4. Mag ██████ hatte Anscheinsvollmacht

Wie oben beschrieben, gibt es also **gesicherte Rechtsprechung zur Anscheinsvollmacht** bei Gebietskörperschaften. Nicht nur bejaht die Rechtsprechung die grundsätzliche Anwendbarkeit

<sup>285</sup> OGH 6 Ob 129/10d.

<sup>286</sup> OGH 9 ObA 294/89.

der Anscheinsvollmacht bei Gebietskörperschaften – sie tut das sogar noch unter **Voraussetzungen, die hier nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens jedenfalls "überboten"** werden. Wie oben beschrieben, ist es laut OGH und entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts nämlich unschädlich, wenn der genaue Wortlaut des Beschlusses nicht bekannt ist. Im vorliegenden Fall steht aber ohnehin im Gegenteil fest, dass die BAWAG PSK diesen kannte.<sup>287</sup>

Mit dem GRB 2004, auf den BAWAG PSK also Vertrauen durfte, **setzte der Gemeinderat** – selbst wenn man nicht von einer direkten Bevollmächtigung ausgeht – **den Anschein der Bevollmächtigung** zum Abschluss durch FVV, konkret also vertreten durch deren Leiter Mag ██████. Wie oben beschrieben schuf der Gemeinderat mit dem GRB 2004 einen grundsätzlich tauglichen Vertrauenstatbestand, weil sowohl Form als auch Inhalt des GRB 2004 grundsätzlich geeignet waren, zum Abschluss eines Geschäfts wie des Swap zu ermächtigen (wenn man unrichtig überhaupt davon ausgeht, dass dies hier erforderlich gewesen wäre, weil § 46 StL 1992 anwendbar ist, und sich daraus eben überhaupt eine Gemeinderatzzuständigkeit ergibt). Aufgrund dieses vom zuständigen Organ, nämlich dem Gemeinderat geschaffenen Vertrauenstatbestands wurde der Swap von Stadt Linz, vertreten durch Mag ██████ gültig abgeschlossen. Selbst nach Ansicht des VwGH mussten an der Vertretungsmacht von Mag ██████ auch für diesen selbst keine Zweifel bestehen.<sup>288</sup>

Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, wonach der GRB 2004 aufgrund des "*offensichtlichen Auslegungsbedarfs*" (Berufungsurteil, S 46) nicht geeignet war, einen Vertrauenstatbestand zu begründen, ist unrichtig. Wie oben geschrieben bestanden solche Unklarheiten der Auslegung nämlich nicht. Selbst wenn diese bestanden haben sollten, ist es nach Ansicht von BAWAG PSK aber geradezu absurd, sie als "objektiv erkennbar" und damit insbesondere auch als erkennbar für BAWAG PSK zu qualifizieren. Die **längste Zeit waren sie nämlich selbst keiner einzigen jener Personen bei Stadt Linz erkennbar, die sich damit beschäftigten und den Swap sowie den zu Grunde liegenden GRB 2004 eingehend prüften:**

- Mag ██████ ging selbst davon aus, dass er die Stadt Linz wirksam vertreten und den Swap für Stadt Linz abschließen darf, wie das Erstgericht feststellte (Zwischenurteil, S 25). Er bestätigte folgerichtig in der Einzelabschlussbestätigung, über alle erforderlichen Voraussetzungen für dieses Geschäft zu verfügen (Zwischenurteil, S 25). Er musste laut VwGH **keine Zweifel** an seiner Abschlussbevollmächtigung haben.<sup>289</sup>
- Aus dem Beweisverfahren ergibt sich, dass Mag ██████ Linz vor Abschluss des Swap weitgehend **selbständig** gegenüber BAWAG PSK vertrat. Er war für diese immer der Ansprechpartner und führte alle Gespräche:

Dies ergibt sich aus Mag ██████ eigener Aussage. So erwähnte er in der Tagsatzung am 13.5.2019 neben zahlreichen österreichischen Banken auch Merrill Lynch, JP

<sup>287</sup> Punkt C.III.2.3.3.4.2.

<sup>288</sup> VwGH 26.4.2016, Ro 2015/09/0014.

<sup>289</sup> VwGH 26.4.2016, Ro 2015/09/0014.

Morgan, Nomura "und andere", mit denen er selbständig laufende Geschäftsbeziehungen für Stadt Linz pflegte.<sup>290</sup> Genauso pflegte er auch die Geschäftsbeziehung mit BAWAG PSK selbständig und bestätigte, dass "vor allem" er mit dem Swap beschäftigt gewesen sei.<sup>291</sup>

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

*"Bei den Terminen war Dr. MAYR nie dabei; Mag. [REDACTED] war der einzige Ansprechpartner für uns."*<sup>292</sup>

*"Ich kann mich nicht erinnern, aber ich nehme an, dass wir durchaus angeboten haben und Mag. [REDACTED] ziemlich unmissverständlich gesagt hat, dass der Chef ihm vertraut und es nicht notwendig ist, dass er bei Geschäftsabschlüssen eingebunden wird, denn wenn etwas ist, hätte er Rücksprache mit ihm gehalten und daher war es nicht Thema, dass wir mit Dr. MAYR Kontakt aufnehmen."*<sup>293</sup>

**BAWAG PSK begehrt vor dem Hintergrund der Beweisergebnisse oben aus advokatorischer Vorsicht (wie bereits in der Berufung, Punkt 3.2.2.3) zusätzlich die folgende ergänzende Feststellung**, die aufgrund oben näher ausgeführter unrichtiger Rechtsansicht des Berufungsgerichts vom Berufungsgericht nicht für relevant gehalten und deshalb aufgrund unrichtiger Rechtsansicht noch nicht getroffen wurde (weshalb ein sekundärer Verfahrensmangel vorliegt):

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

Die ergänzende Feststellung ist relevant, weil sie ein weiteres "Puzzlestück" ist, das den äußeren Anschein von Mag [REDACTED] Vertretungsmacht indiziert und die Stellung von Mag [REDACTED] als Verwalter (im Sinn der oben zitierten Rechtsprechung zur Verwaltungsvollmacht) verfestigt). In diesem Sinn zitiert übrigens auch der **VwGH** in der Disziplinentcheidung gegen Mag [REDACTED] die Vorinstanz und kommt dann zum Ergebnis, dass **selbst Mag [REDACTED] der bei Stadt Linz immerhin am meisten involviert war, keinen Zweifel daran haben musste, dass er den Swap abschließen durfte.**<sup>294</sup>

- Vor dem Swap schlossen Stadt Linz, vertreten durch Mag [REDACTED] und BAWAG PSK bereits ein anderes Swap-Geschäft (Zwischenurteil, S 24). **Dieses Swap-Geschäft untersagte weder der Gemeinderat noch irgendein anderes Organ der Stadt Linz.** In einem vergleichbaren Fall entschied der OGH bereits, dass auch daraus eine Anscheinsvollmacht im Zusammenhang mit § 867 ABGB abgeleitet werden könne:

---

<sup>290</sup> Protokoll, S 7.

<sup>291</sup> Protokoll, S 5.

<sup>292</sup> Protokoll, S 16.

<sup>293</sup> Protokoll, S 22.

<sup>294</sup> VwGH 20.9.2018, Ra 2017/09/0001.

*"Da das vertretungsbefugte Organ der beklagten Partei – Landesregierung – die eigenmächtige Vorgangsweise der ihm unterstellten Behörden nicht in Wahrnehmung seiner Kontrollpflicht untersagte, ist auch der zur Verpflichtung des Vertretenen erforderliche Beitrag des vertretungsbefugten Organs zum äußeren Tatbestand gegeben."*<sup>295</sup>

Zwar lag hier wie dargelegt keine eigenmächtige Vorgangsweise vor. Würde man diese aber annehmen, träfe genau diese Entscheidung hier auch zu. Dies entspricht auch den Ausführungen zur Wissenszurechnung der Organe des Magistrats zum Gemeinderat.<sup>296</sup>

Lange vor dem Abschluss des ersten Swap-Geschäfts mit BAWAG PSK, nämlich bereits im Jahr 1996, fasste der Gemeinderat der Stadt Linz außerdem einen sehr ähnlichen Beschluss und ermächtigte die FVV auch damals ausdrücklich, das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren (Zwischenurteil, S 12 f).

Egal, ob man davon ausgeht, dass der GRB 2004 rechtlich gültig war (was richtig ist) oder nicht (was unrichtig ist): Fakt ist, dass der Gemeinderat den GRB 2004 fasste (Zwischenurteil, S 16). Darin liegt auch ein wesentlicher Unterschied zu den vom Berufungsgericht ins Treffen geführten Entscheidungen, bei denen der Gemeinderat schlicht gar nicht eingebunden war. Wenn der Gemeinderat aber insbesondere vor dem Hintergrund der oben beschriebenen, lange zurückreichenden Praxis einen solchen Beschluss fasst, trifft ihn selbstverständlich auch die mit dem Beschluss zusammenhängende **Kontrollpflicht**. Und wenn er diese nicht wahrnimmt (oder sie wahrnimmt und auf Grund des GRB 2004 geschlossene Geschäfte nicht untersagt), dann begründet das einen **Vertrauenstatbestand für eine Anscheinsvollmacht**.

So entscheidet auch der OGH gerade bei Kommunen in ständiger Rechtsprechung, dass die Vernachlässigung von Kontrollpflichten einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht gleichzuhalten ist (Hervorhebungen bei den Zitaten hinzugefügt):

- Zur "freiwilligen" Gewährung eines Wirtschaftstags: *"Auch wenn eine Handlung von einem hiezu nicht ermächtigten Organ der Gebietskörperschaft vorgenommen wurde und dieser daher gemäß § 867 ABGB nicht zuzurechnen ist, ist aber der Dritte in seinem **Vertrauen** auf den äußeren Tatbestand insbesondere dann zu schützen, wenn das kompetente Organ - im Wege einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht - den Anschein erweckt hat, die Handlung sei durch seine Beschlussfassung gedeckt."*<sup>297</sup>
- Ebenfalls zur "freiwilligen" Gewährung eines Wirtschaftstags ergänzend zur Entscheidung oben: *"[...] Dritte, die von einer (seinerzeitigen) mangelnden Zustimmung*

---

<sup>295</sup> OGH 9 ObA 78/89.

<sup>296</sup> Siehe Punkt C.III.2.6.5.4.

<sup>297</sup> OGH 9 ObA 251/89.

*mung des Gemeinderates nichts wissen mußten, in ihrem Vertrauen auf den äußeren Tatbestand insbesondere dann zu schützen, wenn das kompetente Organ - im Wege einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht – den Anschein erweckt hat, daß diese Regelung durch seine Beschlußfassung gedeckt ist [...] Insoweit ist daher entgegen der Ansicht der Revisionswerberin auch ein **bloß passives Verhalten** des Gemeinderates **beachtlich**.*“

- Zum oben zitierten Sachverhalt, bei dem sich Stadt Linz nach jahrzehntelanger Praxis bei der Bezahlung von Überstunden auf § 867 ABGB ausreden wollte ebenfalls: „[...] *Dritter, der die an alle Dienststellenleiter der Stadtverwaltung gerichtete „Regelung“ gar nicht kennen mußte, in seinem Vertrauen auf den äußeren Tatbestand, insbesondere dann zu schützen, wenn das kompetente Organ – im Wege einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht – den **Anschein** erweckt hat, daß diese Regelung durch seine **Beschlußfassung gedeckt** ist [...]*“<sup>298</sup>
- Zur Einrichtung einer Jugendberatungsstelle: „[...] *geringfügige Verfahrensverstöße anlässlich der internen Beschlussfassung des Gemeinderats [machen] die rechtsgeschäftliche Erklärung [nicht] ungültig*“<sup>299</sup> – das gilt insbesondere, wenn es um **Mängel** geht, die **auf der Seite der Gemeinde** liegen.
- Das **Kontrollamt** der Stadt Linz, das den Swap prüfte, zweifelte mit keinem Wort an der Rechtmäßigkeit des Geschäfts, also insbesondere auch nicht daran, dass der nach § 46 Abs 1 StL 1992 erforderliche Genehmigungsbeschluss des Gemeinderates fehle (vgl näher Punkt C.III.2.6.5.2).
- Auch nach Ansicht des **Rechnungshofs** gab es zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap bei Stadt Linz keine Hinweis auf eine Ungültigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Abschlusses – erst später „*mit Bekanntwerden der bis dahin eingetretenen Verluste*“ änderte sich diese Rechtsauffassung (Beilage .1155, S 56; vgl näher auch Punkt C.III.3.1.4.3).
- Bürgermeister **Dobusch** sagte aus, dass der GRB 2004 vom Magistratsdirektor rechtlich geprüft wurde, bevor er ihn unterschrieb: „*Ri: Wenn also der Bericht unterschrieben wird, gehen Sie davon aus, dass er okay ist? D: Ja, und er auch rechtlich in Ordnung ist.*“<sup>300</sup> Im konkreten Fall sei er geprüft und vom Magistratsdirektor unterschrieben worden, was bedeutet, dass es kein Problem gegeben habe.

**BAWAG PSK begehrt aufgrund dieser Beweismittel aus advokatorischer Vorsicht (wie bereits in der Berufung, Punkt 3.2.2.3) die folgende ergänzende Feststellung**, die aufgrund oben näher ausgeführter unrichtiger Rechtsansicht des Berufungsgerichts vom Berufungsgericht nicht für relevant gehalten und deshalb aufgrund unrichtiger Rechtsansicht noch nicht getroffen wurde (also einen sekundären Verfahrensmangel begründet):

---

<sup>298</sup> OGH 9 ObA 294/89.

<sup>299</sup> OGH 8 ObA 204/99d.

<sup>300</sup> Protokoll 19.8.2013, S 56 f.

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

Die Feststellung ist relevant, weil sich aus ihr ergibt, dass selbst der Magistratsdirektor als juristischer Spitzenbeamter der Stadt Linz keine Zweifel an der Gültigkeit des GRB 2004 hatte. Dann musste auch BAWAG PSK keine solchen Zweifel hegen, sondern auf den GRB 2004 vertrauen.

- Bürgermeister Dobusch bekräftigte wenig später den GRB 2004, indem er als administratives Hilfsorgan des Verwaltungsorgans Gemeinderat<sup>301</sup> den **Rahmenvertrag** mit BAWAG PSK abschloss (Zwischenurteil, S 17). Der Rahmenvertrag führt als "*Zweck und Gegenstand*" unter anderem den Abschluss von Finanztermingeschäften "*zur Gestaltung von Zinsänderungs-, Währungskurs- und sonstigen Kursrisiken*" einschließlich "*Options-, Zinsbegrenzungs- und ähnliche Geschäfte*" an (Zwischenurteil, S 17). Damit zusammenhängend **bevollmächtigte** Bürgermeister Dobusch **Mag [REDACTED] im Unterschriftenverzeichnis** (Zwischenurteil, S 24). Er setzte ihn damit als Verwalter im Sinn der oben zitierten Rechtsprechung zur Verwaltervollmacht ein. Die Rechtsprechung fordert dafür übrigens nicht einmal, wie hier ohnehin gegeben, eine Vollmacht – eine Vollmacht muss gar nicht ausdrücklich eingeräumt werden, stattdessen reicht, dass die Betrauung der Verwaltung nicht erkennbar auf das Innenverhältnis beschränkt ist, also eine Bevollmächtigung irgendwelcher Art **nicht ausgeschlossen** ist.<sup>302</sup> Auch in diesem Punkt überbietet der klagsgegenständliche Sachverhalt also die Anforderungen, welche die Rechtsprechung an die Anscheinsvollmacht/Vertretervollmacht stellt.
- Wie aus Beilagenkonvolut ./233 ersichtlich (vgl insbesondere das "Übersichtsdokument mit der tabellarischen Auflistung nach Jahren), beauftragte und "ermächtigte" Stadt Linz lange vor Abschluss des Swap regelmäßig in Form von öffentlich einsehbaren und kundgemachten Gemeinderatsbeschlüssen. BAWAG PSK behauptete im erstinstanzlichen Verfahren, dass es damit nie Probleme gab und Stadt Linz widersprach dem nicht substantiiert.

**BAWAG PSK begehrt aufgrund dieser Beweismittel aus advokatorischer Vorsicht (wie bereits in der Berufung, Punkt 3.2.2.3) deshalb die folgende ergänzende Feststellung**, die aufgrund oben näher ausgeführter unrichtiger Rechtsansicht des Berufungsgerichts vom Berufungsgericht nicht für relevant gehalten und deshalb aufgrund unrichtiger Rechtsansicht noch nicht getroffen wurde (also einen sekundären Verfahrensmangel begründet):

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

<sup>301</sup> Zur Arbeitsteiligkeit in der Gemeinde vgl Punkt C.III.2.6.5.4.1. Vgl auch Zwischenurteil, S 2 ff zur Aufbauorganisation.

<sup>302</sup> OGH 6 Ob 129/10d.

Die Feststellung ist relevant, um zu zeigen, dass der GRB 2004 kein "Ausreißer" ist und Stadt Linz genau wusste, was sie tat.<sup>303</sup>

**Zusammengefasst** sind die **Voraussetzungen, welche der OGH an das Vorliegen einer Anscheins- bzw Duldungsvollmacht bei Gebietskörperschaften anlegt, im vorliegenden Fall "übererfüllt"**. BAWAG PSK durfte deshalb auf den Anschein der Vertretungsmacht des Mag █████ vertrauen. Der Swap wurde also **aufgrund der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht des Mag █████ ursprünglich gültig abgeschlossen**. Hätte das Berufungsgericht dies zutreffend beurteilt, hätte es der Berufung Folge geben müssen.

## 2.6. **In eventu: Swap wurde nachträglich genehmigt (Punkt 4 des Berufungsurteils)**

### 2.6.1. **Rechtsansicht des Berufungsgerichts**

Das Berufungsgericht vertritt folgende Rechtsansicht:

Eine **nachträgliche Genehmigung** eines einmal wegen eines Vertretungsmangels nicht gültig geschlossenen Geschäfts ist zwar **auch bei Gemeinden möglich** (Berufungsurteil, S 47). Konkret beim Swap verneint das Berufungsgericht aber trotzdem eine nachträgliche Genehmigung:

- Eine nachträgliche Genehmigung aufgrund unmittelbaren Wissens des Gemeinderats durch konkludente Genehmigung in der Gemeinderatssitzung am 16.12.2010 scheidet aus, weil einer "*bloßen Untätigkeit*" der Erklärungswert einer Genehmigung nicht beigemessen werden könne.
- Eine nachträgliche Genehmigung aufgrund Wissenszurechnung an den Gemeinderat scheidet aus, weil es – kurz zusammengefasst – rechtlich nur auf das Verhalten und Wissen des Gemeinderats selbst ankommen könne.
- Eine nachträgliche Genehmigung aufgrund Vorteilszuwendung scheidet aus, weil – kurz zusammengefasst – der Gemeinderat weder Genehmigungsabsicht noch Wissen über den Swap gehabt habe.

Abgesehen von der zutreffenden Aussage, dass eine nachträgliche Genehmigung auch bei Gemeinden in Frage kommt, ist die **Rechtsansicht des Berufungsgerichts in jedem dieser Punkte unrichtig**:

### 2.6.2. **Vorbemerkung**

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

---

<sup>303</sup> Dieses Bild stimmt auch damit überein, dass selbst Mitte 2010, als der Bürgermeister Dr Dobusch bereits aktiv in die Verhandlungen mit BAWAG PSK involviert war, auf Nachfrage von BAWAG PSK noch Mag █████ (und nicht etwas Dr Dobusch, der Gemeinderat oder einzelne Gemeinderatsmitglieder) als Ansprechpartner genannt wurde (Protokoll 10.4.2019, S 15, ZV █████  
█████)

- Der Gemeinderat kann nicht einerseits den Magistrat ermächtigen, bestimmte Geschäfte abzuschließen, andererseits aber wenn etwas "schief geht", sich auf Ungültigkeit wegen Vertretungsmangels berufen, weil der Magistrat nicht der Gemeinderat ist.
- Der Gemeinderat kann nicht einerseits seine Verwaltungs- und Kontrollpflichten zwar über Gemeinderatsausschüsse (deren Mitglieder selbst Gemeinderatsmitglieder sind und die fachlich zuständig sind, wie insbesondere der Finanzausschuss!) wahrnehmen, andererseits aber wenn etwas "schief geht", sich darauf berufen, dass niemand von irgendetwas wusste, weil der Gemeinderatsausschuss nicht der Gemeinderat ist.
- Die Stadt Linz kann nicht einerseits jahrelang Millionenbeträge kassieren sowie für eigene Zwecke verwenden und im Gemeinderat über diese Millioneneinnahmen Beschlüsse fassen, andererseits aber wenn etwas "schiefgeht", behaupten, man sei nicht mehr an das Geschäft gebunden.

Kurz: Die Rechtsordnung belohnt kein Verhalten einer Kommune (Stadt Linz ist immerhin die zweitgrößte Landeshauptstadt Österreichs), das sich **durch arbeitsteiliges Verhalten nur solange auszeichnet, bis es nachteilig für sie ist** – dann weiß plötzlich niemand mehr etwas vom Anderen und der Gemeinderat weiß von nichts und ist auch für seinen Verwaltungsapparat nicht verantwortlich.

Tatsache ist:

- Der Gemeinderat wusste vom Swap. Die maßgeblichen und fachlich zuständigen Mitglieder für die rechtliche und wirtschaftliche Verwaltung und Kontrolle des Swap saßen im Finanzausschuss und im Kontrollausschuss des Gemeinderats. In diesen Ausschüssen war der Swap regelmäßig Thema. Nach der Rechtsprechung reicht das Verhalten solcher **maßgeblichen Mitglieder des Gemeinderats** bereits für eine nachträgliche Genehmigung.
- Außerdem wurde der Swap auch vom Gesamtgemeinderat nachträglich genehmigt. In der Gemeinderatssitzung von Dezember 2010 war der Swap sogar ausdrücklich Thema, was bereits die Kenntnis des Gemeinderats vom Swap zeigt. Selbst wenn er nicht (ausreichend) vom Swap wusste, wird ihm das Wissen von Mag [REDACTED] und den einzelnen Ausschüssen, die jedenfalls ausreichend vom Swap wussten, 1:1 zugerechnet.<sup>304</sup> Für die Wissenszurechnung ist nämlich nicht das subjektive Wissen der einzelnen Gemeinderatsmitglieder, sondern das **objektive Wissen des Verwaltungsorgans "Gemeinderat"** maßgeblich.

Zusammengefasst: Da weder maßgebliche Mitglieder des Gemeinderats noch der Gesamtgemeinderat selbst handelten, obwohl sie vom Swap und dessen wesentlichen Eckdaten wussten,

---

<sup>304</sup> Punkt C.III.2.6.5.4.

genehmigte der Gemeinderat den Abschluss des Swap nachträglich, sowohl durch **konkludente Erklärung als auch durch Vorteilszuwendung**.<sup>305</sup>

Im Einzelnen:

### 2.6.3. **Nachträgliche Genehmigung durch beharrliches Schweigen (Punkt 4.1 des Berufungsurteils)**

Der Gemeinderat der Stadt Linz schuf nach Abschluss des Swap den Anschein einer nachträglichen Genehmigung nach § 1016 1. Fall ABGB. Ein solcher **äußerer Tatbestand, aus dem auf die nachträgliche Genehmigung zu schließen ist, ist nach der ganz herrschenden Meinung wie eine (ausdrückliche) nachträgliche Genehmigung zu behandeln**.<sup>306</sup>

Nach herrschender Rechtsprechung ist ein solcher Anschein bereits anzunehmen, *"wenn das beschlusslose Rechtsgeschäft den Mitgliedern des Gemeinderats nicht verborgen geblieben sein konnte und sie dennoch nicht reagierten"*.<sup>307</sup> Auch eine Vernachlässigung von Kontrollpflichten durch das zur Beschlussfassung zuständige Kollegialorgan kann zur Begründung einer Duldungsvollmacht führen.<sup>308</sup> Ebenso kann Schweigen des Gemeinderates über einen längeren Zeitraum nach dieser Rechtsprechung den Anschein einer nachträglichen Genehmigung begründen.<sup>309</sup> Ein Vertragspartner kann sich bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit praktisch gesagt auch einer Gemeinde gegenüber auf das Prinzip des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand berufen.<sup>310</sup>

Dafür spielt es auch keine Rolle, dass nicht alle, sondern nur bestimmte Mitglieder der Gemeindevertretung den Anschein setzten. Sonst würde nämlich *"die Vollmachtsvermutung des § 1029 ABGB – die die Wahrung des schutzwürdigen Interesses desjenigen bezweckt, der über die internen Willensbildungsvorgänge des Vertragspartners nicht oder nicht in ausreichendem Maße informiert sein kann – unterlaufen"*.<sup>311</sup> Im Sachverhalt, den der OGH dort zu entscheiden hatte, gaben übrigens ähnlich wie hier der Bürgermeister, der Finanzreferenz sowie der Kulturreferent ihr Einverständnis und redeten sich später darauf aus, dass ja der Gemeinderat noch nicht eingebunden gewesen sei. Der OGH entschied eindeutig, dass ein solches Verhalten der Gemeinde nicht von der Rechtsordnung belohnt werden darf und an der Gültigkeit eines Geschäfts damit nicht gerüttelt werden kann. **Das Berufungsgericht geht auf diese und die anderen Quellen, die von BAWAG PSK bereits in der Berufung zitiert werden, mit keinem Wort ein.**

Entscheidend ist zusammengefasst nach der herrschenden Rechtsprechung **nur der nach Abschluss des Geschäfts objektiv geschaffene Anschein**. Dieser fordert weder ein Erklärungsbewusstsein noch einen formellen Erklärungsakt (nachträglichen Gemeinderatsbeschluss), sondern eine Erklärungsfahrlässigkeit, die das Vertrauen des redlichen Vertragspartners darauf,

<sup>305</sup> Näher im Folgenden, zum Überblick aber in den Punkten C.III.2.6.3 und C.III.2.6.4.

<sup>306</sup> Für viele *Perner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1016 Rz 3 mwN.

<sup>307</sup> OGH 13.2.2001, 4 Ob 26/01d.

<sup>308</sup> OGH 27.9.1989, 9 Ob A 251/89; OGH 10.5.1989, 9 Ob A 78/89; OGH 29.5.2013, 2 Ob 173/12y.

<sup>309</sup> *Wilhelm* in NZ 2001, 149 ff mwN.

<sup>310</sup> Vgl OGH 29.5.2013, 2 Ob 173/12y.

<sup>311</sup> OGH 8 Ob 573/90.

dass das Geschäft gewollt und genehmigt ist, rechtfertigt. Maßgeblich ist dabei nicht das Erklärungsbewusstsein (also was das jeweilige Organ subjektiv will), sondern nur der objektive Anschein.<sup>312</sup>

Ausgehend von den vom Berufungsgericht insoweit übernommenen Feststellungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 31 f) kann an einer solchen nachträglichen Genehmigung kein Zweifel bestehen. Der Gemeinderat schwieg nicht nur in Kenntnis des Swap – dieser war sogar ausdrücklich Thema in der **Gemeinderatssitzung am 16.12.2010**. Gemeinderäte diskutierten öffentlich im Gemeinderat über den Swap, dessen Funktionsweise und die (mittlerweile) millioenschwere Verluste für Stadt Linz daraus. Kein Gemeinderat zweifelte die Gültigkeit des Swap an – im Gegenteil wurde mehrfach geäußert, dass man Verträge eben einhalten müsse und man an das Geschäft deshalb gebunden sei ("*sind uns die Hände gebunden [...] diese Verpflichtungen sind wir eingegangen*"). Das ist sogar mehr als bloße konkludente Genehmigung. Die **nachträgliche Genehmigung war nämlich eben nicht "stillschweigend", sondern es wurde ausdrücklich darüber diskutiert**. Außerdem wurde in derselben Sitzung auch der **Voranschlag für das Rechnungsjahr 2011 mit Beschluss genehmigt**. Dieser Beschluss – gemeinsam mit den vorher genannten Wortmeldungen – bekräftigte die Genehmigung.<sup>313</sup> Einen eigenen Beschluss zur Genehmigung gab es erkennbar nur deshalb nicht, weil (richtigerweise) **ohnein niemand im Gemeinderat von einer Ungültigkeit ausging**, sondern allen klar war, worum es bei dem Swap geht und dass dieser gültig geschlossen wurde. Weder BAWAG PSK noch sonst ein Dritter mussten angesichts des Verlaufs der Gemeinderatssitzung daran zweifeln, dass dieses Geschäft gültig ist.

Vor dem Hintergrund der oben genannten Rechtsprechung ist außerdem eindeutig, dass der Gemeinderat der Stadt Linz durch sein beharrliches Schweigen, die beharrliche Vernachlässigung von Kontrollpflichten und seine Handlungen in Kenntnis des Swap dessen Abschluss mehrfach auch bereits vor dem 16.12.2010 nachträglich genehmigte:

- Die maßgeblichen Mitglieder des Gemeinderats hatten Kenntnis vom Swap. Sowohl die Mitglieder des Finanzausschusses als auch die Mitglieder des Kontrollausschusses wussten über den Swap, dessen wesentliche Eckdaten und insbesondere auch mögliche Zahlungspflichten, die daraus resultieren können, Bescheid.<sup>314</sup> Laut Rechtsprechung reicht das bereits: Eine nachträgliche Genehmigung maßgeblicher Mitglieder des Gemeinderats und vom OGH sogenannter "*ausschlaggebender Persönlichkeiten*" – im konkreten Fall des für Finanzen zuständigen Finanzausschusses und des für die rechtliche Prüfung zuständigen Kontrollausschusses – ist einer nachträglichen Genehmigung des gesamten Gemeinderats gleichzuhalten.<sup>315</sup> Ebenso entschied der OGH, dass für den äußeren Tatbestand eine Kenntnis "*einzelne[r] Mitglieder der Gemeinderäte*" ausreicht, wobei es auf einen Erklärungswillen des Gemeinderats selbst nicht ankommt.<sup>316</sup> In diesem Sinn äußerte er sich auch jüngst

<sup>312</sup> *Wilhelm* in NZ 2001, 149 ff.

<sup>313</sup> Näher Punkt C.III.2.6.5.3.

<sup>314</sup> Näher Punkte C.III.2.6.5.1 und C.III.2.6.5.2.

<sup>315</sup> Vgl so bereits OGH 13.9.1990, 8 Ob 573/90. Ausdrücklich bestätigt in OGH 11.5.2000, 8 ObA 204/99d.

<sup>316</sup> OGH 4.4.1990, 9 ObA 91/90.

wieder zu einer Thematisierung gegenüber mehrheitsführenden sozialdemokratischen Gemeinderatsmitgliedern.<sup>317</sup> Die "*wirkliche Kenntnis des gesamten Kollektivs [ist] nicht vorausgesetzt.*"<sup>318</sup>

- Nach richtiger Rechtsansicht war dem Gemeinderat außerdem das **Wissen** von Mag ██████ des Finanzausschusses und des Kontrollausschusses **zurechenbar**, weshalb der Gemeinderat über den Weg der objektiven Wissenszurechnung von Anfang an über den Swap Bescheid wusste und den Swap durch sein "beharrliches Schweigen" während der ganzen Laufzeit des Swap auch selbst nachträglich genehmigte.<sup>319</sup> Ob die Ausschüsse tatsächlich an den Gemeinderat über den Swap berichteten, ist unerheblich: Jedenfalls wären sie dazu verpflichtet gewesen und Dritte wie BAWAG PSK durften darauf vertrauen, dass dies geschieht.<sup>320</sup>
- Wie schon oben ausgeführt, ist die Verletzung von Kontrollpflichten geeignet, eine Duldungs- und Anscheinsvollmacht zu begründen. Zumindest muss eine **beharrliche Vernachlässigung von Kontrollpflichten** und die damit verbundene **jahrelange Duldung** eines (angeblich) nicht genehmigten Geschäfts beim Vertragspartner den Eindruck einer (nachträglichen) Genehmigung des Geschäfts bewirken. Niemand bei der Stadt Linz wies BAWAG PSK über drei Jahre lang darauf hin, dass die Gültigkeit des Geschäfts – auf das BAWAG PSK laufend Zahlungen in Millionenhöhe leistete – ungültig sein könnte. Diese musste nicht damit rechnen, dass die Stadt Linz die Tätigkeit ihres aufgrund des GRB 2004 und des Rahmenvertrages tätig gewordenen Magistrats in keiner Weise überwacht.
- Das alles ist vor dem Hintergrund zu betrachten, dass **keine der maßgeblichen Stellen oder Personen bei Stadt Linz ex ante an der Gültigkeit des Geschäfts zweifelte**, was auch nach außen dokumentiert wurde. So stellte insbesondere das Kontrollamt der Stadt Linz nach eingehender rechtlicher Prüfung des Swap keine Unregelmäßigkeiten beim Abschluss fest.<sup>321</sup> Der Rechnungshof fasste die Situation im Nachhinein trefflich zusammen: Niemand bei Stadt Linz zweifelte an der Gültigkeit des Swap-Abschlusses, bis zum späteren "*Bekanntwerden der eingetretenen Verluste.*"<sup>322</sup>

Trotzdem ging das Berufungsgericht davon aus, dass keine konkludente nachträgliche Genehmigung durch den Gemeinderat erfolgte. Warum das unrichtig ist, wurde bereits oben an mehreren Stellen ausgeführt. Auf den Punkt gebracht bleibt an dieser Stelle deshalb nur noch einmal darauf hinzuweisen, dass das Berufungsgericht sowohl was die unmittelbare Kenntnis des Gemeinderats als auch dessen Kenntnis über Wissenszurechnung betrifft im Wesentlichen nur jeweils ein einziges Gegenargument hat:

- Bei der unmittelbaren Kenntnis ist das einzige Gegenargument des Berufungsgerichts die Behauptung der Ungültigkeit in der Besprechung am 5.8.2010 (dreieinhalb Jahre

<sup>317</sup> OGH 17.6.2015, 3 Ob 57/15a.

<sup>318</sup> *Wilhelm* in NZ 2001, 149 ff; Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>319</sup> Punkt C.III.2.6.5.4.

<sup>320</sup> Punkt C.III.2.6.5.4.3.

<sup>321</sup> Punkt C.III.2.6.5.2.

<sup>322</sup> Beilage ./155, S 56. Näher auch Punkt C.III.3.1.4.3.

nach Vertragsabschluss). Wie unten näher dargestellt, ist eine solche Behauptung aber rechtlich irrelevant, und die Besprechung diente damals ohnehin der Frage, wie mit dem **gültigen** Geschäft umgegangen werden kann.

- Bei der mittelbaren Kenntnis ist das rechtlich unzutreffende Gegenargument des Berufungsgerichts, dass es zu keiner Wissenszurechnung käme, was wie dargestellt ebenfalls unrichtig ist.

Diese beiden Gegenargumente wurden bereits oben behandelt und werden unten noch im Detail entkräftet. Weshalb es nicht ausreichen soll, dass die maßgeblichen Mitglieder des Gemeinderats im Sinn der oben zitierten Judikatur den Swap nachträglich genehmigen, begründet das Berufungsgericht nicht einmal ansatzweise.

**Zusammengefasst** setzte der Gemeinderat seit Abschluss des Swap durch sein beharrliches Schweigen und seine Handlungen und Unterlassungen (insbesondere die beharrliche Vernachlässigung von Kontrollpflichten) den äußeren Anschein einer nachträglichen Genehmigung. Spätestens setzte der Gemeinderat diesen Anschein aber seit 16.12.2010 und den Beschluss zum Voranschlag 2011. Auf diesen äußeren Anschein durfte BAWAG PSK vertrauen. Der äußere Anschein führte zur nachträglichen Genehmigung des Swap. Jedenfalls auf dieser Grundlage hätte das Berufungsgericht bei rechtlich zutreffender Beurteilung die Gültigkeit des Swap erkennen und der Berufung Folge geben müssen.

#### 2.6.4. **Nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung (Punkt 4.3 des Berufungsurteils)**

Außerdem genehmigte Stadt Linz den Swap nachträglich über die Zuwendung der Vorteile daraus nach § 1016 2. Fall ABGB. Die **Vorteilszuwendung** ist ein Akt der Willensbetätigung. Der **Geschäftsherr muss dabei weder ein Geschäft aktiv genehmigen noch die Rechtsfolge einer Genehmigung herbeiführen wollen**.<sup>323</sup> Entscheidend ist einzig und allein, dass der (Schein-)Geschäftsherr Kenntnis vom Geschäft (der Quelle des Vorteils) hat und sich den Vorteil zuwendet.<sup>324</sup> Ob das der Fall ist, muss nur aus dem **objektiven Verhalten** des Geschäftsherrn beurteilt werden.<sup>325</sup>

Und genau dieses objektive Verhalten ließ hier keinen Zweifel daran, dass sich die Stadt Linz (der Gemeinderat) die Vorteile im Sinn von § 1016 2. Fall ABGB zuwendete. Das Erstgericht stellte dazu fest, dass es an den ersten sieben (halbjährlichen) Fälligkeitszeitpunkten zu Salden (und damit Zahlungen) zu Gunsten der Klägerin kam (Zwischenurteil, S 30). Addiert man die festgestellten Beträge, ergibt das rund CHF 10,1 Millionen oder, umgerechnet zum aktuellen Wechselkurs, rund EUR 9,3 Millionen.

Diese Einnahmen waren in den vom Gemeinderat genehmigten **Rechnungsabschlüssen** enthalten.

<sup>323</sup> *Strasser in Rummel*<sup>3</sup>, Rz 12 und 14 zu § 1016 mwN.

<sup>324</sup> Vgl nur 6 Ob 316/00i.

<sup>325</sup> *Apathy in Schwimann*<sup>3</sup>, Rz 6 zu § 1016.

BAWAG PSK **begehrt deshalb aus advokatorischer Vorsicht folgende, auch bereits in der Berufung (Punkt 4.4.3) begehrte, ergänzende Feststellung**, die aufgrund oben näher ausgeführter unrichtiger Rechtsansicht des Berufungsgerichts vom Berufungsgericht nicht für relevant gehalten und deshalb aufgrund unrichtiger Rechtsansicht noch nicht getroffen wurden (was einen sekundären Verfahrensmangel begründet):

*„Zahlungen, die Stadt Linz aufgrund des Swap erhielt, sind unter anderem im Rechnungsabschluss der Stadt Linz aus dem Jahr 2007 unter dem Punkt "Zinsabsicherungsgeschäfte", im Rechnungsabschluss der Stadt Linz aus dem Jahr 2008 unter dem Punkt "Zinsabsicherungsgeschäfte" und im Rechnungsabschluss der Stadt Linz aus dem Jahr 2009 unter dem Punkt "Zinsgeschäfte" ausgewiesen.“*

Dies ergibt sich aus den Rechnungsabschlüssen der Stadt Linz der Jahre 2007, 2008 und 2009 unter dem Punkt "Zinsabsicherungsgeschäfte" (2007, Beilage ./173), "Zinssicherungsgeschäfte" (2008, Beilage ./174) und "Zinsgeschäfte" (2009, Beilage ./175). Das ist faktisch zwischen den Parteien unstrittig. Implizit geht davon auch das Erstgericht davon aus (vgl zB Zwischenurteil, S 32 f, S 100, S 102).

Die Feststellung ist relevant, weil die Einbeziehung der Einnahmen aus dem Swap in den vom Gemeinderat statutengemäß geprüften und genehmigten Rechnungsabschlüssen ergibt, dass der Gemeinderat sich die Vorteile aus diesem Geschäft zuwenden wollte und zugewendet hat.

BAWAG PSK durfte davon ausgehen, dass der Gemeinderat entsprechend § 56 Abs 3 StL 1992 die **Rechnungsabschlüsse statutengemäß prüft**. Da die Rechnungsabschlüsse 2007, 2008 und 2009 im Sinn der oben begehrten ergänzenden Feststellung die Einnahmen aus dem Swap enthielten, durfte BAWAG PSK mit Blick auf die Pflicht des Gemeinderats nach § 56 Abs 3 StL 1992 also davon ausgehen, dass auch die Einnahmen aus dem Swap statutengemäß geprüft wurden. Und da der Gemeinderat im Sinn der oben begehrten ergänzenden Feststellung alle drei Rechnungsabschlüsse genehmigte und sich auch nie beschwerte, rund EUR 9,3 Millionen von BAWAG PSK erhalten zu haben, lag eine **Vorteilswendung** vor, die zur **nachträglichen Genehmigung** des Swap führte (wenn man nicht richtiger Weise ohnehin von einer ursprünglichen Gültigkeit ausgeht).

Das entspricht auch der ständigen Rechtsprechung. Zuletzt hielt der OGH fest, dass die Kombination aus **"jahrelangem passiven Verhalten"** und Genehmigung im Rahmen des Rechnungsabschlusses **zur nachträglichen Genehmigung führt** – auf eine allfällige Kenntnis der zu genehmigenden Vereinbarung (dort: "Nachtragsvereinbarung") kam es dem OGH ausdrücklich gar nicht mehr an.<sup>326</sup> Hier ist aber ohnehin eindeutig, dass der Gemeinderat direkt und über dessen Ausschüsse den Swap kannte und verstand.<sup>327</sup>

Das Berufungsgericht sieht das anders und behauptet kurz zusammengefasst, dass sich aus den Rechnungsabschlüssen kein für die Annahme einer Genehmigung als Grundlage notwendiges Wissen ableiten lassen soll (Berufungsurteil, S 49). Das entspricht aber nicht der gelten-

---

<sup>326</sup> OGH 4 Ob 175/19t.

<sup>327</sup> Punkt C.III.2.6.5.

den Rechtslage. Wie oben ausgeführt kommt es **einzig auf das objektiv erkennbare Verhalten des Geschäftsherrn** an. Im konkreten Fall **wandte sich dieser die Vorteile (Einnahmen) faktisch zu** (Zwischenurteil, S 30) und fasste über diese Zuwendungen, vertreten durch den Gemeinderat, sogar gesonderte Beschlüsse (oben ergänzend begehrte Feststellung). Das ließ für BAWAG PSK nur einen Schluss zu: Stadt Linz, vertreten durch den Gemeinderat, war mit dem Swap einverstanden und genehmigte diesen nachträglich. Auch hier ist dem Gemeinderat insbesondere das Wissen seiner Ausschüsse<sup>328</sup> und von Mag █████ zuzurechnen.<sup>330</sup>

An mehreren Stellen verweist das Berufungsgericht auf die Entscheidung 3 Ob 57/15a und behauptet an einer dieser Stellen, es komme bei der Vorteilszuwendung "*nur auf eine Genehmigungsabsicht des Gemeinderats*" an (Berufungsurteil, S 49). Wie das Berufungsgericht allerdings etwas weiter oben zur selben Entscheidung zitiert, ist dabei immer **nur maßgebend, ob für den Dritten ein vernünftiger Grund daran zu zweifeln übrig bleibt, dass der unwirksam Vertretene einen solchen Willen äußern** wollte (Berufungsurteil, S 47). BAWAG PSK musste aber vor dem festgestellten Sachverhalt keinen vernünftigen Grund haben, an der Genehmigungsabsicht des Gemeinderats zu zweifeln. Ob jeder einzelne Gemeinderat oder der Gemeinderat als Kollektivorgan tatsächlich eine bestimmte Absicht hatte, ist unbeachtlich.

Was das Berufungsgericht in dem Zusammenhang außerdem völlig außer Acht lässt, ist die bereits oben zitierte Rechtsprechung, wonach die nachträgliche Genehmigung maßgeblicher Mitglieder des Gemeinderats, sogenannter "ausschlaggebender Persönlichkeiten", als nachträgliche Genehmigung des Gesamtgemeinderats gilt.<sup>331</sup> Selbst wenn man also (unzutreffend) davon ausgeht, dass der Gesamtgemeinderat das Geschäft nicht durch Vorteilszuwendung nachträglich genehmigte, dann geschah das **jedenfalls über den Finanzausschuss**: Dort wurde, wie unten noch dargestellt wird, regelmäßig über den Swap, dessen Eckdaten, Einnahmen daraus (für deren Höhe Mag █████ sogar besonders belobigt wurde) und mögliche Zahlungspflichten berichtet.<sup>332</sup> Dies ist dem **Gemeinderat zurechenbar**. Er kann sich nicht hinter seiner eigenen Organisationsstruktur "verstecken" und einerseits dem Finanzausschuss Themen wie den Swap zuweisen – wie erwähnt wurde im Zuge des GRB 2004 eine **Berichterstattung der FVV an den Finanzausschuss des Gemeinderats vorgesehen** (siehe Beilage ./11, S 583, unten linke Spalte) – und andererseits jedes Wissen vom Swap leugnen.

