

PER WEB-ERV

Handelsgericht Wien
Marxer Gasse 1a
1030 Wien

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

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

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

GZ: 55 Cg 28/18f

Wien, 2. Juni 2021
BWGN35509/11/SK

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

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

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

Klagende Partei
(Revisionsgegnerin):

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

vertreten durch:

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

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

und

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

Beklagte Partei
(Revisionswerberin):

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

vertreten durch:

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

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

¹geschäftsführender Gesellschafter ²selbständige Rechtsanwälte in Kooperation

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

Wir verarbeiten Ihre personenbezogenen Daten zur Abwicklung unserer Geschäftstätigkeiten.

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

Kontoverbindung Wien (Oberbank AG)

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

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

Kontoverbindung Linz (Oberbank AG)

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

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

und

DORDA Rechtsanwälte GmbH, P130040
Universitätsring 10
1010 Wien

wegen:

Zwischenantrag auf Feststellung
(Streitwert EUR 100.000,00)

REVISIONSBEANTWORTUNG

1-fach

Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an den Gegenvertreter.

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Einleitung.....	7
1.	Vorbemerkungen.....	7
2.	Rechtserheblicher Sachverhalt	9
2.1	Historischer Abriss	9
2.2	Struktur, Funktion und Risiken des Swap 4175.....	17
2.2.1	Die Herkunft des Swap 4175.....	17
2.2.2	Die Schwierigkeiten der beklagten Partei mit dem Produkt	18
2.2.3	Die Struktur des Swap 4175.....	20
2.2.4	Besonderes zur Risikostruktur des Swap 4175.....	23
II.	Unzulässigkeit der Revision	26
1.	Ausgangslage.....	26
1.1.	Vorbemerkungen.....	26
1.2	Die von der beklagten Partei (versuchten) Erklärungen zur Vertretungsbefugnis.....	27
1.3	Die Widersprüche in der Argumentation der beklagten Partei.....	28
1.4	Die Entscheidungen von Erstgericht und Berufungsgericht	30
2.	Die für die Revisionszulässigkeit wesentlichen Rechtsfragen	32
2.1	Vorbemerkung.....	32
2.2	Zuständigkeit des Gemeinderates und organisationsrechtliches Übertragungsverbot	32
2.3	Vertretungsbefugnis vor dem Hintergrund des § 867 ABGB	33
2.4	Konsequenzen für Anscheinsvollmacht und (nachträgliche) Anscheinsgenehmigung	34
3.	Es gibt keine zulässigen Revisionsgründe	34
3.1	Einleitung	34
3.2	Nur das zuständige Organ konnte den Genehmigungsanschein erzeugen (daher kein Revisionsgrund)	36
3.3	Auch die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses ist nicht relevant	39
3.4	Bei der Frage einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis hat der OGH keine Leitfunktion.....	41
3.5	Gemeinderatszuständigkeit für Derivatgeschäfte findet sich seit 2012 ausdrücklich im Gesetz, sodass die Revisibilität fehlt	42
3.6	Dass es keinen Vertrauensschutz ohne Vertrauen gibt, ist unstrittig. Damit ist die Rechtseinheit gewahrt.....	43
III.	Sonstige rechtliche Beurteilung der Sache	45
1.	Einleitung	45
2.	Die Zuständigkeit des Gemeinderates der Stadt Linz (über den Geschäftsabschluss zu entscheiden)	45
2.1	Vorbemerkungen.....	45
2.2	Der Gemeinderat als willensbildendes Organ der Gemeinde.....	47
2.3	Die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes.....	50
3.	Legalitätsprinzip, Kompetenzordnung und organisationsrechtliches Übertragungsverbot.....	52
3.1	Ausgangslage	52

3.2	Organisationsrechtliche Übertragungsverbote	54
3.3	Gegenargumente	57
3.4	Praktische Einwände.....	60
3.5	Die (untaugliche) Beweisführung der beklagten Partei.....	61
4.	Eigenzuständigkeit, öffentlich-rechtliche Vertretungsbefugnis und rechtsgeschäftliche Vollmacht	66
4.1	Einleitung	66
4.2	Eigenzuständigkeit bzw. vom Bürgermeister abgeleitete Zuständigkeit.....	67
4.3	Der Gemeinderatsbeschluss als öffentlich-rechtliche Erteilung einer Vertretungsbefugnis ..	68
4.4	Der Weisungszusammenhang und die Wissenszurechnung sind keine gesetzliche Grundlage, um die Entscheidungskompetenz zu verlagern	70
4.5	Weisung und Approbationsbefugnis	70
4.6	Zivilrechtliche Vollmacht.....	71
4.7	Verletzung zwingender Formvorschriften	73
5.	Keine Vertretungsbefugnis kraft Rechtsschein.....	74
5.1	Die Argumente der beklagten Partei.....	74
5.2	Die Anspruchsvoraussetzungen	75
5.3	Die Anspruchsvoraussetzungen waren nicht erfüllt.....	75
5.4	Selbst, wenn die beklagte Partei den Text des Gemeinderatsbeschlusses gekannt hätte, wäre sie nicht schutzwürdig gewesen.....	76
6.	Keine nachträgliche Genehmigung des unwirksamen Geschäftes.....	78
6.1	Die Rechtsausführungen des Berufungsgerichtes	78
6.2	Die gegen das Berufungsurteil gerichteten Angriffe der beklagten Partei.....	79
6.3	Die fehlende Berechtigung der Revision.....	80
6.3.1	Nur der Gemeinderat konnte das Geschäft nachträglich genehmigen	80
6.3.2	In der Genehmigung muss die nachgeholte Willensbildung liegen.....	81
6.3.3	Die nachträgliche Genehmigung des Swap 4175 war nie Gegenstand einer Gemeinderatsentscheidung.....	82
6.3.4	Nur auf das eigene Wissen, vor allem aber auf die Willensbildung des Gemeinderats kommt es an	83
6.3.5	Es gab keine Handlungen des Gemeinderats, die als Ausdruck einer nachträglichen Genehmigungsabsicht hätten gedeutet werden können	84
6.3.6	Die Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010.....	86
6.3.7	Kein Vertrauen der beklagten Partei auf den Anschein einer nachträglichen Genehmigung	88
6.3.8	Keine nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung.....	89
6.3.9	Die Bedeutung der Wissenskomponente aus Sicht der beklagten Partei.....	91
6.3.10	Sonstige Unrichtigkeiten.....	92
7.	Der Abschluss des Swap 4175 war vom Gemeinderatsbeschluss nicht gedeckt	93
7.1	Der Gemeinderatsbeschluss als zivilrechtliche Vollmacht.....	93
7.2	Innenvollmacht	95
7.3	Außenvollmacht	97
7.3.1	Die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses.....	97

7.3.2	Die kennzeichnenden Merkmale einer Optimierungseignung.....	99
7.3.3	Fehlende Optimierungseignung aus Sicht des Erstgerichtes	101
7.3.4	Die Revisionsausführungen der beklagten Partei	102
8.	Ungültigkeit wegen Fehlens der aufsichtsbehördlichen Genehmigung.....	106
8.1	Ausgangslage und Ratio der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht.....	106
8.2	Auslegung und Analogie	107
8.3	Die Funktion von Derivatgeschäften im kommunalen Finanzmanagement	108
8.4	Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht des Swap 4175	109
8.5	Die denkmögliche Genehmigungspflicht.....	111
8.6	Die Argumente der beklagten Partei	113
8.6.1	Verstoß gegen das Analogieverbot	113
8.6.2	Die aufsichtsbehördliche Schwellengrenze	114
IV.	Zum behaupteten Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens	115
1.	Grundsätzliches	115
2.	Zur behaupteten Nichterledigung der Verfahrensrüge	117
2.1	Einleitende Bemerkungen	117
2.2	Zur Ergänzung des Sachverständigengutachtens um weitere Wahrscheinlichkeitsberechnungen, Berufung, S 195 f, Revision, S 26 f [„Punkt 1“ Punkt D.II.1 der Berufung; Punkt C.II.1.3. der Revision].....	121
2.3	Zur Einsichtnahme in das Disziplinarverfahren gegen ██████████ ██████████, Berufung, S 196 ff; Revision, S 27 f [„Punkt 2“ Punkt D.II.2 der Berufung; Punkt C.II.1.4. der Revision]	122
2.4	Zur Einvernahme der Zeugen ██████████, ██████████ und ██████████, Berufung S 199; Revision S 31 f [„Punkt 3“, Punkt D.II.3 der Berufung, Punkt C.II.1.5 der Revision].....	124
2.5	Zum Thema „Gemeinderatsbeschlüsse als zivilrechtliche Vollmacht“, Berufung, S 199 f, Revision S 33 [„Punkt 4“, Punkt D.II.4. der Berufung, Punkt C.II.1.6.1 der Revision]	124
2.6	Zur behaupteten nachträglichen Genehmigung, Berufung, S 200 f; Revision, S 35 ff [„Punkt 5“, Punkt D.II.5. der Berufung, Punkt C.II.1.6.2. der Revision]	125
2.7	Zur Behauptung, die Stadt Linz hätte Risiko übernehmen wollen, Berufung S 201 f; Revision, S 37 f [„Punkt 6“, Punkt D.II.6. der Berufung, Punkt C.II.1.6.3. der Revision]	126
2.8	Zur ergänzenden Einvernahme von ██████████ ██████████, Berufung, S 202 f; Revision S 38 f [„Punkt 7“, Punkt D.II.7. der Berufung, Punkt C.II.1.6.4. der Revision]	127
2.9	Zur Behauptung, die Stadt Linz hätte über ein „taugliches Risikomanagement“ verfügt, Berufung, S 203 f; Revision S 40 f [„Punkt 8“, Punkt D.II.8. der Berufung, Punkt C.II.1.6.5. der Revision]	128
2.10	Zu den übrigen Personalbeweisen, Berufung Seite 204, Revision Seite 42 [„Punkt 9“, Punkt D.II.9. der Berufung, Punkt C.II.1.6.6. der Revision].....	130
2.11	Zu den Editionsanträgen, Berufung S 204 ff, Revision S42 ff [„Punkte 10.1 bis 10.4.“, Punkt D.II.10. der Berufung, Punkt C.II.1.7. der Revision].....	130
2.11.1	Grundsätzliches zur Erledigung der Editionsanträge	130
2.11.2	Vorberichte zu den Rechnungsabschlüssen, Kontrollamtsberichte [Punkt 10.1.]... 132	
2.11.3	Prüfbericht und Laufzettel [Punkt 10.2]	133
2.11.4	Aktenvermerke oder Niederschriften gemäß § 27 Abs 2 GEOM über den Abschluss des Rahmenvertrags von 26.09.2006 aus dem Verwaltungsakt zu GZ 901 [Punkt 10.3.].....	134
2.11.5	Restrukturierungs- und Ausstiegsangebote [Punkt 10.4].....	135

2.12 Zum Verweis auf das "Gesamtergebnis" der Gerichtsgutachten, Berufung, S 208 [„Punkt 11“, Punkt D.II.11. der Berufung, Punkt C.II.1.8 der Revision]	135
3. Zur behaupteten Nichterledigung der Beweistrüben	136
3.1 Einleitende Bemerkungen	136
3.2 Angefochtene Feststellung „Historischer Wille“ (Ersturteil, S 16), Berufung, S 138 f, Revision, S 53 ff [„Punkt 1“, Punkt C.II.2.3. der Revision)	140
3.3 Angefochtene Feststellung „Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien (Ersturteil, S 24), Berufung, S 140 f, Revision S 56 [„Punkt 2“, Punkt C.II.2.4. der Revision]	140
3.4 Angefochtene Feststellung „Kenntnisse des ██████████ ██████████ zum Swap (Ersturteil, S 24), Berufung, S 141 ff; Revision, S 56 [„Punkt 3“, Punkt C.II.2.5. der Revision]	141
3.5 ██████████ ██████████ als Vertreter der Stadt Linz (Ersturteil, S 25 f), Berufung S 145 ff; Revision S 59 f [„Punkt 5“, Punkt C.II.2.6. der Revision].....	142
3.6 Einbindung des Gemeinderats konkret bei Abschluss (Ersturteil, S 26), Berufung, S 147; Revision S 62 ff [„Punkt 6“, Punkt C.II.2.7. der Revision]	145
3.7 Darstellung in Debt-Management-Berichten (Ersturteil, S 26 bis 28), Berufung S 149 ff; Revision S 64 ff [„Punkt 7“, Punkt C.II.2.8. der Revision]	146
3.8 Kontrollamtsbericht über den Rechnungsabschluss 2007 (Ersturteil, S 29), Berufung S 151 ff; Revision S 66 ff [„Punkt 8“, Punkt C.II.2.9. der Revision].....	147
3.9 Keine formelle Information über Zahlung am 15. Oktober 2009 (Ersturteil, S 30), Berufung, S 152 ff, Revision S 69 ff [„Punkt 9“, Punkt C.II.2.10. der Revision].....	148
3.10 Gespräche zwischen der beklagten Partei und der Stadt Linz ab Juli 2010 (Ersturteil, S 30), Berufung, S 153 ff; Revision S 71 ff [„Punkt 10“, Punkt C.II.2.11. der Revision]	148
3.11 Einbindung des Gemeinderats (Ersturteil, S 32), Berufung, S 154; Revision, S 73 ff [„Punkt 11“, Punkt C.II.2.12. der Revision]	149
3.12 Austausch von Zahlungsströmen (Ersturteil, S 35), Berufung, S 159 ff; Revision, S 76 ff [„Punkt 13“, Punkt C.II.2.13. der Revision].....	150
3.13 Risiko aus CHF-Anleihe und aus Swap (Ersturteil, S 36), Berufung, S 161 f; Revision, S 78 ff [„Punkt 14“, Punkt C.II.2.14. der Revision].....	151
3.14 Chancen-Risiko-Profil des Swap (Ersturteil, S 36), Berufung, S 162 ff; Revision, S 80 ff [„Punkt 15“, Punkt C.II.2.15. der Revision].....	152
3.15 Finanzmathematische Betrachtung des Swaps (Ersturteil, S 37), Berufung, S 164 f; Revision, S 83 f [„Punkt 16“, Punkt C.II.2.16 der Revision]	153
3.16 Ausstiegsentscheidung und deren Umsetzung (Ersturteil, S 38), Berufung, S 165 ff; Revision, S 84 ff [„Punkt 17“, Punkt C.II.2.17. der Revision]	153
3.17 Befassung des Gemeinderats (Ersturteil, S 39), Berufung, S 168 f; Revision, S 87 f [„Punkt 19“, Punkt C.II.2.18. der Revision].....	155
3.18 Swap war beherrschbar und optimierend (Ersturteil, S 39 f), Berufung, S 169 ff; Revision, S 89 ff [„Punkt 20“, Punkt C.II.2.19 der Revision]	156
4. Zur behaupteten Verletzung der Anleitungs- und Erörterungspflicht durch das Berufungsgericht	164
4.1 Die prozessualen Rahmenbedingungen.....	164
4.2 Gegenleistung und „negativer Anfangswert“.....	166
4.3 Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses anhand des Amtsberichts.....	167
V. Anträge	168

Das Handelsgericht Wien („*Erstgericht*“) hat mit (Zwischen-)Urteil vom 7. Jänner 2020, ON 633 („*Ersturteil*“), festgestellt, dass der Vertrag zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei mit der Bezeichnung Resettable CHF-linked Swap 4175 nie Bestand hatte. Der dagegen von der beklagten Partei am 15. Dezember 2020 erhobenen Berufung wurde vom Oberlandesgericht Wien mit Urteil vom 31. März 2021, 2 R 10/21m, nicht Folge gegeben. Das Oberlandesgericht Wien ließ die ordentliche Revision zu.

Die beklagte Partei hat am 4. Mai 2021 gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien („*Berufungsurteil*“) die ordentliche Revision an den Obersten Gerichtshof erhoben. Dieser Schriftsatz wurde der Stadt Linz durch elektronische Hinterlegung am 6. Mai 2021 zugestellt (§ 89d Abs 2 GOG). Die Stadt Linz erstattet dazu innerhalb offener Frist folgende

REVISIONSBEANTWORTUNG:

Die Revision ist nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer wesentlichen Rechtsfrage des materiellen Rechts (das Vorliegen einer solchen Frage des Verfahrensrechtes wurde von der beklagten Partei nicht behauptet) abhängt. Sie ist auch inhaltlich nicht berechtigt.

I. Einleitung

1. Vorbemerkungen

1.1 Die Revision der beklagten Partei ist unzulässig. Die von ihr vorgebrachten Gründe für das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage liegen tatsächlich nicht vor. Das hängt auch damit zusammen, dass die beklagte Partei über weite Strecken nicht vom festgestellten Sachverhalt ausgeht. Sie hat ihrer Revision zusätzlich einen historischen Abriss der Geschehnisse vorangestellt, die nach den Erkenntnissen der Stadt Linz keineswegs der Wirklichkeit entsprechen, insbesondere stimmen sie (größtenteils) nicht mit den Feststellungen des Erstgerichtes und des Berufungsgerichtes („*Instanzgerichte*“) überein. Im Übrigen liegt entweder gar keine erhebliche Rechtsfrage vor, oder es fehlt an der Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung, oder die vorgeblich abweichenden Urteile würden nicht zu einem für die beklagten Partei positiven Ergebnis führen.

1.2 Kennzeichnend dafür ist etwa die Behauptung der beklagten Partei, ihr wäre bei Abschluss des Swap 4175 der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 vorgelegen (bzw. sie habe seinen Inhalt genau gekannt) und sie habe deswegen auf die Vertretungsbefugnis des [REDACTED] [REDACTED] („[REDACTED] [REDACTED]“) vertraut. Gerade das wurde aber vom Erstgericht verneint, die dahingehende (Negativ-)Feststellung vom Berufungsgericht auch bestätigt. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung fehlt daher ein festgestellter Tatbestand dafür, dass es sich bei der

Ermächtigung des ■■■■■ ■■■■■ um eine Außenvollmacht gehandelt hat, die entsprechend vom Empfängerhorizont der beklagten Partei auszulegen wäre. Weiters scheidet dann auch eine (schlüssige) Vollmachtserteilung oder ein Anschein, der Gemeinderat habe eine solche Vollmacht erteilt, aus. Übrig bleibt (aus dem Blickwinkel der beklagten Partei) die Behauptung des ■■■■■ ■■■■■ bei Vertragsabschluss, er habe Vertretungsbefugnis gehabt und die Unterschrift des Bürgermeisters auf dem Rahmenvertrag und dem Unterschriftenverzeichnis. Von Seiten des Gemeinderats lag also bei der beklagten Partei festgestelltermaßen nichts vor, was das Vertrauen auf eine Vollmachtserteilung oder eine Genehmigung des Geschäftes gerechtfertigt hätte.

- 1.3 Damit ist die von der beklagten Partei als wesentlich bezeichnete Rechtsfrage, ob sie oder ein Dritter „in ihren Schuhen“ aufgrund der Textierung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 darauf vertrauen durfte, dass der Swap 4175 durch einen Gemeinderatsbeschluss gedeckt sei, für die Entscheidung völlig irrelevant. Außerdem kam das Geschäft schon deshalb nicht zustande, weil es sich beim Gemeinderatsbeschluss - wenn überhaupt - höchstens um eine Innenvollmacht gehandelt haben kann und sich ■■■■■ ■■■■■ (wie das Erstgericht festgestellt hat) bewusst gewesen ist, dass der Gemeinderatsbeschluss den Swap nicht deckt.
- 1.4 Das Erstgericht hatte sich, ausgehend von seiner rechtlichen Beurteilung, zu Recht mit allgemeinen Feststellungen zu Herkunft, Struktur und Risiko des Swap 4175 begnügt und im Übrigen in der Begründung auf die umfangreichen Gutachten, die Stellungnahme zu den Berechnungsmodellen und die mündlichen Erörterungen verwiesen (Ersturteil, S 47). Die beklagte Partei erweckt in der Revision – ebenso wie schon in der Berufung – den Eindruck, der Abschluss des Swap wäre ein Routinegeschäft gewesen, das mehr oder weniger zur laufenden Verwaltung gehört habe und für das eigentlich der Magistrat zuständig gewesen sei, jedenfalls aber der Gemeinderat ohnehin den Abschluss des konkreten Geschäftes gewollt und gebilligt habe.
- 1.5 Daher hält es die Stadt Linz für geboten (so wie in der Berufungsbeantwortung), im Rahmen der Erwiderung auf die Sachverhaltsdarstellung der beklagten Partei, die Herkunft, die Struktur und die Wirkungsweise des Swaps und die sich daraus ergebenden Risiken zu schildern (siehe Punkt 2.2): Der Swap 4175 war nämlich keineswegs, wie es die beklagte Partei darstellt, ein „übliches Geschäft“ des Finanzmanagements von Gemeinden. Da sich das Erstgericht aus den geschilderten Gründen auf die Feststellung weniger Details aus den umfangreichen Verfahrensergebnissen (insbesondere was die technische und finanzmathematische Beschreibung angeht) beschränkte, kann die Stadt Linz in ihrer Darstellung nicht allein auf das Ersturteil zurückgreifen, sondern muss auch die übrigen (unbestrittenen) Verfahrensergebnisse zur Produktbeschreibung heranziehen.

- 1.6 Ein detailliertes Verständnis von Wesen, Struktur, Wirkungsweise und Risiken des Swap 4175 ist bereits notwendig für die Beantwortung der Frage, ob sein Abschluss in die Zuständigkeit des Gemeinderates (bzw. des Stadtsenates) gefallen ist, oder ob allenfalls der Magistrat zuständig war. Entscheidend ist dieses Wissen aber auch dafür, ob der Gemeinderat das Swap-Geschäft, wie es das Gesetz verlangt, tatsächlich wirksam beschlossen hat, und ob ■■■■■ ■■■■■ gegebenenfalls im Rahmen einer ihm erteilten Ermächtigung handelte. Um sich selbst einen Willen zu bilden, hätte der Gemeinderat jedenfalls die kennzeichnenden Bestandteile des Geschäftes (also die „*essentialia negotii*“) kennen müssen. Ob das der Fall war, hängt wiederum davon ab, wie dieses Geschäft tatsächlich aussah.
- 1.7 Da sich die beklagte Partei in ihrer Revision nicht auf die Frage des Vollmachtumfangs beschränkt hat, wird die Stadt Linz in Abschnitt III auch zu allen anderen Einwendungen gegen die Gültigkeit, die Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens waren, Stellung beziehen. Diesbezüglich decken sich die Ausführungen der Stadt Linz in wesentlichen Teilen naturgemäß mit jenen der Berufungsbeantwortung.

2. Rechtserheblicher Sachverhalt

2.1 Historischer Abriss

- 2.1.1 Im Dezember 1992 beschloss der Gemeinderat der Stadt Linz (erstmalig) die Aufnahme eines Kredits in einer Fremdwährung. Sie emittierte eine Anleihe in Höhe von CHF 60 Mio bei der Bank Leu AG in Zürich; die Anleihe hatte eine Laufzeit von zehn Jahren. Bereits am 21. September 1993 erfolgte eine weitere Emission einer öffentlichen Anleihe in der Höhe von CHF 150 Mio, diesmal bei der Züricher Kantonalbank; diese hatte eine Laufzeit von zwölf Jahren. Beide Anleihen waren festverzinst (6,25 % p.a. und 4,5 % p.a.) der Zinsvorteil zu ATS-Anleihen lag damals bei rund 2 %. Für beide Anleihen holte die Stadt Linz die Genehmigung des Bundesministeriums für Finanzen ein, die auch ohne Vorbehalt erteilt wurde (§ 14 Abs. 1 F-VG 1948); die Zustimmung des Bundes überlagerte damals eine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht.
- 2.1.2 Die Verschuldung in einer Fremdwährung wurde im Gemeinderat der Stadt Linz kontroversiell diskutiert. Der damalige Bürgermeister Dr. Franz Dobusch (*„Bürgermeister Dobusch“*) begründete die Vorgangsweise unter Berufung auf die Einschätzung österreichischer Banken mit: *„Der Schweizer Kapitalmarkt weist historisch ein niedrigeres Zinsniveau auf, als der Kapitalmarkt in Österreich. Derzeit liegt die Zinsdifferenz bei ca. 2,2 %. Bei einem Volumen*

von 1,2 Mrd bedeutet dies eine jährliche Zinsersparnis von 26,4 Mio und bei 12-jähriger Laufzeit eine Gesamtersparnis von 316,8 Mio Schilling (Beilage ./CH)“.

2.1.3 Das waren die einzigen Fremdwährungsfinanzierungen. Sie sind bei ihrem Auslaufen nicht getilgt worden. Die erste der beiden Anleihen in Höhe von CHF 60 Mio wurde am 25. Jänner 2003 in ein tilgendes Darlehen (bei der damals Bank Austria Creditanstalt AG) umgewandelt. Diese Umschuldung ist aufsichtsbehördlich genehmigt worden (██████████, Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 2). Beide Anleihen bzw. der Teil, der noch nicht getilgt war, wurden in der Folge zusammengefasst und am 6. Oktober 2005 in eine variabel verzinsten Anleihe bei der Kommunalkredit Austria AG über CHF 195 Mio und mit einer Laufzeit bis 14. Oktober 2017 umgewandelt. Letztlich blieb es also – entgegen der Darstellung der beklagten Partei – bei den 1992 und 1993 aufgenommenen Krediten in Schweizer Franken, die nur verlängert wurden. Wenn die beklagte Partei in diesem Zusammenhang also fälschlicherweise den Eindruck erwecken will, die Stadt Linz habe kontinuierlich ihre spekulativen Fremdwährungsgeschäfte ausgedehnt (Revision, S 10 2. Aufzählungspunkt), so dient das offensichtlich nur dazu, Stimmung zu machen.

2.1.4 Am 29. Jänner 1996 bereitete der damalige Finanzdirektor ██████████ ██████████ ██████████ (,██████████ ██████████“) einen Gemeinderatsbeschluss vor (Amtsbericht, Beilage ./83), den der Gemeinderat in seiner Sitzung vom 27. Februar 1996 dann auch antragsgemäß genehmigt hat:

- „1. Die Aufnahme von Fremdmitteln in heimischer Währung zum Zweck der Umschuldung in Höhe der zu tilgenden Darlehen wird genehmigt.
2. Die FVV hat unter Beachtung der im Amtsbericht angeführten Vorgaben das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren.“

Das Erstgericht konnte zwar eine nähere Definition des Begriffs des „Optimierens“ im Zusammenhang mit der Beschlussfassung durch den Gemeinderat nicht feststellen (die beklagte Partei beruft sich allerdings zu Unrecht darauf, diese Feststellung habe sich auf den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 bezogen), aus dem im Ersturteil (Seite 12) wiedergegebenen Amtsbericht kann man jedoch erkennen, dass der Gemeinderat der Finanz- und Vermögensverwaltung nicht eine Abschlussermächtigung, sondern lediglich eine Verhandlungsermächtigung erteilt hat. Wenn die beklagte Partei in diesem Zusammenhang den Eindruck erzeugen will (Revision, S 10 f), dass diese Abteilung des Magistrats seit damals mehr oder weniger eigenständig spekulative „Finanzgeschäfte“ abgeschlossen hat, so ist dies schon deshalb falsch, weil letztere nur verhandelt hat. Außerdem ging es lediglich um Änderungen der Kreditkonditionen „unter Ausnützung aller vertragsrechtlichen Möglichkeiten“

und nicht um eigenständige Derivatgeschäfte oder sonstige spekulative Maßnahmen (Ersturteil, S 12).

2.1.5 Der Gemeinderat der Stadt Linz fasste am 3. Juni 2004 folgenden Beschluss:

- „1. Die Aufnahme von Fremdmitteln zum Zweck der Umschuldung in Höhe der zu tilgenden Finanzverbindlichkeiten wird genehmigt.
2. Die FVV wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren.“

2.1.6 Diesem Gemeinderatsbeschluss ging der Amtsbericht der Stadtkämmerei, deren Leiter zu diesem Zeitpunkt ██████████ ██████████ war, voraus und in dem er die Hintergründe und den Anlass für die gewünschte Ermächtigung erläuterte. Einer der Gründe war (wegen des bevorstehenden Auslaufens der Anleihe von CHF 150 Mio), die Umschuldung auch für die Fremdfinanzierungen in ausländischer Währung zu ermöglichen (Teil 1 des Beschlusses aus dem Jahr 1996 sah nämlich ausdrücklich lediglich die Umschuldung bei der Fremdfinanzierung in inländischer Währung vor). Darüber hinaus sollte der Verwaltung die Möglichkeit gegeben werden, im Hinblick auf die nunmehr auch den Gemeinden angebotenen neuen Produkte der Banken „durch den Abschluss von Finanztermingeschäften“ eine Optimierung des bestehenden Fremdfinanzierungsportfolios hinsichtlich Finanzierungsform, Laufzeit und Zinssätzen vorzunehmen.

2.1.7 Der Amtsbericht unterscheidet dabei (wie das Berufungsgericht herausgehoben hat) in seiner Beschreibung der Gründe für Teil 2 des Beschlussgegenstandes zwischen Darlehen in inländischer Währung und der Fremdfinanzierung in Schweizer Franken. Während es bei den inländischen Darlehen um die sogenannten Zinsänderungsrisiken ging (Stichwort: „... Ende der Niedrigzinspolitik“), sollte der Grund für den Abschluss derartiger Geschäfte bei der Finanzierung in Schweizer Franken in dessen von ██████████ ██████████ wahrgenommenen erhöhten Schwankungsbereitschaft liegen, sodass „... es [ihm] nunmehr überlegenswert [erschien], eine entsprechende Kurssicherung ins Auge zu fassen“ (im Detail: Beilage ./C). Klarstellend heißt es auch noch am Ende des Amtsberichtes, dass die Ermächtigung der Verwaltung nur für die jeweils bereits bestehenden Fremdfinanzierungen gelte, die Neuaufnahme von Fremdfinanzierungen bliebe „natürlich“ den zuständigen Organen der Stadt (sohin dem Gemeinderat) vorbehalten.

2.1.8 Die Diskussion im Gemeinderat, in der mehrmals auf den Amtsbericht Bezug genommen wird, drehte sich vor allem um das mit dem Kredit in Schweizer Franken verbundene Risiko der Stadt. Der damalige Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr („Finanzstadtrat Mayr“) verteidigte in diesem Zusammenhang den von ihm eingebrachten Antrag damit, es wäre deshalb „[...] auch

notwendig, diesen Beschluss so zu fassen, weil man dann entsprechende Sicherungsgeschäfte durchführen kann.“ Außerdem sei „[d]ie Beschlussfassung im Gemeinderat klarerweise so zu verstehen, wie im Amtsbericht angeführt.“

- 2.1.9 Die beklagte Partei konnte nicht beweisen, dass sie den Gemeinderatsbeschluss bei Abschluss des Swap 4175 gehabt hat. Das Erstgericht konnte daher nicht feststellen, dass die beklagte Partei den Beschlussinhalt also tatsächlich kannte. Diese (Negativ-)Feststellung des Erstgerichtes wurde vom Berufungsgericht bestätigt. Die beklagte Partei hat jedenfalls die Stadt Linz im August 2010 um die Übermittlung des Beschlusses gebeten (Beilage ./135).
- 2.1.10 Am 4. Mai 2006 berichtete ██████████ ████████ im Finanzausschuss über die Schweizer Frankenleihe, die am 6. Oktober 2005 emittiert worden war, und über die damaligen Markterwartungen im Zinsbereich. Aufgrund der von ihm erwarteten kurzfristig steigenden, auf zehn Jahre aber fallenden Zinsen schlug er eine vorübergehende Absicherung gegen das Zinsrisiko durch einen Zins-Swap von variablen Zinsen auf einen Fixzinssatz von 1,8 % vor. In diesem Sinn enthält auch die am 10. August 2006 von ██████████ ████████ für Finanzstadtrat Mayr verfasste Zusammenstellung möglicher Finanzgeschäfte als einzige Handlungsalternative für die Schweizer Frankenleihe einen Fixzins-Swap, wie sich schon aus den Überschriften eindeutig ergibt (Beilage ./30). Wenn die beklagte Partei (Revision, S 155) behauptet, ██████████ ████████ habe schon im August 2006 nicht nur den Verkauf von Optionen erwogen, sondern auch die Übernahme von Währungsrisiken als Gegenleistung für Zinsverbilligungen der Schweizer Frankenleihe ins Auge gefasst, so ist das tatsachenwidrig: Seine Ausführungen in diese Richtung bezogen sich nur auf die Fremdfinanzierung in inländischer Währung.
- 2.1.11 ██████████ ████████ richtete am 13. September 2006 ein Schreiben an den damaligen Bürgermeister Dobusch unter dem Betreff: „*Zinsabsicherung in Euribor*“. Er kündigte unter Berufung auf den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 die in Aussicht genommene bedingte Vergabe einer Zinsabsicherung für das Darlehen mit einer Restschuld von EUR 91 Mio an und schilderte dieses Geschäft als Zinstausch zwischen dem 6-Monats-EURIBOR und einem um 1,25 % gegenüber dem 6-Monats-EURIBOR verminderten Zinssatz, sofern der Kurs zwischen Euro und Schweizer Franken über 1,49 liegt. Liege der Wechselkurs darunter, so verringere sich der Abschlag entsprechend. Bürgermeister Dobusch unterzeichnete, datiert mit 26. September 2006, den Rahmenvertrag zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei und ein Unterschriftenverzeichnis „*der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen*“, in dem ██████████ ████████ und dessen Stellvertreter ██████████ ████████ ████████ (██████████ ████████)“ aufscheinen. Das Geschäft hatte mit der Schweizer Frankenleihe nichts zu tun. Der Gemeinderat war weder in die Vorbereitung noch in den Abschluss des Rahmenvertrages eingebunden, noch wurden ihm die Tatsache des Vertragsabschlusses oder dessen Details bekannt.

- 2.1.12 ■■■■■ ■■■■ sprach am 4. Dezember 2006 mit Vertretern der beklagten Partei und erkundigte sich mit Bezug auf die Schweizer Frankenanleihe nach einem Fixzins von 2,5 % (wie es von Anbeginn an seinen Intentionen entsprach). Er erhielt als Antwort, dass die beklagte Partei aktuell nur einen Fixzins von 2,7 % bieten könne (Beilage ./P). Eine Vertreterin der beklagten Partei schickte allerdings am 31. Jänner 2007 ein Angebot zur „*Optimierung über einen Resettable chf-linked Swap*“ mit entsprechenden Indikationen und einer Übersicht der sich daraus ergebenden Fixzinssätzen. Es erfolgten weitere Kontakte sowie Besuche von Vertretern der beklagten Partei bei ■■■■■ ■■■■. Am 12. Februar 2007 schließt ■■■■■ ■■■■ schließlich den Swap 4175 ab. Er begründet das mit den Worten: „*Ich habe das Geschäft abgeschlossen, weil mir ■■■■ ■■■■■■ dazu geraten hat und eben, dass man schwach werden könnte [...]*“ (LG Linz, Protokoll der Hauptverhandlung vom 2. Dezember 2013, S 19 f, Beilage ./HA). Wenn die beklagte Partei nunmehr in ihrer Revision behauptet, der Abschluss des Swap 4175 habe auf einer Eigeninitiative des ■■■■■ ■■■■ beruht (Revision, S 10 6. Aufzählungspunkt), so ist das nicht nur tatsachenwidrig (die exakte historische Entwicklung hat die Stadt Linz schon in ihrem Zwischenantrag vom 8. April 2019, ON 591, Punkt 4.2.3, S 57 wiedergegeben); sie beruft sich auch zu Unrecht auf Seite 25 des Ersturteils, wie sich leicht nachprüfen lässt. Eine Einbindung des Gemeinderats in die Vorbereitung und/oder den Abschluss des Swap 4175 hat das Erstgericht nicht feststellen können.
- 2.1.13 ■■■■■ ■■■■ ging beim Abschluss des Geschäftes davon aus, dass er die Stadt Linz wirksam vertreten habe. Er glaubte nämlich, dass es sich beim Swap 4175 um ein marktübliches und zur Optimierung des Portfolios für Kommunen geeignetes Finanzgeschäft gehandelt hat. Er hätte sich aber nicht mehr für befugt erachtet, wenn der Abschluss Geldmittel als Risikobudget benötigt hätte, die hätten bereit gestellt werden müssen, oder wenn ihm gesagt worden wäre, dass ein Ausstieg möglicherweise Geld (jedenfalls über EUR 31 Mio und bis zu EUR 100 Mio) kosten würde (Ersturteil, S 25 f; ■■■■■ ■■■■, Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608 ,S 3).
- 2.1.14 Das Erstgericht konnte nicht feststellen, dass es „*[e]ine Information, Einbindung, Willensbildung, Beratung oder Beschlussfassung des Gemeinderats in oder über diesen Geschäftsabschluss in irgendeiner Form gegeben hat.*“ Nach seiner Feststellung hat sich der Gemeinderat vor dem 7. April 2011 weder eine Meinung über den Swap 4175 gebildet noch hat er, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, eine Entscheidung über diesen Geschäftsabschluss getroffen oder treffen wollen. Ebenso steht nach den Feststellungen des Erstgerichtes nicht fest, dass der Gemeinderat über den (vollmachtlos) abgeschlossenen Swap 4175, dessen konkrete Struktur, eine allfällige (schwebende) Unwirksamkeit des Geschäftes oder über eine mögliche oder notwendige Genehmigung desselben Bescheid gewusst, beraten, abgestimmt, sich einen Willen gebildet oder Beschluss gefasst hat (Ersturteil, S 26). Auch Informationen an den Gemeinderat über den Swap, seine Wirkungen, das mit ihm verbundene Risiko und den genauen Ablauf, der zu seinem Abschluss geführt

hat, sind vor dem 7. April 2011 nicht feststellbar (Ersturteil, S 32; ebenso ██████████ ██████████, Protokoll vom 14. Mai 2019, S 5, ON 608).

- 2.1.15 Das ist auch nicht weiter verwunderlich, gaben doch die Rechnungsabschlüsse (in concreto der Jahre 2007 bis 2009) keinerlei Auskunft über einzelne Geschäfte. Die Einnahmen und Ausgaben waren zwar entsprechend der VRV („*Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung*“) und der HO („*Haushaltsordnung*“) in einer äußerst komplexen Art erfasst bzw. zugeordnet, sahen aber ebenfalls keine Verbindung zu einzelnen Ausgaben oder Einnahmen vor. Tatsächlich waren die ersten Zahlungen aus dem Swap 4175 nur in einem Mischkonto „*Sonstige Einnahmen*“ erfasst. Beim Rechnungsabschluss handelte es sich auch um keinen Vermögensvergleich, sondern lediglich um eine Einnahmen-/Ausgabenrechnung im Sinne der kameralistischen Vorschriften (ein Geschäft, wie es der Swap 4175 war, konnte sich also auch nicht im Rechnungsabschluss wiederfinden). Er gibt als Pendant zum jährlichen Voranschlag der Gemeinde nur Aufschluss über die im abgelaufenen Finanzjahr angefallenen veranschlagungswirksamen Gebarungsfälle. Deshalb enthalten auch die dem Erstgericht, ebenso wie die Rechnungsabschlüsse, vorliegenden Protokolle der Gemeinderatssitzungen, mit denen die Rechnungsabschlüsse genehmigt wurden, keinerlei Hinweis auf Finanzgeschäfte (Ersturteil, S 29 f).
- 2.1.16 Ausschüsse des Gemeinderats wurden je nach Bedarf aus seiner Mitte bestellt; jedenfalls einzurichten ist ein Kontrollausschuss (§ 40 Abs. 1 StL). Die Aufgaben der Ausschüsse sind beschränkt auf die Vorberatung von Anträgen und die Abgabe von Gutachten. Es sind dies also Vorlagen des Bürgermeisters, Anträge von Mitgliedern des Ausschusses und Berichte des Kontrollamtes oder des Magistrats. Sofern ein Ausschuss nicht zur Vorberatung oder zur Abgabe von Gutachten beauftragt wird, oder er selbständige Anträge im Gemeinderat stellt, bleiben die behandelten Themen bei den Mitgliedern des Ausschusses und gelangen nicht in den Gemeinderat; seine Beschlüsse und Protokolle sind vertraulich. Eigenständige Beschlüsse, etwa anstelle des Gemeinderates, sieht das Gesetz nicht vor.
- 2.1.17 Nach Abschluss des Swap 4175 berichtete ██████████ ██████████ in Form einer von ihm verfassten und jeweils aktualisierten Tischvorlage im Finanz-, Bildungs- und Bauausschuss über das Fremdfinanzierungsportfolio und zur Zinsentwicklung („*Debt-Management-Bericht*“). Seine Berichte enthielten unter der Überschrift „*Zinssicherungsgeschäfte*“ auch Informationen zum Swap 4175, wobei ██████████ ██████████ irrigerweise jeweils von einem maximalen Risiko bzw. einem maximalen Ertrag sprach, den er auch ziffernmäßig anführte (Ersturteil, S 26 f). Diese Debt-Management-Berichte waren die einzigen Informationsquellen der Mitglieder des Finanzausschusses. Aus Sicht des Erstgerichtes waren sie aber weniger aufklärend, als vielmehr verschleiern (Ersturteil, S 100). Die Kernpunkte des Geschäftes blieben den Mitgliedern des Ausschusses damit völlig unbekannt.

- 2.1.18 Es gab (wie sich aus sämtlichen vorgelegten Protokollen der Finanzausschusssitzungen ergibt) keinerlei Beschlussfassung des Finanzausschusses über oder im Zusammenhang mit dem Swap 4175. Das Erstgericht hat auch keinerlei Indizien dafür festgestellt, dass die Berichte des [REDACTED] [REDACTED] oder dass Protokolle der Finanzausschusssitzungen in den Gemeinderat gelangt sind ([REDACTED] [REDACTED], Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 16; Ersturteil S 29: „Eine Befassung des GR mit diesen Berichten oder auch dem Swap 4175 allgemein durch den Finanzausschuss oder durch StR Mayr oder eine Übermittlung der Berichte an den GR kann nicht festgestellt werden [...].“). Die beklagte Partei hat auch nicht Behauptungen aufgestellt, ihr wären vor dem Verfahren die Debt-Management-Berichte, die Beratungen im Finanzausschuss oder Protokolle bzw. Hinweise darauf bekannt oder zur Kenntnis gebracht worden.
- 2.1.19 Die Prüfungen des Rechnungsabschlusses von Seiten des Kontrollamtes beinhalten nicht die Prüfung einzelner Geschäfte (keine Einzelfallprüfung, es sei denn, diese werden im Zuge von Initialprüfungen und Prüfungsaufträgen nach § 39 Abs. 2 StL untersucht). Ein einziger Bericht des Kontrollamtes, der allerdings nur an den Kontrollausschuss und nicht an den Gemeinderat gegangen ist (nämlich jener vom 23. September 2008, Beilage ./AN), beschäftigte sich demgemäß auch nur sehr kursorisch mit den von [REDACTED] [REDACTED] abgeschlossenen Finanzgeschäften (konkrete Geschäfte werden nicht beschrieben; dem Leiter des Kontrollamtes lagen sie nicht vor [REDACTED], Protokoll 4. Sondersitzung, Kontrollausschuss vom 29. September 2011, Beilage ./EE4, S 29]). Deren Zweck wird darin beschrieben, das Zinsrisiko abzusichern (wörtlich werden sie bezeichnet als „Zinsbegrenzungsgeschäfte“) und das Zinsniveau gering zu halten. Es wird nur darauf hingewiesen, dass es möglicherweise zu Ausgleichszahlungen der Stadt Linz kommen könne (was im Zusammenhang mit „Zinsbegrenzungsgeschäften“ auch als Prämienzahlung zu verstehen war). Das Protokoll des Kontrollausschusses dazu (Beilage ./DB) erwähnt die Finanzgeschäfte mit keinem Wort (es gibt daher auch keinerlei Hinweis, dass über sie tatsächlich gesprochen worden ist). In dem zum Rechnungsabschluss des Jahres 2007 ergangenen Nachprüfungsbericht vom 16. Jänner 2009 werden Finanzgeschäfte ebenfalls nicht erwähnt. Ein Protokoll, das die Beschäftigung des Kontrollausschusses mit Finanzgeschäften dokumentieren würde, wurde nicht festgestellt, auch der Bericht des Kontrollamtes vom 23. September 2008 gelangte nicht nach außen. Es ist auch nicht festgestellt, dass der beklagten Partei der Kontrollamtsbericht vom 23. September 2008 (vor dem Verfahren) bekannt war.
- 2.1.20 Sämtliche Protokolle des Gemeinderates im Zeitraum der Jahre 2007 bis 2010, die sich mit den Jahresberichten des Kontrollamtes, dem Budget oder den Rechnungsabschlüssen befassen, enthalten keinerlei Hinweis auf eine Behandlung des Swap 4175 im Gemeinderat (Beilage ./CZ; Beilage ./DG; Beilage ./DN). Das Erstgericht konnte – schon mangels einer dahingehenden Behauptung der beklagten Partei – keine Feststellungen darüber treffen, ob

der beklagten Partei Einzelberichte oder Protokolle des Kontrollausschusses oder Jahresberichtes des Kontrollamtes oder Rechnungsabschlüsse vor Beginn des Verfahrens bereits bekannt waren.

- 2.1.21 Wenn die beklagte Partei (als rechtserheblich?) darauf hinweist, die Stadt Linz habe den Swap 3976 mit Gewinn aufgelöst (Revision, S 10 5. Aufzählungspunkt), und damit offenbar sagen will, die Stadt Linz habe im Gegensatz dazu den Swap 4175 aus Spekulationsgründen demgegenüber fortgesetzt, so unterlässt sie es, einiges zu erwähnen. Zum einen lässt sich der Swap 3976 nicht mit dem Swap 4175 vergleichen: Ersterer betraf nicht die Schweizer Frankenleihe, hatte ein viel geringeres Volumen und enthielt auch keine Quanto-Optionen. Wesentlich ist auch, dass eine durchaus erörterte Auflösung des Geschäftes bereits im Sommer 2007 daran gescheitert ist, dass [REDACTED] [REDACTED] von der beklagten Partei erfahren musste, dass die Stadt Linz trotz des bekanntgegebenen positiven Marktwerts von EUR 4,2 Mio bei der vorzeitigen Beendigung mit Auflösungszahlungen an die beklagte Partei rechnen musste ([REDACTED] [REDACTED], Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 18,).
- 2.1.22 Zu Unrecht beruft sich die beklagte Partei auf angebliche Feststellungen des Erstgerichtes, wonach die Stadt Linz laufend Restrukturierungsangebote der beklagten Partei abgelehnt hätte (Revision, S 11 2. Aufzählungspunkt) und damit, so die beklagte Partei, den Vermögensschaden erst herbeigeführt hat. Abgesehen davon, dass die Stadt Linz rechtlich dazu nicht verpflichtet war, es sich in Wahrheit nicht um eine wirkliche Beseitigung der Risiken, sondern um die Verlagerung des negativen Marktwerts auf zukünftige Generationen gehandelt hat (vgl. die ausführliche Zusammenstellung der Stadt Linz, Beilage /FU und Ersturteil, S 38: „[...] *allerdings nur bei Zahlung der entsprechenden Auflösungs-, Absicherungs- oder Restrukturierungskosten samt Marge.*“), hat das Erstgericht auf Seite 38 seines Urteils lediglich festgehalten, dass sich die beklagte Partei trotz der vereinbarten Unkündbarkeit des Swap-Geschäftes einer Restrukturierung gegenüber nicht verschlossen hätte. Was die mit den angeblichen Restrukturierungsvorschlägen in Verbindung gebrachten Warnungen des Kontrollamtes angeht, die die Stadt Linz in den Wind geschlagen habe, so deckt die dafür angeführte Feststellung des Erstgerichtes ebenfalls nicht die Schlussfolgerungen der beklagten Partei. Einerseits war diese Äußerung völlig abstrakt gehalten (siehe Punkt 2.1.19) zum anderen stand sie in keinerlei Zusammenhang mit allfälligen Restrukturierungsangeboten.
- 2.1.23 Korrekturbedürftig ist auch die Darstellung der beklagten Partei, wonach die Stadt Linz (schon vor Abschluss des Swaps) Geschäftsbeziehungen zu internationalen Kreditinstituten gepflegt hätte (Revision, S 12 letzter Absatz). Damit soll der Eindruck erweckt werden, dass die Stadt Linz und ihre Vertreter im internationalen Umfeld komplexe Finanzgeschäfte gemacht hätten. Liest man an der von der beklagten Partei angegebenen Fundstelle nach, so stellt man

einerseits fest, dass der erste Kontakt des ██████████ ██████████ nach Abschluss des Swap 4175 war, und dass internationale Kreditinstitute lediglich zum Zweck der Kreditaufnahme kontaktiert worden sind (██████████ ██████████, Protokoll vom 13. Mai 2019, S 7, ON 607).

- 2.1.24 Bereits kurz nachdem die Probleme mit dem Swap 4175 den politischen Repräsentanten der Stadt Linz (um Ostern 2010) bekannt geworden sind, berief sich der Bürgermeister der Stadt Linz in Gesprächen mit Vertretern der beklagten Partei am 6. Juli 2010 (Beilage ./133) sowie am 4. August 2010 (Beilage ./135) auf die Nichtigkeit des Swap-Geschäfts und die fehlende Deckung durch den Gemeinderatsbeschluss. Im Zusammenhang mit einer am 15. Oktober 2010 fälligen Zahlung aus dem Swap 4175 erklärte der (damalige) Rechtsvertreter der Stadt Linz in einem an die beklagte Partei gerichteten Schreiben vom 11. Oktober 2010 (Beilage ./GK), das Swap-Geschäft sei schon von Anbeginn an nicht wirksam zustande gekommen, jedenfalls sei es nichtig oder zumindest vernichtbar.
- 2.1.25 Das erste Mal überhaupt kommt der Swap 4175 in der Gemeinderatssitzung am 16. Dezember 2010 vor, in der das Budget für das Jahr 2011 von der Mehrheit der Gemeinderatsmitglieder beschlossen worden ist. In dieser Gemeinderatssitzung erfolgte eine kritische Wortmeldung zweier Oppositionspolitiker (Ersturteil, S 30 f). Aus diesen Wortmeldungen ließ sich, so das Erstgericht, nur der Schluss ziehen, dass diesen offenbar jegliches Verständnis zur Struktur des Geschäftes gefehlt hat (Ersturteil, S 32). Eine Beschlussfassung über das Swap-Geschäft erfolgte nicht. Es ist auch nicht festgestellt, dass der beklagten Partei der Inhalt der Gemeinderatssitzung vor diesem Verfahren bekannt geworden ist. Die beklagte Partei hat Derartiges auch nicht behauptet.

2.2 Struktur, Funktion und Risiken des Swap 4175

2.2.1 Die Herkunft des Swap 4175

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

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

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

Es überrascht also nicht, dass das Erstgericht auch nicht die Feststellung treffen konnte, dass ein gleichartiges Produkt in Österreich überhaupt bzw. gegenüber Gemeinden vertrieben worden war.

2.2.2 Die Schwierigkeiten der beklagten Partei mit dem Produkt

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

- „Im Zuge der Vor-Ort-Prüfung wurde ein strukturiertes Produkt (Deal-Nummer: K+Id54375) identifiziert, bei dem die BAWAG PSK diesen Prozess [gemeint: den Produkteinführungsprozess] nicht vollständig durchgeführt hat. So wurde beispielsweise keine eigene Produktmappe, welche neuartige Risiken beschreibt, Replikations- und Abbildungsmöglichkeiten analysiert oder eine Hedgingstrategie festlegt, erstellt. Dadurch kam es zu einer nicht korrekten Abbildung von Produkten in den Systemen der BAWAG PSK, wodurch die tatsächliche Sensitivität des strukturierten Produktes auch nicht über Stresstests erkannt worden ist.“ (Prüfbericht der Österreichischen Nationalbank vom 17. Juni 2011, Beilage ./XI, Rz 55, 56).

- „Darüber hinaus handelt es sich beim Swap 4175 um eine Produktkonstruktion, die selbst von der BAWAG mit ihrem professionellen Bankrisikosystem (KONDOR+) nicht korrekt erfasst bzw. bewertet werden konnte.“ (Urteil des LG Linz vom 11. Dezember 2013, 23 Hv 79/13k, S 21, Beilage ./HE).

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

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

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

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

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

- „[...] das Auszahlungsprofil aus den 21 verkauften einfachen Währungsoptionen [war] geringer, als das Auszahlungsprofil, welches sich bei Anwendung der im Rahmen des SWAP II [gemeint war damit der Swap 4175] vereinbarten Formel ergab. Damit bestand ein ungesicherter Bereich, der theoretisch dadurch hätte bereinigt werden können, indem das nach Unterschreiten des Strike von 1,54 zunehmend konvexe

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

2.2.3 Die Struktur des Swap 4175

2.2.3.1 Unter einem Swap versteht man den Austausch von Zahlungsströmen zu bestimmten Zeitpunkten, wobei es teilweise tatsächlich zum Austausch der Zahlungsströme zwischen den Parteien kommt, in der Mehrzahl der Fälle wird allerdings lediglich ein Saldo gebildet und dieser Saldo ausbezahlt. Getauscht werden können sowohl Währungen als auch Zinsen. Beim Zins-Swap (als welcher der Swap 4175 ■■■■■ ■■■■■ von der beklagten Partei verkauft worden war) vereinbaren die Vertragspartner, zu bestimmten zukünftigen Zeitpunkten Zinszahlungen, in der Regel einen Fixzins und einen variablen Zins, zu tauschen. Der Marktwert eines solchen Zinstausches wird anhand finanzmathematischer Berechnungsmodelle in der Weise ermittelt, dass die voraussichtlichen künftigen festen und variablen Zinszahlungen der Parteien gegenübergestellt und mit den an den entsprechenden Zahlungsterminen gültigen Abzinsungsfaktoren auf den Bewertungszeitpunkt abgezinst werden (so der BGH bereits im E vom 22. März 2011, XI ZR 33/10).

2.2.3.2 Auch der Swap 4175 enthält als einen seiner Bestandteile einen Zinstausch: Der sollte insofern stattfinden, als sich die beklagte Partei verpflichtete, zweimal im Jahr den variablen 6-Monats-CHF-LIBOR, bezogen auf eine Bemessungsgrundlage von CHF 195 Mio, an die Stadt Linz zu bezahlen, während sich die Stadt Linz gegenüber der beklagten Partei zur Zahlung eines fixen Zinssatzes von 0,065 % (wiederum bezogen auf CHF 195 Mio) verpflichtete. Das machte insofern Sinn, als die Stadt Linz eine Schweizer Frankenleihe in dieser Höhe besaß, für die sie (neben einem Zuschlag von 0,049 %) den, naturgemäß variablen, 6-Monats-CHF-LIBOR bezahlen musste. Der so vereinbarte Austausch zwischen variablen und fixen Zinsen war auf den ersten Blick natürlich äußerst lukrativ für ■■■■■ ■■■■■, lag der 6-Monats-CHF-LIBOR damals doch erheblich über dem Fixzins, den die Stadt Linz nach dieser Formel der beklagten Partei zu bezahlen hatte.

2.2.3.3 Dieser Vorteil der Stadt Linz lässt sich finanzmathematisch ohne Weiteres bewerten, was bei Vertragsabschluss zwar die beklagte Partei (aufgrund der bankrechtlichen Vorgaben), nicht aber die Stadt Linz tat. Die Gerichtsgutachter haben den Wert dieser Swap-Komponente zum Stichtag des Vertragsabschlusses ebenfalls ermittelt und ihn mit EUR 29,8 Mio zugunsten der

Stadt Linz bewertet (Gerichtsgutachten, Tabelle S 62 „*Zinsteil (Marktwert) Fall Q*“). Die Stadt Linz konnte also aus dem Zinstausch einen Überschuss erwarten, wenn das auch – vor dem Hintergrund eines zehnjährigen Zeitraums – keineswegs gewiss war. So fiel der 6-Monats-CHF-LIBOR im August 2011 erstmals unter 0,065 % und war ab Dezember 2014 sogar negativ. Ab diesem Zeitpunkt wäre die Stadt Linz sogar aus der Zinskomponente gegenüber der beklagten Partei zahlungspflichtig geworden. Niemand konnte also (abweichend von der Annahme des Erstgerichtes, S 35) zwingend davon ausgehen, dass allein der Zinstausch im Swap 4175 immer zu einem positiven Saldo zugunsten der Stadt Linz führen würde.

- 2.2.3.4 Der Swap 4175 hatte aber noch eine zweite Komponente, die mit einem Swap eigentlich nichts zu tun hat. Natürlich machte allein der Zinstausch für die beklagte Partei wirtschaftlich keinen Sinn. Um den (rechnerischen) Vorteil der Stadt Linz wettzumachen, hat sie als weitere Gegenleistung der Stadt Linz (abgesehen vom fixen Zinssatz) eine weitere Komponente in den Swap einstrukturiert. Diese bewirkte für sich – im Gegensatz zum üblichen Swap – keineswegs den regelmäßigen Tausch von Zahlungsströmen. Die weitere Komponente des Swaps bestand vielmehr im Verkauf (im Jargon der Finanzwirtschaft: „*dem Verschreiben*“) von Währungsoptionen durch die Stadt Linz an die beklagte Partei. Konkret waren das 21 Währungsoptionen (Terminoptionen), die auf das zukünftige Verhältnis zwischen Schweizer Franken und Euro mit einem Nominale von jeweils CHF 97,5 Mio lauteten. Fällig waren diese Terminoptionen am 15. April und am 15. Oktober eines jeden Jahres; ihre Laufzeit lag zwischen zwei Monaten und zehn Jahren (15. April 2017). War das Wechselkursverhältnis zwischen Schweizer Franken und Euro am Fälligkeitstag über einer Schwelle von 1,54 (Strike), verfiel die Option, lag sie darunter, musste die Stadt Linz die Differenz mit der Maßgabe glattstellen, dass das Auszahlungsprofil neben dieser Differenz noch zusätzlich eine exponentielle Komponente („*Quanto Effekt*“, Gerichtsgutachten, S 45) aufwies.
- 2.2.3.5 Der Marktwert dieser weiteren Verpflichtung der Stadt Linz betrug im Februar 2007 (also bei Abschluss des Swap 4175) – nach der Berechnung der Gerichtsgutachter – rund EUR 49,6 Mio (Gerichtsgutachten, Tabelle S 62 „*Optionen (Marktwert) Fall Q*“). Das erklärt den sogenannten negativen Anfangswert des Swap 4175 zu Lasten der Stadt Linz mit rund EUR 19 Mio (Marktwert) bzw. EUR 27,1 Mio (Geldkurs) (Gerichtsgutachten, S 62): Er ist nichts anderes als die Differenz zwischen der Leistung der Stadt Linz aus dem Verkauf der Terminoptionen auf der einen Seite und dem Wert der Leistung der beklagten Partei aus dem Zinstauschgeschäft, nämlich fixe gegen variable Zinsen, auf der anderen Seite (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 20). Damit hat die beklagte Partei einen (nicht offengelegten) negativen Marktwert in das der Stadt Linz verkaufte Produkt eingebaut, denn sie wollte doch mit dem Geschäft auch gehörig verdienen. Besonders überraschend war allerdings die Tatsache, dass sie durch den vorerst nur teilweisen Weiterverkauf der Optionen auf dem Interbankmarkt weiter gegen die Stadt Linz spekulierte und sich damit in einem

zusätzlichen eklatanten Interessenkonflikt befand. Der negative Anfangswert war auch außergewöhnlich hoch.

- 2.2.3.6 Die gesamte Konstruktion lief darauf hinaus, dass ██████████ ██████████, ohne dass er es wusste, mit dem Abschluss des Geschäftes die Stadt Linz verpflichtet hatte, für die Dauer von zehn Jahren jedes halbe Jahr Schweizer Franken im Volumen von 97,5 Mio zum vorbestimmten Preis (Wechselkursverhältnis) zu liefern; Schweizer Franken, die die Stadt Linz naturgemäß gar nicht besaß (also ein klassischer Leerverkauf). Da der Preis vorbestimmt war, war daher auch nicht vorhersehbar, was die einzelne Lieferung der Stadt Linz letztlich in EUR kosten würde. Auch wenn natürlich keine tatsächliche Lieferung der Schweizer Franken stattfand, wirtschaftlich lief es darauf hinaus. Das Währungsrisiko, das ██████████ ██████████ damit zu Lasten der Stadt Linz übernahm, war so hoch, als hätte er auf die Laufzeit des Swap 4175 einen (Kassen-)Kredit von mehr als einer Milliarde Schweizer Franken aufgenommen (Gerichtsgutachten, S 62).
- 2.2.3.7 Intern bezeichnete die beklagte Partei die in das primäre Zinstauschprodukt eingebauten Optionen als „FX-Adjustment“, was ██████████ ██████████ natürlich ebenfalls nicht wusste. Erstmals im E-Mail der beklagten Partei vom 7. Jänner 2008, also rund ein Jahr später, (Beilage ./19) findet sich ein Hinweis auf ein solches „Adjustment“. ██████████ ██████████ sollte von den Optionen auch gar nichts wissen: Im Produkteinführungsformular heißt es auf S 2: „keine Bestätigung an Kunden!“ (Beilage ./206).
- 2.2.3.8 Das änderte aber nichts daran, dass es sich beim zweiten Teil des Geschäftes nicht um den Austausch von Zahlungsströmen, sondern in Wahrheit um den Verkauf von Währungsoptionen durch die Stadt Linz handelte. Sowohl die Österreichische Nationalbank als auch die vom Gericht bestellten Gutachter haben das bestätigt:
- „[...] , wobei die Bezeichnung Swap irreführend ist, da es sich bei der ökonomischen Natur der Geschäfte nach um geschriebene Währungsoptionen mit erheblichem, theoretisch unbegrenztem Risikopotential handelt.“ (Beilage ./GB, S 6, Rz 9).
 - „Die Stadt Linz verkaufte über den Abschluss des Swaps implizit die EUR-Verkaufsoptionen an die BAWAG, erhält also dafür den Geldkurs (Bid Price). Die Stadt Linz verkauft hierbei nicht direkt die Optionen, sondern lediglich eingebettet in den Swap. Dies lässt sich wie folgt interpretieren: Wirtschaftlich wäre der gleiche Effekt erzielt worden, wenn die Stadt Linz das Portfolio der Optionen direkt verkauft hätte [...]“ (Gerichtsgutachten, S 14).

