



REPUBLIK ÖSTERREICH
HANDELSGERICHT WIEN

55 Cg 28/18f-633.3

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Marxergasse 1a
1030 Wien

Tel.: +43 1 51528 688

ZWISCHENURTEIL
gemäß § 393 Abs 2 ZPO

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien hat durch seinen Richter Andreas Pablik in der Rechtssache der Klägerin **Stadt Linz**, vertreten durch ihren Bürgermeister, 4020 Linz, Altes Rathaus, Hauptplatz 1, vertreten durch die Aigner Rechtsanwalts-GmbH in 1010 Wien und die Wildmoser/Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz wider die Beklagte **BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft**, 1100 Wien, Wiedner Gürtel 11, vertreten durch die Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien und die DORDA Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien **wegen CHF 30.640.161,40 (EUR 25.185.074,30)** und den von der Klägerin gestellten **Zwischenantrag auf Feststellung (bewertet mit EUR 100.000,--)** über diesen Zwischenantrag auf Feststellung der Klägerin nach darüber durchgeführter abgesonderter und beschränkter öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

Es wird festgestellt, dass der Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten mit der Bezeichnung Resettable CHF linked Swap 4175 nie Bestand hatte.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Klägerin ist die Landeshauptstadt des Bundeslandes Oberösterreich (OÖ) und eine Stadt mit eigenem Stadtstatut (§ 1 Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992, LGBl. Nr. 7/1992, im Folgenden kurz „StL“), das die Organisation der Stadt und ihrer Organe regelt.¹ Die Organe

¹ Verweise auf das StL ohne abweichende Anmerkung in diesem Urteil beziehen sich immer auf die zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses 2007 gültige Fassung.

der Stadt sind

- der aus 61 Mitgliedern bestehende Gemeinderat (GR),
- der Bürgermeister bzw die Bürgermeisterin (BM),
- der Stadtsenat (StS),
- die Mitglieder des StSs (Bürgermeister(in), vier Vizebürgermeister(innen) und vier weitere Mitglieder, die bei ihrer Wahl Gemeinderatsmitglieder sein müssen, auf ihr Gemeinderatsmandat aber nach ihrer Wahl verzichten können) und
- der Magistrat.

Der GR ist das oberste Organ der Klägerin im eigenen Wirkungsbereich der Stadt und trifft als Kollegialorgan seine Entscheidungen durch Beschlüsse auf Grundlage des StL und der Geschäftsordnung für den Gemeinderat (GOGR, vgl ./DS). Ihm oblag zum Vertragszeitpunkt nach § 46 StL unter anderem die Aufnahme und Gewährung von Darlehen oder die Leistung von Bürgschaften, wenn das Darlehen oder die Bürgschaft den Betrag von EUR 10.000,-- übersteigt (Z 9) und der Abschluss und die Auflösung sonstiger Verträge, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000,-- oder das jährliche Entgelt EUR 50.000,-- übersteigt (Z 12). Er kann nach Abs 2 leg cit einzelne in seine Kompetenz fallende Angelegenheiten mit Verordnung dem StS übertragen, sofern dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit gelegen ist.

Der GR kann nach Bedarf Ausschüsse zur Vorberatung von Anträgen und zur Abgabe von Gutachten bestellen. Zwingend vorgesehen ist ein Kontrollausschuss für die Behandlung der Berichte des Kontrollamtes und ein Ausschuss für Frauenangelegenheiten und Gleichbehandlungsfragen, eingerichtet war und ist auch ein Finanzausschuss. Die Ausschüsse setzen sich aus Mitgliedern des GR zusammen. Die Sitzungen sind nicht öffentlich, Mitglieder des GR, die nicht Ausschussmitglieder sind, dürfen aber als Zuhörer teilnehmen. BM, Mitglieder der StS und der Magistratsdirektor oder die Magistratsdirektorin (MD) sind berechtigt, an Sitzungen teilzunehmen und dort gehört zu werden. Der Ausschuss kann auch Personen, die weder dem GR, noch dem Ausschuss angehören, beratend beiziehen und verlangen, dass BM, Mitglieder des StS oder Dienststellenleiterinnen und Dienststellenleiter an der Sitzung teilnehmen. Die Ausschüsse können in ihrem Wirkungsbereich Beschlussanträge stellen, Berichte der Dienststellenleitung abfordern, Augenscheine vornehmen, Geschäftsstücke einsehen und Erhebungen pflegen. Über die Sitzungen ist eine Verhandlungsschrift zu führen. Beschlüsse, die der Ausschuss fasst, sind dem GR weiterzuleiten, nicht aber die Verhandlungsschriften (§§ 40 f StL, §§ 15 f GOGR,

§§ 3, 9, 25 ff GOAu).