**Zusammengefasst** bleibt es dabei: Stadt Linz, vertreten durch den Gemeinderat, genehmigte den Swap nachträglich auch durch Zuwendung von dessen Vorteilen. Es ist schlicht ein klarer Verstoß gegen Treu und Glauben (*venire contra factum proprium*) zunächst die Vorteile aus einem Geschäft in Anspruch zu nehmen und dann die Nachteile nicht tragen zu wollen, den die Rechtsordnung gerade nicht belohnen will und – im Interesse der Rechtssicherheit beim Abschluss von Verträgen mit Gemeinden – auch nicht belohnen darf. Zumindest dies hätte bei rechtlich richtiger Beurteilung zur Stattgebung der Berufung führen müssen.

<sup>328</sup> Vgl zum Wissen der Ausschüsse Punkt C.III.2.6.5.4.3.

<sup>329</sup> Vgl zum Wissen von Mag █████ Punkt C.III.2.6.5.4.1(a).

<sup>330</sup> Siehe grundlegend C.III.2.6.5.4.

<sup>331</sup> Vgl so bereits OGH 13.9.1990, 8 Ob 573/90 (ausdrücklich bestätigt in OGH 11.5.2000, 8 ObA 204/99d) und zuletzt wieder OGH 17.6.2015, 3 Ob 57/15a.

<sup>332</sup> Punkt C.III.2.6.5.1.

## 2.6.5. Kenntnis des Gemeinderats und dessen maßgeblicher Mitglieder

Im Einzelnen ist zur Kenntnis maßgeblicher Mitglieder des Gemeinderats, die im Finanzausschuss und im Kontrollausschuss vertreten waren, sowie des Gemeinderats selbst folgendes auszuführen:

### 2.6.5.1. Kenntnis des Finanzausschusses

Der **Finanzausschuss** ist ein vom Gemeinderat eingerichteter Ausschuss (Zwischenurteil, S 2). Die Ausschüsse setzen sich aus Mitgliedern des Gemeinderats zusammen (Zwischenurteil, S 2). Er ist – rechtlich betrachtet – ein **Hilfsorgan des Gemeinderats**.

**Mag [REDACTED] berichtete dem Finanzausschuss** – wie im Rahmen des GRB 2004 vorgesehen – **regelmäßig** über die aus seiner Sicht auf dem GRB 2004 beruhenden Maßnahmen des Debt Management (Zwischenurteil, S 26). In diesem Rahmen berichtete er auch unter der Überschrift "Zinssicherungsgeschäfte" nach dessen Abschluss regelmäßig über den Swap (Zwischenurteil, S 26). In den Berichten gab er die Formel des Swap in Worten wieder (Zwischenurteil, S 26), wies auf das CHF-Risiko hin (Zwischenurteil, S 26 f) und nannte ein maximales Risiko von (jedenfalls in den ersten Berichten) rund EUR 5 Millionen jährlich, "*wenn der EUR/CHF-Wechselkurs den historischen Höchststand von 1,4464 erreicht*" (Zwischenurteil, S 27; implizit ergibt sich daraus auch logischer Weise, dass jenseits dieses Kurses auch höhere Kosten anfallen können). Dem Finanzausschuss waren auch die Einnahmen aus dem Swap bekannt.<sup>333</sup> In der Sitzung am 15.5.2008 bedankte sich Dr Mayr, Mag [REDACTED] Vorgesetzter, ausdrücklich bei diesem für dessen äußerst erfolgreiche Maßnahmen des Debt Management (Zwischenurteil, S 29).

Ausgehend vom festgestellten Inhalt dieser Berichte **kannte der Finanzausschuss die Struktur des Swap**. Insbesondere hatte der Finanzausschuss Kenntnis davon, dass der Swap geschlossen wurde, dass die CHF-Anleihe damit optimiert werden sollte, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können.

Die unrichtigen Wertungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 100), wonach die Debt-Management-Berichte "irreführende Angaben" beinhalten und die "maßgeblichen Umstände des Swaps, insbesondere das tatsächlich mit ihm verbundene Risiko im Dunkeln" gelassen hätten, wurden vom Berufungsgericht nicht aufgegriffen. Sie sind angesichts des festgestellten Inhalts der Berichte außerdem schlicht bedeutungslos, weil es um objektive Wissenszurechnung geht. Es kann nach Ansicht der BAWAG PSK nicht darauf ankommen, ob in den Debt-Management-Berichten der Swap in jedem kleinsten Detail erläutert wird. Stattdessen ist einzig wichtig, ob die oben genannten wesentlichen Merkmale des Swap, insbesondere das aus dem Swap Risiken, insbesondere Währungsrisiken in Millionenhöhe bestanden, dem Ausschuss so zur Kenntnis gebracht wurden, dass es für ihn eindeutig war. Und das war ausgehend vom festgestellten und vom Berufungsgericht übernommenen Inhalt der Fall.

Besonders gut lässt sich die Kenntnis am Mitglied des Finanzausschusses Vizebürgermeister und Finanzstadtrat Dr Mayr (von Mag [REDACTED] "Chef" genannt) illustrieren:<sup>334</sup>

<sup>333</sup> Zwischenurteil, S 26 ff für die Berichte, in denen insbesondere auch immer das "realisierte Ergebnis" angeführt wurde.

<sup>334</sup> Beilage ./60, Seite 1, Telefonat [REDACTED] am 1.2.2007.

- Mag ██████ erstellte nämlich schon am 11.8.2006, also vor Abschluss des Swap, einen umfangreichen Aktenvermerk (Beilage ./30), wie mit der "offenen Position" (S 1) der CHF-Anleihe am besten umgegangen werden kann. Er stellte in dem Aktenvermerk verschiedene Varianten dar, darunter auch der "Verkauf von Optionen" (S 5). Angesprochen ist insbesondere auch die Möglichkeit, Zinssätze zu senken, wenn "wir gewisse Risiken übernehmen" (S 5). Dieser Aktenvermerk war für Dr Mayr bestimmt, um abzuklären, in welche "Richtung wir weiter gehen sollen", wie Mag ██████ aussagte.<sup>335</sup> Dies besprachen Mag ██████ und Dr Mayr dann auch im September 2006.<sup>336</sup>
- Aus den Transkripten der Telefonate zwischen ██████ ██████ und Mag ██████ vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 ergibt sich vor allem, dass Mag ██████ am 1.2.2007 noch die Zustimmung von Dr Mayr für den Abschluss einholen wollte (P: "Aber sonst gefällt mir das recht gut. Nun muß ich mal mit dem Chef reden drüber")<sup>337</sup>.
- Im Strafverfahren sagte Mag ██████ aus:
  - dass mit dem "Chef" Dr Mayr gemeint war und dass das "Einvernehmen mit dem Finanzreferenten (das für Finanzen zuständige Mitglied des Stadtsenates der Stadt Linz, konkret Dr. MAYR) [...] auch tatsächlich hergestellt" wurde",<sup>338</sup>
  - mit Dr Mayr im Vorfeld Rücksprache zu halten war für Mag ██████ zwingend nötig: "im Übrigen hätte ich sonst ein Problem bekommen, wenn ich vor dem Abschluss der Geschäfte, über welche im Finanzausschuss berichtet wurde, keine Rücksprache mit Dr. MAYR gehalten hätte",<sup>339</sup>
  - zum Inhalt des Gesprächs führte Mag ██████ dabei aus: "Ich habe Dr. MAYR berichtet, dass bei einem Strike-Preis von 1,54 die geringste Zinsbelastung für die Stadt Linz besteht. Ich habe ihm auch erklärt, dass es auch vorkommen kann, dass in Perioden, wo dieser Strike unterschritten wird, wir höherer Zinsen zu bezahlen hätten [...] Dr. MAYR stimmte meinem Vorschlag mit 1,54 abzuschließen zu, wollte aber, dass ich zwei Angebote einhole".<sup>340</sup>

Nach diesen Aussagen steht also fest, dass Dr Mayr als eines der wichtigsten Mitglieder des Finanzausschusses von Mag ██████ von Anfang an eingebunden und noch kurz vor Abschluss über die grundsätzliche Funktionsweise des Swap informiert wurde.

Vor dem Hintergrund der oben zitierten Feststellungen und Beweisergebnisse ist eindeutig, dass der Finanzausschuss von den wesentlichen Eckdaten des Swap – insbesondere auch von möglichen zukünftigen Zahlungspflichten – Kenntnis hatte (wenn er Informationen als unzu-

<sup>335</sup> Protokoll 13.5.2019, S 12.

<sup>336</sup> Protokoll 13.5.2019, S 12.

<sup>337</sup> Beilage ./60, Seite 1, Telefonat ██████ ██████ am 1.2.2007.

<sup>338</sup> Beilage ./87, Beschuldigtenvernehmung von Mag. ██████ am 4.3.2013, Seite 3.

<sup>339</sup> Beilage ./87, Beschuldigtenvernehmung von Mag. ██████ am 4.3.2013, Seite 6.

<sup>340</sup> Beilage ./87, Beschuldigtenvernehmung von Mag. ██████ am 4.3.2013, Seite 6.

reichend erachtet hätte, wäre es im Sinn der oben dargestellten Kontrollpflichten auch am Finanzausschuss gelegen, die entsprechenden Informationen einzuholen). Dr Mayr als hochrangiger Vertreter des Finanzausschusses wurde neben den umfangreichen Darstellungen während der Finanzausschusssitzungen sogar noch davor und danach immer persönlich von Mag ██████ dazu informiert. BAWAG PSK durfte auch davon ausgehen, dass der Finanzausschuss seine Kenntnisse mit dem Gesamtgemeinderat teilt, und selbst wenn dies nicht der Fall war, ist dieses Wissen **dem Gemeinderat zuzurechnen** (zur Wissenszurechnung siehe näher unten).

#### 2.6.5.2. Kenntnis des Kontrollausschusses

Der Kontrollausschuss ist ein zwingend vorgesehener Ausschuss des Gemeinderats und dient der Behandlung der Berichte des Kontrollamtes (Zwischenurteil, S 2). Die Ausschüsse setzen sich aus Mitgliedern des Gemeinderats zusammen (Zwischenurteil, S 2).

Das **Kontrollamt hielt in seinem Bericht über den Rechnungsabschluss 2007** die Zusatzeinnahmen aus dem Swap (EUR 2.991.500) fest und führte konkret dazu aus (Hervorhebungen hinzugefügt): *"Die Einnahmen aus den Zinssicherungsgeschäften mit den diversen Banken (RLB OÖ., Sparkasse OÖ., Bawag PSK und Nomura International) konnten bei der Budgeterstellung nicht vorhergesehen werden. **Der Abschluss von Terminkontrakten wurde mit GRB vom 3.6.2004 genehmigt** [...] Bis jetzt konnten Ausgleichszahlungen der Banken lukriert werden. **Nicht auszuschließen ist allerdings, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen leisten wird müssen**"* (Zwischenurteil, S 29; Hervorhebungen hinzugefügt).

Dieser Bericht wurde in Sitzungen des Kontrollausschusses behandelt und diskutiert. Das Wissen des Kontrollausschusses ist dem Gemeinderat zuzurechnen.

Ausgehend vom festgestellten Inhalt dieses Berichts kannte der Kontrollausschuss die Struktur des Swap. Insbesondere hatte der Kontrollausschuss Kenntnis davon, dass der Swap ("*Zinssicherungsgeschäften mit diversen Banken ... Bawag PSK ...*") geschlossen wurde, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können. Auch die Einnahmen aus dem Swap waren bekannt.

Die Ausführungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 100), wonach der Kontrollamtsbericht (wie die Debt-Management-Berichte) nicht über den Swap, dessen Wirkungsweise und seine Risiken aussagen würden, sind wieder unverständlich, wenn man sich den festgestellten Inhalt des Kontrollamtsberichts vor Augen hält. Für die Entgegnung wird auf die Ausführungen zu den Debt-Management-Berichten verwiesen.<sup>341</sup> Auch diese Ausführungen des Erstgerichts wurden vom Berufungsgericht aber ohnehin nicht übernommen.

#### 2.6.5.3. Unmittelbare Kenntnis des Gesamtgemeinderats (Punkt 4.1 des Berufungsurteils)

Bereits auf Grundlage der Feststellungen des Erstgerichts hatte der **Gemeinderat Kenntnis vom Swap**. Das Erstgericht stellt nämlich fest, dass in der Gemeinderatssitzung am 16.12.2010 umfassend über die Finanzen der Stadt Linz berichtet wurde (Zwischenurteil, S 30). Dabei zitiert

---

<sup>341</sup> Punkt C.III.2.6.5.1.

das Erstgericht die öffentlichen Wortmeldungen von zwei Gemeinderäten (Zwischenurteil, S 31 f; Hervorhebungen hinzugefügt):

- *"... Dass sich dieser Trend aber ganz schnell umkehren kann, zeigt zuletzt die dramatische Entwicklung des Schweizer Franken Kredits, der nach positiven Ergebnissen, nach kleinen Gewinnen in den Vorjahren **heuer bereits einen Verlust von fast 16 Millionen Euro herbeigeführt hat. Durch die mit diesem Kredit verbundenen Spekulationsgeschäfte drohen uns im nächsten Jahr und auch in den kommenden Jahren enorme weitere Verluste.** Hier zeigt sich einmal mehr, dass jede Art von Spekulationsgeschäften, sei es CrossBoarderLeasing oder Swap Spekulationen, völlig untaugliche Mittel zur Finanzbeschaffung sind. ..."*
- *" ... Dritter zentraler Kritikpunkt, weil sehr aktuell, sind die Hochrisikospekulationen mit dem Steuergeld, konkret der Schweizer Franken Swap, den Sie in Ihrer Budgetpräsentation nicht angesprochen haben, der aber umso aktueller ist, weil mein Vordner gesagt hat, wir machen Business as usual und wir spekulieren, **und das trifft auch auf dieses Zinstauschgeschäft zu. 2004 hat sich dieses Haus entschieden, die Verantwortung zu delegieren an den zuständigen Finanzreferenten, um die Finanzgebarung zu optimieren. Ein Ergebnis war dieses Zinstauschgeschäft, das uns ordentlich bluten lässt, aktuell in diesem Jahr bereits 15,9 Millionen Euro. Und wenn ich mir den Voranschlag anschau, für das Jahr 2011 weitere zehn Millionen Euro, die darin budgetiert sind. Da gehen Sie aber von einem Kurs aus von 1,43. Schau ich mir den Kurs von gestern an, 1,28, würde das im Jahr 30 Millionen Euro bedeuten. Einfach futsch, einfach weg. Und wenn ich das summiere, komme ich auf eine Riesensumme, die für eine Kommune wie die Stadt Linz nicht vertragbar ist. ... Ein Tag im April und ein Tag im Oktober wird entscheiden, ob zehn Millionen, ob 30 Millionen, ob 20 Millionen, hoffentlich vielleicht auch nur fünf Millionen. Die Schwierigkeit beim Budgetieren sieht man dieses Jahr. Im Budget 2010, in dem entsprechenden Budgetansatz, 333.000 Euro werden es nicht sein. 15,9 der Swap, ich weiß nicht, was dann sonst noch dazu kommt. Wenn ich mir die Debt Management Berichte noch anschau, kommen wir vielleicht auf 17 Millionen Euro, kommen wir vielleicht auf 18 Millionen Euro, wir werden es sehen. Wir sind aber weit weg von der Budgetierung. Das heißt, jetzt zum finanzwirtschaftlichen Kapitel gesprochen als Schlusssätze folgendes Fazit: Bei diesen Hochrisikospekulationen sind uns die Hände gebunden, da kann man jetzt niemandem sagen, du bist jetzt schuld, dass es nächstes Jahr 20 oder 30 werden, weil diese Verpflichtungen sind wir eingegangen. ..."***

Anschließend an diese **Wortmeldungen** in **öffentlicher Sitzung** stellte der Gemeinderat den **Voranschlag für das Rechnungsjahr 2011** fest (Zwischenurteil, S 32). Wenn man den GRB 2004 nicht ohnehin schon zutreffend als Rahmengenemigung sämtlicher in Zusammenhang mit dem Fremdfinanzierungsportfolio abgeschlossenen Finanzgeschäfte ansieht, liegt jedenfalls mit der Feststellung des Voranschlags für das Rechnungsjahr 2011, dem Zahlungen aus dem Swap zugrunde lagen, eine inhaltliche und auch haushaltsrechtliche Bewilligung des verfahrensgegenständlichen Swap in Kenntnis der damit verbundenen Risiken (besonders die zweite Wortmeldung mit ihren konkreten Berechnungen zeugt ja von eingehendem Verständnis des Swap) vor. Von objektiver Zurechnung von Handlungen und Wissen braucht nicht weiter

nachgedacht werden, weil sogar subjektiv feststeht, dass der Gemeinderat – spätestens zu diesem Zeitpunkt – vom Swap wusste und diesen genehmigte.

Die Kombination aus den öffentlich in der Gemeinderatssitzung geäußerten Wortmeldungen und unmittelbar anschließender **Feststellung des Voranschlags**, über den in den Wortmeldungen gesprochen wurde, lässt nämlich keinen Zweifel mehr offen. Die beiden Gemeinderäte erwähnten in ihren Diskussionsbeiträgen **alle wesentlichen Elemente, die für ein Verständnis des Swap nötig sind** (sofern man dies für die Erteilung der Genehmigung überhaupt als erforderlich ansieht). Insbesondere:

Es handelt sich nach den Wortmeldungen um einen vom Finanzreferenten (also Mag ██████ nach Zustimmung des Gemeinderats abgeschlossenen Swap ("*hat sich dieses Haus entschieden, die Verantwortung zu delegieren*", wobei die Wortwahl "*delegieren*" nichts über die rechtliche Natur betreffend die Durchführung des GRB 2004 aussagt und als sprachliche Unschärfe zu werten ist), dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und der zu millionenschweren Zahlungspflichten der Stadt Linz führen kann. Und zu guter Letzt: Der Swap wurde geschlossen, "*da sind uns die Hände gebunden*" (Zwischenurteil, S 32). Dass Zweifel an der Gültigkeit des GRB 2004 geäußert wurden, stellte das Erstgericht nicht fest. Vor diesem Hintergrund ist es absurd, wenn das Berufungsgericht von BAWAG PSK verlangt, sie müsse "gescheiter" als das zuständige Verwaltungsorgan sein und hätte erkennen müssen, dass der Swap vom GRB 2004 nicht erfasst worden sei.

Nicht festgestellt wurde übrigens auch, dass nach diesen beiden Wortmeldungen besorgte Gemeinderäte entsetzt aufsprangen und die Hände über dem Kopf zusammenschlugen. Ebenso wenig festgestellt wurde, dass die Gemeinderatssitzung nach diesen beiden Wortmeldungen abgebrochen wurde, um zu beraten, wie die Stadt Linz mit diesem – nach Ansicht des Berufungsgerichts offenbar ja bisher völlig unbekanntem – Geschäft jetzt umgehen soll. Was stattdessen festgestellt wurde: Dass die Gemeinderäte nach diesen beiden Wortmeldungen den Voranschlag wie vorgelegt beschlossen. **Ein Gemeinderat, der zum ersten Mal von dem Swap und dessen Funktionsweise (millionenschwere Verluste!) hört, handelt anders.** Jedenfalls **genehmigte der Gemeinderat den Swap aber spätestens zu diesem Zeitpunkt** (nachträglich). Die tatsächliche Reaktion des Gemeinderats indiziert allerdings ohnehin viel mehr, dass er auch schon vor der Sitzung am 16.12.2010 vom Swap wusste und sich deshalb bewusst war, dass er den Swap bereits davor mit dem GRB 2004 genehmigt hatte. Es ist komplett lebensfremd, anzunehmen, dass den Mitgliedern des Gemeinderats der Swap unbekannt war und sie trotz detaillierter Hinweise auf Verluste von EUR 15,9 Millionen für das laufende Jahr und drohender Verluste von EUR 30 Millionen für das Folgejahr einfach zur Tagesordnung übergingen, obwohl ihnen diese – nach der Annahme des Erstgerichts und des Berufungsgerichts – völlig neu sein mussten.

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

Als **einziges Argument gegen eine solche nachträgliche Genehmigung** stützt sich das Berufungsgericht darauf, dass Dr Dobusch bereits vor dieser Gemeinderatssitzung in einer Besprechung am 5.8.2010 gegenüber BAWAG PSK behauptete, der Swap sei vom Gemeinderatsbeschluss nicht umfasst (Zwischenurteil, S 30). Das Erstgericht (Zwischenurteil, S 30) verweist in diesem Zusammenhang auf die erhellende Beilage ./136, ein Aktenvermerk der Besprechung vom 5.8.2010. Aus dieser geht – übrigens ebenso wie aus den Feststellungen (Zwischenurteil, S 30) – hervor, dass die angebliche Ungültigkeit nur ein kleiner Teil der Besprechung war (die übrigens Dr ██████ und nicht Dr Dobusch erwähnte) und der überwiegende Teil Gesprächen über mögliche Restrukturierungen und das weitere Vorgehen vor dem Hintergrund eines gültigen Geschäfts gewidmet war.

Selbst dieser kurze Verweis auf eine angebliche Ungültigkeit wurde unwidersprochen sofort wieder relativiert (Hervorhebung hinzugefügt):

*"██████ erklärt, dass der GR-Beschluss solche Geschäfte gar nicht umfasst, da dort von üblichen Geschäften die Rede sei und dieses Geschäft für Städte nicht üblich sei.*

***Die von Dobusch unterfertigte Rahmenvereinbarung deckt aber sehr wohl solche Produkte.***<sup>342</sup>

Bemerkenswert ist auch, dass die angeblich "*offenliegende Gesamtintention*" eines Absicherungsgeschäfts (Berufungsurteil, S 43) kein Thema war, sondern Stadt Linz sich für die angebliche Ungültigkeit auf die fehlende (Markt-) Üblichkeit stützte. Selbst zu diesem Zeitpunkt stützte sich die Stadt Linz **nicht** auf die nun vom Berufungsgericht herangezogene **angeblich fehlende Absicherung** (und auch nicht auf die vom Erstgericht für eine Ungültigkeit ins Treffen geführten Gründe).

Zusammengefasst **fehlt es der Besprechung am 5.8.2010 völlig an der vom Berufungsgericht bezeichneten ausdrücklichen Ablehnung** des Geschäfts. Im Gegenteil wurde hauptsächlich maßgeblich darüber gesprochen, wie mit dem gültigen Geschäft umgegangen werden kann. Außerdem ist die Argumentation des Berufungsgerichts hier inkonsistent, weil es ja meint, dass nur Äußerungen des Gesamtgemeinderats maßgeblich seien, hier aber plötzlich doch Äußerungen von Magistratsmitarbeitern Auskunft über die Gültigkeit geben können. Dann muss aber konsequenter – und wie schon dargetan richtiger – Weise schon die festgestellte **ursprüngliche Berufung von Mag ██████ bei Vertragsabschluss auf seine Berechtigung** aufgrund des GRB 2004 und der vom Bürgermeister unterfertigte Rahmenvertrag samt Unterschriftenverzeichnis mit Vollmacht für Mag ██████ auch dafür ausgereicht haben, dass BAWAG PSK auf den wirksamen Geschäftsabschluss vertrauen durfte.

Selbst wenn man das anders sehen würde, könnte das übrigens nichts an der **konkludenten nachträglichen Genehmigung durch den Gemeinderat** vom 16.12.2010 ändern: Weder Dr Dobusch noch Dr ██████ vertreten den Gemeinderat als Kollektivorgan – die Privatmeinung einer der beiden Personen kann nicht die spätere (konkludente) Willensäußerung eines Kollektivorgans unwirksam machen.

---

<sup>342</sup> Beilage ./136.

Dass der **Gemeinderat später vom Swap nichts mehr wissen wollte, ändert übrigens ebenfalls nichts an der konkludenten nachträglichen Genehmigung** in der Gemeinderatssitzung vom 16.12.2010. Insbesondere der Gemeinderatsbeschluss vom 7.4.2011 (Zwischenurteil, S 35: "*Der GR fasste nun den ersten Beschluss, der konkret den Swap 4175 behandelt ...*") kann die nachträgliche Genehmigung nicht wieder aufheben – am 7.4.2011 war der Swap schon lange (zumindest nachträglich) genehmigt. Auch am 7.4.2011 erklärte der Gemeinderat übrigens noch seinen Willen, die nächste "Rate" zu zahlen. Die Zahlung stand zwar unter Vorbehalt (Zwischenurteil, S 33), aber das zeigt bereits, dass der Gemeinderat damals keinesfalls davon ausging, dass der Swap nie gültig geschlossen wurde – im Fall der Ungültigkeit hätte ja gar nicht bezahlt werden müssen. Selbst im Oktober 2011 fasste der Gemeinderat noch den Beschluss, den Swap mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grund aufzulösen (Zwischenurteil, S 34) – dies wäre ebenfalls nicht nötig (und auch nicht möglich) gewesen, wenn der Gemeinderat davon ausging, dass der Swap nie gültig bestand und **bestätigt** ebenfalls konkludent dessen **ursprüngliche Wirksamkeit**.

#### 2.6.5.4. Kenntnis des Gemeinderats über Wissenszurechnung (Punkt 4.2 des Berufungsurteils)

##### 2.6.5.4.1. *Wissenszurechnung bei Stadt Linz*

###### (a) Vorbemerkung

Neben der gerade ausgeführten unmittelbaren Kenntnis des Gemeinderats über den Swap verfügte der Gemeinderat auch noch rechtlich vermittelt durch Wissenszurechnung anderer Organe der Stadt über solche Kenntnis. Das Berufungsgericht setzt sich über dieses Argument unter Verweis auf eine einzige (!) Entscheidung des OGH, nämlich 5 Ob 52/11z, hinweg (Berufungsurteil, S 48 f). Die Entscheidung ist weder einschlägig noch wurde sie vom Berufungsgericht richtig ausgelegt.<sup>343</sup> Im Folgenden wird deshalb gezeigt, weshalb – entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts – im konkreten Fall dem Gemeinderat Wissen zuzurechnen ist.

###### (b) Zurechnung im öffentlichen Recht

###### (i) Das StL 1992 als organisationsrechtliche Zurechnungsnorm zur Verhaltens- und Wissenszurechnung

Die **Stadt Linz** ist eine juristische Person öffentlichen Rechts, eine "Gebietskörperschaft". Ihre **Rechtsnatur** wird in erster Linie durch ihr **Organisationsrecht**, das ist **das StL 1992, bestimmt**. Auf einfachgesetzlicher Ebene legt das StL 1992 fest, durch welche Organe die Stadt Linz handelt und wie deren Verhalten und Wissen der Stadt zuzurechnen ist.

(Verwaltungs-)Organe der Stadt Linz sind der **Gemeinderat**, der **Bürgermeister**, der **Stadtsenat**, die einzelnen **Mitglieder des Stadtsenats** und der **Magistrat** (vgl. Zwischenurteil, S 1 ff). Der **Gemeinderat** ist – als oberstes Organ mit Weisungsrecht gegenüber den anderen Gemeindeorganen, die ihm verantwortlich sind – ein

<sup>343</sup> Punkt C.III.2.6.5.4.1(e).

**Beschlussorgan**, das heißt dass er in grundsätzlichen Angelegenheiten der gemeindlichen Selbstverwaltung den entsprechenden Willen bildet und die dafür erforderlichen Beschlüsse fasst. Die Vertretung der Gemeinde nach außen erfolgt gemäß § 49 Abs 1 StL 1992 durch den Bürgermeister. Damit ist der **Gemeinderat "Innen-"** und der **Bürgermeister "Außenorgan"**. Der **Magistrat** der Stadt Linz ist ein **"Organ für Organe"**,<sup>344</sup> mit anderen Worten der **Geschäftsapparat** bzw das **Hilfsorgan** anderer Gemeindeorgane wie des Gemeinderats oder des Bürgermeisters, in dem der Magistrat die Geschäfte der Stadt Linz besorgt (§ 51 Abs 1 StL 1992).<sup>345</sup>

Als juristische Person (des öffentlichen Rechts) ist die Stadt Linz handlungs- und wissensunfähig<sup>346</sup>. Sie braucht daher Menschen (Organe bzw Organwalter), die für sie handeln und für sie als "Wissensvertreter" fungieren. Den **Vorgang**, dass das **Handeln und Wissen von Organwaltern**<sup>347</sup> (wie zB den Mitgliedern des Gemeinderats, des Bürgermeisters, des Leiters von FVV, Mag █████ **rechtliche Relevanz für die Stadt Linz entfaltet**, bezeichnet man als **Zurechnung**.<sup>348</sup>

Das **StL 1992** ist die hier maßgebliche **"Zurechnungsnorm"**.<sup>349</sup> Die Zurechnung des Handelns der Organe, die durch Menschen (Organwalter) besetzt sind, zur Stadt ist sohin nichts Faktisches, sondern etwas Rechtliches. Insofern also, was bestritten wird, für den Abschluss des Swap überhaupt ein Gemeinderatsbeschluss erforderlich gewesen sein sollte, ist das **"Handeln" und "Wissen" der den Willen des Gemeinderats ausführenden Organe und Organwalter** rechtlich dem **Gemeinderat** und damit der **Stadt Linz zuzurechnen**.

- (ii) Das Weisungsrecht im B-VG als organisationsrechtliche Zurechnungsnorm zur Verhaltens- und Wissenszurechnung

Die Zurechnung von Handeln und Wissen ergibt sich nicht nur aus dem StL 1992, sondern ist wegen des hierarchischen Aufbaus und der Weisungsgebundenheit gemäß Art 20 Abs 1 B-VG der Verwaltungsorgane stets gegeben. Der Gemeinderat hat gemäß Art 118 Abs 5 B-VG gegenüber dem Bürgermeister (und auch den anderen Gemeindeorganen) ein Weisungsrecht,<sup>350</sup> der Bürgermeister ist dazu berufen, Gemeinderatsbeschlüsse umzusetzen (§ 22 Abs 1 StL 1992). Dafür setzt er den Geschäftsapparat "Magistrat der Stadt Linz" ein, den er leitet (§ 37 Abs 1 StL 1992). Das bedeutet, dass sämtliche Bedienstete seinen Weisungen unterliegen. Das gilt

<sup>344</sup> Vgl zu diesen "Organtypen" B Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup>, 2017, Rz 132 ff.

<sup>345</sup> Der Magistrat besteht aus dem Bürgermeister als Vorstand, dem Magistratsdirektor und den übrigen Bediensteten (§ 31 Abs 1 StL 1992). Der Magistrat gliedert sich in Dienststellen (Geschäftsgruppen, Ämter, Einrichtungen), auf die die Geschäfte nach ihrem Gegenstand und ihrem sachlichen Zusammenhang aufzuteilen sind (§ 38 Abs 1 StL 1992). FVV ist eine Organisationseinheit (Dienststelle) im Rahmen des Magistrats. Daraus folgt, dass auch das Handeln und Wissen von Mag █████ als Organwalter und Leiter von FVV über das Hilfsorgan Magistrat letztlich dem Gemeinderat zuzurechnen ist (vgl für den Organisationsaufbau Zwischenurteil, S 2 ff).

<sup>346</sup> Reinhardt, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht, 40.

<sup>347</sup> Organwalter sind zum einen jene Personen, die zur Ausübung der Kompetenzen eines bestimmten Organs (zB Bürgermeister, Mitglieder des Gemeinderats oder eines Gemeinderatsausschusses), bestimmt sind; zum anderen alle für eine Gebietskörperschaft – wie der Stadt Linz – tätigen Menschen (wie zB Mag █████ durch seine Bestellung zum Leiter von FVV). Ihr Handeln und ihr Wissen sind der juristischen Person Stadt Linz zuzurechnen. Zurechnungsnorm ist – wie bereits dargetan – das StL 1992. Siehe B Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup>, 2017, Rz 107 f.

<sup>348</sup> B Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup>, 2017, Rz 96.

<sup>349</sup> Vgl Reinhardt, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht, 43 f.

<sup>350</sup> Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 55.

genauso, wenn der Bürgermeister und nicht der Gemeinderat zum Abschluss des Swap zuständig gewesen sein sollte.

Neben dem Organisationsrecht des StL 1992 ist die verfassungsrechtliche Weisungsbefugnis eine weitere öffentlich-rechtliche "Zurechnungsnorm"; sie bildet die "Klammer" zwischen dem Zurechnungs- (Gemeinderat bzw Bürgermeister) und dem Verhaltens-/Wissensorgan (Magistrat bzw FVV bzw Mag ██████). Sie sieht als Zurechnungsgrund den hierarchischen Verwaltungsaufbau. Das übergeordnete Verwaltungsorgan kann das untergeordnete "beherrschen" bzw "steuern". Das schließt mit ein, dass das übergeordnete vom untergeordneten Verwaltungsorgan Informationen verlangen und diese zu überwachen hat bzw umgekehrt, dass das untergeordnete die **Verpflichtung hat, das übergeordnete Verwaltungsorgan zu informieren**. Erfolgt dies nicht, bleibt aber die **Zurechnung** und damit die Verantwortlichkeit unangetastet.<sup>351</sup>

So stellt der hierarchische Verwaltungsaufbau auch im konkreten Fall als Zurechnungsnorm sicher, dass der beschlussfassende Gemeinderat (bzw der Bürgermeister) seinen Willen durchsetzen kann und es kommt damit zur Zurechnung an diesen. Dies selbst dann, wenn das Organ, zu dem die Zurechnung erfolgt, nicht über alle Details des Verwaltungshandelns informiert ist.<sup>352</sup> Die Möglichkeit, in das Handeln des Geschäftsapparats und der einzelnen Organisationseinheiten eingreifen zu können, genügt auch im verfahrensgegenständlichen Fall, um Zurechnung zu schaffen. Voraussetzung für die Zurechnung ist sohin die potentielle, allein durch die Weisungsmöglichkeit bestehende Willensübereinstimmung (genauso wird im Übrigen die demokratische Legitimation vom Gemeinderat an die anderen Verwaltungsorgane der Gemeinde und den Geschäftsapparat Magistrat "weitergegeben").<sup>353</sup>

### (iii) Zurechnung als rechtstechnischer (und nicht faktischer) Vorgang

Zurechnung ist ein rechtstechnischer Vorgang, bei dem Handlungen und das Wissen (also rechtlich relevante Umstände) eines *Verhaltenssubjekts* (Mensch; Organwahrer) – hier FVV bzw Mag ██████ –, der *Zurechnungsgegenstand* – wie etwa der verfahrensgegenständliche Swap –, auf das *Zurechnungssubjekt* – hier: den Gemeinderat, der den **GRB 2004** fasste – oder den Bürgermeister (wenn man richtigerweise davon ausgeht, dass der Swap gar nicht in die Zuständigkeit des Gemeinderats fiel) projiziert werden, sodass das Zurechnungssubjekt (den Gemeinderat bzw den Bürgermeister) die Rechtsfolgen treffen, die an das Vorhandensein der betreffenden Umstände geknüpft sind. Es wird also eine **rechtliche Verbindung zwischen dem Verhaltens- (zB Mag ██████ beim Abschluss des Swap) und dem Zurechnungssubjekt (Gemeinderat bzw Bürgermeister)** hergestellt.<sup>354</sup>

<sup>351</sup> *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip (2000) 510 ff.

<sup>352</sup> Zur Frage der auch bei Nicht-Wissen vorzunehmenden Zurechnung siehe *Reinhardt*, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht (2010) 48. Im vorliegenden Fall war der Gemeinderat übrigens ohnehin ständig unmittelbar über alles auch selbst informiert, vgl dazu bei der nachträglichen Genehmigung Punkt C.III.2.6.5.3.

<sup>353</sup> *Müller*, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2010) 347 mwN.

<sup>354</sup> *Reinhardt*, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht 40 f.

Der Grund dafür liegt – neben den organisationsrechtlichen Vorschriften im B-VG und vor allem im StL 1992 – im GRB 2004 und dem darin enthaltenen Auftrag zum Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios der Stadt Linz. Dass es diesen Beschluss gibt, steht zweifelsfrei fest (Zwischenurteil, S 16). Zugerechnet wird das Handeln (i.e. der Abschluss des Swap) genauso wie das Wissen um die Details des Swap, selbst wenn der Gemeinderat dieses Wissen nicht gehabt haben sollte. War von vornherein kein Gemeinderatsbeschluss erforderlich (was zutreffend ist, vom Berufungsgericht aber anders gesehen wird), dann ist das Handeln und Wissen von Mag ██████ direkt dem Bürgermeister (und nicht dem Gemeinderat) zuzurechnen.

(iv) Zurechnung endet nicht am "rechtlichen Dürfen"

Die Zurechnung knüpft an das "Ausüben einer Organfunktion" an. Wie *B Raschauer*,<sup>355</sup> der Doyen des "Allgemeinen Verwaltungsrechts" in seinem gleichnamigen Standardwerk dartut, endet Zurechnung nicht an der Organkompetenz, mithin am rechtlichen "Dürfen". Das wäre vor dem Hintergrund des Vertrauensschutzes – *"Insbesondere darf sich ein Bürger nach Vertrauensschutzregeln im Allgemeinen darauf verlassen, dass zB der mit einem befugten Verwaltungsorgan abgeschlossene Vertrag auch als Vertrag mit der betreffenden Rechtsperson wirksam ist."*<sup>356</sup> – ein nicht hinnehmbares Ergebnis. *B Raschauer* übersieht dabei die Judikatur des Obersten Gerichtshofs zu § 867 ABGB nicht,<sup>357</sup> er verweist aber ausdrücklich auf die Anscheinsvollmacht und die nachträgliche Genehmigung; damit ist klar, dass Zurechnung von Verhalten und von Wissen auch dann passiert, wenn ein Verwaltungsorgan bzw ein Organwalter desselben sein rechtliches "Dürfen" überschreitet.<sup>358</sup> Ohne Zurechnung kann es nämlich niemals zu einer Anscheinsvollmacht oder nachträglichen Genehmigung kommen. Das bestätigte im Übrigen auch der Oberste Gerichtshof: **Sogar das Handeln eines unzuständigen Referatsleiters bewirkt Zurechnung!**<sup>359</sup> Im vorliegenden Fall **handelten aber ohnehin zuständige Organe bzw Organwalter**, die Gemeinderatsausschüsse, der Magistrat bzw FVV, Mag ██████ waren – wie oben dargetan –zweifelsohne zuständig (strittig ist nicht ihre Zuständigkeit, sondern, ob ihr Handeln einer Genehmigung des Gemeinderats bedurft hätte), weshalb das gerade Gesagte umso mehr gelten muss.

Selbst wenn man den GRB 2004 als unzureichend und zB wie die Stadt Linz als bloßen Grundsatzbeschluss oder gar nur eine politische Willensäußerung sehen würde (was unzutreffend ist), wer hätte dann – aus Sicht von Stadt Linz – handeln sollen. Niemand anderer! Der Ablauf wäre derselbe gewesen; nur, dass die Stadt Linz behauptet, die Handelnden hätten vor dem Abschluss des Swap nochmals den Gemeinderat befassen müssen. An der Frage der Verhaltens- und Wissenszurechnung hätte sich dadurch nichts geändert. Das zeigt, dass die Zurechnung keine Umgehung zwingender Zuständigkeitsnormen des StL 1992 noch eine unzulässige Kompetenzverschiebung bewirkt.

<sup>355</sup> Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup>, 2017, Rz 71.

<sup>356</sup> *Ibid.*

<sup>357</sup> Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup>, 2017, Rz 187.

<sup>358</sup> AaO, 184 ff.

<sup>359</sup> OGH 14.12.2000, 6 Ob 150/00b.

## (v) Arbeitsteiligkeit als Zurechnungsgrund in der Verwaltung

Zurechnung ist nicht nur wegen der Handels- und Wissensunfähigkeit der Stadt Linz ein unverzichtbarer rechtlicher Vorgang, sondern erst Zurechnung erlaubt Arbeitsteiligkeit in der Verwaltung:

**Arbeitsteiligkeit bedeutet in diesem Zusammenhang nicht nur, dass die einzelnen Aufgaben zwischen den einzelnen Verwaltungsorganen aufgeteilt sind, sondern dass diese nicht immer selbst handeln müssen.** Der Gemeinderat musste den Swap nicht selbst schließen, sondern konnte seinen Hilfsapparat, den Magistrat der Stadt Linz bzw die FVV als deren Organisationseinheit bzw den Organwalter und Leiter von FVV, Mag ██████ als "verlängerter Arm" damit beauftragen. Deshalb hat beim Abschluss des Swap der **Gemeinderat** und nicht der Bürgermeister oder ██████ als Leiter von FVV (Magistrat) **gehandelt**; der Magistrat ist nur das (Hilfs-)Organ eines anderen Organs, nämlich – wie dargetan – des Gemeinderats. Durch diese "Hilfestellung" wird keine Übertragung oder Delegation von Kompetenzen bewirkt, sondern das Handeln des Geschäftsapparats wird – durch die Zurechnungsnormen – juristisch zum Handeln des Organs (hier: des Gemeinderats bzw des Bürgermeisters), für das der Geschäftsapparat einschreitet. Hat der Gemeinderat ein bestimmtes Geschäft, wie dies die Ansicht der Revisionswerberin ist, (soweit dies überhaupt notwendig ist) genehmigt, wird die Stadt beim Abschluss genauso durch den Bürgermeister vertreten, der sich dabei des Magistrats und seiner Dienststellen bedienen wird. Auch das würde die Stadt Linz sicherlich nicht "beeinspruchen", weil Zurechnung besteht. Zurechnung zum Gemeinderat besteht aber auch, selbst wenn man eine Zuständigkeit des Gemeinderats unzutreffender Weise bejahen würde und zudem der Ansicht wäre, der GRB 2004 wäre kein ausreichender Beschluss für den verfahrensgegenständlichen Swap, weil – wie oben dargetan – das "rechtliche Dürfen" nicht Grenze der Zurechnung ist.

Dasselbe gilt, wenn man – richtigerweise – die Zuständigkeit des Gemeinderats verneint, weil durch den Abschluss des Swap kein Tatbestand des § 46 StL 1992 erfüllt ist. Dann wäre der **Bürgermeister** das zum Abschluss des Swap zuständige Organ, weil er gemäß § 49 Abs 1 StL 1992 die Stadt Linz zu vertreten hat. Dieser stützte sich beim Abschluss des Rahmenvertrages gemäß § 38 Abs 3 und § 11 Abs 4 StL 1992 zutreffend auf die GEOM. Genau deshalb **durfte er daher dem Finanzdirektor Mag ██████ als Organwalter Vollmacht erteilen**, weil dieser dem Magistrat der Stadt Linz angehörte und der Magistrat bei dieser Konstellation der Geschäftsapparat des Verwaltungsorgans Bürgermeister wäre. Wessen hätte sich der Bürgermeister sonst bedienen sollen als der **zuständigen Abteilung FVV**, dessen Leiter Mag ██████ als Finanzdirektor der Stadt Linz war. Der Magistrat bzw seine Organwalter, die für ihn handeln, bilden sich dabei keinen eigenständigen Willen, sondern bringen den Willen der sie beauftragenden Organe der Stadt Linz zum Ausdruck, wie dies auch generell in der öffentlichen Verwaltung der Fall ist.<sup>360</sup> **Damit verfügt das**

<sup>360</sup> Das lässt sich anhand folgenden Beispiels veranschaulichen: Auch einen Bescheid ausstellende Verwaltungsbeamte bildet keinen eigenen Willen, sondern sein Willensentschluss ist beispielsweise dem zuständigen Bundesminister zuzurechnen, selbst

**StL 1992, wer Verhaltens- und wer Zurechnungssubjekt ist; nicht nur für das Handeln, sondern auch für das Wissen.** Niemand würde bei dieser Konstellation meinen, durch das "Einschreiten" von Mag ██████ gemäß § 38 *leg cit* wäre die zwingende Zuständigkeitsordnung des StL 1992 missachtet und Kompetenzen übertragen und delegiert worden. Das deshalb, weil der Bürgermeister als Vertreter der Stadt nach außen das zur Vertretung zuständige Außenorgan und der Magistrat und die dort tätigen Organwalter sein Hilfsorgan sind (§§ 38 und 51 *leg cit*).