2.2.3.9 Damit haben weder Erstgericht noch das Berufungsgericht (Berufungsurteil, S 3 f) Recht, wenn sie meinen, die Optionen beträfen nur die bankfachlich gebotene interne Replikation (und den Weiterverkauf der Optionen) und zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei blieb es lediglich beim Austausch von Zahlungsströmen, deren Höhe sich aus der Formel ergibt: Tatsächlich handelt es sich bei den beiden Komponenten, die im Geschäft verkörpert sind, um voneinander zu trennenden Verpflichtungen der Stadt Linz, welche diese als Gegenleistung für die Übernahme des 6-Monats-CHF-LIBOR durch die beklagte Partei trafen. Die von der beklagten Partei als FX-Adjustment bezeichneten Zahlungen sind keineswegs Ausdruck des regelmäßigen Tausches von Zahlungsströmen (in Form von Zinsen), sondern sie stellen den schwellenwertabhängigen Differenzausgleich für die verkauften Optionen der Stadt Linz dar. Sie sind auch nicht regelmäßig zu zahlen, wie es für den Austausch von Zahlungsströmen typisch ist, sondern nur bei Unterschreiten des Schwellenwertes. Sie haben daher mit dem regelmäßigen Zinstausch (fixe gegen variable Zinsen) nichts zu tun. Relevant ist das (anders: Ersturteil, S 36) nicht nur beim Ausstieg aus dem Geschäft, vielmehr bestimmen sie zu jeder Fälligkeit die Höhe des FX-Adjustments und damit die allfällige Zahlungspflicht daraus.

2.2.3.10 Die Hypothese, beim Swap 4175 würden regelmäßig Zahlungsströme zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei ausgetauscht, deren Höhe sich eben nur nach einer mathematischen Formel richte, wird also der tatsächlichen Struktur des Swap 4175 nicht gerecht. Im Ergebnis haben das sogar die Gerichtsgutachter bestätigt (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 20: „Ja, so kann man das sehen.“); nach dem Vorhalt, dass sich die beiden Komponenten des Swaps (Zinskomponente und Optionskomponente) als selbständig bewertbare Leistung der beklagten Partei auf der einen Seite und Gegenleistung der Stadt Linz auf der anderen Seite gegenüberstanden.

2.2.4 Besonderes zur Risikostruktur des Swap 4175

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

verfassungsrechtlichen und auch justiziablen Effizienzgebot gesehen (*Holoubek/Prändl*, aaO, 211, 212).

- 2.2.4.2 Die herrschende Meinung hatte bei der Bejahung der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Geschäfte allerdings standardisierte Derivate im Auge, die, wie es *Holoubek/Prändl* (aaO, 229) ausdrücken, einmal angeschafft, nur mehr ein- bis zweimal jährlich auf (zusätzliche) Optimierungsmöglichkeiten geprüft werden sollten. In diesem Sinn glaubte auch ██████████ am Anfang, dass er den zur Optimierung der Bedingungen der Schweizer Frankenleihe aufgenommenen Swap für die gesamte Laufzeit (der Swap war auf zehn Jahre unkündbar) behalten würde (Die Möglichkeit einer vorzeitigen Auflösung kam ihm weder in den Sinn noch wurde sie bei Abschluss des Geschäftes besprochen: *„Bei Abschluss wusste ich das nicht und habe mir auch keine Gedanken darüber gemacht, weil der Swap ja unkündbar war und ausgelegt war über die gesamte Laufzeit.“* [Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 605, S 16]). Selbst die beklagte Partei erklärte noch während des laufenden Verfahrens in ihrem Schriftsatz vom 6. März 2015 (ON 332, S 7): *„[...] eine Schließung des Swap ist ex ante nicht beabsichtigt gewesen“*.
- 2.2.4.3 Tatsächlich aber waren die Verluste aus dem Swap 4175 von vornherein unbegrenzt und nicht kontrollierbar, würde man die Idee verfolgen, den Swap 4175 als sogenanntes *„Buy and Hold-Produkt“* zu verwenden (Gerichtsgutachten, S 117; Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 2). Vielmehr musste der Swap, um überhaupt nur annähernd beherrschbar zu sein, *„aktiv gesteuert“* werden. Unter einer aktiven Steuerung verstanden die Gerichtsgutachter eine zumindest tägliche Ermittlung des Marktwerts (was ██████████ mit seinen Mitteln ohnehin nie gekonnt hat) und die Entscheidung zum Ausstieg innerhalb einer Stunde. Der Grund lag darin, dass der Wert des Swap, der für die Ausstiegs- oder Glattstellungskosten entscheidend war, täglich um mehr als EUR 100 Mio schwanken konnte (Ersturteil, S 38). Innerhalb eines Monats lag die Schwankungsbreite sogar bei EUR 300 Mio (Gerichtsgutachten, S 72).
- 2.2.4.4 Nur die tägliche Beobachtung hätte sichergestellt, dass die Stadt Linz jederzeit – bei Gefahr in Verzug – aus dem Swap-Geschäft zeitgerecht ausstieg. Das musste aber, wie gesagt, schnell, nämlich innerhalb einer Stunde, geschehen (Ersturteil, S 38); das war auch die Ansicht der Gerichtsgutachter (Gerichtsgutachten, S 53).
- 2.2.4.5 Selbst eine solche kurzfristige Entscheidung beseitigte das Risiko noch nicht. Das auch nach der Ausstiegsentscheidung weiterhin bestehende Währungsrisiko bis zur endgültigen Schließung musste ebenfalls abgesichert werden. Dafür verwendet die Finanzindustrie üblicherweise einen sogenannten *„Delta-Hedge“*, den auch das Erstgericht (Ersturteil, S 38) erwähnt. Dabei handelt es sich – bezogen auf ein Produkt, wie es der Swap 4175 war – um

den Ankauf von Schweizer Franken, womit der Kurs vorläufig gesichert werden konnte, und zwar nicht fiktiv und virtuell, sondern tatsächlich (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 5).

2.2.4.6 Um sich einen Begriff zu machen, welches Volumen an Devisen ██████ ██████ für die Sicherungsmaßnahmen beim Ausstieg benötigt hätte, wurden die Gerichtsgutachter befragt. Deren Antwort war: Wenn sich ██████ ██████ im Herbst 2008 zum Ausstieg entschlossen hätte (also am Höhepunkt der sogenannten „Lehmann-Krise“), hätte er innerhalb einer Stunde Schweizer Franken im Volumen von rund 500 Mio anschaffen müssen (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 6). Dieses unglaublich hohe Volumen überrascht nicht, wenn man sich die Schwierigkeiten der beklagten Partei beim Schließen des Geschäfts im Jahr 2011 ansieht. Ein (großer) Marktteilnehmer, an den die beklagte Partei sich offenbar gewandt hatte, spricht davon, dass das bei der Schließung bewegte Währungsvolumen die Marktgröße in Österreich bei weitem sprengt („50 mal der Market Size“), weshalb er überhaupt nur tätig werden könne, wenn er exklusiv betraut werde und mehrere Tage dafür Zeit hätte. Ein Abschluss am Telefon – wie sonst üblich – wäre nur für ein Zehntel des Auftrages möglich (Beilage .1345, S 1). Auch die Gerichtsgutachter sprechen von einem vorsichtigen und mehrere Tage dauernden Abbau und begründeten das mit der Vielzahl der Optionen und ihrem teilweisen hohen Nominale (Gerichtsgutachten, S 72). Schon allein die Vorstellung, eine Kommune von der Größe der Stadt Linz könne „so mir nichts, dir nichts“ und ganz kurzfristig – nach Berechnung des Delta-Hedge-Volumens – Schweizer Franken im Ausmaß einer halben Milliarde beschaffen, um das Währungsrisiko für nur wenige Tage abzusichern, ist abwegig.

2.2.4.7 Auch die Entscheidung zum Ausstieg, die wohl ██████ ██████ vor der Befassung des Gemeinderates hätte treffen müssen, war nicht so einfach. Stieg er zu früh aus, so musste er auf jeden Fall mit erheblichen Verlusten rechnen, stieg er zu spät aus, so liefen die Verluste – schon allein nach den Berechnungen im sehr einfachen historisch-statistischen Modell der Gerichtsgutachter – ins Unermessliche. Und das bei einer täglichen Beobachtung des Marktwertes (den die beklagte Partei selbst durchwegs falsch berechnete geschweige denn täglich lieferte [Gerichtsgutachten, S 67]) und einer Entscheidungsfrist von einer Stunde. Die Ausstiegsschwelle durfte - nach den Verfahrensergebnissen - jedenfalls nicht unter EUR 30 Mio angesetzt werden. Nach Aussage der Gerichtsgutachter (Gerichtsgutachten, S 53; Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 15) wäre ein Limit von EUR 30 Mio in jedem Fall zu gering gewesen, in einem solchen Fall war von vornherein gewiss, dass das Geschäft der Stadt Linz Verluste von mehr als EUR 30 Mio beschere würde. Der Grund dafür ist einfach; die Stadt Linz musste ja jedenfalls den anfänglich negativen Marktwert von rund EUR 27 Mio (Geldkurs) aufholen; diese Schwelle machte also keinen Sinn. Um – bei der Risikogeneigntheit des Swap 4175 – nicht von vornherein mit einem Verlust abzuschließen,

legten sich die Gerichtsgutachter schließlich auf eine Ausstiegsschwelle von rund EUR 100 Mio fest (Ergänzungsgutachten vom 29. Dezember 2017, ON 522 [„Ergänzungsgutachten“], S 16, 39 f, 57).

- 2.2.4.8 Tatsächlich betrug die Wahrscheinlichkeit, dass die Stadt Linz einen Verlust von EUR 30 Mio oder mehr erleiden würde, wie das Erstgericht festgestellt hat (Ersturteil, S 107), je nach Simulationsmodell zwischen 70 % und 100 %. Selbst Verlustszenarien von an die EUR 100 Mio besaßen noch immer eine Wahrscheinlichkeit zwischen 17,6 % und 47,1 % (SAM-Gutachten vom 6. April 2018, Beilage ./IC, Tabellen S 25 f). Dem stand im besten Fall, nämlich berechnet nach dem historisch-statistischen Modell der Gutachter und einem nur siebenjährigen Beobachtungszeitraum, ein Zinsenvorteil von EUR 16 Mio in zehn Jahren gegenüber. Bereinigt man das historisch-statistische Modell der Gerichtsgutachter um einen der systemimmanenten Fehler (nämlich die Nichtbeachtung der Markterwartungen, die bei sog. risikoneutralen Modellen sehr wohl berücksichtigt werden), so ergibt sich überhaupt kein Vorteil mehr (Uwe Wystup, Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 20). Umso mehr gilt das bei Anwendung des risikoneutralen Modells unter einem Ausstiegsszenario (SAM-Gutachten vom 6. April 2018, Beilage ./IC, S 7 ff) wobei letzteres schon wegen des unbegrenzten Risikos unerlässlich war (Gerichtsgutachten, S 117; Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 2).
- 2.2.4.9 Die Stadt Linz hätte jedenfalls (und nicht nur bei einer Buy and Hold-Strategie) von Anfang an ein Risikobudget im Ausmaß von EUR 133 Mio (das war mehr als die gesamte Anleihe, deren Zinslast ██████████ verbessern wollte) bereitlegen müssen (Gerichtsgutachten, S 58). Hätte es sich bei der Stadt Linz nicht um eine Kommune gehandelt, deren Verbindlichkeiten damals nicht hinterlegungsbedürftig waren, so hätte die beklagte Partei von ihr verlangt, dass sie diesen Betrag bereits bei Abschluss des Geschäftes auf das sonst übliche Effektenkreditkonto einzahlt (Gerichtsgutachten, S 59).

II. Unzulässigkeit der Revision

1. Ausgangslage

1.1. Vorbemerkungen

Nach § 502 Abs. 1 ZPO ist die Revision gegen ein Urteil des Berufungsgerichtes nur zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt. Bevor gezeigt werden wird (siehe

Punkt 3.), dass die genannten gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision unter den vom Berufungsgericht und den von der beklagten Partei genannten Gründen nicht vorliegen, geht die Stadt Linz vorher kurz auf die für die Revisionszulässigkeit relevanten Rechtsfragen ein. Der Grund für das von den Instanzgerichten verneinte Zustandekommen des Geschäftes lag im Fehlen der von der beklagten Partei behaupteten Vertretungsbefugnis des ■■■■■ ■■■■■. Und das zu Recht, war sich die beklagte Partei doch während des ganzen Verfahrens eigentlich nie sicher, worauf sie die angebliche Vertretungsbefugnis des ■■■■■ ■■■■■ wirklich stützen könnte.

1.2 Die von der beklagten Partei (versuchten) Erklärungen zur Vertretungsbefugnis

- 1.2.1 Nachdem auch die beklagte Partei nicht leugnen kann, dass sich der an sich zuständige Gemeinderat am 3. Juni 2004 noch nicht mit dem Swap-Geschäft im Detail beschäftigt haben konnte, er hat ja – und das fast drei Jahre vor Abschluss des Geschäfts - nur zum Ausdruck gebracht, dass die Finanz- und Vermögensverwaltung das Fremdfinanzierungsportfolio durch marktübliche Finanzgeschäfte optimieren sollte, stand sie vor dem Problem, dass es zwar einen grundsätzlichen Konsens in diese Richtung gab, dass aber letztlich ■■■■■ ■■■■■ über den Abschluss und den Inhalt des Swap 4175 allein entschieden hat.
- 1.2.2 Anfangs überlegte die beklagte Partei die – naheliegende – Deutung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 als öffentlich-rechtlicher Akt. Angeboten wurde eine Weisung, mit der ■■■■■ ■■■■■ die „*Approbationsbefugnis*“ erhielt, weiten Raum widmet die beklagte Partei aber auch unter dem Titel der „*Arbeitsteiligkeit der Verwaltung*“ und „*Wissenszurechnung*“ der Theorie, wonach der Entschluss des ■■■■■ ■■■■■, den Swap 4175 abzuschließen, ohnehin dem Gemeinderat automatisch zuzurechnen sei, weil er als Angehöriger des unselbständigen Hilfsapparats „Magistrat“ mit dem Abschluss gleichzeitig den Willen des Gemeinderats vollzogen habe. Diese Theorie war – wie die beklagte Partei schnell erkannt hat – von vornherein zum Scheitern verurteilt (warum das der Fall ist, wird im Detail unter Abschnitt III. Punkt 3. gezeigt).
- 1.2.3 Also setzte sich bei ihr danach die Erkenntnis durch, es müsse sich „*vorrangig*“ (etwa Revision S 191 ff) um einen zivilrechtlichen Akt gehandelt haben: Der Gemeinderat habe bereits mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 ■■■■■ ■■■■■ zum Abschluss von Finanzgeschäften wie dem Swap beauftragt und bevollmächtigt; ■■■■■ ■■■■■ habe damit eine entsprechende (außenwirksame) Vollmacht durch den Gemeinderatsbeschluss selbst oder jedenfalls in Verbindung mit dem Rahmenvertrag erhalten. Der von ihm in der Folge getätigte Abschluss wäre durch seine Befugnis als Vollmachtnehmer gedeckt.

1.3 Die Widersprüche in der Argumentation der beklagten Partei

- 1.3.1 Mit der Theorie, im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 läge bereits eine zivilrechtliche Vollmacht, steht die beklagte Partei im Widerspruch zu ihrer weiteren Behauptung, der Gemeinderat habe mit dem Beschluss vom 3. Juni 2004 seine Willensbildungskompetenz zum Swap 4175 bereits wahrgenommen, und die Aufgabe des ■■■■■ ■■■■■ habe dann lediglich in der Umsetzung dieses Willens bestanden („Durchführung des Beschlusses“). Im letzteren Fall hätte es keiner Vollmacht mehr bedurft.
- 1.3.2 Von der bloßen Umsetzung des Willens des Gemeinderates konnte jedenfalls keine Rede sein. Der Gemeinderat hatte nämlich – ohne jeden Zweifel – am 3. Juni 2004 lediglich seinen Willen geäußert, die Stadt Linz solle in Zukunft Finanzgeschäfte machen. Die Finanz- und Vermögensverwaltung erhielt zwar rudimentäre Vorgaben, letztlich blieb es aber ihr überlassen, wie solche Geschäfte aussehen würden. Um einen Abschlusswillen zu einem konkreten Geschäft zu bilden, müssen aber die wesentlichen Bedingungen des Geschäftes, wie Struktur, Leistung und Gegenleistung sowie Risiko bekannt sein. Der Gemeinderat kannte weder die genauen Bedingungen des Geschäftes noch wusste er, dass hinter der Swap-Formel die Verschreibung von 21 Terminoptionen in Form von EUR/CHF-Währungsoptionen (mit exponentiellem Auszahlungsprofil) stand. Das Erstgericht bezeichnete diese Vorgangsweise mit: „Macht, was ihr wollt“ (Ersturteil, S 94).
- 1.3.3 Die Vorstellung, es war der Gemeinderat, der die Vollmacht selbst erteilt hat, steht im Widerspruch dazu, dass der Gemeinderat zwar seinen Willen bilden, diesen aber – mangels Rechtsfähigkeit – nicht äußern, und schon gar nicht eine Vollmacht ausstellen kann. Allerdings wäre der Umstand, sich nicht selbst den Willen zu einem Geschäft zu bilden, sondern diese Willensbildung einem Dritten zu überlassen, typischer Weise der Inhalt einer zivilrechtlichen Vollmacht. Bei dieser bildet nämlich nicht der Geschäftsherr, sondern regelmäßig der Vertreter seinen eigenen Willen (vgl. *Geroldinger*, Die Zurechnung Dritter nach § 875 ABGB, JBI 2012, 29 und 94 [96]; *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03 § 1002 Rz 26 mwN).
- 1.3.4 Die Vorstellung, der Gemeinderat habe der Finanz- und Vermögensverwaltung das Recht zur Willensbildung qua Vollmacht übertragen, schlägt sich weiters mit dem Legalitätsprinzip und damit dem Grundsatz der festen Zuständigkeitsverteilung. Wer zur Willensbildung („Willensbildungskompetenz“) und wer zur Vollziehung des gebildeten Willens („Willensbetätigungskompetenz“) zuständig ist, bestimmt ausschließlich das Gesetz. Gemeinden sind darüber hinaus zur Regelung der Zuständigkeit ihrer einzelnen Gemeindeorgane nicht berechtigt, es sei denn, sie werden dazu durch das Gesetz ausdrücklich ermächtigt (weiterführend: Abschnitt III. Punkt 3.).

- 1.3.5 Der einzige Versuch einer Begründung durch die beklagte Partei besteht darin, sich auf die Wahlfreiheit der Kommunen zu berufen. Diesen stehe es nämlich frei, ob sie sich der Handlungsformen des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts bedienen. Das ist zweifelsohne richtig, löst aber nicht die Widersprüche. Die beklagte Partei verwechselt nämlich die unterschiedlichen Ebenen: Die Stadt Linz kann sich zwar als selbständiger Wirtschaftskörper bei Privatrechtsbeziehungen aller Art von Rechtsformen bedienen, wie Private auch, betroffen davon ist allerdings nur das Außenverhältnis der Kommune zu Dritten, nicht aber das Verhältnis der einzelnen Organe zueinander im Innenverhältnis. Primär ist wohl davon auszugehen, dass die Aufgabenteilung innerhalb einer juristischen Person des öffentlichen Rechts durch die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen festgelegt wird. Das gebietet schon der zwingende Charakter der gesetzlich vorgegebenen Zuständigkeiten. Dass einzelne Organwalter plötzlich im Kleid eines außerhalb des Organisationsgefüges stehenden Dritten zivilrechtlich mit Aufgaben betraut werden, ist eine absolute Ausnahme, bedürfte einer sachlichen und nachvollziehbaren Begründung und darf nicht gegen zwingende Zuständigkeiten der einzelnen Organe verstoßen. Zum Vorliegen dieser Voraussetzungen bleibt die beklagte Partei jede Begründung schuldig, sie verschleiert dieses Manko lediglich dadurch, dass sie die beiden Ebenen ständig miteinander vermischt.
- 1.3.6 Wenn man aber von all dem absieht und unterstellt, der Gemeinderat habe das Geschäft beschlossen und lediglich dessen Durchführung der Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen, so hätte es dann gerade keine zivilrechtliche Vollmacht gebraucht: Die Umsetzungsbefugnis des ██████████ hätte sich nämlich bereits aus den organisationsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere dem § 22 Abs. 1 StL gegebenenfalls iVm den §§ 38 Abs. 3 StL und 11 Abs. 4 GEOM, ergeben. Das ist vor allem deshalb naheliegend, weil der Gemeinderat mit seinem Beschluss nicht, wie bei einer zivilrechtlichen Vollmacht zu erwarten gewesen wäre, eine bestimmte Person, sondern eine ganze Abteilung des Magistrats betraut hat. Es ist auch der Beweis dafür, dass die Fiktion einer derartigen Bevollmächtigung allein den Zweck hat, die zwingenden organisationsrechtlichen Vorschriften zu umgehen.
- 1.3.7 Das Ergebnis dieser Überlegungen verträgt sich auch mit der Tatsache, dass der Bürgermeister der Stadt Linz neben der Unterzeichnung des Rahmenvertrages auch noch ein Unterschriftenverzeichnis ausgefertigt hatte. Das Unterschriftenverzeichnis hat nämlich üblicherweise nicht die Funktion einer Vollmachtserklärung, sie stellt lediglich eine Wissenserklärung über das Bestehen einer Vertretungsbefugnis dar (Ersturteil, S 96). Es liegt viel näher anzunehmen, darin wäre zum Ausdruck gekommen, ██████████ und ██████████ ██████████ würden in ihrer Funktion als Beamte solche Geschäfte abwickeln. Dass sich die Wortwahl an die zivilrechtliche Diktion anlehnt, hängt wohl nur damit zusammen, dass die im

Rahmenvertrag enthaltene Vorgabe (für den Nachweis, wer unterschreiben darf) 1:1 umgesetzt wurde.

1.4 Die Entscheidungen von Erstgericht und Berufungsgericht

- 1.4.1 Das Erstgericht untersuchte, ausgehend vom mehrdeutigen Vorbringen der beklagten Partei (die bestehenden Widersprüche wurden unter Punkt 1.3 erläutert) eine mögliche Vertretungsbefugnis von ■■■■■ ■■■■ sowohl unter öffentlich-rechtlichen als auch unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten. Es kam zum Ergebnis, dass ■■■■■ ■■■■ weder als Beamter des Magistrates der Stadt Linz noch als Privatperson die Befugnis gehabt hat, das Swap-Geschäft abzuschließen. Das Gleiche habe für den Bürgermeister gegolten, sodass dieser ■■■■■ ■■■■ auch nicht bevollmächtigen konnte.
- 1.4.2 Der einzige Ansatzpunkt einer möglichen Vertretungsbefugnis des ■■■■■ ■■■■, so das Erstgericht, sei nur mehr der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gewesen, der aber weder eine unmittelbare Entscheidung über ein konkretes Finanzgeschäft bezweckt noch ein solches bewirkt hatte. Das ergäbe sich schon aus dem Text des Beschlusses, in dem von keinem bestimmten Geschäft die Rede ist, das geschlossen oder genehmigt werden sollte. Viel eher weise dieser Beschluss auf Finanzgeschäfte in der Zukunft hin, womit auch ein bloß koordinierender oder planender Auftrag gemeint gewesen sein konnte (wie es etwa im Zusammenhang mit der fast identen Formulierung im Gemeinderatsbeschluss vom Februar 1996 der Fall gewesen war).
- 1.4.3 Die nach § 46 StL dem Gemeinderat vorbehaltene Willensbildungskompetenz für solche Geschäfte sei nicht übertragbar, sie wäre mit dem genannten Gemeinderatsbeschluss aber auch (noch) nicht ausgeübt worden. Selbst die Deutung des Gemeinderatsbeschlusses als zivilrechtlicher Auftrag, verbunden mit einer (Außen-) Vollmacht, hätte ■■■■■ ■■■■ keine Vertretungsbefugnis verschaffen können, wären damit doch die öffentlich-rechtlichen Schranken und organisationsrechtlichen Vorgaben (Willensbildungskompetenz beim Gemeinderat) umgangen worden. Dies sei vor dem Hintergrund des § 867 ABGB unzulässig, der deutlich erkennbar dem öffentlichen Organisationsrecht den Vorrang vor privatrechtlichen Gestaltungsformen einräumt. Aber selbst, wenn es sich beim Gemeinderatsbeschluss um eine zivilrechtliche Vollmacht gehandelt hätte, wären deren – auch nach außen hin erkennbaren – Schranken, die der Gemeinderat gesetzt hatte, überschritten worden. Das Geschäft war nämlich – entgegen den Vorgaben des Gemeinderats – für eine Kommune nicht geeignet (in den Worten des Gemeinderatsbeschlusses also nicht optimierend). Das Erstgericht verneinte schließlich auch das Vorliegen einer Anscheinsgenehmigung ebenso wie die von der beklagten Partei behauptete nachträgliche tatsächliche Genehmigung bzw. das Vorliegen einer nachträglichen Anscheinsgenehmigung.

- 1.4.4 Das Berufungsgericht sah im Gemeinderatsbeschluss – trotz der vom Erstgericht in dieser Richtung zum Ausdruck gebrachten Bedenken – eine (wirksame) zivilrechtliche Vollmacht. Der Grund scheint zu sein, dass, wer mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts einen Vertrag abschließt, sich zwar gemäß § 867 ABGB mit der für deren Willensbildung geltenden öffentlich-rechtlichen Beschränkungen (insbesondere was die Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters angeht) auseinandersetzen hat, eine Gemeinde könne sich aber – so das Berufungsgericht – auch des Rechtsinstituts der zivilrechtlichen Bevollmächtigung bedienen, für die die organisationsrechtlichen Beschränkungen dann nicht mehr gelten würden (dazu wird unter Abschnitt III. Punkt 4. Stellung genommen).
- 1.4.5 Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 hat ██████████ ██████████, so das Berufungsgericht, aber ebenfalls keine Vertretungsbefugnis verschafft, wurde die Vollmacht doch mit dem Abschluss des Swap 4175 bei weitem überschritten. Dabei sei es letztlich bedeutungslos, ob die beklagte Partei diese Befugnisüberschreitung schon aus dem Inhalt des Gemeinderatsbeschlusses hätte herauslesen können, was zweifelsohne der Fall gewesen war. Die beklagte Partei konnte nämlich nicht beweisen, dass sie bei Geschäftsabschluss den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 tatsächlich gehabt bzw. den genauen Beschlusstext gekannt hat, sodass sie daraus auch kein Vertrauen auf die Vertretungsbefugnis des ██████████ ██████████ ableiten konnte.
- 1.4.6 Damit sei es nur darauf angekommen, wie ██████████ ██████████ – im Innenverhältnis – die Ermächtigung des Gemeinderates verstehen konnte bzw. verstanden hat. Da sei aber schon aufgrund des Amtsberichtes und der darüber geführten Diskussion im Gemeinderat völlig klar gewesen, dass neben der vorrangig beschriebenen Kursabsicherung, eine Zinsabsicherung nicht durch das Eingehen von zusätzlichen Währungsrisiken, schon gar nicht in Form von Terminoptionen erkaufte werden durfte.
- 1.4.7 Für ██████████ ██████████ war es auch nach seinem Verständnis des Gemeinderatsbeschlusses offensichtlich, dass dieser ein Spekulationsgeschäft, wie es der Swap 4175 tatsächlich (und bei gehörigem Erfassen der gesamten Tragweite des Geschäfts) war, niemals gemeint haben konnte. Das hat das Erstgericht unbekämpft festgestellt (Ersturteil, S 25 f). Wenn aber sowohl aus Sicht des Gemeinderats als auch aus Sicht des ██████████ ██████████ der Swap 4175 durch den Beschluss vom 3. Juni 2004 nicht gedeckt war, steht damit fest, dass der Vertrag nicht wirksam zustande gekommen ist. Bei Vorliegen bloß einer Innenvollmacht kommt es nämlich lediglich auf das Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen an. Der Dritte, der die Gelegenheit zur Überprüfung der Vertretungsmacht nicht wahrnimmt und sich auf die Erklärung des Vertreters verlassen hat, ist nicht schutzwürdig.

2. Die für die Revisionszulässigkeit wesentlichen Rechtsfragen

2.1 Vorbemerkung

Im Folgenden werden die aus Sicht der Stadt Linz entscheidungswesentlichen Rechtsfragen für die Revisionszulässigkeit in gedrängter Form dargestellt. Details dazu finden sich in Abschnitt III. unter den Punkten 2. (Zuständigkeit des Gemeinderats); 3. (Legalitätsprinzip, Kompetenzordnung und organisationsrechtliches Übertragungsverbot); 4. (Weisung, Approbationsbefugnis, Vollmacht); 5. (Anscheinsvollmacht); 6. (nachträgliche Genehmigung und Anscheinsebene).

2.2 Zuständigkeit des Gemeinderates und organisationsrechtliches Übertragungsverbot

- 2.2.1 Die beklagte Partei hatte sich mit den öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften auseinanderzusetzen. Danach hätte sie wissen müssen (leichte Fahrlässigkeit schadet bereits), dass sich der Gemeinderat den Abschlusswillen zum Geschäft hätte selber bilden müssen, organisationsrechtlich hatten weder der Bürgermeister der Stadt Linz noch [REDACTED] eine Befugnis dazu.
- 2.2.2 Für die öffentliche Hand gilt das Legalitätsprinzip und damit der Grundsatz der festen Zuständigkeitsverteilung. Wer zur Willensbildung („Willensbildungskompetenz“) und wer zur Vollziehung des gebildeten Willens („Willensbetätigungskompetenz“) zuständig ist, bestimmt ausschließlich das Gesetz. Gemeinden sind zu einer abweichenden Regelung der Zuständigkeit nicht berechtigt (näher dazu Abschnitt III. Punkt 3.).
- 2.2.3 Eine Übertragung der Befugnis, über den Abschluss des Swap 4175 zu entscheiden, musste an den gesetzlichen Vorgaben scheitern: Aus § 11 Abs. 5 Z 1 und Z 3 GEOM folgt, dass der Gemeinderat bei Geschäften, die ihm zugewiesen sind, selbst entscheiden muss, eine Vertretung, wie bei den monokratischen Organen (§ 11 Abs. 4 GEOM), ist nämlich nicht zulässig, „soweit Geschäftsfälle nach dem StL 1992 und der Geschäftsverteilung für den Stadtsenat oder sonstige Rechtsvorschriften der kollegialen Beratung und Beschlussfassung vorbehalten sind“. Das gilt für alle in § 46 Abs. 1 StL aufgezählten Geschäftsfälle. Abgesichert wird das Übertragungsverbot durch § 11 Abs. 5 Z 3 GEOM wonach der Bürgermeister nicht einmal die Unterfertigung von Urkunden über Geschäfte, die der Gemeinderats- oder Stadtsenatszuständigkeit unterliegen, jemand anderem übertragen darf. Dass keine Eigenzuständigkeit des Magistrats oder des Bürgermeisters vorlag, wird im Detail unter Abschnitt III. Punkt 4. gezeigt.

2.3 Vertretungsbefugnis vor dem Hintergrund des § 867 ABGB

- 2.3.1 Was zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer unter der besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Gemeinde erfordert werde, ist nach § 867 ABGB aus der Verfassung derselben und den politischen Gesetzen zu entnehmen. Im rechtsgeschäftlichen Verkehr einer Gemeinde gelten zwar einerseits, so wie für jedes andere Rechtssubjekt, die Bestimmungen des Privatrechts. Andererseits sind aber auch die besonderen Vorschriften des jeweiligen Organisationsrechts zu beachten.
- 2.3.2 Der Gesetzgeber hat sich also – folgt man der Rechtsprechung – die Vertretung juristischer Personen des öffentlichen Rechts anders vorgestellt als jene von Privatpersonen. Während bei Letzteren die Privatautonomie, die rechtsgeschäftliche Handlungsfreiheit durch den Einsatz von Dritten wahrzunehmen, durch Verkehrsschutzgedanken weitestgehend eingeschränkt wurde, kommt vor dem Hintergrund des § 867 ABGB dem Verkehrsschutz bei Gemeinden eine geringere Bedeutung zu als der Autonomie der Willensbildung der Gemeinde; der Verkehrsschutz rückt also in den Hintergrund. Gleichzeitig tritt der besondere öffentliche Schutz, unter dem die Gemeinden stehen, in den Vordergrund. Es liegt also eine, verglichen mit dem allgemeinen Vertretungsrecht, untypische aber gewollte Risikoverteilung zu Lasten des Geschäftspartners vor.
- 2.3.3 Dieses Ungleichgewicht wird von Teilen der Literatur kritisiert. Es entspricht aber weiterhin der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass die Bestimmungen einer Gemeindeordnung, die bestimmte Rechtsgeschäfte dem Gemeinderat vorbehalten, nicht bloß interne Organisationsvorschriften darstellen, sondern eine Beschränkung der allgemeinen Vertretungsbefugnis, etwa des Bürgermeisters bedeuten. Hintergrund ist der Schutz der Interessen der juristischen Person, weshalb derartige Beschränkungen im Außenverhältnis wirksam sind und bei Fehlen eines Gemeinderatsbeschlusses ein Handeln des Vertreters nach außen die Gemeinde nicht bindet.
- 2.3.4 Es ist geradezu zwingend, dass auch die nachträgliche Genehmigung bei Gemeinden dann denselben restriktiven Willensbildungs- und Vertretungsregeln unterliegt wie vor Vertragsabschluss. Die ursprüngliche Beschlussfassung und die nachfolgende Genehmigung sind nur die zwei Seiten derselben Medaille (*Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, S 14, Beilage ./EW). Verlangt § 46 Abs. 1 StL die Willensbildung und Beschlussfassung im Gemeinderat, gilt das auch für die nachträgliche Genehmigung. Die spätere Sanierung eines schwebend unwirksamen Geschäftes kann nur durch das auch ursprünglich zuständige Organ erfolgen; und zwar durch das gesamte Organ; eine andere Frage ist, ob und wie kommuniziert wird, dass die Entscheidung im Gemeinderat „*schon gefallen ist*“ (Abschnitt III. Punkt 6.).

2.4 Konsequenzen für Anscheinsvollmacht und (nachträgliche) Anscheinsgenehmigung

- 2.4.1 Der Vorrang des § 867 ABGB und damit der Vorzug der privatautonomen Willensbildung der Gemeinde vor den Verkehrsschutzsinteressen Dritter hat auch Auswirkungen auf die Anscheinsvollmacht und die Anscheinsgenehmigung: Während es beim allgemeinen Vollmachtsrecht nur eines zurechenbaren Rechtsscheins bedarf, dass Vollmacht erteilt wurde, die in jeder beliebigen Aussage oder Handlung des Geschäftsherrn liegen kann, reicht bei der Gemeinde der Anschein, der Gemeinderat habe jemand Vollmacht erteilt, nicht. Vielmehr muss der Anschein erzeugt werden, das zuständige Organ (in concreto also der Gemeinderat) habe von seiner Willensbildungskompetenz zum Abschluss eines bestimmten Geschäftes Gebrauch gemacht, also ein konkretes Geschäft gewollt.
- 2.4.2 Es geht also bei Gemeinden nicht etwa um den Anschein der Übertragung der Willensbildungskompetenz, sondern um die eigene Willensbildung. Damit wird der „natürlichen Symmetrie“ zwischen tatsächlicher Erfüllung der Voraussetzungen für eine gesetzmäßige Willensbildung und dem Anschein, dass diese Voraussetzungen erfüllt wurden, Rechnung getragen. Nur so ist auch gewährleistet, dass der Gemeinderat das ihm von der Gemeindeordnung zugeordnete Übergewicht gegenüber anderen Gemeindeorganen wahren kann (*Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, S 5 f, Beilage ./EW).
- 2.4.3 Auch für die Anscheinsgenehmigung gilt demnach, dass es darauf ankommt, dass der Dritte aus dem Verhalten des Gemeinderates redlicher Weise den Eindruck gewinnen durfte (und auch tatsächlich gewonnen hat [vgl. Abschnitt II. Punkt 3.6]), der Gemeinderat habe nachträglich das Geschäft gewollt. Der Anschein einer nachträglichen Genehmigung ist also ebenfalls nur dann beachtlich, wenn er von dem dafür zuständigen Organ, nämlich in concreto, dem Gemeinderat gesetzt worden ist (Abschnitt III. Punkt 6.).

3. Es gibt keine zulässigen Revisionsgründe

3.1 Einleitung

- 3.1.1 Das Berufungsgericht hat sich – im Gegensatz zum Erstgericht – allein auf die für die beklagte Partei günstigste Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses (eine Auslegung, die die beklagte Partei ausdrücklich präferierte), nämlich die Qualifikation als zivilrechtliche Vollmacht beschränkt. Es kommt zum Ergebnis, dass die naheliegende teleologische Auslegung des Beschlusstextes das Swap-Geschäft niemals umfassen konnte. Der Grund für die Eindeutigkeit dieser rechtlichen Beurteilung liegt nicht zuletzt an den Ergebnissen des Beweisverfahrens: Danach ist nicht erwiesen, dass die beklagte Partei den

Gemeinderatsbeschluss oder zumindest ihren Inhalt bei Vertragsabschluss gekannt hat. Aus dem dann entscheidenden (Empfänger-)Horizont des ■■■■■ ■■■■ war jedenfalls ein derartiges Geschäft ausgeschlossen, eine Auslegung des Beschlusses, die ■■■■■ ■■■■ im Rahmen des Verfahrens ausdrücklich bestätigte (siehe Abschnitt I. Punkt 2.1.3).

- 3.1.2 Unter gleichsam vertrauenstheoretischen Gründen wäre ein anderes Ergebnis nur dann denkbar, wenn der Gemeinderat der Stadt Linz einen Anschein schuf, dass er das Swap-Geschäft entweder schon am Beginn oder später genehmigt habe. Daneben wäre (theoretisch) auch eine zumindest (ausdrückliche oder schlüssige) nachträgliche tatsächliche Genehmigung des Gemeinderates denkbar. Aufgrund des festgestellten Sachverhalts schied aber eine solche tatsächliche Genehmigung – mit Ausnahme der Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010 – von vornherein bereits dem Grunde nach aus: Einerseits hat der (zuständige) Gemeinderat gegenüber der beklagten Partei kein Verhalten gesetzt, das nach den strengen Anforderungen des § 863 ABGB als Willenserklärung gegenüber der beklagten Partei gedeutet werden könnte. Zum anderen konnte die beklagte Partei nicht einmal bescheinigen, dass sie jene Handlungen von Organen der Stadt Linz, die sie als (nachträgliche) Genehmigung deutete, wie etwa die Verabschiedung der Rechnungsabschlüsse, die Debt-Management-Berichte des ■■■■■ ■■■■ im Finanzausschuss, oder die Kontrollamtsberichte vor dem Beginn des Verfahrens überhaupt gekannt hat (sie hat – zu Recht – in dieser Richtung auch keinerlei Behauptungen aufgestellt).
- 3.1.3 Das Berufungsgericht verwarf die von der beklagten Partei behauptete konkludente Vollmachtseinräumung bzw. das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht zu Beginn des Geschäftes schon deshalb, weil die beklagte Partei nach den vom Berufungsgericht geteilten Feststellungen des Erstgerichtes, den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 bei Vertragsabschluss nicht einmal gekannt hat, sodass dieser bei ihr auch kein Vertrauen auf die Abschlussbefugnis des ■■■■■ ■■■■ auslösen konnte. Außerdem hätte die beklagte Partei den Gemeinderatsbeschluss redlicher Weise nicht als eine umfassende Vollmacht und zwar weder zum Abschluss undefinierter Finanzgeschäfte im Allgemeinen, noch zu einem Geschäft, wie es der Swap 4175 war, verstehen können.
- 3.1.4 Unter dem Gesichtspunkt der nachträglichen (konkludenten) Genehmigung des Geschäftes durch den Gemeinderat selbst untersuchte das Berufungsgericht – den Ausführungen der beklagten Partei, die außer einer Genehmigung durch Schweigen nichts vorgebracht hatte – nun die Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010. Es kam zu Recht (vgl. die Ausführungen der Stadt Linz unter Abschnitt III. Punkt 6.3.6.) zum Ergebnis, dass für die Annahme einer nachträglichen Genehmigung des Geschäftes in dieser Sitzung alle Voraussetzungen fehlten.

3.1.5 Auch eine (konkludente) Genehmigung des Geschäftes durch die Mitglieder des Finanzausschusses, in dem zumindest (anders als im Gemeinderat) vom Swap 4175 die Rede gewesen ist (wenn auch nicht von seiner zum Verständnis notwendigen Struktur bzw. wahren Natur), schied nach der Ansicht des Berufungsgerichtes deshalb aus, weil der Finanzausschuss keinen auch nur in irgendeiner Art und Weise so zu verstehenden Beschluss gefasst hat. Das auch deshalb, weil Ausschüsse keine Kompetenz dafür hatten. Ob im Kontrollausschuss der Swap 4175 überhaupt vorkam, ist mehr als fraglich (vgl. Abschnitt I. Punkt 3.1.19.), gewiss ist jedoch, dass die Jahresberichte des Kontrollamtes an den Gemeinderat keinerlei Hinweis auf das Geschäft enthielten und dass der Gemeinderat die Detailberichte an den Kontrollausschuss nicht hatte. Letztlich verneinte das Berufungsgericht auch die Genehmigung durch Vorteilszuwendung, weil dafür sowohl das Bewusstsein um die Kernpunkte des Geschäftes als auch der Genehmigungswille gefehlt haben. Die Stadt Linz geht darauf unter Abschnitt III. Punkt 6. ein, beschränkt sich im Folgenden daher nur auf Grundsätze, weil die von der beklagten Partei ins Treffen geführten erheblichen Rechtsfragen von Details nicht abhängen.

3.2 Nur das zuständige Organ konnte den Genehmigungsanschein erzeugen (daher kein Revisionsgrund)

3.2.1 Das Berufungsgericht hat eine nachträgliche Genehmigung des Geschäftes deshalb, weil die Mitglieder des Finanzausschusses zumindest von der Existenz des Swap 4175 Kenntnis hatten (hinsichtlich der Mitglieder des Kontrollausschusses steht das nicht einmal fest [vgl. Abschnitt I. Punkt 3.1.19.]), mit Bezug auf die Entscheidung 5 Ob 52/11z verneint. Allerdings habe sich das Höchstgericht dabei in seinem Urteil auf eine ältere Entscheidung (nämlich 8 Ob 573/90) berufen, in dem die Zustimmung des Bürgermeisters und der zuständigen Referenten für eine nachträgliche Genehmigung ausgereicht hätten. Außerdem habe es der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 3 Ob 57/15a offen gelassen, ob der gesamte Gemeinderat das unwirksame Geschäft nachträglich genehmigen muss, oder ob maßgebliche Mitglieder ausreichen. Es sei deshalb in der höchstgerichtlichen Judikatur (nach wie vor) ungeklärt, „[o]b es nun auf den Gemeinderat in seiner Gesamtheit ankommt oder welcher Teil davon für eine Willensbildung des Organs Gemeinde schon ausreicht [...]“, weil im gegenständlichen Fall „gewichtige Gemeinderatsteile“ involviert gewesen seien. Damit sei die Rechtsprechung nicht einheitlich.

3.2.2 Tatsächlich könnte die Rechtseinheit im Sinne des § 502 Abs. 1 ZPO betroffen sein, wenn sich aus den drei genannten Entscheidungen ergäbe, dass eine uneinheitliche Rechtsprechung des OGH vorliegt (*Lovrek in Fasching/Konecny*³ IV/1 § 502 Rz 20, 39 f). Allerdings wäre das noch nicht ausreichend, weil die in § 502 ZPO genannte Erheblichkeit der Rechtsfrage als weiteres eigenes Tatbestandserfordernis zu prüfen ist (*Lovrek aaO* Rz 26).

Erheblich ist eine Rechtsfrage regelmäßig schon dann nicht mehr, wenn sie einzelfallbedingt ist. Nun hat aber der Oberste Gerichtshof schon mehrmals entschieden, dass die Frage, ob nach den konkreten Umständen des Einzelfalls eine schlüssige (nachträgliche) Genehmigung des Gemeinderats anzunehmen ist – vom Fall einer korrekturbedürftigen Fehlbeurteilung abgesehen, die die beklagte Partei gar nicht behauptet hat – keine erhebliche Rechtsfrage darstellt (RIS-Justiz RS0014110 [T28]; 5 Ob 87/13z). Ebenso vertritt die Rechtsprechung, dass das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht immer nur eine Einzelfallentscheidung darstellen würde (5 Ob 270/02w; 6 Ob 102/11k). Danach ist die Revisionszulässigkeit zu verneinen, weil es an der Erheblichkeit der Rechtsfrage fehlt.

- 3.2.3 Eine zur Revisionszulässigkeit führende Uneinheitlichkeit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung besteht außerdem dann nicht (mehr), wenn sich – im Widerspruch zu älteren Entscheidungen – bereits eine neue gefestigte Rechtsprechung des OGH herausgebildet hat, der das Berufungsgericht gefolgt ist (*Lovrek aaO Rz 39* unter Hinweis auf 4 Ob 71/17w, 6 Ob 78/15m; RIS-Justiz RS0042688 [T5]). Selbst eine der bisherigen Rechtsprechung widersprechende und vereinzelt gebliebene jüngere Entscheidung, die durch die nachfolgende Rechtsprechung überholt ist, begründet keine Uneinheitlichkeit im Sinne des Gesetzes (7 Ob 31/17k).
- 3.2.4 Wie oben (Punkt 2.3.4) und (detaillierter) in Abschnitt III. Punkt 6. dargelegt, ist die nachträgliche Genehmigung eines vollmachtslos abgeschlossenen Geschäfts aus Systemgründen nur die andere Seite derselben Medaille. So wie bei einer ursprünglichen Willensbildung zu einem Geschäft nach § 46 StL nicht ein paar ausgewählte Mitglieder des Gemeinderates oder Ausschussmitglieder den vom Gesetz geforderten Beschluss fassen können, können sie das vollmachtslos abgeschlossene Geschäft auch nicht nachträglich genehmigen, wenn die ursprüngliche Beschlussfassung gefehlt hat. Bei der nachträglichen Genehmigung muss es sich, ebenso wie bei der ursprünglichen Beschlussfassung, um eine Beschlussfassung des Kollegiums handeln. Das ist völlig unstrittig (*Spitzer, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, S 6, 14, Beilage ./EW*). Bei den beiden Entscheidungen, die das Berufungsgericht anführt, ging es auch keineswegs um die Frage einer tatsächlichen Willensbildung, sondern um einen möglichen Anschein der nachträglichen Willensbildung im Gemeinderat. Hier kann man sich in der Tat die Frage stellen, ob sich der Dritte auch noch den Gemeinderatsbeschluss besorgen muss, wenn ihm maßgebliche Personen schildern, dass im Gemeinderat eine Beschlussfassung erfolgt ist, und sich der Gemeinderat auch tatsächlich seinen Willen zum Geschäft gebildet hatte, wie es sowohl in der Entscheidung 8 Ob 573/90 und 3 Ob 57/15a der Fall gewesen ist. Damit fehlt bei den Entscheidungen die Relevanz, weil es in ihnen nicht, wie die beklagte Partei meint, um die nachträgliche Willensbildung ging, sondern bloß um den von maßgeblichen Mitgliedern erzeugten Anschein. Ein solcher Anschein scheidet aber aktuell aus: Von den Vorgängen im

Finanz- und Kontrollausschuss ist nichts nach außen gedungen, schon gar nicht zur beklagten Partei.

- 3.2.5 Überdies ist die Entscheidung 8 Ob 573/90, die auf den ersten Blick den Eindruck erwecken könnte, eine Willensbildung des (gesamten) Gemeinderates sei entbehrlich, vereinzelt geblieben und durch die nachfolgende Rechtsprechung und völlig einheitliche Lehre überholt; es ist klar, dass es sich um einen „Ausreißer“ gehandelt hat (*Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, S 6, Beilage ./EW). Wie bereits *Wilhelm* erkannt hat, kann „[...] *der Vollmachtsschein nicht vom Vertreter, sondern [nur] vom Vollmachtsgeber (also vom Kollegium selbst) geschaffen werden*“ (Theatersommer in N. oder: Wie eine Gemeinde sich [nicht] vertreten lässt, *ecolex* 1991, 373). Der Oberste Gerichtshof hat diese Entscheidung auch schon in den Folgeentscheidungen, in denen es ebenfalls um den „Neulengbacher Kultursommer“ ging, mit der Entscheidung 3 Ob 551/91 korrigiert. Dort heißt es nämlich wörtlich: „[...] *Voraussetzung dieser Vollmacht ist allerdings, dass der Gemeinderat den äußeren Anschein gesetzt hat, dass er den erforderlichen Geschäftsführungsbeschluss gefasst habe*“. Dass das Höchstgericht dennoch eine Genehmigung annahm, erfolgt aus anderen Gründen, und das zu Recht: Der Gemeinderat hatte nämlich tatsächlich einen Beschluss gefasst, wonach dem Kultursommer „*die grundsätzliche Zustimmung erteilt wird, und Verträge und andere Details den zuständigen Gremien laufend bekanntgegeben werden*“. Die Tatsache, dass es einen genehmigenden Gemeinderatsbeschluss gegeben hat, wurde vom Bürgermeister dem Vertragspartner freudig („*Endlich geschafft. Antrag bei gestriger Gemeinderatssitzung angenommen*“) telegrafiert.
- 3.2.6 In der Folge entwickelte sich daraus eine völlig unbestrittene herrschende Rechtsprechung wie folgende beispielhafte Aufzählung zeigt: 4 Ob 197/07, 8 Ob 156/18m („... *maßgebend ist der vom zuständigen Organ erweckte Anschein [...]*“); 9 Ob 211/01x („[...] *wenn das kompetente Organ den Anschein erweckt [...]*“); RIS-Justiz RS0014726, 4 Ob 197/07k („[...] *nicht jedoch der Erklärungswert des Verhaltens von nicht vertretungsbefugten tatsächlich aber nach außen auftretenden Organen [...]*“); 6 Ob 316/00i („[...] *seine Grundlage im Verhalten des Vollmachtgebers [...]*“); 2 Ob 108/10m, 8 Ob 111/07t, 8 Ob 11/09i, RIS-Justiz RS0014727 („[...] *der Dritte wird im Vertrauen auf den äußeren Tatbestand nur dann geschützt, wenn das tatsächlich kompetente Organ den Anschein erweckt hat, die Handlung sei durch seine Beschlussfassung gedeckt [...]*“); 2 Ob 129/12b („[...] *so muss der äußere Tatbestand vom zuständigen Organ gesetzt werden [...]*“).
- 3.2.7 Selbst die Ausführungen des Höchstgerichtes in 3 Ob 57/15a sind schon in abstracto nicht geeignet, die Revisionsfähigkeit zu begründen, handelt es sich dabei bloß um ein obiter dictum, das die Entscheidung selbst nicht getragen hat (*Lovreka aaO Rz 40* unter Hinweis auf RIS-Justiz RS0042672; 4 Ob 75/17h). Unabhängig davon würde sie aber auch die

Revisionszulässigkeit nicht begründen: Die Entscheidung 3 Ob 57/15a griff bei der Frage der Voraussetzungen einer möglichen (nachträglichen) Anscheinsgenehmigung zwar auf die Entscheidung 8 Ob 573/90 mit den Worten: „*Demgegenüber erachtete zwar der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 8 Ob 573/90 das Verhalten mehrerer maßgeblicher Mitglieder des Gemeinderats als ausreichend [...]*“, zurück, es kam darauf aber nicht mehr entscheidend an, weil nicht feststand, „[...] dass mehrere maßgebliche Mitglieder des Gemeinderats vor oder zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung der Beklagten gegenüber einen äußeren Vertrauenstatbestand setzten“.

3.2.8 Das einzige Argument der beklagten Partei, dass – abgesehen von der Gemeinderatssitzung am 16. Dezember 2010 und dem, aus Sicht der beklagten Partei, Schweigen des Gemeinderats – die Stadt Linz den Swap 4175 nachträglich genehmigt habe, besteht in der Behauptung, die Angehörigen des Finanzausschusses und des Kontrollausschusses hätten vom Geschäft gewusst. Nachdem es – ohne jeden Zweifel – in beiden Ausschüssen zu keiner Willensbildung in Richtung einer nachträglichen Genehmigung des Geschäftes gekommen ist (und auch die hätte eine Genehmigung nicht bewirkt), kann es dabei also nur um den Anschein gehen, den die Mitglieder dieser Ausschüsse gegenüber der beklagten Partei in der Richtung einer nachträglichen Genehmigung hätten erzeugen müssen.

3.2.9 Damit fehlte aber die zentrale Voraussetzung für eine nachträgliche Sanierung. Die Vorgänge im Finanz- und Kontrollausschuss sind nicht nach außen gedrungen, jedenfalls kamen sie der beklagten Partei nicht zur Kenntnis (Gegenteiliges behauptet auch sie nicht). Für ein Vertrauen auf den äußeren Anschein müsste aber (vgl. 3 Ob 57/15a) zumindest feststehen, „dass maßgebliche Mitglieder der beklagten Partei gegenüber einen Vertrauenstatbestand gesetzt haben“.

3.2.10 Da ein solcher Anschein fehlt, könnte, selbst wenn man den beiden vom Berufungsgericht herangezogenen Entscheidungen folgt, niemals ein positives Urteil zugunsten der beklagten Partei ergehen. Für die Zulässigkeit der Revision hätten die beiden Entscheidungen aber relevant sein müssen. Das sind sie nicht. Fehlende Relevanz für die Entscheidung des zu beurteilenden Falls schließt das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage aus (RIS-Justiz RS0088931 [T2]; [T8]).

3.3 Auch die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses ist nicht relevant

3.3.1 Die beklagte Partei wirft dem Berufungsgericht unter der Überschrift „Weitere Gründe für die Zulässigkeit der Revision“ vor, den Gemeinderatsbeschluss als „bloße Einzelvollmacht“ (was immer sie damit meint) verstanden und deshalb lediglich auf die Ebene Gemeinderat/ abgestellt zu haben. In Wahrheit sei der Gemeinderatsbeschluss unabhängig vom

Innenverhältnis zwischen dem Gemeinderat und ██████████ abstrakt auszulegen. Das Berufungsgericht habe sich mit dieser Vorgangsweise in Widerspruch zur „völlig herrschenden Lehre und Rechtsprechung“ gesetzt.

- 3.3.2 Aus den Fundstellen, welche die beklagte Partei dazu nennt, wird allerdings nicht klar, auf welche Rechtsprechung und Lehre sie sich eigentlich beruft. Außerdem hat sie nicht bedacht, dass sie nach den Feststellungen des Erstgerichtes, wie vom Berufungsgericht bestätigt, den Gemeinderatsbeschluss nicht gehabt und auch dessen genauen Wortlaut nicht gekannt hat (soweit ihre Ausführungen demgegenüber vom Gegenteil ausgehen, ist die Rechtsrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt, weil eine solche erfordert, dass sie auf den von den Vorinstanzen festgestellten und nicht auf einem von ihr für richtig gehaltenen Sachverhalt („Wunschsachverhalt“) aufbaut (st Rsp: RIS-Justiz RS0042828 ua.).
- 3.3.3 Damit war von einer Innenvollmacht zwischen dem Gemeinderat und ██████████ auszugehen, bei dem es naturgemäß nicht darum geht, wie ein außenstehender Dritte die „Vollmacht“ verstehen durfte (*Perner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 8; *P.Bydlinsky* in KBB⁶ § 1017 Rz 2). Das gilt auch dann, wenn es an sich eine auch an Dritte gerichtete Vollmachtserklärung des Geschäftsherrn gegeben hat. Macht der Dritte von der Möglichkeit, sich vom Bestehen und vom Umfang der Vollmacht durch Einsicht in die Vollmachtsurkunde zu überzeugen, nicht Gebrauch, wird er so behandelt, als hätte es nur eine Innenvollmacht gegeben. Der Umstand, dass in concreto der Beschluss des Gemeinderats öffentlich zugänglich war, ändert daran nichts. Bei der Vertretung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Geschäftsherr berechtigt ist, die Vertretung privatautonom zu gestalten. Dieses Gestaltungsrecht findet seine Grenzen im Schutz des Dritten, der über den tatsächlichen Inhalt der Vertretungsmacht nicht Bescheid weiß. Macht er von der Möglichkeit, sich selbst einen Einblick in das Bestehen und den Inhalt der Vollmacht zu verschaffen, keinen Gebrauch, so bedarf es keiner Einschränkung der Privatautonomie des Geschäftsherrn. Schutzwürdig ist zu Lasten der Privatautonomie nur jener, demgegenüber ein abweichender Vertrauenstatbestand gesetzt worden ist und wer auch tatsächlich darauf vertraut hat (*Perner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1029 Rz 10). Der Dritte wird nur insofern geschützt, als für ihn die Kenntnis vom Inhalt der Vollmacht kausal für den Abschluss des Geschäftes war. Fehlt diese Kenntnis, besteht keine Veranlassung, den Dritten im Verhältnis zum Geschäftsherrn zu schützen (vgl. RIS-Justiz RS0019490).
- 3.3.4 Die Auslegung von Vollmachten ist darüber hinaus einzelfallbezogen und daher grundsätzlich nicht revisibel (*Lovrek in Fasching/Konecny*³ IV/1 § 502 ZPO Rz 51, 80 mwN). Die beklagte Partei bringt keine Gründe vor, warum es hier ausnahmsweise anders sein sollte; insbesondere behauptet sie keine krass fehlerhafte Einzelfallentscheidung. Da feststeht, dass die beklagte Partei den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 nicht kannte, ist die

Beantwortung der Frage, wie dieser Beschluss vom Empfängerhorizont eines Dritten zu verstehen ist, danach bloß theoretischer Natur. In einem solchen Fall handelt es sich um keine erhebliche Rechtsfrage (Lovreč aaO Rz 115 mwN; RIS-Justiz RS0111271; RS008931).

3.4 Bei der Frage einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis hat der OGH keine Leitfunktion

3.4.1 Die beklagte Partei vermisst die Rechtseinheit und Rechtssicherheit, weil zwar der Verwaltungsgerichtshof die fehlende aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht eines Geschäftes, wie es der Swap 4175 gewesen ist, verneint hat, das Erstgericht aber dennoch die Genehmigungspflicht annahm. Die Frage ginge auch über den konkreten Fall hinaus, weil eine Vielzahl anderer Kommunen, deren Gesetze ähnlich oder teilweise sogar idente Formulierungen aufweisen, wie das StL 1992, davon betroffen wären. Auch damit zeigt die beklagte Partei keine erhebliche Rechtsfrage auf.

3.4.2 Aufgabe des Obersten Gerichtshofes ist es, im Bereich des Zivilrechtes eine Leitfunktion einzunehmen. Diese Funktion fehlt regelmäßig bei der Auslegung von nicht in die Kompetenz der ordentlichen Gerichte fallenden Rechtsmaterien, wie es die Frage nach einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung des Swap 4175 ist. Dazu kommt, dass die Zivilgerichte in Fragen aufsichtsbehördlicher Genehmigungspflichten bei Gemeinden ohnehin an die Entscheidung der Verwaltungsbehörde gebunden sind, wenn diese über eine im Zivilverfahren zu prüfende Vorfrage als Hauptfrage entschieden hat. Wenn das noch nicht der Fall war, genügt es, wenn das Zivilgericht nur prüft, ob es denkunmöglich ist, den zu beurteilenden Sachverhalt unter einen Genehmigungstatbestand zu subsumieren (6 Ob 73/14z und 10 Ob 14/19k). Abgesehen davon, dass die beklagte Partei nicht sagt, ob und welche Bestimmungen in anderen Bundesländern noch relevant sind, kann das Höchstgericht unter diesen Rahmenbedingungen jedenfalls seine Leitfunktion nicht ausüben, sodass auch hier die Revisionszulässigkeit nicht besteht (RIS-Justiz RS0116438; RS0113455).

3.4.3 Ferner ist zu berücksichtigen, dass der OÖ Landesgesetzgeber mit der Novelle LGBl Nr. 1/2012 den Abschluss von Finanzgeschäften ausdrücklich in den Katalog der zustimmungspflichtigen und – unter Umständen – aufsichtsbehördlich genehmigungsbedürftigen Geschäfte aufgenommen hat (hinsichtlich der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht erfolgte das in § 58 StL). Damit steht seit jetzt beinahe zehn Jahren die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht von Finanzgeschäften, wie es der Swap 4175 war, auch direkt im Gesetz. Damit ist die Frage nicht mehr relevant. Die Auslegung von Bestimmungen, die derart lange schon nicht mehr zum Rechtsbestand gehören, stellt regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage dar; das gilt insbesondere für die

Auslegung einer in dieser Form nicht mehr bestehenden Norm des Verwaltungsrechtes (RIS-Justiz RS0113455 [T2]).

3.5 Gemeinderatszuständigkeit für Derivatgeschäfte findet sich seit 2012 ausdrücklich im Gesetz, sodass die Revisibilität fehlt

- 3.5.1 Die beklagte Partei wirft den Instanzgerichten vor, die Rechtslage, was die Beschlusszuständigkeit des Gemeinderates für den Swap 4175 angeht, massiv verkannt zu haben, wobei sie sich sowohl auf eine angeblich gegenteilige Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes als auch darauf beruft, dass eine Zuständigkeit des Gemeinderates schon deshalb nicht in Betracht käme, weil § 46 StL eine taxative Aufzählung enthalte; Swaps, Derivate oder sonstige Finanzgeschäfte seien in dieser Bestimmung nicht genannt.
- 3.5.2 Wie die Instanzgerichte zutreffend erkannt haben (Abschnitt III. Punkt 8.), fiel der Abschluss des Swap 4175 jedenfalls unter die Ziffer 12 des § 46 Abs. 1 StL, der ganz generell alle entgeltlichen Geschäfte erfasst, bei denen die Gegenleistung, sei es in Geld, sei es in Sachleistung (Tausch), die dort genannten Grenzwerte überschreiten. Auf eine taxative Aufzählung kommt es in dieser Ziffer gerade nicht an. Die Rechtslage war also völlig klar. Dass der Verwaltungsgerichtshof über die Zuständigkeit des Gemeinderates für den Abschluss von Finanzgeschäften tatsächlich nicht entschieden hat, wurde von den Instanzgerichten ebenfalls zu Recht angenommen (Abschnitt III. Punkt 2.3). Außerdem findet sich seit der Gesetzesnovelle des Jahres 2012 (LGBI Nr. 1/2012) der Abschluss von Finanzgeschäften als Zuständigkeitstatbestand neben der Aufnahme von Darlehen jetzt auch ausdrücklich in der Ziffer 9 von § 46 StL.
- 3.5.3 Es stimmt zwar, dass es von Seiten des Obersten Gerichtshofes keine ausdrückliche Entscheidung gibt, ob Finanzgeschäfte von der Art des Swap 4175 unter die Ziffer 9 des § 46 StL (alt) gefallen sind, damit kann aber die beklagte Partei die Revisionszulässigkeit nicht begründen: Trotz Fehlens einer ausdrücklichen Rechtsprechung liegt nämlich dann keine erhebliche Rechtsfrage vor, wenn sie im Gesetz oder in anderen generellen Regelungen so eindeutig gelöst ist, dass nur eine Auslegungsmöglichkeit ernstlich in Betracht kommt bzw. die Auslegung auch im Schrifttum nicht in Zweifel gezogen wird (*Lovrek in Fasching/Konecny*³ IV/1 § 502 ZPO RZ 30 mwN). Die Zuständigkeit des Gemeinderates ergibt sich aus dem Gesetz, und auch im Schrifttum ist es völlig unumstritten, dass für den Abschluss solcher Finanzgeschäfte nur der Gemeinderat in Betracht kommt (vgl. Abschnitt III. Punkt 2.). Dass den Instanzgerichten bei der Subsumption grobe Auslegungs- bzw. Denkfehler unterlaufen wären, behauptet die beklagte Partei auch nicht.