Der oder die BM hat die Beschlüsse des GR (und auch die des StS) zu vollziehen und sich dabei der Mitglieder des StSs zu bedienen (§ 22 StL). Er oder sie vertritt die Stadt nach außen und ist Vorstand des Magistrats (§ 49 StL). Er oder sie ist berechtigt, in Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit des StSs fallen, an Stelle des StSs zu entscheiden, wenn dessen Entscheidung ohne Nachteil für die Sache nicht abgewartet werden kann oder die Angelegenheit einer sofortigen Entscheidung bedarf. Diese Berechtigung umfasst auch die Ausübung der Notkompetenz des StSs, für den GR zu agieren, sodass der oder die BM bei Gefahr im Verzug auch für den GR handeln kann.

BM der Klägerin war von 1988 bis 2013 Dr. Franz Dobusch², sein Nachfolger MMag. Klaus Luger bekleidet das Amt seit 7.11.2013. Das für Finanzen zuständige Mitglied des StS war von 2003 bis 2013 MMag. Dr. Johann Mayr, M.A..

Der Magistrat besteht aus BM als Vorstand, MD und den übrigen Bediensteten. Teil des Magistrats ist auch das Kontrollamt (KoA), das die Gebarung des Magistrats in Bezug auf die rechnerische Richtigkeit sowie auf die Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu überprüfen hat (§ 39 StL). Der Magistrat hat die Geschäfte der Klägerin zu besorgen (§§ 37 ff, 51 StL). Er ist in Dienststellen gegliedert (Geschäftsgruppen, Ämter, Einrichtungen), deren Tätigkeit in der Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz (GEOM, vgl. / DQ) näher geregelt ist. Eine dieser Geschäftsgruppen ist die Finanz- und Vermögensverwaltung (FVV), der 2007 drei Dienststellen nachgeordnet waren, nämlich die Stadtkämmerei (StK), das Wirtschaftsservice der Stadt Linz und das Finanzrechts- und Steueramt. Von 2003 bis 2011 war [REDACTED] als Finanzdirektor (FD) der Leiter der Geschäftsgruppe FVV und zugleich auch Amtsleiter der StK. Sein Vorgänger (und späterer Nachfolger) als FD war [REDACTED].

Dienststellenleiter und sonstige Mitarbeiter des Magistrats können den oder die BM im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit auch bei zu treffenden Entscheidungen, Verfügungen und Amtshandlungen vertreten. Eine solche Vertretung ist allerdings ausgeschlossen, soweit Geschäftsfälle nach dem StL und der Geschäftsverteilung für den StS oder sonstigen Rechtsvorschriften der kollegialen Beratung und Beschlussfassung vorbehalten sind, soweit die Vertretung durch gesetzliche Vorschrift sonst ausgeschlossen ist sowie bei der Unterfertigung von Urkunden gemäß § 66 Abs 1 und 2 StL (§ 11 Abs 4 f GEOM 1999).

² Vollständige Namen samt Titel werden in diesem Urteil immer nur bei der ersten Nennung angeführt.

Am HG Wien sind im Zusammenhang mit dem Finanzgeschäft „Resettable CHF Linked Swap 4175“ vom 12.2.2007 zwischen den Parteien mehrere Verfahren anhängig:

Mit ihrer Klage zu (nunmehr) 55 Cg 28/18f begehrt die Klägerin, gestützt primär auf die ursprüngliche und auch ex tunc wirkende später geltend gemachte Ungültigkeit des Swaps 4175 die Rückabwicklung und fordert ihre geleisteten Zahlungen bereicherungsrechtlich zurück. Eventualiter werden die Ansprüche auf Schadenersatz gestützt, auch für den Fall eines gültigen Abschlusses des Swaps. Die Beklagte wendet vertragliche (Nicht-)Erfüllungsansprüche compensando gegen die auch dem Grunde nach bestrittene Klagsforderung ein und erhebt weiters schadenersatzrechtliche Gegenforderungen für den Fall der Ungültigkeit des Vertrags. Der Streitwert beträgt CHF 30.640.161,40 (EUR 25.185.074,30).

Die hier compensando bis zur Klagshöhe erhobenen Ansprüche macht die Beklagte als Widerklägerin auch in einer eigenen Widerklage zu (nunmehr) 55 Cg 29/18b geltend, betraglich jedoch in dem weit größeren Ausmaß von EUR 417.737.018,29. Spiegelbildlich wendet die Klägerin (dort als Widerbeklagte) die in diesem Verfahren geltend gemachten Ansprüche compensando ein.