Das bedeutet: Es wurden durch den GRB 2004 – und das ist nicht für die Frage der Gültigkeit oder Zulässigkeit von Rahmenbeschlüssen, sondern ganz allgemein von Bedeutung – sohin keine Kompetenzen delegiert, übertragen, verschoben, erweitert, etc. Anders als Stadt Linz in der Berufungsbeantwortung (Punkt 2.5.3.2.) meint, werden durch das "rechtliche Phänomen" der Zurechnung **keine Zuständigkeiten**, insbesondere nicht die Zuständigkeit zur Willensbildung, **übertragen**. Die Zurechnung macht – entgegen der unzutreffenden Meinung in der Berufungsbeantwortung – die im öffentlichen Recht zwingenden Zuständigkeitsregelungen nicht überflüssig oder verstößt gegen diese auch nicht. Zurechnung bewirkt in rechtlicher Hinsicht lediglich, dass das Handeln natürlicher Personen dem Organ bzw einer juristischen Person "zugerechnet" wird. Wenn die Gemeinderäte etwas wissen, was ihre Funktion als Gemeinderat betrifft (privates Wissen bleibt natürlich unberücksichtigt) oder im Gemeinderat handeln, dann ist dieses Wissen und Handeln – qua Zurechnung – **rechtlich als Wissen oder Handeln des Gemeinderats anzusehen**. Verhaltens- und Wissenszurechnung funktioniert aber auch zwischen unterschiedlichen Organen, wie etwa dem Gemeinderat und dem Magistrat, ohne dass damit die Zuständigkeitsordnung des StL 1992 geändert würde. Nach dem – von der Stadt Linz in der Berufungsbeantwortung – zitierten § 51 Abs 1 StL 1992 sind die Geschäfte der Stadt durch den Magistrat zu besorgen. Zu diesen Geschäften zählen auch die in § 46 Abs 1 StL 1992 dem Gemeinderat vorbehaltenen Angelegenheiten. Auch "diese Geschäfte" sind durch den Magistrat zu besorgen. Damit wird aber die Zuständigkeit keineswegs von § 46 Abs 1 StL 1992 und damit dem Gemeinderat gemäß § 51 *leg cit* zum Magistrat "verschoben", weil der Magistrat – wie bereits mehrfach dargetan – als **Hilfsorgan** Geschäftsapparat (ua) des Gemeinderats ist.

---

wenn der Abteilungsleiter den Bescheid approbiert und ihn der Minister gar nicht sieht. Das kommt in der Regel in der Fertigungsklausel zum Ausdruck, wenn der Abteilungsleiter "Für den Bundesminister" fertigt. Auch hier bilden sich Menschen (Organwalter), nämlich der Sachbearbeiter und sein Abteilungsleiter einen Willen, der – rechtlich betrachtet – nicht ihr privater, sondern der Wille des (obersten) Organs Bundesminister ist. Niemand würde aber behaupten, dass nur weil der Bundesminister den Bescheid nicht kennt dieser nicht gültig wäre.

Wandelt man dieses Beispiel ab und geht davon aus, dass der ein Mitarbeiter einer Bezirkshauptmannschaft einen Wasserrechtsbescheid in der mittelbaren Bundesverwaltung erlässt. Dieser Bescheid ist nicht nur dem Bezirkshauptmann als Leiter der Behörde, sondern, weil es sich um mittelbare Bundesverwaltung handelt, auch dem Landeshauptmann und endlich dem Bundesminister als oberstes Organ zuzurechnen. Niemand wird beim abgewandelten Beispiel ernsthaft behaupten, dass der Minister von diesem Wasserrechtsbescheid weiß. Theoretisch – aber eben nur theoretisch – könnte er durch Weisung den Inhalt des Bescheids bestimmen; in der Praxis ist das aber – nicht zuletzt wegen der Arbeitsteiligkeit der Verwaltung – ausgeschlossen. Trotzdem ist nicht vorstellbar, dass man bei diesem Beispiel von einer Übertragung oder Delegation der Erlassung des Bescheids vom Bundesminister an den Sachbearbeiter der Bezirkshauptmannschaft spricht. Der Minister fasst in diesem Fall – anders als der Gemeinderat im verfahrensgegenständlichen Fall – gar keinen Willen, aber dennoch wird ihm der Wille und das Wissen des Beamten in der Bezirkshauptmannschaft zugerechnet. Es ist daher unverständlich, warum das Handeln und Wissen einzelner Organwalter und Hilfsorgane im vorliegenden Fall nicht dem Gemeinderat der Stadt Linz oder dem Bürgermeister zugerechnet werden können.

Es hat sohin letztlich immer der **Gemeinderat** gehandelt, weil ihm das **Handeln** von FVV bzw **Mag [REDACTED] zuzurechnen** ist. Dass er das nicht selbst getan hat, liegt schlicht und einfach in dem jeder modernen Verwaltung inhärenten Grundsatz der **Arbeitsteilung**. Wenn den einzelnen Gemeindeorganen also Zuständigkeiten zugewiesen sind, heißt das keineswegs, dass diese Zuständigkeit wie in der kleinen 400-Einwohnergemeinde, die gewöhnlich nur über einen Gemeinsekretär verfügen wird, selbst vom Organ wahrgenommen werden muss. Wenn der Bürgermeister selbst allein zuständig war, es also (nach richtiger Auffassung) zum Abschluss des Swap des GRB 2004 gar nicht bedurfte, dann gilt das umso mehr.

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

Genauso sind **Ausschüsse** im Gemeinderat dem **Gesamtgemeinderat zuzurechnen** und das Handeln und das Wissen von Dr Mayr und Dr Dobusch sind ebenfalls dem Gesamtgemeinderat zuzurechnen.<sup>361</sup> Zuzurechnen ist dem Gemeinderat nicht nur das **Handeln** der seinen Willen ausführenden Organe (wie oben ausgeführt)<sup>362</sup>, sondern – wie ebenfalls bereits dargetan – **auch deren Wissen**. Das Erstgericht moniert in diesem Zusammenhang, die Mitglieder des Gemeinderats hätten die genauen "Konditionen" des Swap weder beschlossen und auch nicht gekannt, weil der Gemeinderat in seiner Gesamtheit darüber nie im Detail informiert worden wäre. Ähnlich behauptet das Berufungsgericht, der Gemeinderat habe den Inhalt des Geschäfts nicht einmal in Grundzügen gekannt (Berufungsurteil, S 49). Wie oben ausgeführt, ist das unrichtig.<sup>363</sup> Jedenfalls ist aber das Wissen von FVV, dem Magistrat als Geschäftsapparat bzw FVV oder der Ausschüsse des Gemeinderats **dem Gemeinderat** – wie in diesem Abschnitt nachgewiesen wurde – sehr wohl **zuzurechnen**.<sup>364</sup> Es ist daher kein persönliches Wissen der einzelnen Gemeinderatsmitglieder erforderlich, um dem Gemeinderat das Wissen seines Verwaltungsapparats zuzurechnen (genauso wenig, wie etwa ein Bundesminister alle in seinem Namen ausgestellten Bescheide kennen muss, damit sie gültig sind – siehe FN **Fehler! Textmarke nicht definiert.**; auch zivilrechtlich ist bei einer Vollmacht klarer Weise nicht nötig, dass der Geschäftsherr von jedem vom Bevollmächtigten geschlossenen Geschäft Kenntnis erlangt, weil dies sonst zu dessen Unwirksamkeit führen würde).

<sup>361</sup> Vgl dazu bei der nachträglichen Genehmigung Punkt C.III.2.6.5.4.3 und Punkt C.III.2.6.6.

<sup>362</sup> Punkt C.III.2.6.5.4.

<sup>363</sup> Punkt C.III.2.6.5.3.

<sup>364</sup> Das ist insbesondere für die weiter hinten behandelte nachträgliche Genehmigung von Bedeutung (wenn schon der GRB 2004 den Abschluss des Swap nicht genehmigt hätte, dann wäre wenigstens durch den Gemeinderat eine nachträgliche Zustimmung erteilt worden).

Dasselbe gilt für die Zurechnung an den Bürgermeister, wenn man allein den Bürgermeister als zuständig ansieht, weil keiner der die Zuständigkeit des Gemeinderats begründenden Tatbestände des § 46 StL 1992 erfüllt ist.

(c) Zurechnung aufgrund Zivilrechts

Dieses öffentlich-rechtliche Ergebnis wird durch die zivilgerichtliche Rechtsprechung gestützt:

Der OGH geht **sogar dann von einer Wissenszurechnung aus, wenn eine fachlich unzuständige Person innerhalb der Gemeinde** (dort: unzuständiger Referatsleiter) von einem Umstand erfährt.<sup>365</sup> Umso mehr muss das im vorliegenden Fall gelten:

Entscheidend dabei ist wie bereits oben erwähnt, dass sich mit dem Swap nicht nur *irgendwelche* Personen innerhalb der Stadt Linz beschäftigt haben (zum Beispiel der Kulturreferent), sondern tatsächlich zuständige, kompetente und informierte Personen: Darunter der Finanzdirektor Mag ██████ der Finanzstadtrat, der Finanzausschuss und der Kontrollausschuss. Diese Personen und Gremien waren nicht nur theoretisch zuständig und kompetent, sondern haben sich auch praktisch damit auseinandergesetzt, wie zum Teil schon oben ausgeführt und gleich unten näher gezeigt wird.

Jedenfalls in einem solchen Fall findet vor dem Hintergrund der oben beschriebenen öffentlich-rechtlichen Organisationsstruktur eine Zurechnung an das vertretungsbefugte Organ (Bürgermeister oder, wenn man von Gemeinderatszuständigkeit ausgeht, Gemeinderat) statt. Zuletzt beschäftigte sich der OGH in der auch vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung mit einer Zurechnung an den Gemeinderat aufgrund Thematisierung gegenüber den "**mehrheitsführenden sozialdemokratischen Gemeindepolitikern**" (die Zurechnung musste dann im Anlassfall aber nicht näher ausgeführt werden, weil es ohnehin einen nachträglichen Gemeinderatsbeschluss gab, der als schlüssige Genehmigung zu werten war).<sup>366</sup> Das entspricht der bisherigen Rechtsprechung, wonach es ausreicht, wenn die "maßgeblichen", "ausschlaggebenden" Gemeinderatsmitglieder eingebunden waren, was hier jedenfalls mit dem Finanzausschuss und dem Kontrollausschuss der Fall war.<sup>367</sup> Für den äußeren Tatbestand reicht ein Kenntnis "*einzelne[r] Mitglieder der Gemeinderäte*" – auf einen Erklärungswillen des Gemeinderats selbst kommt es nicht an.<sup>368</sup>

(d) Zwischenergebnis

**Zusammengefasst** gilt also, dass in der arbeitsteiligen Verwaltung das Handeln sowie auch das Wissen der den GRB 2004 ausführenden Organe dem Gemeinderat als (sofern er überhaupt zuständig war) willensbildendes Organ zuzurechnen ist, selbst wenn der Gemeinderat nicht selbst handelt. Der Gemeinderat nutzte nämlich proaktiv die Möglichkeiten der arbeitsteiligen Verwaltung, in dem er mit dem GRB 2004 die FVV zum Abschluss bestimmter Geschäfte ermächtigte. Er muss sich deshalb auch deren Handeln und das Wissen von deren Organwaltern, also auch jenes von Mag ██████ zurechnen lassen. Außerdem muss er sich aufgrund des

<sup>365</sup> OGH 14.12.2000, 6 Ob 150/00b.

<sup>366</sup> OGH 17.6.2015, 3 Ob 57/15a.

<sup>367</sup> OGH 13.9.1990, 8 Ob 573/90. Ausdrücklich bestätigt in OGH 11.5.2000, 8 ObA 204/99d.

<sup>368</sup> OGH 4.4.1990, 9 ObA 91/90.

Organisationsaufbaus der Stadt Linz auch das Wissen seiner Ausschüsse zurechnen lassen.<sup>369</sup> All diese Personen und Gremien hatten **ausreichend Kenntnis vom Swap**, weshalb der Gemeinderat – auch wenn er selbst keine unmittelbare Kenntnis vom Swap gehabt haben sollte, was ohnehin unrichtig ist – bereits *ex lege* ebenfalls Kenntnis davon hatte.<sup>370</sup> Aus den Feststellungen des Erstgerichts ergibt sich – abgesehen von der zu erfolgenden Wissenszurechnung – allerdings sowieso, dass der Gemeinderat unmittelbar selbst Kenntnis von Swap hatte.<sup>371</sup>

Die Zurechnung muss insbesondere auch für den vom Gemeinderat für die Finanzgebarung eingesetzten **Finanzausschusses** gelten. Wenn der **Gemeinderat** eine Organisationsstruktur schafft, bei der bestimmte – durchaus auch wesentliche Themen – (nur) in Ausschüssen behandelt werden, muss er sich deren **Wissen und Handlungen zurechnen** lassen.

(e) Vertretungsbefugnis des Verhaltenssubjekts ist jedenfalls irrelevant für die Zurechnung

Das Berufungsgericht verneint – freilich unzutreffender Weise – unter Berufung auf das OGH-Urteil 5 Ob 52/11z die Zurechnung von Gemeinderatsausschüssen mit der Begründung, dem verfahrensgegenständlichen Kontrollausschuss im Verfahren 5 Ob 52/11z wäre keine Vertretungsbefugnis zum Abschluss von Rechtsgeschäften zugekommen. Deshalb müsste die Zurechnung auch im vorliegenden Fall scheitern; insbesondere im Hinblick auf die Zurechnung von Hilfsorganen und Organwalter. Das ist **schlichtweg falsch und das Urteil sagt das auch gar nicht aus**:

Bei der Zurechnung von Handeln und Wissen geht es – wie oben dargelegt – darum, dass durch das Vorhandensein einer Zurechnungsnorm, wie insbesondere dem StL 1992, das Handeln und Wissen von Menschen einer juristischen Person, hier: der Stadt Linz, zugerechnet wird, weil diese handlungs- und wissensunfähig ist. Das ist auch der Grund dafür, dass keine Zuständigkeiten delegiert oder übertragen werden, sondern dass das Verhalten und Wissen von natürlichen Personen (Organwalter) zum Handeln und Wissen des Verwaltungsorgans und letztlich der juristischen Person werden. Die Menschen, die als Organwalter handeln und Wissen erwerben "vertreten" die juristische Person oder ihre Organe nicht. **Vertretung ist gemeindeorganisationsrechtlich etwas ganz Anderes als Zurechnung**. Vertretungsmacht ist daher gerade nicht Voraussetzung für Zurechnung. Hilfsorgane – wie der **Magistrat der Stadt Linz als Geschäftsapparat der Verwaltungsorgane der Stadt** – haben eben gerade keine selbständige Vertretungsmacht, sondern sind "verlängerter Arm" des Verwaltungsorgans als dessen "Bürokratie" sie tätig werden. Dasselbe kann im Hinblick auf Ausschüsse des Gemeinderats gesagt werden, die eine Vorbereitungs- und Vorberatungsfunktion für den Gemeinderat haben. Sie sind – wie der Magistrat – ein "unselbständiges" Organ für ein anderes Organ, hier insbesondere den Gemeinderat. Gerade aufgrund ihrer Hilfsfunktion erfolgt ihre Zurechnung.

Die objektive Zurechnung von Wissen erfolgt nicht nur im Verhältnis zwischen dem Magistrat und anderen Verwaltungsorganen der Stadt Linz, sondern auch im Verhältnis zwischen dem **Gemeinderat und seinen Ausschüssen**, wie dem Finanzausschuss und dem Kontrollaus-

<sup>369</sup> Vgl dazu näher bei der nachträglichen Genehmigung Punkt C.III.2.6.5.4.3 und Punkt C.III.2.6.6.

<sup>370</sup> Vgl dazu näher bei der nachträglichen Genehmigung Punkt C.III.2.6.5.4.

<sup>371</sup> Punkt C.III.2.6.5.3.

schuss. Der Gemeinderat kann nach § 40 StL und § 15 f der Geschäftsordnung des Gemeinderats Ausschüsse zur Vorberatung und zur Abgabe von Gutachten bestellen. Die **Ausschüsse berichten dann dem Gesamtgemeinderat**. Der Swap war auch tatsächlich mehrfach im Finanzausschuss und im Kontrollausschuss Thema.<sup>372</sup> Selbst wenn ein Ausschuss und damit auch der Finanzausschuss oder der Kontrollausschuss dem Gesamtgemeinderat nicht vollumfänglich berichtet, ist er Wissensstellvertreter für den Gesamtgemeinderat und ist dem Gesamtgemeinderat das Wissen seines Ausschusses zuzurechnen.

Der Grund für diese Fremdzurechnung (nicht nur des Handelns, sondern auch des Wissens) ist der **Verkehrs- und Vertrauensschutz**. Hinzu kommen das Gerechtigkeits- und das Gleichstellungsargument.<sup>373</sup> Kurz gesagt: Wer – wie die Stadt Linz – durch den Magistrat als Geschäftsapparat die **Vorteile der Arbeitsteiligkeit** genießt, der soll auch die in diesem Zusammenhang stehenden **Risiken** dadurch **tragen**, dass das Handeln und das Wissen von Organwaltern in der Zurechnungskette dem Verwaltungsorgan "Gemeinderat" zugerechnet wird.

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

So sieht das auch der Oberste Gerichtshof:<sup>374</sup> Kurz zusammengefasst ist eine Rechtfertigung für die Wissenszurechnung, dass eine Kommune dafür Sorge zu tragen hat, dass die mit einem Aufgabengebiet betrauten Stellen die bei Verletzung ihres Aufgabengebiets wahrgenommenen rechtserheblichen Tatsachen **ohne Verzug berichten**. Darauf darf sich der Vertragspartner, hier BAWAG PSK, auch verlassen. Ob ein solcher Bericht tatsächlich erfolgte oder nicht, muss unerheblich sein. Ebenso unerheblich muss laut OGH sein, ob die Person, die über das Wissen verfügt, tatsächlich entscheidungsbefugt ist oder nicht (was hier jedenfalls bei Mag [REDACTED] ohnehin der Fall war).<sup>375</sup>

<sup>372</sup> Punkte C.III.2.6.5.1 und C.III.2.6.5.2.

<sup>373</sup> Reinhardt, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht (2010) 49 f.

<sup>374</sup> OGH 8.10.1987, 6 Ob 602/87.

<sup>375</sup> "Ebensowenig kann es entgegen der Meinung des Berufungsgerichtes für die hier zu entscheidende Frage der Wissenszurechnung darauf ankommen, ob der passiv Vertretungsberechtigte auch aktiv über den Schadenersatzanspruch Verfügungsberechtigter ist oder nicht."

Das Gegenteil ergibt sich auch nicht aus der oben angesprochenen und vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung 5 Ob 52/11z. Es handelt sich dabei um die einzige Quelle, die das Berufungsgericht gegen die von BAWAG PSK bereits in der Berufung unter Verweis auf mannigfaltige Lehre und Rechtsprechung ins Treffen führt (Berufungsurteil, S 49) – und **nicht einmal aus dieser Entscheidung ergibt sich das vom Berufungsgericht gewünschte Ergebnis.**

Wörtlich zitiert lautet der maßgebliche Teil der Entscheidung wie folgt:

*"Die in diesem Zusammenhang vom Beklagten ins Treffen geführte Prüfung durch den Prüfungsausschuss deckte zwar die Gesetzwidrigkeit der Mittelverwendung durch den Beklagten nicht auf, hat aber darüber hinaus nicht die von ihm in Anspruch genommene rechtliche Bedeutung. Der Prüfungsausschuss ist zwar zufolge seiner in § 91 Abs 2 Oö. GemO zur Feststellung der Gesetzmäßigkeit einer Ausgabe zuständig, nicht aber obliegt ihm eine Vertretungsbefugnis zum Abschluss von Rechtsgeschäften. Aus diesem Grund kann eine mangelnde Beanstandung durch den Prüfungsausschuss auch nicht als Genehmigung durch den zuständigen Gemeinderat gewertet werden."*

Dies sagt nur aus, dass der für die nachträgliche Prüfung der Gesetzmäßigkeit zuständige Prüfungsausschuss nicht an Stelle des Gemeinderats genehmigen kann. Darum geht es hier aber nicht. Genehmigt hat im klagsgegenständlichen Fall der **Gemeinderat selbst**, nämlich – wenn man nicht ohnehin zutreffend von einer ursprünglichen Genehmigung ausgeht – aufgrund seiner unmittelbaren oder über Wissenszurechnung vermittelten Kenntnis des Swap durch beharrliches Schweigen (konkludent) und durch Vorteilszuwendung.

Um Wissenszurechnung ging es in der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung gar nicht. Der Oberste Gerichtshof zitierte dazu:

*"Der Beklagte habe somit nicht behauptet, dass ein dazu vertretungsbefugtes Organ der Klägerin das Rechtsgeschäft nachträglich mit dem Bewusstsein genehmigt habe, dass der Bürgermeister vollmachtslos das Geschäft im Namen der Gemeinde abgeschlossen habe."*

Damit ist der Hintergrund der Entscheidung klar: Weder wurde in dem Verfahren Wissenszurechnung an den Gemeinderat behauptet, noch dass der Gemeinderat über ihm zugerechnetes Wissen selbst genehmigt hätte – es ging immer nur um die Frage, ob ein für die Genehmigung unzuständiges Organ (Ausschuss) anstelle des zuständigen Organs (Gemeinderat) genehmigen kann. Diese Frage stellt sich im klagsgegenständlichen Fall, wie oben dargestellt, aber gar nicht.

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

#### 2.6.5.4.2. Zurechnung des Wissens von Mag ██████████

## (a) Vorbemerkung

Selbst wenn der Gemeinderat keine unmittelbare Kenntnis vom Swap gehabt haben sollte (was wie ausgeführt nicht zutrifft), ist ihm die Kenntnis von Mag [REDACTED] zuzurechnen. Wie bereits oben dargelegt, funktioniert die Zurechnung von Handlungen und von Wissen in einer arbeitsteiligen Organisation durch "Wissensstellvertreter".<sup>376</sup> Es **geht nicht um tatsächliches Wissen oder "wissen müssen", sondern schlichtweg darum, dass das Wissen von Organwaltern dem zuständigen Verwaltungsorgan zuzurechnen ist.** Mag [REDACTED] als Direktor der FVV (vgl die Feststellungen im Zwischenurteil, S 2 ff) handelte beim Abschluss des Swap im Auftrag des Gemeinderats. Er ist dem Gemeinderat daher zuzurechnen – und zwar sowohl hinsichtlich seines Handelns als auch hinsichtlich seines Wissens.

## (b) Mag [REDACTED] war die Struktur des Swap bekannt

Mag [REDACTED] schloss den Swap für Stadt Linz (Zwischenurteil, S 25).

Mag [REDACTED] kannte und verstand die Struktur des Swap. Insbesondere wusste er, dass dessen Entwicklung vom CHF-Kurs abhängt und dass Stadt Linz daraus auch Zahlungspflichten treffen können. Dies ergibt sich schon aus seinen Berichten an den Finanzausschuss.<sup>377</sup>

Dies ergibt sich darüber hinaus auch aus der bereits in der Berufung enthaltenen Beweisrüge (Punkt 3). Diese wird in der Revision als Teil der Verfahrensrüge noch einmal wiederholt, weil sie vom Berufungsgericht nicht oder nur unzureichend erledigt wurde.<sup>378</sup> Sollte der Oberste Gerichtshof ebenso wie das Berufungsgericht davon ausgehen, dass es sich dabei um reine Ergänzungen zu den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen handelt und solche "Ergänzungen" einer Beweisrüge nicht zugänglich sind, werden dieselben Feststellung aus Vorsichtsgründen hiermit auch als sekundärer Verfahrensmangel gemacht und ergänzend begehrt. Zur Begründung und zur Relevanz wird auf die Ausführungen in der Verfahrensrüge oben verwiesen.<sup>379</sup>

## (c) Wissenszurechnung von Mag [REDACTED] an Gemeinderat

Wie bereits oben beschrieben kommt es rechtlichen zu einer objektiven Wissenszurechnung des Wissens von Mag [REDACTED] an den Gemeinderat. Das bedeutet: Egal, was der Gemeinderat wusste oder nicht wusste – das Wissen von Mag [REDACTED] in Bezug auf den Swap wird ihm ohne Einschränkung zugerechnet.<sup>380</sup>

Ergänzend und alternativ zu den Ausführungen oben folgt die konkrete Zurechnung des Wissens von Mag [REDACTED] auch **aufgrund öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften, auf deren Einhaltung sich BAWAG PSK verlassen durfte** (Zuständigkeiten, Vertretungsregeln und Berichtspflichten):

<sup>376</sup> Punkt C.III.2.6.5.4.

<sup>377</sup> Siehe dazu Punkt C.III.2.6.5.1.

<sup>378</sup> Punkt C.II.2.5.

<sup>379</sup> Punkt C.II.2.5.

<sup>380</sup> Vgl Punkt C.III.2.6.5.4.1(a).

Grundlage dafür ist die Mag ██████ gemäß dem StL 1992 und der GEOM zukommende Vertretungsmacht. Deren Umfang lässt sich eindeutig aus diesen öffentlich bekannt gemachten Rechtsvorschriften sowie Beschlüssen ableiten. Gemäß § 49 Abs 1 StL 1992 vertritt der Bürgermeister die Stadt nach außen und ist er auch der Vorstand des Magistrats (vgl § 49 Abs 2 StL 1992). Dieses gliedert die Verwaltung der Stadt Linz in Dienststellen (Geschäftsgruppen, Ämter, Einrichtungen), auf die die Geschäfte nach ihrem Gegenstand und ihrem sachlichen Zusammenhang aufgeteilt werden (§ 4 Abs 1 Satz 1 GEOM iVm § 49 Abs 2 StL 1992). Die Dienststellen besorgen die ihnen nach der Geschäftsverteilung (vgl Anhang II zur GEOM) zukommenden Geschäfte. Das Nähere über den Geschäftsgang im Magistrat wird durch die GEOM geregelt (vgl § 38 Abs 3 StL 1992). In dieser ist in Verbindung mit dem StL 1992 auch geregelt, inwieweit sich der Bürgermeister, der Stadtsenat bzw einzelne Mitglieder des Stadtsenats unbeschadet ihrer durch StL 1992 geregelten Verantwortung, sich bei den zu treffenden Entscheidungen oder Verfügungen oder sonstigen Amtshandlungen durch – unter anderem – Gruppenleiter vertreten lassen können (vgl § 6 Z 3, § 11 Abs 4 und § 22 GEOM).

**Das Wissen der FVV und deren Leiter Mag ██████ ist unmittelbar dem Gemeinderat zuzurechnen**, da der Gemeinderat den Magistrat (konkret: die FVV) im GRB 2004 mit dem Abschluss bestimmter Geschäfte ermächtigte. Die Wissenszurechnung wird auch durch umfassende wechselseitige Berichts- und Kontrollpflichten untermauert: Die BAWAG PSK durfte sich nämlich insbesondere darauf verlassen, dass Mag ██████ als Gruppenleiter der FVV (Zwischenurteil, S 3) sein Wissen nicht für sich behalten, sondern seine öffentlich-rechtlich statuierten Berichtspflichten erfüllen werde, wie es in § 48 StL 1992 und insbesondere in § 8 Abs 4 GEOM ausdrücklich vorgesehen ist: *"Die Gruppenleiter haben den Magistratsdirektor und das sachlich in Betracht kommende Mitglied des Stadtsenats regelmäßig von allen bedeutsamen Angelegenheiten der Geschäftsgruppe zu informieren, sofern diese nicht ohnehin rechtzeitig im Dienstweg damit befasst werden."*

Als Gruppenleiter iSd § 8 GEOM hätte Mag ██████ jedenfalls "unmittelbar rechtzeitig und laufend" den zuständigen Finanzstadtrat Dr Mayr gemäß § 48 StL 1992 iVm § 8 Abs 4 GEOM zu unterrichten gehabt. Unabhängig davon, ob Mag ██████ Gruppenleiter war, traf ihn jedenfalls auch die Pflicht zur "magistratsinternen Information und Kommunikation" iSd § 15 GEOM durch Weitergabe von wesentlichen Informationen, die eine außerordentliche Maßnahme zu rechtfertigen vermögen, an Finanzstadtrat Dr Mayr. Diese Informationspflicht ist für Gruppenleiter insofern verschärft, als sie – wie gerade dargetan – gemäß § 8 Abs 4 GEOM ohne Anlass (*arg* "regelmäßig") das "sachlich in Betracht kommende Mitglied des Stadtsenats" zu informieren haben. Ob Mag ██████ und was Mag ██████ berichtete, ist vor dem Hintergrund der objektiven Wissenszurechnung irrelevant (da Mag Mayr allerdings auch im Finanzausschuss saß war dies auch der Fall). Vielmehr kommt es ausschließlich darauf an, dass die Weisungs- und Informationskette geschlossen ist, was – offensichtlich – zutrifft.

Finanzstadtrat Dr Mayr wiederum hätte sein Wissen als Vorsitzender des Finanzausschusses in dessen Verhandlungen einzubringen gehabt. Ob und in welchem Umfang er das tat, ist – wie bei Mag ██████ – bedeutungslos. Da der Finanzausschuss das für die Vorberatung der streitgegenständlichen Geschäfte zuständige Hilfsorgan des Gemeinderates ist, reicht die Wissenszurechnung hinsichtlich der Kommunikation der BAWAG PSK mit Mag ██████ bis in den Gemein-

derat, da die BAWAG PSK nicht von einer gezielten und langjährigen Verletzung organisationsrechtlicher Vorschriften durch alle Beteiligten ausgehen musste<sup>381</sup> und diese Verletzung – wie bereits mehrfach betont – irrelevant ist.

**Zusammenfassend** gebietet der nach der herrschenden Rechtsprechung anzulegende "objektive Beurteilungsmaßstab"<sup>382</sup> die **Zurechnung des Wissens von Mag ██████ zur Stadt Linz**. Wenn daher Mag ██████ es unterlassen haben sollte, laufend zu berichten, dann hat diese interne Pflichtverletzung keinen Einfluss auf die Zurechnung seines Wissens an die Stadt Linz.

#### 2.6.5.4.3. *Zurechnung des Wissens von Finanzausschuss und Kontrollausschuss*

Selbst wenn der Gemeinderat keine unmittelbare Kenntnis vom Swap gehabt haben sollte, ist ihm auch die Kenntnis von **Finanzausschuss und Kontrollausschuss zuzurechnen**, weil es sich in beiden Fällen um Hilfsorgane des Verwaltungsorgans Gemeinderat handelt. Wenn der Gemeinderat bestimmte Aufgaben an Ausschüsse auslagert, kann er sich dann nicht darauf berufen, keine Kenntnis von den in diesen Ausschüssen erörterten Themen zu haben.

Dass Finanzausschuss und Kontrollausschuss über den Swap und wesentliche Eckdaten Bescheid wussten, wurde bereits oben dargelegt.<sup>383</sup>

Liegen einem solchen Ausschuss die Informationen über den Abschluss und die Entwicklung eines bestimmten Geschäfts, insbesondere auch in Bezug auf daraus lukrierte Einnahmen, vor, ist dem Gemeinderat als Organ die Kenntnis dieser Informationen durchaus zuzurechnen. Das bedeutet, dass sich der Gemeinderat als Organ nicht auf die Unkenntnis dieser Informationen berufen kann.

Es kommt rechtlich zu einer objektiven Wissenszurechnung des Wissens des Finanzausschusses und des Kontrollausschusses an den Gemeinderat. Das bedeutet: Egal, was der Gemeinderat wusste oder nicht wusste – das Wissen von Mag ██████ in Bezug auf den Swap wird ihm zugerechnet.<sup>384</sup> Dass der Finanzausschuss und der Kontrollausschuss nicht aus sämtlichen Gemeinderäten (sondern nur aus einigen Gemeinderäten, vgl. Zwischenurteil, S 2) bestehen, ist kein schlüssiges Gegenargument. Wenn dem so wäre, dann könnte man – zugespitzt formuliert – immer dann, wenn beispielsweise Gemeinderäte wegen Krankheit oder aus sonstigen Gründen einer Sitzung fernbleiben würden, keine Zurechnung an den Gesamtgemeinderat vornehmen; unter Umständen wäre dann eine so erfolgte Willensbildung ungültig. Käme es auf das subjektive Wissen an, wie wäre dann der Fall zu sehen, dass ein Gemeinderat zwar an der Beschlussfassung mitwirkt, aber den Bericht davor im Gemeinderat nicht mitverfolgt. Dann wüsste er – subjektiv – nicht, welches Geschäft beschlossen worden wäre. Ist sein Nicht-Wissen dann problematisch? Das wäre absurd! Auch hier gilt, dass Arbeitsteiligkeit die Zurechnung von Wissen und Handlungen bedingt.

---

<sup>381</sup> Siehe zu Finanzausschuss und Kontrollausschuss gleich näher.

<sup>382</sup> Vgl. SZ 60/204.

<sup>383</sup> Punkte C.III.2.6.5.1 und C.III.2.6.5.2.

<sup>384</sup> Punkt C.III.2.6.5.4.1(a).

Ergänzend zu den Ausführungen oben folgt die konkrete Zurechnung des Wissens seiner Ausschüsse auch **aufgrund öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften, auf deren Einhaltung sich BAWAG PSK verlassen durfte** (Zuständigkeiten, Vertretungsregeln und Berichtspflichten):

Als organisatorischer (und diesem zuzurechnender) Teil des Gemeinderats war es deren Aufgabe, den vollen Gemeinderat mit Themen zu befassen, die nach deren Auffassung in dessen Zuständigkeit fallen. Geschieht dies nicht, darf das nicht zu Lasten von BAWAG PSK gehen.

Konkret ergibt sich diese "Redepflicht" der Ausschüsse gegenüber dem Gemeinderat aus folgenden Bestimmungen:

- Aus § 14 GOGR ergibt sich, dass ein **Finanzausschuss** im Gemeinderat einzurichten war, dem unter anderem alle Anträge zur Vorberatung zuzuweisen waren, die eine über den Voranschlag der Stadt Linz hinausgehende finanzielle Belastung der Stadt Linz zur Folge haben konnten.

Gerade beim Finanzausschuss mit seiner zentralen Stellung ist die Rolle klar: Er sollte nach dem Willen des Gesetzgebers der "Wissensmittler" sein, durch den der Gemeinderat informiert bleiben sollte. Politisch ist dies nachvollziehbar, sind doch im Finanzausschuss **alle Fraktionen des Gemeinderates** nach Maßgabe ihrer Stärke im Gemeinderat vertreten (§ 40 Abs 2 StL 1992), sodass dieser ein Spiegelbild der politischen Zusammensetzung des Plenums aufgrund des Wählerwillens ist. Er ist somit das engere und effizientere, aber noch immer durch Wahlen mittelbar legitimierte Gremium, in dem die Experten der Fraktionen des Gemeinderates zusammensitzen und einschlägige Themen für das Plenum vorberaten, um ihren Fraktionen die Linie für die Abstimmung vorzugeben. Im Finanzausschuss sind auch konkret jene **Mitglieder** des Gemeinderats vertreten, die nach dem Willen ihrer Fraktion **für die betreffende Sachthematik** (konkret: für die Finanzen) bestmöglich **geeignet** sind.

- Gleiches gilt aufgrund seiner gesetzlichen und statutarischen Stellung für den **Kontrollausschuss**, der Kontrollamtsberichte – wie den in der oben zitierten Feststellung erwähnten – nicht nur zu beraten, sondern selbstverständlich auch zu hinterfragen und wenn nötig das Plenum des Gemeinderats zu befassen hat. Dies ergibt sich schon ganz klar aus dem Gesetz:

Im Gemeinderat war im relevanten Zeitraum nach dem StL 1992 ein Kontrollausschuss einzurichten, dem alle Berichte des Kontrollamtes (Stadtrechnungshof) im Wege seines Vorsitzenden vorzulegen (§ 39 Abs 3 StL 1992) und von diesem zu beraten waren (§ 40a Abs 1 StL 1992; vgl auch § 15 Abs 1 GOGR). Der Kontrollausschuss ist ein Hilfsorgan des Gemeinderates, das nach außen hin als Organ der Gemeinde tätig wird.<sup>385</sup>

---

<sup>385</sup> Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 22, 130, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

Prüfungsziele der Kontrolltätigkeiten von Kontrollamt und Kontrollausschuss sind grundsätzlich Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit, Rechtmäßigkeit und Richtigkeit der Gemeindegebarung,<sup>386</sup> wobei in Übereinstimmung mit der Judikatur des VfGH von einem weiten Verständnis des Begriffs der Gebarung auszugehen ist.<sup>387</sup> Erfasst sind alle vom Magistrat getroffenen Gebarungsmaßnahmen, die sich im Gemeindehaushalt oder -vermögen niederschlagen.<sup>388</sup> Die Rechtmäßigkeitskontrolle umfasst dabei die Übereinstimmung der Gebarung mit den Gesetzen und sonstigen Vorschriften.<sup>389</sup> Für die Prüfungsmittel gilt der Grundsatz der Unbeschränktheit der Prüfungsmittel, das heißt dass die Kontrollorgane all jene Überprüfungsmittel einsetzen können, die notwendig sind, um die Übereinstimmung der Gebarungstätigkeit mit den vorgegebenen Prüfungszielen feststellen zu können; es ist somit den Prüfungsorganen überlassen festzustellen, welche Auskünfte und Unterlagen sie benötigen und welche Prüfungsmaßnahmen sie setzen, um die Kontrollzwecke und -ziele zu erreichen.<sup>390</sup>

Jedenfalls kann er selbst Anträge auf Fassung von Beschlüssen an den Gemeinderat stellen (§ 40 Abs 4 StL 1992).<sup>391</sup> Das wäre bei Bedenken auch seine Pflicht gewesen.

- Selbst wenn Bedenken – von wem auch immer – an das Plenum des Gemeinderats herangetragen worden wären, hätte dies übrigens wiederum zuerst zu einer Befassung des zuständigen Ausschusses (also des Finanzausschusses oder des Kontrollausschusses) geführt. Dies ergibt sich aus § 10 GOGR, wonach der Bürgermeister als Vorsitzender des Gemeinderats alle "*Geschäftsstücke, deren Entscheidung in den Wirkungsbereich des Gemeinderates fällt, nach ihrer Vorberatung gemäß § 15*" (das heißt nach Vorberatung durch den zuständigen Ausschuss) dem Gemeinderat vorlegt. Umso absurder wäre es, angesichts der tragenden Rolle der Ausschüsse deren **Wissensstand** nicht auch dem Gemeinderat **zuzurechnen**.

Zusammengefasst erfolgt auch von den **Ausschüssen** des Gemeinderats eine **umfassende 1:1-Wissenszurechnung an den Gemeinderat selbst**.

#### 2.6.6. Zwischenergebnis

Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Swap nicht ursprünglich gültig geschlossen wurde (was unrichtig ist), wurde er jedenfalls **nachträglich** von Stadt Linz, vertreten durch den Gemeinderat, **genehmigt**. Durch das Setzen des äußeren Anscheins der Genehmigung (auch durch jahrelanges Schweigen) und durch die Zuwendung von Vorteilen wurde der Swap so nachträglich genehmigt. Der Gemeinderat hatte selbst unmittelbare Kenntnis vom Swap und behandelte diesen sogar in einer Gemeinderatssitzung ausdrücklich. Außerdem ist dem Ge-

<sup>386</sup> Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 46, in Klug/Oberndorfer/Wolny [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

<sup>387</sup> Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 51, in Klug/Oberndorfer/Wolny [Hrsg], Gemeinderecht [2008]; Wolny/Kliba, 10. Teil, Struktur und Aufgaben des Gemeindeamtes [Magistrate] Rz 32, in Klug/Oberndorfer/Wolny [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

<sup>388</sup> Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 54, in Klug/Oberndorfer/Wolny [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

<sup>389</sup> Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 50, in Klug/Oberndorfer/Wolny [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

<sup>390</sup> Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 120, in Klug/Oberndorfer/Wolny [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

<sup>391</sup> Hengstschläger, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 127, in Klug/Oberndorfer/Wolny [Hrsg], Gemeinderecht [2008].

meinderat das Verhalten und Wissen seiner jeweiligen Ausschüsse, insbesondere des Finanzausschusses (wo regelmäßig über den Swap berichtet wurde) und des Kontrollausschusses (der mit der Prüfung des Swap beschäftigt war), voll zurechenbar. Eine rechtlich zutreffende Beurteilung durch das Berufungsgericht hätte zur Annahme eines gültigen Swap geführt und zur Stattgabe der Berufung führen müssen.

## 2.7. Zusammenfassung

Mag ■■■ durfte als **Vertreter der Stadt Linz den Swap mit BAWAG PSK abschließen**. Er brauchte dafür nicht einmal einen Gemeinderatsbeschluss, weil der Abschluss des Swap nicht in die Gemeinderatszuständigkeit fiel. Selbst wenn man das anders sehen würde, lag mit dem GRB 2004 ohnehin ein tauglicher Gemeinderatsbeschluss vor, der Mag ■■■ zum Abschluss des Swap ermächtigte und bevollmächtigte. Zumindest schuf der Gemeinderat mit dem GRB 2004 aber den Anschein für eine solche Bevollmächtigung. Und auch wenn man eine Anscheinsvollmacht verneinen würde, genehmigte Stadt Linz den Swap zumindest nachträglich, sodass er immer schon als gültig geschlossen galt. Die **entgegenstehende Ansicht im Berufungsurteil ist unrichtig**. Das Berufungsgericht hätte sohin zutreffend von der Gültigkeit des Swap ausgehend der Berufung Folge geben müssen.

## 3. ZU DEN SONSTIGEN ARGUMENTEN GEGEN EINE GÜLTIGKEIT

### 3.1. Kein Vertretungsmangel

#### 3.1.1. Vorbemerkung

Wie gerade oben ausgeführt,<sup>392</sup> besteht aus den vom **Berufungsgericht** genannten Gründen kein Vertretungsmangel und der Swap wurde gültig geschlossen. Im Folgenden wird, da sich die Begründung des Erstgerichts für die angebliche Ungültigkeit von jener des Berufungsgerichts unterscheidet, der Vollständigkeit halber noch dargelegt, weshalb auch aus sonstigen Gründen, die bisher von Stadt Linz und/oder vom **Erstgericht** – nicht aber vom Berufungsgericht – genannt wurden, ebenfalls kein Vertretungsmangel besteht.

#### 3.1.2. Zusammenfassung

Vorweg ist zusammenfassend Folgendes festzuhalten:

- Wie bereits oben ausgeführt, sind **Gemeinden im Rechtsverkehr ein Teilnehmer wie jeder andere**. Sie sind weder besonders geschützt noch besonders schützenswert. Ihre Fähigkeit, uneingeschränkt – das heißt mit allen Rechten und Pflichten wie jeder andere – privatwirtschaftlich zu handeln, ist mehrfach verfassungsrechtlich abgesichert.
- Wenn der Gemeinderat – nach unrichtiger Ansicht des Erstgerichts und des Berufungsgerichts<sup>393</sup> – für den Abschluss von Finanzgeschäften wie dem Swap zuständig war, so kann es sich beim GRB 2004 nicht um eine unverbindliche, politische

---

<sup>393</sup> Punkt C.III.2.2.

Willenserklärung handeln; vielmehr ist das Gegenteil der Fall: Es wurde ein rechtsverbindlicher Beschluss des Gemeinderats der Stadt Linz gefällt, der den **Abschluss des Swap abdeckt**.<sup>394</sup> Dass der Gemeinderat eine verbindliche Beschlussfassung intendiert hat – woran nur das Erstgericht, nicht aber das Berufungsgericht zweifelt –, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des GRB 2004 ("FVV [...] ermächtigt [...] Abschluss"). Der **Gemeinderat sah dies** offenkundig auch in der Gemeinderatssitzung vom 16.12.2010 **noch so**, als der Voranschlag für das Jahr 2011 genehmigt wurde, wobei zwei Gemeinderäte Bezug auf den Swap nahmen, die Verluste ansprachen und festhielten, dass sich 2004 der Gemeinderat entschlossen hatte, den Finanzreferenten mit der Optimierung der Finanzgebarung zu betrauen ("*da sind uns die Hände gebunden*"; Zwischenurteil, S 30 f), wobei Widerspruch dazu nicht festgestellt wurde.