- 3.5.4 Außerdem gilt auch für die Frage der Gemeinderatszuständigkeit, dass die Auslegung einer (bereits seit Langem) nicht mehr zum Rechtsbestand gehörenden Bestimmung des Verwaltungsrechtes keine die Rechtseinheit betreffende Rechtsfrage erheblicher Bedeutung betrifft.
- 3.5.5 Letztlich würde die Verneinung der Gemeinderatszuständigkeit der beklagten Partei auch nicht zu einem positiven Urteil verhelfen, wäre dann doch der Stadtsenat zuständig gewesen (§ 47 Abs. 4 StL). Damit fehlt der Entscheidung zusätzlich die Relevanz.
- 3.6 Dass es keinen Vertrauensschutz ohne Vertrauen gibt, ist unstrittig. Damit ist die Rechtseinheit gewahrt
- 3.6.1 Das Berufungsgericht hat (vgl. Punkt 1.4) ein schützenswertes Vertrauen der beklagten Partei auf den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 zutreffend mit dem Grundsatz verneint: „Was man nicht kennt, darauf kann man auch nicht vertrauen“ (Wilhelm, Anmerkung zu 3 Ob 551/91, ecolex 1991, 678). Die beklagte Partei sieht darin ein Abgehen von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, weil es „nach Ansicht des OGH“ nicht darauf ankommt, dass der Dritte den Vertrauenstatbestand tatsächlich gekannt hat, für das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht bzw. einer (nachträglichen) Anscheinsgenehmigung reiche es aus, dass der Anschein dem Dritten nur objektiv erkennbar gewesen sei; er müsse ihn weder gekannt noch darauf vertraut haben. Sie beruft sich dabei auf ein obiter dictum in einer älteren Entscheidung, und zwar in 3 Ob 551/91.
- 3.6.2 Wäre diese Entscheidung des Höchstgerichtes tatsächlich so zu verstehen, was sie nicht ist (dazu im Folgenden), so wäre sie durch die nachfolgende einhellige Rechtsprechung und übereinstimmende Lehre überholt. Es läge also trotz dieser Abweichung keine Uneinheitlichkeit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung vor (Lovrek in Fasching/Konecny³ IV/1 § 502 Rz 39 mwN).
- 3.6.3 Im Zusammenhang mit dem Konstrukt des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand und die Anscheinsvollmacht hat noch niemand die drei unabdingbaren Voraussetzungen dafür bezweifelt: das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes, die zurechenbare Verursachung des Anscheins durch den Vertretenen und – für die hier entscheidende Frage – das gutgläubige Vertrauen auf den Anschein durch den Dritten (P. Bydlinsky, KBB⁴ § 1029 Rz 6).
- 3.6.4 Nur der gutgläubige Dritte wird geschützt. Das ist derjenige, dem das anscheinsbegründende Verhalten bekannt und der im guten Glauben über die Befugnis des Vertreters zum Abschluss des konkreten Geschäftes ist. Im Einklang mit den allgemeinen Prinzipien der Rechtsscheinlehre schadet bereits leichte Fahrlässigkeit (Perner in Kletečka, ABGB-ON^{1 02}

§ 1029 Rz 10 mwN). Die Position der Rechtsprechung war in dieser Richtung auch immer eindeutig, wie der Rechtssatz RS 0019490 und die lange Kette an Entscheidungen zeigt: „Der Dritte wird nur dann geschützt, wenn für ihn die Erstellung dieses Rechtsscheins kausal für den Abschluss des Geschäftes war, wozu gehört, dass ihm zu diesem Zeitpunkt das den Rechtsschein auslösende Verhalten überhaupt bekannt war. Dafür ist er behauptungs- und beweispflichtig. Fehlte diese Kenntnis, besteht keine Veranlassung, den Dritten im Verhältnis zum Vertretenen zu schützen“. Das bedeutet nicht zuletzt, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits alle Umstände vorhanden sein müssen, die geeignet sind, den begründeten Glauben zu erwecken (6 Ob 316/00i).

- 3.6.5 Schlechtgläubig ist auch nach der Rechtsprechung bereits, wer Bedenken haben musste (8 Ob 201/97k; 6 Ob 102/11k). Aus diesem Grunde verlangt die Rechtsprechung vom Dritten, wenn er sich auf die (tatsächlich nicht vorhandene) Vertretungsmacht berufen will, sogar die Einsicht in Vereinsstatuten, die nicht so ohne Weiteres zur Verfügung stehen. Auch kann sich niemand auf einen äußeren Tatbestand berufen, wenn sich die Beschränkung der Vertretungsmacht schon aus dem Gesetz ergibt (RIS-Justiz RS0014715).
- 3.6.6 Auch was die schlüssige Genehmigung angeht, darf es keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, geben, dass der unwirksam Vertretene einen solchen Willen äußern wollte. Es gilt der Maßstab des § 863 ABGB (RIS-Justiz RS0014374; RS0021980). Nichts anders ist es bei der Anscheinsgenehmigung, unterscheiden sie sich doch nur darin, dass im ersteren Fall der äußere Tatbestand eine Willenserklärung nahelegt, während es sich im zweiten Fall um eine Willenskundgebung handelt (*Welser*, Äußerer Tatbestand, Duldung und Anschein im Vollmachtsrecht, JBI 1979, 1 [5]).
- 3.6.7 Tatsächlich brachte der Oberste Gerichtshof in 3 Ob 551/91 nicht (auch nicht obiter) zum Ausdruck, es gäbe Vertrauensschutz ohne Vertrauen. Der Gemeinderat hatte nämlich in dem zu entscheidenden Fall tatsächlich antragsgemäß den Beschluss auf Abschluss des Vertrages gefasst und damit seine Geschäftsführungsbefugnis ausgeübt. Der Bürgermeister teilte das dem damaligen Kläger ausdrücklich mit („*Endlich geschafft* [...]“). Dass das Höchstgericht in einem solchen Fall nicht verlangt hat, dass sich der spätere Kläger auch noch den Beschluss selbst besorgte, hat seinen Grund darin, dass mit der Mitteilung des Bürgermeisters für ihn, der um die Notwendigkeit einer Beschlussfassung des Gemeinderates gewusst hat, alles klar war.
- 3.6.8 Im Zusammenhang mit der beklagten Partei gab es aber nichts, was für sie, die sich erst bei Streitausbruch überhaupt dafür interessiert hat, auf eine Befassung durch den Gemeinderat oder seiner Mitglieder mit dem Geschäft hingedeutet hätte.

III. Sonstige rechtliche Beurteilung der Sache

1. Einleitung

1.1 Bereits in Abschnitt II. ist die Stadt Linz auf Rechtsfragen eingegangen. Dieses Eingehen war allerdings derart beschränkt gewesen, dass sie einen Zusammenhang mit der Revisionszulässigkeit haben mussten. Dazu kam, dass sich das Berufungsgericht lediglich mit einer auf einer zivilrechtlichen Vollmacht des Gemeinderates beruhenden Vertretungsbefugnis von ██████████ auseinandergesetzt hat.

1.2 Die beklagte Partei richtet ihre Revision wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung des Berufungsgerichts auch umfassend gegen die Rechtsmeinung des Erstgerichtes.

1.3 Dementsprechend wird auch die Stadt Linz in den folgenden Punkten der Revisionsbeantwortung im Detail auf die anderen Rechtsthemen, die vom Berufungsgericht nicht behandelt wurden, eingehen.

2. Die Zuständigkeit des Gemeinderates der Stadt Linz (über den Geschäftsabschluss zu entscheiden)

2.1 Vorbemerkungen

2.1.1 Unabhängig von den einzelnen organisationsrechtlichen Zuständigkeitskatalogen vertritt die herrschende, nach wie vor unbestrittene, Meinung (die zum Teil bereits lange vor Abschluss des Swap 4175 veröffentlicht wurde), dass Finanzgeschäfte im Allgemeinen und Derivatgeschäfte im Besonderen Angelegenheiten sind, die in die Entscheidungskompetenz des Gemeinderates fallen (vgl. *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement, 228; ebenso *Prändl*, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenze der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 383 f: „*Die Abschlusskompetenz von Swap-Geschäften liegt unstrittig beim Gemeinderat [...] Der Abschluss von Swap-Geschäften bedarf daher zu seiner Wirksamkeit der Beschlussfassung durch den Gemeinderat*“; weiters *N. Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013, 66 ff: „*Dem Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags, mit dem über erhebliche Vermögenssummen disponiert wird, hat nach den einschlägigen Grundlagen der GemO der Länder ein Beschluss des im Einzelfall zuständigen Kollegialorgans (Gemeinderat [GemR], Stadtsenat) zugrunde zu liegen (unabdingbare Gültigkeitsvoraussetzung). In diesen Konstellationen besteht keine selbständige Geschäftsführungsbefugnis eines Bgm. oder anderer Gemeindedienststellen (Magistrat), zumal kein Fall der laufenden Geschäfte der Gemeindeverwaltung vorliegt.*“). Der Grund liegt darin, dass das Finanzmanagement, auch in Form des Abschlusses von

Finanzgeschäften, zum Haushaltswesen der Gemeinde gehört und damit genuin den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden betrifft (Art 118 Abs. 4 B-VG). Für diesen ist der Gemeinderat das (ausschließlich) beschließende Organ. Das konnte der beklagten Partei, die für sich eine besondere Expertise bei der kommunalen Finanzierung von Gemeinden in Anspruch nahm (vgl. etwa die idente Aussage in Beilage ./BJ1, S 7, Beilage ./BJ3, S 7, oder Beilage ./BJ4, S 8: „*Langjährige Erfahrung der BAWAG-PSK-Gruppe mit Expertenteam.*“), nicht verborgen geblieben sein.

- 2.1.2 Ursprünglich hat das auch die beklagte Partei vertreten. Jetzt beharrt sie aber plötzlich darauf, es habe a priori keine Zuständigkeit des Gemeinderates bestanden, sich mit dem Swap 4175 zu befassen, ihn zu beraten oder sogar abzuschließen. Die Begründung dafür ist, dass Derivatgeschäfte weder im Allgemeinen noch Swap-Verträge im Besonderen in der (taxativen) Aufzählung der bewilligungspflichtigen Geschäfte des Gemeinderates in § 46 StL genannt sind. § 46 Abs. 1 Z 12 StL, der nur allgemein von Verträgen spricht, sei nicht anwendbar, weil bei einem Derivatgeschäft, wie es der Swap 4175 war, keine Gegenleistung bei Abschluss identifizierbar wäre. Letztlich habe der Verwaltungsgerichtshof in zwei einschlägigen Entscheidungen klargemacht, dass der Abschluss des Swap 4175 nicht genehmigungspflichtig gewesen ist.
- 2.1.3 Der beklagten Partei ist dabei zusätzlich der Vorwurf zu machen, dass ihre einzelnen Begründungslinien, die sie bemüht, miteinander logisch in Widerspruch stehen, sodass man nicht weiß, woraus sie die Vertretungsbefugnis des ██████████ ████████ letztlich ableitet. Hatte, um beim Argument der Unzuständigkeit des Gemeinderates zu beginnen, dieser gar nicht über den Abschluss des Swap 4175 zu entscheiden, so kann die beklagte Partei nicht erklären, warum sich die Zuständigkeit des ██████████ ████████, etwa unter dem Gesichtspunkt der verwaltungsrechtlichen Weisung oder der Approbationsbefugnis, vom Gemeinderat ableiten soll, setzen Weisung und Approbationsbefugnis doch (logisch) voraus, dass der an sich zuständige Gemeinderat seine Befugnis übertragen hat.
- 2.1.4 War der Gemeinderat organisationsrechtlich gar nicht zuständig, so konnte die Vertretungsbefugnis des ██████████ ████████ dann höchstens auf einer Eigenzuständigkeit des Magistrats nach § 51 StL oder auf der des Bürgermeisters nach § 49 StL beruhen. Beide Zuständigkeitsnormen enthalten aber, wie sich aus ihrer Textierung und aus einem Umkehrschluss aus § 47 Abs. 4 StL ergibt, ebenso nur eine taxative Aufzählung der Zuständigkeiten. In ihnen finden sich weder Finanzgeschäfte noch Derivatgeschäfte noch Swaps.
- 2.1.5 Hauptsächlich stützt sich die beklagte Partei aber ohnehin auf eine zivilrechtliche Bevollmächtigung durch den Gemeinderat, was aber konsequenterweise voraussetzt, dass

dieser zuständig war und mit seiner Vollmacht die Zuständigkeit, wenn auch in Form der Übertragung der Willensbildungskompetenz, auf ██████████ ██████████ übertragen wurde. Wenn er aber, wie die beklagte Partei jetzt behauptet, gar nicht zuständig war, wie hätte er Vollmacht erteilen können.

2.2 Der Gemeinderat als willensbildendes Organ der Gemeinde

- 2.2.1 Neben dem allgemeinen Verständnis zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, dass zivilrechtliche Verträge, mit denen über erhebliche Vermögenssummen disponiert wird, der Willensbildung und Beschlussfassung eines Kollegialorgans unterliegen, ergibt sich die Zuständigkeit aus § 46 StL: Gemäß § 46 Abs. 1 Z 9 StL war die Aufnahme von Darlehen mit einem EUR 100.000,00 übersteigenden Nominale dem Gemeinderat vorbehalten. Die Novelle zum Linzer Stadtstatut, LGBl Nr. 1/2012, nennt unter dieser Ziffer neben der Aufnahme und Gewährung von Darlehen nunmehr auch den Abschluss sonstiger Finanzgeschäfte, wobei die Gesetzesmaterialien darauf hinweisen, es habe sich lediglich um eine Klarstellung gehandelt (Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten des OÖ Landtags, Blg. Nr. 366/2011 und Blg. Nr. 369/2011). Nach § 46 Abs. 1 Z 12 StL ist ausschließlich der Gemeinderat für den Abschluss und die Auflösung sonstiger Verträge zuständig, wenn das darin (nämlich im Vertrag) festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000,00 oder das jährliche Entgelt EUR 50.000,00 übersteigt.
- 2.2.2 Bereits die Ziffer 9 des § 46 StL, nämlich die Zuständigkeit des Gemeinderates für die Aufnahme von Darlehen ab einer bestimmten Größenordnung, war einschlägig. Das Gesetz sprach zwar nur von der Aufnahme eines Darlehens, gemeint war aber nicht die Aufnahme an sich, sondern die dadurch ausgelösten Verpflichtungen zur Zahlung von Zinsen und die spätere Rückführung des Kapitals. Die Stadt Linz darf nämlich nach Abschnitt II („Vermögenswirtschaft“) des Stadtstatus überhaupt nur Darlehen aufnehmen, „[...] *wenn die Amortisationsverpflichtungen die dauernde Leistungsfähigkeit der Stadt nicht überschreiten*“. Der Gemeinderat soll also immer dann entscheiden, wenn durch Geschäfte oder sonstige vermögensrechtliche Maßnahmen die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinde betroffen ist.
- 2.2.3 Derivatgeschäfte der öffentlichen Hand müssen, um zulässig zu sein, einen engen Konnex mit bereits bestehenden Darlehen haben (*Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement, 199 ff [2001]). Ihre Aufgabe ist es, die erforderlichen Finanzierungsmittel und deren Rückzahlungsverpflichtungen zu möglichst geringen mittel- bis langfristigen Finanzierungskosten zu gewährleisten. Sie wirken also wirtschaftlich auf die Finanzierungsbedingungen ein. Ein derartiger Eingriff in die Bedingungen eines Kredits oder Darlehens beinhaltet – was die wirtschaftliche Belastung der Gemeinde angeht – ebenso ein

Risiko wie der ursprüngliche Vertragsabschluss, wenn nicht sogar in Einzelfällen ein viel höheres Risiko. Für die Abschätzung und das Eingehen wirtschaftlicher Risiken ist der Gemeinderat zuständig (in diesem Sinne schon das LG Linz im Urteil vom 11. Dezember 2013, 23 Hv 79/13k, S 49 f, Beilage ./HE, und *Holoubek/Lienbacher/Potacs*, Rechtsgutachten zur gemeindeaufsichtsrechtlichen Beurteilung eines „Swap-Geschäfts“ nach § 78 Abs. 1 Z 2 Stadtstatut Linz, Beilage ./EV).

- 2.2.4 Nach der Meinung der beklagten Partei war es Aufgabe des Swap 4175, nicht nur die Zinsen aus der Schweizer Frankenleihe zu verbilligen, sondern mit dem getauschten Fixzins das Risiko aus dem 6-Monats-CHF-LIBOR zu beschränken. Damit bestand der Zweck des Geschäftes in seinem Einwirken auf die bestehenden Bedingungen der Schweizer Frankenleihe. Es wäre nun ein grober Wertungswiderspruch, wenn zwar nachträgliche Änderungen der Darlehensbedingungen genehmigungspflichtig wären, nicht aber die Herbeiführung des gleichen Effekts durch Derivatgeschäfte. Diese sind daher, wenn sie darauf abzielen, die Bedingungen eines bestehenden Darlehens, dessen Aufnahme gemeinderatspflichtig war, zu ändern, ebenso dem Gemeinderat vorzulegen. Dass solche Derivatgeschäfte nur mittelbar auf die Darlehensbedingungen Einfluss nehmen, ist nicht ausschlaggebend (vgl. 10 Ob 14/19k). Es gelten mutatis mutandis für die Subsumtion derartiger Derivatgeschäfte unter § 46 Abs. 1 Z 9 StL die gleichen Gründe wie für deren aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht. Daher wird auf die umfangreichere Begründung unter Abschnitt III. Punkt 8. verwiesen.
- 2.2.5 Dafür spricht auch, dass der Swap 4175 die gleiche Wirkung hatte, wie die Aufnahme eines Fremdwährungskredits: Ist man sich nämlich bewusst, dass hinter der Swap-Formel die Verschreibung von 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen durch die Stadt Linz steht, so entspricht das der Aufnahme eines Kassakredits mit einem Nominale von über 1 Milliarde Schweizer Franken (Gerichtsgutachten, S 55; ebenso Uwe Wystup, Protokoll vom 9. Dezember 2016, ON 456, S 10). Damit kann es keinen Zweifel darüber geben, dass der Abschluss eines Finanzgeschäfts, wie es der Swap 4175 war, das gleiche, wenn nicht sogar (mangels Zuflusses der Kreditvaluta) typischerweise sogar ein höheres wirtschaftliches Risiko auslöst wie die Aufnahme eines Darlehens. Wenn ein Derivatgeschäft die gleiche Wirkung hat, wie die Aufnahme eines Darlehens, dann ist es auch als Darlehen zu behandeln. Es ist in diesem Zusammenhang – und das ist zusätzlich zu erwähnen – daher unverständlich, wenn die beklagte Partei der Stadt Linz auf der einen Seite wiederholt vorwirft, sie habe sich mit der Schweizer Frankenleihe in Höhe von (im Vergleich dazu bloß) CHF 195 Mio bewusst einem unkalkulierbaren Fremdwährungsrisiko ausgesetzt, gleichzeitig aber der Stadt Linz ein Geschäft empfiehlt, das ein mehr als fünffaches Fremdwährungsrisiko auslöste. Und dieses soll, weil offenbar zu den Routineangelegenheiten gehörend, nicht einmal gemeinderatspflichtig gewesen sein.

- 2.2.6 Unabhängig davon fallen nach § 46 Abs. 1 Z 12 StL ohnehin alle sonstigen Verträge in die Zuständigkeit des Gemeinderats, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000,00 oder das jährliche Entgelt EUR 50.000,00 übersteigt. Art und Inhalt des Vertrages sind dabei irrelevant. Daher ist es für diesen Kompetenztatbestand bedeutungslos, dass im Text die Begriffe Derivatgeschäft, Finanzgeschäft, Swap, u. Ä. nicht vorkommen. Das behauptet im Gegenteil aber die beklagte Partei, die ihre Behauptung, die schon dem Wortlaut des Kompetenztatbestandes widerspricht, nur damit begründet, der Verwaltungsgerichtshof habe anders entschieden. Die Unhaltbarkeit dieser Begründung haben schon die Gerichte zurückgewiesen. Die Stadt Linz geht im folgenden Punkt 2.3 ebenfalls (ergänzend) darauf ein.
- 2.2.7 Nach der Swap-Formel musste die Stadt Linz im Rahmen der Zinskomponente zu jedem Zahlungstermin jedenfalls einen Zinssatz von 0,065 %, bezogen auf CHF 195 Mio, an die beklagte Partei leisten, die ihrerseits von der beklagten Partei den 6-Monats-CHF-LIBOR erhielt, den sie dann zur Bedienung der Zinsen aus der Schweizer Frankenleihe abführte (das waren die beiden Zahlungsströme, von denen die beklagte Partei selbst ständig spricht). Bei einem Nominale von CHF 195 Mio (das waren damals rund EUR 120 Mio) und dem von der Stadt Linz immer zu zahlenden Fixzinssatz von 0,065 % ergibt sich für die Stadt Linz – im günstigsten Fall – aus dem Swap 4175 eine jährliche Zahlungsverpflichtung von CHF 126.750,00, was unter Heranziehung des EUR/CHF-Wechselkurs-Standes im Jahr 2007 einen Betrag von rund EUR 75.000,00 jährlich bedeutete. Damit ist, wie das Erstgericht ausgeführt hat, in jedem Fall der Schwellenwert der Ziffer 12 überschritten. Zudem ist damit, bezogen auf die Laufzeit von zehn Jahren, jedenfalls auch die Grenze von EUR 100.000,00 überschritten.
- 2.2.8 Dazu kam noch der Differenzausgleich aus den verschriebenen Optionen (das sogenannte „FX-Adjustment“), zu dem sich die Stadt Linz gegenüber der beklagten Partei zusätzlich verpflichtet hatte. Beim Swap 4175 gab es also zwei Leistungen, und zwar den eigentlichen Zinsentausch (fixe gegen variable Zinsen) auf der einen Seite und den Verkauf der Terminoptionen von der Stadt Linz an die beklagte Partei auf der anderen Seite (vgl. Abschnitt I. Punkt 2.2.3, insbesondere Punkt 2.2.3.6 ff). Zu Recht betonte daher das Berufungsgericht, dass sich damit (tauschähnlich) zwei entgeltliche Leistungen am Beginn des Vertrages gegenüberstanden, die spiegelbildlich jeweils den Verpflichtungen der beiden Parteien entsprachen und die sich bewerten ließen.
- 2.2.9 Das ist im Rahmen des Verfahrens durch die Sachverständigen auch geschehen. Während der Marktwert des Zinsentausches bei Vertragsabschluss bei EUR 29,8 Mio zugunsten der Stadt Linz (Gerichtsgutachten, Tabelle S 62 „Zinsteil (Marktwert) Fall Q“) lag, betrug der Marktwert der verkauften Optionen zu Lasten der Stadt Linz EUR 49,6 Mio (Gerichtsgutachten, Tabelle S 62 „Optionen (Marktwert) Fall Q“). Letzterer Wert stellte das

nach § 46 Abs. 1 Z 12 StL im Vertrag „festgesetzte Entgelt“ dar (angesichts der Höhe, um die es geht, macht es daher nichts aus, dass nach Ansicht der Stadt Linz beim wechselseitigen Entgelt, das nicht in einer Geldzahlung besteht, jeweils vom Marktwert (und nicht vom Geldkurs) auszugehen ist; das ist auch der Grund, weshalb der negative Marktwert des Gesamtproduktes rund EUR 19 Mio betragen hat).

2.2.10 Mit dem Vorwurf der beklagten Partei, beim negativen Marktwert eines Finanzproduktes handle es sich um keine Gegenleistung, missversteht sie offensichtlich die Argumentation des Berufungsgerichtes: Dieses spricht nämlich eindeutig nicht vom negativen Marktwert des Gesamtproduktes (Einzahl), sondern von den Marktwerten der beiden wechselseitigen Leistungen (so wortwörtlich Seite 35 des Berufungsurteils). Daher ist es auch bedeutungslos, wenn das Berufungsgericht auf einen Schriftsatz der Stadt Linz verweist, in dem sich die Stadt Linz mit dem insgesamt negativen Marktwert des Produktes in Höhe von rund EUR 20 Mio befasst hat. Dass es immer um das durch den Tausch „festgesetzte Entgelt“ der Stadt Linz ging, sieht man aus den Ausführungen der Stadt Linz dazu im Zwischenantrag vom 8. April 2019 (ON 591, Seiten 16, 93 ff) und in der Berufungsbeantwortung (Seiten 12 ff, 39).

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

2.3 Die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes

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

2.3.2 Unabhängig davon, dass die Zivilgerichte die zur Begründung zu lösenden Vorfragen autonom zu prüfen haben (6 Ob 73/14z; 10 Ob 14/19k), hat der Verwaltungsgerichtshof in beiden

Entscheidungen weder die Rechtslage gestaltet noch überhaupt über beide Fragen abgesprochen.

- 2.3.3 Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in den beiden von ihm entschiedenen Verfahren (26. April 2016, Ro 2015/09/0014, und 20. September 2018, Ra 2017/09/0001) mit der Gemeinderatszuständigkeit und der aufsichtsbehördlichen Genehmigung nicht befasst. Es ging lediglich um die disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit des ■■■■■ ■■■■■, also um die Frage, ob dem rechtsunkundigen Beamten der persönliche Vorwurf gemacht werden konnte, er habe die Zuständigkeit des Gemeinderats bzw. die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht für das Swap Geschäft nicht erkannt. Damit stellten die Gemeinderatszuständigkeit und die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht nicht einmal eine Vorfrage dar. Das wird deutlich aus der die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht betreffenden Entscheidung Ro 2015/09/0014. Das Landesverwaltungsgericht, dessen Entscheidung angefochten wurde, war zum Ergebnis gekommen, dass der Abschluss des Swap 4175 tatsächlich aufsichtsbehördlich genehmigungspflichtig gewesen sei, dies nicht erkannt zu haben ■■■■■ ■■■■■ aber persönlich nicht vorgeworfen werden könne. Der Verwaltungsgerichtshof stellt nach einer Wiedergabe der Entscheidungsbegründung des Landesverwaltungsgerichts dann klar, dass es darauf bei seiner Entscheidung nicht ankommt, sondern es sei „[...] *ausschließlich zu prüfen, ob der Zweitrevisionswerber (also ■■■■■ ■■■■■) angesichts der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap 4175 geltenden Rechtslage Zweifel hätte haben müssen, dass das Geschäft damals der aufsichtsbehördlichen Genehmigung unterliege und er auf die Einholung einer solchen Genehmigung hätte hinzuwirken gehabt*“. Allein diese Frage verneinte der Verwaltungsgerichtshof in der ersten der beiden Entscheidungen.
- 2.3.4 Im darauffolgenden Erkenntnis (Ra 2017/09/0001), bei dem es um die gleiche disziplinarrechtliche Frage (diesmal hätte ■■■■■ ■■■■■ den Swap 4175 dem Gemeinderat vorlegen müssen) ging, prüfte der Verwaltungsgerichtshof unter dem gleichen Gesichtspunkt die Erkennbarkeit der Subsumtion des Swap 4175 unter den Tatbestand des § 46 Abs. 1 Z 9 StL. Da der verwendete Begriff des Darlehens keine andere Bedeutung haben könne, als jener des § 78 Abs. 1 Z 2 StL, verneinte auch hier der Gerichtshof ein schuldhaftes Verhalten des ■■■■■ ■■■■■.
- 2.3.5 Dass sich der Verwaltungsgerichtshof mit der materiell-rechtlichen Frage nicht auseinandergesetzt hat und auch nicht auseinandersetzen musste, erhellt sich schon allein daraus, dass er sich weder zur Struktur des Geschäftes (das zeigt insbesondere seine Behandlung der Zuständigkeit des Gemeinderats nach § 46 Abs. 1 Z 12 StL: „*Das Landesverwaltungsgericht hat die gebotene Auseinandersetzung mit den dort normierten Tatbestandselementen zur Gänze unterlassen. Es hat auch keine Feststellungen getroffen,*

ob der Zinsswap überhaupt ein solcher Vertrag ist, der ein festgesetztes Entgelt von EUR 100.000,00 oder einen das jährliche Entgelt übersteigenden Betrag von EUR 50.000,00 beinhaltet.“) Gedanken gemacht, noch sich mit der einhelligen zu diesem Zeitpunkt veröffentlichten literarischen Meinung (siehe Punkt 2.1.1) auch nur andeutungsweise auseinandergesetzt hat. Letztlich kann nicht ernsthaft unterstellt werden, dass einem Höchstgericht, hätte es sich ernsthaft mit der materiell-rechtlichen Frage befasst, nicht aufgefallen wäre, dass bei einer Verneinung der Zuständigkeit des Gemeinderats weder der Bürgermeister, geschweige denn ██████████ ██████████, sondern nach § 47 Abs. 4 StL der Stadtsenat für den Geschäftsbeschluss zuständig gewesen wäre. Es findet sich in beiden Entscheidungen auch nicht der geringste Hinweis, dass das Höchstgericht eine Eigenzuständigkeit des ██████████ ██████████ zum Vertragsabschluss hätte bejahen wollen.

3. Legalitätsprinzip, Kompetenzordnung und organisationsrechtliches Übertragungsverbot

3.1 Ausgangslage

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

3.1.2 Die öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften für die Stadt Linz (insbesondere in Form des Stadtstatuts der Landeshauptstadt Linz und der Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz [„GEOM“]) teilen die Zuständigkeiten der einzelnen Organe der Stadt Linz entsprechend auf. Während jene, die in die Zuständigkeit des Gemeinderates, des Bürgermeisters oder des Magistrates fallen, taxativ aufgezählt sind, sieht § 47 Abs. 4 StL in Form einer subsidiären Zuständigkeit den Stadtsenat (also ebenfalls ein Kollegialorgan) als das beschließende Organ vor, das in Angelegenheiten

des eigenen Wirkungsbereichs immer dann zuständig ist, wenn sie weder dem Gemeinderat noch dem Bürgermeister oder dem Magistrat (ausdrücklich) vorbehalten wurden. Anders als etwa im sonstigen Gemeinderecht in Oberösterreich ist also letztlich nicht der Bürgermeister (als monokratisches Organ), sondern der Stadtsenat (also wiederum ein Kollegialorgan) zu befassen.

- 3.1.3 Die beklagte Partei hat in diesem Zusammenhang zutreffend erkannt, dass es bei der Auslegung der verschiedenen Zuständigkeitsbestimmungen (vor allem was das Verhältnis der verschiedenen Organe zueinander betrifft) von Relevanz ist, dass sowohl der Gemeinderat als auch der Stadtsenat zur Vollziehung gehören, sie also (nur) Verwaltungsorgane sind. Insbesondere der Gemeinderat und die übrigen (monokratischen) Organe stehen einander nicht im Verhältnis von Gesetzgebung zur Vollziehung gegenüber; d. h. der Gemeinderat gibt nicht bloß die Rahmenbedingungen vor, welche der Bürgermeister oder der Magistrat (als Hilfsorgan) zu vollziehen hat, sondern der Gemeinderat selbst ist Teil der Vollziehung. Das ist auch der Grund, weshalb § 46 StL mit Bezug auf den Abschluss von Rechtsgeschäften nicht davon spricht, dass der Gemeinderat die Bedingungen vorzugeben oder die Geschäfte (in Form einer nachträglichen Kontrolle) zu genehmigen hat, sondern dass er selbst die Darlehen aufnimmt oder gewährt (§ 46 Abs. 1 Z 9 StL) bzw. dass er selbst bestimmte Verträge abschließt oder auflöst (§ 46 Abs. 1 Z 12 StL). Das bedeutet aber nichts anderes, als dass sich das zuständige Organ (etwa der Gemeinderat oder der Stadtsenat), der zum Abschluss des Geschäftes berufen ist, selbst den Abschlusswillen bilden muss. Er muss also zumindest die essentialia negotii des Geschäftes kennen, das er abschließt, und er muss es so und nicht anders wollen (RIS-Justiz RS0031238: „*Delegationsverbot*“; 3 Ob 551/91: „*Die Entscheidung über den Vertragsabschluss oblag dem Gemeinderat, der sie selbst zu treffen hat und nicht delegieren darf.*“).
- 3.1.4 Da den einzelnen Organen der Kommune keine Rechtsfähigkeit, also nicht die Fähigkeit zukommt, selbst im eigenen Namen außenwirksam zu handeln, sind die Aufgaben der einzelnen Organe, in concreto bezogen auf das privatwirtschaftliche Handeln, geteilt. Während der Gemeinderat den Willen bildet (§ 46: „*Willensbildungskompetenz*“), setzt der Bürgermeister diesen Willen nach außen um (§§ 22, 49: „*Willensbetätigungskompetenz*“). Liegt danach die Willensbildungskompetenz beim Gemeinderat, so sind für das rechtskonforme Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts mit der Stadt Linz eine dahingehende Willensbildung im Gemeinderat und die nachfolgende Umsetzung dieses Willens durch den zur Vertretung bestimmten Bürgermeister notwendig. Fehlt dieses Zusammenwirken der beiden Organe, ist das Geschäft unwirksam (*Kitzmantel*, Die oberösterreichischen Statutarstädte, S 50).

- 3.1.5 Die kommunalrechtlich vorgesehene Trennung zwischen der Zuständigkeit zur Willensbildung und der Rechtsmacht, den einmal gebildeten Willen gegenüber Dritten zu äußern, heißt aber auch, dass der Gemeinderat selbst nicht in der Lage ist, seinen Willen nach außen zu erklären. Das gilt auch bei Rechtsgeschäften mit Dritten. Den Willen umzusetzen, ist nach § 22 Abs. 1 StL dann allein die Aufgabe des Bürgermeisters, dem dabei keine eigene Willensbildungskompetenz mehr zukommt (*Lukas*, Wenn der Bindungswille des Gemeinderates fehlt, *ecolx* 2012, 120: „*Vertreter in der Erklärung*“).
- 3.1.6 Wer mit einer Gemeinde kontrahieren will, hat sich mit ihrem Organisationsrecht vertraut zu machen, und er muss die für ihre Willensbildung geltenden öffentlich-rechtlichen Beschränkungen beachten, vor allem wenn sie in offiziellen Rechtserkenntnisquellen publiziert sind; es kann sich also nach § 2 ABGB niemand damit entschuldigen, dass ihm ein gehörig kundgemachtes Gesetz nicht bekannt sei (9 ObA 9/09b). Die Rechtsprechung hat es sogar dem Geschäftspartner von Vereinen auferlegt, Einsicht in deren Statuten zu nehmen (9 Ob 41/09h; 6 Ob 102/11k). Während die Vertretungsordnung eines Vereins schwer zu ermitteln und zu durchschauen ist, gilt das für das Linzer Stadtstatut keineswegs.
- 3.1.7 Die beklagte Partei musste also davon ausgehen, ohne Willensbildung des Gemeinderats kein gültiges Geschäft abschließen zu können. Jeder Kontrahent einer Gemeinde handelt also auf eigenes Risiko, wenn er mit einem Akteur der Gemeinde einen Vertrag schließt, ohne sich den erforderlichen Gemeinderatsbeschluss vorlegen zu lassen. Nichts anderes gilt, wenn er Zweifel haben muss, ob ein vorliegender Beschluss das avisierte Geschäft deckt. Rechtssicherheit schafft hier nur eine Befassung des Gemeinderats über das konkrete Geschäft. Schlechtgläubig ist schon, wer bloß Bedenken haben musste (8 Ob 201/97k; 6 Ob 102/11k; vgl. auch RIS-Justiz RS0019490).

3.2 Organisationsrechtliche Übertragungsverbote

- 3.2.1 Nach § 38 Abs. 3 Satz 2 StL ist in der Geschäftsordnung des Magistrats zu regeln, inwieweit sich der Bürgermeister und die übrigen Mitglieder des Stadtsenats bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben durch Angehörige des Magistrats vertreten lassen können. Erwähnung finden also ausschließlich die monokratisch organisierten Organe der Stadt; die Kollegialorgane Stadtsenat und Gemeinderat kommen nicht vor. In der Geschäftsordnung bestimmt danach § 11 Abs. 4 GEOM, dass sich der Bürgermeister und die übrigen Mitglieder des Stadtsenats im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit vertreten lassen können. Gemeint ist damit naturgemäß nicht nur die Außenvertretung, sondern auch die Vertretung bei der Willensbildung (ginge es nur um die Außenvertretung, so wäre die dafür generell vorgesehene Zuständigkeit des Magistrats sinnlos).

- 3.2.2 Die beklagte Partei zieht aus § 38 Abs. 3 Satz 2 StL („*Kollegialorgane nicht erwähnt*“) den – schon teleologisch – unhaltbaren Schluss, dahinter stehe die Überlegung, dass die beiden Kollegien berechtigt sein sollen, ihre Willensbildungskompetenz ohne weiteres weiterzugeben. Dass das keineswegs der Fall ist, ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung, die erforderlich wurde, weil es im Zuge der Einführung monokratischer Entscheidungsbefugnisse einzelner Stadtsenatsmitglieder durch die dritte Novelle zum Statut, LGBl Nr. 1979/49, für erforderlich gehalten wurde, diese – damals noch in § 34 Abs. 3 des Status enthaltene – Bestimmung, in der ursprünglich überhaupt nur von der Vertretung des Bürgermeisters die Rede war, auf die neu hinzukommenden Entscheidungsträger zu erweitern.
- 3.2.3 Aus der Anordnung im Stadtstatut folgt – entgegen der Behauptung der beklagten Partei – vielmehr, dass der Magistrat und seine Angehörigen in all jenen Fällen, in denen genuin Kollektivorgane zur Entscheidung berufen sind, keine Willensbildungskompetenz haben soll. Das ergibt sich schließlich aus § 11 Abs. 5 Z 1 und Z 3 GEOM. Danach findet eine Vertretung gemäß § 11 Abs. 4 GEOM insbesondere nicht statt, „*soweit Geschäftsfälle nach dem StL 1992 und der Geschäftsverteilung für den Stadtsenat oder sonstige Rechtsvorschriften der kollegialen Beratung und Beschlussfassung vorbehalten sind*“. Alle Geschäftsfälle, die nach § 46 Abs. 1 StL der Gemeinderatszuständigkeit unterliegen, sind aber der kollegialen Beratung und Beschlussfassung vorbehalten (§ 11 Abs. 5 Z 1 GEOM). Nach § 11 Abs. 5 Z 3 GEOM darf der Bürgermeister nicht einmal die Unterfertigung von Urkunden über Geschäfte, die der Gemeinderats- oder Stadtsenatszuständigkeit unterliegen, jemand anderem übertragen. Es macht wohl wenig Sinn, wenn Angehörige des Magistrats zwar Urkunden über gemeinderatspflichtige Geschäfte nicht unterfertigen dürften, sehr wohl aber berechtigt wären, die Geschäfte vorher eigenständig abzuschließen.
- 3.2.4 Die von der beklagten Partei aufgestellte Behauptung, auch Kollegialorgane könnten Approbationsbefugnisse an unterstellte Bedienstete erteilen, sei eine seit Jahren bestehende Tatsache der Verwaltungspraxis, deren Zulässigkeit von der Judikatur bestätigt wurde, vermag an diesem Befund bei näherem Hinsehen nichts zu ändern.
- So beschäftigt sich das Erkenntnis VfSlg 6486/1971 (ebenso wie die Vorgängerentscheidung VfSlg 4938/1965) in Wahrheit nicht mit Fragen der Approbationsbefugnis, sondern mit dem Phänomen des Intimierungsbescheides, wie es vor allem bei Rechtsakten des Bundespräsidenten Verwendung findet. Kennzeichnend für diese Form der Verwaltungsführung ist freilich gerade nicht die Ermächtigung anderer Personen mit der Bildung des behördlichen Willens, sondern lediglich die Auslagerung der Ausfertigung der – sehr wohl vom eigentlich zuständigen Organ getroffenen – Entscheidung. Mit dem von der beklagten Partei daraus abgeleiteten Ergebnis, dass

Angehörige des Magistrates vom Gemeinderat ermächtigt werden dürften, über den Abschluss bestimmter Geschäfte und die darin enthaltenen Konditionen zu entscheiden, hat dies nicht einmal im Ansatz etwas zu tun.

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

- Interessant ist allerdings die Entscheidungsbegründung des Verwaltungsgerichtshofes. Dort heißt es nämlich auf Seite 292: *„Nach neuerlicher Überprüfung der Sach- und Rechtslage sieht sich der Verwaltungsgerichtshof veranlasst, von seiner [...] Rechtsmeinung abzugehen – derzufolge der die angefochtenen Bescheide jeweils unterfertigende Beamte mangels kollegialer Beschlussfassung der Oö. Landesregierung zur Bescheiderlassung nicht ermächtigt gewesen ist – und sich der Rechtsmeinung des Verfassungsgerichtshofes anzuschließen [...]“*. Der Verwaltungsgerichtshof war also bis zu diesem Erkenntnis der Ansicht, dass auf Ebene der Oö. Landesregierung das Kollegialsystem gilt und Beamte daher einen Bescheid nicht ohne vorherige kollegiale Willensbildung unterfertigen dürfen, ohne diesen mit Rechtswidrigkeit zu belasten. Mit der Akzeptanz des Ministerialsystems erweist sich der vom Beamten (für das nunmehr als monokratisches Entscheidungsorgan akzeptierte Landesregierungsmitglied) unterfertigte Bescheid dagegen als rechtmäßig.

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

- 3.2.5 Wenn sich die beklagte Partei unter Zitierung der in den Fußnoten 514 bis 517 (Revision, S 216) aufgelisteten Entscheidungen darauf beruft, es habe ohnehin keine Rolle gespielt, ob die Approbationsbefugnis zu Recht oder zu Unrecht erteilt worden war, oder ob die Bedingungen, unter denen die Ausübung der Befugnis stand, tatsächlich eingehalten wurden, so geht sie ebenfalls fehl: Abgesehen davon, dass alle Entscheidungen, auf die sich die beklagte Partei beruft, die Hoheitsverwaltung unter einem monokratischen System betroffen haben, es also gar nicht um den Abschluss von Verträgen ging, fehlt es nach diesen Entscheidungen dem Organwalter jedenfalls dann an einer Vertretungsbefugnis, wenn er nicht zumindest abstrakt approbationsbefugt gewesen ist. Angesichts der Zuständigkeit des Kollegialorgans Gemeinderat bzw. Stadtsenat und vor der Bestimmung des § 11 Abs. 5 GEOM konnte ein Bediensteter des Magistrats niemals auch nur abstrakt approbationsbefugt sein.
- 3.2.6 Dieser im Bereich des öffentlichen Rechts fußende Erklärungsansatz wäre aber ohnehin nach der Rechtsprechung auf die privatrechtliche Vollmacht nicht übertragbar: Danach handelt es sich nämlich bei den Bestimmungen der Gemeindeordnung, die Zuständigkeiten festlegen, nicht bloß um interne Organisationsvorschriften, sondern sie bewirken eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis. Erklärungen des nicht Vertretungsbefugten sind in einem solchen Fall dem Erklärungsempfänger gegenüber unwirksam (RIS-Justiz RS0014664; 6 Ob 316/00i; 9 ObA 144/16s; zuletzt 7 Ob 38/18s; 10 Ob 14/19k). Beschränkungen, denen der Bürgermeister unterliegt, gelten naturgemäß auch für sonstige Personen, die als Vertreter der Gemeinde nach außen auftreten (so etwa mit Bezug auf sonstige Gemeindebedienstete: 3 Ob 509/95). Ergibt sich der Umfang der Vertretungsmacht aus dem Gesetz oder öffentlich kundgemachten Vorschriften, so ist selbst ein an sich schlüssiges Verhalten oder der Anschein einer Genehmigung nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen der Vertretungsmacht wirksam (8 ObA 223/94).

3.3 Gegenargumente

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

- 3.3.2 Das Statut der Stadt Linz sieht nur in einem einzigen Fall die Zulässigkeit der Übertragung der Willensbildungskompetenz des Gemeinderates bei den in seine Zuständigkeit fallenden Angelegenheiten auf ein anderes Organ vor. Er kann nach § 46 Abs. 2 StL diese mittels Verordnung auf den Stadtsenat übertragen. Dabei handelt es sich wieder um ein Kollegialorgan. Es wäre völlig unsinnig, eine derart eingeschränkte Übertragungskompetenz, noch dazu unter erschwerten formalen Bedingungen (Verordnung), vorzusehen, wenn der Gemeinderat gleichzeitig befugt wäre, alle seine Aufgaben ohne weitere Grenzen „arbeitsteilig“ auf die anderen Organe der Stadt zu verteilen.
- 3.3.3 Davon geht offenbar auch die Rechtsprechung aus: Der von ihr geforderte Gemeinderatsbeschluss zielt, wie schon oben gesagt (Punkt 3.1.1 ff), nicht bloß auf die Erteilung einer Vollmacht, sondern auf den Geschäftsabschluss selbst. Eine andere Betrachtungsweise würde mit Bezug auf den Bürgermeister ja keinen Sinn ergeben. Besitzt dieser doch regelmäßig kraft Gesetzes bereits die umfassendste Verwaltungsvollmacht im Sinne des § 1029 ABGB, da er die Geschäfte der Gemeinde nach außen führt (*Wilhelm*, Anm. zu 3 Ob 551/91; *ecolex* 1991, 679 [680], bekämpft die Rechtsprechung, wonach die organisatorische Innenbindung auf die Vertretungsmacht durchschlägt, obwohl § 1029 ABGB eigentlich das Gegenteil sagt, gerade mit diesem Argument). Dem Bürgermeister auch noch eine zivilrechtliche Vollmacht zu geben, die dann gleichsam die organisatorische Innenbindung aufhebt, wäre sinnlos. Dasselbe gilt natürlich auch für andere Vertreter (vgl. 3 Ob 509/95). Bereits in der Entscheidung 3 Ob 551/91 spricht daher der Oberste Gerichtshof davon, dass der Gemeinderat, wenn er nach den Organisationsvorschriften zuständig ist, die Entscheidung über den Vertragsabschluss selbst zu treffen hat und nicht delegieren dürfe. Auch das Vertrauen auf den äußeren Tatbestand sei nur dann gerechtfertigt, wenn der Gemeinderat den Anschein in der Richtung gesetzt hat, dass er den erforderlichen Geschäftsführungsbeschluss selbst gefasst hat. Seitdem heißt es regelmäßig im Zusammenhang mit dem Vertrauen auf den äußeren Anschein, dass das Geschäft durch den erforderlichen Gemeinderatsbeschluss gedeckt sein müsse (etwa 4 Ob 26/01d; 9 ObA 211/01x; 6 Ob 156/18m); und damit ist nicht die Delegation der Beschlussfassung gemeint.
- 3.3.4 Auch das der Gemeinde nach der Rechtsprechung (etwa die vom Berufungsgericht zitierten Entscheidungen 1 Ob 137/03h oder 6 Ob 129/10d) eingeräumte Wahlrecht, neben der öffentlich-rechtlichen Organisationsstruktur auch die Rechtsformen des Zivilrechtes zu nutzen (worunter zweifelsohne auch die Vollmacht fällt), widerspricht dem nicht. Die Vertretung qua zivilrechtlicher Vollmacht kann nur die Gemeinde erteilen, und sie erfolgt ausschließlich im Außenverhältnis. Vollmachten zwischen den einzelnen Organen der juristischen Person, also innerhalb der Organisationsstruktur, müssen nicht nur an der fehlenden Rechtssubjektivität der jeweiligen Organe, sondern auch daran scheitern, dass innerhalb der juristischen Person

öffentlichen Rechts nicht mit zivilrechtlichen Instrumenten die Zuständigkeit verschoben werden kann. Es wäre wohl auch merkwürdig, wenn dem Bürgermeister ohne vorangehende Beschlussfassung des Gemeinderates die Vertretungsmacht fehlen würde, einem Beamten der Gemeinde aber nicht, bloß weil man ihm eine Vollmacht erteilt hat. Mit anderen Worten, auch die Vollmachtserteilung setzt die vorangehende Willensbildung durch das kompetente Organ voraus. Anders wäre nicht zu erklären, dass die ständige Rechtsprechung bei einer zweifelsohne auf der privatrechtlichen Vollmacht beruhenden Vertretung der Gemeinde durch den Rechtsanwalt für die Einbringung der Klage (eine in die Entscheidungsbefugnis des Gemeinderats fallende Angelegenheit) den Nachweis einer vorangehenden Beschlussfassung (also der Willensbildung des kompetenten Organs [diesfalls nach § 46 Abs. 1 Z 15 StL]) fordert (RIS-Justiz RS0120627), nicht aber für den Abschluss von Millionenverträgen.

- 3.3.5 Ein weiteres Argument gegen die Übertragung der Kompetenz qua Vollmachtserteilung besteht darin, dass das Stadtstatut die Übertragung der Angelegenheiten des Gemeinderates nur auf ein anderes Kollegialorgan vorsieht: Die städtische Willensbildung soll eben bei allen in § 46 Abs. 1 StL aufgezählten Geschäften auf eine breite demokratische Basis gestellt werden. Auch nach § 38 Abs. 3 Satz 2 StL können sich ausschließlich die monokratischen Organe der Stadtverwaltung durch Angehörige des administrativen Hilfsapparats vertreten lassen, nicht jedoch die Kollegialorgane. Bekanntermaßen müssen alle Geschäfte, die der Beschlussfassung des Gemeinderates oder des Stadtsenats bedürfen, nach § 66 StL vom Bürgermeister unterfertigt und mit dem Stadtsiegel versehen werden. § 11 Abs. 5 Z 3 GEOM verbietet für derartige Geschäfte sogar eine Vertretung des Bürgermeisters bloß für die Unterfertigung der diesbezüglichen Urkunden. Auch vor diesem Hintergrund würde es keinen Sinn machen, den Willen des Gesetzgebers nach der Entscheidung durch Kollegialorgane einfach durch eine zivilrechtliche Vollmacht auszuhebeln.
- 3.3.6 Das von der beklagten Partei dagegen vorgebrachte Argument, die Übertragung von Aufgaben durch den Gemeinderat auf den Magistrat als dessen Hilfsorgan bedürfe keiner gesonderten gesetzlichen Regelung, wäre also jederzeit zulässig, ist zwar formal auf den ersten Blick nicht falsch, es stehen ihm aber nicht nur die Ratio der Bestimmung, sondern auch die ausdrücklich gegenteilige Anordnung in § 11 Abs. 5 GEOM entgegen (das hat offenbar nicht nur die beklagte Partei, sondern auch der von ihr zitierte *N. Raschauer*, *Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften*, RFG 2013, 70, insbesondere FN 39, übersehen).

3.4 Praktische Einwände

- 3.4.1 Geht man davon aus, dass der Gemeinderat zwar seinen Willen bilden kann, nicht aber die Rechtsmacht hat, den einmal gebildeten Willen gegenüber Dritten kundzutun, den Vertrag also gerade nicht gegenüber Dritten effektuieren kann, stellt sich die Frage, ob das nicht gegen die Zuständigkeit des Gemeinderats zum Geschäftsabschluss spricht, wie die beklagte Partei meint. Für die Effektuierung von Verträgen, die dem Gemeinderat vorbehalten sind, ist zwar nicht der Magistrat (als internes Hilfsorgan der Gemeinde), sondern nach § 22 StL der Bürgermeister zuständig, der kann damit aber in weiterer Folge den Magistrat betrauen. Das spricht aber nicht gegen die Teilung zwischen Willensbildungskompetenz und Willensbetätigungskompetenz. Das Gesetz sieht das eben aus den genannten Gründen vor. Allerdings bleibt offen, ob nicht im Rahmen dieses Umsetzungsvorgangs den ausführenden Organen ein gewisser Spielraum zur Verfügung steht – der, einer Vollmacht ähnlich – doch eine eigenständige Willensbildung ermöglicht.
- 3.4.2 Tatsächlich ist es nach der hM (*Tunhart*, Rechtsgeschäftliche Vertretungswillen im Gemeinderecht [2000], S 122 ff) durchaus erlaubt, dass der Gemeinderat nach Abschluss seiner Willensbildung dem vollziehenden Organ einen gewissen Handlungsspielraum lässt. Auch das Erstgericht ist in seinem Urteil davon ausgegangen, wenn es meint, es wäre durchaus möglich gewesen, mit einem Gemeinderatsbeschluss Leitlinien sowohl für den Abschluss, als auch für die Abwicklung inklusive Risikoleitfaden und Ausstiegswisungen festzulegen, wodurch der Gemeinderat seine Kompetenz wahrnehmen und seinen Willen ausreichend konkretisiert hätte (Ersturteil, S 89). Voraussetzung dafür ist aber, dass der vom Gemeinderat bereits gebildete und geäußerte Wille schon so konkret ist, dass die Grenzen des Vollzuges klar umrissen sind. Die Willensbildung des Gemeinderates muss also entweder das konkrete Geschäft, zumindest aber alle essentialia negotii des umzusetzenden Geschäftes enthalten. Anders ließe sich, wie oben gesagt, nicht erklären, dass der Gesetzgeber ausdrücklich vom Abschluss des Vertrages durch den Gemeinderat und nicht von einer nachträglichen Genehmigung spricht. Ohne Kenntnis des konkreten Geschäftes, seiner Natur und des damit verbundenen Risikos kann der Gemeinderat das Geschäft nicht abschließen.
- 3.4.3 Von einem Abschluss des Geschäftes kann, wie schon das Erstgericht betont hat, beim Beschluss des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 nicht die Rede sein. Zwar hat der Gemeinderat vor dem Hintergrund des Effizienzprinzips (§ 119a B-VG bzw. § 57 StL) klargemacht, dass es sich um Geschäfte handeln sollte, die marktüblich und aus Sicht der Gemeinde optimierend waren; weitere Festlegungen hat er allerdings nicht getroffen. Weder Leistung noch Gegenleistung, insbesondere, wenn man an den Verkauf von exotischen

Optionen durch die Stadt Linz denkt, noch das Volumen des Geschäftes noch das Verhältnis des Werts der beiden Leistungen standen fest.

- 3.4.4 Die von der beklagten Partei immer wieder angesprochene Arbeitsteiligkeit und die Tatsache, dass der Magistrat als Hilfsapparat bestimmte Geschäftsführungstätigkeiten zu übernehmen hat, ändert daran nichts. Der Abschluss der in § 46 Abs. 1 StL genannten Geschäfte sieht eben die Aufteilung der Funktionen in Willensbildung und Ausführung vor. Zur Willensbildung war aber allein der Gemeinderat zuständig. Dieser hat sich den Willen nicht, wie vom Gesetz verlangt, gebildet.

3.5 Die (untaugliche) Beweisführung der beklagten Partei

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

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

- Letztlich komme es aber auf die Determinierung selbst eigentlich nicht an. Das in den Bestimmungen der Geschäftsordnung und des Statuts zum Ausdruck kommende Prinzip der Arbeitsteiligkeit bewirke eine unmittelbare Zurechnung der Handlungen der Verwaltung zum Gemeinderat. Damit würde keine Zuständigkeit übertragen, sondern bloß eine normmäßige Zurechnung fremden Handelns vorgenommen. Diese Zurechnung unterscheide sich von der Zuständigkeitsübertragung dadurch, dass sie jederzeit wieder entzogen werden könne und dass der Gemeinderat durch Weisungen immer in der Lage ist, seinen Willen durchzusetzen. Selbst, wenn der Gemeinderat vom Abschluss des Swaps keine unmittelbare Kenntnis gehabt hätte, wäre ihm das Handeln des Magistrats als Wahrnehmung der Willensbildungskompetenz zuzurechnen (insbesondere Revision, S 205 f).

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

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

selbst bildet, sich der Konsequenzen der Entscheidung bewusst ist und diese Konsequenzen auch später zu vertreten hat.

- 3.5.4 Wie das Erstgericht zu Recht betont hat, geht schon aus dem Text des Beschlusses vom 3. Juni 2004 hervor, dass kein konkretes Geschäft geschlossen und genehmigt werden sollte. Um von einem Vertragsabschluss überhaupt sprechen zu können, wie es § 46 StL bei den dort genannten Geschäften vor Augen hat, muss aber die Willensbildung, die dem Geschäftsabschluss vorausgeht, das Geschäft selbst oder zumindest jene Strukturelemente umfassen, die die *essentialia negotii* darstellen. Das ist hier nicht der Fall. Der Gemeinderatsbeschluss lässt keinerlei Schluss auf die Art der Finanzgeschäfte zu, was nicht weiter verwundert, waren derartige Derivatgeschäfte, wie sie der Swap 4175 dargestellt hat, im Jahr 2004 noch nicht einmal Gegenstand einer Diskussion im kommunalen Bereich. Das ändert aber nichts daran, dass aus dem Amtsbericht und der Diskussion im Gemeinderat sonnenklar war, dass großvolumige Währungsspekulationen durch das Verschreiben von 21 Optionen zu je 97,5 Mio Schweizer Franken niemals gemeint sein konnten.
- 3.5.5 Wenn die beklagte Partei demgegenüber sagt, dass der Gemeinderatsbeschluss derart konkret und bestimmt war, also alle Determinanten enthielt, um ein Geschäft wie den Swap 4175 abzuschließen (Revision, S 198 f), so entspricht das einfach nicht den Tatsachen. Weder die Verwaltung noch die einzelnen Mitglieder des Gemeinderats waren sich 2004 auch nur annähernd bewusst, dass sich die Stadt Linz mit einem Finanzgeschäft zehn Jahre lang verpflichten würde, einer Bank zweimal im Jahr Schweizer Franken im Volumen von EUR 97,5 Mio für eine – daran gemessen – geringfügige Zinsenverbilligung zu liefern und dabei das Währungsrisiko zu tragen; ganz abgesehen davon, ein derartiges Geschäft überhaupt gewollt zu haben. Die beklagte Partei ist in dieser Richtung aber auch nicht glaubwürdig, betont sie doch an anderer Stelle immer wieder, dass der Gemeinderatsbeschluss wegen seiner Undeutlichkeit iSd § 915 ABGB zu ihren Gunsten auszulegen sei (etwa Revision, S 127 f). Wenn er aber so undeutlich war, wie die beklagte Partei behauptet, so wäre es gerade an ihr gelegen (Berufungsurteil, S 44), sich, etwa durch Einsicht in den Amtsbericht, Gewissheit zu verschaffen.
- 3.5.6 Auch der Behauptung, die Zulässigkeit von Rahmen- und Grundsatzbeschlüssen sei in Theorie und Praxis ausreichend belegt, ist mit den Ausführungen des Erstgerichtes (Ersturteil, S 75 ff) der Boden entzogen. Gerade die Untersuchung von *Holoubek/Prändl* (Öffentliches Finanzmanagement, 199 ff [229]) zeigt, dass an der Zulässigkeit solcher Rahmenbeschlüsse erhebliche Zweifel bestanden. Selbst der Aufsatz von *N. Raschauer* (RFG 2013, 66 ff [71]) spricht davon, dass es ein erhebliches Risiko darstellen würde, wenn sich die Praxis mit Rahmenvereinbarungen begnügt. Zusätzlich verlangt er, dass das Kollegialorgan jedenfalls ein Vertragswerk beschließt, das aus einer Rahmenvereinbarung und einem oder mehreren

in dieser Vereinbarung vorgesehenen Einzelabschlüssen (zu ergänzen: die naturgemäß entsprechend spezifiziert sind) bestehen muss (aaO, 70). Der Gemeinderat der Stadt Linz hat weder die Rahmenvereinbarung beschlossen noch enthält die Rahmenvereinbarung entsprechend spezifizierte Einzelgeschäfte. Wenn *N. Raschauer*, aaO, 71, davon spricht, dass sich der Bürgermeister bei einzelnen Amtshandlungen, wie etwa bei der Vertragsunterfertigung, vertreten lassen könne, so ist das auf der Grundlage des Statuts der Stadt Linz rechtsirrig: § 11 Abs. 5 Z 1 GEOM schließt nämlich Geschäftsfälle, die der kollegialen Beratung und Beschlussfassung vorbehalten sind, ausdrücklich von der Vertretung nach § 11 Abs. 4 GEOM aus. Bei den nach § 66 Abs. 1 und 2 StL zu erstellenden Urkunden (dabei handelt es sich um Urkunden für Geschäfte, die dem Gemeinderat nach § 46 StL vorbehalten sind) darf der Bürgermeister nicht einmal jemand anderen unterschreiben lassen.

- 3.5.7 Auch die Gemeindeaufsichtsbehörde stand – entgegen der nicht forensisch belegten Behauptung des Zeugen █████ █████ (Protokoll vom 10. April 2019, ON 593, S 12 f) – Rahmenbeschlüssen ablehnend gegenüber, wie sich aus den Feststellungen des Erstgerichtes (Ersturteil, S 76) ergibt. Diese Feststellung ist gedeckt durch die Aussage von █████ █████ █████ („██████ █████“). Der war Leiter der Direktion Inneres und Kommunales beim Amt der OÖ Landesregierung und damit gleichsam der Leiter der Gemeindeaufsichtsbehörde. Er schilderte anschaulich, weshalb die Aufsichtsbehörde Rahmenbeschlüsse als nicht vom Gesetz gedeckt ansah an dem konkreten Beispiel der Einbringung von Immobilienvermögen in eine neu gegründete Gesellschaft der Stadt Linz.
- 3.5.8 Auch im Zusammenhang mit Finanzgeschäften müsse das zuständige Organ das konkrete Geschäft inhaltlich kennen, wenn es darüber entscheide. Auf Nachfrage des Gerichtes, ob also der Beschluss des Gemeinderats wirklich den konkreten Swap enthalten müsse (mitsamt Formel und möglichen weiteren vertraglichen Regelungen antwortete der Zeuge wörtlich: „*Ja, die Geschäftsurkunde, die dem Geschäft zugrunde liegt, müsste an und für sich hier beiliegen und jederzeit einsehbar sein*“ (Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 13 f). Auch Praktikabilitätsüberlegungen stünden dem nicht entgegen, weil man ohnehin versucht habe, mit einer Fixierung auf einen Stichtag bzw. mit der Festlegung von Bandbreiten zu arbeiten. In diesem Fall hätte das Land nicht noch einen weiteren Beschluss verlangt (Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 15). █████ █████ widersprach auch der Behauptung, das Land habe nicht nur Swap-Geschäfte empfohlen, sondern sogar ausdrücklich erklärt, diese wären vom Land nicht zu genehmigen gewesen. Wie sich aus der Beilage /47 unmittelbar ergibt, handelt es sich dabei um Kredite des Siedlungswasserbaus, die aufgrund der Förderung durch den Bund tatsächlich nicht genehmigungspflichtig waren (ein Umstand, auf den bereits *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement, 230, hingewiesen haben).