Die Verfahren über Klage und Widerklage waren ab dem 8.4.2013 verbunden (Beschluss ON 43). Die Verbindung wurde mit Beschluss vom 10.4.2019 (Prot ON 593, S. 2 f) aufgehoben und das Verfahren über die Widerklage bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung über das Rechtsverhältnis Swap 4175 gemäß § 190 Abs 1 ZPO unterbrochen.

Ein weiteres Widerklageverfahren (48 Cg 14/14i) ist rechtskräftig abgeschlossen.

Die **Klägerin begehrt** mit ihrem Zwischenantrag auf Feststellung (kurz Zwischenfeststellungsantrag oder „ZFA“) festzustellen, dass der Swap 4175 nicht wirksam zustande gekommen und daher zu keinem Zeitpunkt wirksam gewesen sei, eventualiter auch, dass er rückwirkend aufgehoben sei und dass er jedenfalls am 20.10.2011 nicht mehr gültig gewesen sei.

Die Voraussetzungen für den ZFA seien erfüllt und dieser daher zulässig. Präjudizialität liege vor, weil nur bei einer Gültigkeit des Swaps die Beklagte Anspruch auf Ersatz des von ihr geltend gemachten Nichterfüllungsschadens habe, wohingegen die Ungültigkeit zur Rückforderbarkeit der dann rechtsgrundlos geleisteten Zahlungen der Klägerin führe.

Die Wirkung des begehrten Zwischenurteils reiche auch über den konkreten Rechtsstreit

hinaus. Die Klägerin könne in diesem Verfahren nicht sämtliche Ansprüche mit Leistungsklage geltend machen, wenn diese nur Leistungsansprüche aus dem Nichtbestehen des strittigen Rechtsverhältnisses ableiten kann, zugleich die Beklagte aber ein auf Bestehen desselben Rechtsverhältnisses gestütztes Leistungsbegehren erhoben hat. Die der Klägerin mögliche Leistungsklage reiche zur vollständigen Bereinigung des strittigen Rechtsverhältnisses nicht aus. Auch die zeitweise Verbindung der beiden Verfahren ändere daran nichts, da mangels Bindung an die Begründung in den beiden Verfahren das Rechtsverhältnis unterschiedlich beurteilt werden könne. Dies sei von der Jud auch bereits bestätigt worden (OGH 9 ObA 51/92).

Inhaltlich vertritt die Klägerin den Standpunkt, ■■■■ sei aus kommunalrechtlichen Gründen weder öffentlich-rechtlich, noch zivilrechtlich befugt gewesen, den Swap 4175 für die Klägerin abzuschließen und führte weitere Gründe für die Unwirksamkeit des Swaps an. Das Gericht beschränkte aus prozessökonomischen Erwägungen die Verhandlung auf folgende Punkte des ZFA, sodass im Weiteren auch nur auf diese eingegangen wird:

Fehlen öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Vertretungsmacht (ZFA Kapitel III.3.1)

Überschreitung der Ermächtigung im GR-Beschluss vom 3.6.2004 (ZFA Kapitel III.3.2)

Fehlende Vertretungsmacht wegen Befugnismissbrauchs durch ■■■■ (ZFA Kapitel III.3.3)

Ungültigkeit wegen Fehlens der aufsichtsbehördlichen Genehmigung (ZFA Kapitel III.3.4)

jeweils samt den dazu korrelierenden Ausführungen zu einer nachträglichen (Anscheins-)Genehmigung (ZFA Kapitel III.5).

Dazu führte die Klägerin stark zusammengefasst aus:

Die Zuständigkeit für den Abschluss des Swaps sei ausschließlich beim GR gelegen, dieser habe einen solchen Willen aber weder gefasst noch erklärt, vielmehr seien beim Geschäftsabschluss lediglich der damalige BM Dobusch (hinsichtlich Rahmenvertrag und Unterschriftenverzeichnis) und ■■■■ tätig geworden. Die einzige Willensbildung des GR sei der Beschluss vom 3.6.2004 gewesen. Dieser stelle aber weder eine Delegation nach § 46 Abs 2 StL dar, da auf diese Weise nur mit Verordnung Agenden auf das Kollegialorgan StS übertragen werden können, noch eine bei Kollegialorganen unzulässige Vertretung nach § 38 Abs 3 StL. Unter anderem deswegen sei auch die Annahme der Erteilung einer Approbationsbefugnis an ■■■■ durch den GR ausgeschlossen. Da dem BM nur Willensbetätigungskompetenz zukomme, nicht aber die Kompetenz zur Willensbildung, könne er diese auch keinem anderen einräumen. Der Beschluss des GR sei auch nicht ausreichend determiniert, der der FVV eingeräumte Spielraum sei viel zu weit. Eine öffentlich-rechtliche Grundlage für eine Kompetenzverschiebung von GR zu BM, FVV oder ■■■■ sei daher

ausgeschlossen.