- Mit dem GRB 2004<sup>395</sup> **ermächtigte** somit der **Gemeinderat** als zuständiges Organ die FVV (als zuständige Magistratsabteilung) in Form eines **Rahmenbeschlusses** zum Abschluss von Finanzgeschäften, wie den **Swap**. Dass der Gemeinderat den Abschluss des Swap vom Magistrat, konkret von der FVV, deren Leiter Mag. ■■■■■ war, umsetzen ließ, schadet nicht. **Arbeitsteiliges Verhalten** ist für Gemeinden üblich und verfassungsrechtlich zulässig.<sup>396</sup>
- Trotz des GRB 2004 (nicht einmal das Erstgericht bestreitet, dass dieser gültig gefasst wurde) geht das Erstgericht davon aus, dass das gültige Zustandekommen des Swap daran scheitert, dass es keinen ausreichenden Gemeinderatsbeschluss gab. Das ist unrichtig.
- Unter anderem behauptet das Erstgericht, der GRB 2004 sei zu unbestimmt. Darauf kommt es aber rechtlich gar nicht an – es gibt **keine gemeinderechtlichen "Determinierungsvorschriften"** für Rahmenbeschlüsse und jede ungeschriebene Einschränkung ist ein verfassungswidriger Eingriff in die Gemeindeautonomie. Das **Legalitätsprinzip gilt in der Privatwirtschaftsverwaltung nicht**. Der Gemeinderat kann daher – sofern ein Geschäft in seine Zuständigkeit fällt – selbst entscheiden, welche Spielräume er "seinem" Verwaltungsapparat einräumt. Dass der Abschluss des Swap in die Privatwirtschaftsverwaltung fällt, ist unbestritten.
- Aus § 867 ABGB kann sich eine solche Einschränkung ebenfalls **nicht** ergeben, auch wenn vom Erstgericht die Bestimmung – trotz gegenteiliger Beteuerungen, dass sie nicht dahingehend missverstanden werden dürfe, dass sie Gemeinden vor dem Abschluss nachteiliger Geschäfte schütze (Zwischenurteil, S 88 f) – praktisch trotzdem so verstanden wird.
- Es lag daher in der Entscheidungsgewalt des Gemeinderats als "höchstem" Verwaltungsorgan der Gemeinde, wie eng es seine Organe beim Abschluss von Finanzgeschäften wie dem Swap binden wollte. Behauptungen des Erstgerichts, wonach

<sup>394</sup> Zwischenurteil, S 16. Vgl dazu Punkt C.III.3.1.4.

<sup>395</sup> "Die FVV [Anmerkung: Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz] wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren."

<sup>396</sup> Vgl dazu bereits oben C.III.3.1.5. Zur Arbeitsteiligkeit bei Gemeinden auch oben Punkt C.III.2.6.5.4.1(b).

der GRB 2004 zu unbestimmt wäre, um den Abschluss des Swap zu decken, sind sohin weder rechtlich noch faktisch substantiiert.

- Der Gemeinderat hat mit dem GRB 2004 stattdessen nach richtiger Ansicht verbindlich seinen Willen geäußert und damit – zulässigerweise – auch darüber entschieden, wie viel Flexibilität er seinem Geschäftsapparat Magistrat der Stadt Linz bzw dessen Teil FVV beim Abschluss derartiger Geschäfte ließ; dies vor allem auch vor dem Hintergrund, dass die im GRB 2004 angesprochenen Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte diese **Flexibilität** voraussetzen:
- Der Gemeinderat der Stadt Linz als beschlussfassendes Verwaltungsorgan sah diesen **Beschluss** offenkundig (wie auch verschiedene andere Organe der Stadt Linz)<sup>397</sup> als **ausreichend** an – sonst hätte er ihn auch nicht gefasst. Er war sich auch seiner Reichweite bewusst, wie die Diskussionen im Vorfeld des Beschlusses<sup>398</sup> sowie auch die spätere Erörterung im Gemeinderat im Jahr 2010<sup>399</sup> zeigen.
- Gleichzeitig verlangt das Erstgericht von BAWAG PSK als Vertragspartnerin der Stadt quasi "gescheiter" als der Gemeinderat selbst und sonstige maßgebliche Organe der Stadt zu sein und meint, BAWAG PSK hätte die angebliche Ungültigkeit des Swap erkennen müssen.<sup>400</sup> Das kann mit nichts und auch nicht mit § 867 ABGB begründet werden. Insbesondere widerspricht es der Rechtsprechung zu § 867 ABGB, die das Vertrauen des Vertragspartners der Gemeinde auf den objektiven äußeren Anschein schützt – *venire contra factum proprium* ist auch für Gemeinden unzulässig.<sup>401</sup>
- Außerdem behauptet das Erstgericht, der Swap erfülle nicht die (für die Zwecke dieser Argumentation offenbar doch nicht mehr zu unbestimmten) Vorgaben des GRB 2004. Auch das ist unrichtig. Wie oben dargestellt, war der Swap optimierend. In der Folge wird zusätzlich noch gezeigt, dass auch die restlichen Ergebnisse des Gerichtsgutachtens für eine Optimierungseignung des Swap sprechen.
- Nach der Vorstellung des Erstgerichts sind alle Geschäfte, aus denen sich eine nachträgliche Mehrbelastung ergeben könnte (klassischerweise im kommunalen Bereich zB Bauvorhaben), einschließlich der potentiell künftig nötigen Finanzierung (in welcher Höhe?) vom Gemeinderat als Kollegialorgan persönlich abzuschließen. Er darf weder einen Rahmenbeschluss fassen (würde er es trotzdem tun, wäre dieser immer zu unbestimmt, weil nicht an alle Eventualitäten gedacht werden kann) noch darf er einen Gemeindemitarbeiter damit beauftragen, das Geschäft für ihn abzuschließen (würde er es trotzdem tun, wäre der Gemeindemitarbeiter vollmachtslos). All dies ist weder dem StL 1992 noch § 867 ABGB zu entnehmen.

---

<sup>397</sup> Vgl dazu Punkt C.III.3.1.5.

<sup>398</sup> Vgl dazu Punkte C.III.2.3.3.2 und C.II.2.3.

<sup>399</sup> Siehe dazu Punkt C.III.2.6.5.3.

<sup>400</sup> Das ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass *das* Standardwerk zum österreichischen Gemeinderecht nicht nur maßgeblich von oberösterreichischen Autoren stammt, sondern einer der Mitherausgeber, [REDACTED] ehemaliger Magistratsdirektor der Stadt Linz war (der auch keine Bedenken gegen den Swap hatte).

<sup>401</sup> Vgl dazu Punkt C.III.2.5 und insbesondere C.III.2.5.3.

Würde die Rechtsauffassung des Erstgerichts zutreffen, wäre der **Handlungsspielraum** der Gemeinden entgegen der verfassungsrechtlich verankerten **Gemeindeautonomie stark eingeschränkt**. Zudem wäre aufgrund der **völlig unbestimmten Genehmigungserfordernisse** der **Vertrauensschutz** für Vertragspartner von Gemeinden **außer Kraft gesetzt**.

- Aber selbst wenn man der Rechtsauffassung einer so "paralisierten Gemeinde" anhängt, wurde der Swap ursprünglich gültig abgeschlossen. Das StL 1992 sieht nämlich keine ausdrückliche Nichtigkeit für fehlende Gemeinderatsbeschlüsse vor. Der Zweck der Norm gebietet im vorliegenden Fall – unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes – auch keine Nichtigkeit, **weil der Gemeinderat einen Beschluss gefasst** hat, der nach Ansicht des Gerichts nur eine zu weite Ermächtigung beinhaltet hat. Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall auch wesentlich von der zu § 867 ABGB ergangenen höchstgerichtlichen Rechtsprechung, wo der Gemeinderat jeweils gar nicht befasst war. Hier war er aber eingebunden und hat der Gemeindeverwaltung einen weiten Spielraum gewährt. Es liegt daher **kein Verstoß gegen Organisationsvorschriften** vor.
- Dass (obwohl das Gesetz eine solche nicht vorsieht) überhaupt eine Zuständigkeit des Gemeinderats bestehen "müsse", was bestritten wird, bzw der Gemeinderat, würde man seine grundsätzliche Kompetenz – unzutreffender Weise – bejahen, seine Zuständigkeit nicht aus der Hand geben dürfe, begründet das Zwischenurteil mehrfach mit der unmittelbaren demokratischen Legitimation dieses Organs. Dadurch wird der Eindruck erweckt, der Bürgermeister und andere der Gemeindeorgane wären nicht demokratisch legitimiert. Es wird so – freilich schlechterdings falsch – versucht, einen Gegensatz zwischen "Legislative" und "Exekutive" zu schaffen: die (unmittelbar) durch Wahl legitimierte Legislative und die demokratisch nicht oder nur vermindert demokratisch legitimierte Exekutive: Der so erzeugte Schein ist allerdings völlig falsch und verkennt Grundlegendes in der Gemeindeorganisation.
- Die Gemeinde ist der Vollziehung (Verwaltung) zuzuordnen. Der Gemeinderat ist ein Verwaltungsorgan, also der Exekutive zuzuordnen, und nicht wie die allgemeinen Vertretungskörper (Landtage) in den Ländern der Legislative.<sup>402</sup> Der **Gemeinderat** – als ausschließliches **Verwaltungsorgan** (das im Gegensatz zu den allgemeinen Vertretungskörpern keine Gesetze erlassen kann) – ist der Exekutive zuzuordnen; genauso wie der Bürgermeister, Stadtsenat und der **Magistrat** der Stadt Linz als administratives **Hilfsorgan** der Stadtverwaltung. Der Gemeinderat ist daher – wie man schon seit 1923 in "*Demokratie und Verwaltung*" von *Adolf Merkel* – nachlesen kann, ein Verwaltungsorgan, das als Ausnahme von der Regel nicht durch *Ernennung* (wie bei den Berufsbeamten), sondern durch *Wahl* bestimmt wird.
- Die anderen Verwaltungsorgane der Stadt Linz wie der Bürgermeister, der Stadtsenat, die einzelnen Mitglieder des Stadtsenats und der Magistrat sind aber genauso **demokratisch legitimiert**; ihre demokratische Legitimation ergibt sich aus

---

<sup>402</sup> Von der Sonderkonstellation Wien abgesehen.

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

- Damit wird durch die bestehende Ingerenz (Einflussmöglichkeit) die demokratische Legitimation des Gemeinderats auf den Bürgermeister übertragen. Dieser steht dem Magistrat vor und ist gegenüber den Bediensteten des Magistrats weisungsberechtigt. Damit "beherrscht" er den Magistrat und die **Legitimationskette** (gemäß Art 118 Abs 5 iVm Art 20 Abs 1B-VG)<sup>403</sup> beginnend mit dem Gemeinderat, die bis zum einzelnen Bediensteten des Magistrats reicht, ist geschlossen. Deshalb besteht demokratische Legitimation nicht nur beim Gemeinderat, sondern bei allen Verwaltungsorganen der Gemeinde und dem Geschäftsapparat Magistrat.<sup>404</sup>
- Ob der Swap also gültig ist und wie die Rolle des Gemeinderats zu sein hat, hat daher, anders als das Erstgericht meint, mit demokratischer Legitimation nichts zu tun. Das ist eine – schön klingende – Scheinargumentation. Maßgeblich ist ausschließlich, welche Aufgaben das StL 1992 dem **Gemeinderat** zuordnet und dass die Handlungen und das Wissen der anderen von ihm kontrollierten **Verwaltungsorgane** der Stadt diesem **zuzurechnen** sind.<sup>405</sup> Daraus ergibt sich, dass **kein Verstoß gegen gemeindeinterne Organisationsvorschriften** vorliegt – die auch der VwGH nicht zu erkennen vermochte<sup>406</sup> – und sich weder aus den gemeinderechtlichen Vorschriften noch aus § 867 ABGB eine Ungültigkeit des Swap ergibt.

Zusammengefasst wurde der **Swap gültig geschlossen**. Weder die bereits oben entkräfteten Argumente des Berufungsgerichts noch jene des Erstgerichts, auf die im Folgenden (neben Argumenten der Stadt Linz) eingegangen wird, können dieses Ergebnis erschüttern.

Im Einzelnen:

### 3.1.3. **Gemeinden im Rechtsverkehr – ein Teilnehmer wie jeder andere**

#### 3.1.3.1. Gemeinden sind im Rechtsverkehr nicht besonders geschützt

Mehr oder weniger unausgesprochen fußt sowohl die Rechtsansicht von Stadt Linz, als auch jene des Erstgerichts auf einer völlig falschen Prämisse: Nämlich, dass Gemeinden (bzw die "Linzerinnen und Linzer" laut Zwischenurteil, S 88) im Verhältnis zu anderen Teilnehmern am Rechtsverkehr besonders schützenswert wären und insbesondere auch vor sich selbst zu

<sup>403</sup> Vgl dazu Punkt C.III.3.1.5.

<sup>404</sup> Müller, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2010) 350 f.

<sup>405</sup> Siehe dazu schon oben Punkt C.III.2.6.5.4.1.

<sup>406</sup> Siehe dazu bereits Punkt C.III.2.2.5 und näher Punkt C.III.3.1.9.

schützen seien. Das ist nicht nur rechtspolitisch unrichtig, wobei – wie bereits mehrfach darge-  
tan – es nicht Aufgabe eines Gerichts ist, Rechtspolitik zu machen. Es ist auch **verfassungswidrig und gesetzwidrig**:

Eine Gemeinde hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landes-  
gesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen, wirtschaftliche  
Unternehmungen zu betreiben sowie im Rahmen der Finanzverfassung ihren Haushalt selb-  
ständig zu führen und Abgaben auszuschreiben (Art 116 Abs 2 B-VG). Die Angelegenheiten der  
**Privatwirtschaftsverwaltung zählen zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde** (Art 118  
Abs 2 B-VG). Die Privatrechtsfähigkeit von Gemeinden ist daher unbeschränkt (kein "ultra vi-  
res"-Grundsatz bei Gemeinden).<sup>407</sup>

Weder aus Art 116 Abs 2 B-VG, noch aus Art 118 Abs 2 B-VG kann eine Beschränkung der  
Privatrechtsfähigkeit der Gemeinde abgeleitet werden. Solche Beschränkungen können sich  
zwar etwa aus den landesrechtlichen Vorschriften über die Gemeindeaufsicht (Art 119a B-VG)  
ergeben, diese sind aber wegen der verfassungsgesetzlich garantierten gemeindlichen Selbst-  
verwaltung (Autonomie)<sup>408</sup> streng (eng) auszulegen; sonst würde nämlich die im eigenen Wir-  
kungsbereich der Gemeinde, wozu auch das Handeln der Gemeinde als selbständiger Wirt-  
schaftskörper zählt, bestehende Weisungsfreiheit unverhältnismäßig ausgehöhlt. Das ent-  
spricht auch dem Konzept des § 867 ABGB, wie unten gezeigt wird.<sup>409</sup>

Zuletzt stellte der VfGH in seinem Erkenntnis vom 3.7.2015 (VfSlg 20.000/2015) klar, dass **auch  
möglicherweise existenzbedrohende Geschäfte, selbst wenn sie durch ein Fehlverhalten  
von Organen des Landes begründet wurden, nicht von vornherein als nichtig qualifiziert**  
werden können. Der Gerichtshof betonte dabei ausdrücklich das **berechtigte Vertrauen von  
Gläubigern auf von öffentlichen Schuldnern eingegangene Verpflichtungen**. Aus dem  
VfGH-Erkenntnis ergibt sich insbesondere auch, dass sich Gebietskörperschaften **nicht** ihrer  
Verpflichtungen unter **Berufung auf die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit**<sup>410</sup>  
oder diesbezügliche **Prüfpflichten von Gläubigern**<sup>411</sup> entledigen können. Auch nach Ansicht  
des Erstgerichts gab es übrigens "*kein allgemeines außenwirksames Spekulationsverbot*" (Zwi-  
schenurteil, S 71).

Alles andere als eine uneingeschränkte Privatrechtsfähigkeit würde zu einer verfassungswidri-  
gen Privilegierung von Kommunen gegenüber privaten Schuldnern führen.<sup>412</sup> Nach einhelliger  
Auffassung in Rechtsprechung und Judikatur darf es aber eine Privilegierung von Hoheitsträ-  
gern im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung nicht geben. Nicht der Hoheitsträger ist vor dem  
Privaten zu schützen, sondern umgekehrt der Private vor dem Hoheitsträger.<sup>413</sup> Das, nämlich,  
dass der Private eigentlich schutzbedürftig ist, sieht auch der OGH so und hält fest, dass der

<sup>407</sup> Mayer/Muzak, B-VG<sup>5</sup> Art 116 Rz III.1 mwN, wonach Gemeinden "bloß an die für jedermann geltenden Vorschriften gebunden  
werden [dürfen] und dass besondere Beschränkungen für die Gemeinde unzulässig sind."

<sup>408</sup> Punkt C.III.3.2.7.2.

<sup>409</sup> Insbesondere Punkte C.III.3.1.9.3 und auch C.III.2.5.3 zu § 867 ABGB und Vertrauensschutz.

<sup>410</sup> Siehe Rz 317 des Erkenntnisses.

<sup>411</sup> Siehe Rz 313 des Erkenntnisses.

<sup>412</sup> *Thunhart*, Eigenmächtige Vertragsabschlüsse des Bürgermeisters und die Notwendigkeit von Vertrauensschutz im Gemeinde-  
recht, JBl 2001, 69 (73 f). OGH 13.9.1990, 8 Ob 573/90.

<sup>413</sup> *F. Bydlinski*, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Sicht, JBl 1968, 9 ff; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen  
staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993); *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015),  
286 ff, 673 f mwN.

Vertragspartner selbstverständlich nicht angehalten ist, sämtliche Grundsätze für die Willensbildung öffentlicher Körperschaften zu überprüfen und sein Verhalten danach einzurichten.<sup>414</sup> In dieser Entscheidung stellt der **OGH** ausdrücklich fest (Hervorhebung hinzugefügt): "*Daß nicht alle, sondern nur die für das besondere Arrangement [Anm: es ging um die künstlerische Leitung eines "Kultursommers"] maßgeblichen Mitglieder der Gemeindevertretung den äußeren Tatbestand vorhandener Abschlußbefugnis setzten, spielt keine Rolle, weil sonst die Vollmachtsvermutung des § 1029 ABGB – die die Wahrung des **schutzwürdigen Interesses desjenigen bezweckt, der über die internen Willensbildungsvorgänge des Vertragspartners nicht oder nicht in ausreichendem Maße informiert sein kann – unterlaufen und illusorisch wäre.***" Im Sachverhalt, den der OGH dort zu entscheiden hatte, gaben der Bürgermeister, der Finanzreferent und der Kulturreferent ihr Einverständnis und redeten sich später darauf aus, dass der Gemeinderat noch nicht eingebunden gewesen sei. Die Ähnlichkeiten mit dem vorliegenden Fall sind frappant. Dort entschied der OGH, was nach Ansicht der BAWAG PSK auch hier gelten sollte:

Die Kommune kann sich aus Vertrauensschutzgründen nicht unter Berufung auf interne Entscheidungsprozesse aus der Verantwortung stehlen. Im vorliegenden Fall lag zudem sogar ein Beschluss des **Gemeinderats** als Ganzes vor: dieser hat **den GRB 2004 gefasst** und BAWAG PSK durfte als privater Teilnehmer am Rechtsverkehr darauf vertrauen, dass die Stadt Linz Geschäfte wie den Swap abschließen darf (wenn man hier überhaupt eine Zuständigkeit des Gemeinderats zum Abschluss des verfahrensgegenständlichen Swap annimmt, was bestritten wird<sup>415</sup>). Dies ist – wie sich aus dieser Entscheidung des OGH ergibt – keine Frage eines Vertrauensschadens, sondern das **berechtigte Vertrauen führt zu einem wirksamen Vertragsabschluss**.

Im vorliegenden Fall fordern sowohl das Erstgericht als auch das Berufungsgericht im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung aber, BAWAG PSK hätte "gescheitert" als die Stadt Linz sein und deshalb erkennen müssen, dass der geschlossene Swap vom Gemeinderatsbeschluss nicht gedeckt wäre, obwohl er von seinem Wortlaut umfasst ist.<sup>416</sup> § 867 ABGB normiert – anders als vom Erstgericht und vom Berufungsgericht unterstellt – für den Vertragspartner aber eben keine besonderen Sorgfaltspflichten, sondern stellt schlichtweg fest, dass, was "*zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer unter der besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Gemeinde, (§ 27) oder ihren einzelnen Gliedern und Stellvertretern erfordert werde, ist aus der Verfassung derselben und den politischen Gesetzen zu entnehmen (§ 290)*".

Die Bestimmung verweist daher – im konkreten Fall – auf das StL 1992. Dort wird in § 46 Abs 1 Z 12, aus dem das Erstgericht – freilich fälschlicherweise – die angebliche Genehmigungspflicht des Swap durch den Gemeinderat ableitet, nicht einmal ausdrücklich die Nichtigkeit von Geschäften angeordnet, die – trotz Zuständigkeit – nicht vom Gemeinderat geschlossen werden. Noch viel weniger werden dort besondere Sorgfaltspflichten des privaten Vertragspartners der Stadt Linz normiert, insbesondere findet sich dort – anders als es offenbar das Berufungsgericht interpretiert (Berufungsurteil, S 44) – keine Verpflichtung zu einer besonderen Nachforschungspflicht über Inhalt und vor allem Gültigkeit eines Gemeinderatsbeschlusses.

<sup>414</sup> OGH 13.9.1990, 8 Ob 573/90.

<sup>415</sup> Siehe oben Punkt C.III.2.2.

<sup>416</sup> Siehe dazu auch Punkte C.III.3.1.9.3 und Punkt C.III.2.5.3 zum gerade unter Berücksichtigung von § 867 ABGB geschützten Vertrauen in die Abschlussvollmacht.

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

Aus all dem ergibt sich, dass **Kommunen im Privatrechtsverkehr nicht privilegiert** werden dürfen und der (potenzielle) Vertragspartner der Kommune deshalb, genau wie wenn er einer gewöhnlichen juristischen Person gegenüber stünde, ein schützenswertes Vertrauen hat; vor allem dann, wenn es einen Gemeinderatsbeschluss und damit eine Willensäußerung des Gemeinderats wie in Form des GRB 2004 gibt. Eine Nachforschungspflicht ist – wie dargetan – ausgeschlossen, insbesondere ist eine Nachprüfung gemeindeinterner Beschlusserfordernisse unzumutbar<sup>417</sup> und würde zu völlig ungerechtfertigten und untypischen Risikoverteilungen führen.<sup>418</sup> Auch wenn sich die Stadt Linz (und gelegentlich auch andere Kommunen) gerne so darstellt, hat sie sich in ihrem Verhalten eben *"nicht an Minderjährigen, sondern [...] an anderen, in ihrer Tätigkeit uneingeschränkten Verkehrsteilnehmern [zu] orientieren"*.<sup>419</sup>

Eine andere Auffassung würde das bisherige Verständnis von Privatwirtschaftsverwaltung völlig auf den Kopf stellen. Bisher ist man immer davon ausgegangen, dass der privatwirtschaftlich handelnde Hoheitsträger – eben deshalb, weil er neben seiner Privatrechtsfähigkeit auch noch Hoheitsmacht einsetzen kann – eine strukturelle Übermacht genießt und daher etwa auch als privatwirtschaftlich handelnder Rechtsträger an die Grundrechte gebunden ist (**Fiskalgeltung der Grundrechte**). Dies bedeutet, dass der Bürger auch vor dem privatwirtschaftlich handelnden Hoheitsträger besonderen Schutz genießt. Wollte man die Gemeinde nun dadurch privilegieren, dass sie vor Geschäften, die für sie nachteilig sein könnten, besonders geschützt wird, so würde man das **bisherige Verständnis von Privatwirtschaftsverwaltung geradezu umkehren**.

Es bleibt also dabei: Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Judikatur kann es eine Privilegierung von Hoheitsträgern im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung in dem Sinn, dass Hoheitsträgern generell eine höhere Schutzwürdigkeit zugebilligt wird, nicht geben. Nicht der Hoheitsträger ist vor dem Privaten zu schützen, sondern umgekehrt der Private vor dem Hoheitsträger.<sup>420</sup> Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus § 867 ABGB. Eine besondere Schutzwürdigkeit der Gemeinden ist ganz und gar nicht Norminhalt dieser Bestimmung. Gegen eine verglichen mit dem allgemeinen Vertretungsrecht untypische Risikoverteilung zu Lasten des

<sup>417</sup> N. Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (71). Außerdem: Der Vertragspartner einer Gebietskörperschaft muss nicht prüfen, ob diese den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entspricht, weil das mit den Erfordernissen des funktionierenden geschäftlichen Verkehrs unvereinbar wäre (aaO 68).

<sup>418</sup> Thunhart, Eigenmächtige Vertragsabschlüsse des Bürgermeisters und die Notwendigkeit von Vertrauensschutz im Gemeinderecht, JBl 2001, 69 (73 f).

<sup>419</sup> Thunhart, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000), 131.

<sup>420</sup> F. Bydlinski, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Sicht, JBl 1968, 9 ff; Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993); Mayer/Kucsko-Stadmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015), 286 ff, 673 f mwN.

Geschäftspartners werden in der Lehre zu Recht verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet,<sup>421</sup> weshalb eine verfassungskonforme Auslegung die Interessen des Geschäftspartners einer Gemeinde zu berücksichtigen hat.

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

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

§ 21 ABGB bestimmt, wer "*unter dem besonderen Schutz der Gesetze*" (Abs 1 aE *leg cit*) steht. § 21 ABGB aF<sup>422</sup> zählte dazu neben den Minderjährigen unter anderem auch noch "*Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige*" sowie "*Abwesende und Gemeinden*". Mit dem VolljG 1973<sup>423</sup> wurde nicht nur das Volljährigkeitsalter herabgesetzt, sondern es wurden unter anderem auch die "*Gemeinden*" aus der Bestimmung gestrichen. Es gibt somit nach der Ansicht des Gesetzgebers überhaupt keinen Grund, die "*Gemeinden*" unter den besonderen Schutz der Gesetze zu stellen, sondern sie sollen stattdessen so behandelt werden, wie jede andere juristische Person im ABGB auch – das gebietet nicht zuletzt das Verfassungsrecht (Art 116 Abs 2 B-VG).<sup>424</sup> Aus diesem Grund gilt als heute ganz herrschende Ansicht, dass die Gemeinden im Rechtsverkehr "*keines besonderen Schutzes* [bedürfen]".<sup>425</sup>

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

Die **entscheidende Frage**, ob eine öffentliche Organisationsvorschrift, die einem Organ alleine oder im Zusammenwirken mit anderen eine **Entscheidungskompetenz** zuweist, nur die körperschaftsinterne Willensbildung regelt oder auch Teil des außenwirksamen Willensbetätigungsprozesses mit der Folge ist, dass eine fehlende (korrekte) Willensbildung des dafür zuständigen Organs zur Fehlerhaftigkeit der Willensbestätigung, sohin zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führt, ist einzig und allein durch **Auslegung** der einschlägigen **öffentlich-**

<sup>421</sup> *Perner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 867 ABGB Rz 8 mwN.

<sup>422</sup> JGS Nr 946/1811 (Stammfassung).

<sup>423</sup> BGBl I 1973/108.

<sup>424</sup> Gegen die Einbeziehung der Gemeinden in den § 21 ABGB früher auch schon *Wolff* in Klang<sup>2</sup> I/1 148. Vgl auch *Thunhart*, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000), 222: Dass die Gemeinde praktisch "handlungsunfähig" sei entspreche nicht mehr der modernen Sichtweise als vollständiger Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr.

<sup>425</sup> *Aicher* in: Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> § 21 Rz 2 (Stand: 1.7.2015, rdb.at).

**rechtlichen Vorschriften** zu ermitteln. § 867 ABGB trägt dazu als reine "Verweisungsnorm" (mit Warnfunktion) nichts bei.<sup>426</sup>

Aus der **Zitierung des § 290 ABGB** in § 867 ABGB lässt sich ableiten: Wie in § 290 ABGB wird man öffentlich-rechtliche Sondervorschriften hinsichtlich der Gültigkeit von Rechtsgeschäften als **Ausnahme** vom auch für öffentlich-rechtliche Körperschaften grundsätzlich geltenden allgemeinen Zivilrecht verstehen müssen.<sup>427</sup> Denn für § 290 ABGB ist anerkannt, dass das Zivilrecht in der Regel auch für den Erwerb von Sachen (iSd § 285 ABGB, sohin auch von Rechten) durch öffentlich-rechtliche Körperschaften (Gemeindegüter und -vermögen) im Privatrechtsverkehr gilt und die sich auf Verwaltung und Gebrauch dieser Sachen beziehenden **Abweichungen und besonderen Vorschriften** in öffentlich-rechtlichen Vorschriften dazu in einem Regel-Ausnahmeverhältnis stehen. Daraus wird gefolgert, dass – vom im Einzelfall streng zu prüfenden Ausnahmefällen abgesehen – **diese nur im Innenverhältnis gelten**, aber nicht auf das Außenverhältnis zu anderen Rechtsgeschäften durchschlagen.<sup>428</sup>

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

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

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

<sup>426</sup> Vgl statt vieler *Perner* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.02 § 867 Rz 3.

<sup>427</sup> So zutr *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 867 Rz 1. Zu § 290 ABGB weist bereits *v. Zeiller*, Kommentar über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (1813) darauf hin, dass solche Ausnahmen "aus dem besonderen Verhältnisse und aus politischen Gründen Statt finden können, die aber zur Sicherheit des Verkehrs ausdrücklich zu bedingen oder durch öffentliche Justiz – oder politische Vorschriften allgemein bekannt zu machen sind".

<sup>428</sup> So bereits *Spielbüchler* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 290 Rz 1; ebenso *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 290 Rz 1,2; *Eccher/Riss*, KBB<sup>6</sup> § 290 Rz 1.

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

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

### 3.1.3.2. Gemeinden können privatwirtschaftlich handeln

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

Gemeinden können sowohl hoheitlich als auch nicht-hoheitlich handeln:

- Ob eine Gemeinde hoheitlich oder nicht-hoheitlich, dh im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handelt, ergibt sich aus den gemeinderechtlichen gesetzlichen Vorgaben. Ist dort ein hoheitliches Handeln vorgeschrieben, so ist eine bestimmte Aufgabe mit *imperium* im Rahmen der Hoheitsverwaltung zu besorgen; sonst besteht für die Gemeinde Wahlfreiheit zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung. Ob ein konkretes Handeln einer Gemeinde hoheitlich oder privatwirtschaftlich erfolgt, ergibt sich nicht aus dem Inhalt der einzelnen Rechtsakte, sondern **ausschließlich aus den gewählten Handlungsformen: Verordnung, Bescheid oder Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt auf der einen (dann Hoheitsverwaltung) und zivilrechtliche Verträge auf der anderen Seite (dann Privatwirtschaftsverwaltung)**. Im konkreten Fall bediente sich die Stadt Linz der Mittel der Privatwirtschaftsverwaltung (Abschluss einer Rahmenvereinbarung, Beilage ./1, mit der BAWAG PSK sowie auf dieser Grundlage Abschluss des – in der Einzelabschlussbestätigung Beilage ./3 – Vertrages über den Swap).
- Welche Organe für die Gemeinde im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handeln und wie sich diese ihren Willen bilden, ergibt sich aus den Gemeindeordnungen oder Stadtstatuten – hier dem StL 1992. **Eine spezifische gesetzliche Ermächtigung zum Tätigwerden in der Privatwirtschaftsverwaltung ist nicht erforderlich, weil das Legalitätsprinzip in der (gemeindlichen) Privatwirtschaftsverwaltung nicht gilt.**<sup>429</sup> Sie wäre auch nicht erforderlich, weil sich die Gemeinde dabei der Rechtsatzformen des Zivilrechts bedient, die jedem Privaten auch zur Verfügung stehen. Im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ist – auch für Gemeinden – das zivilrechtliche Grundprinzip des Vertrauensschutzes prägend, wonach das zwischen

<sup>429</sup> Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 549.

den Parteien Vereinbarte gilt, das unter Umständen durch Auslegung ermittelt werden muss.

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

### 3.1.3.3. Zwischenergebnis

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

Ein einfacher Blick auf die Natur des Swap (oder anderer, vergleichbarer Geschäfte) zeigt, dass die **ständige** kollegiale Beschlussfassung im Gemeinderat nicht zwingend sein kann, da dies nicht praktikabel wäre und den praktischen Effekt einer – vom Verfassungsgesetzgeber (Art 116 Abs 2 B-VG) nicht gewünschten – **Beschneidung der Privatautonomie** der Gemeinde hätte. Eine anderslautende Auslegung wäre mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung von Gemeinden als Privatrechtssubjekt nicht vereinbar.<sup>430</sup> Demnach ist es der Bundes- und Landesgesetzgebung "*verwehrt, diskriminierende Vorschriften gegenüber der Gemeinde auf diesem Gebiet aufzustellen*".<sup>431</sup>

Tatsächlich enthält das (Landesgesetz) StL 1992 keine derartigen Vorschriften. Insbesondere ist dort nicht vorgesehen, dass (i) Swaps einer Beschlussfassung bedürfen (weder durch den Gemeinderat noch die Aufsichtsbehörde), (ii) ein potenziell nötiges künftiges Finanzierungserfordernis zur Genehmigungspflicht des Grundgeschäfts führen soll, oder (iii) es dem Gemeinderat verwehrt wäre, einen Rahmenbeschluss zu fassen<sup>432</sup> und den Magistrat mit der Durchführung von Finanzgeschäften in Zusammenhang mit dem Fremdfinanzierungsportfolio zu betrauen.

Dies ergibt sich vielmehr rein aus der Sichtweise des Erstgerichts. Dies ist deshalb inkonsistent, weil das Erstgericht – wie bereits dargetan – an verschiedensten Stellen die hohe, weil unmittelbare demokratische Legitimation des Gemeinderats als das zur Beschlussfassung über den Swap zuständige Verwaltungsorgan betont (etwa auf S 83 des Zwischenurteils), gleichzeitig,

<sup>430</sup> Weber, Art 116 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht, Rz 14 [1999].

<sup>431</sup> So ausdrücklich die Materialien zur Gemeindeverfassungsnovelle 1962, RV 639 BlgNR 19. GP, 14.

<sup>432</sup> Näher Punkt C.III.3.1.5.

aber den Willen des Gemeinderats ignoriert bzw diesem die Möglichkeit abspricht, einen Beschluss wie den GRB 2004 zu fassen. In einem gewaltentrennenden System und vor dem Hintergrund der Gemeindeautonomie beschneidet das Erstgericht – mit einer teils als *de lege ferenda* zu bezeichnenden Begründung – die verfassungsgesetzlich gewährleistete Privatautonomie.

Das Erstgericht lässt in seine Entscheidung erkennbar **rechtspolitische Erwägungen** einfließen, wenn es unter Berufung auf § 867 ABGB den Schutz der Linzerinnen und Linzer und auch der Oberösterreicherinnen und Oberösterreicher postuliert (Zwischenurteil S 87 f). Aus § 867 ABGB lässt sich dies gerade nicht ableiten (und § 21 ABGB sieht ebenfalls keinen Schutz von Gemeinden vor). Schlichtweg falsch ist auch die Behauptung im Zwischenurteil auf S 88, der Private wäre nur in der Hoheitsverwaltung schützenswert. Wie bereits weiter oben dargetan, bleibt der Staat der Staat, auch wenn er privatwirtschaftlich handelt, weil seine obrigkeitliche Stellung dadurch nicht verloren geht. Warum sonst sollten die Grundrechte auch den privatwirtschaftlich handelnden Staat im Rahmen der Fiskalgeltung schützen? Doch nur, weil es notwendig ist, auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung den privaten Vertragspartner vor dem Staat zu schützen, dem es im Übrigen freisteht, ob er hoheitlich oder privatwirtschaftlich handelt.<sup>433</sup>

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

Auf den Punkt gebracht: Alles, was **sonstige Privatrechtssubjekte** (zB GmbH und AG) dürfen, muss auch die **Gemeinde** im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung dürfen. Dies abgesehen von gesetzlich **eindeutig** geregelten aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernissen, welche hier nicht vorliegen.<sup>434</sup>

### 3.1.4. **Rechtsnatur des GRB 2004**

#### 3.1.4.1. Der Swap ist ein Akt der Privatwirtschaftsverwaltung

Der Abschluss eines Swap-Geschäfts durch eine Gemeinde ist kein Akt der Hoheitsverwaltung, sondern gehört – wie gerade ausgeführt – unzweifelhaft zur Privatwirtschaftsverwaltung, die den Gemeinden verfassungsrechtlich garantiert ist. Dies sieht auch das Erstgericht ausdrücklich (Zwischenurteil, S 55) und das Berufungsgericht – im Anschluss an das Erstgericht – zumindest implizit so.

<sup>433</sup> Ob der Staat eine Förderung mittels Bescheides (Hoheitsverwaltung) oder durch Vertrag (Privatwirtschaftsverwaltung) "vergift", in beiden Fällen ist er an die Grundrechte, die Schutzgesetze sind, gebunden.

<sup>434</sup> Punkt C.III.3.2.

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

### 3.1.4.2. GRB 2004 war an FVV gerichtete Willensäußerung (Weisung)

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

Dem Vertragsabschluss als privatwirtschaftliches Handeln vorgeschaltet ist bei den Gebietskörperschaften der Akt der internen Willensbildung. Diesen Willen hat sich der Gemeinderat gebildet. Er wollte, dass FVV das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss marktüblicher Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte optimiert. Das kann einerseits als Auftrag (öffentlich-rechtliche Weisung gemäß Art 20 Abs 1 iVm 118 Abs 5 B-VG) an die im Magistrat der Stadt Linz zuständige Abteilung verstanden werden, weil der Magistrat (auch) Geschäftsapparat des Verwaltungsorgans Gemeinderat ist und der Gemeinderat um die Zuständigkeiten im Magistrat Bescheid wusste; andererseits könnte es sich um eine Beauftragung und Bevollmächtigung zum Abschluss von Finanzgeschäften und damit des Swap handeln.

Wenn nämlich in § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 vom "Abschluss" von Verträgen durch den Gemeinderat die Rede ist, heißt das in einer **arbeitsteiligen Verwaltungsorganisation** nicht, dass der Gemeinderat direkt den Vertrag schließen muss. Das wäre weder möglich (man kann sinnvoller Weise nicht verlangen, dass alle 61 Mitglieder einen Vertrag unterfertigen), noch ist es vorgesehen und würde auch dem Prinzip der arbeitsteiligen Verwaltung widersprechen.<sup>435</sup> Entscheidend ist, dass sich der Gemeinderat mit dem GRB 2004 einen entsprechenden Willen gebildet hat. So sind stattdessen zB gemäß § 22 Abs 1 StL 1992 Beschlüsse des Gemeinderats vom Bürgermeister zu vollziehen, der das auch wieder nicht höchstpersönlich erledigen muss (in einer Großstadt würde er damit auch rasch an zeitliche Kapazitätsgrenzen stoßen). Vielmehr steht ihm dafür der Magistrat der Stadt Linz zur Verfügung und dort auch die Direktion FVV (vgl Feststellungen in Zwischenurteil, S 2 ff). Der Gemeinderat ist sohin "beschließendes" Organ.

Er selbst schließt aber natürlich keine Verträge, sondern setzt bloß den dafür erforderlichen **Akt der Willensbildung**. Es geht bei der Ausübung der Zuständigkeit des Gemeinderats also nicht darum, dass dieser selbst und direkt Geschäfte tätigt oder Verträge abschließt, sondern darum, dass im Gemeinderat der entsprechende Akt der Willensbildung erfolgt. Die **Durchführung obliegt dann anderen Organen der Gemeinde** oder bestimmten Organwaltern in einzelnen Organisationseinheiten des Magistrats, die für den Gemeinderat handeln, und deren Verhalten dem Gemeinderat zuzurechnen ist. Der Gemeinderat kann seinen diesbezüglichen Willen auch jederzeit durchsetzen, weil alle anderen Gemeindeorgane ihm gegenüber gemäß Art 118 Abs 5 B-VG weisungsgebunden sind.<sup>436</sup> Der Gemeinderat kann daher dem Verwaltungsorgan Bürgermeister genauso Weisungen erteilen, wie gegenüber dem Geschäftsapparat Magistrat bzw

<sup>435</sup> Näher Punkt C.III.2.6.5.4.1.

<sup>436</sup> *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 555.

einzelner Organisationseinheiten des Magistrats wie FVV und sämtliche dieser Organe sind ihm ebenfalls nach Art 118 Abs 5 B-VG verantwortlich.

Für diese (öffentlich-rechtliche) Weisung war auch keine gesetzliche Grundlage erforderlich, weil das Legalitätsprinzip nur Fragen der äußeren Organisation von Behörden erfasst.<sup>437</sup> Innerbehördliche Weisungen wie der Auftrag an FVV, etwas Bestimmtes zu tun, erfordern daher keine gesetzliche Ermächtigung. Weisungen können in Angelegenheiten der Hoheits- genauso wie in Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung erteilt werden und sind zu befolgen. Dass Mag [REDACTED] den Swap außenwirksam gültig schließen konnte, liegt daran, dass die ihm zukommende **Approbationsbefugnis** auch nach der Rsp des VwGH nicht nur für den Bereich der Hoheits-, sondern **auch in der Privatwirtschaftsverwaltung** wirkt.<sup>438</sup> Wer über Approbationsbefugnis verfügt, kann also nicht nur Bescheide zeichnen und hoheitliche Handlungen vornehmen, sondern auch für die Gemeinde Verträge eingehen, Verträge auflösen und sonstige nach Privatrecht zu beurteilenden rechtsgeschäftliche Handlungen vornehmen. Sollte die Approbationsbefugnis von Mag [REDACTED] den Abschluss privatrechtlicher Geschäfte nicht ohnehin gedeckt haben, dann ist der GRB 2004 – wie unten unter Punkt 3.1.12 nachgewiesen wird – als Akt der innerbehördlichen Erteilung einer Approbationsbefugnis zu sehen.

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

Er kann die Vollmacht jederzeit entziehen und auch Weisungen erteilen und hat sich daher seiner Kompetenzen nicht generell begeben, sondern eben nur einen Rahmen vorgegeben, in dem die untergeordneten Verwaltungsorgane agieren können und dürfen. Niemand würde von einer Delegation der Zuständigkeit bzw Übertragung der Zuständigkeit sprechen, wenn ein Privater eine zivilrechtliche Vollmacht erteilt.<sup>439</sup> Das ist wichtig zu betonen, um die Sicht des Erstgerichts zu entkräften, dass der Magistrat nichts mit dem Gemeinderat und dem Bürgermeister zu tun hätte und FVV überhaupt ein "fremder Dritter" wäre. Das ist unrichtig, weil FVV Teil des Geschäftsapparats der Stadt Linz, mit anderen Worten eine, nämlich **die zuständige Organisationseinheit** für derartige Geschäfte ist. Damit sagt der GRB 2004 eigentlich Selbstverständliches aus, nämlich dass die zuständige organisatorische Untereinheit des Magistrats ihre geschäftsordnungsmäßige Zuständigkeit ausüben soll und ihr Verhalten dem Gemeinderat bzw

<sup>437</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 329 f; *Pesendorfer*, Der innere Dienstbetrieb im Amt der Landesregierung (1981) 29 f; *Rill*, Art 18 B-VG, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 2001) Rz 32 f; *Schulev*, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>6</sup> (2018) Rz 79; VfSlg 10.338/1985; VwGH 28. 4. 2008, 2005/12/0268.

<sup>438</sup> VwGH 29. 3. 2001, 99/06/0012.

<sup>439</sup> Räumt etwa der Vorstand einer AG einem Abteilungsleiter eine Vollmacht für einen bestimmten Geschäftsbereich ein, würde man auch nicht davon ausgehen, dass er damit seine Kompetenzen an diesen abgegeben hat. Vielmehr kann er diese Vollmacht jederzeit entziehen und auch Weisungen erteilen, wenn er dies für erforderlich hält.

dem Bürgermeister zuzurechnen ist, je nachdem um welchen Teil eines Rechtsgeschäfts es sich handelt. Wem sonst hätte der Linzer Gemeinderat diese Zuständigkeit übertragen sollen als der Stadtkämmerei, vielleicht dem Marktamt oder dem Archiv der Stadt Linz oder dem Integrationsbüro? Derart Selbstverständliches kann nicht als eine die Ungültigkeit des Swap begründende Delegation oder Aufgabenübertragung etc hingestellt werden.