- 3.5.9 Selbst das Argument der beklagten Partei, mit dem Erfordernis einer Beschlussfassung des Gemeinderates zum Finanzgeschäft würde die Kommune von einem ordnungsgemäßen Finanzmanagement ausgeschlossen werden, ist bloß vorgeschoben: Auch wenn die Schwellenwerte und das Ausmaß der Gegenleistung beim Swap 4175 gewiss Schwankungen unterlagen, die Parameter des Geschäftes bleiben doch immer gleich (■■■■■■ ■■■■■■, Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 14 f: „[...] *das Geschäft und diese Formel ändern sich ja nicht ständig*“): Bei der Zinskomponente erfolgte der Tausch des variablen 6-Monats-CHF-LIBOR gegen einen Fixzinssatz, die Gegenleistung bestand im Verschreiben von Währungsoptionen. Die Struktur des Geschäftes konnte, gegebenenfalls mit bestimmten Rahmen, was die Einzelwerte anlangt (Höhe des Fixzinses bzw. genaues Volumen der verschriebenen Optionen), ohne Weiteres im Gemeinderat behandelt, beraten und beschlossen werden (■■■■■■ ■■■■■■, Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 15: „[...] *wenn ein Beschluss mit einer Bandbreite gefasst wurde, und das Geschäft dann innerhalb dieser Bandbreite abgeschlossen wird, dann würde das Land nicht einen nochmaligen Beschluss mit dem konkreten Wert verlangen*“). Eine ausführliche Diskussion der Struktur und der Risiken des Swap 4175 in einer Gemeinderatssitzung wollte die beklagte Partei aber offenbar nicht.
- 3.5.10 Dass es sich um ein bloß vorgeschobenes Argument der beklagten Partei handelt, erhellt sich auch daraus, dass mit der Gesetzesnovelle zum Stadtstatut im Jahr 2012 die Zuständigkeit des Gemeinderates durch eine Neufassung der Ziffer 9 des § 46 StL als auch die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht in Form des § 58 (neu) StL ausdrücklich festgehalten wurden. Wenn es damit tatsächlich zum faktischen Ausschluss der Gemeinden vom Rechtsverkehr und zur Verfassungswidrigkeit gekommen wäre, so stellt sich die Frage, warum das seit zehn Jahren nicht aufgegriffen wird.
- 3.5.11 Wenn die beklagte Partei dem Erstgericht die sachliche Ungleichbehandlung der Stadt Linz gegenüber sonstigen juristischen Personen vorwirft, ja darin sogar eine Verfassungswidrigkeit sieht, wenn der Kommune durch das Beharren auf die organisationsrechtlichen Voraussetzungen ein Mittel in die Hand gegeben wird, um die Konsequenzen nachteiliger Geschäfte abzuwenden, so verkennt sie die Funktion von zwingenden Zuständigkeiten und die Aufgabe des § 867 ABGB. Das erhellt sich auch daraus, dass sie meint, aus einer Missachtung (bloß formaler Vorgaben) könne keine Nichtigkeit abgeleitet werden.
- 3.5.12 § 867 ABGB hat nämlich keineswegs die Aufgabe, für die wertmäßige Angemessenheit oder Ausgewogenheit eines Rechtsgeschäftes der öffentlichen Hand im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zu sorgen. Ob ein Geschäft nichtig oder sittenwidrig ist, bestimmt sich auch für Gemeinden ausschließlich nach § 879 ABGB. § 867 ABGB schützt vielmehr das Gemeindevermögen vor unzulässigen Alleingängen einzelner Akteure. Er räumt dem in der Gemeinschaft der Gemeindebürger verkörperten öffentlichen Interesse Vorrang vor dem

Verkehrsschutz ein. Diese Aufgabe könnte § 867 ABGB nicht erfüllen, „[...] wäre es anderen Organen der Gemeinde möglich, unter Umgehung des zuständigen Organs mit Wirkung für die Gemeinde tätig zu werden“ (RIS-Justiz RS0031238). Die Unwirksamkeit des Geschäftes beruht also nicht auf seiner (inhaltlichen) Nichtigkeit (deshalb geht auch das Vorbringen der beklagten Partei, wonach weder § 46 StL noch § 867 ABGB die Nichtigkeit des Geschäftes anordnen würde, ins Leere), sondern darauf, dass der nach außen Handelnde den Geschäftsherrn nicht verpflichten kann, wenn dieser nicht vorher seinen Willen zum Abschluss des Geschäftes gebildet hat bzw. bilden konnte.

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

4. Eigenzuständigkeit, öffentlich-rechtliche Vertretungsbefugnis und rechtsgeschäftliche Vollmacht

4.1 Einleitung

- 4.1.1 Bereits in Abschnitt II. Punkt 2.2 hat die Stadt Linz darauf hingewiesen, dass die verschiedenen Erklärungsversuche der beklagten Partei, weshalb ██████████ ██████████ Vertretungsmacht besaß, inkonsistent sind und miteinander in Widerspruch stehen. Außerdem sind sie mit dem Legalitätsprinzip und dem Verbot der Übertragung von Willensbildungskompetenzen nicht in Einklang zu bringen.

4.1.2 In den folgenden Punkten 4.2 bis 4.6 wird, abgesehen davon, gezeigt, dass sich eine Vertretungsbefugnis des [REDACTED] [REDACTED] weder auf eine Eigenzuständigkeit des Magistrats noch auf öffentlich-rechtliche Rechtsformen bzw. eine rechtsgeschäftliche Vollmacht stützen kann.

4.2 Eigenzuständigkeit bzw. vom Bürgermeister abgeleitete Zuständigkeit

4.2.1 Zwar verweist die beklagte Partei an verschiedenen Stellen darauf, dass der Magistrat das nach außen hin für den Abschluss des Geschäftes zuständige Organ gewesen sei. Er habe nämlich unmittelbar die laufende Verwaltung des Vermögens zu besorgen und besitze gleichsam das Geschäftsführungsmonopol (etwa Revision, S 208). Da die beklagte Partei in der Folge aber von einer Zuständigkeit des Bürgermeisters zum Abschluss des Swap 4175 ausgeht, nimmt sie wohl keine Eigenzuständigkeit des Magistrats für den Abschluss von Derivatgeschäften eines derartigen Umfangs an.

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

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

4.2.4 Die Zuständigkeit des Bürgermeisters zum Abschluss des Swap 4175 begründete die beklagte Partei ausschließlich damit, dass dieser nach § 49 Abs. 1 StL die Stadt nach außen vertritt. Damit wird allerdings nur eine der beiden Komponenten angesprochen, nämlich die Außenvertretung, nicht aber die interne Willensbildung (Geschäftsführung). Diese ist in § 49 Abs. 2 ff StL geregelt. Der Abschluss von Finanzgeschäften, Derivatgeschäften oder Swaps

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

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

4.2.6 Aus Sicht der beklagten Partei, die die Kompetenz des Gemeinderats ausdrücklich verneint (etwa Revision, S 112 f, 117), bedeutet es, dass dann ■■■■■ ■■■■■ die Legitimation zum Abschluss des Swap-Geschäftes ganz offensichtlich gefehlt hat. Es war erkennbar, dass sich der Stadtsenat niemals mit dem Swap-Geschäft, nicht einmal in Form eines Grundsatzbeschlusses, befasst hat. Auch die – auf einer anderen Begründungsebene von der beklagten Partei – vorgenommene (automatische) Zurechnung von Entscheidungen des Magistrats aufgrund des Weisungszusammenhangs (Art 118 Abs. 5 B-VG) kann als Begründung dann nicht mehr erhalten. Für die beklagte Partei wäre es dann offensichtlich gewesen, dass ■■■■■ ■■■■■ keine Befugnis hatte. Die angebliche Vollmacht in Form des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 hätte er dann nämlich von einem unzuständigen Organ erhalten.

4.3 Der Gemeinderatsbeschluss als öffentlich-rechtliche Erteilung einer Vertretungsbefugnis

4.3.1 Hätte der Gemeinderat am 3. Juni 2004 alle Bestandteile des Geschäftes gekannt und es tatsächlich beschlossen, so läge die öffentlich-rechtliche Deutung auf der Hand. Diesen Vertragsabschluss hätte der Bürgermeister nach § 22 StL umzusetzen gehabt, der sich dabei des Hilfsapparats bedienen durfte. Der Gemeinderat hat aber das konkrete Geschäft nicht beschlossen, vielmehr hat er die Entscheidung, ob und welches Geschäft abgeschlossen wird, der Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen. Tatsache ist, dass er damit, jedenfalls überwiegend, seine Entscheidungsbefugnisse nicht selbst wahrgenommen, sondern weitergegeben hat. Dafür bedarf es – anders als für die Umsetzung einer tatsächlich getroffenen Entscheidung – einer gesetzlichen Grundlage. Wie oben gezeigt (siehe Punkt 3.1.1), ist es nämlich der Gemeinde ohne ausreichende gesetzliche Legitimation nicht möglich, Zuständigkeiten zwischen den Organen zu verschieben.

- 4.3.2 Die beklagte Partei versucht dem Problem mit der Behauptung zu entgehen, bei einem organisationsrechtlichen Mandat oder einer Weisung werde – anders als bei der Delegation – die Zuständigkeitsordnung nicht verändert (Revision, S 213). Das mag formal zutreffen, es geht aber um den Übergang der Entscheidungsbefugnis, deren Verschiebung ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ebenso untersagt ist. Das dem so ist, wird der beklagten Partei im Ergebnis klar, wenn sie bei der Frage, warum bei einer Beauftragung der Finanz- und Vermögensverwaltung ██████████ zuständig gewesen sein soll, formuliert: „*Wem sonst hätte der Linzer Gemeinderat diese Zuständigkeit übertragen sollen* [...]?“ (Revision, S 191). Dass die beklagte Partei im Grunde genommen auch von der Übertragung der Entscheidungskompetenz ausgeht, ergibt sich weiters daraus, dass sie als möglichen Rechtsgrund für die Vertretungsbefugnis des ██████████ die Approbation sieht. Dabei ermächtigt – jeweils in einem monokratischen System – der Behördenleiter einen untergeordneten Organwalter innerhalb seiner Behörde dazu, in seinem Namen Erledigungen vorzunehmen. Das bedeutet nichts anderes, als die Übertragung der Entscheidungsbefugnis.
- 4.3.3 Dass die Zuständigkeitsordnung durch die Beauftragung der Finanz- und Vermögensverwaltung dennoch (im rechtlichen Sinn) nicht verändert worden sei, begründet die beklagte Partei in der Folge nur mehr damit, dass entsprechend § 8 Abs. 4 GEOM weiterhin ein Weisungszusammenhang bestanden habe (dort allerdings nicht zwischen Gemeinderat und ██████████, sondern zwischen ██████████ und dem Bürgermeister), außerdem hätte der Gemeinderat der Finanz- und Vermögensverwaltung die Befugnis zum Vertragsabschluss jederzeit wieder entziehen können. Abgesehen davon, dass die Endgültigkeit der Übertragung der Zuständigkeit kein Kriterium ist, um deren Nichtvorliegen zu rechtfertigen (auch im Fall der Delegation kann der Gemeinderat die Entscheidung jederzeit wieder an sich ziehen), stellt der ja a priori bestehende Weisungszusammenhang keine gesetzliche Grundlage für die Übertragung der Willensbildungskompetenz dar; einer solchen gesetzlichen Grundlage hätte es allerdings bedurft.
- 4.3.4 Geschäftsführungsaufgabe des administrativen Hilfsapparats ist es, regelmäßig den Willen der Kollegialorgane oder des Bürgermeisters umzusetzen. Diesbezüglich ist die beklagte Partei mit ihren Äußerungen im Recht. Was sie dabei aber völlig außer Acht lässt, ist, dass der Abschluss eines Rechtsgeschäftes – wie auch die Setzung eines Hoheitsaktes – immer zwei Komponenten umfasst: Die interne Willensbildung, d.h. die Entscheidung darüber, ob das betreffende Geschäft mit den jeweiligen Konditionen abgeschlossen wird, und die Außenvertretung, also die Abgabe (und Empfangnahme) verbindlicher Willenserklärungen im Namen der Kommune gegenüber Dritten. Nur wenn das „Kompetenzportfolio“ des Beauftragten schon bei der Beauftragung beide Komponenten umfasst, kann ihm, also dem Magistrat oder einem seiner Angehörigen, ein Auftrag zur selbständigen Erledigung des gesamten Geschäftsfalles erteilt werden. Wenn nicht, ist der Auftrag auf die jeweils

vorhandene Teilbefugnis beschränkt. Tatsächlich besitzt der Magistrat bei Geschäften, die dem Gemeinderat vorbehalten sind, a priori nur die „Teilbefugnis“, den bereits gebildeten Willen des Gemeinderats umzusetzen, nicht aber selbst Entscheidungen zu treffen.

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

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

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

4.5 Weisung und Approbationsbefugnis

4.5.1 Aus dem oben Gesagten folgt, dass die Annahme der beklagten Partei, der Gemeinderat habe ████████ mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 angewiesen oder ihm eine sogenannte

Approbationsbefugnis erteilt, Finanzgeschäfte, wie es der Swap 4175 gewesen ist, abzuschließen, daran scheitern muss, dass eine solche öffentlich-rechtliche Beauftragung die bereits bestehende öffentlich-rechtliche Befugnis des Beauftragten bei der Auftragserteilung voraussetzt.

4.5.2 Eine solche a priori bestehende Kompetenz lässt sich – wie oben gezeigt – aus den organisationsrechtlichen Vorgaben weder für die Finanz- und Vermögensverwaltung noch für ■■■■■ ■■■■■ finden. Ganz im Gegenteil, es steht einer derartigen Annahme das Gesetz ausdrücklich entgegen: Die Erteilung einer Approbationsbefugnis und die damit verbundene Verschiebung der Willensbildungskompetenz von einem Kollegialorgan, nämlich dem Gemeinderat, auf ein Mitglied des administrativen Hilfsapparats, ist nach den §§ 38 Abs. 3 Satz 2 StL und 11 Abs. 5 GEOM unzulässig. Eine dahingehende Weisung wäre also gesetzwidrig gewesen und konnte damit keine eigene Zuständigkeit des ■■■■■ ■■■■■ schaffen (siehe Punkt 3.2).

4.5.3 Zu Recht hat das Erstgericht darauf hingewiesen, dass die Deutung des Gemeinderatsbeschlusses als Approbationsbefugnis für die Finanz- und Vermögensverwaltung schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil eine solche nur einer natürlichen Person erteilt werden kann (Ersturteil, S 84). Dem hält die beklagte Partei entgegen, dass im Gemeinderatsbeschluss (logischerweise) ohnehin nur der Leiter der Abteilung oder sein Stellvertreter gemeint sein konnte, weil dieser ja gleichsam die Abteilung symbolisiert. Damit hat sie aber das Institut des Mandats missverstanden. Gegenstand einer mandatsmäßigen Betrauung ist die Übertragung einer Entscheidungsbefugnis in Angelegenheiten, die an sich in die Zuständigkeit einer anderen Stelle fallen. Im Gegensatz zur Delegation wird dabei nicht die Zuständigkeit eines Organs auf ein anderes Organ transferiert, sondern lediglich die Befugnis zur Willensbildung. Während erstere in ihrer aktiven wie in ihrer passiven Seite auf das Amt als solches wirkt, d.h. unabhängig von der Person des Deleganten bzw. des Delegatars Bestand hat, wird die Approbationsbefugnis ad hominem erteilt, sie steht also nur einer konkreten Person zu (*Schmid*, Delegation und Mandat im allgemeinen Verwaltungsrecht, ZfV 2010/2, 11). Der Auslegungsversuch der beklagten Partei, mit der Erteilung der Ermächtigung an die Finanz- und Vermögensverwaltung wäre also automatisch immer der jeweilige Organwalter gemeint gewesen, ist daher rechtlich nicht haltbar.

4.6 Zivilrechtliche Vollmacht

4.6.1 Das Argument der beklagten Partei, der Gemeinderat habe aufgrund seines Wahlrechts, zwischen den Handlungsformen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts zu wählen, ■■■■■ ■■■■■ selbst die Vollmacht erteilt, ist ebenfalls nicht haltbar. Der Gemeinderat oder

andere Organe einer Gemeinde besitzen keine Rechtspersönlichkeit, haben also – als Organe – auch keine Möglichkeit, in privatrechtlichen Handlungsformen zu handeln.

- 4.6.2 Selbst, wenn man annehmen würde, die Erteilung privatrechtlicher Vollmachten würde in Ermangelung einer ausdrücklich darauf bezogenen Regelung im Stadtstatut nach dem Annexprinzip in den Kompetenzbereich jenes Organs fallen, das für das von der Vollmacht umfasste Rechtsgeschäft an sich zuständig ist, bleibt der Gemeinderat in dieser Beziehung auf die Befugnis zur internen Willensbildung beschränkt. Die Erteilung einer zivilrechtlichen Vollmacht an einen Dritten iSd §§ 1002 ff ABGB bedarf aber nicht nur der Willensbildung, sondern sie setzt darüber hinaus die Abgabe einer zugangsbefähigten Willenserklärung voraus. Die rudimentäre Publizität des Gemeinderatsbeschlusses durch Wiedergabe des Sitzungsprotokolls im Amtsblatt der Landeshauptstadt Linz konnte diese nach außen zum Ausdruck kommende Willensbetätigung nicht ersetzen. Mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 war also eine zivilrechtliche Bevollmächtigung des ██████████ ██████████ nicht verbunden.
- 4.6.3 Gegen die Deutung, mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 sei ██████████ ██████████ persönlich zu einem Vollmachtnehmer im zivilrechtlichen Sinn bestellt worden, spricht auch der Wortlaut des Beschlusses, der nicht eine physische Person, sondern eine Einrichtung des Magistrats nennt. Überdies bewirkt die Erteilung einer Vollmacht durch eine juristische Person öffentlichen Rechts, dass regelmäßig nicht die nach dem Organisationsrecht zuständigen Organe (bzw. deren Organwalter als physische Personen), sondern dass Dritte beauftragt werden, den städtischen Willen zu bilden; bei dem Vertreter handelt es sich also um eine außerhalb der Organisationsstruktur stehende Person. ██████████ ██████████ wurde aber, als er den Swap 4175 abschloss, ganz bewusst nicht als ein außerhalb der Gemeinde stehender Dritter, sondern als Beamter der Stadt Linz mit dieser Aufgabe bedacht. Dafür hätte es einer, wegen der Ungewöhnlichkeit einer solchen Vorgangsweise, sachlichen Begründung bedurft.
- 4.6.4 Bewirkt die Vollmacht darüber hinaus die Verschiebung von einem zuständigen Organ auf ein unzuständiges Organ, wäre eine solche Vollmacht nach § 879 Abs. 1 ABGB nichtig: Bedarf es nämlich bei einer Gemeinde für die Übertragung gesetzlich vorgegebener Kompetenzen von einem Organ auf ein anderes einer gesetzlichen Ermächtigung und der Einhaltung bestimmter Formen, so können solche Vorgaben nicht im Wege der Vollmacht innerhalb der juristischen Person umgangen werden. Eine solche Umgehung wäre es aber, wenn damit die in § 46 Abs. 1 StL aufgezählten Geschäfte auf den administrativen Hilfsapparat bzw. dessen Leiter übertragen werden könnten. Außerdem lief der Gemeinderatsbeschluss auf eine Generalvollmacht hinaus, die keinesfalls zulässig war (*Grillberger/Propst/Strasser, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde, S 92*).

4.6.5 Aber auch mit der Annahme, der Bürgermeister der Stadt Linz habe mit der Unterfertigung des Rahmenvertrages am 26. September 2006 oder mit der Unterzeichnung des Unterschriftenverzeichnisses am 13. September 2006 nur den Willen des Gemeinderats umgesetzt (§ 22 Abs. 1 StL), wurde ██████ ██████ keine Vertretungsmacht verschafft. Damit hätte der Bürgermeister nicht nur den administrativen Hilfsapparat für Geschäfte zuständig gemacht, für die er nicht zuständig war, er hätte ██████ ██████ als Leiter der Abteilung auch eine unzulässige Generalvollmacht eingeräumt. Dazu war der Bürgermeister nicht befugt. Nähme man aber an, der Bürgermeister habe kraft eigener Macht ██████ ██████ selbst die Vollmacht verschafft, so scheidet deren Wirksamkeit schon daran, dass er dafür keine Zuständigkeit besaß (siehe Punkt 4.2).

4.7 Verletzung zwingender Formvorschriften

4.7.1 § 867 ABGB verpflichtet den Vertragspartner der Gemeinde dazu, sich mit deren Organisationsrecht auseinanderzusetzen (siehe Punkte 3.1.6 und 3.1.7). Nur durch eine solche Befassung konnte die beklagte Partei erkennen, ob das Handeln des ██████ ██████ durch eine entsprechende Beschlussfassung des Gemeinderats gedeckt war.

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

4.7.3 Der Oberste Gerichtshof hat sich mit der Wirkung der Missachtung von kommunalrechtlichen Vorschriften auf die Gültigkeit des Geschäftes in der Entscheidung 3 Ob 32/11v, die zur Tiroler Gemeindeordnung erging, auseinandergesetzt. Er schloss sich der von ihm wiedergegebenen Literaturmeinung an, dass die in einer Gemeindeordnung vorgeschriebene Schriftform zum Schutz der Gemeinden und diese insoweit privilegierend das Wirksamwerden der rechtsgeschäftlichen Erklärung von Gemeindeorganen im Außenverhältnis erschweren will. Er führt weiters aus, dass, auch wenn die Gesetzesmaterialien im konkreten Fall zu den Konsequenzen der Nichteinhaltung von Formvorschriften schwiegen, sei dennoch vom Zweck

dieser Vorschrift auszugehen, die Gemeinden vor unüberlegten Erklärungen zu schützen, vor allem aber auch klare Verhältnisse im Hinblick auf das Zustandekommen von Verträgen der Gemeinde zu schaffen. Dass vom Obersten Gerichtshof geprüfte Formgebot hatte also – allerdings nur zugunsten der Gemeinde – im konkreten Fall konstitutive Wirkung und verhinderte das wirksame Zustandekommen des Vertrages.

- 4.7.4 *Kodek* vertritt in einer Anmerkung zur Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 5 Ob 58/10b, die Formvorschriften der OÖ Gemeindeordnung betreffend (wobl 2010/141), dass die Beifügung des Gemeindesiegels auf den von der Gemeinde abgeschlossenen Verträgen nicht nur eine Formvorschrift, sondern ein Gültigkeitserfordernis ist. Fehlt das Gemeindesiegel, so ist der Vertrag unwirksam. In die gleiche Richtung geht auch die Entscheidung 2 Ob 173/12y, wonach es der Sinn derartiger Formvorschriften ist, die internen Vorgänge nach außen zu dokumentieren und gleichzeitig sicherzustellen, dass das zur Umsetzung berufene Organ auch tatsächlich dem Beschluss entsprechend handelt.
- 4.7.5 Die Stadt Linz hat bereits in der Klagebeantwortung und in ihrem Zwischenantrag vom 8. April 2019 (ON 591) auf das Nichtzustandekommen des Swap-Geschäftes wegen der Verletzung von Formvorschriften hingewiesen. Dass sich die beiden Instanzgerichte mit dem von der Stadt Linz im Verfahren erhobenen Einwand der Verletzung zwingender Formvorschriften nicht auseinandergesetzt haben, liegt, entgegen der Behauptung der beklagten Partei, nicht daran, dass sie diesen Einwand als nicht gerechtfertigt angesehen haben. Vielmehr mussten sie sich (logischerweise) damit schon deshalb nicht befassen, weil das Swap-Geschäft aus anderen Gründen gescheitert ist. Fehlt es aber bereits am Zustandekommen des Vertrages, so stellt sich die Frage, ob dabei auch zwingende Formvorschriften einzuhalten gewesen wären, nicht mehr. Die Stadt Linz hält aber – der Vollständigkeit wegen – auch diesen Einwand weiterhin aufrecht. Auch wegen Verletzung zwingender Formvorschriften war das Geschäft von vornherein nicht wirksam.

5. Keine Vertretungsbefugnis kraft Rechtsschein

5.1 Die Argumente der beklagten Partei

- 5.1.1 In Ermangelung einer tatsächlichen Vollmachtserteilung, was offenbar auch die beklagte Partei erkannt hat, beruft sie sich auf das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht und spricht davon, sie habe darauf vertraut und auch vertrauen dürfen, dass der Gemeinderat und/oder der Bürgermeister ██████████ ████████ zivilrechtlich zum Abschluss von Derivatgeschäften durch zivilrechtliche Vollmacht beauftragt haben.

- 5.1.2 Die beklagte Partei sieht diesen Anschein darin, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 die Finanz- und Vermögensverwaltung ermächtigt hat, Finanzgeschäfte abzuschließen. Zusätzlich beruft sie sich darauf, der Bürgermeister der Stadt Linz habe am 26. September 2006 einen Rahmenvertrag unterzeichnet und in diesem Zusammenhang auch ein Unterschriftenverzeichnis ausgestellt, das ██████ ██████ und ██████ ██████ als „bevollmächtigt“ auswies.
- 5.1.3 Dadurch, dass ██████ ██████ selbst an seine Vertretungsbefugnis geglaubt hat und dies durch sein Auftreten gegenüber der beklagten Partei, etwa in der Einzelabschlussbestätigung, und damit, dass er mit anderen internationalen Banken geprahlt habe, verstärkt hat, durfte sie, so die beklagte Partei, an seine Vertretungsmacht glauben.“): Die begehrte ergänzende Feststellung sei „*relevant, weil sie ein weiteres „Puzzlestück“ ist, das den äußeren Anschein von ██████ ██████ Vertretungsmacht indiziert [...]*“ (Revision S 142). An dieser Stelle ist ihr schon zu erwidern, dass das Vertrauen auf einen bestimmten Rechtsschein schon bei Vertragsabschluss vorliegen muss. Das Vertrauen kann nicht in einem nachfolgenden Verhalten, etwa des Geschäftsherrn, liegen (RIS-Justiz RS0019490 [T4]), schon gar nicht in einem solchen seines Vertreters (RIS-Justiz RS0014726).

5.2 Die Anspruchsvoraussetzungen

Soweit die Anscheinswillensbildung aufseiten des Gemeinderats überhaupt den Regeln der Anscheinsvollmacht unterworfen werden kann, sind zumindest die drei unabdingbaren Voraussetzungen für die Annahme einer Anscheinsvollmacht zu beachten, und zwar das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes, die zurechenbare Verursachung dieses Anscheins durch den Vertretenen und das gutgläubige Vertrauen auf den Anschein durch den Dritten (*P. Bydlinski*, KBB⁴ § 1029 Rz 6).

5.3 Die Anspruchsvoraussetzungen waren nicht erfüllt

- 5.3.1 Im Verfahren war strittig, ob die beklagte Partei vor oder bei Abschluss des Swap 4175 den Gemeinderatsbeschluss (genauer: den Text des Gemeinderatsbeschlusses) gekannt hat, oder ob sie sich mit der Auskunft des ██████ ██████ zufriedengab, es läge ein das Geschäft deckender Gemeinderatsbeschluss vor (Berufungsurteil, S 18). Das Erstgericht konnte nicht feststellen, ob den Mitarbeitern der beklagten Partei vor Abschluss des Swap 4175 der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 oder der Amtsbericht übergeben wurde oder sie dessen Inhalt sonst kannten. Das Berufungsgericht hat sich mit der dagegen erhobenen Tatsachenrüge der beklagten Partei auseinandergesetzt und hat sie verworfen (Berufungsurteil, S 24). Daher ist für das Verfahren davon auszugehen, dass die beklagte Partei den Gemeinderatsbeschluss bei Vertragsabschluss nicht gehabt hat und auch dessen

genauen Text nicht kannte. Feststellungen dazu, ob und wann das später der Fall war, konnten die beiden Instanzgerichte ebenfalls nicht treffen, einzig der Wunsch der beklagten Partei nach Übersendung des Gemeinderatsbeschlusses drei Jahre später, nämlich im August 2010 ist dokumentiert (Beilage .135). Soweit die beklagte Partei also ihre Argumentation auf die Kenntnis des Textes des Gemeinderatsbeschlusses aufbaut, ist ihre Revision nicht gesetzmäßig ausgeführt.

5.3.2 Die beklagte Partei hatte sich bei Vertragsabschluss demgemäß mit der mündlichen Auskunft des ■■■■■ ■■■■ begnügt (Berufungsurteil, S 22: „[...] *hat gesagt, er habe einen Vorratsbeschluss und auf Basis dessen haben wir besprochen, dass wir solche Produkte abschließen können*“). Daneben gab es zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nur den von Bürgermeister Dobusch unterschriebenen Rahmenvertrag und das Unterschriftenverzeichnis. Diese stammen aber nicht vom Gemeinderat. Der Gemeinderat hatte weder von der Tatsache, dass ein Rahmenvertrag abgeschlossen wurde, noch von seinem Inhalt Kenntnis. Damit wäre auch das Argument der beklagten Partei, sie habe aufgrund der Erklärung des ■■■■■ ■■■■ und aufgrund des Rahmenvertrages auf die Vertretungsmacht des ■■■■■ ■■■■ Vertrauen dürfen, nicht tragfähig: Der Anschein der Vertretungsmacht muss nämlich vom zuständigen Organ erweckt worden sein (RIS-Justiz RS0014726; zuletzt: 9 ObA 54/14b; weitere Entscheidungen unter Abschnitt II. Punkt 3.2). Keinesfalls genügt der Erklärungswert des Verhaltens von nicht vertretungsbefugten, tatsächlich aber nach außen auftretenden Organen (RIS-Justiz RS0014726; 4 Ob 197/07k u. a.). Damit fehlten schon die beiden ersten Voraussetzungen.

5.3.3 Letztlich fehlte der beklagten Partei damit aber auch die Schutzwürdigkeit. Entgegen ihrer Behauptung genügt es nämlich nicht, dass es den Gemeinderatsbeschluss gab, sie hätte ihn auch kennen müssen. Der Dritte wird nämlich nur dann geschützt, wenn für ihn die Herstellung dieses Rechtsscheins kausal für den Abschluss des Geschäftes war, wozu gehört, dass er ihm zu diesem Zeitpunkt bekannt gewesen ist (RIS-Justiz RS0019490).

5.4 Selbst, wenn die beklagte Partei den Text des Gemeinderatsbeschlusses gekannt hätte, wäre sie nicht schutzwürdig gewesen

5.4.1 Die beklagte Partei spricht immer nur davon, ■■■■■ ■■■■ habe eine Vollmacht erhalten. Sie verkennt dabei, dass es im Zusammenhang mit den öffentlich-rechtlich angeordneten Zuständigkeitsvorschriften zur Ausübung der Willensbildungskompetenz nicht um den Anschein geht, ob ein anderes Organ der Gemeinde mit der Willensbildung beauftragt (bevollmächtigt) wurde, sondern darum, ob das zuständige Organ den Anschein erweckt hat, es habe von seiner Willensbildungskompetenz selbst Gebrauch gemacht. Die Willensbildung

im Gemeinderat zielt nämlich bei den in § 46 Abs. 1 StL aufgezählten Geschäften auf das fragliche Geschäft selbst und nicht bloß auf die Bevollmächtigung eines anderen Organs.

- 5.4.2 Ein Vertrauen ist danach (erst und nur dann) gerechtfertigt, wenn objektiv gesehen ein Tatbestand verwirklicht wurde, der auch unter rechtlichen Gesichtspunkten das Vertrauen rechtfertigt. Fehlt die erforderliche Willensbildung im Gemeinderat, kommt ein Vertrauensschutz nur dann in Betracht, wenn zumindest der Anschein besteht, es habe den erforderlichen Gemeinderatsbeschluss gegeben. Es geht also nicht um eine Anscheinsvollmacht im technischen Sinn, sondern um eine Anscheinwillensbildung aufseiten des Gemeinderates (dass es um die Anscheinwillensbildung des Gemeinderats geht: 4 Ob 26/01d; 2 Ob 173/12y; 3 Ob 57/15a). Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 konnte bei der beklagten Partei aber höchstens den Anschein der Bevollmächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung erzeugen, dass der Gemeinderat mit seinem Beschluss, die Befähigung selbst Finanzgeschäfte abzuschließen, auf die Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen hat; mit anderen Worten, dass die Zuständigkeit nunmehr an ein nach dem Gesetz unzuständiges Organ übergegangen ist.
- 5.4.3 Wer mit einer Gemeinde kontrahieren will, hat sich mit ihrem Organisationsrecht vertraut zu machen. Soweit die entsprechenden Regelungen kundgemacht sind, muss sie jeder Vertragspartner nach § 867 ABGB auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie nicht kannte (8 Ob 201/97k; 6 Ob 102/11k). Die gesetzlichen Organisationsvorschriften, insbesondere aber die darin angeordneten (Zwangs-)Zuständigkeiten verhindern die Übertragung der Zuständigkeit zwischen den Organen oder auf Dritte durch konkludente Vollmachtserteilung. Sie machen es auch unmöglich, auf den äußeren Anschein der Vertretungsmacht eines nicht zuständigen Organs zu vertrauen. Setzt nämlich der Gesetzgeber – in Form einer positiven Publizität – eine ganz bestimmte Kompetenzordnung, etwa die Zuständigkeit des Gemeinderates zur Beschlussfassung als bekannt voraus, so schützt er damit ausschließlich das Vertrauen darauf, der Gemeinderat habe selbst das konkrete Geschäft beschlossen oder zumindest positiv einen Willen in dieser Richtung gebildet. Für das Entstehen eines darüberhinausgehenden Anscheins (in der Richtung, der Gemeinderat habe seine Zuständigkeit wirksam auf ein anderes Organ übertragen) bleibt danach kein Raum (*Lukas*, Wenn der Bindungswille des Gemeinderates fehlt, *ecolex* 2012, 120; *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde, S 94).
- 5.4.4 Letztlich war der Swap 4175 auch deshalb nicht gedeckt, weil ██████████ ██████████ mit dem Abschluss des Swap 4175 auch den Gemeinderatsbeschluss überschritten hat (Punkt 7.)

6. Keine nachträgliche Genehmigung des unwirksamen Geschäftes

6.1 Die Rechtsausführungen des Berufungsgerichtes

- 6.1.1 Eine Kommune könne nach der auch für sie geltenden Regel des § 1016 1. Fall ABGB ein ohne ausreichende Vertretungsmacht geschlossenes Geschäft, ausdrücklich oder schlüssig im Nachhinein genehmigen. Da es sich bei der schlüssigen Genehmigung aber um einen Anwendungsfall des § 863 ABGB handelt, müssten die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sein. Die konkludente Genehmigung erfordere weiters, dass der Vertreter oder der Dritte nach den Umständen des Falls darauf vertrauen durfte, und auch tatsächlich vertraut hat, der vollmachtslos Vertretene wolle ihm gegenüber zum Ausdruck bringen, dass er mit dem ohne Vollmacht abgeschlossenen Geschäft einverstanden sei. Es dürfe kein vernünftiger Grund übrig sein, daran zu zweifeln. Das Erstgericht hatte in diesem Zusammenhang noch ergänzend darauf verwiesen, dass bei Gemeinden für die Annahme einer Genehmigungsabsicht ein strenger Maßstab anzulegen sei, weil „[d]ie *Einhaltung von Formvorschriften nicht durch die Annahme des schlüssigen Abschlusses eines Vertrages umgangen werden [dürfe]*“ (3 Ob 509/95).
- 6.1.2 Die Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010, von der die beklagte Partei behauptet, mit ihr sei der Swap 4175 nachträglich genehmigt worden, habe nur den Voranschlag für das Jahr 2011 zum Gegenstand gehabt. In Debattenbeiträgen sei zwar der Swap 4175 vorgekommen, es habe aber eine ausdrückliche Beschlussfassung (etwa im Sinne einer Zustimmung) nicht gegeben. Außerdem habe die beklagte Partei nicht begründen können, wer genau das Schweigen als schlüssige Willenserklärung hätte verstehen dürfen. Letztlich habe angesichts der schon vorher erfolgten ausdrücklichen Ablehnung des Geschäftes durch den Bürgermeister einer bloßen Untätigkeit in der Gemeinderatssitzung kein Erklärungswert in Richtung der nachträglichen Genehmigung zugemessen werden können.
- 6.1.3 Eine nachträgliche Genehmigung aufgrund von Wissenszurechnungen durch die Mitglieder einzelner Ausschüsse sei schon deshalb nicht möglich, weil diesen die Vertretungsbefugnis zum Abschluss von Rechtsgeschäften fehle, wie der Oberste Gerichtshof mit Blick auf einen Prüfungsausschuss bereits ausgesprochen habe (5 Ob 52/11z).
- 6.1.4 Schließlich sei die nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung deshalb ausgeschlossen, weil der Gemeinderat nicht einmal die Grundzüge des Geschäftes, darunter die Befugnisüberschreitung durch Eingehen einer Fremdwährungsspekulation hohen Ausmaßes, gekannt habe. Die Debt-Management-Berichte und auch diverse Kontrollamtsberichte seien nicht – wie es für eine nachträgliche Genehmigung notwendig gewesen wäre – im Gemeinderat behandelt worden. Zu den im Gemeinderat lediglich

behandelten Jahresberichten sei nicht feststellbar gewesen, dass aus den Salden „Zahlungen aufgrund des Swap 4175 extrahiert oder identifiziert wurden“.

- 6.1.5 Im Zusammenhang mit der nachträglichen Genehmigung durch Vorteilszuwendung war schon das Erstgericht zum Ergebnis gelangt, dass, selbst wenn man von der Zurechnung des Wissens einzelner Gemeinderatsmitglieder oder anderer Organe der Gemeinde ausginge, wofür weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Begründung von Seiten der beklagten Partei geliefert worden wäre und die auch im Gegensatz zur Rechtsprechung stünde (etwa 4 Ob 26/01d), hätten auch diese keine ausreichende Kenntnis gehabt: Sie hätten weder die Struktur des Swaps noch das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, noch das Risiko gekannt. Selbst die breiteste Informationsquelle, die Debt-Management-Berichte des [REDACTED] für den Finanzausschuss, hätten irreführende Angaben enthalten. Sie ließen überdies die maßgeblichen Umstände, vor allem das tatsächlich mit dem Swap verbundene Risiko, im Dunkeln. Sie enthielten nicht einmal den unbedingt notwendigen Hinweis, dass sich ein Erstarren des Schweizer Franken „doppelt negativ“ auf die Position der Stadt Linz auswirken würde (ein Hinweis, den [REDACTED] trotz des angeblichen Beratungsverzichts der Stadt für unbedingt notwendig ansah). Der Kontrollamtsbericht aus dem September 2008 sei zwar in seiner Allgemeinheit (was mögliche Zahlungspflichten angeht) richtig gewesen, er sage aber überhaupt nichts über den Swap 4175, seine Wirkungsweise oder seine Risiken aus. Aus den Rechnungsabschlüssen lasse sich, abgesehen davon, dass sich diese schon per se nicht zur Information über mögliche künftige Schäden und Risiken eignen, nicht das notwendige Wissen um das Geschäft ableiten.

6.2 Die gegen das Berufungsurteil gerichteten Angriffe der beklagten Partei

Ohne wirklich auf die Begründung der Instanzgerichte einzugehen, stützt sich die beklagte Partei weiterhin im Wesentlichen darauf, das Wissen um die Existenz eines Geschäftes in Verbindung mit dem Unterlassen einer Reaktion darauf würde per se zu einer nachträglichen Genehmigung führen. Nicht relevant sei, ob der Gemeinderat selbst das Geschäft oder Details daraus gekannt habe. Es genüge vielmehr, dass andere Organe bzw. einzelne Gemeinderäte gewusst hätten, dass es ein derartiges Geschäft gibt. Auch ein Erklärungsbewusstsein des Gemeinderats im Sinne einer Genehmigungsabsicht und (offenbar) nicht einmal der Anschein in diese Richtung sei notwendig. Ein Gemeinderat erzeuge schon dann den Anschein der nachträglichen Genehmigung, wenn er gar nichts tue und damit seine Pflicht zur ausreichenden Kontrolle der vollmachtlos handelnden Gemeindeorgane vernachlässige („Kontrollpflichtverletzung“). Tatsachenbezogen stützt sich die beklagte Partei nur mehr auf die Gemeinderatssitzung vom 16. September 2010, mit der das Geschäft jedenfalls (schlüssig) genehmigt worden wäre.

6.3 Die fehlende Berechtigung der Revision

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

6.3.1 Nur der Gemeinderat konnte das Geschäft nachträglich genehmigen

6.3.1.1 § 46 Abs. 1 StL verlangt für den Abschluss eines Geschäfts, wie es der Swap 4175 war, die Willensbildung und Beschlussfassung im Gemeinderat. Das gilt nicht nur für den ursprünglichen Abschluss des Geschäftes, sondern auch für eine nachträgliche Genehmigung. Für diese gelten aufgrund der Symmetrie der Willensbildung die gleichen Voraussetzungen wie für den ursprünglichen Geschäftsabschluss. Einzelne Mitglieder des Gemeinderats oder andere Organe reichen dazu nicht aus. Ausschließlich jenes Organ der Gemeinde, das die ursprüngliche Willensbildungskompetenz hat, ist deshalb auch für die nachträgliche Genehmigung zuständig („*nachträgliche Willensbildungskompetenz*“), und zwar das gesamte Organ (4 Ob 26/01d); der von der beklagten Partei genannte Finanz- und Kontrollausschuss enthält nur acht von 61 Gemeinderatsmitgliedern, wobei Finanzstadtrat Mayr nicht einmal dem Gemeinderat angehört hat. Auch die Zuständigkeit zur nachträglichen Willensbildung kann nicht durch ein Organ der Gemeinde ausgeübt werden, das ursprünglich nicht zuständig war (hRsp: RIS-Justiz RS0014374, RS0021980, RS00125514; 4 Ob 41/09h; 6 Ob 102/11k; zum Prüfungsausschuss nach § 91 OÖ GemO, der im Wesentlichen dem Kontrollamt der Stadt Linz entspricht: 5 Ob 52/11z).

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

6.3.1.3 Auch der Anschein einer nachträglichen Genehmigung ist nur beachtlich, wenn er von dem dafür zuständigen Organ, nämlich dem Gemeinderat, gesetzt worden ist (*P. Bydlinski* in KBB⁵ § 1016 Rz 4 mwN; 10 Ob 42/07k; 4 Ob 197/07k; 6 Ob 71/07w; 9 Ob 41/09h). Es ist daher nach der Rsp (4 Ob 197/07k) nicht möglich, ein Geschäft, dessen Abschluss dem „höchsten“ Organ vorbehalten war, nicht aber durch dieses Organ abgeschlossen wurde, durch ein „niedrigeres“ Organ zu sanieren. Aus dem gleichen Grund scheidet auch eine nachträgliche Genehmigung oder auch nur der Anschein einer solchen Genehmigung durch den vollmachtlosen Vertreter selbst aus. Bei diesem kommt noch hinzu, dass aufgrund des

offenkundigen Interessenkonflikts nicht einmal sein Wissen dem vorgeblich Vertretenen zugerechnet werden kann (1 Ob 116/10f; 1 Ob 64/00v). Einzelne Ausreißer in der Rsp wurden inzwischen korrigiert (*Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, Beilage ./EW).

6.3.2 In der Genehmigung muss die nachgeholte Willensbildung liegen

6.3.2.1 Die nachträgliche Genehmigung eines – mangels Vertretungsmacht vollmachtlos abgeschlossenen – schwebenden Geschäfts durch den Gemeinderat setzt weiters voraus, dass der Gemeinderat die Tatsache der schwebenden Unwirksamkeit des Geschäfts gekannt hat und diese schwebende Unwirksamkeit mit der Genehmigung beseitigen wollte. Die nachträgliche Genehmigung verlangt also sowohl das Wissen um die schwebende Unwirksamkeit als auch einen Genehmigungswillen (*Schramm* in MüKo, BGB⁶ § 177 Rz 27; 6 Ob 71/07w; RIS-Justiz RS0014363; *Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, Beilage ./EW).

6.3.2.2 Bezogen auf den Swap 4175, hätte also der Gemeinderat wissen müssen, dass ██████████ mit dem Abschluss des Geschäfts dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 zuwidergehandelt hat: Eine großvolumige Währungsspekulation, mit der die Stadt Linz ein Währungsrisiko übernahm, der der Aufnahme eines Kassakredits von 1 Mrd Schweizer Franken entsprach, war vom Gemeinderat nie gewollt. Der Gemeinderat hätte weiters zumindest rudimentär eine Vorstellung vom Wesen und der Struktur des Swap 4175 gebraucht. Dazu gehörte, dass sich hinter seiner Formel die Verschreibung von 21 exotischen Optionen versteckte, die wirkungsgleich der Aufnahme eines Fremdwährungsdarlehens von mehr als einer Milliarde Schweizer Franken entsprach. Weiters musste er wissen, dass ██████████ zur Beherrschung des mit dem Geschäft verbundenen Fremdwährungsrisikos nicht nur einen Risikoleitfaden sondern auch eine Stop-Loss-Strategie mit einer Ausstiegsschwelle (realistischer Weise von rund EUR 100 Mio, da ein früherer Ausstieg jedenfalls mit Verlusten geendet hätte) gebraucht hätte. Weiters, dass er ein Risikobudget von rund EUR 133 Mio hätte vorhalten müssen (vgl. die Produktbeschreibung in Abschnitt I. Punkt 2.2.4).

6.3.2.3 Was für die nachträgliche Genehmigung notwendig ist, gilt auch für den Anschein der nachträglichen Genehmigung. Es muss – diesfalls unabhängig von der tatsächlichen Absicht des Gemeinderates – ein klarer äußerer Schein bestehen, der Gemeinderat habe zumindest die Absicht gehabt, das bisher nicht wirksame Geschäft nachträglich zu genehmigen. Nur dann ist ein Vertrauen auf den äußeren Tatbestand überhaupt schutzwürdig. Die einzigen Indizien, die die beklagte Partei ins Treffen führt, sind – neben der am 16. Dezember 2010 erfolgten Genehmigung des Rechnungsvoranschlags für 2011 – aber lediglich das

„Nichtreagieren“ der Stadt Linz, also ein Schweigen des Gemeinderates zum Swap 4175 bzw. die Verletzung von Kontrollpflichten. Untätigkeit hat aber – von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen – ebenso wie Schweigen keinen Erklärungsinhalt. Damit scheidet auch ein Vertrauen auf einen bestimmten Anschein aus.

- 6.3.3 Die nachträgliche Genehmigung des Swap 4175 war nie Gegenstand einer Gemeinderatsentscheidung
- 6.3.3.1 Finanzgeschäfte der Stadt Linz waren, sieht man vom Gemeinderatsbeschluss am 3. Juni 2004 ab, bis zu dem von der beklagten Partei behandelten Gemeinderat vom 16. Dezember 2010 (siehe Punkt 6.3.6) nicht Gegenstand irgendeiner Debatte. Der Gemeinderat wusste weder um die Existenz des Swap 4175 noch um seine Struktur oder seinen Inhalt. Er war auch nicht Gegenstand der Beschlussfassung des Gemeinderats (das bestätigt auch der Bescheid des Landes Oberösterreich vom 10. Oktober 2011 [Beilage ./BP], der die Zurückweisung des Genehmigungsantrages vor allem damit begründete, dass der Swap 4175 kein Gegenstand einer Beschlussfassung des Gemeinderats gewesen und damit auch keiner aufsichtsbehördlichen Genehmigung zugänglich sei).
- 6.3.3.2 Eine mögliche Behandlung von Finanzgeschäften im Allgemeinen und des Swap 4175 im Besonderen hätte sich allenfalls im Zusammenhang mit einer Vorbehandlung des Gemeinderatsbeschlusses ergeben können. Eine solche Vorbehandlung, also die Vorbereitung des nachfolgenden Beschlusses des Gemeinderats, hat allerdings nie stattgefunden. Aus diesem Grund geht auch der Einwand der beklagten Partei, die Behandlung der Debt-Management-Berichte im Finanzausschuss sei dem Gemeinderat deshalb zuzurechnen, weil es Aufgabe des Finanzausschusses gewesen sei, die nachfolgenden Beschlüsse des Gemeinderats zu behandeln, ins Leere: Die Debt-Management-Berichte des ██████████ ██████████ waren ja gerade nicht dafür bestimmt, die spätere Beschlussfassung des Gemeinderates über das Swap-Geschäft vorzubereiten. Das Gleiche gilt für die Debatten im Kontrollausschuss.
- 6.3.3.3 Dazu kommt, dass Ausschüsse nach § 3 Abs. 4 der Geschäftsordnung für die Ausschüsse (GOAu) vertraulich sind, ihre Ergebnisse oder auch Protokolle der Verhandlungen werden dem Gemeinderat nicht vorgelegt. Das Kontrollamt prüft zwar nachträglich die Rechnungsabschlüsse der Gemeinde, Detailergebnisse darüber erhält allerdings nur der Kontrollausschuss (dessen Sitzungen ebenfalls vertraulich sind), an den Gemeinderat geht lediglich ein zusammenfassender Jahresbericht. Sämtliche Protokolle des Gemeinderates im fraglichen Zeitraum der Jahre 2007 bis 2010, die sich mit den Jahresberichten des Kontrollamtes, dem Budget oder den Rechnungsabschlüssen befassen, enthalten keinerlei

Hinweis auf eine Behandlung des Swap 4175 im Gemeinderat (Beilage ./CZ, Beilage ./DG, Beilage ./DN).

- 6.3.4 Nur auf das eigene Wissen, vor allem aber auf die Willensbildung des Gemeinderats kommt es an
- 6.3.4.1 Die Einnahmen und Ausgaben der Gemeinde werden sowohl im Budget als auch im Rechnungsabschluss nicht einzeln erwähnt oder beschrieben, es sei denn, es kommt ihnen eine besondere Bedeutung zu. Im Speziellen finden sich die Ein- und Ausgänge aus Finanzgeschäften der Stadt Linz nur als Saldo im Rechenwerk auf Konten, die die Bezeichnung „*Sonstige Einnahmen*“ trugen. Eine konkrete Zuordnung zu bestimmten Geschäften war daraus ebenso wenig möglich wie das Erkennen eines konkreten Geschäfts.
- 6.3.4.2 Auch die Prüfungen des Rechnungsabschlusses von Seiten des Kontrollamtes beinhalten nicht die Prüfung einzelner Geschäfte („keine Einzelfallprüfung“, es sei denn, diese werden im Zuge von Initialprüfungen und Prüfungsaufträgen nach § 39 Abs. 2 StL untersucht). Ein einziger Bericht des Kontrollamtes, der allerdings nur an den Kontrollausschuss und nicht an den Gemeinderat gegangen ist (nämlich jener vom 23. September 2008 betreffend den Rechnungsabschluss des Jahres 2007, Beilage ./DA), beschäftigte sich, und auch das nur sehr cursorisch, mit den von ██████████ ██████████ abgeschlossenen Finanzgeschäften (konkrete Geschäfte werden nicht beschrieben; dem Leiter des Kontrollamtes lagen sie überdies nicht einmal vor ██████████, Protokoll 4. Sondersitzung Kontrollausschuss vom 29. September 2011, Beilage ./EE4, S 29]). Deren Zweck wird darin beschrieben, das Zinsrisiko abzusichern (wörtlich werden sie bezeichnet als: „*Zinsbegrenzungsgeschäfte*“) und das Zinsniveau gering zu halten (von Zinsverbilligungsgeschäften ist etwa nie die Rede). Nur sehr oberflächlich wird darauf hingewiesen, dass es möglicherweise zu Ausgleichszahlungen der Stadt Linz kommen könne, was im Zusammenhang mit „*Zinsbegrenzungsgeschäften*“ zwanglos als Prämienzahlung verstanden werden kann. In dem ebenfalls zum Rechnungsabschluss des Jahres 2007 ergangenen Nachprüfungsbericht vom 16. Jänner 2009 werden die Finanzgeschäfte nicht einmal mehr erwähnt.
- 6.3.4.3 Die Mitglieder des Finanzausschusses bezogen ihre Informationen aus den von ██████████ ██████████ verfassten Debt-Management-Berichten, in denen der Swap 4175 fälschlicherweise als Zinssicherung mit einem begrenzten Risiko („*maximales Risiko*“) bezeichnet wird. Das Erstgericht hat diesbezüglich bereits überzeugend dargestellt, dass die Debt-Management-Berichte weniger aufklärend, als vielmehr verschleiern gewesen sind (Ersturteil, S 100).

- 6.3.5 Es gab keine Handlungen des Gemeinderats, die als Ausdruck einer nachträglichen Genehmigungsabsicht hätten gedeutet werden können
- 6.3.5.1 Auf die Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010 wird gesondert eingegangen (Punkt 6.3.6).
- 6.3.5.2 Mögliche Genehmigungshandlungen des Gemeinderats, die als Ausdruck einer nachträglichen Willensbildung gedeutet werden könnten, müssen vom Gemeinderat selbst stammen und iSd § 863 ABGB mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund zum Zweifeln lassen, dass der Gemeinderat damit einen bestimmten Willen erklären und ein bis dahin schwebend unwirksames Geschäft genehmigen wollte. Die Genehmigung nach § 1016 Fall 1 ABGB stellt nämlich einen Anwendungsfall des § 863 ABGB dar (vgl. *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ zu § 1016 Rz 4). Wie streng das Höchstgericht dazu die Anforderungen setzt, zeigen etwa die Fälle in 1 Ob 205/06p und 9 Ob 41/09h (*Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, Beilage ./EW). Ein Verhalten, das eine ausdrückliche oder schlüssige Willenserklärung darstellen soll, muss letztlich zur Erzeugung von Rechtsfolgen nach außen treten, und sie muss dem, der auf sie vertraut, auch tatsächlich zugehen.
- 6.3.5.3 Die oben dargestellten Voraussetzungen müssen umso mehr für ein Verhalten gelten, das bloß den Anschein einer Willenserklärung, in concreto also einer nachträglichen Genehmigung, erzeugt haben soll. Schützenswert ist daher die beklagte Partei nur dann, wenn sie bei Geschäftsabschluss den Rechtsschein gekannt hat, und wenn für sie der Rechtsschein kausal für den Geschäftsabschluss gewesen ist (RIS-Justiz RS0019490). Damit schieden als Genehmigungshandlungen alle Vorgänge aus, welche die beklagte Partei tatsächlich gar nicht wahrgenommen hat, aber auch Vorgänge, denen sie redlicherweise keinen Erklärungswert in Richtung einer nachträglichen Genehmigung unterstellen durfte (zuletzt 7 Ob 140/17i). Dabei ist – worauf bereits das Erstgericht hingewiesen hat (Ersturteil, S 98) – ein strenger Maßstab anzuwenden. Es darf nämlich die von § 867 ABGB intendierte Einhaltung interner Formvorschriften durch die großzügige Annahme eines schlüssigen Vertragsabschlusses nicht umgangen werden (JBI 1989, 444; 4 Ob 26/01d).
- 6.3.5.4 Das bloße Wissen oder Verhalten einzelner Mitglieder des Gemeinderates kommt als schlüssige Genehmigung daher ebenso wenig in Frage, wie das Wissen oder Verhalten von Beamten oder einzelnen sonstigen Politikern, da die Genehmigungshandlung als Form der „nachgeholtten Willensbildung“ vom Gemeinderat zu setzen ist (4 Ob 26/01d; 5 Ob 52/11z; *Lukas*, Wenn der Bindungswille des Gemeinderates fehlt, *ecolex* 2012, 120). Die vom administrativen Hilfsapparat mit [REDACTED] [REDACTED] an seiner Spitze erfolgte Vereinnahmung der Zahlungen aus dem Swap 4175 und deren Verbuchung im Rechenwerk der Gemeinde kann

also ebenfalls (nicht einmal theoretisch) eine Genehmigungshandlung des Gemeinderates darstellen. Geschweige denn, dass sie einen derartigen Anschein erzeugt, sieht man davon ab, dass die beklagte Partei ein konkretes Vertrauen auf einzelne Rechnungsabschlüsse niemals behauptet und sich erst im Verfahren darauf berufen hat.

- 6.3.5.5 Ein „*Nichtreagieren*“ des Gemeinderates reicht – im Gegensatz zu den Ausführungen der beklagten Partei – für die nachträgliche (schlüssige) Genehmigung eines vollmachtlos abgeschlossenen Geschäfts niemals aus (Schweigen stellt keine nachträgliche Genehmigung dar: 1 Ob 205/06p; 1 Ob 223/06f; 5 Ob 119/18p [Untätigkeit trotz Kenntnis der Thematik über die volle Dauer von zwei Jahren]; Nichtstun oder Verstreichen der Zeit begründet keinerlei Vertrauenstatbestand für den Dritten: *Schramm* in MüKo BGB⁶ § 177 Rz 28); das gilt sogar dann, wenn die beklagte Partei den Gemeinderat selbst vom Geschäftsabschluss informiert hätte (BGH WM 1964, 224; *Spitzer*, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom 21. August 2013, Beilage ./EW). Auch wenn der Vertretene das Ingangsetzen des Vertrages mit Schweigen zur Kenntnis nimmt, genehmigt er damit nicht den Vertrag (1 Ob 205/06p). Nicht einmal, wenn der vorgeblich Vertretene Gelder aus einem unwirksamen Kreditvertrag verwendet, ja diesen Kredit sogar teilweise zurückzahlt, wird der Vertrag wirksam (9 Ob 41/09h).
- 6.3.5.6 Die Belegstellen der beklagten Partei, mit denen sie entgegen der ganz herrschenden Lehre und Rechtsprechung ihre Theorie vom Schweigen als Zustimmung untermauern will, sind entweder überholt oder auf den konkreten Sachverhalt nicht anzuwenden: In der Entscheidung 9 ObA 251/89 hatte der Bürgermeister allen Dienstnehmern entsprechend der bei der Aufnahme gegebenen Zusicherung mehrere Jahre hindurch monatlich einen Tag Dienstfreistellung gewährt. Diese durften angesichts der überschaubaren Organisationsgröße der damals beklagten Partei davon ausgehen, dass der Gemeinderat damit einverstanden wäre. Ähnlich war es bei der Entscheidung 9 ObA 78/89. Es ist allerdings zweifelhaft, ob diese Judikatur tatsächlich noch gilt. In dem ebenfalls im Arbeitsrecht angesiedelten Fall 9 ObA 211/01x, in dem es um die Frage ging, ob eine regelmäßige erhöhte Urlaubsgewährung eine – vertragsanpassende – Übung darstellte, erkannte der Oberste Gerichtshof, dass es nach dem Organisationsrecht für die Erhöhung des Urlaubsmaßes der Zustimmung des Gemeinderates bedurft hätte. Obwohl die betriebliche Übung über zehn Jahre bestanden hatte, verneinte das Höchstgericht eine Vertragsänderung. Die von der beklagten Partei ebenfalls zitierte Entscheidung 2 Ob 173/12y ist deshalb nicht einschlägig, weil dort das zuständige Kollegialorgan ohnehin ausdrücklich zugestimmt hat. Die Rechtsmeinung in der Entscheidung 8 Ob 573/90 ist – wie *Spitzer* nachgewiesen hat – in der Folge aufgegeben worden (siehe auch Abschnitt II. Punkt 3.2.5). Die Entscheidung 4 Ob 26/01d, die die beklagte Partei ebenfalls als Belegstelle anführt, gibt nur referierend die – unter anderem überholte – Entscheidung 8 Ob 573/90 wieder, spricht im Übrigen aber gegen die beklagte Partei: Trotz

der Kenntnis einzelner Mitglieder von den mündlich erteilten Zusatzaufträgen und sogar deren Anwesenheit bei der Auftragserteilung lagen nach der Rechtsmeinung des Höchstgerichtes die Voraussetzungen einer nachträglichen Genehmigung nicht vor, weil „dem Gemeinderat als Kollegialorgan nämlich die Kenntnis einzelner seiner Mitglieder nicht ohne Weiteres zugerechnet werden [kann].“

6.3.5.7 Damit ist klar: Die bloße Genehmigung der summarischen Rechnungsabschlüsse im Gemeinderat der Stadt Linz konnte weder Ausdruck des „nachgeholt“ Abschlusswillens sein, noch ließ sie den Schluss auf einen solchen Abschlusswillen zu. Der Gemeinderat stellt mit seinem Beschluss nämlich nur den Deckungserfolg und die Umsetzung des Voranschlages fest. Erfasst sind darüber hinaus die Einnahmen und Ausgaben bloß in summarischer Form, es werden auch nicht – wie in einer Bilanz – einzelne Wirtschaftsgüter aufgenommen. Schon seiner Funktion nach eignet sich die Genehmigung des Rechnungsabschlusses also nicht dazu, einzelne Geschäfte zu sanktionieren oder nachträglich zu genehmigen. Daher liegt in der Genehmigung von Rechnungsabschlüssen, geschweige denn in der Genehmigung von Voranschlägen, weder für sich die nachträgliche Genehmigung, noch konnte die beklagte Partei daraus einen Anschein ableiten, mit dem Rechnungsabschluss oder mit der Genehmigung des Voranschlages würde der Gemeinderat nachfolgend zu den in § 46 Abs. 1 StL aufgezählten und ihm vorbehaltenen Geschäften einen Abschlusswillen bilden. Das wäre aber Voraussetzung für das Vorliegen einer nachträglichen Genehmigung.

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

6.3.6 Die Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010

6.3.6.1 Die Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010 sollte nach der Meinung der beklagten Partei den Beweis erbringen, dass der Gemeinderat den Swap kannte (weil in der Gemeinderatssitzung selbst über die Finanzen der Stadt Linz berichtet worden war), dass der Gemeinderat (allerdings nur durch Zurechnung des Wissens anderer) auch über die Struktur

des Geschäftes Bescheid wusste und dass der Gemeinderat damit nachträglich das Geschäft genehmigt habe.