Es liege auch keine Vertretungsbefugnis aufgrund einer zivilrechtlichen Bevollmächtigung vor. Der GR als Organ habe mangels eigener Rechtspersönlichkeit keine Vollmacht erteilen können. Er sei auf die interne Willensbildung beschränkt und nicht in der Lage, außenwirksam eine Willenserklärung abzugeben. Vollmacht könne darüber hinaus auch nur Dritten, nicht aber anderen, unzuständigen Organen erteilt werden, wenn, wie hier, für die Kompetenzübertragung bestimmte Formen vorgeschrieben seien. Durch das Privatrecht dürfen die Organisationsvorschriften nicht umgangen werden. Eine dennoch erteilte Vollmacht sei als gesetzwidrig unwirksam. Der Beschluss des GR vom 3.6.2004 stelle daher keine zivilrechtliche Bevollmächtigung dar.

Ebenso wenig könne eine Bevollmächtigung aus der Unterzeichnung des Rahmenvertrags oder des Unterschriftenverzeichnisses durch den BM abgeleitet werden. Dessen Kompetenz umfasse lediglich die Umsetzung des vom GR gebildeten Willens. Mangels eigener Kompetenz habe dieser daher auch keine Vollmacht zur Willensbildung zum Abschluss von Geschäften erteilen können.

Eine Deutung des GR-Beschlusses als Übertragung der Willensbildungskompetenz im Sinne einer Generalvollmacht zum Abschluss von Vermögensgeschäften auf die FVV scheitere an der Rechtswidrigkeit und der daraus resultierenden Unwirksamkeit einer solchen Übertragung. Damit fehle es an einer Grundlage für die Einordnung der Handlungen des BM als Umsetzung einer vom GR gewollten Übertragung der Kompetenz an die FVV.

Es liege auch keine Anscheinsvollmacht vor, weil der GR nie den Anschein erweckt habe, einen auf Abschluss des Swap 4175 abzielenden Willen gefasst zu haben. Geschützt werde lediglich das Vertrauen, der GR habe das Geschäft geschlossen bzw einen entsprechenden Willen auf Abschluss gefasst, was aber aus dem Jahre zuvor stammenden Beschlussinhalt nicht abgeleitet werden könne. Der bloße Anschein der Zuständigkeit eines gesetzlich unzuständigen Organs könne im Lichte des § 867 ABGB keine wirksame Vertretungsmacht verschaffen.

Handlungen anderer Organe, wie etwa des BM, können keinen Anschein einer Willensbildung des GR erzeugen und daher keine Grundlage für eine Anscheinsvollmacht sein.

Darüber hinaus liege kein schutzwürdiges Vertrauen der Beklagten vor, die das Geschäft ohne Kenntnis des GR-Beschlusses abgeschlossen habe. Erst lange nach Abschluss habe sie sich für diesen und dessen Inhalt erstmals interessiert.

Nach § 66 Abs 1 StL seien Urkunden über Rechtsgeschäfte, die der Beschlussfassung des GR oder des StSs bedürfen, vom Bürgermeister zu unterfertigen und mit dem Stadtsiegel zu

versehen. Dabei handle es sich um ein Gültigkeitserfordernis, dem nicht entsprochen worden sei, sodass auch aus diesem Grunde der Swap nie wirksam zustande gekommen sei.

Der Swap 4175 habe auch inhaltlich den Vorgaben im GR-Beschluss nicht entsprochen. [REDACTED] habe ihn daher wegen Überschreitung der Ermächtigung nicht wirksam abschließen können, selbst wenn in den Grenzen des Beschlusses eine Befugnis eingeräumt worden wäre. Der Swap sei nämlich weder marktüblich, noch zur Optimierung geeignet gewesen. Er habe ex ante keine Verringerung der Zahllast erwarten lassen. Die Risikoerhöhung sei in keinem angemessenen Verhältnis zum möglichen Ertrag gestanden und das mit dem Swap 4175 verbundene Risiko sei existenzbedrohend und für die Klägerin nicht beherrschbar gewesen. Einerseits sei die Klägerin organisationsbedingt gar nicht in der Lage, in der notwendigen Raschheit Entscheidungen zu treffen, andererseits sei ex ante mit derart exorbitant hohen Wahrscheinlichkeiten mit Ausstiegskosten zu rechnen gewesen, die die aufsichtsbehördlichen Genehmigungsschwellen überschreiten und somit zu einer Genehmigungspflicht und der damit einhergehenden Schwerfälligkeit der Umsetzung einer Entscheidung führen. Das Risiko sei deswegen von der Klägerin nie beherrschbar gewesen.