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

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

#### 3.1.4.3. Der GRB 2004 als Akt im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung

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

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

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

Die – vom Erstgericht mehrfach und vehement behauptete – Umgehung der Organisationsvorschriften durch die zivilrechtliche Bevollmächtigung wurde **vom Berufungsgericht richtiger Weise nicht mehr aufgegriffen**. Das Erstgericht verkennt dabei auch Folgendes (konkreter zur behaupteten Umgehung der Organisationsvorschriften, die hier nicht vorliegen kann, dann gleich unten):<sup>440</sup> Erstens muss eine zivilrechtliche Bevollmächtigung zulässig sein, weil man sonst die unbeschränkte Privatrechtsfähigkeit der Gemeinden negieren würde.<sup>441</sup> Diese ist aber verfassungsgesetzlich garantiert. Natürlich **kann eine (Stadt-)Gemeinde Vollmacht erteilen** und dies erfolgt auch regelmäßig im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung. Swap-Geschäfte sind Teil der Privatwirtschaftsverwaltung und dürfen – wie selbst das Erstgericht zugestehen muss – von Gemeinden grundsätzlich getätigt werden (Zwischenurteil, S 71). Wenn eine Gemeinde Vollmacht erteilt, dann ist das ein Akt der Privatwirtschaftsverwaltung, der mit den Organisationsvorschriften nichts zu tun hat. Die Erteilung der Vollmacht ist nämlich der **Ausführungsakt**, dem eine interne Willensbildung durch das zuständige Gemeindeorgan vorangeht. Vollmachterteilung und Organisationsvorschriften sind daher sicherlich kein Gegensatz, sondern die Bevollmächtigung setzt einen Willensentschluss der Gemeinde voraus. Den gibt es im vorliegenden Fall durch den GRB 2004. Von einer Umgehung von Organisationsvorschriften kann sohin von vornherein nicht die Rede sein.

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

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

- Dies geht auch aus der **Stellungnahme der Stadt Linz gegenüber dem Rechnungshof** hervor. Diese behauptete nämlich gegenüber dem Rechnungshof, dass der GRB 2004 laut "*Stellungnahme der Stadt Linz ... keine Delegation dargestellt [habe] ... Es habe sich vielmehr um eine Beauftragung gegenüber der Finanz- und Vermögensverwaltung in Form einer Verhandlungsermächtigung gehandelt ...*" (Beilage ./155, S 55). Diese Aussage ist im Sinn einer historischen Interpretation ein Indiz dafür, wie der GRB 2004 rechtlich zu verstehen ist (auch wenn nach dem bisher Gesagten klar ist, dass es sich nicht – wie Stadt Linz offenbar zum eigenen Schutz nachträglich behauptete – um eine Verhandlungsermächtigung, sondern um eine Abschlussermächtigung handelte; der Wortlaut des GRB 2004, wonach zum **Abschluss** ermächtigt wird, lässt hier keinen Zweifel).
- Der Gemeinderat der Stadt Linz fasste übrigens bereits 1996 einen sehr ähnlichen Beschluss und ermächtigte die FVV auch damals ausdrücklich, das Fremdwährungsportfolio zu optimieren (Zwischenurteil, S 13).

<sup>440</sup> Punkt C.III.3.1.9.

<sup>441</sup> Vgl in dem Sinn auch Zwischenurteil, S 71.

Gemeinsam mit den oben erwähnten ergänzenden Feststellungen zeigt sich eines: Der GRB 2004 war kein "Irrtum" und kein "Versehen" oder eine – mehr oder weniger – unverbindliche politische Willensäußerung; zumindest, wenn man der Ansicht des Erstgerichts folgt, der GRB 2004 wäre wegen § 46 StL 1992 zwingend wegen der Zuständigkeit des Gemeinderats erforderlich gewesen. Dann war der GRB 2004 historisch interpretiert eindeutig eine Fortführung der **jahrelangen Praxis**, die FVV mit der Abwicklung von Optimierungsgeschäften zu beauftragen.

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

Rechtlich ist der GRB 2004 damit insbesondere keine öffentlich-rechtliche Delegation einer Organ-Kompetenz, sondern – ganz im Gegenteil – auch nach der Rsp des OGH gerade deren Ausübung, und zwar durch die Erteilung eines zivilrechtlichen Auftrags und einer zivilrechtlichen Ermächtigung an die fachlich zuständige Organisationseinheit FVV **zur privatwirtschaftlichen Geschäftsführung** für die Stadt Linz.<sup>442</sup>

Der GRB 2004 ist rechtlich also eine zivilrechtliche Beauftragung und Bevollmächtigung zum Vertragsschluss. Daran kann es angesichts des Wortlauts des GRB 2004 keine Zweifel geben. **Zweifel würden aber ohnehin zu Lasten von Stadt Linz gehen** (§ 915 ABGB), da der GRB 2004 nach richtiger Rechtsansicht aufgrund des privatrechtlichen Charakters nach § 914 f ABGB zu interpretieren ist.<sup>443</sup> Ohnehin ist beim GRB 2004 kein besonders strenger Maßstab anzulegen, wenn es darum geht, ob das auf dessen Grundlage abgeschlossene Geschäft gültig sein soll: Der Zweck des § 867 ABGB ist nämlich jedenfalls nicht, dass geringfügige Verfahrensverstöße anlässlich der internen Beschlussfassung des Gemeinderats die rechtsgeschäftliche Erklärung ungültig machen sollten "*weil sonst die Vollmachtsvermutung des § 1029 ABGB, der die Wahrung des schutzwürdigen Interesses desjenigen bezweckt, der über die internen Willensbildungsvorschriften des Vertragspartners nicht oder nicht im ausreichenden Maße informiert sein kann, unterlaufen und illusorisch wäre*".<sup>444</sup>

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

<sup>442</sup> Im Detail bereits OGH, 15 Os 9/88 und 15 Os 10/88: "Der Abschluß zivilrechtlicher Verträge ... fällt nämlich in den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung der Fachgruppe, sodaß es ... zur Erteilung eines Mandats (§§ 1002ff. x GB) hiezu (nicht anders als beispielsweise zur Erteilung einer Liegenschaftsverwaltungs- oder Rechtsvertretungs-Vollmacht) keineswegs einer öffentlich-rechtlichen Verfügung bedarf und ihr auch die Rechtsnatur des Gremiums als Körperschaft öffentlichen Rechts (§ 1 Abs 2 HKG) durchaus nicht entgegensteht. Gleichmaßen geht der auf eine derartige Mandatserteilung an H\*\*\* bezogene Einwand des Angeklagten L\*\*\* (Z 9 lit a), der Gremialausschuß sei insoweit zu einer 'Übertragung seiner Befugnisse' nicht legitimiert gewesen, im Hinblick darauf fehl, daß es sich hiebei nach dem Gesagten ja nicht etwa um eine Delegation der Organ-Kompetenz als solche (vgl § 53 a HKG) handelt, sondern (ganz im Gegenteil) gerade um deren Ausübung, und zwar eben durch die Erteilung eines zivilrechtlichen Auftrags an einen Dritten (hier: an den Angeklagten H\*\*\*) zur privatwirtschaftlichen Geschäftsführung für das Gremium." (Unterstrichene Hervorhebungen nicht im Original).

<sup>443</sup> Vgl dazu Punkt C.III.2.3.3.3.

<sup>444</sup> OGH 8 ObA 204/99d.

- Von einer Abschlussermächtigung geht rechtlich auch der **Rechnungshof** aus (Beilage ./155, S 56) – immerhin die Rechtsmeinung einer Behörde, die den Sachverhalt offenbar eingehend und umfassend analysierte und auch bestens mit den Organisationsvorschriften von Gemeinden und der Verwaltungspraxis vertraut ist. Weiters stellte der Rechnungshof in seinem Prüfbericht zum Swap fest: *"Zum damaligen Zeitpunkt fanden sich im Bereich der Stadt Linz keine Hinweise, welche die Gültigkeit und Rechtmäßigkeit der abgeschlossenen Derivatgeschäfte, insbesondere des zwischenzeitlich umstrittenen Derivativs Nr. 9 [Anm: der Swap] angezweifelt hätten. Erst im Laufe des Jahres 2010 änderte sich mit Bekanntwerden der bis dahin eingetretenen Verluste aus dem Derivat Nr. 9 auch das Rechtsverständnis der Stadt Linz."* Auch nach Ansicht des Rechnungshofs lagen zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap bei Stadt Linz also keine Hinweise auf Ungültigkeit oder Unrechtmäßigkeit vor.
- Mag █████ ging selbst davon aus, dass er die Stadt Linz wirksam vertreten und den Swap für Stadt Linz abschließen darf (Zwischenurteil, S 25). Der **VwGH** sah dies als berechtigt an.<sup>445</sup>

Das **Kontrollamt** der Stadt Linz selbst hielt zum Swap fest, dass nicht auszuschließen ist, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen leisten müssen (Zwischenurteil, S 29, Beilage ./16 = ./AN). Nicht festgestellt wurde – und tatsächlich auch nicht der Fall war –, dass im Bericht des Kontrollamts an der Gültigkeit des Swap gezweifelt wurde. Insbesondere zweifelte das Kontrollamt also nicht daran, dass der dafür nach § 46 Abs 1 StL 1992 erforderliche Genehmigungsbeschluss des Gemeinderates fehle und sich daraus Konsequenzen für die Gebahrung der Stadt ergeben könnten.

#### 3.1.4.4. Zusammenfassung

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

#### 3.1.5. **Rahmenbeschlüsse sind erlaubt und üblich**

##### 3.1.5.1. Vorbemerkung

Das Erstgericht vertrat noch die Rechtsansicht, der GRB 2004 stelle einen unzulässigen Versuch des Gemeinderats dar, seine Aufgaben ohne tiefere inhaltliche Befassung mit der Materie

---

<sup>445</sup> Vgl zu dem Thema Punkt C.III.2.3.

und demzufolge auch ohne Leitlinien oder sonstige Vorgaben auf den Magistrat abzuschieben. Deshalb sei der GRB 2004 "*rechtlich nicht gedeckt*" (Zwischenurteil, S 74-77, insbesondere S 77). Diese Rechtsansicht des Erstgerichts ist unrichtig und wurde **vom Berufungsgericht auch nicht geteilt**. Dieses beanstandete die Art und den Detaillierungsgrad des GRB 2004 nicht (sondern ist lediglich der Meinung, dass das Geschäft vom Beschluss nicht gedeckt wäre, weil es sich nicht um eine Absicherung des Währungsrisikos handle – womit es sich aber wie gezeigt vom Wortlaut und objektiven Inhalt des Beschlusses entfernt).<sup>446</sup> Im Folgenden setzt sich BA-WAG PSK trotzdem mit der Argumentation des Erstgerichts auseinander und geht auf die rechtlichen Gegenargumente ein:

### 3.1.5.2. Verfassungsmäßige Grundlage von Rahmenbeschlüssen und praktische Anwendung

Einleitend ist festzuhalten, dass es dem Gemeinderat als Vertretungskörper tatsächlich freisteht und auch verfassungsrechtlich freistehen muss, wie (detailliert) er im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung seinen Willen bildet.<sup>447</sup> Und er hat seinen Willen gebildet, das darf hier nicht übersehen werden, nämlich dass "*[d]ie FVV [...] ermächtigt [werden sollte], das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren*" (Zwischenurteil, S 16). Es ist nicht so, als ob es gar keinen Beschluss des Gemeinderats gegeben hätte. Vielmehr hat die vom Erstgericht geforderte interne **Willensbildung sehr wohl stattgefunden**. Organisationsvorschriften, die Anforderungen an die Bestimmtheit von Gemeinderatsbeschlüssen stellen, existieren in der Privatwirtschaftsverwaltung nicht. Das ist der – gerade oben beschriebenen – Gemeindeautonomie und der Nicht-Geltung des Legalitätsprinzips geschuldet, wonach die Gemeinden als Selbstverwaltungskörper ihre territorialen Aufgaben im eigenen Wirkungsbereich selbst und eigenverantwortlich erfüllen sollen und es dabei im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung keiner gesetzlichen Ermächtigung bedarf.

Hinsichtlich des Determinierungsgrades von Gemeinderatsbeschlüssen könnte der (Landes-) Gesetzgeber des StL 1992 auch nur eingeschränkt eingreifen, weil Art 116 Abs 2 B-VG die Erlassung von gemeindespezifischem Sonderrecht für die Privatwirtschaftsverwaltung verbietet.<sup>448</sup> **Bestimmungen über die Voraussetzungen und den Inhalt der privatrechtlichen Ermächtigungen durch den Gemeinderat, inhaltliche Bindungen desselben in der Privatwirtschaftsverwaltung sowie Vorgaben über den Detaillierungsgrad von Gemeinderatsbeschlüssen, etc sind daher verfassungswidrig**. Dies ist bei der Auslegung des StL 1992 zu berücksichtigen, aus der klar folgt: **Rahmenbeschlüsse sind nicht unzulässig**.

Selbst in der Hoheitsverwaltung, in der – anders als beim Abschluss eines Swap in der Privatwirtschaftsverwaltung – nach dem Legalitätsprinzip von einer strengen Gesetzesbindung auszugehen ist, führte der **Verfassungsgerichtshof** zur Bestimmtheit des § 1 Bundesgesetz über Sanierungsmaßnahmen für die Hypo Alpe-Adria-Bank International AG aus:<sup>449</sup> angesichts "*des Gestaltungsspielraums, der dem Gesetzgeber bei der Regelung eines solchen Abwicklungs-*

<sup>446</sup> Dazu schon oben Punkt C.III.2.3.3.3.

<sup>447</sup> *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 82; siehe auch bereits oben Punkte C.III.3.1.3 und C.III.3.1.4.

<sup>448</sup> Vgl Punkt C.III.3.1.3.

<sup>449</sup> VfSlg 20.000/2015.

szenarios zukommt, und **der Notwendigkeit flexiblen Handelns in wirtschaftlich schwierigen Prozessen ist es unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber der Vollziehung entsprechende Spielräume**, insbesondere auch im Restrukturierungsprozess der Trennung zwischen der Abbaueinheit und der weiterzuführenden Teile der abzuwickelnden (ehemaligen) Hypo Alpe-Adria-Bank International AG, **einräumt** (vgl. zum differenzierten Legalitätsprinzip VfSlg. 10.275/1984, 17.348/2004)."<sup>450</sup> Das muss umso mehr im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung gelten, in der das Legalitätsprinzip – bekanntlich – nicht gilt. Bei Gemeinderatsbeschlüssen, die komplexe wirtschaftlichen Vorgänge betreffen, darf nicht ein die notwendige Flexibilität torpedierender Bestimmtheitsgrad gefordert werden, wie dies das Erstgericht tut.

Das ist gerade bei Derivatgeschäften wie dem hier klagsgegenständlichen Swap der Fall. Gemeinden sind solche Derivatgeschäfte nicht verboten, weshalb Gemeinden diese grundsätzlich schließen dürfen müssen.<sup>451</sup> Diese Rechtsauffassung vertritt auch das Erstgericht (Zwischenurteil, S 71). Gleichzeitig unterläuft das Erstgericht aber diese Zulässigkeit, indem es an den konkreten Abschluss so strenge und weder verfassungsrechtlich noch einfachgesetzlich gedeckte Determinierungsgebote für den Gemeinderatsbeschluss ersinnt, dass der Abschluss von Derivaten praktisch verunmöglicht wird.

Was das Erstgericht eigentlich will, zeigt es anschaulich, wenn es schreibt, dass "**Bedenken gegen die Zulässigkeit einer bloßen Grundsatzbeschlussfassung ohne Anführung des konkreten Geschäfts**" (Zwischenurteil, S 77) bestehen. Das Erstgericht will also (aus seiner Sicht) genehmigungspflichtige Derivatgeschäfte nur erlauben, wenn das **konkrete Geschäft Gegenstand eines Beschlusses** ist. Das ist **aufgrund der Natur dieser Geschäfte, insbesondere der sich ständig ändernden Parameter, aber völlig unmöglich**. Der Bankfachmann [REDACTED] hielt dazu fest:

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

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

*Nein, meiner Erinnerung nach ist so etwas nie vorgekommen. Oft ist auch gar nicht ein konkretes Produkt genannt worden in den Beschlüssen, sondern es stand dann beispielsweise, dass eine Zinsabsicherung beschlossen wird von beispielsweise 5 % und eine dann genannte Person X hat dann ein Geschäft abgeschlossen, mit dem diese Vorgabe erreicht wurde."<sup>452</sup>*

<sup>450</sup> Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>451</sup> Vgl dazu insbesondere Punkt C.III.3.1.3.2.

<sup>452</sup> Protokoll 10.4.2019, S 13 (ZV [REDACTED])

Dies ist evident, da Kurse von Währungen und Finanzprodukten am Markt laufend Schwankungen unterliegen (siehe dazu auch die gleich unten zitierte Literatur). Die genauen Parameter von Derivatgeschäften wie dem klagsgegenständlichen Swap verändern sich laufend. Die Parameter können deshalb auch nicht bereits mehrere Tage vor Abschluss fixiert werden.

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

Außerdem basiert das Privatrecht – anders als das öffentliche Recht – auf dem Grundsatz der Richtigkeitsgewähr des einem Rechtsgeschäft zugrundeliegenden Interessenausgleichs. Würde man bei privatrechtlichen Transaktionen auf einer detaillierten Inhaltskontrolle des jeweiligen Geschäfts bestehen, sei es durch Gesetz, sei es durch Beschlüsse, so würde das **gegen die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit verstoßen und wäre außerdem völlig systemwidrig**.<sup>453</sup> Ginge man also – unzutreffender Weise – davon aus, dass für den Swap nach dem StL 1992 eine "Genehmigung" des Gemeinderats erforderlich wäre, die jedes Detail des künftigen Vertrags vorherbestimmt, wäre eine solche Auslegung des Gesetzes aus dem vorgenannten Grund verfassungswidrig, weil die Gemeinde dann nicht mehr wie ein Privater handeln könnte. Genauso wäre es systemwidrig, vom Beschluss des Gemeinderats eine derart engmaschige Determinierung des Handelns der Verwaltungsorgane zu verlangen.

Dass im GRB 2004 nicht das konkrete Geschäft (der Swap) selbst, sondern nur eine gattungsmäßige Umschreibung unter anderem des Swap (Finanzgeschäfte) in Form eines Rahmenbeschlusses enthalten ist, schadet deshalb nicht. Die – im konkreten Fall – gewählte Vorgangsweise eines Rahmenbeschlusses deckt sich auch mit den Überlegungen des im Auftrag des **Österreichischen Städtebundes im Jahr 2003** – also im Jahr vor Fassung des GRB 2004 – herausgegebenen Handbuchs "**Kreditfinanzierung für Gemeinden**". So führt *Knoth* dort aus (Hervorhebung hinzugefügt): "**Der fach- und sachgerechte Einsatz von Derivatgeschäften für die kommunale Schuldenbewirtschaftung ist daher nur in Form einer vom GR ausgesprochenen Ermächtigung, solche Geschäfte rechtswirksam abzuschließen, vorstellbar**".<sup>454</sup> Daran hat sich offenbar auch der GRB 2004 orientiert, der ebenfalls von einer Ermächtigung zum Abschluss spricht. Klar war nach dem Handbuch auch: Zustande kommt das Geschäft durch die – in der Regel per Telefon eingeholte – Zustimmung bei den im Vertrag namhaft gemachten, auf der Ebene der Administration angesiedelten Personen.<sup>455</sup> Dies überrascht – wie dargetan – nicht, weil Private bei Abschluss von Derivatgeschäften genauso handeln würden,

<sup>453</sup> *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 75.

<sup>454</sup> *Knoth*, Kommunale Schuldenbewirtschaftung, 289.

<sup>455</sup> *Knoth*, Kommunale Schuldenbewirtschaftung, 290; siehe dazu auch *N. Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013/16 [71].

da sich solche Transaktionen praktisch eben gar nicht anders durchführen lassen. Vom Erstgericht wird diese Tatsache freilich vollständig ausgeblendet.

Damit ist in der Literatur **gut dokumentiert, dass Rahmenbeschlüsse gerade bei Finanzgeschäften absolut gängig waren**. Die einhellige Lehre geht in Übereinstimmung damit auch rechtlich davon aus, dass solche Rahmenbeschlüsse zulässig sind und es nicht erforderlich, weil praktisch unmöglich ist, den einzelnen Swap durch den Gemeinderat zu genehmigen.<sup>456</sup> Das würde nämlich bedeuten, dass der Gemeinderat exakt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Derivatgeschäfts tagen müsste, um seine Zustimmung dafür zeitgerecht zu erteilen. Das ist praktisch völlig unvorstellbar (siehe dazu die ergänzend begehrte Feststellung oben). Da Gemeinden sonst von Derivatgeschäften ausgeschlossen wären – was selbst nach der Novelle des StL im Jahr 2012 nicht der Fall war – kann der Gemeinderat hier nur Ermächtigungen erteilen (wogegen bei wirtschaftlich komplexen Themen wie oben dargestellt nach dem VfGH nicht einmal im Bereich der Hoheitsverwaltung etwas spricht).

Trotzdem ging das Erstgericht davon aus, dass die rechtliche Unzulässigkeit des GRB 2004 *"offensichtlich"* sei. Es ist für BAWAG PSK völlig unerklärlich, wie das Erstgericht auf Grundlage der oben dargestellten Rechtsgrundlagen, der Praxis und der Meinung verschiedenster Stellen sowie der Literatur zu dieser rechtlichen Schlussfolgerung gelangen kann. Das **Berufungsgericht griff diese Rechtsansicht schließlich wie oben beschrieben auch nicht mehr auf**.

Auch der VwGH beschäftigte sich mit dem hier klagsgegenständlichen Swap und auch der VwGH erwähnte mit **keinem Wort**, dass der GRB 2004 rechtlich unzulässig gewesen sein soll.<sup>457</sup> Im Gegenteil hielt der VwGH dort fest, dass nicht einmal Mag. [REDACTED] also der Leiter der FVV der Stadt Linz, Zweifel an der Gültigkeit des Beschlusses haben musste. Vor allem äußerte der VwGH selbst auch keine solchen Zweifel. Auch der Finanzausschuss des Gemeinderats, dem Mag. [REDACTED] laufend berichtete, und andere Organe der Stadt Linz kamen nie auf die Idee, der Swap sei ungültig.<sup>458</sup> Der Gemeinderat selbst ging 2010 noch von einer Gültigkeit aus.<sup>459</sup> Die angebliche Unzulässigkeit wegen unzureichender Determinierung war daher für niemanden außer dem Erstgericht *"offensichtlich"* (in diesem Zusammenhang muss angemerkt werden, dass das Gericht in den ersten Jahren des Verfahrens selbst von einer Gültigkeit ausging, weshalb diese Aussage überrascht, weil ihm der GRB 2004 von Anfang an bekannt war).<sup>460</sup>

### 3.1.5.3. Erstgericht verbietet Rahmenbeschlüsse

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

<sup>456</sup> N. Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013/16.

<sup>457</sup> VwGH Ra 2017/09/0001 und Ro 2015/09/0014.

<sup>458</sup> Siehe näher Punkt C.III.3.1.4.3.

<sup>459</sup> Siehe Punkt C.III.2.6.5.3.

<sup>460</sup> Protokoll, 4.10.2013, S. 29, wo der Erstrichter zum Abschluss der Verhandlung festhielt: *"Das Gericht hält unvorgreiflich einer späteren Änderung aufgrund geänderter Sachlage oder auch Rechtsmeinung fest, dass es derzeit eher von einer Gültigkeit des Geschäftes ausgeht [...]."* Erst in der Tagsatzung am 11.11.2016 änderte das Gericht seine Meinung wobei es selbst da nur Zweifel an der Gültigkeit äußerte und nicht von einer "offenkundigen" Ungültigkeit sprach (Protokoll, S 4).

Währungsmanagement sinnvolle und marktübliche Transaktionen durchzuführen, sonst extrem eingeschränkt wären.

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

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

Im GRB 2004 bezog sich der Auftrag sinngemäß auf den Abschluss marktüblicher Finanzgeschäfte (im Innenverhältnis auch "optimierender" Geschäfte – siehe dazu oben), aber die Stadt Linz musste eben nicht für jedes einzelne Finanzgeschäft einen Gemeinderatsbeschluss fassen. Die Ermächtigung und Bevollmächtigung zum Abschluss war auf das Fremdfinanzierungsportfolio beschränkt und dadurch **nicht schrankenlos**, sondern zweckentsprechend und ausreichend determiniert.

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

Dabei geht es nicht nur um Derivatgeschäfte (die – wie oben beschrieben und wie auch das Erstgericht festhält – grundsätzlich zulässig sind). Dabei geht es auch und gerade um konventionelle Geschäfte wie zB Bauvorhaben.<sup>461</sup> Nimmt man das Erstgericht beim Wort, hat die Gemeinde zwar theoretisch die umfassenden verfassungsmäßigen Rechte, kann diese aber praktisch gesehen in bestimmten komplexen Bereichen nie ausüben, weil die für eine sinnvolle Handhabung nötigen Rahmenbeschlüsse *per se* zur Ungültigkeit des auf dessen Grundlage geschlossenen Geschäfts führen sollen. Die entgegenstehenden Beteuerungen des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 89) vermögen nicht zu überzeugen, zumal das Erstgericht nicht einmal ansatzweise aufzuzeigen versucht, wie ein Rahmenbeschluss anhand seiner Auffassung jemals möglich sein sollte.

### 3.1.6. (Nachträgliche) Mehrkosten können nicht zur Ungültigkeit führen

#### 3.1.6.1. Vorbemerkung

Die Rechtsansicht des Erstgerichts lief darauf hinaus, dass bei Kommunen das Auflaufen von bei Vertragsschluss dem Grunde nach vereinbarten, aber der Höhe nach noch nicht bekannten Kosten zur ursprünglichen Ungültigkeit eines Geschäfts führen kann. Auf den Punkt gebracht: Wenn der Gemeinde ein Vertrag – egal welcher Art, angefangen von Bauvorhaben über wie hier Derivatverträge – nicht passt, muss sie nur dafür sorgen, dass er ihr möglichst teuer kommt und dass der Schaden möglichst groß wird, dann muss sie nämlich nicht zahlen.

Es ist offensichtlich, dass dieses Ergebnis rechtlich nicht zutreffen kann. Das **Berufungsgericht teilte diese Meinung auch nicht** mehr. Im Folgenden setzt sich BAWAG PSK trotzdem mit der Argumentation des Erstgerichts auseinander und geht auf die rechtlichen Gegenargumente ein:

#### 3.1.6.2. Rechtlicher Rahmen: Der GRB 2004 als budgetäres Selbstbindungsgesetz

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

Andererseits bedarf es einer "finanzgesetzlichen Deckung" im Budget. Ein solches "**Finanzgesetz**" – hier (auch) der GRB 2004, weil Gemeinden keine gesetzgebenden Körperschaften sind und daher keine Gesetze erlassen können – **wirkt freilich nur im Innenverhältnis**. Mit anderen Worten: Er bindet die Verwaltung, kann aber die Gültigkeit des Geschäfts nach außen, dh gegenüber dem Vertragspartner nicht berühren. Eine Körperschaft muss daher auch dann leisten, wenn es an der budgetären Beschlusslage fehlt, weil diese dem Dritten gegenüber unbeachtlich ist. **Ein etwaiger zivilrechtlicher Vertrag kann sohin nicht ungültig werden, nur weil es keinen Budgetbeschluss für die daraus zu leistenden Zahlungen gibt.**<sup>462</sup> Im konkreten Fall gibt es aber sogar einen Budgetbeschluss.

<sup>461</sup> Punkt C.III.3.2.7.3.

<sup>462</sup> *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 205 f.

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

Daher gilt auch Folgendes:

### 3.1.6.3. Keine Ungültigkeit wegen Kostenüberschreitung

Das Auflaufen von *ex ante* nicht – oder zumindest nicht in der genauen Höhe – bekannten Kosten (die hier noch dazu großteils darauf beruhen, dass Stadt Linz aus offenbar irrationalen, politischen Motiven trotz zahlloser Möglichkeiten nicht handelte)<sup>463</sup> kann nicht dazu führen, dass ein Geschäft, auch wenn es auf einem Rahmenbeschluss beruht, nachträglich ungültig wird. Die "Idee", dass der **Swap also deshalb ursprünglich ungültig sein soll, weil er nicht das von Stadt Linz offenbar "erhoffte" wirtschaftliche Ergebnis brachte**, ist schlicht **unhaltbar**. Dafür fehlt es an jeder Rechtsgrundlage. Außerdem ist der GRB 2004 als **budgetäre Innennorm** zu verstehen, die etwaige mit dem Swap verbundene Kosten deckte. Selbst wenn das nicht der Fall wäre, können nachträgliche Mehrkosten unter Umständen (nur) aus budgetrechtlichen Gründen "problematisch" sein, weil sie ein Nachtragsbudget erfordern, können aber – wie oben dargetan – **nichts mit der inhaltlichen Gültigkeit des Grundgeschäfts zu tun** haben. Dies hat seinen Grund darin, dass der im Privatrecht immanente Vertrauensgrundsatz – das hat nichts mit § 867 ABGB zu tun! – auch in Geschäften mit der öffentlichen Hand gilt.<sup>464</sup>

Was damit gemeint ist, lässt sich anhand eines an anderer Stelle näher ausgeführten Beispiels zu – bekanntlich häufig mit Komplikationen verbundenen – Bauvorhaben veranschaulichen.<sup>465</sup> Auch dort gilt nämlich: Würde sich in weiterer Folge herausstellen, dass die Baukosten den genehmigten Rahmen erheblich übersteigen, dann wird der geschlossene Bauwerkvertrag nicht ungültig. Die Notwendigkeit eines Nachtragsbudget kann nicht zur Ungültigkeit des Grundgeschäfts führen. Selbst wenn das Nachtragsbudget nicht zustande käme und eine budgetäre Bedeckung tatsächlich fehlen sollte, kann der **"Grundvertrag" aber nicht ungültig werden und müsste die Stadt Linz an BAWAG PSK leisten**. Haushaltsrechtliche Regelungen zählen nämlich **nicht zu den organisationsrechtlichen Vorschriften im Sinne des § 867 ABGB** und sind deshalb nicht relevant, wenn es um die Frage der Ungültigkeit des Geschäfts geht.<sup>466</sup>

<sup>463</sup> Näher Punkt C.II.2.19.2.

<sup>464</sup> *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 73 f.

<sup>465</sup> Vgl Punkt C.III.3.2.7.3.

<sup>466</sup> *Thunhart*, Privatrechtlicher Vertrauensschutz und § 867 ABGB, öarr 2001,419 ff.

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

#### 3.1.6.4. Zwischenergebnis

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

#### 3.1.7. **Swap war laut Gerichtssachverständigen finanzwirtschaftlich optimierend**

Nochmal zitiert ist der Wortlaut des GRB 2004 soweit relevant wie folgt (Zwischenurteil, S 15 f):<sup>467</sup>

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

Wie vom Erstgericht festgestellt (Zwischenurteil, S 35) und vom Berufungsgericht übernommen, war der Swap marktüblich. Es handelt es sich dabei um ein *"grundsätzlich marktübliches und 2007 wie auch heute noch weit verbreitetes Finanzgeschäft"*.

Außerdem war der Swap auch optimierend (wenn man unrichtig davon ausgeht, dass der Begriff *"optimieren"* im GRB 2004 überhaupt eine Außenwirkung entfalten kann):

Wie oben gezeigt, bedeutet "Optimierung" entgegen der völlig überraschenden Rechtsansicht<sup>468</sup> des Berufungsgerichts gerade nicht Absicherung.<sup>469</sup> Ein richtigerweise anzulegendes objektives Optimierungsverständnis richtet sich stattdessen nach *Markowitz*. Ein solches Optimierungsverständnis erfüllt der Swap bereits vor dem Hintergrund der getroffenen Feststellungen.<sup>470</sup>

Sollte der Oberste Gerichtshof dies anders sehen, führt BAWAG PSK noch weitere Ergebnisse des Beweisverfahrens an, aus denen sich die Optimierungseignung ergibt:

- Gerechnet vor einer Fünf-Jahres-Historie erhöhte sich durch die Hereinnahme des Swap in das Portfolio von Stadt Linz der Ertrag. Gleichzeitig verringerte sich das Risiko.<sup>471</sup> Es handelte sich damit um ein optimierendes Portfolio nach *Markowitz*.

---

<sup>467</sup> Vgl auch Beilage ./11.

<sup>468</sup> Punkt C.II.3.3.

<sup>469</sup> Punkt C.III.2.3.3.

<sup>470</sup> Punkt C.III.2.3.3.1.

<sup>471</sup> Gutachten, S 40 ff; Ergänzung zum Gutachten vom 26.10.2016, S 14.

- Das Portfolio mit Swap war in 87 % aller Fälle besser für die Stadt Linz als das Portfolio ohne den Swap.<sup>472</sup> Damit meinen die Gerichtssachverständigen, dass die Situation für Stadt Linz mit Abschluss des Swap (also bestehende CHF-Anleihe plus Swap) in **87 % der Fälle vorteilhafter war als ohne Abschluss des Swap** (also bestehende CHF-Anleihe alleine ohne Swap). Schon deshalb ist auch nach einem allgemeinen Begriffsverständnis von einer Optimierung auszugehen.
- Man hätte den Swap nur dann nicht abschließen sollen, wenn man extrem geringe Verlustwahrscheinlichkeiten von 3 aus 10.000 Fällen als bedrohlich empfunden hätte.<sup>473</sup>

Wie bereits oben erwähnt, ist laut Berufungsurteil sowohl zwischen den Parteien als auch dem Berufungsgericht unstrittig, dass es sich bei der Auslegung des Begriffs "optimieren" um eine Rechtsfrage handelt (Berufungsurteil, S 14 f). Deshalb ist nach Ansicht von BAWAG PSK auch die Frage, ob dem Begriff "optimieren" ein finanzwirtschaftliches Verständnis zu Grunde zu legen ist, eine Rechtsfrage, die – wie oben gezeigt – zu bejahen ist.

Auch die Folgefrage, ob der Swap einem solchen finanzwirtschaftlichen Verständnis vor dem Hintergrund der oben zitierten Feststellungen und der Aussagen der Gerichtssachverständigen genügt, ist nach Ansicht von BAWAG PSK eine Rechtsfrage. Für den Fall, dass der Oberste Gerichtshof dies anders sieht, begehrt BAWAG – wie bereits in der Berufung (S 82) – aus advokatorischer Vorsicht **die folgenden ergänzenden Feststellungen**, die aufgrund oben näher ausgeführter unrichtiger Rechtsansicht bisher weder vom Erstgericht noch vom Berufungsgericht für relevant gehalten und deshalb aufgrund unrichtiger Rechtsansicht noch nicht getroffen wurden (es handelt sich somit um einen sekundären Verfahrensmangel):

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

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

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

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

Für den Fall, dass der Oberste Gerichtshof die Frage, ob der Swap optimierend war weder für eine Rechtsfrage hält noch für einem sekundären Verfahrensmängel zugänglich, verweist BAWAG PSK auf die Mängelrüge, in der dargelegt wird, weshalb die in der Berufung dargelegte

<sup>472</sup> Ergänzung zum Gutachten vom 26.10.2016, S 10 f.

<sup>473</sup> EGA, S 39.

Beweisrüge zu diesem Beweisthema vom Berufungsgericht teilweise überhaupt nicht und teilweise nur grob mangelhaft behandelt wurde, was einen Verfahrensfehler begründet.<sup>474</sup>

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

### 3.1.8. Swap war beherrschbar

Das Erstgericht ging noch davon aus, dass es für die Optimierungseignung im Sinn des GRB 2004 auf die Beherrschbarkeit eines Geschäfts ankommt (vgl. Zwischenurteil, S 78). Das Berufungsgericht sieht das offenbar nicht so. Wie oben ausgeführt, versteht das Berufungsgericht "Optimierung" zwar anders, allerdings auch unrichtig.<sup>475</sup> Im Folgenden setzt sich BAWAG PSK trotzdem mit den Argumenten des Erstgerichts zur angeblich geforderten Beherrschbarkeit des Swap auseinander.

Wie an anderer Stelle dargestellt, kommt es für die Optimierungseignung nur darauf an, dass diese nach allgemeinen finanzwirtschaftlichen Kriterien besteht. Eine **Beherrschbarkeit konkret für die Stadt Linz gehört nicht dazu**, sodass diese für die Gültigkeit des Swap nicht relevant sein kann.<sup>476</sup>

Selbst wenn man aber annimmt, dies wäre der Fall, hätte die Stadt Linz handeln und somit den Risiken aus dem Swap begegnen können (insbesondere durch von BAWAG PSK laufend angebotene Restrukturierungen des Swap; Zwischenurteil, S 38).<sup>477</sup> Das Erstgericht sieht die Beherrschbarkeit aber nicht gegeben, weil die Stadt Linz keine wirksamen Handlungen zur Risiko- beendigung mehr hätte setzen können, weil ein Gemeinderatsbeschluss einzuholen gewesen wäre und dann auch noch eine aufsichtsbehördliche Genehmigung (Zwischenurteil, S 79). Dies trifft schon deshalb nicht zu, weil Restrukturierungen des Swap nach § 46 StL 1992 wie der Swap selbst gar nicht genehmigungspflichtig waren und selbst wenn doch, der GRB 2004 genauso wie den Swap selbst auch seine Restrukturierung abdecken würde, und schließlich dafür auch keine aufsichtsbehördliche Genehmigung nötig war.<sup>478</sup>

Auch bleibt unklar, welcher Gemeinderatsbeschluss nach Meinung des Erstgerichts erforderlich gewesen wäre. Das Erstgericht geht offenbar von einer **Genehmigung der Finanzierung** aus. Wie schon oben ausgeführt ist allerdings die **Finanzierung** eines Geschäfts von dessen Genehmigung **gesondert** zu beurteilen und nur im **Innenverhältnis** relevant.<sup>479</sup> Daher ist dieser Ansatz des Erstgerichts auch hier verfehlt. Die Stadt Linz hat **keinen Darlehensvertrag** mit BAWAG PSK **abgeschlossen** – so sah das auch der VwGH unter Bezugnahme auf die zivilrechtlichen Begriffsbestimmungen.<sup>480</sup>

Es bleibt zudem offen, ob dazu tatsächlich eine externe Finanzierung erforderlich gewesen wäre und ob diese die Schwellen für die Befassung des Gemeinderats überschritten hätte (was nicht

<sup>474</sup> Punkt C.II.2.19.

<sup>475</sup> Punkt C.III.2.3.3.

<sup>476</sup> Punkt C.III.2.3.3.1.

<sup>477</sup> Vgl. für eine Übersicht bei der Mängelrüge Punkt C.II.2.19.2.

<sup>478</sup> Wieder Punkt C.II.2.19.2 und zur aufsichtsbehördlichen Genehmigung Punkt C.III.3.2.

<sup>479</sup> So schon Punkt C.III.3.1.6.

<sup>480</sup> Punkt C.III.2.2.5.

der Fall gewesen wäre).<sup>481</sup> Zudem hält das Erstgericht richtig fest, dass der Bürgermeister eine **Notkompetenz** hatte, für den Gemeinderat zu agieren (nach § 49 Abs 6 iVm § 47 Abs 5 StL 1992), sodass er bei Gefahr im Verzug auch für den Gemeinderat hätte handeln können (Zwischenurteil, S 3). Dabei ist nur die Möglichkeit zum Handeln relevant und nicht, ob die Möglichkeit genutzt worden wäre (Zwischenurteil, S 79 f).

Allerdings ist das Erstgericht der Meinung, die Beherrschbarkeit wäre nicht gegeben, weil der Bürgermeister mit der Notkompetenz nur für den Gemeinderat handeln kann, nicht aber für die Aufsichtsbehörde (Zwischenurteil, S 79). Wie an anderer Stelle ausgeführt, bestand für Swaps **keine Genehmigungspflicht durch die Aufsichtsbehörde**.<sup>482</sup> Diese kann daher auch **kein Kriterium für die Beherrschbarkeit des Swap** und dessen Optimierungseignung sein.

Selbst wenn man, wie das Erstgericht, unrichtig davon ausgeht, dass es für die Optimierungseignung eines Geschäfts auf dessen Beherrschbarkeit ankomme (vgl Zwischenurteil, S 78), war der Swap aber noch immer optimierend. Richtigerweise war das **Risiko aus dem Swap nämlich für Stadt Linz beherrschbar**. Dass Stadt Linz trotz der von den Gerichtssachverständigen festgestellten Beherrschbarkeit des Risikos aus offenbar politischen Gründen nicht handelte, kann nicht dazu führen, dass das Risiko plötzlich unbeherrschbar wird. Kurz gesagt: Hätte Stadt Linz gewollt, hätte sie handeln können und zB eines der zahlreichen Restrukturierungsangebote annehmen können, zu denen BAWAG PSK während der gesamten Laufzeit des Swap bereit war.<sup>483</sup> Die entgegenstehende Feststellung des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 40) wurde in der Berufung im Rahmen der Beweisrüge (Punkt 20) bekämpft, weil es sich nach Ansicht des Erstgerichts dabei um eine Tatfrage handelte. Das Berufungsgericht behandelte diese Beweisrüge nicht oder nur unzureichend, was hier in der Mängelrüge aufgegriffen wird (grundsätzlich ist die Beherrschbarkeit ohnehin rechtlich nicht relevant, die Mängelrüge erfolgt daher nur für den Fall, dass der OGH dies anders sehen sollte).<sup>484</sup>

### 3.1.9. Keine Verletzung oder Umgehung von Organisationsvorschriften

#### 3.1.9.1. Rechtsansicht des Erstgerichts

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

Das **Berufungsgericht greift diese Rechtsansicht** richtiger Weise zwar **nicht mehr** auf. BAWAG PSK setzt sich im Folgenden der Vollständigkeit halber aber trotzdem mit den unrichtigen Argumenten des Erstgerichts auseinander:

<sup>481</sup> Punkt C.II.2.19.2.

<sup>482</sup> Punkt C.III.3.2.

<sup>483</sup> Zu all dem näher Punkt C.II.2.19.

<sup>484</sup> Punkt C.II.2.19.

### 3.1.9.2. Keine unzulässige Kompetenzverschiebung

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

Wie bereits oben dargetan,<sup>485</sup> ist es das Wesen einer **arbeitsteiligen Verwaltungsorganisation**, dass die Verwaltungsorgane (Gemeinderat, Bürgermeister, Stadtsenat etc) nicht sämtliches Verwaltungshandeln höchstpersönlich vornehmen, sondern es gibt dafür einen Geschäftsapparat, nämlich den Magistrat der Stadt Linz.

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

Die Durchführung dieses Beschlusses sollte also laut GRB 2004 durch die FVV erfolgen. FVV ist ein Geschäftsbereich des Magistrats der Stadt Linz, dem der Bürgermeister vorsteht (§ 49 Abs 2 StL), der die Beschlüsse des Gemeinderats zu vollziehen hat (§ 22 Abs 1 StL). Der Gemeinderat meint daher mit "FVV", dass die im Magistrat zuständige Abteilung seinem im GRB 2004 gebildeten Willen umsetzen soll. Wer sollte es denn sonst machen? Damit wurden FVV (oder der Magistrat) aber **nicht an Stelle des Gemeinderats ermächtigt, sich einen Willen zu bilden, sondern mit dem Vollzug des vom Verwaltungsorgan Gemeinderat gebildeten Willens beauftragt**.

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

*Er* – der Gemeinderat – selbst hat damit in der in § 46 Abs 1 StL vorgesehenen Weise den Swap geschlossen, weil ihm – wie oben dargetan – die Vollzugshandlungen des Magistrats, von FVV und Mag [REDACTED] **zuzurechnen** sind.<sup>486</sup> Der Magistrat unter der Leitung des Bürgermeisters ist – wie dargetan – der Geschäftsapparat, der für den Gemeinderat tätig wird, der sich mit dem GRB 2004 einen Willen gebildet hat. FVV ist Teil des Geschäftsapparats "Magistrat" und der Leiter von FVV war damals Mag [REDACTED]. Deshalb hat die Zurechnung – wie beschrieben – zu erfolgen.

<sup>485</sup> Vgl Punkt C.III.2.6.5.4.1.

<sup>486</sup> Siehe dazu näher oben Punkt C.III.2.6.5.4.1.