- 6.3.6.2 Als Beweis dafür wird die Wortmeldung zweier Oppositionspolitiker präsentiert. Damit sei, so offenbar die Meinung der beklagten Partei, der (endgültige) Beweis erbracht, der Gemeinderat der Stadt Linz habe schon immer vom Swap 4175 und seiner Struktur gewusst. Zutreffenderweise hat aber bereits das Erstgericht aus diesen Meldungen gerade den gegenteiligen Schluss gezogen: Ihnen sei zu entnehmen, dass diesen Gemeinderatsmitgliedern jegliches Verständnis über die Struktur des Geschäftes gefehlt habe. Woraus die beklagte Partei ableitet, dass damit bewiesen sei, dass der Gemeinderat schon viel länger Struktur und Risiko des Swap gekannt hat, sagt sie nicht. Den zitierten Äußerungen lässt sich das jedenfalls nicht entnehmen.
- 6.3.6.3 Unabhängig davon ergibt sich aber aus der Sitzung des Gemeinderates, dass diesem jede Genehmigungsabsicht gefehlt hat. Setzt eine solche Genehmigungsabsicht doch das aktuelle Bewusstsein voraus, ein nicht wirksames, weil schwebendes Geschäft vor sich zu haben, dessen Wirksamkeit man wolle. Die beiden Oppositionspolitiker sind aber offensichtlich davon ausgegangen, dass die Gemeinde an das Derivatgeschäft gebunden war. Es bestand also keinerlei Veranlassung, sich über dessen nachträgliche Genehmigung überhaupt Gedanken zu machen. Damit fehlte a priori ein wesentliches Tatbestandsmerkmal für das Vorliegen einer nachträglichen Genehmigung. Auch ein Anschein in diese Richtung scheidet deshalb aus.
- 6.3.6.4 Einzig die Tatsache, dass sich der Gemeinderat überhaupt mit einem Derivatgeschäft beschäftigt hat, könnte – unter dem Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht eine Pflicht zum Handeln, ausgelöst haben. Wie oben ausgeführt, besteht nämlich ansonsten keinerlei Verpflichtung des vorgeblich Vertretenen, überhaupt tätig zu werden. Aber selbst wenn man unterstellt, aus der Tatsache der Behandlung des Finanzmanagements im Gemeinderat habe sich eine Verpflichtung der Stadt Linz ergeben, aufklärend auf die beklagte Partei zuzugehen, dann wäre die beklagte Partei überhaupt nur dann schutzwürdig, wenn sie eine solche Klarstellung in Richtung der Genehmigung oder Nichtgenehmigung des Swap 4175 erwarten durfte. Ihre Schutzwürdigkeit scheidet allein schon daran, dass sie die Gemeinderatssitzung jedenfalls vor dem April 2011 nicht verfolgt hat. Vertrauen eines Dritten wird nur dann geschützt, wenn er tatsächlich vertraut hat.
- 6.3.6.5 Unabhängig davon war die beklagte Partei aber aus einem anderen Grund nicht schutzwürdig. Sie hätte nämlich, auch wenn sie die Gemeinderatssitzung verfolgt hätte, aus ihrem Gang und ihren Wortmeldungen niemals den Schluss ziehen können, der Gemeinderat habe damit iSd § 1016 1. Fall ABGB das Swap-Geschäft nachträglich (schlüssig) genehmigt. Das ist aber Voraussetzung. Eine Genehmigung iSd § 1016 2. Fall ABGB schied zu diesem Zeitpunkt

naturgemäß deshalb aus, weil die Stadt Linz aus dem Swap 4175 schon lange keine Einnahmen, sondern nur mehr Verluste hatte.

- 6.3.6.6 Nun hatte sich aber der Bürgermeister der Stadt Linz bereits im Gespräch mit Vertretern der beklagten Partei am 6. Juli 2010 (Beilage ./133) sowie am 4. August 2010 (Beilage ./135) auf die Nichtigkeit des Geschäfts und die fehlende Deckung durch den Gemeinderatsbeschluss berufen (warum es sich dabei um eine Einschätzung gehandelt haben soll, die von den beiden Instanzgerichten nicht übernommen worden wäre, wie die beklagte Partei behauptet, ist schon deshalb unerfindlich, weil das Zustandekommen des Vertrages nach deren Auffassung letztlich an der fehlenden Deckung durch den Gemeinderatsbeschluss gescheitert ist). Nicht genug damit, erklärte der Rechtsvertreter der Stadt Linz in einem an die beklagte Partei gerichteten Schreiben vom 11. Oktober 2010 (Beilage ./GK), also lange vor der Gemeinderatssitzung, das Swap-Geschäft sei schon von Anbeginn an nicht wirksam zustande gekommen, jedenfalls sei es nichtig oder zumindest vernichtbar. Untätigkeit (in dem Sinne, dass sie die beklagte Partei im Unklaren gelassen habe) konnte man der Stadt Linz zu diesem Zeitpunkt gewiss nicht mehr vorwerfen, hatte sie doch spätestens mit dem Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 11. Oktober 2010 mehr als deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie das Swap-Geschäft nicht wollte.
- 6.3.7 Kein Vertrauen der beklagten Partei auf den Anschein einer nachträglichen Genehmigung
- 6.3.7.1 Der Schutz des Vertrauens auf den bloßen Anschein verlangt, dass der vorgeblich Vertretene diesen Rechtsschein selbst gesetzt hat und dass der Dritte berechtigterweise auf diesen Rechtsschein als Ausdruck des dahinterstehenden Geschäftswillens vertrauen durfte. Niemand kann sich also auf einen Vertrauenstatbestand berufen, wenn er tatsächlich nicht daran geglaubt hat oder objektiverweise daran nicht glauben konnte. Geschützt ist nur der, für den im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses der Rechtsschein kausal für sein Handeln gewesen ist. Das setzt die Kenntnis und das berechtigte Vertrauen auf diesen Rechtsschein voraus (RIS-Justiz: RS0019490). Geht es um den Anschein einer Vertretungsmacht, so kommt ein Vertrauen auf den äußeren Anschein nicht in Frage, wenn sich das Fehlen der Vertretungsmacht schon aus dem Gesetz ergibt; es gibt kein Vertrauen auf einen gesetzwidrigen Zustand (RIS-Justiz: RS0014715).
- 6.3.7.2 Es gibt aber auch nichts, woraus die beklagte Partei ein Vertrauen ableiten hätte können, dass der Gemeinderat der Stadt Linz iSd § 46 Abs. 1 StL ursprünglich oder nachträglich einen (positiven) Willen auf Abschluss des Swap 4175 gebildet hat. Das gilt schon für den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004. Dieser konnte der beklagten Partei, selbst wenn sie ihn gekannt hätte, was nicht der Fall gewesen ist, lediglich den Anschein vermitteln, der Gemeinderat der Stadt Linz habe seine Willensbildungskompetenz auf die Finanz- und

Vermögensverwaltung übertragen, nicht aber, dass er damit selbst über den Abschluss des Swap 4175 entschieden hat. Dass auch der Gemeinderatsbeschluss vom 16. Dezember 2010 kein schutzwürdiges Vertrauen der beklagten Partei rechtfertigen konnte, wurde oben gezeigt.

- 6.3.7.3 Soweit sich die beklagte Partei auf das Wissen einzelner Politiker oder interne Vorgänge beruft (geheime Beratungen im Finanz- und Kontrollausschuss, Berichte des Kontrollamtes und Vorberichte des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen) und daraus den Anschein einer (positiven) Beschlussfassung des Gemeinderates über den Swap 4175 ableiten will, scheitert dieser Versuch schon daran, dass bloß interne Vorgänge oder Vorgänge, von denen die beklagte Partei bei Abschluss des Vertrages oder später nichts gewusst hat, niemals einen Vertrauenstatbestand darstellen können, aber auch daran, dass der Vertrauenstatbestand vom Gemeinderat selbst hätte gesetzt werden müssen, was bei den von der beklagten Partei behaupteten Vorgängen nicht der Fall war.
- 6.3.7.4 Dazu kommt, dass der Gemeinderat – nach der von der beklagten Partei nach wie vor vehement vertretenen Rechtsansicht – zur Beschlussfassung über den Swap 4175 gar nicht zuständig gewesen sein soll. So gesehen konnte sie auch auf eine nachträgliche Genehmigung durch den Gemeinderat nicht vertrauen. Hätte die beklagte Partei mit ihren Argumenten der fehlenden Gemeinderatszuständigkeit Recht, so wäre der Stadtsenat zuständig gewesen, den Abschlusswillen zu äußern (§ 47 Abs. 4 StL). Nun war dieser aber beim Abschluss des Swap 4175 gar nicht befasst, sodass das Geschäft jedenfalls schwebend unwirksam war. Nachträglich genehmigen konnte konsequenter Weise in diesem Fall auch wieder nur der Stadtsenat das Geschäft.
- 6.3.8 Keine nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung
- 6.3.8.1 Bei der nachträglichen Genehmigung durch Vorteilszuwendung (§ 1016 2. Fall ABGB) handelt es sich nicht um eine zugangsbedürftige Willenserklärung, sondern um eine bloße Willensbetätigung. Dass allein die Tatsache der Entgegennahme von Zahlungen aus dem Swap 4175 durch Beamte der Stadt Linz nicht die Wirkung einer konkludenten Willenserklärung der Gemeinde im Sinne des § 1016 1. Fall ABGB haben kann, folgt nicht nur daraus, dass die Vereinnahmung der Gelder nicht durch den Gemeinderat erfolgt ist (die Verabschiedung von Rechnungsabschlüssen stellt weder eine ausdrückliche noch eine schlüssige Willenserklärung auf nachträgliche Genehmigung vollmachtlos abgeschlossener Geschäfte dar), sondern ergibt sich auch daraus, dass ansonsten der 2. Fall des § 1016 ABGB keinen Anwendungsbereich mehr hätte.
- 6.3.8.2 Da die Willensbetätigung – anders als die nachträgliche Genehmigung durch (schlüssige) Willenserklärung – keinen Vertrauensschutzwägungen unterliegt, kommt es für die

Wirksamkeit der nachträglichen Genehmigung ausschließlich darauf an, ob der Gemeinderat der Stadt Linz tatsächlich die Absicht gehabt hat, mit der Verabschiedung der Rechnungsabschlüsse das ohne seine Befassung abgeschlossene Geschäft nachträglich zu genehmigen (zum Erfordernis, dass das zuständige Organ einen entsprechenden Rechtsfolgwillen bildet: 9 Ob 41/09h, 6 Ob 102/11k). Das war nach den Verfahrensergebnissen nicht der Fall.

- 6.3.8.3 Die Verabschiedung der summarischen Rechnungsabschlüsse stellt an sich schon keine Entscheidung über die nachträgliche Genehmigung von Geschäften dar, deren Einnahmen und Ausgaben im Rechnungsabschluss enthalten sind, sodass den Gemeinderat schon allein der Rechtsfolgwillen gefehlt hat.
- 6.3.8.4 Überdies hätte der Gemeinderat der Stadt Linz als zuständiges Organ (und nicht etwa einzelne seiner Mitglieder oder andere Organe) Kenntnis von der Struktur des Swap 4175 als exotischer Währungswette sowie eine Ahnung von den damit verbundenen Risiken haben müssen (zur Notwendigkeit von Detailkenntnissen 3 Ob 57/15a; 7 Ob 140/17i; RIS-Justiz RS0125514); das Wissen und Wollen von Beamten oder anderen Organen ist dabei irrelevant.
- 6.3.8.5 Zusätzlich hätte der Gemeinderat wissen müssen, dass das Geschäft bis zu seiner Entscheidung schwebend unwirksam war, weil ██████████ ██████████ den Ermächtigungsumfang aus dem Gemeinderatsbeschluss überschritten hat. Diese Voraussetzungen lagen ebenfalls nicht vor, sodass auch eine nachträgliche Genehmigung durch Zueignung der Vorteile ausscheidet.
- 6.3.8.6 Wenn die beklagte Partei unter Berufung auf *Strasser* (in *Rumme*⁸, Rz 12 und 14 zu § 1016 ABGB und *Apathy* (in *Schwimmann*⁹, Rz 6 zu § 1016 ABGB) ausführt, bei der Vorteilszuwendung bedürfe es keines Genehmigungswillens, so ist ihr entgegenzuhalten, dass die von *Strasser* vertretene Meinung in der Minderheit geblieben ist und auch von der Rechtsprechung nicht geteilt wurde: Schon *Welser* (Drei Fragen des Stellvertretungsrechts, JBI 1972, 340) hatte zu dieser Theorie gemeint, eine „*Willensbetätigung, der weder ein innerer Wille noch die äußere Erscheinungsform eines Rechtsfolgwillens zugrunde läge, [sei] ein ganz unsinniges Hirngespinnst.*“ Auch *F. Bydlinski* (Privatautonomie 10 f) hat *Strasser* zu Recht eine Absage erteilt, wenn er sagt: „*Wo keiner auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Sinn des Verhaltens des anderen vertraut [...], dort kann mangels eines rechtsgeschäftlichen Willens und eines verkehrsmäßig begründeten Vertrauens von einem Rechtsgeschäft auch nach einer sinnvoll verstandenen Vertrauentheorie überhaupt keine Rede sein.*“ *Apathy* gibt an der von der beklagten Partei zitierten Stelle lediglich die Rechtsansicht von *Strasser* wieder, schließt sich im Übrigen aber der herrschenden Meinung an, dass eine der konstitutiven Voraussetzungen einer Willensbetätigung der Rechtsfolgwillen ist. Außerdem verzichtet *Strasser* zwar auf einen besonderen Genehmigungswillens, er verlangt aber, dass der

Geschäftsherr neben dem Wissen um das Geschäft auch dessen Inhalt genau kennen muss (diese Voraussetzung fehlte in concreto, sodass der beklagten Partei selbst die Rechtsansicht von *Strasser* nichts hilft). Die weiters von der beklagten Partei angeführte Entscheidung 6 Ob 316/00i vermag ihre Behauptung ebenfalls nicht zu stützen, ganz im Gegenteil: Tragende Begründung des Obersten Gerichtshofes für eine Verneinung einer nachträglichen Genehmigung durch Vorteilszuwendung war dort, dass „*der Vorentwurf* [also wenn man so will, der Vorteil der Gemeinde] *nicht Gegenstand von Beratungen oder Beschlussfassungen des Gemeinderates* (sic!) [gewesen sei]“.

6.3.9 Die Bedeutung der Wissenskomponente aus Sicht der beklagten Partei

6.3.9.1 Einen breiten Raum in der Argumentation der beklagten Partei nimmt deren Theorie von einem gemeinsamen Wissen aller Organe, politischen Funktionäre und Beamten ein, die in ihrer Gesamtheit der Stadt Linz zugerechnet werden sollen und das damit einen einheitlichen Bewusstseinsstandard darstellt.

6.3.9.2 Die gesamte Stoßrichtung der beklagten Partei, die sich dabei nur auf die Wissenskomponente konzentriert, geht schon deshalb ins Leere, weil es beim Abschluss von Rechtsgeschäften nicht nur um das Wissen des Organs (also hier des Gemeinderats), sondern um dessen Willen geht, das Geschäft abzuschließen. Es ist aber schlechterdings unvorstellbar, wie sich der Gemeinderat einer Kommune überhaupt zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes entschließen soll, wenn ihm das Wissen um den Gegenstand dieses Rechtsgeschäftes fehlt. Folgt man nämlich der Theorie der beklagten Partei, so würde ein Gemeinderat, der nichts von einem Geschäft weiß (weil nämlich das Wissen bei den Beamten oder anderen Funktionären ist), dennoch den Willen zum Abschluss des Geschäftes bilden können. Eine absurde Vorstellung.

6.3.9.3 Inspiriert wurde diese Theorie möglicherweise von einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes im Zusammenhang mit der Frage, ob das Wissen einzelner Gemeinderatsmitglieder ausreicht oder nicht (8 Ob 573/90). Dabei ging es aber nicht um die Willensbildung des Gemeinderats, sondern um den Anschein einer Willensbildung. Um überhaupt von einer kooperativen Willensbildung sprechen zu können, muss natürlich das gesamte Gremium mit den gesetzlichen Mehrheiten einen Beschluss fassen. Das Höchstgericht brachte vielmehr zum Ausdruck, dass der Dritte aus dem Agieren der Gemeinde schon deshalb nicht von einer schlüssigen Genehmigung seitens der Gemeinde ausgehen dürfe, wenn (aus seiner Sicht) nur wenige Gemeinderatsmitglieder von der Sache wüssten.

6.3.9.4 Basis für die Ausführungen zur Wissenszurechnung ist insbesondere die Untersuchung von *Markus Reinhardt*, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht (Berlin 2010).

Dessen wissenschaftliche Untersuchung bringt aber nicht den von der beklagten Partei gewünschten Nachweis: Abgesehen davon, dass es in der Untersuchung beinahe ausschließlich um Haftungsfragen der öffentlichen Hand geht, insbesondere im Zusammenhang mit der Schaffung einer Gefahrenquelle, oder um Verjährungsfragen im Schadenersatzrecht, stellt *Reinhardt* (aaO, insb. S 43 ff) fest, dass es sich bei der Wissenszurechnung keineswegs, wie die beklagte Partei vermittelt, um einen faktischen Vorgang handelt, sondern dass es einer einschlägigen Rechtsnorm bedarf, um überhaupt eine Zurechnung herbeiführen zu können. Eine derartige Zurechnungsnorm, wie sie *Reinhardt* vorschwebt, kann die beklagte Partei nicht, ja nicht einmal im Bereich der Wissenszurechnung, geschweige denn bei der Willensbildung, ansatzweise bieten.

6.3.9.5 Auch mit dem Vorwurf gegenüber dem Erstgericht („*Um die Problematik zuzuspitzen, könnte man daran denken, dass [...]*“ [Revision, S 169]), nach seiner Entscheidung dürften Beschlüsse des Gemeinderats keine Wirkung haben, wenn einzelne Mitglieder nicht interessiert oder nicht anwesend sind, und es würde dem Gemeinderat damit in die Hand gegeben, die Verantwortung an andere Organe auszulagern, geht die beklagte Partei wiederum fehl. Gerade ihre Beispiele beweisen nämlich, dass es nicht auf das Wissen einzelner Mitglieder, sondern auf die Willensentscheidung des gesamten Gemeinderats ankommt. Auch das Beispiel mit der „*Auslagerung der Verantwortung*“ beweist die Richtigkeit der Entscheidung des Erstgerichtes: Die Beschlussfassung hat eben durch das zuständige Organ und nicht durch andere Organe zu erfolgen. Das sieht man auch daran, dass im Falle einer Vorberatung der Entscheidung in einem der Ausschüsse die Entscheidung nicht dort fällt, sondern im Gemeinderat.

6.3.10 Sonstige Unrichtigkeiten

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

- Nachdem der Bürgermeister der Stadt Linz bereits im Sommer des Jahres 2010 von der Nichtigkeit des Geschäftes gesprochen hat, schrieb der damalige Rechtsvertreter der Stadt Linz, Rene Laurer, mit 11. Oktober 2010 einen Brief an die beklagte Partei (Beilage ./GK), in dem Folgendes stand: „*Die Stadt Linz wird diese Zahlung [es handelte sich dabei um die Oktoberrate] zwar leisten, dies aber unter Vorbehalt der Rückforderung. Wie Ihnen aus mehreren Gesprächen mit Repräsentanten der Stadt Linz bekannt ist, wird unsererseits ausgeschlossen, dass das in der genannten Urkunde genannte Geschäft [gemeint war damit der Swap 4175] für die Stadt eine wie auch immer geartete Rechtswirkung erzeugt, was auch ein Blick auf die Judikatur des Obersten Gerichtshofs*

zeigt. Die Stadt Linz behält sich die nötigen Schritte zur Feststellung der Richtigkeit ihres Standpunktes vor“.

- Auch die Aprilrate 2011 wurde unter dem Vorbehalt der Rückforderung gezahlt. Wenn die Stadt Linz noch im April 2011 davor zurückschreckte, einen formalen Vertragsbruch zu provozieren, so lag das nicht an dem Bewusstsein, der Vertrag wäre wirksam, sondern an der noch nicht abgeschlossenen Meinungsbildung über die nachfolgenden Konsequenzen. Außerdem benötigte die Stadt Linz eine geraume Zeit, um mit der Hilfe mehrerer Sachverständiger überhaupt herauszufinden, welche Risikostruktur tatsächlich hinter dem Geschäft stand (in diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass selbst die Gerichtsgutachter beinahe 15 Monate für ihr erstes Gutachten gebraucht haben).
- Das Argument, die im Oktober 2011 erfolgte Auflösung aus wichtigem Grund, beweise, dass der Gemeinderat auch zu diesem Zeitpunkt noch von der Wirksamkeit des Geschäfts ausgegangen sei, sonst hätte er keine Auflösungserklärung abgegeben, ist tatsachenfern. Die gesamte erste Seite des Auflösungsschreibens (es datiert vom 13. Oktober 2011, Beilage ./21) beschäftigte sich damit, warum der Swap 4175 „*rechtsunwirksam bzw. anfechtbar ist*“. Erst danach wird fortgesetzt: „*Sollten die Geschäfte jedoch – entgegen dem Rechtsstandpunkt der Stadt Linz – wirksam sein, so hat die Stadt Linz aus den nachfolgend beispielhaft angeführten Gründen das Recht, die Geschäfte [...] aus wichtigem Grund aufzulösen*“.

6.3.10.2 Wenn die beklagte Partei weiters ausführt (Revision, S 155) [REDACTED] [REDACTED] habe bereits im Aktenvermerk vom 11. August 2006 (Beilage ./30) eine „*Optimierung*“ der Schweizer Frankenleihe durch den Verkauf von Optionen ins Auge gefasst, so ist das ebenfalls unrichtig: Schon ein Blick auf die erste Seite des Dokuments beweist, dass [REDACTED] [REDACTED] als einzige „*Handlungsalternative*“ für die Schweizer Frankenleihe einen sogenannten Fixzinsswap vorsah. Von einer Zinsverbilligung durch den Verkauf von Terminoptionen ist weit und breit keine Rede. Selbst die Verwendung des Wortes „Option“ steht in keinem Zusammenhang mit dem Verkauf von Währungsoptionen, gemeint ist lediglich das Wahlrecht der Bank, auf einen Zins-Swap zu wechseln (die sogenannte „*Swaption*“).

7. Der Abschluss des Swap 4175 war vom Gemeinderatsbeschluss nicht gedeckt

7.1 Der Gemeinderatsbeschluss als zivilrechtliche Vollmacht

7.1.1 [REDACTED] [REDACTED] hatte wegen Verletzung grundlegender organisatorischer und zivilrechtlicher Vorgaben keine wirksame Vertretungsmacht. Das Fehlen des das Geschäft deckenden

Beschlusses des Gemeinderates konnte nicht dadurch wettgemacht werden, dass dessen Zuständigkeit mit einer zivilrechtlichen Vollmacht auf die Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen wurde.

- 7.1.2 Wenn man aber dennoch annimmt, ■■■■■ ■■■■■ habe persönlich mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 eine zivilrechtliche Vollmacht erhalten, so ist – wie es die Instanzgerichte taten – davon auszugehen, dass es vorrangig in der Privatautonomie der Stadt Linz lag, wie weit sie ihn mit dem nötigen rechtlichen Können im Rahmen einer Vollmacht ausstatten wollte. Maßte sich ■■■■■ ■■■■■, so gesehen, eine Vertretungsmacht an, die ihm der Gemeinderat nicht geben wollte, so konnte die Stadt Linz dadurch auch nicht verpflichtet werden. Entscheidend ist die Ermittlung des Willens des Geschäftsherrn (*Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 8; *P. Bydlinski* in *KBB*⁶ Rz 2). Grundsätzlich trägt nämlich das Risiko einer falsa procuratio der Dritte und nicht der Geschäftsherr.
- 7.1.3 Wurde ■■■■■ ■■■■■ mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 Vollmacht erteilt, hat das die Konsequenz, dass zu deren Wirksamkeit nicht nur die Beschlussfassung des Gemeinderats voranzugehen hatte (§ 867 ABGB), sondern dass das später abgeschlossene Geschäft auch vom Gemeinderatsbeschluss inhaltlich gedeckt sein musste (*Lukas*, Der objektivierte Wille des Gemeinderates, *ecolex* 2013, 985). Wenn die beklagte Partei in diesem Zusammenhang dem Erstgericht vorhält, bei den im Gemeinderatsbeschluss zum Ausdruck kommenden Vertretungsbeschränkungen habe es sich um eine bloße interne Verhaltensanordnung ohne jede Außenwirkung gehandelt, so ist sie darauf zu verweisen, dass dies eben die Konsequenz der Qualifikation des Beschlusses als zivilrechtliche Vollmacht ist. Außerdem hat sie ja selbst unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit von Rahmenbeschlüssen gemeint, die Anordnung des Gemeinderates habe alle erforderlichen Determinanten aufgewiesen, um das Geschäft abzuschließen (*Revision*, S 198).
- 7.1.4 Das Recht der Stadt Linz auf privatautonome Gestaltung der an ■■■■■ ■■■■■ verliehenen Vertretungsmacht war aus Vertrauensschutzgründen begrenzt. Wesentlich dafür ist gewesen, ob die Ermächtigung nur gegenüber ■■■■■ ■■■■■ erfolgt ist (Innenbevollmächtigung) oder auch gegenüber der beklagten Partei (Außenbevollmächtigung). Im ersten Fall ist nur auf den Empfängerhorizont von ■■■■■ ■■■■■ abzustellen. Wäre der Gemeinderatsbeschluss auch als Vollmacht gegenüber der beklagten Partei zu verstehen, käme es zusätzlich darauf an, auf welchen Vollmachtumfang auch sie vertrauen durfte.
- 7.1.5 Da nach dem Beweisverfahren davon auszugehen ist, dass die beklagte Partei den Text des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 weder vor noch bei Abschluss des Swap 4175 gekannt hat, kommt es nur darauf an, welchen Umfang der Gemeinderat ■■■■■ ■■■■■ mit seinem Beschluss geben wollte bzw. wie ■■■■■ ■■■■■ die Ermächtigung verstehen durfte

(Berufungsurteil, S 44: „*Innenvollmacht*“ [siehe Punkt 7.2]). Auf ein besonderes Verständnis, vom Empfängerhorizont der beklagten Partei aus gesehen, kommt es dagegen nicht mehr an (Berufungsurteil, S 44, in diesem Sinn auch die hRsp: RIS-Justiz RS0019490: „*Der Dritte wird nur dann geschützt, wenn für ihn die Herstellung dieses Rechtsscheins kausal für den Abschluss des Geschäftes war.*“). Da die beklagte Partei das Swap-Geschäft also allein im Vertrauen auf die von ██████████ behauptete Vertretungsbefugnis abschloss, heißt das, die ██████████ unterlaufene Vollmachtüberschreitung führt auch im Verhältnis zur beklagten Partei zur Unwirksamkeit des Swap 4175 (Berufungsurteil, S 44). Der Abschluss des Swap 4175 lag nämlich – für den Gemeinderat und ██████████ – „*offenliegend*“ außerhalb der mit dem Gemeinderatsbeschluss eingeräumten Befugnis (Berufungsurteil, S 43).

- 7.1.6 Da allerdings das Berufungsgericht (ebenso wie das Erstgericht) die Frage behandelt, ob die beklagte Partei aufgrund des Textes des Gemeinderatsbeschlusses hätte vertrauen dürfen, dass sich das von ihr angebotene Geschäft im Rahmen dieses Beschlusses bewegt hat, wird auch darauf eingegangen („*Außenvollmacht*“ [siehe Punkt 7.3]). Das geschieht auch vor dem Hintergrund, dass die beklagte Partei weiterhin ihre Argumente in dieser Richtung im Rahmen der Revision vorträgt.

7.2 Innenvollmacht

- 7.2.1 Auch wenn die beklagte Partei aufgrund des Beschlusstextes sowie des Gemeinderatssitzungsprotokolls die Bedeutung des Amtsberichtes erkennen hätte müssen (immerhin beruft sie sich wiederholt darauf, der Gemeinderatsbeschluss wäre im Sinne des § 915 ABGB wegen seiner Unklarheiten zu ihren Gunsten auszulegen), kommt es bei der reinen Innenvollmacht – wie das Berufungsgericht betont (Berufungsurteil, S 39 ff) – zentral auf die der Beschlussfassung vorangehende Willensbildung im Gemeinderat sowie den Amtsbericht an. Während es bei den Darlehen in inländischer Währung um die Absicherung des Zinsrisikos ging („[...] *da nach Auffassung von Wirtschaftsexperten ein Ende der Niedrigzinspolitik bevorsteht*“), geriet bei der Schweizer Frankenleihe das Kursrisiko in den Fokus der Überlegungen („*Der Schweizer Franken zeigt nunmehr eine erhöhte Schwankungsbereitschaft [...] es erscheint nunmehr überlegenswert, eine entsprechende Kurssicherung ins Auge zu fassen*“).

- 7.2.2 Auch in der Diskussion um die Beschlussfassung am 3. Juni 2004 ging es im Gemeinderat – was die Schweizer Frankenleihe betrifft – ausschließlich um das Fremdwährungsrisiko: Nachdem die Opposition – wie schon in der Vergangenheit – das mit der Schweizer Frankenleihe verbundene Währungsrisiko kritisiert hatte, sprach einer der Oppositionspolitiker von einer gerade noch tolerierbaren Schwellengrenze in Höhe von EUR 10 Mio (Beilage ./11, S 4). Daraufhin betonte Bürgermeister Dobusch, mit dem in

Aussicht genommenen Beschluss sei nicht daran gedacht, der Finanz- und Vermögensverwaltung einen Freibrief zu geben, in die Fremdwährung zu gehen („Durch das, was sie jetzt gesagt haben, kommt mir ein Gedanke, der wirklich nicht gedacht ist, nämlich, dass dem Finanzreferenten die Möglichkeit gewährt werden soll, in Fremdwährungskredite zu gehen.“). In die gleiche Richtung geht die Äußerung von Finanzstadtrat Mayr: „Daher ist es auch notwendig, diesen Beschluss so zu fassen, wenn man dann entsprechende Sicherungsgeschäfte durchführen kann“.

7.2.3 Der Gemeinderat dachte also – ausgehend vom Amtsbericht – bei der Schweizer Frankenleihe nicht an eine Währungsspekulation, sondern an Absicherung. Das wird aus Ziffer 2 des Amtsberichtes („Kurssicherung“) deutlich. Selbst wenn im unmittelbar darauffolgenden Absatz nicht nur die Kurssicherung erwähnt ist, sondern, wenn dort auch auf die Finanzierungsform, die Laufzeit und die Zinssätze Bezug genommen wird, dachte der Gemeinderat auch in diesem Zusammenhang nur an die Absicherung. Es überrascht daher nicht, dass auch ██████ ██████ in den Debt-Management-Berichten stets von Zinssicherungsgeschäften gesprochen hat. Auch der nur sehr kursorisch gehaltene Bericht des Kontrollamtes vom 23. September 2008 (Beilage ./AN, S 22) bezeichnet die Finanzgeschäfte als „Zinssicherungsgeschäfte“. Selbst wenn man deshalb bei der Schweizer Frankenleihe nicht nur an Kurssicherung sondern an Zinssicherung denkt, könnte – so treffend das Berufungsgericht (Berufungsurteil, S 43) – bei dieser Ausgangslage nur eine Maßnahme darunter fallen, die mit dem in der Ziffer 2 ausdrücklicher erwähnten Ziel einer Währungssicherung im Einklang steht. Dass der Swap 4175 dem in allen Belangen widerspricht, zeigt die Analyse seiner Struktur (Abschnitt I. Punkte 2.2.3 und 2.2.4). Die vom Gemeinderatsbeschluss unter Umständen noch umfasste Zinssicherung durfte jedenfalls in keinem Fall mit einem Produkt erfolgen, die diese Zinssicherung mit dem Gegenteil einer Währungssicherung, nämlich mit dem Verkauf von Terminoptionen bewerkstelligt bzw. erreichen will.

7.2.4 Um dem Vorwurf der beklagten Partei zu begegnen, nicht einmal die Stadt Linz wäre auf eine solche Idee gekommen, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Stadt Linz bereits in der Klage (Punkt III 1.3.3 f, Seite 7) nach der wörtlichen Wiedergabe der Ziffer 2 des Amtsberichtes ausgeführt hat: „Mit dem zweiten Punkt des Beschlusses waren – bezogen auf bereits bestehende Fremdwährungsfinanzierungen – marktübliche Absicherungsmaßnahmen gemeint“. Und fortführend in der Klage (Punkt VI 1.4.3, S 39): „Erklärtes Ziel des Gemeinderates war es, das Fremdwährungsrisiko aus der bestehenden Finanzierung abzusichern. Dadurch sollte eine Verbesserung im Vergleich zur Ausgangslage erreicht werden. Der Swap 4175 hat dagegen das Fremdwährungsrisiko von Anfang an potenziert. Er hat daher eine Verschlechterung des Fremdfinanzierungsportfolios mit sich gebracht“ (Hervorhebung).

7.2.5 Auch im vorbereitenden Schriftsatz der Stadt Linz vom 12. Juli 2013 (ON 59) wird darauf hingewiesen, dass der Gemeinderat bei seiner Beschlussfassung weder das Swap-Geschäft 4175 noch ein Finanzgeschäft in einer ähnlichen oder vergleichbaren Art bei seiner Beschlussfassung vor Augen gehabt habe. Begründend wies die Stadt Linz darauf hin, dass der Gemeinderat ausschließlich an Absicherungsinstrumente gedacht und entsprechende Kursicherungen ins Auge gefasst habe (Punkt II 1.5.2, S 19). Auch in der Folge hat die Stadt Linz immer wieder betont, dass Währungsspekulationen vom Gemeinderat weder gewollt waren, noch dass es einen Gedanken in dieser Richtung gab, ■■■■■ ■■■■■ zu Währungsspekulationen zu ermächtigen. Dass sich dann in der Folge die Diskussion um die Auslegung des Optimierungsbegriffes in den Vordergrund schob, hat damit zu tun, dass die Stadt Linz davon ausgehen musste, die beklagte Partei würde mit ihrer Behauptung, sie habe bei Vertragsabschluss den Gemeinderatsbeschluss (und nur diesen) gehabt, die Wahrheit sagen.

7.3 Außenvollmacht

7.3.1 Die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses

7.3.1.1 Da die beklagte Partei davon ausgeht, dass ■■■■■ ■■■■■ bei Abschluss des Swap 4175 nicht im Rahmen seiner verwaltungsrechtlichen Zuständigkeit gehandelt hat, sondern dass ihn eine (außerhalb des Organisationsgefüges) erteilte zivilrechtliche Vollmacht dazu befähigte, bedeutet das gleichzeitig, dass der Beschluss auch außenwirksam die Grenzen der Vollmacht definiert hat. Die Grenzen der Vollmacht, die der Geschäftspartner kennt oder über die er nicht im Unklaren sein konnte, muss er jedenfalls gegen sich gelten lassen.

7.3.1.2 Seinem Interesse an der Klarstellung des Vollmachtumfangs ist in der Regel bereits dadurch Rechnung getragen, dass er sich auf die Vollmachtsurkunde verlässt (1 Ob 269/01t). Das gilt allerdings nur dann, wenn die Vollmacht nicht auslegungsbedürftig ist. In einem solchen Fall muss der Dritte versuchen, den Willen des Geschäftsherrn zu erkunden. Das war nach der Beurteilung des Berufungsgerichtes der Fall, wenn man annimmt, die beklagte Partei hätte vor dem Geschäftsabschluss den Gemeinderatsbeschluss und/oder das Sitzungsprotokoll des Gemeinderats gekannt: Die Unklarheiten des reinen Beschlusstextes und der Inhalt des Amtsberichtes als zentrale Auslegungsgrundlage wären anhand des – öffentlich zugänglichen – Sitzungsprotokolls auch für die beklagte Partei evident gewesen, und sie hätte sich bei einem derart „komplexen und hochvolumigen“ Geschäftsabschluss, den Amtsbericht vorlegen oder eine sonstige Klarstellung des Vollmachtumfangs einfordern müssen (Berufungsurteil, S 44; weiters siehe Punkt 7.3.1.5). Schon anhand des Amtsberichtes hätte die beklagte Partei erkannt, dass zwar möglicherweise nicht nur die Kurssicherung bei der Schweizer Frankenleihe, sondern auch die Zinssicherung im Fokus des Gemeinderates stand,

keineswegs aber eine Zinssicherung durch Eingehen hochspekulativer Währungswetten (siehe Punkt 7.2).

- 7.3.1.3 Stellte man nur auf die Kenntnis des Textes des Gemeinderatsbeschlusses ab, so muss jeder redliche Dritte unter den Auslegungskriterien des § 914 ABGB die kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen mitbedenken. Falsch ist jedenfalls die Berufung der beklagten Partei auf § 915 ABGB: Bei der Erteilung einer Vollmacht handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, auf einseitige Rechtsgeschäfte ist aber § 915 ABGB niemals anzuwenden (9 ObA 266/93). Vielmehr drängte sich in einem solchen Fall evidentermaßen auf, sich den Amtsbericht zu besorgen. Dazu kommt, dass der von der beklagten Partei gezogene Schluss, wonach sie sich – im Fall von Unklarheiten – die günstigste Auslegung aussuchen könne, rechtsirrig ist: Könnte nämlich jeder, der Kenntnis von einem Gemeinderatsbeschluss hat, die für ihn günstigste Auslegung wählen, so gäbe es völlig unterschiedliche Erklärungsinhalte für ein- und denselben Gemeinderatsbeschluss.
- 7.3.1.4 Unabhängig davon darf die Auslegung eines Gemeinderatsbeschlusses jedenfalls nicht am Wortlaut kleben, wie auch die Rechtsprechung zu Vereinsstatuten immer wieder deutlich gemacht hat. Ziel der Auslegung ist der tatsächliche oder mutmaßliche Wille des Gemeinderats. Die Auslegung hat sich dabei an der Gesetzestreue, dem Zweck des Beschlusses und den Interessen der Gemeinde zu orientieren (*Lukas*, Der objektive Wille des Gemeinderates, *ecolex* 2013, 985 mwN, RIS-Justiz RS0008813). Dem Gemeinderat kann bei einem auslegungsbedürftigen Beschluss auch nicht unterstellt werden, dass er mit seinem Inhalt gegen die Verfassung oder gegen sonstige Gesetze verstoßen wollte (zur verfassungskonformen Auslegung normativer Akte vgl. *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 6 Rz 28 mwN).
- 7.3.1.5 Mit Bezug auf Gemeinderatsbeschlüsse hat der Oberste Gerichtshof bereits festgehalten, dass bei der Auslegung ihres Inhalts jedenfalls auch die historische Entwicklung und der mit dem Gemeinderatsbeschluss verbundene Zweck zu berücksichtigen ist (9 ObA 63/00x). Das bedeutet gegenständlich aber, dass auch die Materialien, die die Hintergründe des Entstehens des Beschlusses beleuchten, herangezogen werden müssen. Es ist dies – neben der Diskussion im Gemeinderat – vor allem der Amtsbericht. Dass die Rechtsprechung Vertragspartnern die Einsicht in noch unveröffentlichte Unterlagen zumutet, zeigen die umfangreichen Entscheidungen zu den Vereinssatzungen (RIS-Justiz RS0008813). Überdies gab es bereits lange vor Abschluss des Swap 4175 eine gefestigte Literaturmeinung (*Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement, S 199 ff), die sich mit den kommunalrechtlichen Vorgaben auseinandersetzte, was unter einer Optimierungseignung von Derivatgeschäften zu verstehen ist.

- 7.3.1.6 Daraus folgt, dass die beklagte Partei, so wie jeder außenstehende Dritte, selbst ohne Kenntnis des Amtsberichtes, der zum Beschluss geführt hat, davon ausgehen musste, dass der Gemeinderat bei seiner Beschlussfassung die Verpflichtung der Verwaltung vor Augen hatte, das Vermögen der Stadt Linz möglichst ohne Substanzbeeinträchtigung zu erhalten, es wirtschaftlich zu verwalten und daraus den größten dauernden Nutzen zu ziehen (§ 57 StL). Beim Abschluss eines Finanzgeschäftes musste also – um der Vorgabe der „Optimierungseignung“ zu entsprechen – sowohl der mögliche Ertrag aus dem Geschäft (also die Verringerung der Zahllast aus dem bestehenden Fremdfinanzierungsportfolio) als auch die damit übernommenen Risiken, die mit einem derartigen Geschäft verbunden sind, in einem Verhältnis stehen, wie sie ein risikoaverser Investor, wie es eine Kommune ist, üblicherweise einzugehen bereit ist.
- 7.3.1.7 Damit ist dem Auslegungsversuch der beklagten Partei, wonach es lediglich darauf ankomme, kurzfristige Spekulationsgewinne zu erzielen, um bereits von einer Optimierungseignung zu sprechen, ebenso der Boden entzogen, wie bestimmte Versuche der Gerichtsgutachter, deren ideelle und jargonmäßige Nähe zum Denken der Finanzwirtschaft die Stadt Linz im Laufe des Verfahrens mehrfach beanstandet hat. Das hat Letztere tatsächlich zur Korrektur ihrer Ansichten veranlasst, in einzelnen Aspekten dem Swap 4175 doch irgendwie eine Optimierungseignung zuzugestehen. Das Erstgericht ist in diesem Zusammenhang daher – völlig nachvollziehbar – zum Ergebnis gekommen, dass unter rechtlichen Gesichtspunkten von einem anderen Optimierungsbegriff auszugehen ist, als die Gerichtsgutachter es teilweise getan haben (Protokoll vom 12. März 2019, ON 570, S 5: *„In diesem Zusammenhang hält das Gericht fest, dass die Optimierungseignung und der entsprechende Begriff, von dem das Gericht ausgeht, von diesem [gemeint: jener der Gerichtsgutachter] mathematischen Ansatz abweicht [...]“*).
- 7.3.2 Die kennzeichnenden Merkmale einer Optimierungseignung
- 7.3.2.1 Um unter kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen von einem optimierenden Geschäft im Zusammenhang mit dem Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz sprechen zu können, musste dieses jedenfalls ex ante geeignet sein, die Zahllast aus der Schweizer Frankenanleihe zu reduzieren. Aber auch der Reduzierung der Zahllast durfte die Übernahme nur eines beschränkten, kontrollierbaren Risikos gegenüberstehen. Danach ist – wie das Erstgericht zutreffend formuliert hat – Optimierung *„[...] dahingehend zu verstehen, dass durch die Übernahme eines kontrollierbaren Risikos die Zahllast aus der CHF-Anleihe reduziert [wird]“* (Ersturteil, S 78). Maßgeblich ist also ein vernünftiges Verhältnis zwischen den erwartbaren Vorteilen aus der Senkung der Zahllast und der Höhe des damit eingekauften Risikos (bzw. besser gesagt, der Wahrscheinlichkeit, mit der beides sich verwirklichen würde). Hinzu kommt – und darauf hat das Erstgericht letztendlich seinen Fokus gelegt – ein weiteres

grundlegendes Element für die Optimierungseignung, nämlich jenes der Beherrschbarkeit des Risikos (Ersturteil, S 78 ff).

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

- Nach *Holoubek/Prändl* (aaO, S 211 f) ergibt sich der zulässige Rahmen für den Einsatz von Finanzinnovationen (worunter in concreto auch Derivatengeschäfte zu verstehen sind) aus dem öffentlich-rechtlichen Effizienzprinzip. Dieses wird als Auftrag zur Optimierung (sic!) der Gebarung angesehen und bestimmt wesentlich die Zielsetzung und Grenzen der Tätigkeit der öffentlichen Hand. Danach steht die Risikominimierung beim Einsatz öffentlicher Mittel im Vordergrund, der Versuch, möglichst geringe Finanzierungskosten zu haben, darf eben nicht durch ein hohes Maß an Risiko erkaufte werden. Beide Faktoren müssen danach in einer angemessenen Relation zueinander stehen. Das Eingehen unbegrenzter Risiken ist mit dem verfassungsrechtlichen Effizienzgebot nicht vereinbar (aaO, S 199 ff [211, 212]).
- Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses lagen auch die vom Internationalen Währungsfonds und der Weltbank ausgearbeiteten Grundsätze und Leitlinien der öffentlichen Schuldenstrukturpolitik ebenso vor, wie eine Untersuchung von *Hauth/Kocher* unter dem Titel „Debt-Management der Republik Österreich unter den Finanzmarktgegebenheiten des Euroraums“ (*Hauth/Kocher*, Debt-Management der Republik Österreich unter den Finanzmarktgegebenheiten des Euroraums, Österreichische Nationalbank (Hrsg.), Berichte und Studien 2/2001, S 208 ff). Beide bestätigen, dass es zwar Aufgabe des Finanzmanagements der öffentlichen Hand ist, die erforderlichen Finanzierungsmittel und deren Rückzahlungsverpflichtungen zu möglichst geringen mittel- bis langfristigen Finanzierungskosten zu gewährleisten, dass dabei aber kein hohes Maß an Risiko eingegangen werden dürfe.
- Die Musterdienstanweisung des Deutschen Städtetages für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement (Beilage ./GD; Beilage ./362) stellte eine ebenso naheliegende Auslegungshilfe dafür dar, welche Geschäfte das Portfolio einer Gemeinde optimieren und welche nicht. Danach begründet

sich „[d]er Einsatz von Finanzderivaten im Zins- und Schuldenmanagement [...] aus der Verpflichtung zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit“. Von einem Optimierungsgeschäft ist daher nur dann auszugehen, wenn angesichts des mit dem Geschäft erzielbaren Ertrags „das bisherige Risiko limitiert erhöht wird“. Auch wenn diese Musterdianweisung erst (kurz) nach dem Abschluss des Swap 4175 herausgegeben wurde, brachte sie nichts konstitutiv Neues, sondern fasste nur die naturgemäß schon vorher für eine Kommune geltenden Grundsätze in schriftlicher Form zusammen.

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

7.3.3 Fehlende Optimierungseignung aus Sicht des Erstgerichtes

- 7.3.3.1 Vor diesem Hintergrund (Punkt 7.3.2) verneinte das Erstgericht (Ersturteil, S 78 ff) die Optimierungseignung. Das Fehlen der Optimierungseignung stehe fest, weil der Swap 4175, wie sich aus den Gerichtsgutachten (und deren Erörterung) ergeben habe, dem Erfordernis nicht entsprach, die Zahllast aus der Schweizer Frankenleihe durch Einnahmen aus der Übernahme eines beschränkten kontrollierbaren Risikos zu reduzieren (Ersturteil, S 78 ff). Nach den erstgerichtlichen Feststellungen (Ersturteil, S 39 f) war nämlich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht auszuschließen, dass es zu finanzierungspflichtigen Auflösungskosten und auch zu jährlichen Zahlungsverpflichtungen kommen würde, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres überstiegen. Angesichts der Struktur des Geschäftes (siehe Abschnitt I. Punkt 2.2.3) ist das nicht weiter verwunderlich, waren doch tägliche Wertschwankungen von mehr als EUR 100 Mio (Ersturteil, S 38) nicht ausgeschlossen. Überdies erhöhte sich das Risiko so

enorm, dass auch ohne Auflösung des Swap-Geschäftes Zahlungen der Stadt Linz im Ausmaß von insgesamt EUR 500 Mio im Bereich des Value-at-Risk lagen.

- 7.3.3.2 Letztlich fehlte dem Swap 4175, so das Erstgericht, seine Beherrschbarkeit als ein konstitutives Merkmal der Optimierungseignung. Für die Stadt Linz sei das Geschäft deshalb nicht ausreichend beherrschbar gewesen, weil nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, Situationen nicht ausgeschlossen werden konnten, in denen sie auf eine Verschlechterung ihrer Lage entweder überhaupt nicht oder nicht ausreichend rasch reagieren konnte, um den Swap zu beenden, damit sich das Risiko nicht in noch größerem Ausmaß verwirklicht (Ersturteil, S 79). Ein Finanzprodukt, das (enorme) Risiken beinhaltet, die nicht beherrschbar sind, ist für eine Gemeinde niemals optimierend.
- 7.3.3.3 Die Stadt Linz hatte noch vorgebracht, dass nach der Korrektur verschiedener Fehler der Gerichtsgutachter und unter Einbeziehung risikoneutraler Modelle nicht nur die Risikoerhöhung sogar noch wesentlich stärker ausfiel als angenommen, sondern dass auch eine der Grundvoraussetzungen für eine Sinnhaftigkeit des Geschäftes, nämlich zumindest die Reduzierung der Zahllast der Schweizer Frankenanleihe zu erreichen, nicht erfüllt sei (Zwischenantrag vom 8. April 2019, ON 591, S 30 ff, 109 f). Immerhin lag die Wahrscheinlichkeit von Glattstellungskosten von mehr als EUR 30 Mio und gegen EUR 100 Mio im Minimum zwischen 70 % und 100 % (bei einer Ausstiegsschwelle von EUR 31,4 Mio) bzw. zwischen 17,6 % und 47,1 % (bei einer Ausstiegsschwelle um rund EUR 90 Mio [SAM-Gutachten vom 29. Dezember 2017, Beilage ./IC, S 26 f]). Damit war die Optimierungseignung sogar aus finanzmathematischer Sicht zu verneinen.
- 7.3.3.4 Das Erstgericht musste – ausgehend von seiner Rechtsansicht – darauf nicht mehr eingehen, hielt aber (Ersturteil, S 47 f) fest, lediglich die von der Klägerin begehrten weiteren *„Berechnungen und Schlüsse im Zusammenhang mit der Optimierungseignung, konkret mit der Frage, ob der Swap eine Verringerung der Zahllast erwarten habe lassen, also ex ante, das Fremdfinanzierungsportfolio überhaupt positiv beeinflussen habe können, wären als relevant noch anzustellen, sofern entgegen sämtlicher hier vertretenen Argumente die Gültigkeit des Swap 4175 nur noch von dessen Optimierungseignung abhinge“*. Die Stadt Linz wird darauf also nur mehr insoweit zurückkommen, als es die Reaktion auf die Angriffe der beklagten Partei gegen das Ersturteil (im Rahmen der Revision) verlangt.
- 7.3.4 Die Revisionsausführungen der beklagten Partei
- 7.3.4.1 Entgegen dem Versuch der beklagten Partei, die Optimierung auf einen mehr oder weniger beliebigen, nicht fassbaren umgangssprachlichen Begriff zu reduzieren, hatte dieser bereits in der Anfang der 2000er Jahre veröffentlichten Literatur einen festen Begriffsinhalt im

Zusammenhang mit dem Finanzmanagement der öffentlichen Hand (siehe Punkt 7.3.2.2). Ein Umstand, der auch der beklagten Partei hätte bekannt sein müssen. Auch wenn einzelne Details möglicherweise durch entsprechende Exploration seitens der Bank im Zusammenhang damit noch jeweils ermittelt werden mussten, war klar, dass ein Geschäft nicht existenzbedrohende Risiken für eine Kommune enthalten darf, noch dazu, wenn der mögliche Ertrag beschränkt war.

- 7.3.4.2 Die Behauptung, für die Qualifikation als optimierend hätte es bereits genügt, wenn der Swap 4175, wenn auch vielleicht nur kurz, eine Zinsverbilligung bringt, steht selbst im Gegensatz zur Begrifflichkeit der Finanzwelt (Gerichtsgutachten, S 31). Dem Erstgericht folgend, kann ein Geschäft, das ohne Rücksicht auf Risiko und Verluste nur einen kurzfristigen Gewinn verspricht, niemals optimierend sein (ebenso bereits 8 Ob 11/11t). Dass das Risiko des Swap 4175 alle Grenzen sprengt, musste der beklagten Partei schon bei Geschäftsabschluss klar sein. Dazu genügte der Blick auf die Konstruktion, das Volumen und das notwendige Risikobudget von EUR 133 Mio: Wäre nicht die öffentliche Hand Vertragspartner gewesen, hätte die beklagte Partei bei Vertragsabschluss den Erlag einer Sicherheit in dieser Höhe verlangt (sic!).
- 7.3.4.3 Theoretisch wäre eine Qualifikation des Swap 4175 als optimierendes Geschäft unter dem Gesichtspunkt denkbar, dass – auf Dauer – eine Zinsverbilligung erreicht und das Risiko nicht erhöht werden würde. Das behauptet die beklagte Partei, ihre Behauptung findet allerdings keine Deckung in den Feststellungen des Erstgerichtes. Dazu kommt, dass sich die beklagte Partei – abgesehen davon, dass dann der Swap 4175 noch immer nicht beherrschbar war, weshalb die Optimierungseignung generell zu verneinen ist – dafür lediglich auf ein einziges Simulationsmodell der Gerichtsgutachter, nämlich jenes historisch-statistische Modell mit einer bloß fünfjährigen Datenhistorie, stützen kann. Dieses war allerdings unter dem Gesichtspunkt der Optimierungseignung nicht tragbar (die Stadt Linz hat im Detail dazu bereits unter Abschnitt II Punkte 3.5.2 bis 3.5.6 der Berufungsbeantwortung Stellung genommen). Aber selbst das würde nichts ändern, ergibt sich doch aus den anderen Modellen das genaue Gegenteil; auch diese waren nicht weniger plausibel und daher zu berücksichtigen. Es kommt eben, wie das Erstgericht urteilte, nicht auf ein Best-Case-Szenario an (Ersturteil, 105).
- 7.3.4.4 Dass das historisch-statistische Simulationsmodell der Gerichtsgutachter in den Grafiken auf Seite 35 f des Gerichtsgutachtens in 87 % der Fälle einen höheren (richtig: dichteren) Zahlungsstrom zeigt, sagt über die Optimierungseignung nichts aus: Der Mittelwert aller dieser Zahlungsströme, die insgesamt zu einer Zinsverbilligung von EUR 16 Mio (in den Modellen mit der siebenjährigen Datenhistorie) führen, stehen Zahlungen von mindestens EUR 223 Mio in einem Prozent der Fälle gegenüber.

- 7.3.4.5 Die Wortmeldung der Gerichtsgutachter auf Seite 39 ihres Ergänzungsgutachtens, wonach man den Swap nur dann nicht hätte abschließen wollen, wenn man extrem geringe Verlustwahrscheinlichkeiten von bloß drei aus zehntausend Fällen als bedrohlich empfunden hätte, ist wohl nur dem Bemühen der Gerichtsgutachter, den Fall offenzuhalten, geschuldet. Es ist nämlich ansonsten unverständlich, weshalb die Gerichtsgutachter bei ihrer Aussage den Schwellenwert 2 zugrunde gelegt haben, außer, um zu vermitteln, das Geschäft wäre nicht so gefährlich. Es war klar, dass als Schwellenwert EUR 31 Mio zu nehmen sind (Ersturteil, S 40). Überdies ist unerfindlich, weshalb die Gerichtsgutachter gerade diesen Wert genommen haben, weisen doch die übrigen Berechnungsmodelle Wahrscheinlichkeiten bis zu 23 % aus (die gewählten 0,03 % kommen bei den 24 Modellen nur 4-mal vor). Dass das Erstgericht die Tatsache, in mindestens einem Jahr während der Laufzeit schon mehr als EUR 31 Mio an laufenden Zinsen bezahlen zu müssen, als nicht unwesentlich ansah, ist daher absolut gerechtfertigt. Selbst die Gerichtsgutachter setzen die Erheblichkeitsgrenze relativ tief an, wenn sie Folgendes formulieren: *„Wenn ich beispielsweise unsere Tabelle auf Seite 23 des Ergänzungsgutachtens ON 522 heranziehe, und ich hier bei Niveau 1 eine Wahrscheinlichkeit von 1,71 % sehe, dann ist das eine Zahl, wo der Kämmerer zumindest schon überlegen muss, was tue ich, wenn dieser Fall schlagend wird“* (Protokoll 11. März 2019, ON 569, S 10 f).
- 7.3.4.6 Im Übrigen hat das Erstgericht diese Äußerung auch nicht in seine Feststellungen übernommen; und das zu Recht nicht. Es hatte von den Gerichtsgutachtern zwar auch untersuchen lassen, wie wahrscheinlich es war, dass bereits die laufenden Zahlungen aus dem Portfolio mit Swap die Schwellenwerte (von zumindest EUR 31,4 Mio) überschreiten, die Gutachter hatten aber nicht den Auftrag, dabei die Optimierungseignung zu prüfen. Der Grund liegt auf der Hand: Die Eignung des Swap-Geschäftes hing – auch nach Ansicht der Gerichtsgutachter – von einem Ausstiegsszenario im Rahmen des Risikoleitfadens ab. Daraus folgt, dass die sehr wahrscheinlich entstehenden Auflösungskosten mit zu berücksichtigen sind, es also nicht allein auf die laufenden Zahlungen ankommt. Die isolierte Betrachtung, ob die jährlichen Zahlungsverpflichtungen aus dem Swap 4175 die Schwellenwerte überschreiten, macht keinen Sinn, wenn man gleichzeitig weiß, dass die Stadt Linz mit Wahrscheinlichkeiten zwischen 76 % und 100 % Auflösungskosten von mehr als EUR 31 Mio erwarten musste.
- 7.3.4.7 Man darf – für die Beurteilung der wirtschaftlichen Optimierungseignung – natürlich auch nicht ausblenden, dass die Zahlungsverpflichtung nicht nur in einem einzigen Jahr, sondern während der gesamten Laufzeit neu entsteht. Selbst wenn die Wahrscheinlichkeit für die Überschreitung etwa einer Schwelle von EUR 31 Mio in jedem einzelnen Jahr bei null liegt, schließt das (nach der Wahrscheinlichkeitsberechnung) nicht aus, dass die Stadt Linz zwar niemals EUR 31 Mio, aber zum Beispiel jedes Jahr EUR 30 Mio zu bezahlen hat (in diesem

Fall hätte die Wahrscheinlichkeitsberechnung noch immer null ergeben). Es kann wohl niemand ernsthaft annehmen, dass bei einer kumulierten Zahlungspflicht von EUR 300 Mio über die Laufzeit (10 Jahre) der Swap 4175 optimierend ist. Unterstellt man, dass die Auflösungskosten in etwa die erwarteten künftigen Zahlungsströme vorwegnehmen, so erkennt man, dass selbst auf dem Niveau 2 (also bei einem Schwellenwert von mehr als EUR 68 Mio) die Wahrscheinlichkeit, kumuliert für die gesamte Laufzeit, mehr als EUR 68 Mio bezahlen zu müssen, zwischen 28 und 61 % (Mittelwert 44 %) lag (siehe die verschiedenen Modelle der Gerichtsgutachter in Ergänzungsgutachten, S 23 ff, und die Aufstellung der Stadt Linz zu den jeweils kleinsten, gemittelten und größten Wahrscheinlichkeit der Varianten im Schriftsatz vom 9. April 2018, ON 536, S 40, bzw. Zwischenantrag vom 8. April 2019, ON 591, S 39).

- 7.3.4.8 Einer der weiteren Vorwürfe der beklagten Partei gegen das Erstgericht (im Zusammenhang mit der Frage der Optimierungseignung) geht dahin, es habe dem Optimierungserfordernis im Gemeinderatsbeschluss, obgleich es sich nur um eine interne Anweisung gehandelt habe, eine Außenwirkung gegeben. Damit verstoße das Erstgericht nicht nur gegen die wörtliche Interpretation, es würde damit verlangen, *„der private Vertragspartner der Stadt [...] müsste darauf achten, dass er mit Linz nur solche Geschäfte abschließt, die ausschließlich zugunsten der Stadt ausgehen können. Das würde darauf hinauslaufen, dass Banken oder andere Vertragspartner einer Gemeinde bei diesen Due Diligence-Prüfungen durchführen müssten (hier darauf, ob das gewünschte Produkt aufgrund des aktuellen und geplanten Fremdfinanzierungsportfolios zur Optimierung geeignet ist; dies wäre auch nur eine Momentaufnahme, weil sich das Fremdfinanzierungsportfolio ja jederzeit ändern kann).“* (Revision, S 119). Das wäre unzumutbar.
- 7.3.4.9 Abgesehen davon, dass es bei der Frage der Beachtung der Grenzen der Handlungsbefugnis eines Bevollmächtigten nicht um die Anwendung des § 867 ABGB, sondern einfach um die Grundsätze des Vollmachtsrechts geht, ist selbst die Vorstellung, eine Bank sollte sich, wenn sie ein Finanzgeschäft abschließt, um die Bedürfnisse und Anforderungen ihres Kunden entsprechend sorgen, keineswegs ungewöhnlich oder unzumutbar: Auf das Swap-Geschäft zwischen ██████████ ██████████ und der beklagten Partei waren die Wohlverhaltensregeln des WAG 1996, insbesondere die §§ 11 bis 14, anzuwenden. Bei den Wohlverhaltensregeln handelt es sich um Mindeststandards, die jeder Wertpapierdienstleister zu beachten hat, und zwar unabhängig davon, ob (wie die beklagte Partei behauptet) ein Beratungsverzicht der Stadt Linz vorlag oder nicht. Die Wohlverhaltensregeln, welche die schon bis dahin geltende Rechtsprechung zu den Beratungspflichten positiviert hat, verlangen eine anleger- und objektgerechte Beratung des Kunden. Dafür ist nicht nur die Aufklärung des Kunden von Bedeutung, sondern, dem vorgelagert, die Erforschung der Bedürfnisse des Kunden. Was die

beklagte Partei also im Zusammenhang mit dem Umfang der Vollmacht als unzumutbar abtut, hätte sie ohnehin zu beachten und zu befolgen gehabt.

8. Ungültigkeit wegen Fehlens der aufsichtsbehördlichen Genehmigung

8.1 Ausgangslage und Ratio der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht

- 8.1.1 Gemäß § 78 Abs. 1 Z 2 StL (in der Fassung des Jahres 2007) bedarf eine Genehmigung durch die Landesregierung *„der Abschluss von Darlehensverträgen, wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde“*.
- 8.1.2 Das Gesetz spricht zwar nur von der Aufnahme des Darlehens, die Aufnahme allein steht aber nicht im Mittelpunkt des aufsichtsbehördlichen Interesses, sondern die dadurch für die Leistungsfähigkeit der Gemeinde und/oder die überörtlichen Interessen ausgehende Gefährdung. Diese besteht nicht in der Aufnahme an sich, sondern in der dadurch ausgelösten Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen und späteren Rückführung des Kapitals. Das sieht man schon allein daraus, dass die Genehmigungspflicht erst dann greift, wenn durch den jährlichen Gesamtschuldendienst ein bestimmter Schwellenwert überschritten wird, der sich an den Einnahmen der Gemeinde bemisst. Es geht also um die Erhaltung der Liquidität der Gemeinde, von der die Leistungsfähigkeit abhängt.
- 8.1.3 Das wird noch deutlicher an den Voraussetzungen und Rahmenbedingungen der Darlehensaufnahme (worunter alle Formen des Kredits verstanden werden). Die Stadt Linz darf nach Abschnitt II. („*Vermögenswirtschaft*“) des Stadtstatuts überhaupt nur Darlehen aufnehmen, *„[...] wenn die Amortisationsverpflichtungen die dauernde Leistungsfähigkeit der Stadt nicht überschreiten. Für jene Darlehen, die mit dem gesamten Betrag fällig werden [d. s. endfällige Darlehen], sind die Tilgungsbeträge planmäßig anzusammeln (Tilgungsrücklage)“*. Es geht also darum, dass trotz der mit der Darlehensaufnahme verbundenen Zahlung von Zinsen und der Rückführung des Kredits (also der Amortisation) die der Stadt Linz obliegenden gesetzlichen und vertragsrechtlichen Pflichten nicht gefährdet werden dürfen. Könnte die Einhaltung der Amortisationsverpflichtung auch überörtliche Interessen, nämlich die des Landes, an einer geordneten Haushaltsführung berühren, so kommen dessen Genehmigungsvorbehalte hinzu.
- 8.1.4 Würde man nur auf den Wortlaut des § 78 StL blicken, der lediglich von der Aufnahme des Darlehens spricht, nicht aber von dessen Bedingungen, würde das zu kurz greifen, weil damit die Funktion der Schwellenwerte außer Acht bliebe. Schon die logisch-systematische Interpretation der Bestimmung sagt also, dass es im Kern nicht nur um die Aufnahme des

Darlehens an sich, sondern auch um dessen Bedingungen geht. Das gleiche Darlehen, das wegen günstiger Zinsen und Tilgungsbedingungen nicht genehmigungspflichtig ist, würde genehmigungspflichtig sein, wenn durch die Zinsen und Tilgungsbedingungen die Schwellenwerte überschritten werden.

8.2 Auslegung und Analogie

- 8.2.1 Einem Gesetz darf nach § 6 ABGB in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet. Nach § 7 ABGB muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze, Rücksicht genommen werden, wenn sich ein Rechtsfall weder aus den Worten noch aus dem natürlichen Sinn eines Gesetzes entscheiden lässt. § 6 gilt ebenso wie auch die in § 7 vorgesehene Analogie nicht nur im Bereich des ABGB, sondern stellt eine universelle Rechtsanwendung dar (*Schauer* in *Kletečka /Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 7 Rz 3).
- 8.2.2 Die Frage, wie Ausnahmegesetze oder Ausnahmenvorschriften auszulegen sind, bedarf zwar einer differenzierten Betrachtung, es entspricht allerdings der jetzt ganz herrschenden Ansicht (*Posch* in *Schwimmann/Kodek* [Hrsg] ABGB, Praxiskommentar⁵ § 6 ABGB Rz 30; § 7 ABGB Rz 12; ebenso *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 201 ff; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 22), dass sowohl die extensive Auslegung als auch der Analogieschluss zulässig ist. Bei taxativen Aufzählungen ist zwar grundsätzlich ein Umkehrschluss geboten, wonach die Rechtsfolge in den nicht erfassten Fällen nicht angewendet werden soll, freilich ist auch dort zu prüfen, ob die Aufzählung der Tatbestände tatsächlich abschließend zu verstehen ist. Möglich ist sowohl die ausdehnende Auslegung als auch – bei Vorliegen einer planwidrigen Lücke – die Analogie (*Schauer* in *Kletečka /Schauer* ABGB-ON^{1.02} § 7 Rz 11).
- 8.2.3 Das Erstgericht war also – entgegen den Ausführungen der beklagten Partei – nicht gehindert, den Abschluss des Swap 4175 im konkreten Fall unter die in § 78 StL vorgesehene aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht zu subsumieren. Dabei konnte es sowohl im Wege der extensiven Auslegung als auch im Wege der Analogie vorgehen.
- 8.2.4 Was das Erstgericht zu Recht bei der Frage der Auslegung des § 78 StL noch berücksichtigt hat, war, dass die Subsumtionsfrage im konkreten Fall einem anderen Genauigkeitskalkül unterlag, als bei der unmittelbaren Anwendung der Bestimmung durch die Verwaltungsbehörden: Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht stellte nämlich für die zivilrechtliche Beurteilung, ob der Swap 4175 wirksam zustande gekommen ist, (lediglich) eine Vorfrage dar. Nach den Entscheidungen 6 Ob 73/14z und 10 Ob 14/19k haben in einem solchen Fall die Zivilgerichte schon dann von einer kommunalrechtlichen

Genehmigungspflicht auszugehen, wenn diese nicht denkunmöglich ist. Ob die Genehmigungspflicht tatsächlich besteht, ist insofern nicht relevant.

8.3 Die Funktion von Derivatgeschäften im kommunalen Finanzmanagement

- 8.3.1 Derivatgeschäfte der öffentlichen Hand existieren nicht im luftleeren Raum. Nach der bereits 2001 veröffentlichten Untersuchung von *Holoubek/Prändl* (Öffentliches Finanzmanagement, 199 ff [2001]) müssen diese, um überhaupt zulässig zu sein, einen engen Konnex mit einem bestehenden Darlehen aufweisen. An dieser Meinung hat sich in der Folge auch nichts geändert. Finanzgeschäfte, die allein spekulativen Zwecken dienen, waren Kommunen schon damals nicht gestattet und sind es auch heute nicht. Bei der Auslegung des § 78 StL ist auf diesen Umstand Bedacht zu nehmen.
- 8.3.2 Leitgedanke beim Kreditmanagement mit Hilfe von Derivatgeschäften ist es, die erforderlichen Finanzierungsmittel und deren Rückzahlungsverpflichtungen zu möglichst geringen mittel- bis langfristigen Finanzierungskosten zu gewährleisten. Mit anderen Worten, die zentrale Aufgabe derartiger Derivatgeschäfte besteht darin, die bestehenden Kreditbedingungen zugunsten der öffentlichen Hand zu verbessern. Soweit derartige Derivatgeschäfte mit der Übernahme von Risiken verbunden sind, kann das unter Umständen nicht zu einer Verbesserung, sondern – wie man sieht – auch zu einer Verschlechterung führen. Dem Erstgericht ist dahingehend Recht zu geben, dass bei Derivatgeschäften, die im Rahmen des Finanzmanagements der Gemeinde mit Dritten abgeschlossen werden, der Einfluss auf bestehende Finanzierungen nicht unmittelbar rechtlicher Natur ist (die bestehende Finanzierung wird inhaltlich nicht verändert), sondern (bloß) wirtschaftlich auf die Finanzierungssituation wirkt. Andererseits ist das aber gerade und in der Regel die einzige Funktion derartiger Geschäfte. Sie werden eben dann eingesetzt, wenn eine Verbesserung der Kreditbedingungen beim Kreditgeber nicht durchgesetzt werden kann (ein Motiv, das auch im Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13. Mai 2004 (Beilage ./C) klar zum Ausdruck kommt).
- 8.3.3 Das Erstgericht bestätigt im Grunde diese Überlegungen in der Auseinandersetzung mit *Holoubek/Prändl* (Öffentliches Finanzmanagement, 199 [231]). Diese hatten die Frage gestellt, ob konnexe Derivatgeschäfte von der für das Grundgeschäft erteilten aufsichtsbehördlichen Genehmigung bereits umfasst sind. Das würde bedeuten, dass die (damals nach § 14 F-VG) erteilte Genehmigung zur Aufnahme der Schweizer Frankenleihe auch schon darauf Bezug nehmende Derivate mitumfasst hat. Das Erstgericht meldet dagegen massive Zweifel an, „[...] *da auf diese Weise Derivate abgeschlossen werden könnten, die aufgrund ihrer Risikostruktur anders als das Grundgeschäft nicht genehmigungsfähig wären, sodass eine pauschale Genehmigung aller Derivate, die sich auf ein genehmigtes Darlehen beziehen, aus Sicht des Gerichts nicht vertretbar und mit § 78 StL*

und dessen Ziel nicht vereinbar wäre (Ersturteil, S 70, 171)“. Sowohl die Überlegungen von *Holoubek/Prändl* als auch die Reaktion des Erstgerichtes darauf setzen aber voraus, dass konnexe Derivatgeschäfte wegen ihrer darlehensändernden Wirkung grundsätzlich unter die Genehmigungspflicht nach § 78 Abs 1 Z 2 StL fallen.

8.4 Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht des Swap 4175

- 8.4.1 Mit Hilfe der Auslegungsregeln und nach der ratio legis wird ermittelt, ob sich eine nach dem Wortlaut nicht unmittelbar anwendbare Bestimmung auf den zu beurteilenden Fall erstreckt. Das ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Unterschiede zwischen dem geregelten und dem zu beurteilenden Fall nach den rechtlichen Wertmaßstäben bedeutungslos sind. Eine Erstreckung ist aber auch dann vorzunehmen, wenn die zu entscheidende Interessenlage der gesetzlich geregelten so ähnlich ist, dass der Gesetzgeber die bereits getroffene Regelung auch für den ungeregelten Sachverhalt vorsehen würde. Das gleiche gilt, wenn ohne die Anwendung eine planwidrige Schutzlücke entstehen würde.
- 8.4.2 Wie oben gezeigt, kommt es bei der Genehmigungspflicht der Aufnahme von Darlehen nicht – jedenfalls nicht vordergründig – auf die Tatsache der Fremdgeldaufnahme an sich, sondern auf die damit verbundenen Amortisationsverpflichtungen (Zinsen, Tilgungen und gegebenenfalls Bildung einer Tilgungsrücklage) an. Die Aufnahme eines Darlehens, dessen Amortisation die Schwellenwerte überschreitet, ist von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen, ansonsten entfällt die Genehmigungspflicht. Schon ohne die Analogie zu bemühen, ist klar, dass eine Modifikation oder Änderung der Darlehensbedingungen, die in der Folge durchgeführt wird und die eine Genehmigungspflicht bedeutet hätte, wäre das Darlehen zu diesen Bedingungen aufgenommen worden, ebenfalls der Genehmigungspflicht unterliegen muss, sofern sie bei Vertragsabschluss vorhersehbar war. Das ist schon allein deshalb notwendig, um klare Umgehungen zu verhindern. Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, warum die Stadt Linz – wie es der Zeuge ██████████ ██████████ geschildert hat (Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 3) – selbst bei der Änderung der Bedingungen der bestehenden CHF-Anleihe von EUR 60 Mio von endfällig zu tilgend um die aufsichtsbehördliche Genehmigung angesucht hat. Beide Vorgänge, nämlich sowohl die ursprüngliche Kreditaufnahme als auch die Änderung der Kreditbedingungen bedrohen die wirtschaftliche Existenzfähigkeit einer Gemeinde gleichermaßen (vgl. dazu auch das Rechtsgutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich vom 8. September 2011, Beilage ./BL, und *Holoubek/Lienbacher/Potocs*, Rechtsgutachten zur gemeindeaufsichtsrechtlichen Beurteilung eines „Swap-Geschäfts“ nach § 78 Abs 1 Z 2 Stadtstatut Linz, Beilage ./EV).
- 8.4.3 Damit stellt sich einzig die Frage, ob nach der ratio legis Geschäfte, die ausschließlich darauf gerichtet sind, die bestehenden Darlehensbedingungen zu ändern, nur deshalb von der

Zahlungsverpflichtungen treffen, welche 15 % der Einnahmen übersteigen und die über Darlehen finanziert werden müssen.

8.5 Die denkmögliche Genehmigungspflicht

- 8.5.1 Letztlich kommt es aber nicht darauf an, ob das Land Oberösterreich den Swap 4175, wäre er ihr nach Fassung eines konkreten Gemeinderatsbeschlusses vorgelegt worden, tatsächlich als genehmigungspflichtig angesehen hätte oder nicht, sondern nur, ob eine derartige Genehmigungspflicht denkmöglich gewesen ist. Dass die Genehmigungspflicht aus Sicht der Aufsichtsbehörde genehmigungspflichtig war, zeigen die folgenden Umstände.
- 8.5.2 Dem Gesetzesbeschluss des OÖ Landtags vom 10. November 2011, mit dem die OÖ Gemeinderechtsnovelle 2012 beschlossen wurde, lag der Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten des OÖ Landtages, Blg 366/2011 und Blg 369/2011, zugrunde. In diesem heißt es ausdrücklich, dass die eingefügten Bestimmungen mit Rücksicht auf Finanzgeschäfte lediglich eine Klarstellung zur schon bisher geltenden Rechtslage enthalten. Im Ergebnis wird darin festgehalten (auch für die Vergangenheit), dass nach Ansicht des Gesetzgebers Zinstauschgeschäfte schon bis dahin von der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht nach §§ 84 OÖ GemO bzw. 78 StL erfasst waren. Der Abschluss hoch riskanter Derivatgeschäfte widerspräche schon allgemein den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit und gehöre auch nicht zu den Aufgaben einer Stadt bzw. einer Gemeinde.
- 8.5.3 Zwar ist den Bedenken des Erstgerichtes in diesem Zusammenhang zuzustimmen, dass die Materialien eines Gesetzes weder gesetzändernd sind, noch bewirken, dass ein Gesetz zurückwirkt, allerdings reichen die Gesetzesmaterialien dafür aus, anzunehmen, dass auch die Aufsichtsbehörde (und die war eben das Land) von der Genehmigungspflicht schon im Jahr 2007 ausgegangen ist. Das bestätigt auch der ehemalige Leiter der Aufsichtsbehörde ██████████ ██████████ in seiner Aussage vor dem Erstgericht (Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 13).
- 8.5.4 Dass die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht zumindest nicht undenkbar gewesen ist, ergibt sich auch aus dem Rechtsgutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich vom 8. September 2011 (Beilage ./BL). Der vom Erstgericht gegen dieses Gutachten erhobene Vorwurf eines Zirkelschlusses ist nach Ansicht der Stadt Linz nicht gerechtfertigt. Hätte es die Kommune in der Hand, die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht dadurch zu umgehen, dass sie zwar eine Modifizierung des Darlehensvertrages genehmigen lassen müsste, nicht aber die Herbeiführung des gleichen Effekts durch einen eigenständigen Vertrag mit dem Darlehensgeber oder einen Dritten,

würde das zur Umgehung geradezu einladen. Da es allerdings ohnehin nur auf die Denkmöglichkeit ankommt, kann das auch letztlich dahingestellt bleiben.

- 8.5.5 Auch der Oberste Gerichtshof hielt mit seiner Entscheidung 10 Ob 14/19k die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht eines Derivatgeschäftes, dessen Zweck darin bestand, die Kreditbedingungen zu ändern, für zumindest denkmöglich. Dabei sah das Höchstgericht – ebenso wie das Erstgericht – den Umstand, dass es sich beim Derivatgeschäft um ein eigenständiges, vom Darlehen unabhängiges Geschäft gehandelt hat, nicht als Hindernis an. Die Entscheidung ist entgegen dem Erstgericht auch unmittelbar übertragbar. Zwar enthält § 78 Abs 1 Z 2 StL nicht, wie die Steiermärkische Gemeindeordnung eine Art „Öffnungsklausel“ in Richtung der *„wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommenden Zahlungsverpflichtung“*, das war aber nicht entscheidend. Entscheidend für das Höchstgericht war, dass die Bedingungen des Kreditvertrages wirtschaftlich durch das Derivatgeschäft *„modifiziert“* worden sind. Die Genehmigungspflicht für Geschäfte, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommende Zahlungsverpflichtungen enthalten, zielt auf Verträge mit einer Kreditierungskomponente (die der Swap nicht hat, wie dem Erstgericht zuzugestehen ist). Gemeint sind damit vor allem Leasingverträge (so ausdrücklich § 90 Abs 1 Z 4 NÖGO). Wäre es dem Obersten Gerichtshof auf die Erfüllung dieses Tatbestandes angekommen, so hätte er die Genehmigungspflicht direkt darauf stützen können, und es wäre auf die im Vordergrund stehende Begründung, wonach das ursprüngliche Darlehen mittelbar und wirtschaftlich durch das Derivatgeschäft modifiziert wird, nicht angekommen.
- 8.5.6 Dass die beiden Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. April 2016, Ro 2015/09/0014, und vom 20. September 2018, Ra 2017/09/0001, an der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht nichts ändern, zumindest nichts an deren Denkmöglichkeit, wurde schon oben gezeigt. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich nämlich mit der materiell-rechtlichen Frage der Genehmigungspflicht tatsächlich gar nicht befasst (siehe Punkt 2.3).
- 8.5.7 Die Behauptung der beklagten Partei, es habe nie der Praxis der Aufsichtsbehörde entsprochen, für Swaps Genehmigungen einzuholen, entspricht in dieser Form nicht den Tatsachen: ■■■■■ ■■■■■, der ehemalige Leiter der Aufsichtsbehörde, erläuterte, dass die von ■■■■■ ■■■■■ geschilderten Fälle Darlehen aus der Siedlungswasserwirtschaft betroffen haben, die schon an sich der Genehmigungspflicht nicht unterlagen, weil sie durch den Bund abgewickelt wurden, über den auch die Finanzierung lief (Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 10 f), sodass sich die Frage der Genehmigungspflicht in der Praxis nicht gestellt hat. Deshalb können keine Rückschlüsse auf die sonstigen Genehmigungspflichten abgeleitet werden, wie es die beklagte Partei tut. ■■■■■ ■■■■■ schloss jedenfalls aus, dass

die Gemeinden zu solchen Geschäften animiert worden wären und brachte vielmehr Gegenbeispiele, in denen die Aufsichtsbehörde, auch wenn sie nicht zuständig war, vor dem Abschluss vor Derivatgeschäften gewarnt hatte (Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 10).

8.6 Die Argumente der beklagten Partei

8.6.1 Verstoß gegen das Analogieverbot

8.6.1.1 Das Erstgericht habe, so die beklagte Partei, durch eine analoge Erweiterung der Aufsichtsbefugnisse gegen das Analogieverbot verstoßen. Aus dem in Art 119a Abs. 8 BVG enthaltenen Verbot pauschaler Gesetzesvorbehalte folge nicht nur, dass solche im Zweifel im Sinne der Gemeindefreiheit, also eng, auszulegen seien, sie dürften auch, weil § 78 StL eine taxative Aufzählung der Genehmigungspflichten enthalte, nicht ausdehnend ausgelegt werden. Darüber hinaus habe das Erstgericht mit seiner Auslegung gegen den Grundsatz verstoßen, dass Aufsichtsmittel nur unter möglicher Schonung der Rechte Dritter zu handhaben sind. Damit würde die beklagte Partei nicht nur in ihren Rechten unmittelbar beeinträchtigt, sie würde im Geschäftsverkehr auch unzumutbaren Unsicherheiten ausgesetzt.

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

8.6.1.3 Die beklagte Partei konnte auch darüber nicht im Unklaren sein: Sie hat ██████████ – nach dem eigenen Bekunden – den Swap 4175 nicht nur deshalb angeboten, weil dieser die Zinsen senken wollte, sondern weil damit nach ihrer Meinung auch die Absicherung gegen die variablen Zinsen aus der Schweizer Frankenleihe verbunden war. Damit war der Swap 4175 geradezu dafür bestimmt, die bestehenden Amortisationsverpflichtungen zu ändern. Die beklagte Partei genoss „Hausbankenstatus“ bei der Stadt Linz und war über deren wirtschaftliche Lage, insbesondere ihren ordentlichen und außerordentlichen Haushalt, die

Finanzschulden, den effektiven Schuldendienst und die Erfüllung der Maastricht-Kriterien, laufend informiert (Ersturteil, S 24). Für sie war es also ein Leichtes, die aufsichtsbehördlichen Genehmigungsschwellen zu ermitteln. Dass und welche Zahlungsverpflichtungen die Stadt Linz aus der Optionskomponente des Geschäftes treffen konnten, wusste sie ebenfalls: Schon aufgrund der bankrechtlichen Vorgaben hat sie ja das Swap-Geschäft in seine einzelnen Teile zerlegt (Ersturteil, S 37) und naturgemäß schon allein für die Replikation in ihrem Bankensystem bewertet (sie verwendete dafür die Systeme KONDOR+ und Fenics). Das mögliche quantitative Ausmaß (Risikobudget EUR 133 Mio) konnte für sie auch nicht überraschend sein, nach den Ergebnissen des Gerichtsgutachtens hätte nämlich jeder Kunde – mit Ausnahme der öffentlichen Hand – eine Sicherheitsleistung in dieser Höhe bei Abschluss des Vertrages erlegen müssen (Gerichtsgutachten, S 59).

8.6.2 Die aufsichtsbehördliche Schwellengrenze

8.6.2.1 Die beklagte Partei bemängelt im Zusammenhang mit den wertmäßigen Grenzen der (aufsichtsbehördlichen) Genehmigungspflicht sowohl deren Geltung an sich als auch die vom Erstgericht festgestellte Höhe.

8.6.2.2 Die unmittelbare Anwendbarkeit der Schwellengrenzen auch für den Swap 4175 ergibt sich zwangsläufig aus der Auslegung des § 78 Abs. 1 Z 2 StL. Unterlag das Geschäft diesem Tatbestand, so gelten auch die dort festgelegten Grenzen.

8.6.2.3 Was die Höhe angeht, so ist jedenfalls davon auszugehen, dass nicht nur die jährlichen Zahlungen, sondern auch die Auflösungskosten zum „Gesamtschuldendienst“ (im Sinn des § 78 Abs. 1 Z 2 StL) gehören (Ersturteil, S 39, 57, sowie ██████████ ██████████, Protokoll vom 12. April 2019, ON 595, S 5 f). Dem widerspricht die beklagte Partei auch nicht, zumindest nicht ausdrücklich, sie wehrt sich aber dagegen, dass bei der Ermittlung des Schwellenwerts nicht die gesamten Einnahmen genommen werden, sondern dass vorher die Zinsen und Tilgungen aus anderen Krediten in Abzug gebracht wurden. Auch damit ist sie nicht im Recht.

8.6.2.4 Die gesetzliche Schwellengrenze unterstellt in pauschaler Form, dass bei einer Gesamtbelastung der Liquidität der Kommune mit den Zinsen und Tilgungen aus allen bestehenden Krediten von über 15 % der Einnahmen die Leistungsfähigkeit so beeinträchtigt ist, dass die Einnahmen für die übrigen ordentlichen Ausgaben nicht mehr ausreichen könnten. Es leuchtet wohl ein, dass es auf die Gesamtsumme der Amortisationsverpflichtungen aus allen Krediten und Darlehen ankommt. Es ist auch nicht weiter verwunderlich, dass demnach bei der Neuaufnahme eines Darlehens zu prüfen ist, wie weit der Rahmen durch bereits bestehende Amortisationsverpflichtungen ausgeschöpft wurde; diese sind also abzuziehen, um festzustellen, inwieweit der Rahmen noch zur

Verfügung steht. Würde man, wie es der beklagten Partei offenbar vorschwebt, die 15 % der Einnahmen für jeden einzelnen Kredit gesondert zur Verfügung stellen, so könnten die gesamten Einnahmen bei einer Mehrzahl von Krediten aufgebraucht werden, ohne dass eine Bewilligungspflicht ausgelöst wird. Damit könnte die Bewilligungspflicht ihre Aufgabe nicht mehr erfüllen.

IV. Zum behaupteten Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens

1. Grundsätzliches

- 1.1 Die beklagte Partei macht in der Revision (Punkt C.II, Mängelrüge, Revision Seite 24ff) geltend, es läge ein wesentlicher Verfahrensmangel des zweitinstanzlichen Verfahrens vor, weil das Berufungsgericht die in der Berufung gerügten erstinstanzlichen Verfahrens- und Feststellungsmängel zu Unrecht nicht inhaltlich behandelt habe. Soweit dem Berufungsurteil eine Begründung zu entnehmen sei, handle ich sich um eine „Scheinbegründung“, die einer Nichterledigung gleichzuhalten sei. Eine inhaltliche Befassung sei nicht erfolgt. Die Berufung wäre von der beklagten Partei prozessordnungsgemäß ausgeführt worden, sodass sich das Berufungsgericht inhaltlich damit befassen hätte müssen.
- 1.2 Die Vorhalte der beklagten Partei sind unberechtigt: Festzuhalten ist zunächst, dass im Berufungsverfahren behauptete, vom Berufungsgericht aber verneinte Verfahrensmängel des erstinstanzlichen Verfahrens generell nicht revisibel sind (RIS-Justiz RS0042963, RS0030748). Diese Beschränkung kann auch nicht mit der Behauptung umgangen werden, das Berufungsverfahren wäre deshalb selbst mangelhaft, weil der Verfahrensrüge in der Berufung zu Unrecht nicht stattgegeben wurde. Soweit die Revision das außer Acht lässt, ist sie nicht zu behandeln, weil kein im Gesetz vorgesehener Revisionsgrund aufgezeigt wird.
- 1.3 Genauso wie erstinstanzliche Verfahrensmängel (mögen sie auch vom Berufungsgericht zu Unrecht verneint worden sein, was aber hier ohnehin nicht der Fall ist) in der Revision nicht mehr aufgegriffen werden können, ist dem Gesetz auch der Revisionsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung fremd (RIS-Justiz RS0042903; 9 ObA 170/93). Die Richtigkeit von Feststellungen der Instanzgerichte kann vom OGH, der selbst keine Tatsacheninstanz ist, somit nicht überprüft werden (10 ObS 126/99y; 8 ObA 84/06w). Selbst der Revisionsgrund der „Aktenwidrigkeit“ kann nicht als Ersatz für eine in dritter Instanz unzulässige Beweistrüge herangezogen werden (RIS-Justiz RS0117019). Selbst, wenn dem Berufungsgericht ein Fehler in der Beurteilung der Verfahrens- oder auch Beweistrüge unterlaufen wäre (was nicht der Fall ist), wäre dieser Fehler nicht revisibel. Auch den umfangreichen sonstigen Hinweisen der Revisionschrift auf angebliche Ergebnisse des

Beweisverfahrens sowie auf angebliche Feststellungen des Erstgerichts (die über weite Strecken nicht, wie in der Revision behauptet, getroffen worden sind) kommt mangels Tatsachenkognition des OGH keine Bedeutung zu (vgl. RIS-Justiz RS0042903 [T5, T7]).

- 1.4 Der beklagten Partei sind die Beschränkungen der Revisionsgründe im Sinn des § 503 ZPO sichtlich bewusst, sie werden aber über weite Strecken der Revision negiert. Dementsprechend rückt die beklagte Partei in ihrer (neuerlichen) Verfahrens- und Beweistrüge das Argument in den Vordergrund, das Berufungsgericht habe – trotz angeblich gesetzmäßiger Ausführung des jeweiligen Berufungsgrund – die betreffende Rüge nicht erledigt (vgl. Revision, S 25 ff zur Verfahrensrüge und S 50 ff zur Beweistrüge) und damit einen „wesentlichen Verfahrensmangel“ des Berufungsverfahrens selbst verwirklicht.
- 1.5 Dazu ist schon eingangs festzuhalten, dass generell nur Verfahrensfehler der zweiten Instanz von „erheblicher Bedeutung“ der Prüfung durch den Obersten Gerichtshof unterliegen können. Eine solche „erhebliche Bedeutung“ des Mangels könnte dann vorliegen, wenn tragende Grundsätze des Verfahrensrechtes (in zweiter Instanz) auf dem Spiel stünden (RIS-Justiz RS0041032). Aufgegriffen werden können demgemäß nur Verfahrensfehler von herausragender Bedeutung, etwa wenn das Berufungsgericht das Vorliegen eines wesentlichen Verfahrensmangels erster Instanz tatsächlich mit einer bloßen „Scheinbegründung“ abtut und die Mängelrüge in Wirklichkeit gar nicht erledigt (RIS-Justiz RS0042963 [T9, T12]) oder ein ganz besonders krasser Fall einer unhaltbaren Begründung des Berufungsgerichts vorliegt, der jedes Beurteilungsspielraums entbehrt (vgl. 1 Ob 159/07z; RIS-Justiz RS0041032 [T13, T14]). Davon kann im vorliegenden Fall nicht im Ansatz die Rede sein.
- 1.6 Wie unten noch im Einzelnen darzustellen sein wird, zeigt die beklagte Partei in der Revision letztlich gar nicht auf, inwiefern bei der konkreten Erledigung durch das Berufungsgericht von einer solchen „Scheinbegründung“ auszugehen sein soll. Beanstandet wird von der beklagten Partei nur mehr oder minder pauschal eine angebliche „Scheinbegründung“, um dann im Wesentlichen nur die jeweiligen Behauptungen aus dem Berufungsverfahren (wortwörtlich) zu wiederholen.
- 1.7 So kopierte die beklagte Partei (unzulässigerweise) in der Regel bloß ihr Vorbringen aus der Berufung samt Fußnoten und mit Verweisen auf Textstellen innerhalb der Berufungsschrift direkt in die Revisionschrift. Dem steht schon in formaler Hinsicht entgegen, dass nur die im Rechtsmittel an den Obersten Gerichtshof selbst enthaltenen Ausführungen und Argumente Berücksichtigung finden können. Die Verweise auf die Berufungsschrift in den Fußnoten der hineinkopierten Textstellen haben jedenfalls unbeachtet zu bleiben (RIS-Justiz RS0043616 [T6]). Damit bleibt von der ohnehin spärlichen Begründung nichts mehr übrig. Keinesfalls ist

damit ein revisibler Verfahrensmangel des zweitinstanzlichen Verfahrens aufgezeigt. Die Revisionschrift leidet damit selbst an einem entscheidenden Begründungsmangel. Umso weniger zeigt sie konkret den krassen Fall einer unhaltbaren Begründung auf, der einem aufzugreifenden Verfahrensmangel in die Nähe kommen könnte.

- 1.8 Allein, dass sich das Berufungsgericht angesichts der nicht prozessordnungsgemäßen Darstellung der Berufungsgründe in der Berufungsschrift der beklagten Partei mit einer knappen Behandlung begnügt hat, begründet keineswegs einen erheblichen Verfahrensmangel (vgl. *Lovrek in Fasching/Konecny*³ IV/1 § 503 ZPO Rz 79). Es versteht sich von selbst, dass eine Berufung zunächst auf die gesetzmäßige Darstellung der einzelnen Berufungsgründe hin zu prüfen ist (3 Ob 27/09f; RIS-Justiz RS0041835 [T6]). Ohne gesetzmäßige Darstellung ist die Rüge inhaltlich nicht zu behandeln. Wenn sich also das Berufungsgericht an diesem Grundsatz orientiert hat, kann darin kein Verfahrensmangel, geschweige denn ein erheblicher Verfahrensmangel liegen.
- 1.9 Soweit die beklagte Partei – gewissermaßen als Einleitung für die Darstellung des jeweils behaupteten wesentlichen Verfahrensmangels der zweiten Instanz – vorbringt, sie habe die Rechtsmittelgründe in der Berufung „*sehr wohl gesetzmäßig*“ ausgeführt, und deshalb sei das Berufungsgericht von einem unrichtigen Anforderungskatalog an die Gesetzmäßigkeit der Verfahrensrüge ausgegangen (Revision, S 24 f), ist zunächst Folgendes (Punkt 2.) zu erwidern:

2. Zur behaupteten Nichterledigung der Verfahrensrüge

2.1 Einleitende Bemerkungen

- 2.1.1 Bezogen auf den Vorwurf des Berufungsgerichtes, die beklagte Partei hätte ihre Berufungsgründe nicht gesetzmäßig ausgeführt, kritisiert sie im Speziellen, dass sich das Berufungsgericht in Verkennung der Rechtslage auf den Rechtssatz „RIS-Justiz RS0043039“ gestützt und der darauf beruhenden Entscheidungskette einen unrichtigen Bedeutungsinhalt beigemessen habe. Das Berufungsgericht wäre – so die beklagte Partei – in seiner Beurteilung der gebotenen Darstellung zur „Relevanz“ des Verfahrensmangels gewissermaßen „zu streng“ gewesen. Es habe zu Unrecht von der beklagten Partei verlangt, jene erstgerichtlichen Feststellungen genau anzugeben, gegen die sich die Verfahrensrüge richtete. Ein solches Erfordernis gelte nämlich nur für die Beweistrüge, nicht aber für die Verfahrensrüge. Damit habe sich das Berufungsgericht von Anbeginn an der Auseinandersetzung mit dem Inhalt der Berufung entzogen. Diese Auseinandersetzung zu unterlassen, unter Berufung darauf, die Verfahrensrüge sei nicht zur

prozessordnungsgemäßen Darstellung gebracht worden, laufe letztlich auf eine Scheinbegründung hinaus. Auch damit ist die beklagte Partei nicht im Recht.

- 2.1.2 Nur wesentliche Verfahrensmängel können in der Revision aufgegriffen werden. Die beklagte Partei zeigt einen solchen Verfahrensmangel nicht auf, wenn sie (bloß) darauf verweist, das Berufungsgericht habe die Anforderungen an die prozessordnungsgemäße Darstellung des Rechtsmittelgrundes unrichtig beurteilt (vgl. 3 Ob 27/09f). Aber abgesehen davon, dass die Rechtsansicht des Berufungsgerichts in dieser Richtung ohnehin nicht zu beanstanden ist (dazu sogleich), unterliegt die beklagte Partei einer grundlegend fehlerhaften Rechtsmeinung zur Darstellung der Rechtsmittelgründe, indem sie in der Revision primäre und sekundäre Verfahrensmängel gänzlich vermischt.
- 2.1.3 Wie das Berufungsgericht auf Seite 7 seines Urteils (am Beginn der Behandlung der Verfahrensrüge der beklagten Partei) klarstellt, liegt ein primärer Verfahrensmangel iSd § 496 Abs. 1 Z 2 ZPO dann vor, wenn das Erstgericht infolge der Zurückweisung von Beweisanträgen andere als die vom Beweisführer behaupteten Tatsachen festgestellt hat (*Pimmer in Fasching/Konecny*³ IV/1 § 496 Rz 57). Hat aber das Erstgericht zu bestimmten Tatumständen mangels Beweiserhebung trotz eines entsprechenden Antrages (gar) keine Feststellungen getroffen, obwohl die Feststellung relevant wäre, liegt kein primärer Verfahrensmangel vor, sondern unter Umständen ein sekundärer Verfahrensmangel, der allerdings im Rahmen der Rechtsrüge geltend zu machen ist (RIS-Justiz RS0043603 [T7]). Bei einem solchen sekundären Verfahrensmangel (gegenständlich ein behaupteter Stoffsammlungsmangel) ergibt sich die in der Berufung darzulegende Relevanz daraus, dass bei Aufnahme des beantragten Beweises weitere Feststellungen getroffen worden wären, die zu einer richtigen rechtlichen Beurteilung geführt hätten. Die Ursache des Fehlers ist also in der rechtlichen Beurteilung gelegen.
- 2.1.4 Demgegenüber wäre von der beklagten Partei im Rahmen der Rüge eines „primären Verfahrensmangels“ aufzuzeigen gewesen, welches andere Ergebnis sich im Fall der Beweisaufnahme ergeben hätte und welche anderen (Tatsachen-)Feststellungen danach zu treffen gewesen wären. Daraus folgt, dass bei der Darstellung der „Relevanz“ der Verfahrensrüge logischerweise aufgezeigt werden muss, welche vom Erstgericht tatsächlich betroffenen Tatsachenfeststellungen nach der beantragten (zusätzlichen) Beweiserhebung geändert oder entfallen wären. Aufgabe der beklagten Partei wäre es also gewesen, sowohl für primäre als auch für sekundäre Verfahrensmängel jeweils die Relevanz darzustellen, wobei die Darstellung selbst bei den beiden Formen des Verfahrensmangels unterschiedlich ist. Die Rüge primärer Verfahrensmängel lässt sich also nicht einfach in eine Rechtsrüge zu sekundären Verfahrensmängeln umdeuten (und dann dort behandeln).

- 2.1.5 Ein sekundärer Verfahrensmangel ist damit letztlich eine Spielart des sekundären Feststellungsmangels und gehört daher zur Rechtsrüge (der Begriff wird z. T. als Synonym verwendet, vgl. *Pimmer in Fasching/Konecny*³ IV/1 § 496 Rz 61). Er kann seinen Grund darin haben, dass entweder zwar ein Beweissubstrat vorgelegen hat, das Gericht aber in Verkennung der Rechtslage dennoch keine Feststellungen aus dem vorhandenen Beweissubstrat getroffen hat, oder er ist dann verwirklicht, wenn das Erstgericht beantragte Beweise als unerheblich aufgrund seiner Rechtsansicht erst gar nicht erhoben hat. Damit unterblieben unter Umständen zusätzliche Feststellungen, die das Vorbringen bewiesen hätten. Anders als beim sekundärer Verfahrensmangel muss sich bei primären Verfahrensmängeln der Beschwerdeführer gegen die konkrete Feststellung wenden, die aufgrund des behaupteten Verfahrensmangels (zu Unrecht) getroffen wurde (*Pimmer aaO* Rz 57).
- 2.1.6 Alles in allem bedeutet das, dass die beklagte Partei darlegen hätte müssen, welche Feststellungen sie überhaupt konkret angreift. Das hätte zwar nicht unbedingt nach einem wörtlichen Zitat verlangt, es hätte aber insgesamt bereits in der Berufung herauskommen müssen, gegen welche Teile der Feststellungen sich ihre Rüge wendet und inwieweit und ob bzw. wie weit sich andere Feststellungen aus der beantragten Beweiserhebung ergeben hätten. Nichts Anderes hat das Berufungsgericht verlangt. Der Unterschied zwischen Verfahrensrüge und Beweiserhebung besteht nur darin, dass bei der Beweiserhebung von den im Verfahren tatsächlich aufgenommenen Beweisen und deren Würdigung auszugehen ist, während bei einem primären Verfahrensmangel (hier im Kleid eines Stoffsammlungsmangels) neben dem Nachweis der Relevanz (vgl. RIS-Justiz RS0042386; OLG Innsbruck, 25 Rs 135/12g) dargestellt werden muss, ob und inwieweit die Aufnahme der beantragten Beweise zu anderen Feststellungen geführt hätte. Das Berufungsgericht verweist dazu (Berufungsurteil, S 8) auf RIS-Justiz RS0043039 [T3] und [T5] wonach „[j]edenfalls keinerlei Zweifel daran bestehen dürfen, welche streitentscheidenden Feststellungen des Erstgerichts der Beklagte ohne Verfahrensfehler zu widerlegen können glaubte“ und „der Rechtsmittelwerber [...] in der Berufung nachvollziehbar aufzeigen [muss], in welcher Hinsicht sich bei Unterbleiben des behaupteten Verfahrensfehlers eine abweichende Sachverhaltsgrundlage ergeben hätte.“ [Hervorhebung] Wenn es im betreffenden Rechtssatz weiter heißt, dass „[d]ie gesetzmäßige Ausführung des Berufungsgrundes der Mangelhaftigkeit [gegenständlich 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“, besteht hierin kein Widerspruch.
- 2.1.7 Damit kommt nur zum Ausdruck, dass Ausgangspunkt der Verfahrensrüge jene Sachverhaltsfeststellungen sein müssen, zu denen das Erstgericht aufgrund der Unterlassung

der Beweiserhebung irrigerweise gelangt ist. Anders könnte die Relevanz der Verfahrensrüge nicht dargestellt werden. Der Schluss, den die beklagte Partei aus dem Rechtssatz zieht, wonach sie lediglich hätte aufzeigen müssen, welche (zusätzlichen) Feststellungen zu treffen gewesen wären, ist daher unrichtig. Damit würde sie nämlich allenfalls einen sekundären Verfahrensmangel aufzeigen. Deshalb irrt die beklagte Partei auch, wenn sie dem Berufungsgericht vorwirft, es habe Beweiserhebung und (primäre) Verfahrensrüge verwechselt. Da es die beklagte Partei in ihrer Berufung verabsäumt hat, den Einfluss des behaupteten Verfahrensmangels auf den festgestellten Sachverhalt und damit die Relevanz des Verfahrensmangels aufzuzeigen, hat sie ihre Berufung nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt, sodass es zu einer inhaltlichen Befassung damit durch das Berufungsgericht gar nicht kommen konnte. Diese Reaktion des Berufungsgerichtes kann sohin keinen „*bedeutenden Verfahrensfehler*“ darstellen und damit der beklagten Partei auch keine Revisionsmöglichkeit eröffnen (RIS-Justiz RS0042963; 8 Ob 73/15s).

- 2.1.8 Wenn sich die beklagte Partei letztlich darüber beschwert, dass ihre Verfahrensrüge zumindest bei der Erledigung der Rechtsrüge als „*sekundärer Feststellungsmangel*“ zu behandeln gewesen wäre (Revision, S 26; S 52 [im Rahmen der Beweiserhebung]), verkennt sie, dass Unklarheiten im Zusammenhang mit einer unzureichenden Trennung der Rechtsmittelgründe zu Lasten des Rechtsmittelwerbers gehen (RIS-Justiz RS0041761, RS0041911 [T1]), das Berufungsgericht also nicht verpflichtet war, selbst Umdeutungen in der Rechtsmittelschrift vorzunehmen, vor allem, wenn es sich – wie hier – nicht um einen Bezeichnungsfehler handelt (RIS-Justiz RS0041851): Ob ein primärer Verfahrensmangel oder ein sekundärer Verfahrensmangel vorliegt, hängt nämlich von unterschiedlichen Tatbestandselementen ab. Anzumerken bleibt, dass die Verfahrens- und die Beweiserhebung auch im Rahmen der Rechtsrüge ohne Erfolg geblieben wären, weil es ihnen schon an der Relevanz mangelt.
- 2.1.9 In den folgenden Punkten geht die Stadt Linz darauf ein, warum vor dem Hintergrund der dargestellten Voraussetzungen auch im Detail kein wesentlicher Verfahrensfehler des Berufungsgerichtes in Betracht kommt. Abgesehen davon, dass sich die beklagte Partei weder bei der Ausführung der Gründe für die Zulässigkeit der Revision noch in der Verfahrensrüge auf eine erhebliche Rechtsfrage des Verfahrensrechts noch auf eine krasse Fehlentscheidung im Einzelfall berufen hat, bewegte sich das Berufungsgericht bei der Erledigung der Verfahrensrüge stets im Rahmen jenes Beurteilungsbereiches, der keiner Revision zugänglich ist.

2.2 Zur Ergänzung des Sachverständigengutachtens um weitere Wahrscheinlichkeitsberechnungen, Berufung, S 195 f, Revision, S 26 f [„Punkt 1“ Punkt D.II.1 der Berufung; Punkt C.II.1.3. der Revision]

- 2.2.1 Die beklagte Partei macht geltend, das Berufungsgericht habe sich mit diesem Teil der Verfahrensrüge nicht befasst, die Rüge sei daher unerledigt geblieben. Darin läge ein wesentlicher Verfahrensmangel. Der Vorwurf gegenüber dem Berufungsgericht ist unberechtigt.
- 2.2.2 Der Beweisantrag der beklagten Partei hat darauf abgezielt zu beweisen, dass die von ihr begehrten Wahrscheinlichkeitsberechnungen unter Einbeziehung einer sogenannten positiven Drift zu völlig anderen Verfahrensergebnissen geführt hätten, was wiederum Einfluss auf die aufsichtsbehördliche Genehmigung, aber auch auf den Begriff der Optimierungseignung des Swap 4175 gehabt hätte. Das Erstgericht hat diesem Antrag schon wegen rechtlicher Unerheblichkeit nicht Folge gegeben. Aus der Sicht des Berufungsgerichts war der Beweisantrag der beklagten Partei ebenfalls nicht relevant, weil es aufgrund der getroffenen Feststellungen nicht (mehr) um eine abstrakte Optimierungseignung des Geschäftes vor einem finanzmathematischen Hintergrund ging (für das die Einbeziehung weiterer Wahrscheinlichkeitsberechnungen zumindest theoretisch von Bedeutung sein könnten), sondern um die Deckung des Swap 4175 von der ██████████ erteilten Ermächtigung.
- 2.2.3 Die Stadt Linz ist dieser Verfahrensrüge daher bereits im Berufungsverfahren entgegengetreten und hat inhaltlich insbesondere darauf hingewiesen, dass es das Erstgericht der beklagten Partei, nach expliziter Erörterung des Themas „*Berechnung mit positiver Drift*“ und unter Hinweis auch auf prozessökonomische Erwägungen, ohnehin mehrmals freigestellt hat (zuletzt etwa: Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 22), eigene (ergänzende) Berechnungen anzustellen und diese dem Gericht vorzulegen. Dem ist die beklagte Partei nicht nachgekommen. Sie wollte offenbar ihre fehlende Förderung des Verfahrensfortgangs in der Berufung dem Erstgericht als Verfahrensfehler anlasten.
- 2.2.4 Die Verfahrensrüge geht in Wahrheit in Richtung einer zusätzlichen Feststellung. Damit zeigt die beklagte Partei aber keinen primären Verfahrensmangel auf, worauf das Berufungsgericht zutreffend und mehrfach hinweist. Indem sich das Berufungsgericht mit der prozessordnungsgemäßen Darstellung des Verfahrensmangels befasst und dabei treffend zum Schluss kommt, dem Berufungsvortrag der beklagten Partei ließen sich in Wahrheit keine konkreten Feststellungen entnehmen, die angegriffen würden (vgl. Berufungsurteil, S 9), hat das Berufungsgericht die Verfahrensrüge gehörig erledigt. Die damit erfolgte inhaltliche Beurteilung der Verfahrensrüge durch das Berufungsgericht ist aber nicht revisibel. Nur weil

es die beklagte Partei unterließ, die Verfahrensrüge prozessordnungsgemäß auszuführen und das Berufungsgericht darauf seine Erledigung stützt, liegt darin niemals ein wesentlicher Verfahrensmangel des Berufungsverfahrens oder gar eine fehlende Erledigung oder eine Scheinbegründung.

2.2.5 Der Verfahrensrüge der beklagten Partei stehen auch alle weiteren Einwendungen entgegen, welche die Stadt Linz in der Berufungsbeantwortung erhoben hat; diese werden aufrechterhalten. Darunter befindet sich auch, dass weitere gutachterliche Berechnungen zur Entscheidungsfindung angesichts der umfänglichen Feststellungen des Erstgerichtes nicht mehr notwendig waren, das Verfahren verzögert und nur zu weiteren Kosten geführt hätten.

2.2.6 Die ergänzend begehrten Wahrscheinlichkeitsberechnungen wären in keinem Fall geeignet gewesen, ein anderes Ergebnis herbeizuführen. Ihnen fehlte die Relevanz. Nachdem es nämlich nur darauf ankommt, ob der Gemeinderat mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004, also unter kommunalen Gesichtspunkten, ██████████ ██████████ zum Abschluss des Swap 4175 ermächtigt hat, ist nicht ein irgendwie herbeigerechnetes „Best-Case-Szenario“ (ebenso wenig wie ein „Worst-Case-Szenario“), sondern nur die tatsächliche Struktur und das Risiko des Geschäfts von Bedeutung. Da aber zusätzlich feststeht, dass die beklagte Partei den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 bei Vertragsabschluss nicht einmal gekannt hat, reduziert sich die Frage des Ermächtigungsumfanges auf das Innenverhältnis zwischen dem Gemeinderat und ██████████ ██████████. Für dieses Innenverhältnis sind aber allfällige finanzmathematische Berechnungen zu einem abstrakten Optimierungsbegriff völlig egal.

2.3 Zur Einsichtnahme in das Disziplinarverfahren gegen ██████████ ██████████. Berufung, S 196 ff; Revision, S 27 f [„Punkt 2“ Punkt D.II.2 der Berufung; Punkt C.II.1.4. der Revision]

2.3.1 Auch der Vorwurf, das Berufungsgericht habe die Verfahrensrüge in dieser Richtung nicht erledigt, ist unberechtigt: Zu Recht warf das Berufungsgericht der beklagten Partei vor, dass ihre Rüge nicht erkennen ließ, welche konkrete Feststellung des Erstgerichtes sie überhaupt in Zweifel zieht (Berufungsurteil, S 9: „Nichts davon lässt eine in Zweifel gezogene konkrete Feststellung des Erstgerichtes erkennen. [...] Dies gilt auch zu Punkten 1. bis 3. zum – ohnehin letztlich irrelevanten – Aspekt der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht;“). Damit verfehlte die Verfahrensrüge der beklagten Partei eine ihrer Hauptaufgaben, nämlich, sie muss sich, wenn sie primäre Verfahrensmängel behauptet, gegen eine bestimmte „Feststellungslage“ (also gegen einen bestimmten [festgestellten] Sachverhalt) richten.

2.3.2 Weiters begründete das Berufungsgericht die Verneinung des Verfahrensmangels zu Recht damit, dass ihm jegliche Relevanz gefehlt hat: Bei der Frage, ob der Swap 4175 aufsichtsbehördlich genehmigungspflichtig gewesen ist, handelt es sich um eine Rechtsfrage.

Auf die Einschätzung des – noch dazu rechtunkundigen – ■■■■■ ■■■■■ kommt es in einem solchen Fall ebenso wenig an wie auf die persönliche Einschätzung bestimmter Personen der Stadtverwaltung oder „*der ganzen Stadtverwaltung*“ (Berufungsurteil, S 9). Selbst, wenn ■■■■■ ■■■■■ überzeugt gewesen wäre, dass keine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht bestand, hätte diese – in der Tat unrichtige Beurteilung – unter rechtlichen Gesichtspunkten niemals einen Beitrag zur ursprünglichen oder nachträglichen Genehmigung des Geschäfts durch den Gemeinderat leisten können. Ebenso wenig hätte eine solche Vorstellung des ■■■■■ ■■■■■ bewirkt, dass der Swap, der außerhalb seiner Ermächtigung lag, plötzlich durch den Beschluss des Gemeinderats gedeckt gewesen wäre. Daher konnte das Unterlassen der Aufnahme von Beweisen in dieser Richtung, abgesehen von den sonstigen Gründen, niemals zu einer anderen Entscheidung führen.

2.3.3 Außerdem hatte die beklagte Partei – wie schon das Erstgericht festhielt (Ersturteil, S 109) – ohnehin die Möglichkeit, ■■■■■ ■■■■■ zu den behaupteten Widersprüchen in seiner Aussage am 13. Mai 2019 und am 14. Mai 2019 zu befragen; sie nutzte diese Möglichkeit auch ausgiebig (vgl. insb. Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 6 f, und Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 7 ff). Soweit sie in ihrer Verfahrensrüge versucht hat, die Glaubwürdigkeit von ■■■■■ ■■■■■ zu erschüttern, hätte sie schon im erstinstanzlichen Verfahren und dann auch in der Berufung darlegen müssen, warum ihrem Beweisantrag in Richtung der Aktenbeschaffung im Rahmen der Beweismittelwürdigung überhaupt Bedeutung zugekommen wäre (vgl. RIS-Justiz RW0000244).

2.3.4 Auch die von der beklagten Partei bereits in der Berufung aufgebaute Argumentation einer Analogie zu § 301 ZPO vermochte ihrer Verfahrensrüge nicht zu einem Erfolg zu verhelfen. Gekünstelt versuchte sie, einen (nicht existenten) Unterschied zwischen der Beischaffung einer Urkunde und der Beischaffung eines Aktes (in dem wiederum Urkunden liegen) zu kreieren. Die ZPO kennt als Beweismittel nur die „Urkunde“ iSd §§ 292 ff ZPO, der „Akt“ als eigenständiges Beweismittel ist dagegen der Zivilprozessordnung fremd. Ein „Verfahrensakt“ besteht – von nicht vorgetragenen Ausnahmen in Richtung Augenscheinsgegenstände abgesehen – aus einer Mehrzahl von Urkunden, seine allfällige Beschaffung unterliegt daher denselben Bestimmungen wie jene zur Beschaffung von Urkunden. Das ergibt sich aus dem Gesetz. Nichts anderes erfolgt auch aus den von der beklagten Partei unter den Fußnoten 48 bis 50 zitierten Kommentarstellen. Auch der urkundliche Inhalt ist demgemäß zu beschreiben, weil der Erkundigungsbeweis der Zivilprozessordnung fremd ist (RIS-Justiz RS0039880).

2.4 Zur Einvernahme der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED], Berufung S 199; Revision S 31 f [„Punkt 3“, Punkt D.II.3 der Berufung, Punkt C.II.1.5 der Revision]

2.4.1 Das Berufungsgericht hat auch diese Verfahrensrüge zutreffend abgelehnt. Danach ließe (ebenso wie bei der vorangehenden Verfahrensrüge) „[n]ichts davon [...] eine in Zweifel gezogene konkrete Feststellung des Erstgerichts erkennen [...] sie [zeige] deshalb [eine] beschwerende Feststellung wiederum nicht auf [...]“ (Berufungsurteil, S 9). Zu Recht wurde daher der Verfahrensrüge der beklagten Partei schon mangels prozessordnungsgemäßer Darstellung der Erfolg versagt.

2.4.2 Der Verfahrensrüge fehlte nach der Beurteilung des Berufungsgerichts auch die Relevanz, worauf die Stadt Linz in der Berufungsbeantwortung ebenfalls hingewiesen hat. Wieder geht es um die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht des Swap 4175, bei der es sich ausschließlich um eine Rechtsfrage handelt. Zeugenbeweise dafür sind bedeutungslos (Berufungsurteil, S 9: „Bei alldem handelt es sich teils um bloße Rechtsbehauptungen, teils um bloß vage bleibende Pauschalbehauptungen.“). Damit geht die Stoßrichtung des Antrags der beklagten Partei, durch die Vernehmung dieser Zeugen beweisen zu können, dass der Swap 4175 im Jahr 2007 aufsichtsbehördlich nicht genehmigungspflichtig gewesen ist bzw. dass die Aufsichtsbehörde im Jahr 2007 keine finanzmathematischen Berechnungen angestellt hätte (womit aus Sicht der beklagten Partei offenbar bewiesen wäre, dass es keine Genehmigungspflicht gab) ins Leere.

2.4.3 Ergänzend ist noch daran zu erinnern, dass schon das Erstgericht in der Tagsatzung vom 14. Mai 2019 (Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 18) auf die nicht ersichtliche Relevanz und deren bis dahin nicht geschehene Darlegung hingewiesen hat. Trotzdem kam die beklagte Partei in ihrer Äußerung vom 4. Juni 2019, die in der Berufung und der Revision als Quelle des Beweisantrags genannt wird, der richterlichen Aufforderung nicht nach.

2.5 Zum Thema „Gemeinderatsbeschlüsse als zivilrechtliche Vollmacht“, Berufung, S 199 f, Revision S 33 [„Punkt 4“, Punkt D.II.4. der Berufung, Punkt C.II.1.6.1 der Revision]

2.5.1 Die beklagte Partei hatte die Vernehmung weiterer Zeugen dafür beantragt, dass „[...] das Verständnis des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 als zivilrechtliche Vollmacht der langjährigen Praxis der Stadt Linz entsprochen hat“. Den entsprechenden Beweisantrag dazu hat die beklagte Partei am 4. Juni 2019 gestellt (ON 611, S 32). Er stand im Widerspruch zum damaligen Auftrag des Erstgerichts und ohne ausreichende Darlegung der Relevanz. Er war also auch schon im Verfahren der ersten Instanz nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt. Das Erstgericht hat ihn, wenig überraschend, abgewiesen.

2.5.2 Das Berufungsgericht verwarf zu Recht auch die dagegen gerichtete Verfahrensrüge: Bei ihr habe es sich nur um die Darstellung „[...] [a]llgemeiner rechtlicher Wertungen“ gehandelt und „[...] nichts davon [ließe] eine konkrete Feststellung erkennen, die vom relevierten Verfahrensmangel betroffen wäre“ (Berufungsurteil, S 8). Die Relevanz verneinte das Berufungsgericht damit, dass es im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung ohnehin davon ausginge, ■■■■■ ■■■■■ wäre eine zivilrechtliche Vollmacht erteilt worden. Das Berufungsgericht ist also im Detail und mit ausreichender Begründung auf die Vorwürfe der beklagten Partei eingegangen. Man kann dem Berufungsgericht also keineswegs vorwerfen, es habe die Verfahrensrüge übergangen oder ihre fehlende Rechtsfertigung sei nur zum Schein begründet worden. Wenn sich das Berufungsgericht mit den prozessualen Voraussetzungen der Rüge befasst und den konkreten Mangel – nämlich abermals die fehlende Darstellung der angegriffenen Sachverhaltsgrundlage – benennt, liegt eine ordnungsgemäße und nicht reversible Erledigung vor.

2.6 Zur behaupteten nachträglichen Genehmigung, Berufung, S 200 f; Revision, S 35 ff [„Punkt 5“, Punkt D.II.5. der Berufung, Punkt C.II.1.6.2. der Revision]

2.6.1 Die beklagte Partei wollte „aus Vorsichtsgründen“, dass die Mitglieder des Finanzausschusses darüber vernommen werden, dass sie vom Swap 4175 Kenntnis gehabt haben. Hintergrund war ihr Schriftsatz vom 4. Juni 2019 (ON 611, S 35 f), in dem sie aber lediglich rechtlich argumentiert hatte, dass – für die Zwecke der nachträglichen Genehmigung des Swap 4175 (offenbar ging sie in diesem Zusammenhang davon aus, dass das Geschäft ursprünglich nicht zustande gekommen war) – deren Kenntnis (im Wege einer Art Wissenszurechnung) nachträglich die (tatsächliche?) Genehmigung des bis dahin unwirksamen Geschäftes bewirkt hat. Das Erstgericht hat diesen Antrag schon aus rechtlichen Gründen wegen Fehlens jeglicher Relevanz abgewiesen. Und das zu Recht (vgl. Abschnitt II. Punkt 3.2 und Abschnitt III. Punkt 6.3). Dagegen richtete sich die Verfahrensrüge der beklagten Partei.

2.6.2 Das Berufungsgericht beurteilte diese Verfahrensrüge (speziell die Punkte 4 bis 10) dahingehend, dass es sich „[b]ei alldem [...] teils um bloße Rechtsbehauptungen, teils um bloß vage bleibende Pauschalbehauptungen [handelt]“ (Berufungsurteil, S 9). Die Gesetzmäßigkeit der Verfahrensrüge verneinte das Berufungsgericht – wie schon bei anderen Verfahrensrügen – damit, dass „[...] nichts davon [...] eine konkrete Feststellung erkennen [lässt], die vom relevierten Verfahrensmangel betroffen wäre“ (Berufungsurteil, S 8).

2.6.3 Die Verfahrensrüge war also nicht gesetzmäßig ausgeführt. Unabhängig davon ist tatsächlich das Wissen der Mitglieder des Finanzausschusses für die Rechtsfrage, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen das nicht wirksam zustande gekommene Swap-Geschäft nachträglich genehmigt worden ist, ohne jede Bedeutung. Letztlich liegen alle

Protokolle der Sitzungen des Finanzausschusses ebenso vor wie die Debt-Management-Berichte. Daraus ist nachvollziehbar, was die Mitglieder des Finanzausschusses tatsächlich wussten. Tatsache ist, dass dieses Wissen jedenfalls die Kernelemente des Swap 4175, seine Struktur und sein Risiko nicht umfasst haben (Abschnitt I. Punkt 2.2.3 f).

2.7 Zur Behauptung, die Stadt Linz hätte Risiko übernehmen wollen, Berufung S 201 f; Revision, S 37 f [„Punkt 6“, Punkt D.II.6. der Berufung, Punkt C.II.1.6.3. der Revision]

- 2.7.1 Die beklagte Partei hatte im Verfahren vor dem Erstgericht die Einvernahme einer Vielzahl von Personen zum Beweis dafür beantragt, *„dass Stadt Linz zur Reduktion der Zinslast ihres Fremdfinanzierungsportfolios bereit gewesen sei, ein Risiko zu übernehmen und dass entsprechendes Risikobewusstsein vorhanden war“*. Hätte das Erstgericht diese Zeugen vernommen, so wäre als Beweisergebnis zu erwarten gewesen, *„dass die Stadt Linz laufend bereit war, ein entsprechendes Risiko zu übernehmen“*. Das Beweisergebnis wäre relevant für die Interpretation des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004.
- 2.7.2 Das Berufungsgericht hat der Verfahrensrüge nicht Folge gegeben. Begründend führte es aus, der Rüge habe die gehörige Darstellung der konkreten Sachverhaltsgrundlage, die vom relevierten Verfahrensmangel betroffen sein sollte, gefehlt. Das war der Fall und in der Tat handelt es sich dabei um eine prozessuale Voraussetzung, deren Erfüllung die beklagte Partei nicht beweisen konnte. Mit der Behauptung, es läge ein primärer Verfahrensmangel vor, richtet sich nämlich die Berufung gegen die „Feststellungslage“. Dass eine Verfahrensrüge dies voraussetzt, hat das Berufungsgericht bereits eingangs hervorgehoben (Berufungsurteil, S 7). Mit den Ausführungen des Berufungsgerichtes erfolgte eine ausreichend begründete Erledigung, sodass die der Verfahrensrüge der beklagten Partei wiederum ins Leere gehen muss.
- 2.7.3 Unabhängig davon fehlt dem von der beklagten Partei angestrebten Beweisergebnis die rechtliche Relevanz: Steht doch – unbekämpfbar – fest, dass die beklagte Partei den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 bei Vertragsabschluss nicht gehabt hat. Damit kommt es aber auf die von der beklagten Partei als Grund für die Beweisaufnahme genannte (objektive) Beschlussauslegung nicht mehr an. Dass der Amtsbericht und die Diskussion im Gemeinderat ausschließliches Kriterium zur Auslegung der Ermächtigung des ██████████ ██████████ sind, ergibt sich konsequenter Weise aus dem Umstand, dass bloß von einer Innenvollmacht auszugehen war.
- 2.7.4 Darüber hinaus war der Beweisantrag der beklagten Partei fehlerbehaftet: Sie hatte, was den Beweisantrag angeht, im Verfahren erster Instanz auf ihren Schriftsatz vom 4. Juni 2019 (ON 611) verwiesen. Der verweist aber nur weiter auf die Äußerung vom 18. Mai 2017

(ON 465). Auch dort wird das Beweisthema (ebenso wie in der Berufung, S 36 und der Revision, S 37) nur mit einem Schlagwort umschrieben. Welche Tatsachen die beklagte Partei tatsächlich mit den beantragten Zeugen beweisen wollte, wird nicht näher dargelegt. Selbst, wenn bei den zum Beweis beantragten Personen ein Risikobewusstsein in der von der beklagten Partei gewünschten Richtung (tatsächlich ging die Sorge, wie der Amtsbericht und die Diskussion im Gemeinderat nahelegen, in die andere Richtung) gegeben gewesen wäre, wäre daraus in der Folge weder ein Abschlusswille des Gemeinderates (der das Geschäft ja gar nicht kannte) noch eine Kenntnis von dessen Struktur und Risiko abzuleiten. Noch weniger folgt daraus der Wille zu einer nachträglichen Genehmigung.

2.8 Zur ergänzenden Einvernahme von ■■■■■■■■■■, Berufung, S 202 f; Revision S 38 f [„Punkt 7“, Punkt D.II.7. der Berufung, Punkt C.II.1.6.4. der Revision]

2.8.1 Die beklagte Partei hatte im Verfahren erster Instanz die ergänzende Einvernahme der Zeugin ■■■■■■■■■■ zum Beweis dafür beantragt, „*dass die Stadt Linz, vertreten durch ■■■■■■■■■■, vor und im Abschlusszeitpunkt über die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt habe, das Geschäft abzuschließen*“. Das Wissen des ■■■■■■■■■■ sei „*insbesondere relevant*“, weil dieses Wissen rechtlich dem Gemeinderat zuzurechnen sei. Sein Wissen um die Struktur und das Risiko des Swap 4175 wäre rechtlich auch bedeutsam dafür, dass der Swap nachträglich genehmigt wurde. Dazu musste die beklagte Partei aber selbst einräumen, dass es für das wirksame Zustandekommen des Swap-Geschäftes vor allem auf die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses und gar nicht auf das Wissen des ■■■■■■■■■■ ankommt (Revision, S 39).