Das Erstgericht verwechselt damit den Begriff der "Zurechnung" in der arbeitsteiligen Verwaltung mit jenem der "Kompetenzverschiebung". Nur weil ein Bundesminister den Bescheid nicht selbst erlässt oder im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung Förderverträge nicht höchstpersönlich schließt, wird niemand ernsthaft behaupten, er hätte seine Kompetenz zu handeln an den zuständigen Abteilungsleiter delegiert oder übertragen; vielmehr ist ihm das Verhalten seines Geschäftsorgans im Rahmen der politischen (Art 74 B-VG) und rechtlichen Verantwortlichkeit (Art 142 B-VG) zuzurechnen. Gehandelt hat in diesen Fällen daher nicht der Abteilungsleiter "X", sondern das Verwaltungsorgan "Bundesminister". Dies selbst dann, wie oben dargetan, wenn der Minister weder vom Bescheid noch vom Fördervertrag wusste, weil ihm im Rahmen der Wissensvertretung durch die Organwalter seines Geschäftsapparats "Bundesministerium" deren Wissen (genauso wie ihr Handeln) zuzurechnen ist.<sup>487</sup>

Nichts Anderes gilt hier im Fall des Vertragsabschlusses durch Mag █████ FVV. Sein Handeln und Wissen ist dem Gemeinderat der Stadt Linz zuzurechnen, selbst wenn dieser keine unmittelbare Kenntnis vom Swap gehabt hätte (was ohnehin unrichtig ist, vgl dazu bei der nachträglichen Genehmigung Punkt C.III.2.6.5.3). Auch der Gemeinderat, dem es nach § 40 StL 1992 freisteht, zur Vorberatung von Verhandlungsgegenständen Ausschüsse, wie den Finanzausschuss einzusetzen, muss sich nämlich das Handeln und das Wissen desselben genauso zurechnen lassen, auch wenn die einzelnen Mitglieder nicht über die Details des Geschäfts Bescheid wussten (vgl dazu Punkt C.III.2.6.5.4).

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

Abgesehen davon, dass es sich – wie dargetan – nicht um eine Kompetenzverschiebung handelt, hat das Gericht ein falsches Verständnis von demokratischer Legitimation. Sämtliche staatlichen Organe sind – wenn auch unterschiedlich – demokratisch legitimiert.<sup>488</sup> In der Verwaltung erfolgt die demokratische Legitimation ganz wesentlich durch die Bindung an die Gesetze, sofern es sich um die Hoheitsverwaltung handelt (in der Privatwirtschaftsverwaltung gilt das Legalitätsprinzip bekanntlich nicht). Auf die Stadt Linz und ihre Verwaltungsorgane zurückkommend wird das Verwaltungsorgan Gemeinderat vom Volk gewählt und erfährt so eine unmittelbare personelle demokratische Legitimation. Diese endet aber nicht dort, weil die Stadtverwaltung – wie jeder Verwaltungsapparat – hierarchisch gegliedert ist und den einzelnen Organwaltern gemäß Art 20 Abs 1 B-VG Weisungen erteilt werden können. **Damit überträgt sich die hohe personelle demokratische Legitimation vom Gemeinderat bis "zum letzten Beamten" im Magistrat.**

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

<sup>487</sup> Müller, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2010) 350 f.

<sup>488</sup> Müller, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2010) 350 f.

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

Im Gegenteil: Das Verfassungsrecht gebietet geradezu, dass Behörden den politischen Willen als verlängerter Arm der demokratisch legitimierten Organe (Minister, Bürgermeister, Gemeinderat etc) unter deren Verantwortung vollziehen. Die Geschäfte der Gemeinden werden eben durch das Gemeindeamt (Stadtamt), jene **der Städte mit eigenem Statut – wie bei der Stadt Linz – durch den Magistrat besorgt**. Der Magistrat und seine Organisationseinheiten haben hier ein "Geschäftsführungsmonopol" – ausschließlich ihnen kommt es zu, als Geschäftsapparat bzw Hilfsorgan der Gemeindeorgane Aufgaben der – hoheitlichen sowie privatwirtschaftlichen – (Gemeinde-) Verwaltung zu besorgen.<sup>489</sup> Es entspricht also gerade dem Organisationsaufbau einer Stadt mit eigenem Statut, dass der Magistrat die Beschlüsse des Gemeinderats vollzieht. Genauso sollte es hier nach dem Willen des Gemeinderats, den dieser unmissverständlich im GRB 2004 ausdrückte ("... FVV ... ermächtigt ... Abschluss") auch geschehen.

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

Auch was das mit einer "virtuellen" Spaltung von Mag █████ in zwei Personenhälften zu tun haben soll (vgl so die – um das Erstgericht zu zitieren – "sibyllinischen" Ausführungen im Zwischenurteil, S 87), bleibt für BAWAG PSK völlig unverständlich. Wie üblich und wie Tag für Tag gelebt, beauftragte der Gemeinderat seinen **Magistrat** mit der **Umsetzung** seines Willens. Da der Magistrat keine natürliche Person ist, handelt eben der Leiter der FVV für den Magistrat, dem der Bürgermeister vorsteht.<sup>490</sup> Es braucht keine besonderen zivilrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Verrenkungen, um den Inhalt des GRB 2004 korrekt zu deuten.

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

### 3.1.9.3. In eventu: Jedenfalls keine zivilrechtliche Ungültigkeit

Selbst wenn man rechtlich unrichtig davon ausginge, dass es sich beim als Rahmenbeschluss gefassten GRB 2004 um eine unzulässige Kompetenzverschiebung handelt, ist der GRB 2004

<sup>489</sup> *Stolzlechner*, in Kneihls/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Art 117 B-VG, Rz 27 f.

<sup>490</sup> Vgl Punkt C.III.3.1.13.

zivilrechtlich trotzdem gültig und der Swap konnte auf dessen Grundlage wirksam geschlossen werden:

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

Die Organisationsvorschriften des Hoheitsträgers regeln die Zurechnung menschlichen Verhaltens. § 867 ABGB bezieht sich nur auf im Organisationsrecht als Gültigkeitsvoraussetzungen normierte Bestimmungen. Daher hat er keine normative, sondern bloß klarstellende Bedeutung. Wo das Organisationsrecht Ungültigkeit anordnet, bedarf es nicht § 867 ABGB, wo ihm hingegen nichts über die Gültigkeit entnommen werden kann, **greift § 867 ABGB ohnehin nicht ein**.<sup>491</sup> Welche Folgen eine Verletzung dieser Vorschriften hat, kann somit nicht aus § 867 ABGB, sondern aus den gemeinderechtlichen Vorschriften abgeleitet werden.

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

Gegenständlich wurde der **Gemeinderat aber nicht übergangen**, sondern er habe – aus Sicht des Erstgerichts – einen zu weiten Beschluss gefasst, mit dem er unzulässigerweise versucht hätte, seine Aufgaben auf den Magistrat "abzuschieben" (Zwischenurteil, S 77). Da der Gemeinderat als das zuständige Organ aber eingebunden war, kann sich daraus nach dem Zweck der Regelungen keine Nichtigkeit ergeben und § 867 ABGB greift hier nicht. Dies folgt auch aus einer verfassungskonformen Interpretation aus der Sicht des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes.<sup>492</sup> Diesen können weder § 867 ABGB noch das StL 1992 aushebeln.

Aus diesem Blickwinkel sind übrigens auch die in RS0014664 gesammelten Entscheidungen nicht anwendbar. Laut diesen Entscheidungen beinhalten Bestimmungen, die bestimmte Rechtsgeschäfte dem Gemeinderat vorbehalten, zwar eine Beschränkung der allgemeinen Vertretungsmacht. Allerdings gab es **in keiner einzigen der zahlreichen Entscheidungen** (erfasst seit 15.7.1981) den Fall, dass der **Gemeinderat** vor Abschluss des dort klagsgegenständlichen Geschäfts **tatsächlich einen Beschluss fasste**. Vielmehr war der Gemeinderat gar nicht involviert. Hier war das bekanntlich anders und der Gemeinderat fasste wie festgestellt den GRB 2004 (Zwischenurteil, S 16). Die Entscheidungen im Rechtssatz können deshalb nicht einschlägig sein. Sie sind aus Vertrauensschutzgesichtspunkten völlig anders zu werten als der

<sup>491</sup> Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 867 Rz 2 f mwN; Wilhelm, Die Vertretung der Gebietskörperschaften im Privatrecht [1981] 40 ff.

<sup>492</sup> Vgl Punkt C.III.3.1.9.3.

hier vorliegende Fall. In den Entscheidungen im Rechtssatz konnte der Vertragspartner auf keinen Gemeinderatsbeschluss vertrauen – hier durfte BAWAG PSK das aber, wie oben ausgeführt,<sup>493</sup> sehr wohl.

Das Statut der Stadt Linz enthielt zum Zeitpunkt des Gemeinderatsbeschlusses außerdem **kein Verbot von Swap-Geschäften**, wie dies auch das Erstgericht festgestellt hat (Zwischenurteil, S 71).<sup>494</sup> Schranken hinsichtlich der Zulässigkeit bestimmter Geschäfte können sich aber nur aus einschlägigen Rechtsnormen zum Zeitpunkt des Abschlusses ergeben, weil sonst – wie oben dargetan – eine verfassungswidrige, weil belastende rückwirkende Regelung geschaffen würde, die in unverhältnismäßiger Weise in die Privatautonomie insbesondere des "privaten Vertragspartners", also hier BAWAG PSK, eingreifen und diese in Ermangelung einer sachlichen Rechtfertigung verletzen würde.<sup>495</sup> Auch deshalb kann im konkreten Fall aus dem StL 1992 **keine Nichtigkeitsfolge** abgeleitet werden.

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

#### 3.1.9.4. Zwischenergebnis

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

#### 3.1.10. **Sonderthema Unterschriftenverzeichnis**

Wie an anderer Stelle ausgeführt<sup>496</sup> wurde Mag ██████ im Außenverhältnis neben dem GRB 2004 auch durch das gemeinsam mit dem Rahmenvertrag unterzeichnete Unterschriftenverzeichnis bevollmächtigt.

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

<sup>493</sup> Siehe Punkt C.III.3.1.4.

<sup>494</sup> Auch *N. Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 *passim*, insbesondere 72, verwies noch 2013 darauf, dass die geltende Rechtsordnung den Gebietskörperschaften den Abschluss riskanter Finanzgeschäfte erlaubt.

<sup>495</sup> Erst Jahre später wurde auf Bundes- und Landesebene versucht, bestimmte Grundsätze einer "Risikoaverse[n] Ausrichtung der Finanzgebarung der Gebietskörperschaften" (vgl die "Vereinbarung zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden über eine risikoaverse Finanzgebarung" nach Art 15a Abs 1 B-VG) festzulegen. Selbst nach der neuen Art 15a-Vereinbarung ist aber bei Derivaten nur darauf abzustellen, ob es ein entsprechendes Grundgeschäft gibt (Art 1 Z 1 der Vereinbarung), was beim Swap mit der CHF-Anleihe zweifelsfrei der Fall war.

<sup>496</sup> Punkt C.III.2.4.

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

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

### 3.1.11. Zu den übrigen Argumenten des Erstgerichts

Abschließend geht BAWAG PSK der Vollständigkeit halber noch auf die weiteren Argumente ein, welche das Erstgericht im Zwischenurteil gegen die zivilrechtliche Gültigkeit des GRB 2004 einwendet, welche das **Berufungsgericht aber zu Recht ebenfalls durchwegs nicht aufgreift**:

Einerseits behauptet das Erstgericht, der GRB 2004 sei wegen Vollmachtsüberschreitung unwirksam (Zwischenurteil, S 89 f). Andererseits behauptet das Erstgericht, der GRB 2004 sei mangels aufsichtsbehördlicher Genehmigung unwirksam (Zwischenurteil, S 90). Beide Argumente sind Zirkelschlüsse, mit denen das Erstgericht andere (ebenfalls unrichtige) rechtliche Argumente aus anderem Blickwinkel nochmals ins Treffen führt:

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

**Nichts davon ist aber hier der Fall.** Der Swap unterlag vielmehr weder einem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis<sup>497</sup> noch ist die Optimierung im Außenverhältnis relevant<sup>498</sup>

<sup>497</sup> Siehe dazu Punkt C.III.3.2.

<sup>498</sup> Siehe dazu Punkt C.III.2.3.2.

(und selbst wenn war der Swap nach dem anzulegenden allgemeinen Maßstab – und selbst konkret für die Stadt Linz – "optimierend"). Es kann daher auch **keine Vollmachtsüberschreitung** gegeben haben (wie schon mehrfach betont hat der VwGH auch keine solche geortet). Daher ist der **Swap** auch unter diesem Blickwinkel **gültig zustande gekommen**.

Dass der Swap – wie bei derartigen Geschäften üblich – telefonisch (mündlich) abgeschlossen wurde, hindert dessen Gültigkeit ebenfalls nicht. Aus § 66 Abs 1 StL 1992 ist nämlich **kein Schriftformgebot** abzuleiten und auch zivilrechtlich unterliegen Swaps keiner Schriftform. Auch hier gilt: Hätte der Gesetzgeber damit die verfassungsgesetzlich garantierte Privatautonomie der Stadt Linz durch derart beschränken wollen, hätte er dies klar und eindeutig zum Ausdruck bringen müssen. Dies tat er nicht. Eine anderslautende Auslegung wäre mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung von Gemeinden als Privatrechtssubjekt nicht vereinbar.<sup>499</sup> Demnach ist es der Bundes- und Landesgesetzgebung "*verwehrt, diskriminierende Vorschriften gegenüber der Gemeinde auf diesem Gebiet aufzustellen*" (so ausdrücklich die Materialien zur B-VG Novelle 1962, RV 639 BlgNR 19. GP, 14). Der mündlich erfolgte Abschluss des Swap durch Mag ██████ war daher aufgrund Vollmachterteilung durch den Bürgermeister zulässig.

### 3.1.12. **In eventu: GRB 2004 als öffentlich-rechtliche Approbationsbefugnis**

Geht man davon aus, dass überhaupt ein Gemeinderatsbeschluss für den Abschluss des Swap nötig war, dann erfüllt der GRB 2004 alle erforderlichen Voraussetzungen für einen solchen. Wie dargelegt, beauftragte und bevollmächtigte der Gemeinderat damit Mag ██████ zum Abschluss von Finanzgeschäften wie dem Swap in einem zivilrechtlichen Akt.<sup>500</sup>

Selbst wenn man das anders sieht und den GRB 2004 – trotz seines klaren Wortlauts – nicht als zivilrechtliche Beauftragung und Bevollmächtigung zum Abschluss einordnet, durfte Mag ██████ den Swap trotzdem für Stadt Linz abschließen. Der GRB 2004 kann dann nämlich auch als **Approbationsbefugnis** verstanden werden, sollte Mag ██████ nicht sowieso schon über diese Approbationsbefugnis verfügt haben,<sup>501</sup> was auch wieder dazu führt, dass Stadt Linz und BAWAG PSK den Swap ursprünglich gültig abschlossen:

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

<sup>500</sup> Punkt C.III.3.1.4C.III.3.1.

<sup>501</sup> Siehe Punkt C.III.3.1.4.2.

S 84). Abgesehen davon, dass es wie oben<sup>502</sup> dargelegt einer solchen Approbationsbefugnis nicht bedurfte, gilt Folgendes:

Von Approbationsbefugnis spricht man, wenn **ein Verwaltungsorgan (hier: der Gemeinderat) durch ein Mandat eine andere der Verwaltung angehörige Person, dh einem Organwalter (hier: Mag ██████ der Leiter der FVV) beauftragt**, bestimmte Aufgaben (hier: Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios) für ihn zu erledigen.<sup>503</sup>

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

Es handelt sich bei der Erteilung der Approbationsbefugnis immer noch um **keine Delegation**, weil ein solches Mandat – anders als die Delegation – die **Zuständigkeitsordnung nicht verändert**. Aus dem GRB 2004 (Beilage ./11) wird nämlich, wie schon oben dargestellt, sehr deutlich, dass sich der Gemeinderat seiner Zuständigkeit nicht generell begeben, sondern bloß jemanden für einen eingegrenzten Zweck "ermächtigen" wollte, für ihn zu handeln.<sup>504</sup> Kurz: Approbationsbefugnis und Delegation sind etwas grundlegend Verschiedenes. Im vorliegenden Fall wurden vom Gemeinderat keine Zuständigkeiten delegiert, weil dies von vornherein nicht beabsichtigt war.<sup>505</sup> Die Regelung der Approbation ist eine Angelegenheit der inneren Organisation, die die Zuständigkeit nicht berührt.<sup>506</sup> Wie schon weiter oben dargetan, **handelt der Gemeinderat einfach durch seinen Geschäftsapparat**, den er beherrscht (Weisungsbefugnis) und der ihm deshalb im Rahmen der demokratischen Legitimation, aber auch im Hinblick auf die Handlungen und das Wissen im Rahmen einer arbeitsteiligen Verwaltungsorganisation zugerechnet wird.

Die entsprechende Kontroll- und Weisungsbefugnis des Gemeinderats, die demnach zur Zurechnung führt, ergibt sich aus seiner Stellung als oberstes Organ der Gemeindeverwaltung im eigenen Wirkungsbereich. Dies kann nicht einmal durch einfaches Gesetz beschränkt werden.<sup>507</sup>

Eine spezifische gesetzliche Grundlage für die Erteilung der Approbationsbefugnis im Innenverhältnis durch den Gemeinderat ist nicht erforderlich.<sup>508</sup> Vielmehr wäre die konkrete Aufgabe

<sup>502</sup> Der GRB 2004 verschaffte Mag ██████ nämlich auch so ohne Weiteres eine Abschlussvollmacht, eingehend Punkte C.III.3.1 und C.III.2.3 *passim*.

<sup>503</sup> *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten [1980] 213.

<sup>504</sup> Vgl dazu Punkt C.III.3.1.4.

<sup>505</sup> Vgl VfSlg 10.338/1985; VwGH 28.4.2008, 2005/12/0268.

<sup>506</sup> Vgl VfSlg 10.338/1985; VwGH 28.4.2008, 2005/12/0268.

<sup>507</sup> *Neuhofer*, Gemeinderecht<sup>2</sup> [1998], 160.

<sup>508</sup> VfSlg 7941/1976; VwGH 27. 5. 1988, 88/18/0015; *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung Bd II (1978) 182; *Koja*, Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer<sup>2</sup> (1988) 368; *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>6</sup> (2018) Rz 163; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>7</sup> (2019) Rz 346.

(Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios) vom Gemeinderat selbst, wie an anderer Stelle beschrieben, gar nicht zu bewerkstelligen gewesen (wie sich auch aus dem Gemeinderatsprotokoll zum GRB 2004 ergibt).<sup>509</sup> Um dennoch die Handlungsfähigkeit zu sichern, gewährt die Verfassung eine **allgemeine gesetzliche Ermächtigung zur Erteilung von Approbationsbefugnissen**, die sich **auch auf privatwirtschaftliches Handeln erstreckt**. Dies ergibt sich insbesondere aus der in Art 117 Abs 7 B-VG geregelten Grundstruktur der Gemeindeverwaltung, die dem Gemeinderat als "*Verwaltungsorgan*" das Gemeindeamt bzw hier: den **Magistrat** als "*Verwaltungshilfsorgan*" zur Seite stellt.<sup>510</sup>

Die Zuordnung des Magistrats als bürokratische Organisationseinheit (gemäß Art 117 Abs 7 B-VG und StL 1992) beinhaltet damit gleichzeitig auch die (verfassungs-)gesetzliche Befugnis des Gemeinderats als oberstes Gemeindeorgan, mittels Gemeinderatsbeschluss Mitarbeitern des Magistrats Aufgaben im Wege der Erteilung von Approbationsbefugnissen zuzuweisen.<sup>511</sup> Aufgrund nachstehender Berichtspflichten ist auch ein entsprechender Formalzusammenhang gegeben: In § 48 StL 1992 und insbesondere in § 8 Abs 4 GEOM ist ausdrücklich vorgesehen: "*Die Gruppenleiter haben den Magistratsdirektor und das sachlich in Betracht kommende Mitglied des Stadtsenats regelmäßig von allen bedeutsamen Angelegenheiten der Geschäftsgruppe zu informieren, sofern diese nicht ohnehin rechtzeitig im Dienstweg damit befasst werden.*" Finanzstadtrat Dr Mayr (als zuständiges Mitglied des Stadtsenats) wiederum war der Vorsitzende des Finanzausschusses. Außerdem berichtete auch Mag [REDACTED] dem Finanzausschuss regelmäßig über die aus seiner Sicht auf dem GRB 2004 beruhenden Maßnahmen des Debt Managements, darunter den Swap (Zwischenurteil, S 26).

Dass auch Kollegialorgane (hier: der Gemeinderat) Approbationsbefugnisse an unterstellte Bedienstete (hier: FVV und Mag [REDACTED] als deren Leiter) erteilen können, ist eine seit vielen Jahren bestehende Tatsache der **Verwaltungspraxis**, deren Zulässigkeit von der **Judikatur** bestätigt wird.<sup>512</sup> Hinzu kommt Folgendes:

- Nach § 3 Abs 3 BVG über die Ämter der Landesregierungen<sup>513</sup> ist in der Geschäftsordnung des Amtes der Landesregierung insbesondere auch zu regeln, "*inwieweit der Landeshauptmann, die Landesregierung oder einzelne Mitglieder derselben*" sich unbeschadet ihrer Verantwortlichkeit durch den Landesamtsdirektor oder durch sonstige Bedienstete des Amtes der Landesregierung vertreten lassen können. Damit ist es explizit für zulässig erklärt, Bedienstete in der Geschäftsordnung mit der Befugnis auszustatten, für die Landesregierung zu handeln. Der Umstand, dass in dieser Bestimmung die Landesregierung neben ihren Mitgliedern angeführt ist, zeigt deutlich, dass mit der Landesregierung nur das Kollegialorgan gemeint sein kann. Die These von der Beschränkung der Approbationsbefugnis auf das monokratische System ist damit schon auf Verfassungsebene widerlegt.
- Dasselbe zeigt ein Blick ins Linzer Stadtrecht, das innerbehördliche Mandate auch bei Kollegialorganen kennt und nennt: Der Stadtsenat ist gemäß § 28 StL 1992 ein

<sup>509</sup> Vgl dazu Punkt C.III.2.3.3.2.

<sup>510</sup> *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 554.

<sup>511</sup> *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten [1980] 214 f und 218.

<sup>512</sup> *Pichler*, Die Approbationsbefugnis als Problem der Verwaltungsreform, ZfV 1978, 11 [14], unter Hinweis auf VfSlg 4938, 6486 und 7656, sowie VwGH 28.6.1976, 246/76.

<sup>513</sup> BGBl 1925/289 idF BGBl I 2019/14.

Kollegialorgan, das aus dem Bürgermeister, Vizebürgermeistern und weiteren Mitgliedern besteht, die den Titel "Stadtrat" führen. Nach § 32 Abs 6 StL 1992 hat der Stadtsenat eine Geschäftseinteilung zu beschließen, mit der die in seine Zuständigkeit fallenden Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Stadt nach Sachgebieten geordnet in so viele Geschäftsbereiche eingeteilt werden, als der Stadtrat stimmberechtigte Mitglieder hat. In dieser Geschäftseinteilung sind gemäß § 32 Abs 7 StL 1992 jene Angelegenheiten zu bezeichnen, die der kollegialen Beratung und Beschlussfassung bedürfen. Die dort nicht bezeichneten Angelegenheiten werden gemäß § 34 Abs 2 StL 1992 von dem nach der Geschäftseinteilung zuständigen Mitglied des Stadtsenats besorgt.

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

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

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

Entgegen der Auffassung des Erstgerichts stand es dem Gemeinderat daher **frei, eine Ermächtigung zum Abschluss von Geschäften wie dem Swap zu erteilen**. Das entspricht auch der langjährigen unangefochtenen Praxis der Klägerin, die von ihrem Magistrat – und damit von einem maßgeblichen Kompetenzzentrum des Gemeinderechts in Österreich – zutreffend als rechtskonform erachtet wurde. In diesem Zusammenhang spielt es nicht einmal eine Rolle, ob eine Approbationsbefugnis zu Recht oder Unrecht erteilt wurde.<sup>514</sup> Es ist zweitens unerheblich, ob die Bedingungen erfüllt sind, unter denen eine Zeichnung erfolgen soll.<sup>515</sup> Es ist drittens irrelevant, ob der Bedienstete seinen Kompetenzbereich eingehalten oder ihn überschritten hat. Eine Gebietskörperschaft **muss sich sogar Akte zurechnen lassen**, zu denen der Approbationsbefugte gar nicht zuständig war.<sup>516</sup> Ebenso wenig kommt es darauf an, ob Vorgesetzte von den Handlungen Kenntnis hatten.<sup>517</sup>

**Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass Mag [REDACTED]** weil er durch den GRB 2004 individuell-konkret **mit einer Approbationsbefugnis** versehen war, die **Stadt Linz im gegebenen Zusammenhang zu vertreten vermochte**. **Überschreitungen** seiner **Approbationsbefugnis** (die wie oben dargestellt ohnehin nicht vorlagen, weil der Swap den Vorgaben des GRB 2004 entsprach)<sup>518</sup> sind **im Außenverhältnis** ebenso **unerheblich** wie die Frage, ob ihm diese Befugnis zu Recht erteilt wurde und ob er allfällige Vorbehalte einer Genehmigung durch seine Vorgesetzten beachtet hat. Es kommt daher weder darauf an, ob der Gemeinderat Mag [REDACTED] als Leiter der FVV mit Mandat ermächtigen durfte, noch darauf, ob der Swap eine Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios bewirkte.

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

**Mag [REDACTED] durfte** daher aufgrund einer solchen öffentlich-rechtlichen **Approbationsbefugnis rechtmäßig für die Stadt Linz handeln** und konkret den Swap für Stadt Linz abschließen. Das Argument des Erstgerichts, der unmittelbar demokratisch legitimierte Gemeinderat hätte aufgrund der Wichtigkeit der Angelegenheit (zu dieser Wichtigkeit kommt das Erstgericht übrigens nur mit seinem Wissen *ex post*) die "Willensbildung" nicht an den nicht demokratisch legitimierten Organwalter Mag [REDACTED] übertragen dürfen, geht – aus den oben angeführten Gründen – ins

<sup>514</sup> VwGH 21. 4. 2016, Ra 2016/11/0017.

<sup>515</sup> VwGH 17. 9. 1996, 95/05/0231; ferner VwGH 2. 7. 1998, 97/06/0068;

<sup>516</sup> VwGH 28. 10. 1998, 97/03/0010.

<sup>517</sup> VwGH 28. 10. 1998, 97/03/0010.

<sup>518</sup> Vgl Punkt C.III.2.3.3.1.

Leere, weil die Organwalter des Magistrats der Stadt Linz (mittelbar) über den vom Vertrauen des Gemeinderats abhängigen und dem Gemeinderat weisungsgebundenen<sup>519</sup> Bürgermeister, der dem Geschäftsapparat "Magistrat" vorsteht, und seinen und damit auch den Willen des Gemeinderats (handelt er nämlich gegen des Willen des Gemeinderats, so wird er von diesem mittels Misstrauensvotums abberufen werden) durch den hierarchischen Verwaltungsaufbau *qua* Weisung gemäß Art 20 Abs 1 iVm 118 Abs 5 B-VG durchsetzen kann. Durch diese "**geschlossene Legitimationskette**" vom Gemeinderat bis zum Leiter der FVV Mag [REDACTED] fällt dieser Einwand weg. Es verkennt aber auch das – ebenfalls bereits angesprochene – arbeitsteilige Wesen der Verwaltung und die Zurechnung der Organwalter zum beschließenden Verwaltungsorgan "Gemeinderat". Deshalb steht auch fest, dass das Handeln von FVV und dessen Leiter Mag [REDACTED] dem Gemeinderat zuzurechnen ist und sich Mag [REDACTED] keinen eigenen Willen bildete; vielmehr **führte** dieser den im GRB 2004 zum Ausdruck kommenden **Willen des Gemeinderats durch** (es lag kein eigenmächtiges Handeln vor, wie auch der VwGH im konkreten Fall feststelle).<sup>520</sup> Es erfolgte somit keine – verbotene – Übertragung der Willensbildung vom Gemeinderat an Mag [REDACTED] wie vom Erstgericht behauptet. Deshalb werden auch **keine Kompetenzen** von einem Kollegialorgan (Gemeinderat) zu einem monokratischen Organ bzw Organwalter (Mag [REDACTED] **verschoben**. Die Erteilung einer Approbationsbefugnis widerspricht sohin auch nicht dem Organisationsrecht der Stadt Linz.

### 3.1.13. Sonderthema: Ermächtigung der "FVV"

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

Dass der Finanzdirektor für die FVV handelt, ist weder überraschend noch bedenklich oder gar rechtswidrig – im Gegenteil es ist etwas Selbstverständliches. Damals war Mag [REDACTED] der Leiter der FVV und gleichzeitig auch der Leiter der Stadtkämmerei, einer "Untereinheit" der FVV (Zwischenurteil, S 3). Dass es also auch Mag [REDACTED] sein sollte, der für die FVV zu handeln hatte, solange er deren Vorsteher war, ist offensichtlich und ergibt sich zwingend aus der Organisation des Magistrats. In einer arbeitsteiligen Verwaltungsorganisation sind es regelmäßig die Abteilungs- und/oder Bereichsleiter (sowie der Magistratsdirektor), die für den Magistrat als administrativen Geschäftsapparat der Stadt Linz, im vorliegenden Fall als Geschäftsapparat des Verwaltungsorgans handeln.

Das Erstgericht zog das dennoch in Zweifel und begründete damit sowohl die Ungültigkeit des GRB 2004 sowohl als zivilrechtlichem Akt (Zwischenurteil, S 86) als auch als öffentlich-rechtlichem Akt (Zwischenurteil, S 84 f). Das **Berufungsgericht griff diese unrichtige Rechtsansicht nicht auf**. Der Vollständigkeit halber setzt sich BAWAG PSK trotzdem damit auseinander:

<sup>519</sup> Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, 11. Auflage, Rz 555.

<sup>520</sup> Siehe Punkt C.III.2.2.3.

Es kommt also aus den folgenden Gründen nur Mag ██████ und niemand anderes in Frage:

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

Selbst wenn mit "FVV" dennoch nicht Mag ██████ als deren Leiter gemeint gewesen sein sollte, dann jedenfalls der Bürgermeister selbst, der gemäß § 49 Abs 2 StL 1992 der Vorstand des Magistrats und für dessen Geschäftsführung verantwortlich ist und seinerseits Mag ██████ **bevollmächtigte** (wie dargelegt über den Rahmenvertrag und das "Unterschriftenverzeichnis"<sup>521</sup>). Die FVV ist eine Organisationseinheit des dem Bürgermeister unterstellten Magistrats (vgl die Feststellungen im Zwischenurteil, S 2 ff). Keinesfalls kann man dem GRB 2004 so auslegen, dass mit FVV überhaupt niemand gemeint sein soll (worauf sich die Meinung des Erstgerichts hinausläuft) – das würde die vom Gemeinderat getätigte Willensäußerung im GRB 2004 völlig missachten. Es kann ja nicht davon ausgegangen werden, dass der Gemeinderat schlicht ins "Leere" ermächtigen wolle und die Organisation seines **eigenen Magistrats** nicht kannte.

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

- Im behördlichen Umgangston ist zum Beispiel häufig von einem Rechtsakt "*des Bundesministeriums*" die Rede: Auch in diesem Fall ist jedermann klar, dass damit nicht der Geschäftsapparat (dh das "*Bundesministerium*"), sondern das Leitungsorgan (der "*Bundesminister*") gemeint ist. Klar ist in solchen Fällen auch, dass nicht der Bundesminister selbst, sondern sein Geschäftsapparat, das heißt die zuständigen Abteilungen des Ministeriums tätig werden.
- Vielmehr ist es durchaus üblich und kommt sogar oft vor, dass Bundes- oder Landesgesetzgeber sich bei der Festlegung der Zuständigkeit eines Einzelnen nicht vollends korrekt ausdrücken und auf Dienststellen, dh administrative "*Hilfsapparate*" beziehen. Zuständigkeiten, die im öffentlichen Recht zwingend sind, werden dadurch nicht geändert. Es werden auch keine Kompetenzen delegiert oder übertragen. So heißt es zB in § 6 ASVG, dass "*das Bundesministerium für Arbeit und Soziales*" (also der Hilfsapparat, nicht der Bundesminister als monokratisches Leitungsorgan) über die Gleichwertigkeit entscheidet (vgl auch § 415 Abs 2a ASVG), oder in § 8 Abs 2 Strafregistergesetz, dass der Antrag "*beim Bundesministerium für Inneres*" einzubringen ist, das hierüber entscheidet. Damit wird das – unzuständige – Ministerium auch nicht zuständig, sondern bleibt der Minister Behörde bzw handelndes Verwaltungsorgan.
- Selbst das B-VG verwendet in Art 12 Abs 3 die Formel, dass in Angelegenheiten des Elektrizitätswesens die Entscheidungskompetenz – wenn die Bescheide der

---

<sup>521</sup> Punkt C.III.2.4.

Landesinstanzen voneinander abweichen – auf Antrag "an das sachlich zuständige Bundesministerium" übergeht.

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

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

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

**Ermächtigende und bevollmächtigte Rechtsperson (Stadt Linz vertreten durch den dafür zuständigen Gemeinderat) sowie ermächtigte und bevollmächtigte Rechtsperson (Mag [REDACTED] in seiner Funktion als Leiter der FVV) waren somit in vollkommener Willensübereinstimmung der Auffassung, dass eine Ermächtigung des Mag [REDACTED] durch die Stadt Linz vorlag.** Dies galt auch für alle anderen Beteiligten auf Seite der Stadt Linz, wie der Rechnungshof zutreffend feststellte und der VwGH ebenfalls entschied.<sup>522</sup>

Dass im GRB 2004 die FVV als Organisationseinheit des Magistrats der Stadt Linz genannt wurde, ist übrigens auch praktisch nichts Ungewöhnliches. Im Gegenteil, es ist sehr naheliegend. Wie bereits weiter oben festgehalten, ist es Aufgabe des kollegialen Verwaltungsorgans "Gemeinderat", den entsprechenden Akt der Willensbildung und -feststellung zu setzen. Die Durchführung indes kann selbstverständlich durch die im Magistrat dafür zuständige Organisationseinheit zu erfolgen, vor allem auch deshalb, weil der **Magistrat** gemäß § 51 Abs 3 Z 1 lit a StL 1992 für "**die unmittelbare laufende Verwaltung des Vermögens der Stadt**" Linz **zuständig** ist. Hier kam dem Gesetzgeber des StL 1992 kein Ermessen zu, weil Art 117 Abs 7 B-VG eine ganz eindeutige Regelung trifft: Die Geschäfte der Gemeinden werden durch das Gemeindeamt (Stadtamt), jene **der Städte mit eigenem Statut – wie bei der Stadt Linz – durch den Magistrat besorgt**. Der Magistrat und seine Organisationseinheiten haben hier ein "Geschäftsführungsmonopol" – ausschließlich ihnen kommt es zu, als Geschäftsapparat bzw Hilfsorgan der Gemeindeorgane Aufgaben der – hoheitlichen sowie privatwirtschaftlichen – (Gemeinde-)Verwaltung zu besorgen.<sup>523</sup> Wer sonst außer FVV im Magistrat der Stadt Linz hätte also den Auftrag des Gemeinderats umsetzen können?

<sup>522</sup> Vgl Punkt C.III.3.1.5.2.

<sup>523</sup> *Stolzlechner*, in Kneihns/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Art 117 B-VG, Rz 27 f.

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

Sollte entgegen diesem klaren und eindeutigen Willen des Gemeinderates dennoch Zweifel bestehen (die nach Ansicht des VwGH ohnehin nicht vorliegen konnten und mussten),<sup>524</sup> wer mit FVV gemeint war, so gilt die Zweifelsregel des § 915 ABGB. Wie oben beschrieben ist der GRB 2004 nämlich nach §§ 914 f ABGB wie ein zivilrechtlicher Vertrag auszulegen.<sup>525</sup> Eine **Unklarheit** bei der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Gemeinderates, die FVV zu ermächtigen, geht folglich **zu Lasten (des Gemeinderates) der Stadt Linz** und würde erst wieder dazu führen, dass unter FVV jene Person zu verstehen ist, welche die FVV *ex ante* personifizierte: Mag [REDACTED] als deren Vorsteher.

### 3.2. Kein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis

#### 3.2.1. **Vorbemerkung**

Das Erstgericht vertrat die Rechtsansicht, dass der Abschluss des Swap von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen gewesen wäre. Da es keine solche Genehmigung gab, sei er auch nicht gültig geschlossen worden.

Das **Berufungsgericht griff diese Rechtsansicht ausdrücklich nicht auf** (Berufungsurteil, S 32: "*können hingegen dahingestellt bleiben*"). Der Vollständigkeit halber geht BAWAG PSK im Folgenden trotzdem darauf ein, weshalb die Rechtsansicht des Erstgerichts (und auch jene der Stadt Linz, die dasselbe behauptet) unrichtig ist:

#### 3.2.2. **Zusammenfassung**

Vorweg ist zusammenfassend folgendes festzuhalten:

- § 78 StL 1992 enthält eine **abschließende** Liste an Geschäften, für deren Abschluss die Stadt Linz eine aufsichtsbehördliche Genehmigung des Landes Oberösterreich benötigt. **Swap-Geschäfte** (oder allgemeiner Derivatgeschäfte) waren dort zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap **nicht genannt**. Eine solche Genehmigungspflicht wurde erst 2012 eingeführt.
- Der **VwGH** entschied deshalb auch bereits zweimal, dass konkret der klagsgegenständliche Swap (wie auch Swaps im Allgemeinen) nicht von § 78 StL 1992 erfasst war und **keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis** unterlag.
- Das Erstgericht geht selbst davon aus, dass der Swap unter keines der in § 78 StL 1992 vertypten Geschäfte wie "Darlehen" oder "Haftung" fällt. Das trifft zu:

<sup>524</sup> VwGH 26.4.2016, Ro 2015/09/0014.

<sup>525</sup> Vgl Punkt C.III.2.3.3.3.

- Der Swap ist kein Darlehen. Es fehlt unter anderem an der Zuzählung einer Darlehensvaluta und an einer unbedingten Rückzahlungsverpflichtung bei Vertragsschluss.
- Der Swap ist keine Bürgschaft oder sonstige Haftung. Stadt Linz ging mit dem Swap insbesondere keine Haftung für eine materiell fremde Schuld ein.
- Der Swap ist auch mit keinem dieser beiden Geschäfte (oder irgendeinem anderen der in § 78 StL 1992 taxativ genannten Geschäfte) vergleichbar. Selbst für das Erstgericht ist eine *"unmittelbar, aus der Natur des Geschäfts selbst entspringende Genehmigungspflicht ... als ausgeschlossen und denkunmöglich ... zu verneinen"* (Zwischenurteil, S 59).
- Das Erstgericht geht außerdem selbst davon aus, dass die in § 78 StL 1992 abschließend aufgezählten Geschäfte **keiner Erweiterung oder Analogie zugänglich** sind. Auch das trifft zu:
  - Da es sich bei § 78 StL 1992 um verwaltungsrechtliche Aufsichtsbefugnisse handelt, ist eine analoge Erweiterung nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ausgeschlossen.
  - Stattdessen sind die Tatbestände eng auszulegen. Eine Erweiterung über den Wortlaut hinaus wäre verfassungswidrig. Dies würde nämlich die verfassungsrechtlich gewährleistete Gemeindeautonomie unzulässig beschneiden.
- Trotz der Rechtsmeinung, dass der Swap unter keines der in § 78 StL 1992 genannten Geschäfte fällt und dass der Anwendungsbereich des § 78 StL 1992 nicht durch Analogie erweitert werden darf, geht das Erstgericht davon aus, dass der Swap genehmigungspflichtig war. Dies, weil es meint, es wäre denkunmöglich, dass der Swap nach "gewöhnlichem Lauf der Dinge" zu Zahlungsverpflichtungen in vorweg unbekannter Höhe führen könnte, die eine Darlehensaufnahme in einer Höhe nötig machen würde, welche die Schwellen für Darlehen nach § 78 StL 1992 überschreiten. In diesem Fall sei schon das Grundgeschäft von einer Genehmigung abhängig zu machen. Damit entfernt sich das Erstgericht völlig von jeder gesetzlichen Grundlage:
  - Es bleibt wie oben geschrieben dabei: Der Abschluss von Swap-Geschäften war nach § 78 StL 1992 **nicht genehmigungspflichtig**, weil Swap-Geschäfte in der Bestimmung nicht genannt sind. Dies entspricht auch der Auffassung des **VwGH**, der ausführte, dass daran auch **keine Zweifel** bestanden.
  - Die Rechtsauffassung des Gerichts führt durch Amalgamierung von zwei selbstständigen Verträgen, nämlich dem Swap auf der einen und einem – nur eventuell oder auch nie – separat abzuschließenden – Finanzierungsgeschäft auf der anderen Seite, das dann zur Genehmigungspflicht des an sich nicht genehmigungspflichtigen Grundgeschäfts führen soll. Dadurch kommt es – insbesondere auch bei der im Hinblick auf den Vertrauensschutz und die Gemeindeautonomie gebotenen verfassungskonformen Interpretation – zu einer

**gesetzwidrigen Ausdehnung der Genehmigungstatbestände.** Das Erstgericht schafft dadurch nämlich unzulässiger Weise einen neuen Genehmigungstatbestand, den das Erstgericht im Ergebnis analog heranzieht, obwohl es Analogien in diesem Bereich zu Recht explizit ablehnt.

- Der vom Erstgericht als Maßstab herangezogene "gewöhnliche Lauf der Dinge" ist ebenso wenig vom Gesetz gedeckt, wie die Genehmigungspflicht an sich. Außerdem ist er völlig unbestimmt. Er wurde einzig und allein vom Erstgericht aufgrund nicht nachprüfbarer Kriterien (zwar kein "Worst Case" oder "völlig außergewöhnliche Umstände", aber doch auch "sporadisch auftretende Ereignisse", wobei die Markterwartungen aber nicht relevant sein sollen) ersonnen. Wie hätten Rechtsunterworfenen 2007 beim Abschluss des Swap (oder auch noch später bis unmittelbar vor Zustellung des Zwischenurteils) wissen sollen, dass es bei § 78 StL 1992 überhaupt um den "gewöhnlichen Lauf der Dinge" gehen soll und dann noch dazu um jene Interpretation, die das Erstgericht nunmehr vornimmt?
  - Dies alles entsprach daher aus gutem Grund weder der Rechtsprechung oder der Lehre noch der Praxis. Das Erstgericht schafft somit für die Teilnehmer am Rechtsverkehr mit Gemeinden völlig **unvorhersehbare Kriterien** (all dies ist dem StL 1992 nicht im Ansatz zu entnehmen). Dies steht nicht nur im Widerspruch zu dem – wie vom Erstgericht selbst betont – strengen Maßstab an die Erweiterung von Genehmigungstatbeständen, sondern auch dem verfassungsrechtlich gewährleisteten **Vertrauensschutz**.
  - Selbst wenn man von einer grundsätzlichen Genehmigungspflicht ausgehen und dabei auf einen "gewöhnlichen Lauf der Dinge" abstellen würde (alles mit keinem Wort im Gesetz gedeckt), steht der Swap noch immer unter keiner Genehmigungspflicht. Die vom Erstgericht herangezogenen Schwellenwerte, aus denen sich eine solche begründen soll, gelten nämlich nur für Darlehen und nicht für Swaps. Die *ex ante* zu erwartenden Zahlungspflichten aus dem Swap hätten die Schwellenwerte außerdem ohnehin selbst nach dem "gewöhnlichen Lauf der Dinge" nicht überschritten.
- Der Swap war also **keinesfalls aufsichtsbehördlich genehmigungspflichtig**.

### 3.2.3. **Rechtsansicht des Erstgerichts**

Das Erstgericht vertritt demgegenüber folgende Rechtsansicht:

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

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

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

Im Einzelnen:

### 3.2.4. Rechtlicher Rahmen

§ 78 Abs 1 Z 2 StL in der Stammfassung<sup>526</sup> normierte eine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht für den Abschluss von Darlehensverträgen, "*wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde*". Außerdem sah Z 3 *leg cit* für "*die Übernahme von Bürgschaften oder sonstigen Haftungen durch die Stadt, wenn dadurch der Gesamtstand der von der Stadt übernommenen Haftungen 30% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde*" eine Bewilligung durch die Aufsichtsbehörde vor.

Diese Bestimmungen wurden erst fünf Jahre nach Abschluss des Swap mit der Novelle **2012** neu gefasst und wesentlich ausgeweitet, sodass nunmehr auch "*sonstige Finanzgeschäfte*" in den Anwendungsbereich des aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalts fallen.<sup>527</sup> Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rahmenvertrags und des Swap aber waren sonstige Finanzgeschäfte von der Genehmigungspflicht nicht erfasst. Auch der Swap, der weder Darlehen noch Haftung ist,<sup>528</sup> **war deshalb damals von der Genehmigungspflicht nicht erfasst**. Wenn der Landesgesetzgeber bis zur Novelle 2012 die Genehmigungspflicht von Swap-Geschäften ausdrücklich nicht bestimmte, obwohl das Thema seit mehr als zehn Jahren nicht nur in Oberösterreich, sondern in allen Bundesländern bekannt war, dann spricht bereits das klar gegen eine Anwendung auch auf frühere Geschäfte.<sup>529</sup> Das ist vergleichbar mit Leasing-Geschäften, die ebenfalls nicht in § 76 StL 1992 aufgezählt waren und deshalb – genauso wenig wie Swap-Geschäfte – einem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterlagen.<sup>530</sup>

<sup>526</sup> Stammfassung: LGBl Nr 7/1992.