2.8.2 Das Berufungsgericht verwarf auch diese Verfahrensrüge. Als Grund führt das Gericht aus, dass es die beklagte Partei verabsäumt hat, konkret jene Feststellungen zu nennen, die beim Erfolg der Verfahrensrüge ersetzt worden wären (Berufungsurteil, S 8). Damit war die Verfahrensrüge nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt. Das Berufungsgericht hat sich zu Recht schon aus diesem Grund inhaltlich nicht mehr weiter mit dem Rechtsmittel befassen müssen. Im Übrigen unterliegen im Berufungsverfahren verneinte erstinstanzliche Verfahrensmängel keiner Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof (RIS-Justiz RS0030748).

2.8.3 Überdies fehlt der Rüge jegliche rechtliche Relevanz: Unabhängig davon, ob ■■■■■■■■■■ die Struktur und das Risiko des Swap 4175 erkannt hat, was nicht der Fall war, kam es für den wirksamen Abschluss des Swap-Geschäftes nur darauf an, ob es von der „Vollmacht“ des ■■■■■■■■■■ gedeckt war. Das wirksame Zustandekommen des Swap 4175 ist aber schon daran gescheitert ist, dass sich der Gemeinderat keinen eigenen Willen zum Abschluss des Vertrages gebildet hatte. Außerdem besaß ■■■■■■■■■■ nach den Ergebnissen des

Verfahrens vor allem deshalb, weil eine bloße Innenvollmacht anzunehmen war, die das Geschäft nicht deckte, keine Vertretungsbefugnis. Da ██████ selbst das Geschäft auch nicht nachträglich genehmigen konnte (zuständig dafür war ausschließlich der Gemeinderat [Abschnitt II. Punkt 3.2 und Abschnitt III. Punkt 6.3]), ist sein Wissen und sind seine Kenntnisse für eine solche nachträgliche Genehmigung des Swap 4175 egal. Im Übrigen hat die beklagte Partei in ihrer Verfahrensrüge nicht einmal behauptet, dass das Unterlassen der ergänzenden Einvernahme abstrakt geeignet war, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern (RIS-Justiz RS0043049).

2.8.4 Ferner erschließt sich nicht, warum sich an der Aussage von ██████, die bereits unter Wahrheitspflicht ausgesagt hatte, deshalb etwas ändern sollte, weil das Erstgericht ursprünglich eine andere Rechtsmeinung vertrat. Die wahrheitsgetreue Wiedergabe des Vorgefallenen durch den Zeugen ist völlig unabhängig davon, ob das Gericht seine Rechtsansicht schon während des Verfahrens kundtut oder nicht.

2.8.5 Überdies hatte die beklagte Partei bereits am 30. September 2013 in einer 9-stündigen Tagsatzung, die nur der Einvernahme der ██████ gedient hat, die Gelegenheit, sie zu befragen (vgl Protokoll vom 30. September 2013, ON 110). Die beklagte Partei lässt auch völlig offen, welche neuen Erkenntnisse sie sich auf Tatsachenebene von einer ergänzenden Befragung erwartet. Dass die Aussage der ██████ damals – wegen der anderen Rechtsmeinung des Erstgerichtes (?) – unvollständig bleiben musste, behauptete nicht einmal die beklagte Partei. Die Mängelrüge war daher schon im Berufungsverfahren nicht gesetzmäßig ausgeführt (vgl *Klauser/Kodek*, JN – ZPO¹⁸ § 496 ZPO E13 mwN).

2.8.6 Dem Erstgericht ist außerdem Recht zu geben, dass der Beweisantrag bereits im Licht des § 344 Abs 1 ZPO unzureichend und unschlüssig war: Die beklagte Partei hat sich auf keinen der in § 344 Abs 1 ZPO vorgesehenen Gründe für eine Wiederholung der Zeugeneinvernahme gestützt. Bereits einvernommene Zeugen sind nicht ohne hinreichenden Grund nochmals zu laden, nur um ihnen die Möglichkeit zu geben, ihre Aussage zu konkretisieren oder zu revidieren (LGZ Wien, 43 R 602/03b, EFSlg 105.948). Es besteht keine Verpflichtung des Gerichts, bereits vernommene Personen neuerlich zu hören, auch wenn danach die Befragung weiterer Zeugen zusätzliche Erkenntnisse gebracht hat (so z. B. in LG Graz, 17.9.1999, MietSlg 51.710). Umso weniger kann eine Änderung in der rechtlichen Einschätzung eine neue Einvernahme rechtfertigen.

2.9 Zur Behauptung, die Stadt Linz hätte über ein „taugliches Risikomanagement“ verfügt, Berufung, S 203 f; Revision S 40 f [„Punkt 8“, Punkt D.II.8. der Berufung, Punkt C.II.1.6.5. der Revision]

- 2.9.1 Die beklagten Partei macht geltend, ein Verfahrensfehler liege vor, weil das Erstgericht ihrem Antrag auf Einvernahme der Zeugen Mayr, █████, █████, █████, █████, █████, █████, █████, █████, █████, █████, █████, █████, █████, █████, █████ (verstorben), █████, █████, █████, █████, █████, █████, █████ (verstorben), █████, █████, █████, █████, █████ und █████ nicht gefolgt sei. Durch deren Aussagen hätte sie beweisen können, dass die Stadt Linz über ein taugliches Risikomanagement verfügte.
- 2.9.2 Worin ein solches Risikomanagement eigentlich bestanden haben soll, hat sie im gesamten erstinstanzlichen Verfahren nicht gesagt. Ganz im Gegenteil, noch in der Äußerung zum Zwischenantrag vom 5. Juni 2019 (ON 610) meinte sie lediglich, sie habe vom Bestehen eines Risikoleitfadens bei Abschluss des Swap-Geschäftes ausgehen können. Das ist etwas anderes als das tatsächliche Vorhandensein eines Risikoleitfadens.
- 2.9.3 Die Gerichtsgutachter sahen es zur Risikobeherrschung jedenfalls als unumgänglich an, vor Abschluss solcher Derivatgeschäfte, wie dem Swap 4175, einen Risikoleitfaden zu erstellen und gegebenenfalls mit der Bank abzustimmen (Gerichtsgutachten, S 54). Nachdem die beklagte Partei aber das Bestehen eines derartigen Risikoleitfadens im erstinstanzlichen Verfahren weder behauptet noch beschrieben hat, präsentierte sich schon der erstinstanzliche Beweis Antrag als reiner „Erkundungsbeweis“. Der Beweis war also bereits in erster Instanz nicht aufzunehmen. Die vom Erstgericht unterlassene Beweisaufnahme konnte deshalb auch keinen Verfahrensmangel bedeuten. Richtigerweise mangelte es der Verfahrensrüge der beklagten Partei daher nicht nur an der prozessordnungsgemäßen Darstellung, sondern bereits am notwendigen Vortrag im erstinstanzlichen Verfahren, worauf das Berufungsgericht aber nicht weiter inhaltlich eingehen musste.
- 2.9.4 Von rechtlicher Relevanz wäre darüber hinaus eine Beweisaufnahme zum tatsächlichen Risikomanagement nur dann, wenn es nach der Entscheidung des Berufungsgerichtes noch darauf ankäme, ob ein Dritter aus der Textierung des Gemeinderatsbeschlusses schließen konnte, dass der Swap 4175 darin gedeckt war. Das scheidet aber aus mehreren Gründen aus: Zum einen ist es nach der Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes völlig irrelevant, ob das Swap-Geschäft einem objektiven (gegebenenfalls finanzmathematischen) Begriff der Optimierung entsprochen hat oder nicht. Da es sich bei der Ermächtigung des █████ █████ um eine reine Innenvollmacht gehandelt hat und es damit nur auf die Sicht des Gemeinderats und gegebenenfalls des █████ █████ ankommt, war das Geschäft keinesfalls von der Ermächtigung umfasst. Auch die Frage der Beherrschbarkeit des Geschäftes, worauf das Erstgericht besonderen Wert gelegt hat, hängt nicht davon ab, ob und welches Risikomanagement █████ █████ tatsächlich hatte.

2.9.5 Das Berufungsgericht gab deshalb der Verfahrensrüge auch nicht statt. Ihr habe sich, so das Gericht, schon vom Inhalt her keine (Tatsachen-)Feststellung entnehmen lassen, die vom Ergebnis der beantragten Beweisaufnahme hätte betroffen sein können. Es blieb im Dunkeln, worin ein „*taugliches Risikomanagement*“ überhaupt bestanden hätte, da schon der von der beklagten Partei verwendete Begriff „*taugliches Risikomanagement*“ in hohem Maße auslegungsbedürftig und für sich gesehen äußerst unkonkret sei. Geschweige denn, sei erkennbar, gegen welche erstgerichtlichen Feststellungen sich die beklagte Partei mit der Behauptung, die Einvernahme der Zeugen hätte ein „*taugliches Risikomanagement*“ erwiesen, eigentlich wendet.

2.10 Zu den übrigen Personalbeweisen, Berufung Seite 204, Revision Seite 42 [„Punkt 9“, Punkt D.II.9. der Berufung, Punkt C.II.1.6.6. der Revision]

2.10.1 Die beklagte Partei rügt unter Punkt 9 („*Übrige Personalbeweisangebote*“) nur generell, ihren noch offenen Beweisanträgen auf Vernehmung weiterer Zeugen sei nicht entsprochen worden. Um welche Beweisanträge es sich dabei tatsächlich handelt, war weder aus der Berufung noch aus der Revision zu erkennen. Die Verfahrensrüge war damit nicht prozessordnungskonform ausgeführt. So fehlte ihr eine schlüssige Darstellung, gegen welche Feststellungen sich die beklagte Partei damit überhaupt wendet, weiter mangelt es aber auch an jeglicher Darstellung des angeblichen Mangels. Aus der Art der Formulierung der Rüge kann man nur vermuten, dass ihr die beklagte Partei eine eigenständige Bedeutung gar nicht zugemessen hat.

2.10.2 Das Berufungsgericht hat sich aber dennoch mit dieser Rüge auseinandergesetzt und sie mit der Begründung verworfen, „*nichts davon lasse eine konkrete Feststellung erkennen, die vom relevierten Verfahrensmangel betroffen wäre*“. Das Berufungsgericht hat sich also trotz der offensichtlich fehlenden Eignung dieses Berufungsgrundes also dennoch damit auseinandergesetzt, sodass der Vorwurf, es hätte sich mit Hilfe einer Scheinbegründung der inhaltlichen Auseinandersetzung entzogen, unberechtigt ist.

2.11 Zu den Editionsanträgen, Berufung S 204 ff, Revision S42 ff [„Punkte 10.1 bis 10.4.“, Punkt D.II.10. der Berufung, Punkt C.II.1.7. der Revision]

2.11.1 Grundsätzliches zur Erledigung der Editionsanträge

2.11.1.1 Die beklagte Partei hat in der Berufung als Verfahrensfehler geltend gemacht, dass das Erstgericht verschiedene Editionsanträge der beklagten Partei nicht erledigt habe. Das Berufungsgericht verneinte die Berechtigung damit, dass diesen in erster Linie rechtliche Hypothesen der beklagten Partei zugrunde gelegen wären (etwa: das Wissen diverser

Ausschüsse kraft „Wissensstellvertretung“). Es ist offensichtlich, dass die beklagte Partei damit keine Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes angegriffen hatte. Zur sonstigen Verfahrensrüge (Punkte 10.2 bis 10.4), auf die das Berufungsgericht ebenfalls eingegangen war (Berufungsurteil, S 9), wird weiter unten Stellung genommen.

- 2.11.1.2 Zu Recht wirft das Berufungsgericht der beklagten Partei vor, dass es sich bei der Verfahrensrüge tatsächlich *„teils um bloße Rechtsbehauptungen, teils um bloß vage bleibende pauschale Behauptungen“* gehandelt habe und *„[n]ichts davon [...] eine in Zweifel gezogene konkrete Feststellung des Erstgerichts erkennen“* ließe. Da der Mangel der nicht gehörigen Darstellung der angegriffenen Feststellungslage sämtlichen Vorlagenanträgen anhaftete, traf die Begründung des Berufungsgerichts auf die Punkte 10.1 bis 10.4 gleichermaßen zu. Das Berufungsgericht hat sich deshalb – entgegen der nunmehrigen Verfahrensrüge der beklagten Partei – mit ihrem Vorbringen inhaltlich auseinandergesetzt, diesem aber mangels prozessordnungsgemäßer Darstellung und fehlender Relevanz den Erfolg versagt. Es liegt damit, zumindest gemessen am Prüfungsmaßstab für die Revision, eine nicht mehr bekämpfbare Entscheidung vor.
- 2.11.1.3 Die gegen das Ersturteil gerichtete Verfahrensrüge der beklagten Partei wäre aber auch aus weiteren Gründen nicht erfolgreich gewesen: Bereits das Erstgericht hatte darauf hingewiesen, dass das Verfahren um den Zwischenantrag der Stadt Linz nur einen eingeschränkten Verhandlungsgegenstand zum Inhalt hat. Die Editionsanträge hätten sich also auf den Verfahrensgegenstand beziehen müssen, um überhaupt relevant zu sein. Dass hatte die beklagte Partei zumindest zu bescheinigen. Diese hat aber weder in ihrer Äußerung zum Zwischenantrag vom 5. Juni 2019 (ON 610) noch im (ursprünglichen) Vorlageantrag (Schriftsatz vom 6. Juni 2017, ON 472), noch in der Tagsatzung vom 7. Jänner 2020 (ON 633) die Relevanz der Urkunden, für den eingeschränkten Verhandlungsgegenstand dargelegt. Demnach konnte in erster Instanz gar kein Gerichtsfehler vorliegen.
- 2.11.1.4 Überdies ist die beklagte Partei auch ihrer Rügepflicht nach § 196 ZPO nicht gehörig nachgekommen war: Die Rügepflicht dient der Steigerung der Effizienz des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens. Sie soll das Gericht zur unmittelbaren oder doch ehestmöglichen Behebung vermeidbar gewesener Verfahrensmängel veranlassen (*Höllwerth in Fasching/Konecny*³ II/3 § 196 ZPO Rz 3 mwN) und teilt diesen Zweck mit den §§ 303 ff ZPO: Auch die Bestimmungen zur Urkundenvorlage sind vom Gedanken einer „raschen und energischen Realisierung“ der Vorlagepflicht und damit des Prozesses getragen (*Kodek in Fasching/Konecny*³ III/1 § 303 ZPO Rz 9 mwN).
- 2.11.1.5 Das Erstgericht hat in der Tagsatzung vom 30. Oktober 2017 die Vorlageanträge mit den Parteien erörtert und erklärt, die Anträge vorerst nicht zu behandeln, sondern sich die

Entscheidung darüber so lange vorzubehalten, bis deren Relevanz für das Prozessprogramm gegeben sei (Protokoll vom 30. Oktober 2017, ON 518). Der Verhandlungsgegenstand war zu diesem Zeitpunkt zwar nicht beschlussmäßig eingeschränkt worden, das Erstgericht hatte sich aber schon damals auf die Frage der Gültigkeit des Geschäftes konzentriert. Das sind auch die Themen des Zwischenantrags. Damit konnte das Erstgericht bei seiner Rechtsmeinung bleiben, dass die Relevanz der Urkunden speziell für den eingeschränkten Verhandlungsgegenstand allein auf der Grundlage des Schriftsatzes vom 6. Juni 2017 (ON 472) nicht bescheinigt war. Der beklagten Partei war also seit der Tagsatzung vom 30. Oktober 2017 bekannt, dass das Erstgericht über diese Anträge bis nach der Erledigung des Beweisthemas („Gültigkeit des Swap 4175“) nicht entscheiden würde, außer die beklagte Partei würde ihre Anträge in Richtung der tatsächlichen Relevanz für den eingeschränkten Verhandlungsgegenstand noch konkretisieren, was sie nicht tat. Die beklagte Partei hat das vom Erstgericht angekündigte weitere Vorgehen nicht gerügt, sie ließ sich vielmehr in die Verhandlung weiter ein (Protokoll vom 30. Oktober 2017, ON 518, S 8). Die Rüge wäre aber nach der Erörterung durch das Erstgericht zu erheben gewesen, um den vermeintlichen Verfahrensmangel in der Berufung noch aufgreifen zu können (zur Einlassung ohne Rüge vgl RIS-Justiz RI0000174).

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

2.11.2 Vorberichte zu den Rechnungsabschlüssen, Kontrollamtsberichte [Punkt 10.1.]

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

- 2.11.2.2 Die Urkunden waren aber nicht einmal abstrakt geeignet, die von der beklagten Partei behauptete nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes durch den Gemeinderat zu beweisen. Das ergibt sich bereits aus dem behaupteten Inhalt und dem Gegenstand dieser Urkunden. Sie eignen sich auch ihrer Natur nach nicht dazu, eine Genehmigung des Gemeinderats zu enthalten oder zu dokumentieren, noch können sie schon vom Zeitpunkt ihrer Erstellung her den Nachweis liefern, der Gemeinderat habe das Geschäft beschlossen oder nachträglich genehmigt (darauf wurde auch in der Stellungnahme, ON 92, hingewiesen; weiters dazu Abschnitt II. Punkt 3.6 und Abschnitt III. Punkt 6.3).
- 2.11.2.3 Das Berufungsgericht hat deshalb auch gemeint, dass die Verfahrensrüge in erster Linie Rechtsausführungen zum Gegenstand hat, wogegen sich – wie zur prozessordnungsgemäßen Ausführung nötig – aus ihr nicht ergibt, welche Feststellungen des Ersturteils damit eigentlich angegriffen werden. Ob eine nachträgliche Genehmigung des Gemeinderates vorliegt oder nicht, ist eine Rechtsfrage, genauso wie die Frage allfälliger Wissenszurechnung. Dass in den zur Edition beantragten Urkunden ein entsprechender Beschluss des Gemeinderats enthalten ist, mit dem er das unwirksame Swap-Geschäft nachträglich genehmigt hat, wurde von der beklagten Partei ohnehin weder im Verfahren erster Instanz noch in der Verfahrensrüge behauptet.
- 2.11.3 Prüfbericht und Laufzettel [Punkt 10.2]
- 2.11.3.1 Einen weiteren Verfahrensmangel verortet die beklagte Partei in der Nichtbehandlung ihrer Vorlageanträge zum Prüfbericht des Präsidialamtes sowie des Laufzettels zu den Beschlussgegenständen der Gemeinderatssitzung vom 3. Juni 2004. Gegen welche konkrete Feststellung sich die beklagte Partei damit wendet, führte sie nicht aus, was das Berufungsgericht zur Feststellung veranlasste, dass es damit auch an der prozessordnungsgemäßen Ausführung des Rechtsmittels mangle.
- 2.11.3.2 Wie in Abschnitt III. Punkt 2. und Punkt 6.3 ausgeführt, lag es am Gemeinderat der Stadt Linz, sich entweder schon bei Abschluss des Swap 4175 seinen Willen zu bilden, oder das ohne seine vorherige Willensbildung abgeschlossene Geschäft nachträglich zu genehmigen. Auch hat das Berufungsgericht festgestellt, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004, beurteilt man ihn als zivilrechtliche Vollmacht, den Abschluss des Swap 4175 durch ██████ nicht gedeckt hat.
- 2.11.3.3 Was der Gemeinderat am 3. Juni 2004 zuerst erörtert und dann beschlossen hat, ergibt sich aus dem Amtsbericht und dem Sitzungsprotokoll. Welches davon abweichende Ergebnis sich aus dem Laufzettel ergeben würde, in dem nur das Stimmverhältnis wiedergegeben wird, lässt die beklagte Partei offen.

- 2.11.3.4 Auch aus der Äußerung der Präsidialabteilung des Magistrats vom 27. Juli 2011 ergibt sich, dass diese sich lediglich um die Einhaltung der formellen Abläufe gekümmert hat, den gesamten Vorgang aber nicht inhaltlich auf eine etwaige Übereinstimmung mit den organisationsrechtlichen Vorschriften geprüft hat (Beilage ./FP). Mangels inhaltlicher Prüfung durch die Präsidialabteilung lässt sich daraus also nicht einmal abstrakt der von der beklagten Partei gewünschte Schluss ziehen, die Organe der Stadt Linz hätten den Beschluss als rechtmängelfrei betrachtet. Außerdem vertrat die Präsidialabteilung die Meinung, [REDACTED] [REDACTED] habe mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004, ähnlich wie die Finanz- und Vermögensverwaltung im Februar 1996, lediglich eine Verhandlungsermächtigung erhalten.
- 2.11.3.5 Bei den zur Vorlage beantragten Urkunden hat es sich überdies nur um interne Geschäftsvorgänge gehandelt, die keine Außenwirkung hatten. Damit kommen sie weder als Beweis eines schlüssigen Verhaltens (auf das die beklagte Partei im Sinn des § 863 ABGB vertraut hat), noch als Nachweis für eine Anscheinsvollmacht oder Anscheinsgenehmigung in Betracht.
- 2.11.4 Aktenvermerke oder Niederschriften gemäß § 27 Abs 2 GEOM über den Abschluss des Rahmenvertrags von 26.09.2006 aus dem Verwaltungsakt zu GZ 901 [Punkt 10.3.]
- 2.11.4.1 Beim erstinstanzlichen Vorlageantrag der beklagten Partei handelt es sich um einen unzulässigen Erkundungsbeweis, der schon ursprünglich nicht ausreichend bestimmt war, da ihm nicht einmal entnommen werden konnte, worin etwa die behaupteten „Risikoanalysen“ und sonstige Unterlagen bestanden haben sollen, die sich angeblich in den Aktenvermerken befinden. Das wurde vom Erstgericht in der Tagsatzung vom 30. Oktober 2017 (ON 518) auch erörtert, die beklagte Partei hat aber auch in der Folge eine Verbesserung ihres Antrags unterlassen. Diese grundlegende Unbestimmtheit setzte sich zwangsläufig auch in den Behauptungen zur Verfahrensrüge fort, in welcher die beklagte Partei die „Relevanz“ der beantragten Unterlagen unter Verweis auf die behauptete Einbindung des Bürgermeisters in den Abschluss des Rahmenvertrages ohne Substrat umschreibt („*die weiteren Unterlagen, die in dem Verwaltungsakt GZ 901 liegen, würde dies ebenfalls beweisen*“, Berufung S. S 206 unten und inhaltsgleich Revision, S 47).
- 2.11.4.2 Nachdem schon der Antrag nicht gesetzmäßig gestellt war, konnte in dessen Nichtbeachtung auch kein Gerichtsfehler liegen und somit auch kein wesentlicher Verfahrensmangel vorliegen. Die Urkunden, deren Existenz die beklagte Partei behauptet (und die ohne Zweifel auch nicht gemeinschaftlich wären), können obendrein schon abstrakt keine Bedeutung für die Lösung der Rechtsfrage haben, weil es dafür nicht auf den Wissenstand von [REDACTED] [REDACTED] ankommt, von dem angeblich die Urkunden stammen sollen. Ebenso wenig ist der

Wissenstand des damaligen Bürgermeisters und seines Finanzstadtrates relevant. Darüber hinaus fehlt jedes Indiz dafür, dass es die von der beklagten Partei behaupteten Urkunden tatsächlich gibt. Nachdem es ein umfangreiches Strafverfahren gab, in dessen Rahmen alle verfügbaren Daten sichergestellt wurden, ist es nicht sehr plausibel, dass es daneben noch andere Urkunden gab, die die Behauptungen der beklagten Partei stützen könnten (auf diesen Umstand hat die Stadt Linz in ihrer Äußerung vom 7. Juli 2017, ON 492, ausdrücklich hingewiesen).

2.11.4.3 Somit war der nicht prozessordnungsgemäß ausgeführten Verfahrensrüge auch aus sonstigen Gründen der Erfolg verstellt.

2.11.5 Restrukturierungs- und Ausstiegsangebote [Punkt 10.4]

2.11.5.1 Auch diesem Punkt der Verfahrensrüge waren keine konkret angegriffenen Feststellungen zu entnehmen, worauf das Berufungsgericht hinweist. Damit war die Verfahrensrüge einer weiteren Behandlung nicht zugänglich.

2.11.5.2 Darüber hinaus hat schon der ursprüngliche Vorlageantrag (ON 470, S 9 f) gegen das Bestimmtheitsgebot verstoßen, da die beklagte Partei nicht darlegen konnte, ob und in welchem Umfang die Risikostruktur des Swap 4175, die dahinterstehende Konstruktion und welche möglichen Alternativen dabei besprochen worden sein sollen. Dass es überhaupt Angebote zur Restrukturierung gegeben hat, konnte nicht festgestellt werden; solche Angebote hat ██████ ██████ bestritten, bei der Stadt Linz sind sie auch nicht aktenkundig. Sie waren also einem Herausgabeantrag nicht zugänglich. Somit konnte die fehlende Stattgabe durch das Erstgericht keinen Verfahrensmangel darstellen.

2.12 Zum Verweis auf das "Gesamtergebnis" der Gerichtsgutachten, Berufung, S 208 [„Punkt 11“, Punkt D.II.11. der Berufung, Punkt C.II.1.8 der Revision]

2.12.1 Die beklagte Partei hatte dem Erstgericht vorgeworfen, es habe sich mit Bezug auf die Ergebnisse der Gerichtsgutachten auf Seite 39 der Urteilsausfertigung damit begnügt, „[...] auf ein Gesamtergebnis der Sachverständigengutachten“ zu verweisen. Dabei habe es sich in Wirklichkeit um eine Scheinbegründung gehandelt. Relevant sei die Rüge deshalb, weil das Erstgericht die fehlende Optimierungseignung des Swap 4175 mit seiner angeblichen Unbeherrschbarkeit begründet hat.

2.12.2 Das Berufungsgericht hat der Verfahrensrüge berechtigterweise nicht Folge gegeben. Begründend führte das Berufungsgericht aus, dass die beklagte Partei schon allein mit dem Hinweis auf „das Gesamtergebnis der Sachverständigengutachten“ keineswegs deutlich

made, gegen welche sie beschwerende fehlerhafte Feststellung sich dieser Angriff richtet. Rügt der Berufungswerber einen primären Verfahrensmangel, so muss er erklären, inwieweit dieser (überhaupt) Einfluss auf die tatsächlichen Feststellungen des Gerichtes hat. Aus dem Vorbringen der beklagten Partei erkennt man aber zum Ersten schon nicht, welche Tatsachenfeststellungen sie überhaupt angreift. Weiters bleibt sie auch eine Erklärung schuldig, inwieweit die Begründung des Erstgerichts überhaupt einen Einfluss auf die Tatsachenfeststellungen hat. Beim Verweis des Erstgerichts handelt es sich nämlich um keine Tatsachenfeststellung, die, für sich gesehen, einen eigenen Feststellungswert hätte. Letztlich fehlt auch schon die Behauptung der beklagten Partei, warum dieser angebliche Fehler des Erstgerichts geeignet gewesen sein soll, eine erschöpfende und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern. Damit war auch diese Rüge nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt, und das Berufungsgericht musste inhaltlich nicht mehr auf diesen Teil der Berufung eingehen.

- 2.12.3 Schließlich hatte es sich auch keineswegs um eine Scheinbegründung gehandelt. Die beklagte Partei hat offenbar die Seite 48 des Ersturteils übersehen, auf der sich das Erstgericht ausführlich mit den Gerichtsgutachten, den Berechnungsergebnissen und den daraus zu ziehenden Schlüssen befasst hat.
- 2.12.4 Was die rechtliche Relevanz angeht, so ist darauf zu verweisen, dass die beklagte Partei nach den Feststellungen der Instanzgerichte den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 bei Vertragsabschluss nicht gehabt hat. Damit kommt es aber auf die von der beklagten Partei als Grund für die Beweisaufnahme genannte (objektive) Beschlussauslegung nicht mehr an. Dass der Amtsbericht und die Diskussion im Gemeinderat ausschließliches Kriterium zur Auslegung der Ermächtigung des ██████████ ██████████ sind, ergibt sich konsequenter Weise aus der Tatsache bloß einer Innenvollmacht.
- 2.12.5 Die Entscheidung des Berufungsgerichts, in der Begründung des Erstgerichts keine Scheinbegründung erkennen zu können, ist daher auch inhaltlich fehlerfrei.

3. Zur behaupteten Nichterledigung der Beweisrügen

3.1 Einleitende Bemerkungen

- 3.1.1 Dem Berufungsgericht ist auch bei der Behandlung der Beweisrügen kein Fehler unterlaufen: Der Oberste Gerichtshof ist keine Tatsacheninstanz, im Rahmen der Revision kann also die Beweiswürdigung der Instanzgerichte nicht bekämpft werden (RIS-Justiz RS0042903 [T5, T7]; 3 Ob 270/01d). Selbst eine mangelhafte und unzureichende Beweiswürdigung durch die

Vorinstanzen könnte die beklagte Partei in der Revision nicht mehr geltend machen (1 Ob 205/02g).

- 3.1.2 Nur wenn sich das Berufungsgericht mit der Beweistrüge überhaupt nicht befasst hat, kann das Berufungsverfahren mangelhaft sein (RIS-Justiz RS0043371). Folglich ist ein Berufungsverfahren schon dann mangelfrei, wenn sich das Berufungsgericht mit der Beweistrüge tatsächlich ernsthaft und nicht nur zum Schein befasst hat, wenn es also die Berechtigung der Tatsachenrüge und der Beweiswürdigung des Erstgerichts überprüft, nachvollziehbare Überlegungen zur Beweiswürdigung angestellt und diese Überlegungen in seinem Urteil festgehalten hat (RIS-Justiz RS0043150). Es ist auch nicht notwendig, sich mit jedem einzelnen Beweisergebnis und jedem Argument des Berufungswerbers auseinanderzusetzen (10 ObS 228/91 u. a.).
- 3.1.3 Wirft der Revisionswerber dem Berufungsgericht danach einen Verfahrensfehler wegen Nichtbehandlung der Beweistrüge vor, so muss der Oberste Gerichtshof demgemäß auch nicht überprüfen, ob eine vom Berufungsgericht gezogene Schlussfolgerung richtig oder fehlerhaft war (7 Ob 112/04b). Auch die Übernahme erstgerichtlicher Feststellungen, die durch eine ohne Verstoß gegen die Denkgesetze erfolgten Beweiswürdigung erlangt wurden, durch das Berufungsgericht, kann nicht mit Revision bekämpft werden (3 Ob 640/81). In den Bereich der irrevisiblen Beweiswürdigung fällt, ob die auf die Beweistrüge bezogene Begründung des Berufungsgerichtes richtig oder fehlerhaft ist (10 ObS 111/95 u. a.) und ob zur Gewinnung der erforderlichen Feststellungen allenfalls noch weitere Beweise notwendig wären (RIS-Justiz RS0043414). War also das Berufungsgericht der Meinung, bestimmte Feststellungen könnten nicht (mehr) getroffen werden, gehört dies ebenso zur Beweiswürdigung wie die Ansicht, weitere Beweise könnten am festgestellten Sachverhalt nichts ändern, und ist damit der Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof entzogen (3 Ob 518/81).
- 3.1.4 Bezogen auf die Verfahrensrüge der beklagten Partei unter der Begründung, das Berufungsgericht habe sich mit der Beweistrüge gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien nicht (ordnungsgemäß) auseinandergesetzt, lässt sich – ohne auf Details einzugehen – schon vorweg die Aussage treffen, dass sie in den folgenden Fällen schon aus rechtlichen Überlegungen nicht berechtigt ist:
- Nicht revisibel ist die Verwerfung der Beweistrüge durch das Berufungsgericht mit der Begründung, der Inhalt der begehrten Ersatzfeststellung weiche in Wahrheit nicht von den erstgerichtlichen Feststellungen ab (8 Ob 27/13y). Das trifft auf die meisten der von der beklagten Partei begehrten Ersatzfeststellungen zu.

- Revisibel ist eine Tatsachenrüge nur dann, wenn der angebliche Verfahrensfehler des Berufungsgerichts bei der Behandlung der Beweisrüge substantiiert vorgetragen wird. Die beklagte Partei beschränkte sich aber im Allgemeinen damit, zu behaupten, das Berufungsgericht habe lediglich Scheinbegründungen geliefert. Von Scheinbegründungen kann aber dann nicht mehr gesprochen werden, wenn das Berufungsgericht deshalb auf die Berufung nicht mehr eingegangen ist, weil sie nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt war (3 Ob 27/09f).
- Zu durchsichtig und daher zum Scheitern verurteilt ist auch der Versuch der beklagten Partei, im Kleid einer Verfahrensrüge die Tatsachenfeststellungen und die Beweiswürdigung des Erstgerichts gleichsam zu wiederholen. Damit kann sie nicht außer Kraft setzen, dass der Oberste Gerichtshof keine Tatsacheninstanz ist. Bemerkenswert ist aber, dass sie in diesem Zusammenhang dieselben Fehler begeht wie in der Berufung.
- Nun hatte die beklagte Partei in ihrer Berufung (Seiten 138 ff) zwar jeweils aufgelistet, gegen welche (angebliche) Feststellung sich ihre Beweisrüge richtet, sie hat dabei aber wesentliche Umstände außer Acht gelassen, sodass ihre Beweisrüge vor dem Berufungsgericht auch nicht erfolgreich sein konnte. Unter dem Berufungsgrund der fehlerhaften Beweiswürdigung bekämpfbar sind unter anderem nur „echte Tatsachenfeststellungen“. „Ergänzende Tatsachenfeststellungen“ fallen demgegenüber unter den Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Keine Tatsachen im rechtlichen Sinn sind bloße Erwägungen im Rahmen der Beweiswürdigung, die ebenso wenig bekämpfbar sind wie bestimmte Aspekte der Subsumtion.
- Bei jeder bekämpften Feststellung ist außerdem anzugeben, welche andere Feststellung („Ersatzfeststellung“) an ihre Stelle treten soll und aus welchen Beweisergebnisse sich diese Ersatzfeststellung ableitet (RIS-Justiz RS0041835). Dieses Erfordernis ist nur dann erfüllt, wenn aus der Berufung klar ersichtlich ist, durch welche Tatsachen sich der Berufungswerber für beschwert erachtet, infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde, welche Feststellungen er stattdessen begehrt und aufgrund welcher Beweisergebnisse die begehrten Feststellungen getroffen werden können (RIS-Justiz RS0041835 [T4]).
- Die Beweiswürdigung fällt in den Aufgabenbereich des Erstgerichts, das unmittelbar die Beweise aufnimmt. Im Rahmen der Berufung ist also darauf Bedacht zu nehmen, dass das Berufungsgericht bei der Erledigung der Beweisrüge an den Akteninhalt und die Denkgesetze gebunden ist, aber keine Beweiswiederholungen durchführt, es sei denn, es will von den erstinstanzlichen Feststellungen abgehen. Wenn also das Berufungsgericht nach der Beschäftigung mit der Beweisrüge feststellt, sie sei nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt und daher nicht zu behandeln, dann liegt eine

rechtmäßige Erledigung durch das Berufungsgericht vor. Diese darf keinesfalls im Umweg über den Verfahrensmangel zu einer neuerlichen Überprüfung der Beweiswürdigung durch den Obersten Gerichtshof führen (3 Ob 27/09f).

- Eine meritorische Erledigung der Beweisrüge kann auch dann unterbleiben, wenn der vom Erstgericht festgestellte und der davon abweichende vom Rechtsmittelwerber angestrebte Sachverhalt zum gleichen rechtlichen Ergebnis führen würden oder wenn Feststellungen des Erstgerichtes angefochten werden, die für die rechtliche Beurteilung der Sache ohne Bedeutung sind (vgl RIS-Justiz RS0042386; OLG Innsbruck 15.1.2013, 25 Rs 135/12g).

3.1.5 Vor diesem Hintergrund war die Beweisrüge der beklagten Partei nahezu durchgehend nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt, worauf das Berufungsgericht in seiner Begründung hinwies.

3.1.6 Die Ursache dafür dürfte sein, dass die beklagte Partei selbst in der Revision noch einem durchgehenden Fehlverständnis darüber unterliegt, wann die Beweisrüge prozessordnungsgemäß ausgeführt ist. Bezeichnend dafür ist die Rechtfertigung der beklagten Partei, warum sie in ihrer Berufung nahezu durchgehend keine Ersatzfeststellungen begehrt hat, sondern sich mit dem Verlangen nach zusätzlichen Feststellungen begnügte: *„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 der Behandlung der Rechtsfolge aufgegriffen werden könnte. Die dadurch bewirkte Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellungen kann daher nur mit Beweisrüge geltend gemacht werden.“* (Revision, S 52 [Hervorhebung]).

3.1.7 Damit irrt die beklagte Partei: Ein Sachverhalt, der gar nicht festgestellt wurde, begründet auch keine bekämpfbare Feststellung. Vielmehr fehlt in einem solchen Fall eine Feststellung. Fehlende Feststellungen können zwar ebenfalls, allerdings nur unter dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache geltend gemacht werden. Eine Feststellung ist entweder richtig (sie entspricht also den Tatsachen), oder sie ist unrichtig. Dazwischen gibt es nichts. Es kommt naturgemäß auf den Feststellungsinhalt an; ob er deshalb unrichtig ist, weil eine andere Tatsache, die damit in Widerspruch steht, nicht festgestellt wurde und warum das der Fall ist. Solches zeigt die Berufung aber durchgehend nicht auf. Jedes Mal, wenn sich die beklagte Partei also darauf beruft, dass die *„relevanten Tatsachen nicht vollständig wiedergegeben“* würden, macht sie der Sache nach einen sekundären Feststellungsmangel geltend. Das hat allerdings innerhalb der Rechtsrüge zu erfolgen (RIS-Justiz RS0043304).

3.1.8 Das Hilfsargument der beklagten Partei in der Revision, das Berufungsgericht hätte die Beweisrüge zumindest als sekundären Verfahrensmangel behandeln müssen, ist falsch. Der Berufungswerber hat selbst anzugeben, wodurch er sich beschwert erachtet und die Gründe dafür; Zweifel in der Zuordnung gehen zu seinen Lasten. Das ist auch naheliegend: Die Voraussetzungen für die prozessordnungsgemäße Ausführung eines sekundären Feststellungsmangels unterscheiden sich nämlich grundlegend von einem primären Feststellungsmangel. Im ersten Fall ist aufzuzeigen, warum die Rechtsansicht des Erstgerichts unrichtig war, welche für die korrekte rechtliche Beurteilung zusätzlichen Feststellungen notwendig gewesen wären und aus welchen Beweisergebnissen sich diese ableiten ließen bzw. welche Beweise noch zusätzlich aufzunehmen gewesen wären.

3.2 Angefochtene Feststellung „Historischer Wille“ (Ersturteil, S 16), Berufung, S 138 f, Revision, S 53 ff [„Punkt 1“, Punkt C.II.2.3. der Revision])

Das Berufungsgericht behandelte die Rüge auf Seite 10 des Berufungsurteils und führte aus, dass es sich bei der von der beklagten Partei begehrten Ersatzfeststellung in Wahrheit um keine Tatfrage, sondern vielmehr um eine rechtliche Wertung gehandelt habe. Damit ist für das Gericht gar nicht erkennbar, weshalb die vom Erstgericht vorgenommene Tatsachenfeststellung unrichtig sein sollte. Deshalb formulierte die beklagte Partei zwangsläufig in der vermeintlichen Ersatzfeststellung auch einen Sachverhalt, der mit der bekämpften Feststellung nicht in Widerspruch stand. Schon deshalb musste das Berufungsgericht auf diese Tatsachenrüge nicht weiter eingehen (RIS-Justiz RS0041835). Darin liegt keinesfalls ein Verfahrensfehler.

3.3 Angefochtene Feststellung „Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien (Ersturteil, S 24), Berufung, S 140 f, Revision S 56 [„Punkt 2“, Punkt C.II.2.4. der Revision]

Im Zusammenhang mit dem Thema „*Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien*“ verzichtet die beklagte Partei überhaupt auf die ausdrückliche Nennung eines Revisionsgrundes (also nicht einmal in Richtung einer unterlassenen Behandlung oder Scheinbegründung). Ihrem Vorbringen ist nur zu entnehmen, dass das Berufungsgericht ihrer Meinung gefolgt wäre. Darin liegt allerdings nicht einmal abstracto ein relevanter Verfahrensmangel. Anzumerken bleibt bloß, dass das Berufungsgericht in Wahrheit keineswegs den Argumenten der beklagten Partei gefolgt ist, es übernahm vielmehr die erstgerichtlichen Vorstellungen nur insoweit, als es sich nicht um einen auf Tatebene präzisierungsbedürftigen Rechtsbegriff gehandelt hat (etwa beim Wort „*Hausbankstatus*“, vgl. Berufungsurteil, S 31 unten).

3.4 Angefochtene Feststellung „Kenntnisse des █████ █████ zum Swap (Ersturteil, S 24), Berufung, S 141 ff; Revision, S 56 [„Punkt 3“, Punkt C.II.2.5. der Revision]

- 3.4.1 Der beklagten Partei gelingt es nicht, einen revisiblen Feststellungsmangel aufzuzeigen. Zutreffend war nämlich das Berufungsgericht anhand der Ausführungen der beklagten Partei zum Ergebnis gelangt, dass sich die Feststellungen des Erstgerichts und der Inhalt der Ersatzfeststellung, der begehrt wurde, praktisch decken. Das Verlangen der beklagten Partei lief also unabhängig davon auf zusätzliche Feststellungen hinaus („Außerdem erstellte er...“). Sie zeigte also keine Fehler der erstgerichtlichen Feststellungen auf, sodass die Verfahrensrüge nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt war. Das Berufungsgericht hat sich damit befasst und die Rüge inhaltlich in dieser Richtung beurteilt. Darin liegt kein revisibler Verfahrensmangel (3 Ob 27/09f).
- 3.4.2 Soweit die beklagte Partei speziell noch die Ergänzung verlangt, █████ █████ habe vor Abschluss des Swaps selbst ein Excel-Dokument erstellt, in dem die Funktionsweise des Swaps samt sich allenfalls daraus ergebender Zahlungspflichten für die Klägerin korrekt wiedergegeben sei, wurde in der Rüge nicht einmal klar, auf welches konkrete (Excel-) Dokument sich die beklagte Partei dabei überhaupt bezieht. Angeblich handelt es sich dabei um eines aus dem August 2006. Wenn damit die Beilage ./30 gemeint gewesen sein sollte (ein Dokument, in dem █████ █████ verschiedene Vorschläge der Banken zusammengestellt hatte), so sind darin zwar verschiedene Berechnungen ersichtlich, diese konnten aber schon zeitlich keinesfalls den Swap 4175 betroffen haben. Bei dem nächsten Dokument handelt es sich nach den Ausführungen der beklagten Partei in der Berufung um die Beilage ./248.1. Diese wurde aber auch erst nach dem Vertragsabschluss, nämlich erst am 26. Februar 2007, erstellt. Die weiteren von der beklagten Partei im Verfahren vorgelegten Beilagen ./248.2 bis ./248.11 tragen kein Erstellungsdatum, es handelt sind aber offensichtlich dabei um einzelne Blätter zum Excel-File mit dem Dateinamen „Swaps“, welches mit dem Datum „Created 26.2.2007“ (siehe Umrahmung) in Beilage ./248.1 ausgewiesen ist. Bei der Beilage ./98 wiederum, die █████ █████ nach der Meinung der beklagten Partei auch zur Berechnung des Geschäftes vor dessen Abschluss angefertigt haben soll, erkennt man, dass jedenfalls die 2. Seite aus dem Jahr 2010 stammen muss: Am Anfang findet sich nämlich die Überschrift „Offen 14 Halbjahres-Termine bis 15.4.2017“. 14 Halbjahres-Termine fehlten aber erst im Jahr 2010. Außerdem erläuterte █████ █████ in der Verhandlung am 13. Mai 2019 nur Kurse zwischen 1,44 und 1,62 eingegeben zu haben (Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 14).
- 3.4.3 Daraus folgt, dass die von der beklagten Partei verlangten zusätzlichen Feststellungen, sich aus den von ihr genannten Beilagen (insbesondere Beilagen ./248) gerade nicht ableiten lassen. Aus der Art und Weise, wie die Beilage ./248 aufgemacht ist, ist zu vermuten, dass die einzelnen Excel-Felder nicht mit eigenen Funktionen hinterlegt waren, sondern von █████ █████

■■■■ einfach nur Zahlen eingegeben worden sind (darauf weisen auch die Äußerungen von ■■■■ ■■■■ in der Verhandlung am 14. Mai 2019 hin [Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 6]). Von der seitens der beklagten Partei ebenfalls als Beleg herangezogenen Beilage ./30 (aus dem August 2006) kann der Swap 4175 inhaltlich noch gar nicht betroffen sein, sah ■■■■ ■■■■ doch für die Schweizer Frankenleihe als einzige Maßnahme auf Seite 1 einen Fixzins-Swap vor. Auf sie kann also die Behauptung der beklagten Partei, aus ihr würden sich „die Funktionsweise des Swap 4175 samt sich allenfalls daraus ergebender Zahlungspflichten für die Klägerin“ ergeben, nicht zutreffen. Hinsichtlich der Beilage ./98 kann man festhalten, dass sie zwar angeblich (Ausdruck Seite 1 die Datei) am 2. Februar 2007 erstellt worden sein soll, die darin enthaltenen Berechnungen aber offensichtlich ebenfalls aus einer Zeit lange nach dem Abschluss des Swaps stammen müssen. Das ergibt sich nicht nur aus der Seite 2 (wie oben schon ausgeführt), sondern auch aus der Tatsache, dass am 2. Februar 2007 ein Fixzinssatz von 0,065 % noch gar nicht bekannt war. Somit lässt sich gar nicht feststellen, welchen Inhalt die Datei Beilage ./98 bei Abschluss des Swap 4175 tatsächlich hatte. Vielmehr ist es aus den genannten Gründen naheliegend, dass dieses Dokument erst später, und zwar (siehe Seite 2 der Beilage ./98) viel später, erstellt worden ist.

3.4.4 Zusammenfassend ließe sich daher auch bei einer Umdeutung der Beweistrüge in Richtung eines sekundären Feststellungsmangels die begehrten zusätzlichen Feststellungen aus den genannten Quellen keinesfalls treffen. Sie wären nämlich von den Beweisergebnissen nicht gedeckt. Außerdem würde es an der Relevanz fehlen, weil das vermeintliche Wissen des ■■■■ ■■■■ nichts mit der Willensbildung des Gemeinderats zu tun hat. Der geltend gemachte Revisionsgrund liegt somit keinesfalls vor.

3.5 ■■■■ ■■■■ als Vertreter der Stadt Linz (Ersturteil, S 25 f), Berufung S 145 ff; Revision S 59 f [„Punkt 5“, Punkt C.II.2.6. der Revision]

3.5.1 Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Teil der Beweistrüge ausführlich auseinandergesetzt. Es legte ausführlich dar, dass zwischen der bekämpften Feststellung und der von der beklagten Partei ausdrücklich als solche bezeichneten „Ersatzfeststellung“ kein derart innerer Zusammenhang besteht, dass tatsächlich von einer gehörigen Ersatzfeststellung die Rede sein kann. Betroffen sind nämlich ganz unterschiedliche Aspekte: Auf der einen Seite geht es um den Bedarf nach einem Risikobudget und um mögliche exorbitante Ausstiegskosten. Dagegen betrifft die begehrte Ersatzfeststellung die Verlustwahrscheinlichkeiten und den damit einhergehenden Finanzierungsbedarf (bzw. ob sich ■■■■ ■■■■ noch für zuständig ansah, um selbständig die Entscheidung über einen Ausstieg zu treffen).

- 3.5.2 Die beklagte Partei wirft dem Berufungsgericht in diesem Zusammenhang eine „*grob mangelhafte Behandlung der Beweisrüge*“ vor, übersieht dabei aber, dass selbst Fehler des Berufungsgerichts bei der Überprüfung der Beweiswürdigung des Erstgerichts (die tatsächlich gar nicht vorlagen) nicht revisibel wären. Gibt es nämlich eine ausreichende Begründung des Berufungsgerichts dafür, würde eine weitere Überprüfung dieses Entscheidungsvorganges dazu führen, dass der Oberste Gerichtshof eine Tatsacheninstanz wäre. Im Übrigen vermag die beklagte Partei nicht einmal nachvollziehbar aufzuzeigen, worin der angebliche Fehler des Berufungsgerichts liegt.
- 3.5.3 Dazu ist noch gekommen, dass die beklagte Partei die Beweiswürdigung des Erstgerichts überhaupt nicht erschüttern konnte. Das Erstgericht hat seine Feststellungen primär auf die Aussage des ██████████ ██████ gestützt. Dieser hatte in der Tagsatzung vom 14. Mai 2019 (ON 608, S 4) Folgendes angegeben: „*Auf Vorhalt des KV, dass nach den Gutachtensergebnissen bei Abschluss des Swaps ein Risikobudget notwendig sei und Frage, ob der Zeuge mit dem Swap-Abschluss in den Gemeinderat gegangen wäre, wenn er gewusst hätte, dass hier potenziell Verbindlichkeiten von 30 Mio. drohen: Wenn die Beendigung des Swaps Kosten verursacht hätte, die den Gesamtschuldenstand erhöht hätten, so wäre ich damit in den Gemeinderat gegangen. Auf Vorhalt des Richters, dass sich die Frage des KV auf den Abschluss des Swaps und nicht auf die Auflösung des Swaps bezogen habe: Wenn der Abschluss des Swaps Mittel bedurft hätte, die zur Verfügung gestellt werden hätten müssen, weil sie vielleicht später gebraucht werden, dann hätte ich das nicht in meiner Kompetenz gesehen, sondern hätte damit den Gemeinderat befasst. Festgehalten wird, dass der Zeuge auf die vorhergehende Frage auch geantwortet hat: Wenn ich neue Darlehen aufnehmen muss für die Auflösung des Swaps, wodurch der Gesamtschuldenstand erhöht wird, wäre ich in den Gemeinderat gegangen.*“ Und weiter auf Seite 5: „*Auf Frage des KV, ob der Zeuge den Swap auch abgeschlossen hätte, wenn er gewusst hätte, dass es Ausstiegsszenarien geben kann, die Kosten in Höhe von 100 Mio. oder mehr verursachen: [...] Nein.*“
- 3.5.4 Die Feststellung gründet sich also eindeutig auf eine entsprechende Aussage von ██████████ ██████, die vor dem Hintergrund des Budgetrechts der Stadt Linz auch völlig plausibel war. Die beklagte Partei zog die Aussage des ██████████ ██████ in der Beweisrüge im Grunde genommen auch nicht in Zweifel. Das Erstgericht stellt darauf aufbauend zutreffend fest, dass sich ██████████ ██████ nicht mehr zum Geschäftsabschluss für befugt erachtet hätte, wenn der Abschluss des Geschäfts Geldmittel als Risikobudget benötigt hätte, die zur Verfügung gestellt werden müssen oder wenn ihm gesagt worden wäre, dass ein Ausstieg möglicherweise EUR 100 Millionen oder mehr kosten könne (Ersturteil, S 25 unten f).
- 3.5.5 Schon gemessen an der Position und dem Informationsstand des ██████████ ██████ sowie der gesamten Budgetsituation der Stadt Linz, war diese Feststellung völlig lebensnah. Die

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

- 3.5.6 Aus dem Amtsbericht zum Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 (Beilage ./C) ergibt sich, dass die Stadt Linz damals Verbindlichkeiten im Ausmaß von EUR 345,15 Mio. hatte. Ein Betrag von EUR 100 Mio hätte also den Schuldenstand der Stadt Linz mit einem Mal um rund ein Drittel (!) erhöht. Da die Stadt Linz nach dem Voranschlag für das Jahr 2007 über keine freien Mittel verfügte, hätte für das notwendige Risikobudget im Endeffekt ein Kreditrahmen von EUR 100 Mio aufgenommen werden müssen (Gerichtsgutachten, S 58: „Effektenkredit“). Der Abschluss dieses Kreditvertrages wäre (einmal mehr) ganz unzweifelhaft in die Kompetenz des Gemeinderats, und zwar in die Ziffer 9 des § 46 StL, gefallen, wobei gemäß § 78 Abs 1 Z 2 StL auch hierzu natürlich eine aufsichtsbehördliche Genehmigung notwendig gewesen wäre.
- 3.5.7 Soweit sich die beklagte Partei ebenfalls auf ██████ ██████ beruft (Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 5), der angeblich gesagt haben soll, dass es ihm nicht mehr möglich sei, auch nur eine konkrete Wahrscheinlichkeit zu nennen, bis zu der er sich selbst noch für kompetent erachtet hätte, ist diese Aussage im Lichte der Feststellung und der Aussage davor zu verstehen. Außerdem versuchte die beklagte Partei in der Rüge der entsprechenden Stelle im Protokoll einen anderen Inhalt zu geben als sie hat. Tatsächlich protokolliert ist Folgendes: *„Festgehalten wird, dass der KV versucht, eine Wahrscheinlichkeitsgrenze zu erfragen, bis zu der der Zeuge seine Kompetenz noch bejaht hätte, in der Folge versucht dies auch der Richter. Dem Zeugen ist es aber nicht mehr möglich, heute eine konkrete Wahrscheinlichkeit zu nennen, bis zu der er sich selbst noch für kompetent erachtet hätte, den Swap aus eigenem abzuschließen ohne den Gemeinderat für zuständig zu sehen“.* Wie sich aus der Protokollierung in der Zusammenschau aber eindeutig ergibt, bezog sich die Frage auf das Thema der Wahrscheinlichkeit der Überschreitung der Schwellen, wie sie das Ergänzungsgutachten (S 17 ff) behandelt hat, nicht aber auf das Risikobudget und die Ausstiegskosten. ██████ ██████ konnte zu Ersterem verständlicherweise keine konkreten Angaben machen. Zutreffend streicht daher auch das Berufungsgericht in der Erledigung die

unterschiedlichen tatsächlichen Aspekte von bekämpfter Feststellung und Ersatzfeststellung hervor nämlich „Risikobudget“ einerseits und die „Wahrscheinlichkeit der Überschreitung der Schwellen“ andererseits.

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

3.5.9 Abgesehen von der ohnehin nicht zu beanstandenden Erledigung des Berufungsgerichts, welche die Revision per se unzulässig macht, konnte die beklagte Partei die Feststellungen des Erstgerichts auch in keinster Weise erschüttern.

3.6 Einbindung des Gemeinderats konkret bei Abschluss (Ersturteil, S 26), Berufung, S 147; Revision S 62 ff [„Punkt 6“, Punkt C.II.2.7. der Revision]

In Erledigung dieser Beweisrüge (Punkt 6 des Berufungsschriftsatzes) weist das Berufungsgericht darauf hin, dass der Sachengehalt der getroffenen und der von der beklagten Partei begehrten Feststellung derselbe ist. Er besteht darin, dass der Abschluss des Swap 4175 ohne (neuerliche) Befassung des Gemeinderats und auch ohne Einbindung der Aufsichtsbehörde erfolgt ist. Die Rüge war damit nicht prozessordnungsgemäß

ausgeführt. Eine Tatsachenrüge, in der verlangt wird, dass die bisherige Feststellung durch eine andere Feststellung ersetzt wird, die der bekämpften Feststellung entspricht, ist sinnlos.

3.7 Darstellung in Debt-Management-Berichten (Ersturteil, S 26 bis 28), Berufung S 149 ff; Revision S 64 ff [„Punkt 7“, Punkt C.II.2.8. der Revision]

- 3.7.1 Das Berufungsgericht hat sich ohne jeden Zweifel auch mit dieser Tatsachenrüge ausführlich befasst. Dem hält die beklagte Partei in der Revision inhaltlich nichts entgegen, ja es wird nicht einmal klar, worin sie überhaupt einen Fehler des Berufungsgerichts sieht. Bemerkenswert ist dabei, dass die beklagte Partei nicht einmal auf das Argument des Berufungsgerichts eingeht, wonach die festgestellten und die ersatzweise begehrten Maximalbeträge für Risiko und Ertrag (einschließlich deren Änderungen im Zeitverlauf) „ohnehin übereinstimmen würden“. Soweit die beklagte Partei dem Berufungsgericht „Unvollständigkeit“ vorwirft, verkennt sie wiederum, dass es sich dabei um keine Tatsachenrüge handelt, sondern (in Form des sekundären Feststellungsmangels) um eine Rechtsrüge. Eine solche hat allerdings die beklagte Partei nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt. In der bloßen Wiederholung der eigenen Darstellung und deren Gegenüberstellung zu den Ausführungen des Berufungsgerichts liegt nicht die Geltendmachung eines revisiblen Mangels vor dem Obersten Gerichtshof. Unabhängig davon entspricht die Position der beklagten Partei nicht der Wirklichkeit.
- 3.7.2 Das Erstgericht hatte (nicht zuletzt in den Fußnoten) verdeutlicht, dass sich Aufwand und Ertrag im Laufe der Zeit änderten. Außerdem sind die Debt-Management-Berichte (Beilagen .BH3, .BH7 und .BH9) als Anhänge 2, 3 und 4 Teil des Urteils. Weitere Daten, die die beklagte Partei vermisst, ergeben sich daher aus diesen Anhängen.
- 3.7.3 Die Beurteilung in den Debt-Management Berichten, der Swap 4175 habe ein „*maximales Risiko*“, war ebenso irreführend wie in der Beilage .BH. Das veranlasste das Erstgericht zu der Schlussfolgerung, dass die Mitglieder des Finanzausschusses dadurch die wahre Natur und das Risiko des Geschäftes nicht erkannt haben (Ersturteil, S 100: *„Die breiteste Informationsquelle, die Debt Management Berichte für den Finanzausschuss, beinhalten irreführende Angaben und lassen die maßgeblichen Umstände des Swaps, insbesondere das tatsächlich mit ihm verbundene Risiko im Dunkeln.“* [Hervorhebung]). Die Frage, ob das Wissen und Wollen des Finanzausschusses dem Gemeinderat zuzurechnen ist, stellt ausschließlich eine Rechtsfrage dar. Sie ist im Übrigen zu verneinen (Abschnitt III. Punkt 6.3.9). Die beklagte Partei machte in der Beweisrüge auch nicht klar, inwiefern sich aus den unterschiedlichen Zahlenangaben zum „*maximalen Risiko*“ und „*maximalen Ertrag*“ durch die verlangten ergänzenden Feststellungen eine Änderung in der rechtlichen Beurteilung zur

Frage der nachträglichen Genehmigung des Swaps ergeben sollte (wie sich aus den Ausführungen unter Abschnitt III. Punkt 6. ergibt).

3.7.4 Zusammengefasst: Von einem wesentlichen Verfahrensmangel des Berufungsgerichts kann keine Rede sein.

3.8 Kontrollamtsbericht über den Rechnungsabschluss 2007 (Ersturteil, S 29), Berufung S 151 ff; Revision S 66 ff [„Punkt 8“, Punkt C.II.2.9. der Revision]

3.8.1 Wie das Berufungsgericht in der Behandlung dieser Tatsachenrüge zu Recht aufzeigt, würde die ersatzweise von der beklagten Partei verlangte (zusätzlichen) Feststellung, an wen genau der Bericht des Kontrollamtes vom 23. September 2008 geschickt wurde, nichts an den vom Erstgericht festgestellten Tatsachen ändern. Rechtlich relevant war lediglich, dass dieser Bericht nicht an den Gemeinderat gelangt ist, was auch vonseiten der beklagten Partei unbekämpft blieb.

3.8.2 Im Übrigen besteht zwischen der von der beklagten Partei bekämpften Feststellung und der von ihr begehrten Ersatzfeststellung inhaltlich eine völlige Übereinstimmung. Ob die Mitglieder des Kontrollausschusses die im Bericht (am Rande) erwähnten Finanzgeschäfte überhaupt wahrgenommen haben (was äußerst zweifelhaft ist, werden sie doch im Protokoll der unmittelbar nachfolgenden Sitzung nicht einmal erwähnt [Abschnitt I. Punkt 2.1.19]) und ob durch eine solche Wahrnehmung, wie von der beklagten Partei behauptet, überhaupt nachträglich eine Genehmigung des bis dahin unwirksamen Geschäftes erfolgen konnte, stellt keine Tatfrage, sondern eine reine Rechtsfrage dar. Auch fehlt unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Beurteilung der begehrten zusätzlichen Feststellung jegliche Relevanz, hätte doch die Kenntnis der Mitglieder des Kontrollausschusses oder gegebenenfalls die Kenntnis sonstiger Personen von der Existenz von Finanzgeschäften nicht die nachträgliche Genehmigung bewirkt (Abschnitt II. Punkt 3.2 und Abschnitt III. Punkte 5. und 6.).

3.8.3 Da sich das Berufungsgericht mit der Tatsachenrüge der beklagten Partei aber ohnehin auseinandergesetzt hat, ist deren Wiederholung in der Revision einer inhaltlichen Behandlung nicht zugänglich, mit anderen Worten, die Revision ist in dieser Richtung nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt. Von einer prozessordnungsgemäß ausgeführten Rüge in Form des Begehrens einer Ersatzfeststellung kann auch deshalb nicht die Rede sein, weil die beklagte Partei lediglich den Entfall bestimmter Feststellungen des Erstgerichts verlangt hat, ohne aber alternativ ein an deren Stelle tretendes Beweisergebnis zu setzen (8 Ob 337/97k).

3.9 Keine formelle Information über Zahlung am 15. Oktober 2009 (Ersturteil, S 30), Berufung, S 152 ff, Revision S 69 ff [„Punkt 9“, Punkt C.II.2.10. der Revision]

3.9.1 Auch bei dieser Verfahrensrüge der beklagten Partei (Punkt 9) konnte das Berufungsgericht keinen relevanten Unterschied zwischen der Tatsachenfeststellung des Erstgerichts und der begehrten Ersatzfeststellung bzw. zusätzlichen Feststellung erkennen. Nach den Feststellungen des Erstgerichts ist im unmittelbaren Zusammenhang mit der Zahlung der Stadt Linz am 15. Oktober 2009 „eine Information des Gemeinderates unterblieben“, wogegen die beklagte Partei festgestellt haben will, dass „eine gesonderte formelle Information des Gemeinderats als Kollegialorgan“ unterblieben wäre. Worin jetzt eigentlich der Unterschied besteht und vor allem, welche rechtliche Relevanz diese – auf den ersten Blick nur sprachliche – Änderung haben soll, konnte die beklagte Partei schon im Berufungsverfahren nicht verdeutlichen.

3.9.2 Damit musste schon die Berufung scheitern, was das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei auch konstatiert hat. Auch aus der Revision wird nicht deutlich, woraus die beklagte Partei eine Berechtigung zur Befassung des Höchstgerichtes mit dieser Frage ableiten will. Bei ihr heißt es nur, der relevante Unterschied läge „in den Details“. Damit liefert sie aber keinerlei Begründung, schon gar nicht eine Begründung, die eine Revision rechtfertigt.

3.10 Gespräche zwischen der beklagten Partei und der Stadt Linz ab Juli 2010 (Ersturteil, S 30), Berufung, S 153 ff; Revision S 71 ff [„Punkt 10“, Punkt C.II.2.11. der Revision]

3.10.1 Die beklagte Partei musste mit ihrer Tatsachenrüge schon deshalb scheitern, weil es ihr nicht gelungen ist, aufzuzeigen, was an der bekämpften Feststellung falsch wäre. Das Berufungsgericht hat sich daher zunächst darauf beschränkt zu prüfen, ob überhaupt eine prozessordnungsgemäße Tatsachenrüge vorlag, und das zutreffend verneint.