<sup>527</sup> LGBl Nr 1/2012.

<sup>528</sup> Siehe dazu näher unten C.III.3.2.6.

<sup>529</sup> *Prändl*, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenzen der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 379 (384).

<sup>530</sup> "Zur Klarstellung hält die Abteilung Gemeinden in ihrem Brief vom 26.8.2002 ... fest: "Die Statuten der Landeshauptstadt Linz ... enthalten keine dem § 106 Abs. 1 Z. 3 der Oö. Gemeindeordnung 1990 ... entsprechende Bestimmung. Der Abschluss von Immobilien-Leasingverträgen und von Leasing-ähnlichen Finanzierungsformen für Immobilien durch die oberösterreichischen Statutarstädte bedürfen daher nicht der aufsichtsbehördlichen Genehmigung", Christ, Formen und Rahmenbedingungen der kommunalen Investitionsfinanzierung, in KDZ (Hrsg), Kreditfinanzierung für Gemeinden (2003), 104.

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

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

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

Rückwirkend belastende Regelungen sind nur ganz ausnahmsweise mit einer besonderen Rechtfertigung möglich und sonst verfassungswidrig, weil das – berechtigte – Vertrauen auf die Rechtslage vom Gleichheitssatz und dem aus dem Gleichheitssatz resultierenden Sachlichkeitsgebot geschützt sind. Die – hier unzulässige und zudem bloß in den Materialien erfolgte – "Klarstellung" wäre eine besonders belastende Regelung, weil sie im Ergebnis dazu führen würde, dass in eine Vertragsbeziehung rückwirkend eingegriffen würde; das ist ein schwerer Eingriff in die durch das Eigentumsgrundrecht geschützte Privatautonomie, der weder durch ein Gesetz und noch viel weniger durch eine "Klarstellung" in den rechtlich unverbindlichen Gesetzesmaterialien erfolgen darf.<sup>531</sup>

Selbst wenn eine authentische Interpretation vorliegen würde, wäre diese somit verfassungswidrig, da sie einen Eingriff in einen ursprünglich gültig zustande gekommenen Vertrag (und damit in das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentumsrecht der BAWAG PSK) bewirken würde. Eine solche verfassungswidrige Rückwirkung einer authentischen Interpretation hat das deutsche Bundesverfassungsgericht beispielsweise anhand einer vergleichbaren Konstellation konstatiert, bei der eine unliebsame Gesetzesauslegung *ex post* ausgeschlossen werden

<sup>531</sup> Gerade im Verwaltungsrecht ist Zurückhaltung zu üben, wenn Materialien herangezogen werden. Außer bei Unklarheiten, die es hier nicht gibt, haben Materialien dort nämlich keine interpretative Aussagekraft, vgl. *Kodek in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 6 ABGB Rz 28.

sollte.<sup>532</sup> Genau dies war hier beabsichtigt: Eine der Stadt Linz unliebsame Interpretation im Nachhinein zu Lasten des Geschäftspartners zu korrigieren.

Ein solcher einseitiger Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen der Vertragspartner der Stadt Linz (insbesondere in deren durch das Eigentumsgrundrecht geschützte Privatautonomie), ohne dass es dafür eine (besondere) sachliche Rechtfertigung gäbe, wäre unsachlich und damit verfassungswidrig und kann daher der Auslegung des StL 1992 nicht zugrunde gelegt werden. Es läge überdies ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot sowie gegen das rechtsstaatliche Prinzip nach Art 18 B-VG vor.<sup>533</sup> Schließlich hätte der Landesgesetzgeber damit seine gesetzgeberische Macht missbraucht, um durch ein gegen den Gleichheitssatz verstoßendes Anlassgesetz – nachträglich – für die Stadt Linz eine bessere Rechtsposition und für BAWAG PSK als Vertragspartner der Stadt Linz eine schlechtere Rechtsposition zu schaffen. Da es sich hier aber um eine **rechtlich jedenfalls für die Vergangenheit unbeachtliche Äußerung in den Gesetzesmaterialien** handelt, ist die – vermeintliche – "Klarstellung" aber sowieso irrelevant!

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

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

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

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

---

<sup>532</sup> Deutsches Bundesverfassungsgericht 17.12.2013, 1 BvL 5/08.

<sup>533</sup> Vgl zum Rückwirkungsverbot *Berka*, Die Grundrechte, § 36 Rz 969 ff und allgemein zum Gleichheitsgrundsatz aaO § 36 Rz 895 ff, jeweils mwN.

### 3.2.5. VwGH: Swap unterlag keinem Genehmigungserfordernis

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

In der Entscheidung vom 20.9.2018 zu **Ra 2017/09/0001** hielt der VwGH nämlich unter Verweis auf seine frühere Entscheidung **Ro 2015/09/0014** fest, dass der Swap nicht als Darlehen im Sinn des StL 1992 zu verstehen und deshalb nicht von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen war. Aus den Entscheidungen ist ersichtlich, dass sich diese nicht um *irgendeinen* Swap drehen, sondern um den *klagsgegenständlichen* Swap (Verweise auf Stadt Linz, Land Oberösterreich, etc). Dies wurde auch mehrmals im erstinstanzlichen Verfahren festgehalten, unter anderem während einer Tagsatzung vom Erstgericht,<sup>534</sup> während seiner Einvernahme vom Zeugen Mag ██████ und im Zwischenurteil selbst.<sup>536</sup>

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

Ein aufsichtsbehördliches **Genehmigungserfordernis** für Geschäfte wie den Swap gibt es nach diesen beiden Entscheidungen überhaupt **erst seit** der oben genannten Novelle im Jahr **2012**.<sup>537</sup> Der VwGH bestätigte deshalb die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich, das Straferkenntnis im Hinblick auf den Vorwurf der Unterlassung der Einholung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung oder eines Gemeinderatsbeschlusses für den Swap wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufzuheben. Damit hält der VwGH zusammengefasst in mittlerweile mehreren Entscheidungen fest, dass der Swap keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterlag.

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

Das Erstgericht streift die einschlägigen VwGH-Entscheidungen im 120 Seiten starken Urteil nur an drei Stellen ganz kurz. Zwei davon betreffen das Genehmigungserfordernis. Beide Male pflichtet das Erstgericht – angesichts des Ergebnisses, zu dem dieses schlussendlich gelangt,

<sup>534</sup> Protokoll 7.1.2020, S 2: "... wird festgehalten, dass es sich um die beiden VwGH-Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Disziplinarverfahren gegen den Zeugen Mag. ██████ handle ...".

<sup>535</sup> Protokoll 13.5.2019, 7 f, wo Mag ██████ über seine Beteiligung am Verfahren spricht.

<sup>536</sup> Zwischenurteil, S 109: "... *Einsichtnahme in den Akt zum Disziplinarverfahren gegen Mag ██████* ...".

<sup>537</sup> Gleiches gilt nach dieser Entscheidung auch für Zwecke des Erfordernisses eines Gemeinderatsbeschlusses, weil auch insofern der Swap nicht als Darlehen zu qualifizieren war, eine sonstige Genehmigungspflicht nicht nachvollziehbar begründet wurde und auch hier derartige Finanzgeschäfte erst seit 2012 von der Genehmigungspflicht erfasst sind. Vgl dazu Punkt C.III.2.2.5.

etwas überraschend – dem VwGH grundsätzlich bei (Zwischenurteil, S 59 f: Swap kein Kredit oder einem Kredit ähnlich und Zwischenurteil, S 63: Swap-Geschäfte grundsätzlich erst seit der oben erwähnten Novelle 2012 erfasst). Wie das Erstgericht entgegen den VwGH-Entscheidungen und deren völlig eindeutigen Wortlaut trotzdem schließen kann, dass der Swap einem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis unterlag, lässt sich anhand des Zwischenurteils nicht zweifelsfrei feststellen, weil das Erstgericht eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit dem Widerspruch zwischen dem Zwischenurteil und den VwGH-Entscheidungen unterlässt.

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

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

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

Die Behauptung, der VwGH habe sich mit der "Kreditähnlichkeit" des Swap nicht auseinandergesetzt, ist zudem unzutreffend, hat der VwGH doch einen Vergleich von Darlehen und (dem konkreten) Swap angestellt und diese als nicht vergleichbar angesehen. Er kommt zum Ergebnis (Hervorhebung hinzugefügt): *"Selbst wenn man – über die Definition des § 983 ABGB hinausgehend – unter dem Begriff des "Darlehens" iSd vorgenannten Bestimmungen vom **Regelungszweck der Überwachung der Verschuldung her auch Kreditaufnahmen oder gleichzuhaltende Geschäfte verstehen wollte**, so wären diese von Maßnahmen zur Verringerung damit einhergehender Risiken (hier des Risikos steigender Zinsen) grundsätzlich zu unterscheiden. Derartige Finanzgeschäfte sind erst durch die Oö Gemeinderechtsnovelle 2012 (LGBl. Nr. 1/2012) ausdrücklich erfasst."*<sup>538</sup>

<sup>538</sup> VwGH 26.4.2016 Ro 2015/09/0014, Rz 52 ff.

In der folgenden Entscheidung zum konkreten Fall bekräftigt er erneut, dass Swaps keine nach dem StL 1992 genehmigungspflichtigen Darlehen sind und hält zudem fest (Hervorhebungen hinzugefügt): *"Zu den Ausführungen des Landesverwaltungsgerichts, dem Revisionswerber sei bewusst gewesen, dass für den Abschluss von "marktüblichen Finanztermingeschäften und Finanzterminkontrakten" zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios die Zustimmung des Gemeinderates gemäß § 46 Abs. 1 Z 9 Oö. StL 1992 einzuholen sei bzw. beim Revisionswerber hätten Bedenken aufkommen müssen, ob der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 noch als Grundlage für den Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 herangezogen werden könne, ist festzuhalten, dass es bei der Subsumtion des gegenständlichen Finanzgeschäftes unter § 46 Abs. 1 Z 9 Oö. StL 1992 **darauf nicht ankommt**. Ausgehend von der **taxativen Aufzählung** in § 46 leg. cit. hätte sich das Landesverwaltungsgericht mit den dort normierten Tatbestandserfordernissen beschäftigen müssen, die eine Zustimmung des Gemeinderates vorsehen, wie im Fall der Z 9, **ob fallbezogen mit dem Abschluss eines Zinsswap tatsächlich ein Darlehen aufgenommen wurde**. Hinzu kommt, dass **auch hier erst durch die Oö Gemeinderechtsnovelle 2012 (LGBl. Nr. 1/2012) derartige Finanzgeschäfte ausdrücklich erfasst sind.**"<sup>539</sup>*

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

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

### 3.2.6. **Swap ist kein "Darlehen", keine "sonstige Haftung" und keine "Modifikation" der Anleihe**

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

- Das Darlehen ist in § 983 ABGB geregelt. Zum Zeitpunkt des Swap-Abschlusses war § 983 ABGB aF als Realkontrakt ausgestaltet; das heißt, dass neben der Willenseinigung zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer zusätzlich noch die tatsächliche Übergabe (zB des Geldbetrags) vorausgesetzt wurde.<sup>540</sup> BAWAG PSK **zählte** der Stadt Linz beim Abschluss des Swap aber **keine Darlehensvaluta zu** (vgl die Feststellungen zum Swap in Zwischenurteil, S 35 f, wo die Formel erklärt wird – eine einmalige "Upfront-Zahlung" ist nicht Teil des Geschäfts und wurde vom

<sup>539</sup> VwGH 20.9.2018 Ra 2017/09/0001.

<sup>540</sup> Griss in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB<sup>2</sup> (2007) § 983 Rz 2.

Gericht auch nicht festgestellt).<sup>541</sup> Der Swap fällt daher schon deshalb nicht unter den Darlehensbegriff.

- Auch nach der Neufassung des § 983 ABGB im Jahr 2010, nach der für den Vertrag nur mehr die Willenseinigung erforderlich ist (Konsensuale Kontrakt), liegt das Wesen des Darlehensvertrags im Kern unverändert darin, dass sich die eine Vertragspartei einen **bestimmten Betrag Geldes verschafft und** die andere im Gegenzug zusagt, **diesen Betrag zeitverzögert wieder zurückzuzahlen** und dafür Zinsen zu entrichten.<sup>542</sup> Im Gegensatz zu einem Darlehen verpflichten sich die Vertragsparteien beim Swap aber wechselseitig zur Leistung eines nach jeweils unterschiedlichen Parametern bestimmten Zahlungsstromes. *"Wenn auch ein Darlehensvertrag unter einem bestimmten Verwendungszweck vereinbart werden kann, so ist doch die grundsätzliche Voraussetzung einer diesbezüglichen Qualifikation, dass eine Rückzahlung versprochen wird. Fehlt eine Rückzahlungsvereinbarung, so liegt allenfalls ein anderes Rechtsgeschäft vor."*<sup>543</sup>
- Bank- und kapitalmarktrechtlich stützt sich der Kredit- und Darlehensbegriff in § 1 Abs 1 Z 3 BWG auf das ABGB, und es gelten deshalb dieselben Wertungen.<sup>544</sup> Das **BWG** kennt aber neben Darlehen noch eigens den **Swap als gesonderte Kategorie** (§ 1 Abs 1 Z 7 lit d BWG; diese Ziffer erfasst im Wesentlichen den Handel mit Wertpapieren und Derivaten). Eine ganz ähnliche ausdrückliche Unterscheidung findet sich auch in den Begriffsdefinitionen des WAG 2007 (§ 1 Z 3 lit b vs § 1 Z 6 lit d ff). Die österreichische **Rechtsordnung differenziert Darlehen und Swap** daher mehrfach.
- Selbst **Leasing-Geschäfte**, die wegen ihrer üblicherweise laufenden Ratenzahlung einem Darlehen von der Konstruktion her insoweit ähnlich sind, als sie einen Finanzierungszweck verfolgen,<sup>545</sup> unterlagen keinem aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis nach § 76 StL 1992. Sie wurden insbesondere nicht als "Darlehen" verstanden, sondern waren – weil "Leasing", genau wie "Swap-Geschäfte" nicht ausdrücklich in § 76 StL 1992 genannt war – schlicht genehmigungsfrei.<sup>546</sup> Wieso man nun einen Swap der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht unterstellen sollte, weil eine Finanzierung notwendig werden könnte, während dies für Leasinggeschäfte, denen eine Finanzierungsfunktion inhärent ist, nicht der Fall ist, erschließt sich nicht.
- Dass aus dem Swap **Risiken** resultieren, macht ihn daher auch nicht zum Darlehen.

<sup>541</sup> Vgl auch die vom wohl dislozierten Feststellungen im Zwischenurteil, S 58 (Hervorhebung hinzugefügt): *"Es gibt bei diesem prämienfrei gestalteten Swap keine Vorleistungspflicht, sondern vielmehr wiederkehrende wechselseitige Zahlungsströme, die saldiert werden und so zu Auszahlungen an eine der beiden Swap-Vertragspartnerinnen führen. Er verschaffte der Klägerin bei Abschluss auch keinen finanziellen Spielraum, vergleichbar einer Darlehensauszahlung."* Vgl dazu auch Punkt C.III.2.2.3.

<sup>542</sup> Für viele *Aichberger-Beig* in: Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 983 Rz 3 (Stand 1.7.2016, rdb.at).

<sup>543</sup> Vgl auch 5 Ob 52/11z; so auch *Aichberger-Beig* in: Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 983 Rz 12 (Stand 1.7.2016, rdb.at) und *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in: Dellinger (Hrsg), BWG<sup>8</sup> § 1 Rz 42.

<sup>544</sup> *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in: Dellinger (Hrsg), BWG<sup>8</sup> § 1 Rz 39.

<sup>545</sup> *Schopper/Skarics* in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht<sup>2</sup> VII Rz 1/126 mwN.

<sup>546</sup> "Zur Klarstellung hält die Abteilung Gemeinden in ihrem Brief vom 26.8.2002 ... fest: "Die Statuten der Landeshauptstadt Linz ... enthalten keine dem § 106 Abs. 1 Z. 3 der Oö. Gemeindeordnung 1990 ... entsprechende Bestimmung. Der Abschluss von Immobilien-Leasingverträgen und von Leasing-ähnlichen Finanzierungsformen für Immobilien durch die oberösterreichischen Statutarstädte bedürfen daher nicht der aufsichtsbehördlichen Genehmigung", *Christ*, Formen und Rahmenbedingungen der kommunalen Investitionsfinanzierung, in KDZ (Hrsg), Kreditfinanzierung für Gemeinden (2003), 104.

Sowohl aus zivilrechtlicher als auch aus bank- und kapitalmarktrechtlicher Sicht gilt deshalb, dass ein Swap kein Darlehen ist (und umgekehrt). Rechtsvergleichend folgt übrigens auch aus der ganz **einheitlichen deutschen Lehre**, dass die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht für Darlehen nicht auch bei Derivatgeschäften gilt.<sup>547</sup>

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

- Während die im Zusammenhang mit einem Darlehen zu leistenden und somit geschuldeten (Rück-)Zahlungen im Wesentlichen bereits von Anfang an feststehen, ist dies bei einem Swap gerade nicht der Fall. Wie beschrieben, steht zu Beginn nicht einmal fest, wer von den beiden Kontrahenten im Ergebnis Zahler oder Zahlungsempfänger sein wird. Praktisch gesprochen steht deshalb am Anfang des Geschäfts nicht einmal fest, ob Stadt Linz überhaupt jemals Zahlungen aufgrund des Swap leisten wird müssen.<sup>548</sup>
- Zahlungen aus einem Swap sind sofort fällig und die geschuldete Summe wird nicht kreditiert.<sup>549</sup> Selbst, wenn diese einzelnen Zahlungen fremdfinanziert würden, kann dadurch kein Darlehen zwischen den Parteien des Swap entstehen. Sonst wäre jede Zahlung aus einem Vertrag, die der Schuldner fremdfinanziert, als Darlehen zu betrachten. Die Genehmigungspflicht eines Vertrages kann zudem auch nicht davon abhängen, ob dann eine Partei Zahlungspflichten daraus fremdfinanziert. Eine Vereinbarung über eine solche Fremdfinanzierung kann zudem nicht nur mit der anderen Partei des Swap geschlossen werden, sondern mit jedem Dritten.
- Gleiches gilt auch für allfällige Zahlungen in Zusammenhang mit einer allfälligen Auflösung oder Restrukturierung des Swap. Dabei handelt es sich auch um keine Verpflichtung zur Rückzahlung eines hingegebenen Darlehens.

Dass es sich bei Swap-Geschäften (und auch beim konkreten Swap) um kein Darlehen handelt, hielt wie oben ausgeführt auch bereits der VwGH fest.<sup>550</sup> Das Erstgericht stimmte dieser Rechtsansicht zu (Zwischenurteil, S 58 ff). Der Swap ist also kein Darlehen und auch nicht mit einem Darlehen vergleichbar.

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

- Ein Bürge ist, wer sich zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verpflichtet, dass der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfüllt (§ 1346 Abs 1 ABGB). Der

<sup>547</sup> Prokop/Borde, Kommunales Finanzmanagement (2010) 159 und Endler in Zerey (Hrsg), Handbuch Finanzderivate (2010) 522 Rn 99 mwN.

<sup>548</sup> Punkt C.III.2.2.3.

<sup>549</sup> Aichberger-Beig in: Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 983 Rz 5 (Stand 1.7.2016, rdb.at).

<sup>550</sup> VwGH 26.4.2016, Ro 2015/09/0014 und VwGH 20.9.2018 Ra 2017/09/0001.

Bürge steht also für die Verbindlichkeit eines Dritten ein,<sup>551</sup> also für eine materiell fremde Schuld<sup>552</sup> und nicht für die eigene Schuld (was ohnehin selbstverständlich wäre).

- Sonstige Haftungen für eine materiell fremde Schuld sind insbesondere die Garantie und die Schuldübernahme.<sup>553</sup>

Es geht in § 78 Abs 1 Z 3 StL also ausschließlich um Fälle der isolierten Haftungsübernahme einer fremden Schuld.<sup>554</sup> Ganz anders liegt der Fall beim Swap. Stadt Linz versprach gerade nicht das Entstehen für eine fremde Schuld, sondern vereinbarte einen Austausch von Zahlungsströmen an den halbjährlichen Stichtagen, wobei es – der Natur des Geschäfts folgend – nicht von vornherein feststeht, welcher Vertragspartner Zahlungen in einer bestimmten Höhe zu leisten hat. Bereits deshalb sind weder der Swap noch die einzelnen Zahlungen aus dem Swap als Bürgschaft oder sonstige Haftung anzusehen.

Wieder **bestätigte auch der VwGH**<sup>555</sup> diese Rechtsansicht und wieder stimmte dem auch das Erstgericht zu (Zwischenurteil, S 58 ff). Der Swap ist also auch keine "sonstige Haftung" oder einer solchen vergleichbar.

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

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

<sup>551</sup> Für viele *Gamerith* in: Rummel (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> § 1346 Rz 1a (Stand 1.1.2002, rdb.at).

<sup>552</sup> *Gamerith* in: Rummel (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> § 1344 Rz 2 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

<sup>553</sup> Zur Abgrenzung näher *Bydlinski* in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> § 1344 *passim*; auch *Gamerith* in: Rummel (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> § 1344 Rz 2 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

<sup>554</sup> Praktische Beispiele sind die Finanzierung städtischer Betriebe oder bestimmte Förderungen (wo der öffentliche Förderungsgeber, wie oft im Rahmen der Projekt- oder Unternehmensförderung üblich, statt einer direkten Förderung durch einen Geldbetrag die Haftung für ein Darlehen des Förderungswerbers bei einer Bank übernimmt und auf den Regress im Fall der Inanspruchnahme durch diese verzichtet).

<sup>555</sup> VwGH 26.4.2016, Ro 2015/09/0014.

### 3.2.7. Swap unterlag auch sonst keinem Genehmigungserfordernis

#### 3.2.7.1. Vorbemerkung

Aus all dem bisher Gesagten ergibt sich, dass auch ein Höchstgericht entschied, dass bei Swap-Geschäften (sogar bei *dem* verfahrensgegenständlichen Swap) kein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis besteht. Lehre und Rechtsprechung sind sich also einig, dass Swap-Geschäfte wie der Swap nach dem StL 1992 nicht genehmigungspflichtig waren, weil man sie weder als "Darlehen" noch als "Bürgschaft oder sonstige Haftung" sehen kann. Andere taxativ aufgezählte Genehmigungstatbestände scheiden sowieso aus. Eine Analogie<sup>556</sup> verbietet sich, wie das Erstgericht selbst festhält (wozu das Ergebnis einer Genehmigungspflicht im Widerspruch steht).

Analogien sind im öffentlichen Recht wegen des strengen Legalitätsprinzips nur ganz ausnahmsweise zulässig. Voraussetzung dafür ist das Bestehen einer "echten", dh planwidrigen Rechtslücke. Da das öffentliche Recht, im Besonderen das Verwaltungsrecht, schon von der Zielsetzung her nur einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses zu regeln bestimmt ist, muss eine auftretende Rechtslücke in diesem Rechtsbereich im Zweifel als beabsichtigt angesehen werden. Eine durch Analogie zu schließende Lücke kommt nur dann ausnahmsweise in Betracht, wenn das Gesetz anders nicht vollziehbar wäre.<sup>557</sup> Daher **verbietet sich eine Analogie** im vorliegenden Fall. Es bestand zum Zeitpunkt des Abschlusses des verfahrensgegenständlichen Swap **keine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht**. Das war nicht planwidrig, sondern gesetzlich so geregelt und macht das StL 1992 auch nicht unvollziehbar. Deshalb kann hier mittels Analogie keine Genehmigungspflicht konstruiert werden.

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

Trotz all dem zuvor Gesagten gelangt das Erstgericht aber mit einer überraschenden Wende zum Ergebnis, dass der Swap einem Genehmigungserfordernis unterlag. Weshalb, also konkret aufgrund welches Genehmigungstatbestands, schreibt das Erstgericht nicht. An keiner einzigen

<sup>556</sup> "Die Ausfüllung einer festgestellten Gesetzeslücke bzw Rechtslücke hat nach § 7 [ABGB] in erster Linie durch Analogieschluss (*argumentum a simili* [...]) zu erfolgen, [...], kraft dessen die Rechtsfolgen nach der Tatbestandsformulierung unmittelbar gar nicht passender Normen auf den ähnl Fall erstreckt werden. [...] Entweder wird – mit Hilfe der Auslegungsregeln – die *ratio legis*, soweit im vorliegenden Zusammenhang nötig, ermittelt u festgestellt, dass sie sich auf den zu beurteilenden Fall erstreckt. Oder es wird gezeigt, dass die Sachverhaltsunterschiede zwischen dem geregelten u dem zu beurteilenden Fall nach den erkennbaren rechtl Wertmaßstäben jedenfalls bedeutungslos sind.", Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 7 ABGB Rz 36 f. Vgl auch Rùthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre<sup>9</sup> (2016) Rz 888 ff "Analogie" nennt man die Anwendung einer Rechtsnorm mit anderen Tatbestandsvoraussetzungen auf einen ähnlichen, unregelmten Sachverhalt. Der Rechtsanwender geht dabei von der Annahme aus, die zu entscheidende Interessenlage sei der gesetzlich geregelten so ähnlich, dass die Gesetzgebung die getroffene Regelung auch für den unregelmten Sachverhalt vorsehen würde. Nachweise jeweils mwN.

<sup>557</sup> VwGH 8.9.1998, 96/08/0207, in dem hier die Zulässigkeit der Analogie verneint wurde: "Eine analoge Anwendung des § 16 Abs1 AIVG auf einen Zeitraum, in dem eine aufrechte Ehe bestanden und das Einkommen der Ehegattin den Notstandshilfebezug ausgeschlossen hat, scheidet aus, weil die Schließung von vermeintlichen Rechtslücken per Analogie jedenfalls in Fällen unzulässig ist, in denen aus dem Gesetz zu erkennen ist, daß bestimmte Rechtswirkungen nur dem gesetzlich umschriebenen Tatbestand zukommen sollen (Hinweis E 30.9.1994, 93/08/0254; zu dem in der Beschwerde angestellten Vergleich von Haftentlassenen mit Geschiedenen genügt es, auf die unterschiedliche soziale und wirtschaftliche Situation beider Personengruppen hinzuweisen)." Siehe auch VwGH Ro 2019/19/0006. Die Zulässigkeit einer Analogie verneinend sieh auch jüngst VwGH Ra 2020/12/0001.

Stelle der entsprechenden Ausführungen im Zwischenurteil (S 65-70) wird eine konkrete Bestimmung zitiert, aus der sich ergeben soll, dass der Swap zu genehmigen gewesen wäre.

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

Im Einzelnen:

### 3.2.7.2. Verfassungsrecht gebietet restriktive Auslegung von Genehmigungstatbeständen

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

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

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

selbständiger Wirtschaftskörper (Art 116 Abs 2 iVm Art 118 Abs 2 B-VG) gehört zum weisungsfreien eigenen Wirkungsbereich.

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

**Die staatliche Gemeindeaufsicht darf in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde nur insoweit eingreifen, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufsichtszwecke unbedingt erforderlich ist.** Von mehreren in Betracht kommenden Aufsichtsinstrumenten ist das gelindeste, noch hinreichende Instrument einzusetzen.<sup>558</sup> Die – verfassungsrechtlich garantierte – Eigenverantwortlichkeit (die verfassungsgesetzlich garantierte Selbstverwaltung) der Gemeinde soll so wenig wie möglich berührt werden.<sup>559</sup>

Deshalb sind auch Aufsichtsmittel auch unter möglicher Schonung erworbener Rechte Dritter, wie Vertragspartnern, zu handhaben.<sup>560</sup> Dies schon deshalb, weil eine extensive Auslegung dazu führen würde, dass Dritte **erheblichen Unsicherheiten im Geschäftsverkehr** mit Gemeinden ausgesetzt wären.<sup>561</sup> Es sind daher klare Regelungen nötig, aus denen Dritte einfach beurteilen können, ob ein Geschäft wirksam ist oder nicht. Dies gilt sowohl in der Hoheits- als auch in der hier relevanten Privatwirtschaftsverwaltung.

Da auch die Ausübung der Gemeindeaufsicht an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebunden ist, darf die Aufsichtsbehörde nur im Rahmen der ihr gesetzlich ausdrücklich eingeräumten Befugnisse von ihrem Aufsichtsrecht Gebrauch machen.<sup>562</sup> Aus der Geltung des Legalitätsprinzips resultiert, dass die Regelung der Aufsichtsinstrumente in den einfachgesetzlichen Gemeindeaufsichtsrechtvorschriften und Stadtstatuten notwendiger Weise taxativ angelegt und im Zweifel im Sinn der Gemeindefreiheit, also eng, auszulegen und zu handhaben sind.<sup>563</sup> Eine analoge Erweiterung von Aufsichtsbefugnissen ist nach Lehre und Rechtsprechung ausgeschlossen; vielmehr ist eine restriktive Interpretation – wie im öffentlichen Recht ganz allgemein, wegen der Gemeindeautonomie aber noch "schärfer" – geboten.<sup>564</sup>

In diesem Sinn entschied der VfGH zur ausdehnenden Anwendung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht (Hervorhebungen hinzugefügt): *"Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht einer Verordnung, mit welcher, so wie hier, nur das örtliche Entwicklungskonzept*

<sup>558</sup> *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 459; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>4</sup> (2013) Rz 393; *Hauer*, Gemeindeaufsicht, in: Pabel (Hrsg), Das Österreichische Gemeinderecht (2014) Rz 29; VfGH 9.6.2010, 2006/17/0150; vgl auch VfSlg 3632/1959.

<sup>559</sup> *Berchthold*, Gemeindeaufsicht (1972) 42 f.

<sup>560</sup> *Berchthold*, Gemeindeaufsicht (1972) 43.

<sup>561</sup> Insbesondere *N. Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (71).

<sup>562</sup> *Berchthold*, Gemeindeaufsicht (1972) 34.

<sup>563</sup> *Hauer*, Gemeindeaufsicht, in: Pabel (Hrsg), Das Österreichische Gemeinderecht (2014) Rz 31.

<sup>564</sup> *Weber*, Die Haftung des Bürgermeisters: Öffentlichrechtliche Aspekte, in: Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg), Die Haftung von Bürgermeistern und Gemeindeorganen (2010) 68.

geändert wird, ist nach dem Wortlaut des ROG nicht vorgesehen. Eine **ausdehnende Auslegung dieser Bestimmung verbietet sich schon mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlich garantierte Gemeindeautonomie**, zumal ein Genehmigungsvorbehalt nach Art. 119a B-VG die Ausnahme und nicht die Regel darstellt.<sup>565</sup>

**Genehmigungsvorbehalte sind auch deshalb eng, das heißt im Sinn der Gemeindeautonomie auszulegen**, weil die Bindung von Entscheidungen und Verfügungen der Gemeindeorgane an eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde das Aufsichtsmittel mit der größten Eingriffsintensität ist und die Gefahr besteht, dass sich weit interpretierte Genehmigungsvorbehalte – insbesondere im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung – zu einer Bevormundung der Gemeinde auswachsen, die nicht erforderlich und – wie dargetan – wegen der Gemeindeautonomie und der daraus resultierenden Weisungsfreiheit im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde verfassungsrechtlich nicht zulässig ist.<sup>566</sup>

Dies gilt insbesondere für große Statutarstädte wie Stadt Linz. Sie genießen wegen ihrer Größe (Art 116 Abs 3 B-VG) eine Sonderstellung, weil sie neben ihrer Stellung als (Stadt-)Gemeinde auch Bezirksverwaltungsbehörde sind. Sie unterliegen nicht dem allgemeinen Gemeinderecht (Gemeindeordnungen) der Länder, sondern verfügen über ein eigenes Stadtstatut, das ihrer Größe und Stellung entsprechend Rechnung trägt. Dies **schließt** eine interpretative **Ausdehnung von** in Stadtstatuten – wie im StL 1992 – enthaltenen **Genehmigungstatbeständen aus**.<sup>567</sup> Von Statutarstädten darf aufgrund ihrer politischen Funktion, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihres umfangreichen Behördenapparats und ihrer hohen Einwohnerzahl ein **hohes Maß an Professionalität erwartet werden**, die sie in die Lage versetzt, zum größten Teil selbstverantwortlich und ohne "Vorabkontrolle" zu handeln. Besondere Genehmigungserfordernisse von Stellen, die nicht mehr der Stadt selbst zuzuordnen sind, bilden deshalb die absolute Ausnahme und sind außer in den abschließend aufgezählten und eng auszulegenden Fällen nicht vorgesehen. Darauf dürfen auch alle Marktteilnehmer vertrauen.<sup>568</sup>

Aufgrund von Art 119a Abs 8 B-VG dürfen nur "einzelne" im eigenen Wirkungsbereich zu treffende Maßnahmen der Gemeinde, durch welche auch überörtliche Interessen in besonderem Maß berührt werden, an eine aufsichtsbehördliche Genehmigung gebunden werden.<sup>569</sup> Diese einzelnen Maßnahmen sind durch den Gesetzgeber abstrakt zu umschreiben, müssen aber präzise abgegrenzt werden, weil eine Genehmigungspflicht "*nach Art 119a B-VG die Ausnahme und nicht die Regel darstellt*".<sup>570</sup> Dies zwingt den Gesetzgeber zu einer präzisen Abgrenzung und zu einer möglichst engen Umschreibung der Genehmigungsfälle, die den Ausnahmefall bilden müssen.<sup>571</sup> Die einem Genehmigungsvorbehalt unterliegenden gemeindlichen Maßnahmen sind daher eng auszulegen.<sup>572</sup> Dass an die Zulässigkeit von Genehmigungsvorbehalten "*strenge Maßstäbe anzulegen sind, und dass insbesondere für eine weite Auslegung des Art*

<sup>565</sup> VwGH 22.11.2005, 2004/05/0300.

<sup>566</sup> *Berchtold*, Gemeindeaufsicht (1972) 97.

<sup>567</sup> *Potacs*, Aufsicht über Gemeinden, in: Rebhahn (Hrsg), Beiträge zum Kärntner Gemeinderecht (1998) 136 ff, insbesondere 137.

<sup>568</sup> Das Vertrauen war im konkreten Fall der Stadt Linz außerdem auch berechtigt, weil die Stadt Linz ein "*Vertragspartner auf Augenhöhe*" war: vgl. Schriftsatz der BAWAG PSK vom 5.12.2016 (ON 452), Punkt 2.5.

<sup>569</sup> *Berchtold*, Gemeindeaufsicht (1972) 104 ff; *Hauer*, Gemeindeaufsicht, in: Pabel (Hrsg), Das Österreichische Gemeinderecht (2014) Rz 140 ff.

<sup>570</sup> VwGH 22.11.2005, 2004/05/0300; *Hauer*, Rz 224 zu Gemeindeaufsicht in *Pabel* [Hrsg] Das österreichische Gemeinderecht<sup>2</sup> [2013].

<sup>571</sup> VwGH 22.11.2005, 2004/05/0300.

<sup>572</sup> *Berchtold*, Gemeindeaufsicht (1972) 104; *Gallant*, Genehmigungsvorbehalt, in *Fröhler/Oberndorfer* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (1983) 8.

119a Abs 8 B-VG im Zweifel kein Raum ist", hat *Berchtold* in einer umfangreichen Studie zur Gemeindeaufsicht bereits im Jahr 1972 festgehalten.<sup>573</sup> Auch im Praktikerkommentar zur burgenländischen Gemeindeordnung 2003 wird von *Fasching/Weikovics*<sup>574</sup> diese Auffassung vertreten. Eine ausdehnende Anwendung würde zudem zu verfassungswidrigen Kompetenzverschiebungen führen. *Kahl* weist in seiner Kommentierung des Art 119a Abs 8 B-VG außerdem ausdrücklich darauf hin, dass es nicht zulässig wäre, den Genehmigungsvorbehalt "für künftige Maßnahmen" vorzusehen.<sup>575</sup>

**Zusammengefasst** ist somit festzuhalten: Eine Analyse der bisherigen Lehre und Judikatur zur Auslegung des Art 119a Abs 8 B-VG führt zum eindeutigen Ergebnis, dass der zuständige Gesetzgeber nur einzelne **Genehmigungstatbestände** einführen kann, die er **präzise zu umschreiben** hat, und dass eine **extensive Interpretation** dieser Bestimmungen **oder gar Analogie nicht zulässig** ist. Dies vor allem deshalb, weil eine Genehmigungspflicht von Maßnahmen im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde einen erheblichen Eingriff in das Recht der Selbstverwaltung darstellt.

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

### 3.2.7.3. Historisch, systematisch und teleologisch: Keine Genehmigungspflicht

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

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

**Historisch** standen § 78 Abs 1 Z 2 und Z 3 StL 1992 in engem Zusammenhang mit den Zuständigkeiten des Gemeinderats in § 46 StL 1992. Diese umfassen nicht nur die Aufnahme und Gewährung von Darlehen oder die Leistung von Bürgschaften ab einem bestimmten Betrag,<sup>576</sup> sondern zB auch den Erwerb und die Veräußerung von Wertpapieren,<sup>577</sup> den Abschluss und die Auflösung sonstiger Verträge,<sup>578</sup> die Gewährung von Subventionen<sup>579</sup> und die gänzliche oder teilweise Abschreibung (Nachsicht von Forderungen).

<sup>573</sup> *Berchtold*, Gemeindeaufsicht [1972] 104

<sup>574</sup> *Fasching/Weikovics*, Burgenländische Gemeindeordnung 2003<sup>2</sup> [208] 499, Rz 2 zu § 87 Abs 1 Burgenländische Gemeindeordnung 2003

<sup>575</sup> *Kahl*, Rz 53 zu Art 119 a B-VG in *Kneihls/Linbacher* [Hrsg] Bundesverfassungsrecht

<sup>576</sup> § 46 Abs 1 Z 9 StL.

<sup>577</sup> Z 11 *leg cit.*

<sup>578</sup> Z 12 *leg cit.*

<sup>579</sup> Z 14 *leg cit.*

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

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

Ein weiteres Beispiel ist die Durchführung von Bauvorhaben, wobei die "veranschlagten" Kosten EUR 100.000 übersteigen.<sup>580</sup> Der Gemeinderat der Stadt Linz müsste etwa nach § 46 Abs 1 Z 10 StL 1992 die Durchführung eines Bauvorhabens genehmigen, wenn die veranschlagten Gesamtkosten den Betrag von EUR 100.000 übersteigen. Damit erfolgt die Ermächtigung, den entsprechenden Vertrag zu schließen. Unabhängig davon hat die Stadt im Voranschlag dafür vorzukehren, dass die entsprechenden Gelder für den Bau bereitgestellt werden – also insbesondere durch vorhandene Mittel oder eine Finanzierung –, was aber rein im Innenverhältnis relevant ist.<sup>581</sup> Bekanntlich werden bei Bauvorhaben im kommunalen Bereich die veranschlagten Kosten nicht selten überschritten, wobei die Höhe aber zunächst unklar bleibt (man denke in jüngerer Zeit nur an das Wiener "Krankenhaus Nord").

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

Das Gegenteil ist der Fall: Würde sich in weiterer Folge herausstellen, dass die Baukosten den genehmigten Rahmen erheblich übersteigen, dann wird der geschlossene Bauwerkvertrag nicht ungültig. Selbst wenn der Gemeinderat keinen Nachtragsvoranschlag gemäß § 54 StL 1992 beschließen würde, könnte die fehlende budgetäre Ermächtigung im Innenverhältnis den außenwirksamen Vertrag nicht (nachträglich) beseitigen.<sup>582</sup>

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

<sup>580</sup> Z 10 *leg cit.*

<sup>581</sup> Siehe dazu näher Punkt C.III.3.1.6.2.

<sup>582</sup> *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 205 f.

Der GRB 2004 bringt zum einen in inhaltlicher Hinsicht einen Willensentschluss des Kollegialorgans Gemeinderat zum Ausdruck und spricht aus zivilrechtlicher Sicht eine Ermächtigung zum Abschluss bestimmter Geschäfte aus; zum anderen ist er die "finanzgesetzliche Grundlage", die im Innenverhältnis erforderlich ist, um mit der Beschlussabwicklung verbundene gebarungrechtliche Akte durchführen zu können. Und selbst wenn das nicht der Fall wäre, dann kann die Notwendigkeit eines Nachtragsbudget nicht zur Ungültigkeit des Grundgeschäfts führen.<sup>583</sup>

Anzumerken ist auch, dass – da Geld kein "Mascherl" hat – für den **Vertragspartner** einer Gemeinde gar **nicht ersichtlich** ist, ob nun die Mittel für seinen Vertrag aus eigenen Mitteln der Gemeinde stammen oder aus einer Finanzierung. Die Gemeinde finanziert nicht jedes Geschäft zwingend einzeln, sondern kann auch nur allgemein den Überhang der Ausgaben über die Einnahmen (insbesondere aus Kommunalabgaben, dem Finanzausgleich und der privatwirtschaftlichen Tätigkeit, wie Einnahmen aus oder dem Verkauf von Liegenschaften oder Beteiligungen) finanzieren. Schon deshalb ist die **Verknüpfung des Grundgeschäfts und seiner Finanzierung unzulässig**.<sup>584</sup>

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

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

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

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

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

<sup>583</sup> Vgl dazu auch unten Punkt C.III.3.1.6.

<sup>584</sup> Zur finanziellen Situation der Stadt Linz siehe Punkt C.II.2.19.

*in den anderen Bundesländern nicht der Fall gewesen ist. Was jetzt den Umgang in der Praxis damit betrifft, so kann ich sagen, dass wir immer wieder Anfragen zu Swaps gehabt haben aus verschiedensten Ecken und immer wieder transportiert wurde, dass man Rücksprache gehalten habe mit der Gemeindeaufsicht und dass diese diese Geschäfte gutgeheißen und teilweise sogar empfohlen haben. Es wurde uns auch immer wieder über Kommunikation berichtet, dass die Gemeindeaufsichtsbehörden die Swaps für in Ordnung befunden haben und auch keine Genehmigungspflicht urgiert worden wäre [...] mir ist kein einziger Fall bekannt bzw. gab es keinen einzigen solchen Fall, bei dem ex ante hinsichtlich einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht von einer potentiellen Zahlungspflicht oder von einer potentiellen Wertentwicklung ausgegangen wurde als heranzuziehender Wert für die Prüfung einer Genehmigungspflicht. Dies aus meiner Sicht aus zwei Gründen: einerseits, weil es eben gesetzlich gar nicht vorgesehen war und andererseits auch, weil sich der Gesetzgeber dabei aus meiner Sicht durchaus etwas gedacht hat, weil Derartiges in der Praxis auch gar nicht durchführbar wäre".<sup>585</sup>*

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

██████████ Leiter der Direktion Inneres und Kommunales beim Land Oberösterreich, sagte den Oberösterreichischen Nachrichten noch am 12.7.2011, dass Swap-Geschäfte dieser Art (gemeint: wie der Swap) nicht vom Land genehmigt werden müssen.<sup>586</sup> Auch der **Landesrechnungshof Oberösterreich** hielt in seiner Sonderprüfung fest, dass **die zuständige Aufsichtsbehörde** "bisher", also zumindest bis zur Beendigung des Swap, **keine Genehmigungspflicht sah**.<sup>587</sup> Dazu passt, dass auch *ex ante* auch tatsächlich niemand – weder Kommunen noch deren Aufsichtsbehörden – Wahrscheinlichkeitsberechnungen über mögliche Entwicklungen von Finanzgeschäften angestellt haben. Dies bestätigten auch die Gerichtssachverständigen (siehe dazu die ergänzenden Feststellungen gleich unten).

Auch **Mag ██████████ selbst und sämtliche anderen zuständigen Personen in der Stadtverwaltung** der Stadt Linz gingen *ex ante* nicht von einer Genehmigungspflicht bei Derivaten aus. Die entsprechenden Aussagen des Beschuldigten im Disziplinarverfahren (im Sinn der oben begehrten ergänzenden Feststellung handelte es sich bei diesen Verfahren um solche gegen Mag ██████████ vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich werden von diesem Gericht wie folgt wiedergegeben: "**Auch innerhalb der Stadt Linz seien lange Zeit sämtliche damit befassten Stellen der Auffassung gewesen, dass keine zusätzlichen Genehmigungen erforderlich wären.**"<sup>588</sup>

**BAWAG PSK begehrt daher – wie bereits in der Berufung (S 37 f) – die folgenden ergänzenden Feststellungen:**

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

<sup>585</sup> Protokoll 10.4.2019, S 4 f: ZV Mag ██████████

<sup>586</sup> Beilage ./47.

<sup>587</sup> Beilage ./199, S 42 (PDF-Seite 49).

<sup>588</sup> LVwG Oberösterreich 6.8.2015, LVwG900000/31/SE.

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

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

Die Feststellungen sind aufgrund der oben genannten Beweisergebnisse erwiesen.

Die Feststellungen sind – wenn man der unrichtigen Rechtsansicht des Erstgerichts folgen würde – relevant, weil das *ex ante* Verständnis der Genehmigungserfordernisse der beteiligten Personen, also der Stadt Linz auf der einen und dem Land Oberösterreich auf der anderen Seite, ein Indiz dafür ist, wie die Genehmigungserfordernisse historisch, das heißt insbesondere ohne Rückschauler, zu verstehen waren. Das Berufungsgericht hat sich damit nicht auseinandergesetzt, wohl weil es diese Feststellungen nicht für rechtlich relevant hielt (was an sich zutrifft). Sollte dies aber nicht der Fall sein, läge ein sekundärer Verfahrensmangel vor.

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

Die Gerichtssachverständigen halten zu den Wahrscheinlichkeitsrechnungen, welche das Erstgericht seinem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu Grunde legt, fest: *"Abschließend sei bemerkt, dass uns kein einziger Fall bekannt ist, in dem eine derartige umfassende Optimierungsprüfung wirklich auch nur im Ansatz durchgeführt wurde, weder auf Seiten einer Bank, noch auf Seiten von Bankkunden."*<sup>589</sup>

Das bestätigt aus "Praktikersicht" konkret für Stadt Linz auch Dr █████ der Vorgänger von Mag █████ als Finanzdirektor. Dieser sagte aus, dass noch im Jahr 2002 eine Anleihe in Höhe von CHF 60 Millionen auch genau im Umfang von CHF 60 Millionen zur Genehmigung vorgelegt und schließlich genehmigt wurde. Berechnungen, insbesondere solche unter Berücksichtigung eines Fremdwährungsrisikos, wurden dabei gerade nicht angestellt. Schon gar nicht wurden Worst-Case-Rechnungen angestellt, obwohl grundsätzlich auch bei einer schlichten Anleihe in CHF – wie auch die Gerichtssachverständigen festhalten<sup>590</sup> – ein unbeschränktes Risiko in EUR besteht.<sup>591</sup>

**BAWAG PSK beantragt daher – wie bereits in der Berufung (S 38 f) – die ergänzende Feststellung:**

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

---

<sup>589</sup> EGA, S 39.

<sup>590</sup> EGA, S 69.

<sup>591</sup> Protokoll 12.4.2019, S 6.

Die Feststellung ist relevant, weil das Erstgericht diese Berechnungen offenbar seiner Auffassung zum "gewöhnlichen Lauf der Dinge" zugrunde legt, auf die es die Begründung der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht stützt. Das Berufungsgericht hat sich damit auch hier nicht auseinandergesetzt, wohl weil es diese Feststellungen nicht für rechtlich relevant hielt (was an sich zutrifft). Sollte dies aber nicht der Fall sein, läge ein sekundärer Verfahrensmangel vor.

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

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

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

Bei derivativen Finanzinstrumenten war die Ausgangssituation etwas anders: Grundsätzlich wurde aus dem verfassungsrechtlichen **Effizienzgebot** eine Verpflichtung aller Gebietskörperschaften abgeleitet, sich solcher **Derivate "zur aktiven Kreditbewirtschaftung zwecks Senkung der Zinskosten" zu bedienen**.<sup>592</sup> Der Einsatz von Derivaten war also nicht nur erlaubt, sondern konnte rechtlich sogar geboten gewesen sein. Kurz nach Ausbruch der Finanzkrise führten das Burgenland und Niederösterreich Regelungen ein, die die Gemeinden zur Risikovermeidung und zur Risikobewertung verpflichteten; gleichzeitig verzichteten diese Bundesländer aber bewusst auf die Einführung eines Genehmigungstatbestands für die einschlägigen Verträge. Anders als das Erstgericht vermeint, ist eine Genehmigungspflicht daher keineswegs zwingend, sondern wurde nur im Einzelnen in manchen Bundesländern differenziert und ausdrücklich eingeführt. Zu einer solchen Regelung rangen sich – allerdings erheblich später – im Jahr 2012 eben Oberösterreich (LGBl 2012/1) sowie auch Salzburg (vgl § 85 Abs 1 Z 8 GemO idF LGBl 2012/55) durch.

<sup>592</sup> Holoubek/Prändl, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivatengeschäfte, in: Böck ua [Hrsg.], Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand [2005] 200 ([223]).

Es verbietet sich schon aus kompetenzrechtlichen Gründen, diese in den Landtagen eingehend diskutierten, differenziert ansetzenden Regelungen der Bundesländer durch analoge Anwendung des Darlehenstatbestandes zu überspielen und sie durch die weit hergeholt, nachträgliche Konstruktion einer – nicht existierenden – planwidrigen Lücke komplett zu nivellieren. Es ist nach den einzelnen Gemeindeordnungen zu differenzieren, ob diese darlehensähnliche Geschäfte (was auf Zinsswaps wie hier schon nach Meinung des VwGH<sup>593</sup> ohnedies nicht zutrifft) einer Genehmigungspflicht unterwerfen<sup>594</sup> – das StL 1992 erfasst aber explizit nur den "Abschluss von Darlehensverträgen" und bezieht sich gerade nicht auf ähnliche Verträge oder Verträge, die eine Finanzierung vielleicht in Zukunft nötig machen könnten. Eine generelle **Ausdehnung der Genehmigungspflicht von Darlehen auf Derivate kommt nicht in Betracht**.<sup>595</sup> Das Erstgericht meint auch selbst, dass die Novelle aus dem Jahr 2012 auf den Swap keinen Einfluss mehr haben konnte (Zwischenurteil, S 63 f). Die – vermeintliche – **"Klarstellung" in den Gesetzesmaterialien**, die Genehmigungspflicht hätte immer schon bestanden, ist rechtlich unbeachtlich. Die Materialien haben – wie dargetan – **keine normative Bedeutung**.

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

#### 3.2.7.4. Genehmigungspflicht nicht denkmöglich

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

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

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

<sup>593</sup> Siehe Punkt C.III.3.2.5.

<sup>594</sup> Holoubek/Prändl, Finanzmanagement 230 f.

<sup>595</sup> Prändl, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenzen der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 379 [384].

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

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

Die Rechtsansicht des Erstgerichts ist deshalb – insbesondere, wenn man es an den von ihm selbst zuvor im Zwischenurteil entwickelten Maßstäben misst – unrichtig; sie ist auch verfassungswidrig, weil das Erstgericht damit – in kompetenzwidriger Weise – als rechtsschaffende Institution auftritt, sich also selbst zum "Quasi-Gesetzgeber" macht, obwohl es ganz klar auf die Auslegung der präjudiziellen rechtlichen Bestimmungen beschränkt ist. Das Erstgericht schafft einen Genehmigungstatbestand, der dem StL 1992 nicht zu entnehmen ist. Dies obwohl der Gesetzgeber auch in naheliegenderen Fällen – wie etwa dem einem Darlehen im Hinblick auf seine Finanzierungsfunktion näheren Leasing<sup>596</sup> – davon Abstand genommen hat, diese einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht zu unterwerfen.

Nur weil etwas aus Sicht des Erstgerichts genehmigungspflichtig "sein muss" (die Formulierung deutet schon darauf hin, dass das Gericht hier *de lege ferenda* und nicht *de lege lata* argumentiert), kann das aus den gerade oben angeführten Gründen eben noch nicht heißen, dass etwas auch tatsächlich genehmigungspflichtig ist. Der Swap ist nicht ein – allenfalls abzuschließendes oder auch nicht abzuschließendes, allenfalls zu genehmigendes oder auch nicht zu genehmigendes – dahinterliegendes Finanzierungsgeschäft, mit dem Verpflichtungen aus dem Swap bedient werden. Das sind **zwei verschiedene Geschäfte**. Diese beiden Geschäfte zu vermischen ist nicht nur gesetzlich nicht vorgesehen, sondern würde dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung widersprechen, wonach bestimmte Rechtsinstitute einheitlich zu interpretieren sind, und noch dazu genau zur uferlosen Ausdehnung der Genehmigungstatbestände führen (siehe etwa das obige Beispiel zu Bauvorhaben),<sup>597</sup> die das Erstgericht gerade ablehnt und die auch verfassungswidrig ist. Es ist offensichtlich, dass derartige "Gedankenspiele" nicht geeignet sind, die oben ausgeführten strengen Anforderungen an eng auszulegende Genehmigungstatbestände zu erfüllen.

In den vom Erstgericht zitierten Entscheidungen 6 Ob 73/14a und 10 Ob 14/19k ging es um die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen von Verwaltungsbehörden (Spruchbindung, keine "Begründungsbindung"), wenn diese über eine im Zivilverfahren zu prüfende Vorfrage als Hauptfrage entschieden haben (10 Ob 14/19k: Die aufsichtsbehördliche Genehmigung für einen Zinsen-Collar-Vertrag wurde versagt, woran das Zivilgericht gebunden ist, sofern diese nicht

---

<sup>596</sup> Punkt C.III.3.2.6.

<sup>597</sup> Punkt C.III.3.2.7.3.

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

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

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

Hinzu kommt noch, dass im vorliegenden Fall es **eben gerade nicht denkmöglich** ist, den Abschluss des Swap unter einen der taxativen Genehmigungstatbestände des § 78 StL 1992 zu subsumieren. Diese Möglichkeit besteht hier nicht, wie eben auch und gerade die eindeutig widersprechenden Entscheidungen des VwGH zeigen, der **keinen Zweifel** sah, dass **keine Genehmigungspflicht** bestand.<sup>598</sup> Nicht nur ist, wie dargestellt wurde, die Subsumtion des Swap 4175 unter einen Genehmigungstatbestand somit tatsächlich denkmöglich. Der Vorwurf des Erstgerichts an BAWAG PSK, "blind" auf das Gegenteil vertraut zu haben (Zwischenurteil, S 68), ist deshalb völlig verfehlt – im Gegenteil hat sogar ein österreichisches Höchstgericht bereits zweimal ausdrücklich entschieden, dass gerade von keinem Genehmigungserfordernis auszugehen war.

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

---

<sup>598</sup> Siehe Punkt C.III.3.2.5.

"Amalgamierung" es keine rechtliche Grundlage gibt. Diese beruht einzig auf dem nicht im Gesetz gedeckten rechtlichen "Konstrukt" des Erstgerichts. Damit macht das Erstgericht genau das, was das Verfassungsrecht verbietet – nämlich die Genehmigungspflicht über ihren Wortlaut hinaus auf bei Schaffung des Vorbehalts nicht vorgesehene, künftige Maßnahmen auszuweiten.<sup>599</sup>

### 3.2.7.5. In eventu: Unbestimmter "Gewöhnlicher Lauf der Dinge"

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

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

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

Außerdem begründet das Erstgericht nicht, wie es zu seinem Verständnis vom gewöhnlichen Lauf der Dinge gelangt. Auch hier bietet das StL 1992 (oder irgendein anderes Gesetz oder Rechtsprechung) keinen Anhaltspunkt. Der nicht objektiv vorhersehbare Maßstab des "gewöhnlichen Laufs" der Dinge (zwar kein "Worst Case" oder "völlig außergewöhnliche Umstände" aber doch auch "sporadisch auftretende Ereignisse", wobei die Markterwartungen aber nicht relevant sein sollen) ist offenbar vom Erstgericht selbst ersonnen worden und rechtlich nicht gedeckt. Das entspricht sicher nicht der bei Aufsichtsmitteln nötigen Determinierung, aus der folgt, dass klare Regelungen nötig sind, aus denen **Dritte einfach beurteilen können, ob ein Geschäft wirksam ist oder nicht**.<sup>600</sup>

<sup>599</sup> Kahl in Kneihls/Lienbacher [Hrsg] Bundesverfassungsrecht zu Art 119 a B-VG Rz 53.

<sup>600</sup> Vgl insbesondere N. Raschauer, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 (71).

Besonders problematisch ist die Rechtsansicht des Erstgerichts, weil es für den "gewöhnlichen Lauf der Dinge" indirekt auf die von den Gerichtssachverständigen im EGA berechneten Wahrscheinlichkeiten zurückzugreifen scheint (Zwischenurteil, S 104 ff). Diese **Feststellungen wurden vom Berufungsgericht ohnehin nicht mehr übernommen, weshalb der Rechtsmeinung des Erstgerichts schon deshalb die Grundlage entzogen ist**. Dennoch wird im Folgenden aus advokatorischer Vorsicht darauf kurz eingegangen:

Diese Wahrscheinlichkeiten wurden aber mit Methoden und Modellen berechnet, die – im Sinn der begehrten ergänzenden Feststellungen –<sup>601</sup> zum Zeitpunkt des Abschluss des Swap noch gar nicht gebräuchlich waren und die selbst nach Aussage der Gerichtssachverständigen, zwangsweise zu beliebigen Ergebnissen führen. Insbesondere hängen die Ergebnisse wesentlich von Prognosen und Annahmen der die Berechnung Durchführenden ab und sind dadurch von diesem fast beliebig steuerbar:

Dies ergibt sich aus dem EGA. Die Gerichtssachverständigen beschreiben dort die den Wahrscheinlichkeitsrechnungen zu Grunde liegenden Modelle wie folgt (Hervorhebungen hinzugefügt):

*"Alles in allem zeigt die obige Analyse wie entscheidend die Auswahl und die Kombination der Simulationsmodelle und Optionsbewertungsmodelle die Wahrscheinlichkeiten beeinflusst. Das **hohe Modellrisiko** wird durch die Bandbreite an Ergebnissen besonders deutlich. Die statistische Unsicherheit kann umgekehrt auch dazu genutzt werden, bestimmte **Klassen von Modellen zu selektieren um die Wahrscheinlichkeiten entweder besonders hoch oder besonders niedrig aussehen zu lassen**. Dazu wird man ebenfalls **immer Argumente finden, warum ein bestimmtes Modell oder eine bestimmte Auswahl von Parametern besonders gut geeignet ist**."<sup>602</sup>*

Damit stehen die Ergebnisse der Berechnungen aber – wie die Gerichtssachverständigen klar offenlegen – im Belieben, des Berechnenden, der sie über die Annahmen mehr oder minder beliebig steuern kann.

Ergänzend fügt BAWAG PSK hinzu, dass die Ansicht, dass Wahrscheinlichkeitsrechnungen zur Erklärung des Finanzmarkts herangezogen werden können, mittlerweile ohnehin schon grundsätzlich hinterfragt wird. Die neueste Lehre geht davon aus, dass Wahrscheinlichkeitsrechnungen dazu überhaupt nicht taugen.<sup>603</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint auch das vom Erstgericht herangezogene – nicht sehr lebensnahe<sup>604</sup> – Beispiel, dass Stadt Linz das Gemälde **"Salvator Mundi" von Leonardo da Vinci um USD 400 Millionen kauft, nicht vergleichbar:**

<sup>601</sup> Vgl Punkt C.III.3.2.7.3.

<sup>602</sup> EGA, 38.

<sup>603</sup> *Mekhail/Gerogiorgakis/Milde*, Selbstverschuldete Finanzkrisen, ÖBA 2020, 707.

<sup>604</sup> Allerdings hat die Stadt Linz in Zusammenhang mit einem Gemälde bereits den OGH beschäftigt, als sie erfolglos versucht hat, die Herausgabe einer Leihgabe ebenfalls mit dem Hinweis auf Formmängel zu verweigern – siehe dazu unten Punkt C.III.2.5.3.

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

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

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

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

Das ist aber nicht der Fall: Geschuldet ist beim Swap der Austausch von Zahlungsströmen (vgl Zwischenurteil, S 35 f zur Funktionsweise des Swap). Eine ordentliche Auflösung ist vertraglich nicht vorgesehen.<sup>605</sup> Beim gekauften Bild ist *ex ante* klar, dass es bezahlt werden muss – ein abgeschlossener Swap muss aber *ex ante* nicht zwingend vorzeitig unter Zahlung von Auflösungskosten beendet werden.<sup>606</sup>

Das Beispiel des Erstgerichts ist deshalb auf keiner Ebene stichhaltig.

**Zusammengefasst** ist die Rechtsansicht des Erstgerichts, wonach auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzustellen ist, deshalb selbst dann verfehlt, wenn § 78 StL 1992 einer Analogie oder sonstigen Erweiterung der Tatbestände zugänglich wäre (was er nicht ist). Die gegenteilige

---

<sup>605</sup> Das Gericht verweist selbst darauf, dass der Swap nicht kündbar war, vgl Zwischenurteil, S 36.

<sup>606</sup> Selbst bei ungünstiger Entwicklung bestehen andere Möglichkeiten der Risikobegrenzung, als eine Auflösung – siehe dazu insbesondere bei Punkt C.II.2.19.

Rechtsansicht des Erstgerichts ist verfehlt und der versuchte Vergleich mit dem Kauf eines, wenn auch teuren, Bildes zeigt, dass das Erstgericht einem grundsätzlichen Missverständnis über die Funktionsweise von Derivatgeschäften und den Anwendungsbereich von § 78 StL 1992 unterliegt.

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

Die Rechtsansicht des Erstgerichts würde den **Verkehr mit Kommunen übrigens auch praktisch massiv erschweren und teilweise verunmöglichen**: Eine Partei müsste vor jedem einzelnen Geschäftsabschluss prüfen, ob die andere Partei "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" die Pflichten aus dem Vertrag durch eigene Mittel oder bereits genehmigte Darlehen decken kann. So etwas ist Teil von umfangreichen "Due Diligence"-Prüfungen bei Kaufprozessen, aber sicher nicht routinemäßiger Teil jedes Vertragsabschlusses mit einer Kommune. Auch das erkennt das Erstgericht im Grunde zutreffend und schreibt, "*dass es für Vertragspartner und auch für die Aufsichtsbehörde unmöglich wäre, eine allfällige Genehmigungspflicht zu prüfen, wenn diese ausschließlich von einem Zusammenhang mit einem (vielleicht nicht allen bekannten) früheren genehmigungspflichtigen Geschäft abhängt*" (Zwischenurteil, S 63). Trotz der Gefahr, sich zu wiederholen ist auch hier festzuhalten: trotzdem, gelangt das Erstgericht zu seinem Schluss, dass der Swap genehmigungspflichtig war. Wie hätte BAWAG PSK die komplexen und diffizilen Überlegungen, die hinter dieser vom Erstgericht konstruierten angeblichen Genehmigungspflicht stecken, jemals nachprüfen können sollen? Was das Erstgericht in Wahrheit verlangt, ist deutlich mehr, als das Gesetz zu konsultieren, ob dieses einen Genehmigungstatbestand vorsieht. Vielmehr müsste der Vertragspartner einer Gemeinde mit Rechtsexperten und Sachverständigen mögliche und auch unmögliche extensive Auslegungen von Genehmigungstatbeständen und die Auswirkungen auch unerwarteter künftiger Entwicklungen prüfen, sowie ob die Gemeinde über für solche Eventualitäten nötigen Mittel verfügen wird. Es bleibt daher leider auch hier völlig offen, wie die zitierten und im Grunde zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts insbesondere zum Analogieverbot mit dem Ergebnis des Zwischenurteils zusammenpassen sollen.<sup>607</sup>

### 3.2.8. **Schwellenwerte sind unbeachtlich**

#### 3.2.8.1. Schwellenwerte für Darlehen gelten nicht für den Swap

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

<sup>607</sup> Vgl zur vom Erstgericht paralyisierten Gemeinde unten insbesondere Punkt C.III.3.1.5.

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

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

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

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

### 3.2.8.2. In eventu: Einnahmen des ordentlichen Voranschlags

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

Das Erstgericht ist aber der Rechtsansicht (Zwischenurteil S107), dass unter den "*Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres*" nur die ordentlichen Einnahmen nach Zinsen Tilgungen und Tilgungsrücklage zu verstehen sind (im EGA Niveau 1 und Niveau 4 genannt).<sup>608</sup>

Die Rechtsansicht des Erstgerichts ist unrichtig und wird im Zwischenurteil auch mit keinem Satz begründet. Richtigerweise ist unter den "*Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des*

<sup>608</sup> Die Gerichtssachverständigen rechneten insgesamt sechs "Niveaus". Niveaus 1 bis 3 betreffen die (für Darlehensverträge nach § 78 StL 1992 relevante) Schwelle von 15 % der ordentlichen Einnahmen (wobei das Gesetz auf die Einnahmen des ordentlichen Voranschlags abstellt). Niveaus 4 bis 6 betreffen die für Bürgschaften und sonstige Haftungen vorgesehene Schwelle von 30 %. Niveau 1 und 4 verstehen die ordentlichen Einnahmen (unrichtig) abzüglich Zinsen, Tilgungen und Tilgungsrücklage. Niveau 2 und 5 verstehen die ordentlichen Einnahmen ohne diese Abzüge. Und Niveau 3 und 6 verstehen die ordentlichen Einnahmen richtig als Gesamteinnahmen.

laufenden Rechnungsjahres" einfach genau das zu verstehen, was im Gesetz steht: nämlich die **Summe der Gesamteinnahmen des ordentlichen Voranschlags**<sup>609</sup> (im EGA Niveau 3 und Niveau 6 genannt). Der **Wortlaut** des Gesetzes ist eindeutig.

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

### 3.2.8.3. In eventu: Überschreiten der Schwellenwerte praktisch auszuschließen

Egal welches Niveau man zu Grunde legt (richtigerweise gar keines, und wenn überhaupt wie oben geschrieben, Niveau 3 und Niveau 6 laut EGA), selbst nach dem vom Gericht angelegten "gewöhnlichen Lauf der Dinge" hätte ein **Überschreiten der Genehmigungsgrenzen immer ausgeschlossen** werden können.

Die entgegenstehende (wohl dislozierte) Feststellung des Erstgerichts (Zwischenurteil, S 107) wurde im Rahmen der Beweistrüge bekämpft und **vom Berufungsgericht ausdrücklich nicht mehr übernommen** (Berufungsurteil, S 31 f). Gleichzeitig hielt das Berufungsgericht fest, dass es sich dabei um keine Tatfrage, sondern um eine **Rechtsfrage** handelt. Obwohl die Feststellung also ohnehin nicht mehr relevant ist, da das Berufungsgericht sie nicht übernahm, wiederholt BAWAG PSK der Vollständigkeit halber und weil es sich nach Ansicht des Berufungsgerichts dabei um eine Rechtsfrage handelt die Argumente, welche gegen eine Überschreitung der Schwellenwerte sprechen:

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, wurden solche Berechnungen ex ante nicht angestellt und diese Modelle waren damals im nicht einmal bekannt. Es handelt sich somit nicht um 2007 gebräuchliche oder verfügbare "Bordmittel", da diese Techniken wie von den Sachverständigen bestätigt *ex ante* in der Praxis von niemandem eingesetzt wurden (jeder, der diese dennoch heranziehen möchte, unterliegt einem Rückschaufehler). Außerdem führen die Modelle, auf denen die Berechnungen beruhen, selbst nach Ansicht der Gerichtssachverständigen zu, kurz gesagt, beliebigen Ergebnissen. Die konkreten vom Erstgericht aus dem EGA übernommenen Zahlen können deshalb sowieso nicht entscheidungserheblich sein (wofür auch immer – was ja aus dem Zwischenurteil nicht klar hervorgeht).

Selbst wenn man das alles anders sieht, der Logik des Erstgerichts folgt und den Zahlen überhaupt irgendeine Bedeutung zumisst, ergibt sich daraus keine zu erwartende Überschreitung der Schwellenwerte:

- Die Gerichtssachverständigen führen im EGA aus, dass die **Wahrscheinlichkeit des Eintritts der tatsächlichen Kursentwicklung** auf Grundlage des damaligen Markt sentiments *ex ante* bei **0** lag.<sup>610</sup> Das zeigt, dass niemand die tatsächlich eingetretene Entwicklung vorhergesehen hat oder vorhersehen konnte. Das Erstgericht versucht mit seinen "Bandbreiten", theoretischen Berechnungen mit aktuellen Mitteln zu konstruieren, die die tatsächliche Entwicklung 2007 vorhergesagt hätten,

<sup>609</sup> Vgl. /HV =9xV.

<sup>610</sup> EGA, S 70.

wenn man sie damals angestellt hätte, was aber nicht der Fall war und auch nicht möglich war.

- Im Sinn einer konsequenten *ex ante*-Betrachtung wäre bei den Berechnungen der Gerichtssachverständigen auf das damalige Marktsentiment und die historischen Kurse von damals (also insbesondere den EUR/CHF-Kurs von 2000 bis 2007) abzustellen gewesen. Die Gerichtssachverständigen schreiben dazu, dass das gängige Marktsentiment aus dem (historischen) Kursverlauf geschlossen hat, dass sich der EUR/CHF-Kurs stabil bis steigend entwickeln wird.<sup>611</sup> Deshalb ist von einer positiven Drift auszugehen. Setzt man die Berechnungen der Sachverständigen bei den richtiger Weise anzunehmenden Niveaus<sup>612</sup> mit einer positiven Drift um, beträgt die Wahrscheinlichkeit der Überschreitung eines Schwellenwerts ungefähr 0 % (vgl auch näher die nicht substantiiert bestrittenen Beilagen ./.374 bis ./.376).
- Wie im Schriftsatz vom 9.4.2018<sup>613</sup> näher begründet und beantragt, nochmal in der Tagsatzung am 13.5.2019 wiederholt<sup>614</sup> und erneut im Schriftsatz vom 4.6.2019 beantragt, wurden die Sachverständigen deshalb ersucht, die Variante 2 laut EGA mit angemessener positiver Drift in Höhe von 1,877 % und Varianten 3 bis 12 mit Drift null sowie 1,877 % zu rechnen. Die Ergebnisse dieser alternativen Berechnungen wären nach Ansicht von BAWAG PSK deshalb maßgeblich gewesen, weil nur bei Zugrundelegung einer positiven oder zumindest neutralen Drift die Modellannahmen die Feststellung der Sachverständigen reflektieren, dass das Marktsentiment von einem stabilen (neutrale Drift) bis steigenden (positive Drift) EUR/CHF-Kurs ausging. Will man also überhaupt Berechnungsmodelle heranziehen, dann zumindest solche, welche den Gegebenheiten *ex ante* entsprechen (abgesehen eben davon, dass *ex ante* nach den Feststellungen der Sachverständigen wie oben erwähnt ohnehin überhaupt niemand solche Berechnungen anstellte).
- Der Gerichtssachverständige Wystup bestätigte im Rahmen der Gutachtenserörterung, dass eine solche Vorgangsweise nicht unplausibel gewesen wäre.<sup>615</sup> Laut den Gerichtssachverständigen ist das Portfolio mit Swap in 87 % der Fälle (simulierte künftige Entwicklung) besser für die Stadt Linz als das Portfolio ohne Swap war – eine solche Aussage, die klar für den Abschluss des Swap spricht, lässt sich mit der Annahme einer positiven Drift viel besser in Übereinstimmung bringen.<sup>616</sup> Die negativen Bandbreiten resultieren daher nur daraus dass diese primär die negativen Szenarien abbilden, was ein grob verzerrendes Bild ergibt, zumal bei einer kaufmännischen Betrachtung immer Chancen und Risiken abzuwägen sind, das Gericht aber nur die Risiken betrachtet. Trotzdem beauftragte das Erstgericht die Berechnungen nicht und gab dem Beweisantrag der BAWAG PSK nicht statt. Die Begründung des Erstgerichts, weshalb nicht stattgegeben wurde, ist nicht stichhaltig (Zwischenurteil, S 49 und 104 ff): Wie oben dargelegt entsprach (nur) eine positive Marktmeinung den Erwartungen *ex ante*, die gegenteilige Auffassung des Erstgerichts widerspricht

---

<sup>611</sup> EGA, S 25.

<sup>612</sup> Punkt C.III.3.2.8.

<sup>613</sup> S 25.

<sup>614</sup> Protokoll 13.5.2019, 22.

<sup>615</sup> Protokoll 13.5.2019, 22.

<sup>616</sup> Ergänzung zum Gutachten vom 26.10.2016, S 10 f.

schlicht dem Beweisverfahren. Außerdem sind, im Unterschied zur Meinung des Erstgerichts, natürlich auch die von BAWAG PSK beantragten Berechnungen relevant, auch wenn sie erwartbar zu positiven Ergebnissen führen. Nur weil es sich um die Wahrscheinlichkeitsberechnung eines Risikos (also des Eintritts eines unerwünschten Ereignisses) handelt, heißt das ja nicht, dass den Wahrscheinlichkeiten für diesen Eintritt nur negative und keine positiven Berechnungsszenarien zu Grunde gelegt werden dürfen.

- Die Gerichtssachverständigen rechnen sowohl die Wahrscheinlichkeit des Überschreitens der Schwellen aufgrund Zahlungen an den halbjährlichen Zahlungsterminen und aufgrund Zahlungen aufgrund einer "Auflösung" des Swap, also was für einen kompletten Ausstieg aus dem Swap am Markt bezahlt hätte werden müssen.
- Die Zahlungen an den halbjährlichen Zahlungsterminen fallen laufend an. Die Zahlungen für einen kompletten Ausstieg fallen aber nicht laufend an, sondern nur einmalig und zwar wenn eine Partei entscheidet, aus dem Vertrag auszusteigen. Es ist deshalb grob irreführend, diese Einmalzahlungen in Relation zu jener Schwelle zu setzen, welche die Genehmigung für die laufende Rückzahlung von Darlehen regelt (§ 78 Abs 1 Z 2 StL 1992). Die Bestimmung verweist nämlich darauf, dass "der jährliche Gesamtschuldendienst" 15 % der Einnahmen übersteigen müsse – und nicht die ganze Darlehensvaluta!
- Daraus wird ersichtlich, dass das Erstgericht hier "Äpfel mit Birnen" vergleicht. Es ist sachlich **unrichtig, Einmalzahlungen wie Ausstiegskosten auf Schwellenwerte anzuwenden, die für laufende Zinszahlungen und Tilgungen bemessen wurden**. Die Unrichtigkeit wird besonders evident, wenn man – wie das Erstgericht – das Genehmigungserfordernis nicht auf eine möglicherweise gesondert abzuschließende Fremdfinanzierung anwendet (was vom Wortlaut des § 78 StL 1992 gedeckt wäre, wenn es sich um ein Darlehen handelt), sondern auf den Swap selbst. Damit behandelt das Erstgericht nämlich einerseits Zahlungen aus dem Swap faktisch so, als wären sie Zahlungen aus einem Darlehen (das üblicherweise tilgend und in Raten zu zahlen ist), tut andererseits aber so, als wäre die Zahlung auf einmal zu leisten (also gerade nicht wie üblicherweise bei einem Darlehen). Das passt nicht zusammen.
- Wenn überhaupt (was rechtlich wie dargelegt völlig verfehlt wäre) eine Anwendung der Schwellen für Darlehen auf einen Swap käme, dürfte man ausschließlich die laufenden Kosten der Refinanzierung ansetzen. Eine Refinanzierung hätte nämlich keinen sofortigen Zahlungsaufwand in Höhe der Schließungskosten zur Folge, sondern würde eben gerade diesen Effekt vermeiden. Nur wenn der jährliche Schuldendienst aus solchen Refinanzierungen die Schwelle für das aufsichtsbehördliche Genehmigungserfordernis überschreiten würde, wäre eine Genehmigungspflicht überhaupt denkbar. Betragen etwa die Schließungskosten EUR 100 Millionen<sup>617</sup> und die Laufzeit der Finanzierung beträgt zehn Jahre, so läge die jährliche Belastung bei

---

<sup>617</sup> Die negative Bewertung des Swap betrug zu dem bereits relativ späten Zeitpunkt, als Bürgermeister Dobusch erstmals davon erfahren haben will (Mai/Juni 2010) ca EUR 96 Mio (Beilage ./133) – davor waren wie dargelegt deutlich günstigere Ausstiege oder Restrukturierungen möglich.

gleichmäßiger Tilgung (EUR 100 Millionen / 10 = EUR 10 Millionen zuzüglich Zinsen) selbst dann weit unter der Schwelle der Genehmigungspflicht, wenn man für den jährlichen Schuldendienst Niveau 1 laut Ergänzungsgutachten (ca EUR 31 Millionen) heranzieht.<sup>618</sup>

- Solche Refinanzierungen wären entweder gar nicht genehmigungspflichtig gewesen (wenn sie als kurzfristige Kassenkredite ausgestaltet werden)<sup>619</sup> oder sowieso unterhalb der Genehmigungsschwelle gelegen. Wenn man – wie das Erstgericht – eine hypothetisch notwendige Finanzierung als Auslöser der Genehmigungspflicht des Grundgeschäfts sieht, kann dies nicht zu einer strengeren Behandlung führen, als wenn tatsächlich ein Darlehen aufgenommen wird (wo dann eben nicht die Darlehensvaluta für die Frage relevant sind, ob die 15 % überschritten werden, sondern nur die laufenden Zahlungen).
- Jedenfalls sind die vom Erstgericht herangezogenen Bandbreiten bereits deshalb rein von den Zahlen her falsch, weil das Erstgericht Variante 8 laut EGA außer Betracht lässt. Dort beträgt die Wahrscheinlichkeit bei Auflösungskosten nämlich 70,37 % (also weniger als die vom Erstgericht als unterste Grenze angeführten 76 %). Nochmals ist zu betonen, dass die Auflösungskosten bei der Betrachtung allerdings ohnehin keine Rolle spielen können.

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

### 3.3. Kein Formmangel

#### 3.3.1. **Vorbemerkung**

Stadt Linz wandte gegen die Gültigkeit des Swap regelmäßig auch noch weitere "**Formmängel**" ein. **Weder das Erstgericht noch das Berufungsgericht teilten diese Rechtsansicht.** BA-WAG PSK legt zur Vollständigkeit im Folgenden trotzdem dar, wieso auch diese weiteren "Formmängel" rechtlich nicht stichhaltig sind.

#### 3.3.2. **Kein Formmangel**

§ 66 Abs 1 StL 1992 bestimmt:

*"Urkunden über Rechtsgeschäfte, die der Beschlussfassung des Gemeinderates oder des Stadtsenats bedürfen, sind vom (von der) Bürgermeister (Bürgermeisterin) zu unterfertigen und mit dem Stadtsiegel zu versehen."*

<sup>618</sup> Die Laufzeit des Swap ging bis 2017, also 2010 noch 7 Jahre. Zieht man für die Laufzeit Finanzierung die Restlaufzeit des Swap heran, bliebe man mit den jährlichen Zahlungen noch immer weit unter der vom Erstgericht angenommenen Schwelle.

<sup>619</sup> Vgl ON 256 23 Hv 79/13k, S 56 (Beilage .J9xB).

Weder auf dem Rahmenvertrag noch auf dem Unterschriftenverzeichnis wurde das Stadtsiegel beigelegt (Zwischenurteil, S 24). Stadt Linz behauptete zuletzt in der Berufungsbeantwortung (S 58 f), dass der Swap auch aus diesem Grund ungültig sei. Das trifft aber rechtlich nicht zu:

Selbst wenn man nämlich der unrichtigen Rechtsansicht ist, dass es sich beim Swap um ein Rechtsgeschäft handelte, welches der Beschlussfassung durch den Gemeinderat bedurfte,<sup>620</sup> dann ist diese Beschlussfassung mit dem GRB 2004 als Rahmenbeschluss bereits erfolgt. Der Swap selbst bedurfte jedenfalls keiner eigenen Beschlussfassung durch den Gemeinderat mehr, weil er durch den GRB 2004 gedeckt war. Da der Swap keiner eigenen Beschlussfassung durch den Gemeinderat mehr bedurfte, sind auch die Regeln des § 66 Abs 1 StL 1992 auf Urkunden über den Swap nicht anwendbar. Urkunden über den Swap waren deshalb **weder mit der Unterschrift des Bürgermeisters noch mit dem Stadtsiegel zu versehen**.

### 3.3.3. *In eventu: Formmangel bewirkt keine Ungültigkeit*

Es handelt sich bei § 66 Abs 1 StL 1992 nach der ganz herrschenden Lehre außerdem um eine bloße Ordnungsvorschrift. Wird diese nicht eingehalten, ist das Geschäft deshalb nicht ungültig.<sup>621</sup> Das sieht auch das Erstgericht so (Zwischenurteil, S 95). Das Berufungsgericht beschäftigt sich erst gar nicht mit dieser Frage.

Stadt Linz könnte aber sowieso nicht daraus gewinnen, da sich der Gemeinderat im GRB 2004 einen klaren Willen darüber bildete, welche Finanztermingeschäfte geschlossen werden sollen und von wem.<sup>622</sup> In einem solchen Fall kann sich **die Gemeinde nicht nachträglich auf angebliche Formmängel berufen**. Ein solches Vorgehen wäre außerdem auch rechtsmissbräuchlich.

Dasselbe gilt auch für die Unterschrift des Bürgermeisters. § 66 Abs 1 StL 1992 beinhaltet nämlich kein Schriftformgebot, da nur von Urkunden "über" Rechtsgeschäfte die Rede ist. Es handelt sich vielmehr um eine bloße Urkundenfertigungsbestimmung mit dem Charakter einer Ordnungsvorschrift, die für die Gemeinde Beweiserleichterung und Kontrollmöglichkeiten bezweckt. Ihre Verletzung berührt die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte nicht.<sup>623</sup>

Würden öffentlich-rechtliche Organisationsvorschriften übrigens tatsächlich der zivilrechtlichen Bevollmächtigung im Rahmen des GRB 2004 entgegenstehen, wären diese Organisationsvorschriften verfassungswidrig. Sie würden nämlich unzulässig die gemeinderechtliche Privatautonomie (Art 118 Abs 2 B-VG) einschränken.<sup>624</sup> Praktisch würden damit alle Arten von Vertragsabschlüssen (wie auch der vorliegende), die von der Gemeinde eine schnelle Reaktion verlangen und daher nicht von einem nur periodisch zusammentretenden Kollegialorgan mit 61 Mitgliedern gesteuert werden können, von der Gemeinde nicht abgeschlossen werden könnten. Berücksichtigt man, dass Geschäfte wie der Swap marktüblich waren und sind (Zwischenurteil, S 35), ist dieses Ergebnis völlig lebensfremd. Eine verfassungskonforme Auslegung verbietet daher ein derartiges Ergebnis.

<sup>620</sup> Vgl zum Gegenteil Punkt C.III.2.2.

<sup>621</sup> Vgl nur *Apathy/Riedler* in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 867 Rz 11 mwN. Auch *Grillberger* ua, Privatrechtsgeschäft, 68 ff, insb 70.

<sup>622</sup> Insbesondere Punkt C.III.2.3. und allgemein zum GRB 2004 auch Punkt C.III.3.1.4.

<sup>623</sup> *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde [1981] 71.

<sup>624</sup> Vgl dazu Punkt C.III.3.1.3.

Auch diese Behauptungen der Stadt Linz **vermögen** daher **keine Ungültigkeit des Swap zu begründen**.

#### D. ANTRÄGE

Die Revisionswerberin beantragt deshalb, der Oberste Gerichtshof möge

1. das Berufungsurteil dahingehend abändern, dass die Anträge der Stadt Linz auf Fällung eines Zwischenurteils (Schriftsatz vom 8.4.2019) abgewiesen werden,  
*in eventu* zu 1.
2. das Berufungsurteil zur Gänze aufheben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Prozessgericht 1. Instanz zurückverweisen,  
*in eventu* zu 2.
3. das Berufungsurteil zur Gänze aufheben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Prozessgericht 2. Instanz zurückverweisen,  
*jedenfalls*
4. der Stadt Linz den Ersatz der Kosten des Verfahrens aller Instanzen über den Zwischenantrag auf Feststellung an die beklagte Partei gemäß § 19a RAO zu Handen des Beklagtenvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.

BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft  
und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft

**Kostenverzeichnis:**

Revision TP3C	€	1.315,10
Einheitssatz	€	657,55
Zuschlag 100% *)	€	1.972,65
ERV-Kosten	€	2,10
20 % USt	€	789,48
Pauschalgebühr	€	6.104,00
<hr/>		
S u m m e	€	10.840,88

\*) Die Leistung der Vertreter der BAWAG PSK übersteigt nach Umfang und Art den Durchschnitt erheblich, insbesondere aufgrund des außergewöhnlich umfangreichen Akteninhalts. BAWAG PSK begehrt deshalb nach § 21 Abs 1 2. Satz RATG einen Zuschlag für besondere Mühe in Höhe von 100 %.

An  
HG Wien  
Marxergasse 1a  
1030 Wien

**Eingabe zu: 55 Cg 28/18f**

Elektronisch eingebracht am 04.05.2021  
Lansky, Ganzger & Partner GmbH  
Rechtsanwälte GmbH

**(P130123)**

Biberstraße 5, 1010 Wien  
Zeichen: 13/0058Klage201610

1 Anhang

### Ordentliche Revision gegen Zwischenurteil

---

- |   |  |
|---|--|
| <b>1. Klagende Partei</b>               | Stadt Linz<br>Altes Rathaus, Hauptplatz 1, 4020 Linz   |
| <b>Vertreter von 1. Klagende Partei</b> | Aigner Rechtsanwalts-GmbH<br>Pestalozzigasse 4/5, 1010 Wien  |
| <b>2. Klagende Partei</b>               | Stadt Linz<br>Altes Rathaus, Hauptplatz 1, 4020 Linz   |
| <b>Vertreter von 2. Klagende Partei</b> | Wildmoser/Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH<br>Hopfengasse 23, 4020 Linz   |
| <b>1. Beklagte Partei</b>               | BAWAG PSK Bank für Arbeit und <b>Wirtschaft und Österreichische</b><br>Wiedner Gürtel 11, 1100 Wien, Postsparkasse Aktiengesellschaft  |
| <b>Vertreter von 1. Beklagte Partei</b> | Lansky, Ganzger & Partner GmbH <b>Rechtsanwälte GmbH</b><br>Biberstraße 5, 1010 Wien<br>Telefon 01 533 33 30<br>Einziehungskonto IBAN: AT72 6000 0000 0957 8090, BIC: OPSKATWW<br>Einzahlungskonto IBAN: AT52 1200 0006 8414 1013, BIC: BKAUATWW |
| <b>2. Beklagte Partei</b>               | BAWAG PSK Bank für Arbeit und <b>Wirtschaft und Österreichische</b><br>Wiedner Gürtel 11, 1100 Wien, Postsparkasse Aktiengesellschaft  |
| <b>Vertreter von 2. Beklagte Partei</b> | DORDA Rechtsanwälte GmbH<br>Universitätsring 10, 1010 Wien   |

---

**Wegen** wegen Zwischenantrag auf Feststellung (Streitwert EUR 100.000,00)

**(Weiteres) Vorbringen****Ordentliche Revision gegen Zwischenurteil**

Vollmacht erteilt

Kostenverzeichnis:

Revision TP3C	EUR	1.315,10
Einheitssatz	EUR	657,55
Zuschlag 100% *)	EUR	1.972,65
ERV-Kosten	EUR	2,10
20 % USt	EUR	789,48
Pauschalgebühr	EUR	6.104,00
S u m m e	EUR	10.840,88

\*) Die Leistung der Vertreter der BAWAG PSK übersteigt nach Umfang und Art den Durchschnitt erheblich, insbesondere aufgrund des außergewöhnlich umfangreichen Akteninhalts. BAWAG PSK begehrt deshalb nach § 21 Abs 1 2. Satz RATG einen Zuschlag für besondere Mühe in Höhe von 100 %.

**1 Anhang**

<b>Nr</b>	<b>Anhangsart</b>	<b>Datum</b>	<b>ON/Beilage</b>	<b>Zeichen (Einbr.)</b>
1	Beilage	04.05.2021		
	Bemerkung (Einbringer): Revision gegen Zwischenurteil (signed ROF)			

**Ergänzende Mitteilung (kein Schriftsatzbestandteil)**

Der Schriftsatz wird im PDF Format übermittelt.