3.10.2 Das Erstgericht hatte in den (Tatsachen-)Feststellungen zu den Gesprächen zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei im Zeitraum vom Juli 2010 bis zum März 2011 die einzelnen Teilnehmer nicht namentlich angeführt (was schon deshalb entbehrlich war, weil sich diese aus den Urkunden, aus denen das Erstgericht die Feststellungen ableitete, ergaben) und sich auf „[...] darunter BM Dobusch, [...]“ beschränkt. Die beklagte Partei warf in der Berufung schon dem Erstgericht vor, die Feststellung unterlassen zu haben, dass „■■■■■■■■■■ am 5. August 2010 anwesend gewesen sein soll“ und „dass er am 6. Juli 2010 (laut Aktenvermerk) tatsächlich anwesend war.“

3.10.3 Die (rechtliche) Relevanz dieser zusätzlichen namensmäßigen Erfassung der Teilnehmer an den Besprechungen hat die beklagte Partei bereits im Berufungsverfahren nicht deutlich

machen können. Im Jahr 2010 konnte es – auch theoretisch – doch nur mehr um eine mögliche nachträgliche Genehmigung des bisher nicht wirksamen Swap-Geschäftes gehen. Dass weder Bürgermeister Dobusch noch ██████████ oder sonst ein Mitglied des Magistrats eine nachträgliche Genehmigung bewirken oder bloß einen Anschein in dieser Richtung hätten erzeugen können, ist ausgeschlossen (vgl. Abschnitt II. Punkt 3.2 und Abschnitt III. Punkte 5. und 6.). Der Gemeinderat war jedenfalls an diesen Gesprächen nicht beteiligt. Einen Beweis in dieser Richtung würden auch die von der beklagten Partei begehrten zusätzlichen Feststellungen nicht erbringen.

3.10.4 Im Übrigen konnte die beklagte Partei auf eine mögliche nachträgliche (schlüssige) Genehmigung des bis dahin unwirksamen Geschäftes redlicherweise ohnehin nicht mehr vertrauen (Berufungsurteil, S 47 f), hatte doch der Bürgermeister bereits am 6. Juli 2010 der beklagten Partei gegenüber klargemacht, dass er das Geschäft als nichtig, jedenfalls aber nicht vom Gemeinderatsbeschluss umfasst angesehen hat (Beilage ./133). Ein Einwand in gleicher Richtung erfolgte am 5. August 2010 (Beilage ./136).

3.11 Einbindung des Gemeinderats (Ersturteil, S 32), Berufung, S 154; Revision, S 73 ff [„Punkt 11“, Punkt C.II.2.12. der Revision]

3.11.1 Das Erstgericht traf unter anderem die (Negativ-)Feststellung, es könne „[...] *nicht festgestellt werden, dass sich der GR als Kollegialorgan vor dem 7.4.2011 eine Meinung über den Swap 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 vollmachtlos 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 [...].*“

3.11.2 Diese Tatsachenfeststellung hielt die beklagte Partei für falsch. Die erste Begründung, weshalb das so sei, lieferte sie im Berufungsverfahren mit der rechtlichen (wenn auch unhaltbaren) Behauptung, dass dem Gemeinderat das Wissen des ██████████ ██████████, des Finanzausschusses, des Kontrollausschusses und des Finanzstadtrates Mayr zugerechnet werden würde. Dass damit nicht der Beweis erbracht ist, dass der Gemeinderat als solcher davon gewusst hat und sich zusätzlich seinen Willen bildete, liegt auf der Hand. Auch die Hilfsargumente, warum das so sein müsse, durch Darstellung der Funktion der beiden Ausschüsse lag auf eher (meta-)juristischer Ebene und nicht im Tatsachenbereich. Letztlich blieb nur über die Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010, die aber, wie die beiden Instanzgerichte festgestellt haben (näher dazu: Abschnitt III. Punkt 6.3.6), auch keinen Beweis dafür lieferte, dass die Feststellungen des Erstgerichts unrichtig wären.

3.11.3 Die im Berufungsverfahren von der beklagten Partei begehrte Ersatzfeststellung änderte daran nichts. Das ist auch der Grund, weshalb das Berufungsgericht in der Erledigung der Tatsachenrüge festhält, dass – gemessen am Fakteninhalt von Tatsachenfeststellung und begehrten Ersatzfeststellung – auf Tatebene Übereinstimmung besteht. Im Übrigen hatte das Erstgericht den Inhalt der Gemeinderatssitzung vom 16. Dezember 2010 in seinen Tatsachenfeststellungen ohnehin wiedergegeben (Ersturteil, S 30 bis 32); auch dieser Umstand wäre schon formal gesehen der verlangten „Zusatzfeststellung“ entgegengestanden.

3.11.4 Damit hat aber schon die Tatsachenrüge gegen die Feststellung des Erstgerichts ihr Ziel verfehlt. Dass das Berufungsgericht zum selben Ergebnis kam, darin kann niemals ein revisibler Verfahrensmangel liegen. Die beklagte Partei hatte sich ohnehin darauf beschränkt zu erklären, die „Zusatzfeststellung“ diene nur zur Klarstellung (Revision, S 76), was am besten die fehlende sachliche Rechtfertigung ausdrückt.

3.12 Austausch von Zahlungsströmen (Ersturteil, S 35), Berufung, S 159 ff; Revision, S 76 ff [„Punkt 13“, Punkt C.II.2.13. der Revision]

3.12.1 Das Erstgericht hatte auf Seite 35 seines Urteils die Mechanik des Swap 4175 beschrieben. Danach besteht dieses Finanzprodukt aus einem Zinsentausch zwischen fixen und variablen Zinsen auf der einen Seite und dem Verkauf von 21 Terminoptionen durch die Stadt Linz an die beklagte Partei auf der anderen Seite. Die beklagte Partei hatte gegen diese Darstellung des Erstgerichts nichts einzuwenden, wollte aber ergänzt haben, dass die wechselseitigen Verpflichtungen, die (naturgemäß) zweimal jährlich zu Zahlungsströmen führen (können), saldiert werden, sodass *„[n]ur ein allfälliger Überhang dann von der aus dem Überhang verpflichteten Partei an die aus dem Überhang berechnete Partei zu bezahlen [wäre].“* Durch diese (rechtserhebliche?) zusätzliche Feststellung würde dem Rechnung getragen, dass *„rechtlich kein Anspruch auf Zahlung eines einzelnen Zahlungsstroms, sondern immer nur des Saldos [bestünde].“* Damit sei der (Tatsachen-)Beweis erbracht, dass das Geschäft nicht unter den Zuständigkeitskatalog des § 46 StL fiel.

3.12.2 Was den Tatsachenbereich anlangt, beurteilte das Berufungsgericht diese nur scheinbare Tatsachenrüge dahin, dass die von der beklagten Partei begehrten zusätzlichen Feststellungen (dass es sich um Ersatzfeststellungen handelt, behauptet nicht einmal die beklagte Partei) bloß eine, überdies entbehrliche, Erläuterung des Effekts der Saldierung enthielten. In Wahrheit geht es der beklagte Partei, wie ihren Ausführungen zu entnehmen ist, nur um die Frage der (rechtlichen) Subsumption des Swaps unter den Katalog der Geschäfte des Gemeinderates nach § 46 StL. Eine solche Subsumption hängt aber nicht von der Zusatzfeststellung ab, wonach Zahlungsströme, die einander gegenüberstehen, saldiert werden (können). Dass der Abschluss des Swap 4175 in die Gemeinderatszuständigkeit fiel,

ist völlig unzweifelhaft und ergibt sich aus einer Vielzahl von Gründen, nicht zuletzt aus der Struktur des Swaps selbst (vgl. Abschnitt I. Punkte 2.2.3 f und Abschnitt III. Punkt 2.2).

- 3.12.3 Der Berufung in diesem Punkt konnte schon deshalb kein Erfolg beschieden sein, weil sie nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt worden war. Ihr fehlte aber auch rechtlich jegliche Relevanz. Zu Recht ist das Berufungsgericht darauf inhaltlich auch nicht mehr näher eingegangen. Inwiefern die Erledigung der Tatsachenrüge mit einem Mangel behaftet sein soll, ergibt sich nicht einmal aus den Revisionsausführungen der beklagten Partei. Inhaltlich fehlt jedenfalls jegliche Berechtigung.
- 3.13 Risiko aus CHF-Anleihe und aus Swap (Ersturteil, S 36), Berufung, S 161 f; Revision, S 78 ff [„Punkt 14“, Punkt C.II.2.14. der Revision]
- 3.13.1 Das Erstgericht hatte im Zusammenhang mit der Beurteilung der unterschiedlichen Risiken aus der Schweizer Frankenanleihe und dem Swap 4175 festgestellt: *„Die CHF-Anleihe war allerdings im Gegensatz zum Swap 4175 kündbar, wodurch auch das mit ihr verbundene Risiko beschränkt war“*. Die beklagte Partei stieß sich daran mit der Behauptung, dass es sich schon beim Umstand, ob ein Vertrag kündbar ist oder nicht, um keine Feststellung, sondern eine rechtliche Würdigung gehandelt habe. Außerdem sei die Feststellung irreführend, erwecke sie doch den Eindruck, dass der Schweizer Frankenanleihe ein geringeres Risiko innewohne als dem Swap 4175. Letztlich ginge es um die Beherrschbarkeit des Risikos beim Swap, und diese Beherrschbarkeit sei trotz der fehlenden Kündbarkeit des Swaps gegeben gewesen. Anstelle der Feststellung des Erstgerichts sollte treten, dass das Währungsrisiko aus der Schweizer Frankenanleihe unbeschränkt war und dass andererseits das dem Swap 4175 innewohnende Risiko beherrschbar gewesen ist. Es ist offensichtlich, dass diese Tatsachenrüge unberechtigt war.
- 3.13.2 Was den Tatsachenbereich angeht, so hält das Berufungsgericht treffend fest, dass die beklagte Partei mit der von ihr begehrten Ersatzfeststellung die eigentliche Feststellung des Erstgerichts, wonach die Anleihe kündbar war, ebenso wie die tatsächliche Unkündbarkeit des Swap 4175 nicht angegriffen hat.
- 3.13.3 Es erschloss sich auch nicht, was an der bekämpften Feststellung unrichtig sein sollte. In Wahrheit ist der Angriff der beklagten Partei auch gar nicht auf eine Tatsachenfeststellung gerichtet, sie möchte nur eine ins Gegenteil verkehrte (wertende) Schlussfolgerung. Damit fehlt es aber im Berufungsverfahren bereits am Erfordernis einer Ersatzfeststellung.
- 3.13.4 Dass es ein Kündigungsrecht der Stadt Linz beim Swap 4175 nicht gab, wurde auch vonseiten der beklagten Partei nicht bestritten. Zwar war auch beim Swap 4175 (wie bei jedem

unkündbaren Vertrag) eine vorzeitige Auflösung möglich, dazu bedurfte es aber immer der Zustimmung der beklagten Partei. Selbst wenn die beklagte Partei dazu grundsätzlich bereit gewesen sein sollte (wobei natürlich immer die gestellten Bedingungen wesentlich sind), stellt es ohne Zweifel einen objektiven Nachteil für die Stadt Linz dar, vorerst die Zustimmung der beklagten Partei einholen zu müssen. Das zeigte sich im Sommer 2008, als [REDACTED] [REDACTED] von [REDACTED] [REDACTED] erstmals erfuhr, dass auch unkündbare Finanzgeschäfte gelöst werden können. Gleichzeitig erkannte er aber auch, dass er dabei trotz eines positiven Marktwertes (der Swap 4175 stand nach der Berechnung der beklagten Partei damals bei rund plus EUR 4,3 Mio), für die Auflösung noch etwas zahlen muss ([REDACTED] [REDACTED], Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 16).

3.14 Chancen-Risiko-Profil des Swap (Ersturteil, S 36), Berufung, S 162 ff; Revision, S 80 ff [„Punkt 15“, Punkt C.II.2.15. der Revision]

- 3.14.1 Die beklagte Partei sieht einen Mangel des Berufungsverfahrens darin, dass das Berufungsgericht die „*extrem verzerrte Darstellung des Chancen-Risiko-Profiles des Swap*“ durch das Erstgericht nicht erkannt habe. Damit zeigt die beklagte Partei aber keinen „*revisiblen*“ Verfahrensmangel auf. Zu Recht weist das Berufungsgericht einmal mehr darauf hin, dass in den Ausführungen der beklagten Partei kein Gegensatz zwischen bekämpfter „Feststellung“ und „Ersatzfeststellung“ zu erkennen gewesen ist. Im Ergebnis verlange die beklagte Partei nämlich wiederum nur zusätzliche Feststellungen, denen überdies die rechtliche Relevanz fehle.
- 3.14.2 Die beklagte Partei hatte schon in der Beweisrüge gegenüber dem Erstgericht nicht begründet, inwiefern die von ihr bekämpfte Feststellung überhaupt „fehlerhaft“ gewesen ist. Es warf nämlich dem Erstgericht bloß vor, ihr günstig scheinende Äußerungen der Gerichtsgutachter nicht festgestellt zu haben, während sie offenbar viele andere in die gegenteilige Richtung gehende Aussagen der Gerichtsgutachter nicht vermisste. Ausgehend von der Rechtsauffassung des Erstgerichts, wonach es auf Details einzelner Bewertungsmodelle vorläufig nicht ankommt, war die Feststellung von Einzelheiten aus den umfangreichen Gerichtsgutachten nicht notwendig (im Detail dazu Abschnitt III. Punkt 7.3.3).
- 3.14.3 Den begehrten Zusatzfeststellungen fehlte aber ohnehin aus anderen Gründen jegliche rechtliche Relevanz. Diese hätten sie nur dann, wenn noch strittig wäre, ob die beklagte Partei oder ein sonstiger Dritter aus der Textierung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 den Schluss hätten ziehen können, dass der Abschluss des Swap 4175 durch [REDACTED] [REDACTED] darin gedeckt wäre. Nach der rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichts ist es aber völlig irrelevant, ob das Swap-Geschäft einem objektiven Begriff der Optimierung entsprochen hat oder nicht. Jedenfalls kommt es nicht auf einen irgendwie gearteten finanzmathematischen

Optimierungsbegriff an. Da es sich bei der Ermächtigung des ■■■■■ ■■■■■ durch den Gemeinderat um eine reine Innenvollmacht gehandelt hat und es damit auf die Sicht des Gemeinderats und gegebenenfalls des ■■■■■ ■■■■■ ankommt, war das Geschäft keinesfalls von der Ermächtigung umfasst (Abschnitt III. Punkt 7.2). Auch die Frage der Beherrschbarkeit des Geschäftes ist nicht mehr relevant.

3.15 Finanzmathematische Betrachtung des Swaps (Ersturteil, S 37), Berufung, S 164 f; Revision, S 83 f [„Punkt 16“, Punkt C.II.2.16 der Revision]

3.15.1 Das Erstgericht hatte festgestellt, dass „[d]er Swap bei finanzmathematischer Betrachtung einem Verkauf von EUR-Put-Optionen zu jedem Fälligkeitszeitpunkt durch die Klägerin [Stadt Linz] an die Beklagte, eingebettet in die Swap-Konstruktion [entsprach].“ Das stimmt mit der Wirklichkeit überein (Abschnitt I. Punkt 2.2.3).

3.15.2 Die beklagte Partei bemängelte die Feststellung des Erstgerichts als unrichtig und unvollständig, weil sie nicht durch die Sachverständigengutachten gedeckt sei. Tatsächlich entspräche, so möchte die beklagte Partei das festgestellt haben, der vom Erstgericht festgestellte Verkauf von EUR-Put-Optionen wirtschaftlich – nicht aber rechtlich – allenfalls nur einem Teil des Swaps. Letzteres ist richtig (die andere Seite des Swaps ist der Zinstausch), ändert aber nichts daran, dass die Stadt Linz der beklagten Partei im Ergebnis für den Zinstausch 21 Terminoptionen verkauft hat. Ersteres ist falsch, wie sich aus der Erläuterung der Gerichtsgutachten ergibt (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 20). Die Relevanz der von ihr begehrten Ergänzung liegt nach dem Bekunden der beklagten Partei ausschließlich darin zu beweisen, dass der Abschluss des Geschäfts nicht in die Gemeinderatszuständigkeit fiel.

3.15.3 Damit war der Berufung der beklagten Partei schon aus den unter den Punkten 3.12.2 f genannten Gründen der Erfolg zu versagen. Im Übrigen wurde die von der beklagten Partei gewünschte Präzisierung vom Erstgericht auf Seite 36 des Ersturteils ohnehin vorgenommen.

3.16 Ausstiegsentscheidung und deren Umsetzung (Ersturteil, S 38), Berufung, S 165 ff; Revision, S 84 ff [„Punkt 17“, Punkt C.II.2.17. der Revision]

3.16.1 Einmal mehr zeigt die behauptete Ersatzfeststellung keinen Widerspruch zur bekämpften Feststellung auf, worauf das Berufungsgericht in der Erledigung begründend hinweist. Richtigerweise handelt es sich um zusätzliche Feststellungen, welche die beklagte Partei für den eigenen Rechtsstandpunkt als förderlich erachtete, die aber richtigerweise ohnehin irrelevant wären.

- 3.16.2 Für den Umstand, dass die Gerichtsgutachter „Tagesschwankungen“ des Swap 4175 von EUR 100 Mio festgestellt haben, ist es wegen der Notwendigkeit, Ausstiegsentscheidungen innerhalb einer Stunde zu treffen, unerheblich, wie oft eine Tagesschwankung just in dieser Höhe aufgetreten ist; auch eine Schwankung im Ausmaß von EUR 90 Mio ist besorgniserregend und existenzbedrohend (vgl. Gerichtsgutachten, S 53: „[...] *hierbei wäre die Dauer, bis ein Beschluss des Gemeinderats vorliegt, aus Marktrisikogesichtspunkten auf maximal 1 Stunde zu begrenzen*“).
- 3.16.3 Soweit die beklagte Partei einen ersatzweise festgestellten Entscheidungszeitraum von einem Tag anstelle der festgestellten Stunde wünschte, fehlt überhaupt jede Begründung, woraus sich diese vermeintliche Ersatzfeststellung ableiten ließe. Bereits im Ergänzungsgutachten (S 16) betonen die Gutachter die gebotene „*zügige Entscheidung*“ für den Ausstieg und weisen auf folgenden Umstand hin: „*Um nämlich einen viel höheren Verlust als eine vorgegebene Budgetgrenze zu vermeiden, der durch kurzfristige Ausschläge im Devisenkassakurs selbst innerhalb von wenigen Stunden entstehen kann, hätte die Stadt Linz bei erstmaligen Erreichen der Budgetgrenze unmittelbar einen Delta Hedge mittels eines prämienneutralen Devisenkassageschäftes mit der BAWAG abschließen können [...]*“ (Ergänzungsgutachten, S 17). Mit anderen Worten: Sobald die im vorzusehenden Risikoleitfaden festgelegte Budgetgrenze erreicht ist, muss der Ausstieg unverzüglich erfolgen, verbunden mit einer Risikobegrenzungsmaßnahme (dem sogenannten „Delta Hedge“).
- 3.16.4 Es liegt auf der Hand und leuchtet sogar einem Laien ein, dass man bei einem Derivatgeschäft, dessen für den Ausstieg entscheidender Wert täglich um bis zu EUR 100 Mio schwankt, nicht einen Tag warten kann, um die Entscheidung zum Ausstieg oder Nichtausstieg zu treffen. Umso weniger geht das, wenn der Marktwert die Budgetgrenze erreicht oder sogar übersteigt; dann würde auch nur jedes kurzfristige weitere Zuwarten die Handlungsfähigkeit beseitigen, weil dann eben nicht mehr die beiseitegelegten Mittel ausreichen, um die Ausstiegskosten zu decken. Wenn man bedenkt, dass Währungen 24 Stunden pro Tag und 7 Tage die Woche gehandelt werden und das Übersteigen der Budgetgrenze sowohl in der Nacht als auch an einem Sonn- und Feiertag erfolgen kann, hätte ■■■■■ ■■■■■ eigentlich Tag und Nacht „auf den Swap aufpassen müssen“. Auch deshalb hatten die Gerichtsgutachter darauf hingewiesen, dass die Beobachtung auf lediglich täglicher Basis, das Risiko mit sich bringt, dass größere Verluste entstehen, weil der Delta-Hedge dann verspätet abgeschlossen wird. Liegt die Ursache der Veränderung des Kassakurses in laufenden kleinen Bewegungen, die in Summe dann groß werden, ist es jedenfalls sinnvoll, eine Tagesbeobachtung auf stündlich umzustellen (Uwe Wystup, Protokoll vom 11. März 2019, ON 569, S 3 f).

- 3.16.5 Abgesehen davon, dass sich die Revision auf die Behauptung beschränkt, die Beweistrüge wäre nicht erledigt worden (was allerdings nicht zutrifft), befasst sich die beklagte Partei nicht im Ansatz mit den weiteren schon im Berufungsverfahren aufgezeigten Argumenten, die ihrer Rüge entgegenstehen.
- 3.17 Befassung des Gemeinderats (Ersturteil, S 39), Berufung, S 168 f; Revision, S 87 f [„Punkt 19“, Punkt C.II.2.18. der Revision]
- 3.17.1 Die Berufung der beklagten Partei hatte sich gegen die Feststellung des Erstgerichts gerichtet, wonach eine Befassung des Gemeinderats mit einem Ausstieg vier bis acht Wochen Zeit in Anspruch nehmen würde. Das gelte auch für die nachträgliche Genehmigung von Maßnahmen, die der Bürgermeister im Rahmen der Notkompetenz gesetzt hatte. Wäre der Ausstieg bzw. die dadurch notwendig gewordene Kreditaufnahme genehmigungspflichtig, so würde sich die Entscheidung um weitere Wochen verzögern.
- 3.17.2 Die beklagte Partei bezeichnete diese Feststellung im Rahmen der Berufung als unrichtig „*oder jedenfalls unvollständig*“, weil das Erstgericht nicht berücksichtigt habe, „[d]ass der GR entsprechende Maßnahmen vorab beschließen hätte können.“ Demnach sollte die Ersatzfeststellung lauten: „*Eine Entscheidung für den Ausstieg aus dem Swap wäre innerhalb eines Tages möglich gewesen* (begründend verwies sie dabei auf eine angebliche Zeugenaussage des ██████████).“ Die rechtliche Relevanz der Tatsachenrüge sah die beklagte Partei darin, dass bei einer über einen Tag hinausgehenden Entscheidungsfrist der Swap nicht mehr beherrschbar sei, womit nach der Rechtsansicht des Erstgerichts auch bei objektiver Betrachtung des Gemeinderatsbeschlusses dessen Optimierungseignung nicht mehr gegeben war, wovon die beklagte Partei offenbar selbst ausgeht.
- 3.17.3 Abermals stellt die beklagte Partei, so das Berufungsgericht, keineswegs einen Widerspruch zwischen bekämpfter Feststellung und Ersatzfeststellung dar, sondern verlangt zusätzliche Feststellungen. Dabei lässt sie nicht erkennen, ob es bei der von ihr gewünschten Ersatzfeststellung um die Entscheidung des ██████████ oder des Gemeinderats gehen soll.
- 3.17.4 Nachdem sich in der gewünschten Ersatzfeststellung der Hinweis auf ██████████ befindet, lehnte sich die beklagte Partei offensichtlich an dessen Aussage in der Verhandlung vom 13. Mai 2019 an. Dort hat er tatsächlich gesagt [Hervorhebung]: „*Ich denke, dass es mir möglich gewesen wäre, innerhalb eines Tages eine Entscheidung zu fällen ...*“. Die beklagte Partei hat dann aber offenbar im Protokoll nicht weitergelesen. Der gesamte Satz lautet nämlich einschließlich seines restlichen Teils: „*[...] allerdings ist das Problem ja dann, dass ich für die Auflösung, nämlich für deren Finanzierung, Darlehen aufnehmen muss, und dafür hätte ich einen Beschluss des Gemeinderats gebraucht und ab diesem Zeitpunkt wäre aus der*

Vorlaufzeit eine benötigte Zeit von 4 bis 6 Wochen geworden“ (Protokoll vom 13. Mai 2019, ON 607, S 17 [Hervorhebung]).

- 3.17.5 Das passt zusammen mit den weiteren Erklärungen des [REDACTED] [REDACTED] (Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 3), wonach jede mit dem Swap-Geschäft verbundene Erhöhung des Schuldenstandes der Stadt Linz, ja überhaupt jede außertourliche Zahlung, außerhalb seiner Kompetenz lag, weshalb er dazu jedes Mal „in den Gemeinderat hätte gehen müssen“. Außerdem kommt es in einem solchen Fall nicht auf die Entscheidung des [REDACTED] [REDACTED], sondern die des zuständigen Gemeinderats an, was zwanglos auch aus dieser Aussage des [REDACTED] [REDACTED] am 13. Mai 2019 folgt. Dass der Gemeinderat innerhalb eines Tages entscheiden würde bzw. entscheiden könnte, wird nicht einmal von der beklagten Partei in der ergänzenden Feststellung verlangt.
- 3.17.6 Unabhängig davon ist aber die Frage um den Zeitraum eines Ausstiegs aus dem Geschäft rechtlich nicht mehr relevant. Das Erstgericht ist noch davon ausgegangen, dass sich die beklagte Partei bei Vertragsabschluss im Besitz des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 befunden hat. Dass das nicht der Fall war, steht nun fest. Damit kommt es nicht mehr auf eine vom Empfängerhorizont eines Dritten maßgebliche Beurteilung des Begriffes der Optimierung an, für den das Erstgericht die Beherrschbarkeit des Risikos als ausschlaggebend ansah. Die Ermächtigung des [REDACTED] [REDACTED] durch den Gemeinderat war, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, eine reine Innenvollmacht. Damit ging es nur mehr um die Sicht des Gemeinderats (und gegebenenfalls die Sicht des [REDACTED] [REDACTED]). So gesehen, war der Swap 4175, unabhängig davon, dass er auch für eine Gemeinde völlig unbeherrschbar gewesen ist, von der Vertretungsmacht des [REDACTED] [REDACTED] nicht umfasst.
- 3.17.7 Eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt jedenfalls nicht vor.
- 3.18 Swap war beherrschbar und optimierend (Ersturteil, S 39 f), Berufung, S 169 ff; Revision, S 89 ff [„Punkt 20“, Punkt C.II.2.19 der Revision]
- 3.18.1 Vorwegzunehmen ist, bevor im Detail auf die Revision eingegangen wird, dass sich das Berufungsgericht mit Punkt 20. der Berufung der beklagten Partei auf den Seiten 26 bis 30 des Urteils besonders ausführlich befasst hat. Dabei trennt das Berufungsgericht die einzelnen Themenkomplexe, die mit der Beweisrüge angesprochen worden waren, und beginnt damit zu prüfen, ob jeweils die formalen Voraussetzungen erfüllt waren (vor allem, ob und inwieweit der jeweils bekämpften Feststellung wirklich eine echte „Ersatzfeststellung“ gegenübergestellt war).

- 3.18.2 Schon bei diesem ersten Schritt gelangt das Berufungsgericht zum Schluss, dass die beklagte Partei weitestgehend überhaupt keine „taugliche Ersatzfeststellung“ ausgeführt hat (siehe insbesondere die Erwägungen auf Seite 27 des Berufungsurteils). Soweit die beklagte Partei diese Hürde überwindet (etwa beim Thema „*Finanzierungserfordernis mittels Darlehensaufnahme*“ [Punkt 20.6 der Berufung]), behandelt das Berufungsgericht das Rechtsmittel auch inhaltlich. Das Berufungsgericht hat sich also im Ergebnis ausführlich und im Detail mit dem Beschwerdevorbringen der beklagten Partei befasst. Insoweit muss der Vorwurf der beklagten Partei, die Tatsachenüberprüfung des Berufungsgerichtes sei fehlerhaft gewesen, schon im Kern scheitern, würde doch eine nochmalige Überprüfung der Beweiswürdigung des Berufungsgerichtes selbst, den Obersten Gerichtshof zu einer Tatsacheninstanz machen.
- 3.18.3 Ausgehend von dieser (logischen) Trennung des Berufungsgerichtes, lautet der Vorwurf der beklagten Partei also einmal, das Berufungsgericht habe sich inhaltlich mit der Tatsachenrüge überhaupt nicht befasst (insbesondere die Punkte 20.3 bis 20.05 der Rüge), und das andere Mal (Punkt 20.6 der Rüge), es wäre nur eine „grob mangelhafte Behandlung“ der Rüge gewesen (Revision, S 106). Eine wirkliche Begründung liefert die beklagte Partei allerdings nicht. Ein immer wiederkehrendes Argument ist der Vorwurf, das Berufungsgericht habe nicht erkannt, dass auch eine „*vermisste Feststellung*“ einer Beweisrüge zugänglich sei. Es kann aber überhaupt kein Zweifel bestehen, dass „*vermisste Feststellungen*“, wie sie die beklagte Partei bezeichnet, nicht Gegenstand des Berufungsgrundes der „*unrichtigen Tatsachenfeststellung*“ sind (siehe etwa 1 Ob 120/18f). Werden Beweise falsch gewürdigt oder Feststellungen wegen einer falschen Beweiswürdigung nicht getroffen, so führt das zu einer Richtigstellung des Sachverhalts. Wenn zu einem Thema aber nichts festgestellt ist, kann natürlich auch nichts über die Beweiswürdigung ausgesagt werden, womit sie (logischer Weise) auch nicht fehlerhaft sein kann.
- 3.18.4 Auch inhaltlich sind die Vorwürfe nicht haltbar. Nachdem sich das Berufungsgericht jeweils ausführlich mit den einzelnen Beweisrügen der beklagten Partei befasst hat, ist eine Anfechtung ausgeschlossen. Das gilt vor allem für jene Tatsachenrügen der beklagten Partei, die mangels prozessordnungsgemäßer Ausführung einer inhaltlichen Behandlung gar nicht mehr zugänglich waren. Vom Revisionsgericht ist nämlich nicht zu überprüfen, ob eine vom Berufungsgericht (im Rahmen seiner Beweiswürdigung) gezogene Schlussfolgerung richtig oder fehlerhaft ist (8 Ob 126/08z). Das Berufungsgericht hat sich im Rahmen der Erledigung auch keineswegs mit jedem einzelnen Aspekt der Beweiswürdigung zu befassen (RIS-Justiz RS0043150, 10 ObS 228/91). Nur weil im Einzelfall bestimmte Ausführungen der beklagten Partei, auch wenn sie besonders ausschweifend waren, nicht bis ins letzte Detail behandelt worden sind, ist das Berufungsverfahren nicht mangelhaft, insbesondere dann, wenn die Beweisrüge schon an formalen Voraussetzungen scheiterte (als Beispiel: Weicht nach Ansicht

des Berufungsgerichtes der Inhalt der begehrten Ersatzfeststellung in Wahrheit nicht von den erstgerichtlichen Feststellungen ab, so ist diese Beurteilung nicht revisibel [8 Ob 27/13y]).

- 3.18.5 Dem Berufungsgericht ist auch darin beizupflichten, dass es sich bei den vermeintlichen „Ersatzfeststellungen“, die die beklagte Partei begehrt, um eine bunte Mischung von (ohne nähere Begründung) weggelassene Teile der Feststellungen, ergänzenden Passagen und nur in untergeordnetem Ausmaß wirklich um Ersatzfeststellungen gehandelt hat. Aus diesem Grund hat die Stadt Linz in der Berufungsbeantwortung eine tabellarische Gegenüberstellung vorgenommen, um sichtbar zu machen, worauf die beklagte Partei mit der Rüge eigentlich abzielt und ob die Feststellungen des Erstgerichtes damit ergänzt oder ersetzt werden (Die von der beklagten Partei verwendeten Unterstreichungen bezeichneten nämlich keineswegs nur die Änderungen, sondern gingen, zum Teil deutlich, darüber hinaus). Aus der Gegenüberstellung sieht man auch, in welchen Bereichen die Tatsachenrüge nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt ist, wird doch überwiegend das Kriterium der „Ersatzfeststellung“ verfehlt (das betrifft vor allem die Punkte 20.3 bis 20.5, einzige Ausnahme ist der Punkt 20.6, auf den ist aber das Berufungsgericht ohnehin inhaltlich eingegangen [Berufungsurteil, S 28]).
- 3.18.6 An einigen Beispielen sieht man, so zutreffend das Berufungsgericht (Berufungsurteil, S 27), dass die Rüge schon rein (sprach-)logisch nicht zu einer Abänderung des Urteils führen kann.
- Die Aussage im Zusammenhang mit Swap-Entwicklungen „*nicht zu erwarten gewesen*“ ist kein Gegensatz zu der bekämpften Feststellung „*war nicht auszuschließen*“. Das gleiche gilt für die Begriffspaare „*nicht auszuschließen*“ und „*nicht anzunehmen*“.
 - Auch mit der begehrten Ersatzfeststellung, dass „*ohnehin davon ausgegangen wird*“, dass die Auflösungskosten 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages übersteigen können, gelangt man nur zum Ergebnis, dass dieser Aspekt also gar nicht strittig ist.
 - Nicht überprüfbar ist auch, wenn die beklagte Partei vielerorts (vor allem bei den Punkten 20.3 bis 20.5) die Gründe für die begehrte Ersatzfeststellung nicht erklärt, sondern nur unter der Überschrift zusammenfasst: „*Insgesamt begehrte Feststellung*“ (Punkt 20.7).
- 3.18.7 Soweit die von der beklagten Partei begehrten Ersatzfeststellung die Existenz eines (tauglichen) „Risikoleitfadens“ bei der Stadt Linz voraussetzen, ist die Rüge schon deshalb nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt, weil die Existenz eines derartigen Risikoleitfadens nicht festgestellt wurde (abgesehen davon, dass die beklagte Partei ein dahingehendes nachvollziehbares Vorbringen, wie ein solcher Risikoleitfaden auszusehen hat, schuldig

geblieben ist). Ihre Ausführungen, dass die Stadt Linz „[...] für die Beherrschbarkeit und damit die Möglichkeit der Begrenzung von Verlusten nur einen Risikoleitfaden befolgen hätte müssen, was ihr möglich gewesen wäre“ kann dieses Fehlen jeglicher Tatsachengrundlage nicht ersetzen.

3.18.8 Nachstehend findet sich (wie in der Berufungsbeantwortung) eine Gegenüberstellung jener Feststellungen, welche die beklagte Partei als Tatsachenfeststellungen des Gerichtes bezeichnet und den von ihr begehrten Ersatzfeststellungen, wobei versucht wird, diese den einzelnen Punkten 20.3 bis 20.6 zuzuordnen:

Feststellung des Erstgerichts:	Begehrte Ersatzfeststellung:
<p>Es war bei Abschluss des Swaps ex ante nicht auszuschließen, dass sich dieser während der gesamten Laufzeit zu Lasten der Klägerin so entwickelt, dass das aus dem Swap resultierende Risiko und die zu erwartenden Zahlungspflichten für die Klägerin nicht mehr tragbar sein werden und das Geschäft daher aufgelöst oder durch Hedging neutralisiert werden muss. In beiden Fällen war nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ex ante nicht auszuschließen, dass es zu Auflösungskosten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres der Klägerin übersteigen, wenn man ex ante von einem Erstarren des CHF gegenüber dem EUR über die Laufzeit ausgeht (negative Drift in den Wahrscheinlichkeitsberechnungen).</p> <p>Unter der Annahme einer Kursstabilität</p>	<p><u>Versteht man Beherrschbarkeit als Begrenzung der Verluste/Gesamtverluste, war der Swap für jeden, auch für eine Kommune, alleine mit Hilfe eines Risikoleitfadens, der auch ein bloßer mentaler Leitfaden sein kann und nicht verschriftlicht sein muss, beherrschbar. Damit unterscheidet sich das Risiko aus dem Swap nicht vom Risiko aus gewöhnlichen Fremdwährungsdarlehen. [Punkt 20.3]</u></p> <p><u>Es war generell und auch der Stadt Linz tatsächlich möglich, das Risiko aus dem Swap zu beherrschen [Punkt 20.4]</u></p> <p>Es war bei Abschluss des Swaps ex ante nicht auszuschließen <u>deshalb ex ante nicht zu erwarten</u>, dass sich dieser während der gesamten Laufzeit zu Lasten der Klägerin so entwickelt, dass das aus dem Swap resultierende Risiko und die zu erwartenden Zahlungspflichten für die Klägerin nicht mehr tragbar sein werden und das Geschäft daher aufgelöst oder durch Hedging neutralisiert werden muss. In beiden Fällen war nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ex ante nicht auszuschließen <u>anzunehmen</u>, dass es zu Auflösungskosten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres der Klägerin übersteigen, wenn egal ob <u>man ex ante von einem Erstarren des CHF gegenüber dem EUR über die Laufzeit ausgeht (negative Drift in den Wahrscheinlichkeitsberechnungen), von einem stabilen Kurs (neutrale Drift) oder einem Erstarren des EUR gegenüber dem CHF (positive Drift) ausgeht.</u></p> <p>Unter der Annahme einer Kursstabilität</p>

(neutralen Drift) und unter der Prämisse eines Erstarkens des EUR gegenüber des CHF (positive Drift) werden die Wahrscheinlichkeiten des Eintritts solcher Szenarien mit entsprechend hohen Auflösungs- oder Glattstellungskosten geringer bis hin zu einer Unmöglichkeit eines solchen Szenarios.

Sowohl ein Erstarken des EUR, als auch ein Erstarken des CHF über die Swap-Laufzeit war 2007 ex ante im Bereich des Möglichen und konnte bei einer Abschätzung der möglichen Folgen des Swaps lege artis nicht als gänzlich unwahrscheinlich außer Betracht bleiben.

Es war ex ante nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch erkennbar und nicht auszuschließen, dass es bei aufrechtem Swap über die gesamte Laufzeit zu jährlichen Zahlungsverpflichtungen der Klägerin zu den Fälligkeitszeitpunkten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen (Ergänzungs-GA ON 522 und Erörterungen im Prot ON 569).

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

~~(neutralen Drift) und unter der Prämisse eines Erstarkens des EUR gegenüber des CHF (positive Drift) werden die Wahrscheinlichkeiten des Eintritts solcher Szenarien mit entsprechend hohen Auflösungs- oder Glattstellungskosten geringer bis hin zu einer Unmöglichkeit eines solchen Szenarios.~~

Sowohl ein Erstarken des EUR, als auch ein Erstarken des CHF über die Swap-Laufzeit war 2007 ex ante im Bereich des Möglichen und konnte bei einer Abschätzung der möglichen Folgen des Swaps lege artis nicht als gänzlich unwahrscheinlich außer Betracht bleiben.

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. [Punkt 20.5]

Es war ex ante nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch nicht erkennbar ~~und nicht auszuschließen~~, dass es bei aufrechtem Swap über die gesamte Laufzeit zu jährlichen Zahlungsverpflichtungen der Klägerin zu den Fälligkeitszeitpunkten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen (Ergänzungs-GA ON 522 und Erörterungen im Prot ON 569).

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

statistisch gesehen außergewöhnlich. (GA ON 427, S. 42 und S. 135 ff; Ergänzungs-GA ON 522, S. 39, 68).

15 % der Einnahmen des ordentlichen 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). 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).

statistisch gesehen außergewöhnlich. (GA ON 427, S. 42 und S. 135 ff; Ergänzungs-GA ON 522, S. 39, 68).

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). ~~Eine aus dem Swap resultierende Zahlungspflicht in dieser Höhe oder darüber hätte die Klägerin jedenfalls über eine Darlehensaufnahme finanzieren müssen (ZV [REDACTED] Prot ON 607, S. 17, 19 und Prot ON 608, S. 3).~~

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

Anstatt durch eine Auflösung des Swap hätte das Risiko aus dem Swap auch durch „Restrukturierung“, das heißt durch Abschluss eines oder mehrerer weiterer Derivatgeschäfte, beschränkt werden können, deren Abschluss nicht zwingend etwas gekostet hätte. [Punkt 20.6]

~~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).~~

sie für die Beherrschbarkeit und damit die Möglichkeit der Begrenzung von Verlusten nur einen Risikoleitfaden befolgen hätte müssen, was ihr möglich gewesen wäre.

Der Swap war daher nicht nur objektiv zur Optimierung geeignet, sondern auch konkret optimierend. [gewisse Begründung in Punkt 20.4 aber keine Ersatzfeststellung dargestellt]

- 3.18.9 Unter der Überschrift „*Nicht jedenfalls Fremdfinanzierung nötig*“ richtet sich der Angriff der beklagten Partei gegen die – vom Berufungsgericht bestätigte – Feststellung des Erstgerichtes, dass die Stadt Linz bei Übersteigen der Auflösungskosten (oder einer jährlichen Rate) von EUR 31.391.415,-- „*jedenfalls ein Darlehen hätte aufnehmen müssen*“. Diese Feststellung habe – so der Vorwurf der beklagten Partei – lediglich auf einer (im Ergebnis nicht belastbaren) Aussage des ■■■■■ ■■■■■ beruht. Dem stehe nicht nur das erhebliche Vermögen der Stadt gegenüber, sondern auch der Umstand, dass es nicht unbedingt zur Auflösung hätte kommen müssen, da auch Restrukturierungsmaßnahmen zur Verfügung standen.
- 3.18.10 Das Berufungsgericht hat die gegen diese Feststellung gerichteten Angriffe nach einer ausführlichen inhaltlichen Auseinandersetzung als nicht berechtigt angesehen, wobei es zum Ergebnis bemerkte, dass zwar die Feststellungen des Erstgerichtes im Grunde genommen auf die Aussage des ■■■■■ ■■■■■ zurückgehen, dass sie aber im Zusammenhang mit den übrigen Verfahrensergebnissen und den Rahmenbedingungen beurteilt werden müssen. Schon aufgrund der eingeschränkten Anfechtungsbefugnis des Ergebnisses der Überprüfung der Beweiswürdigung durch das Berufungsgericht ist die Revision unzulässig. Sie ist auch unberechtigt.
- 3.18.11 Dass sich eine solche Summe (über EUR 30 Mio.) unter den kommunalrechtlichen Bedingungen nicht kurzfristig aus frei verfügbaren Mitteln besorgen ließ, ergibt sich nämlich nicht nur aus der Aussage des ■■■■■ ■■■■■, sondern auch aus den verschiedenen sonstigen Beweismitteln.
- 3.18.12 Gemeinden sind verpflichtet, für alle geplanten Ausgaben eines Jahres einen Haushaltsvoranschlag zu erstellen („Budget“). Alle geplanten Ausgaben sind mit entsprechenden Einnahmen zu bedecken. Es hätte sich also unter dem Haushaltsvoranschlag für das Jahr 2007 ein freier Überschuss von zumindest EUR 30 Mio. ergeben müssen, um diese Summe kurzfristig anzubieten.
- 3.18.13 Aus Beilage ./FT1 (Haushaltsvoranschlagsentwurf 2007) ergibt sich unter Punkt 7 (PDF-S 18), dass für 2007 Darlehensaufnahmen im Ausmaß von EUR 29 Mio. geplant waren. Ein budgetärer Rahmen für mögliche Spekulationsverluste wurde – wie aus der Aufstellung ersichtlich – definitiv nicht eingeräumt. Die Darlehensaufnahmen erfolgten (wie erörtert und mehrfach vorgetragen, zuletzt im Zwischenantrag auf Feststellung vom 8. April 2019, ON 591, Punkt III.3.2.5.5.) im außerordentlichen Haushalt (siehe Beilage ./FT1, Punkt 6. V-17). Aus der Übersicht in PDF-S 5 (V-5) in Beilage ./FT1 folgt, dass für das Jahr 2007 in der „laufenden Gebarung“ (lediglich) ein Überschuss von EUR 2.428.500,-- und in der „Vermögensgebarung“ ein Überschuss von EUR 2.331.600,-- veranschlagt war. Das bedeutete einen (theoretischen)

Überschuss von rd. EUR 4,7 Mio, der somit schon rein abstrakt bei weitem nicht gereicht hat, das Risiko aus dem Swap 4175 abzufangen, ja nicht einmal, um die realistischerweise Weise jederzeit erwartbare Ausstiegskosten von zumindest EUR 30 Mio. zu finanzieren. Zusätzlich ergibt sich aus Beilage ./FT1, PDF-S 5 (V-5), dass zwar Darlehensaufnahmen von EUR 29 Mio. geplant waren, gleichzeitig aber auch Rückzahlungen in Höhe von EUR 17,9 Mio. erfolgen sollten (was aber immer noch zu einer Erhöhung der Fremdmittelfinanzierung der Stadt Linz um EUR 11,1 Mio im Jahr 2007 führte). Weitet jemand seine Schulden aus, so hat er keine frei verfügbaren liquiden Vermögenswerte oder Geldmittel. Damit bestätigt sich die Aussage des [REDACTED] zur damals angespannten Haushaltslage in Form unbedenklicher Urkunden (siehe aufgetragener Schriftsatz der beklagten Partei vom 15.11.2013, ON 135, S 21; RIS-Justiz RS0121557). Hierzu seien auch nachfolgende Auszüge nochmals dargestellt:

Die gemäß § 18 (2) und § 18 (3) der Haushaltsordnung durchgeführten Absprachen unter Einbeziehung der politischen Referenten brachte folgendes Ergebnis:

	laufende Gebarung	Vermögensgebarung	Finanztransaktionen
Einnahmen	437.502.000,--	58.103.500,--	90.499.800,--
Ausgaben	435.073.500,--	55.771.900,--	95.259.900,--
Überschuss	2.428.500,--	2.331.600,--	
Abgang			4.760.100,--

Zur Deckung des Zuschussbedarfes wurden 29 Mio. € Darlehensaufnahmen (Seite V - 20) veranschlagt. Nach Abzug der Rückzahlungen in Höhe von 17,9 Mio. € ergibt sich eine Erhöhung der Fremdmittelfinanzierung um 11,1 Mio. €. Der Saldo der laufenden Gebarung (=öffentliches Sparen) beträgt 2,4 Mio. €. Das nunmehr vorliegende Maastricht-Ergebnis zeigt einen Überschuss von 9,4 Mio. €.

Das so erzielte Ergebnis wurde von der Stadtkämmerei im vorliegenden Voranschlag zusammengefasst und wird dem Gemeinderat im Wege des Stadtsenates unter Beiziehung des Finanz-, Bildungs- und Bauausschusses mit dem Antrag auf Genehmigung vorgelegt.

(Quelle: Beilage ./FT1, PDF-S 5)

7. Darlehensaufnahmen

Für folgende Investitionen sind Darlehensaufnahmen vorgesehen:

	in €		in €
Informationstechnologie	1.000.000	Gemeindestraßen – Neubau	5.000.000
Sonstige Subventionen	1.000.000	Sonstige Schienenwege	1.000.000
Sonst. Einrichtungen u. Maßnahmen-berufsbildender Unterricht	1.000.000	Öffentliche Anlagen	1.000.000
Wissensturm - Volkshochschule	3.000.000	Öffentliche Beleuchtung und öffentliche Uhren	1.000.000
Musik und darstellende Kunst	1.000.000	Wohn- und Geschäftsgebäude	2.200.000
Museen der Stadt Linz	1.000.000	Märkte	1.900.000
Altstadterhaltung und Ortsbildpflege	2.000.000	Stadion mit Intersport Arena	300.000
Förderung des Wohnbaues und Altwohnhausbesitzes	1.000.000	Design Center Linz	200.000
Gemeindestraßen – Erhaltung	3.000.000	Beteiligungen	2.400.000
			<u>29.000.000</u>

Von den Darlehensaufnahmen sind 4,6 Mio. € dem privatwirtschaftlichen Bereich (Betriebe mit marktbestimmter Dienstleistung) zuzuordnen.

(Quelle: Beilage ./FT1, PDF-S 18)

3.18.14 Aus dem für die ex ante Betrachtung maßgeblichen Blickwinkel (Haushaltsvoranschlag 2007, Beilage ./FT1) lässt sich also anhand der unbedenklichen Beweisurkunden konstatieren, dass – ohne zusätzliche Kreditaufnahme - absolut kein Spielraum für Zahlungen im zweistelliger Millionenhöhe bestand.

4. Zur behaupteten Verletzung der Anleitungs- und Erörterungspflicht durch das Berufungsgericht

4.1 Die prozessualen Rahmenbedingungen

4.1.1 Die beklagte Partei macht als weiteren Verfahrensfehler geltend, sie wäre vom Berufungsgericht überrascht worden, weil es seine Rechtsansicht, der anfängliche negative Marktwert des Swap 4175 stelle die in § 46 Abs. 1 Z 12 StL geforderte Gegenleistung dar, eben so wenig erörtert habe, wie die Tatsache, dass letztlich (nur) der Amtsbericht 2004 (Beilage ./C) entscheidend für das Verständnis des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 war.

4.1.2 Allerdings hat die beklagte Partei den angeblichen Mangel bei der Darstellung der, die Revision rechtfertigende Gründe nicht genannt, was bedeutet, dass sich die beklagte Partei an der gegebenen Stelle gar nicht auf eine wesentliche Verfahrensverletzung und damit auch nicht auf eine für die Einzelfallgerechtigkeit gebotene Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof berufen hat. Damit ist die behauptete Verfahrensverletzung für die Revision unbeachtlich.

4.1.3 Ein wesentlicher Verfahrensfehler durch die Verletzung der Anleitungs- und Erörterungspflicht, der unter Umständen revisibel sein könnte, liegt aber tatsächlich gar nicht vor. Von der behaupteten „überraschenden Rechtsansicht“ oder gar einer fehlenden Anleitung durch das Berufungsgericht kann nämlich keine Rede sein. Haben sich die Tatsachen, die schon bisher der erörterten Rechtslage zu Grunde lagen, nicht geändert, und wurden sie nur vom Berufungsgericht anders gewertet, so liegt darin regelmäßig keine Verletzung des § 182a ZPO (7 Ob 181/04z), die Rechtsfolgen nach sich zieht (RIS-Justiz RS0122876; 1 Ob 160/07x).

4.1.4 Sowohl was die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 angeht, als auch was die Subsumtion des Swap-Geschäftes unter § 46 StL betrifft, kann wohl kein Zweifel bestehen, dass beide Themen schon im Verfahren erster Instanz intensiv erörtert wurden, um nicht zu sagen, es ging ständig um diese beiden Themen. Auch die Parteien hatten reichhaltig Gelegenheit, alle ihnen tauglich erscheinenden Beweisanträge zu stellen, was Ausdruck in den umfangreichen Erörterungsanträgen beider Parteien fand. Die richterliche

Anleitungspflicht greift in einem solchen Fall nur mehr dort, wo eine Partei erkennbar bestimmte Tatsachen als nicht verfahrensrelevant erkennt oder übersieht und deshalb keine Beweisanträge stellt. Davon kann hier keine Rede sein, wie unten noch näher gezeigt wird.

- 4.1.5 Einer richterlichen Anleitung zu einem Vorbringen bedarf es auch dann nicht, wenn der Prozessgegner, sei es bei seinen anspruchsbegründenden, sei es mit rechtsvernichtenden Einwendungen auf die Problematik hingewiesen hat. In einem solchen Fall muss jede Partei von sich aus ihren Prozessstandpunkt kritisch überprüfen und die erforderlichen Konsequenzen ziehen. Zweck der Manuduktionspflicht nach § 182a ZPO ist es nicht, eine Partei zur Änderung ihres Vorbringens zu veranlassen, wenn die Gegenpartei bereits auf mögliche Schwächen oder eine andere Sicht der Dinge hingewiesen hat (8 Ob 135/06w). Das war in beiden Punkten der Fall.
- 4.1.6 Überdies hat die beklagte Partei ihre Verfahrensrüge in dieser Richtung auch nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt. Auch bei der Verfahrensrüge wegen Verletzung der Anleitungs- und Erörterungspflicht muss der Rechtsmittelwerber darlegen, welches zusätzliche oder andere Vorbringen er bei Kenntnis der aus seiner Sicht überraschenden Rechtsansicht erstattet hätte (ein solches Vorbringen würde auch nicht gegen das Neuerungsverbot verstoßen). Das hat die beklagte Partei aber nicht getan. Auch hätte sie dartun müssen, dass der von ihr behauptete Verfahrensmangel erheblich gewesen ist, er sich also auf das Ergebnis des Verfahrens auswirken kann (1 Ob 215/05g). Diesem Erfordernis hat die beklagte Partei auch nicht entsprochen.
- 4.1.7 Wenn man sich nämlich ihre Revision in diesem Bereich ansieht, dann spricht sie zwar von aufgrund des Verhaltens des Berufungsgerichtes angeblich unterlassenen (zusätzlichen) Beweisanträgen, die sie gestellt hätte, sie sagt aber weder, worin die zusätzlichen Beweise bestanden hätten und sie sagt auch nicht, welches andere Prozessergebnis sich durch die Aufnahme der zusätzlichen Beweise ergeben hätte.
- 4.1.8 Was etwa die für die Anwendbarkeit des § 46 Abs 1 Z 12 StL erforderliche Gegenleistung der Stadt Linz für den Zinsentausch angeht, spricht die beklagte Partei nur davon, dass sie ergänzende Fragen an die Gerichtssachverständigen zum Thema Marktwert gestellt hätte. Diese – von ihr formulierten Fragen – sind aber, wenn man sie liest, nicht auf Tatsachen gerichtet, sondern sie zielen auf eine andere (rechtliche) Einschätzung durch die Gerichtsgutachter ab. Das ist aber irrelevant.
- 4.1.9 Ähnliches gilt für den Amtsbericht. Hier gelingt es der beklagten Partei nicht einmal darzustellen, welchen relevanten Beweisantrag sie bei Kenntnis der Rechtsauffassung des Erstgerichtes tatsächlich gestellt hätte. Dass ██████████ ██████████ selbst davon ausgegangen ist,

dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 den Abschluss des Swap 4175 nicht gedeckt hat, steht nach den Ergebnissen des Verfahrens (Ersturteil, S 25; Protokoll vom 14. Mai 2019, ON 608, S 3 f) unverrückbar fest. Eine zusätzliche Befragung hätte also nichts anderes ergeben können. Die Vernehmung weiterer Zeugen zu ihrem Verständnis vom Inhalt des Gemeinderatsbeschlusses hat die beklagte Partei ohnehin beantragt (in der Revision verweist sie auf Seite 109 diesbezüglich auf ihre Antragstellung im Schriftsatz vom 18. Mai 2017). Abgesehen davon, dass sich das Verständnis des Gemeinderats ohnehin aus dem Amtsbericht und dem Protokoll der Sitzung ergibt, ist also nicht nachvollziehbar, woran die beklagte Partei eigentlich gehindert worden ist. Ihr Beweisantrag, den sie ja gestellt hat, erklärt sich nämlich nur daraus, dass es um den Inhalt und die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses gehen sollte. Die beklagte Partei konnte also gar nicht davon überrascht sein, dass sich das Berufungsgericht mit diesem Thema beschäftigt hat.

4.2 Gegenleistung und „negativer Anfangswert“

- 4.2.1 Dem Gemeinderat waren unter anderem der Abschluss und die Auflösung sonstiger Verträge vorbehalten, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000,00 oder das jährliche Entgelt EUR 50.000,00 übersteigt (§ 46 Abs 1 Z 12 StL). Die beklagte Partei behauptet nun, sie wäre von der (bis dahin nie erörterten) Auffassung überrascht worden, dass der sogenannte „negative Anfangswert“ des Swap 4175 die in der Kompetenznorm genannte einmalige Gegenleistung darstelle. Das hat das Berufungsgericht aber gar nicht getan, das Berufungsgericht erwähnt zwar den Marktwert, meint aber nicht den (ebenfalls negativen) Marktwert des Swaps, sondern die bewertbaren (und auch tatsächlich bewerteten) Leistungen der Stadt Linz und der beklagten Partei. Der Swap bestand nämlich einerseits aus einem Zinstausch (fixe gegen variable Zinsen), der die Stadt Linz - gemessen am Marktwert dieses Zinstausches zu Beginn des Geschäftes – begünstigte und aus dem Verkauf von 21 Terminoptionen durch die Stadt Linz an die beklagte Partei, die einen Wert von rund EUR 50 Mio verkörperten.
- 4.2.2 Das Berufungsgericht beurteilte den Swap 4175 als Wette und damit als entgeltliches Rechtsgeschäft, in dem sich die Rechtspositionen der beiden Partei als Leistung und Gegenleistung gegenüberstanden. Habe es sich dabei auch nicht um Geldleistung gehandelt, so wären es doch in Geld bewertbare Leistungen gewesen. Dabei sei es letztlich auf die Bewertung der Rechtsposition angekommen, die die *„Klägerin der Beklagten mit dem Swap 4175 einräumt, um beurteilen zu können, ob das von ihr zu erbringende und damit vertraglich festgesetzte Entgelt die betragliche Grenze der Z 12 leg cit übersteigt.“* Damit gab das Berufungsgericht nur wieder, was ohnehin das Ergebnis der Sachverständigengutachten war (Gerichtsgutachten, ON 427, S 62 ff).

- 4.2.3 Somit kann auch die als Ergänzung formulierte Frage der beklagten Partei an die Gerichtsgutachter keine Rolle mehr spielen. Ganz abgesehen davon, dass die Fragestellung nicht auf eine Tatsache, sondern auf eine (rechtliche) Wertung, nämlich die Subsumtion des Geschäftes unter den Zuständigkeitstatbestand gerichtet ist (Revision, S 108: „[...] *konkret, ob diese [die Gutachter] den anfänglichen negativen Marktwert als festgesetztes einmaliges Entgelt für den Swap verstehen*“).
- 4.2.4 Letztlich war, so zu Recht das Berufungsgericht, die Herleitung des „*negativen Anfangswertes*“ als Differenz der zu Marktwerten angesetzten wechselseitigen Leistungen zwischen den Parteien auch gar nicht strittig. Dieses Thema war ohnehin auch Gegenstand der Erörterung mit den Gerichtsgutachtern, die (wirkliche) Tatsachenfrage in dieser Richtung also bereits gestellt. So hat Uwe Wystup auf die Frage des Gerichts, ob einander die beiden Komponenten des Swaps (Zinskomponente und Optionskomponente) als selbständig bewertbare Leistungen der beiden Partei gegenüberstanden, geantwortet: „*Ja, so kann man das sehen*“ (Protokoll vom 11.03.2019, ON 569, S 20, 4. Absatz).

4.3 Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses anhand des Amtsberichts

- 4.3.1 Als für sie völlig überraschend und gleichsam aus dem „heiteren Himmel“ kommend bezeichnete die beklagte Partei, dass das Berufungsgericht dem Amtsbericht zum Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 eine derart zentrale Bedeutung beimaß. Überraschend war das aber nicht.
- 4.3.2 Die Stadt Linz hat nämlich bereits in der Klage unter Punkt III 1.3.3 f (Seite 7) nach der wörtlichen Wiedergabe der Ziffer 2 des Amtsberichtes ausgeführt: „*Mit dem zweiten Punkt des Beschlusses waren – bezogen auf bereits bestehende Fremdwährungsfinanzierungen – marktübliche Absicherungsmaßnahmen gemeint*“. Und fortführend unter Punkt VI 1.4.3 (Klage, S 39) „*Erklärtes Ziel des Gemeinderates war es, das Fremdwährungsrisiko aus der bestehenden Finanzierung abzusichern. Dadurch sollte eine Verbesserung im Vergleich zur Ausgangslage erreicht werden. Der Swap 4175 hat dagegen das Fremdwährungsrisiko von Anfang an potenziert. Er hat daher eine Verschlechterung des Fremdfinanzierungsportfolios mit sich gebracht* (Hervorhebung)“. Auch in den folgenden Schriftsätzen (etwa in jenem vom 12. Juli 2013, ON 59) weist die Stadt Linz darauf hin, dass der Gemeinderat bei seiner Beschlussfassung weder das Swap-Geschäft 4175 noch ein Finanzgeschäft in einer ähnlichen oder vergleichbaren Art bei seiner Beschlussfassung vor Augen gehabt habe. Begründend wies die Stadt Linz darauf hin, dass der Gemeinderat ausschließlich an Absicherungsinstrumente gedacht und entsprechende Kurssicherungen ins Auge gefasst habe (Punkt II 1.5.2 [S 19]).

- 4.3.3 Die beklagte Partei ist dem sogar entgegengetreten und hat schon in ihrer Klagebeantwortung verschiedenste Beweisanträge gestellt (Klagebeantwortung vom 7. Dezember 2011, ON 7, S 15 ff), die alle darauf abzielten, ihre entgegenstehende Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses zu beweisen. Das Thema war also von Anbeginn an „auf ihrem Radarschirm“. Es ist daher nicht im Mindesten erkennbar, warum es noch einer zusätzlichen gerichtlichen Anleitung bedurft hätte.
- 4.3.4 Im Übrigen hat die beklagte Partei im Verfahren erster Instanz wiederholt vorgebracht, der Amtsbericht sei zur Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses heranzuziehen. Sogar in der Berufung argumentierte sie noch mit der Notwendigkeit der Berücksichtigung der „historischen Genese“ des Gemeinderatsbeschlusses (Berufung, S 138 [ident: Revision, S 54]: „*Amtsbericht zum GRB 2004*“)
- 4.3.5 Auch die Schlussfolgerung des Gerichtes, beim Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 habe es sich um eine reine Innenvollmacht gehandelt, womit natürlich dem Amtsbericht eine besondere Bedeutung zukam, durfte die beklagte Partei keineswegs überraschen. Wiesen doch alle Verfahrensergebnisse darauf hin, dass sie nicht werde beweisen können, dass sie bei Vertragsabschluss den Gemeinderatsbeschluss gehabt hat oder zumindest den genauen Text gekannt hat. Spätestens mit dem Ersturteil musste sie damit rechnen, dass auch das Berufungsgericht davon ausging.

V. Anträge

Die Stadt Linz beantragt, der Oberste Gerichtshof als Revisionsgericht möge

1. die Revision der beklagten Partei zurückweisen;

in eventu für den Fall der Zulassung

der Revision der beklagten Partei keine Folge geben;

jedenfalls aber

2. der beklagten Partei den Ersatz der Kosten des Verfahrens an die klagende Partei gemäß § 19a RAO zu Handen der Klagevertretung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.

Stadt Linz
(vertreten durch den Bürgermeister)

KOSTENVERZEICHNIS

Tarif: TP 3C (Schrifts.)		(Bem.Grl.: EUR 100.000,00)
Revisionsbeantwortung	EUR	1.315,10
50% Einheitssatz	EUR	657,55
100% Erschwerniszuschlag gem. § 21 Abs 1 RATG *)	EUR	1.972,65
Erhöhungsbetrag (ERV)	EUR	2,10
<hr/>		
Summe USt-pflichtig	EUR	3.947,40
20% USt.	EUR	789,48
<hr/>		
GESAMT	EUR	4.736,88

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