Der Beklagten sei der vor dem Hintergrund des Art 119a Abs 2 B-VG und der kommunalrechtlichen Vorgaben evidente Befugnismissbrauch bekannt oder zumindest erkennbar gewesen, sodass sie zumindest grob fahrlässig, wenn nicht gar vorsätzlich agiert habe. Jedenfalls sei sie nicht schutzwürdig.

Der Swap 4175 sei im Falle eines ansonsten wirksamen Abschlusses überdies nach § 78 Abs 1 Z 2 und auch Z 3 StL durch die Gemeindeaufsichtsbehörde genehmigungspflichtig gewesen und in Ermangelung einer solchen Genehmigung auch aus diesem Grund ungültig. Durch den Swap sei es nachträglich zu einer Modifikation der Anleihe gekommen, weil er sich auf die aus ihr resultierenden Zinszahlungsverpflichtung ausgewirkt habe. Daher stehe der Swap unter demselben Genehmigungsvorbehalt wie die Anleihe als Darlehen im Sinne der Z 2 leg cit und wie eine Bürgschaft und sonstige Haftung nach Z 3 leg cit. Durch den Swap seien auch die entsprechenden Genehmigungsschwellen überschritten worden. Das Zivilgericht habe überdies nach der höchstgerichtlichen Jud (OGH 6 Ob 73/14z) bereits dann von einer Genehmigungspflicht auszugehen, wenn diese auch nur denkmöglich ist, was hier der Fall sei.

Es habe daher keinen gültigen Vertragsabschluss gegeben.

Der Swap 4175 sei auch nicht nachträglich genehmigt worden. Bei offenkundiger Verletzung gesetzlicher Vorschriften könne man sich nicht auf eine nachträgliche Genehmigung durch ein anderes Gemeindeorgan berufen, weil dieses dann ebenfalls einen offenkundigen Befugnismissbrauch beginge. Ebenso ausgeschlossen sei eine nachträgliche Genehmigung

durch die Klägerin bei Fehlen der aufsichtsbehördlichen Genehmigung, da eine solche nur von der Aufsichtsbehörde erteilt werden könne. Der GR habe nie eine nachträgliche Genehmigung erteilt. Auch den Anschein einer solchen Genehmigung habe er nicht erweckt. Eine nachträgliche Genehmigung könne nur durch das zuständige Organ erfolgen und bedinge dessen Kenntnis vom Geschäft selbst und von dessen schwebender Unwirksamkeit. Weiters müsse der Wille bestehen, das Geschäft zu genehmigen. Eine Genehmigung sei nie Gegenstand einer GR-Sitzung gewesen, ein Nichtreagieren stelle keine Genehmigung oder deren Anschein dar. Aufgrund der Kameralistik finden sich die Ein- und Ausgänge aller Finanzgeschäfte der Klägerin im Rechnungsabschluss nur als Saldo der Konten „Sonstige Einnahmen“, ohne dass die Möglichkeit einer Zuordnung zu konkreten Geschäften bestehe. Die Prüfungen der Rechnungsabschlüsse durch das KoA beinhalten keine Prüfung einzelner Geschäfte. Die Prüfberichte seien nicht an den GR ergangen, sondern lediglich an den Kontrollausschuss. Dessen Sitzungen seien ebenso wie die des Finanzausschusses, in denen ■■■ seine Debt Management Berichte erstattet habe, gemäß § 3 Abs 4 GOAu (Geschäftsordnung für die Ausschüsse) vertraulich. Die Verhandlungsprotokolle seien dem GR nicht übermittelt worden. Der GR habe den Swap nicht durch Vorteilszuwendung nachträglich genehmigt und auch nicht den Willen gehabt, mit der Verabschiedung der Rechnungsabschlüsse eine Genehmigung zu erteilen. Der GR habe keine Kenntnis von der Struktur des Swaps und von dessen schwebender Unwirksamkeit gehabt. Handlungen, von denen die Beklagte keine Kenntnis gehabt habe oder Handlungen anderer Personen oder Organe als dem GR können schon abstrakt keinen Genehmigungsanschein erwecken. Schweigen sei keine Zustimmung und begründe auch keinen Vertrauenstatbestand. Der ungültige Swap 4175 sei daher auch nicht nachträglich saniert worden.

Die Beklagte trat dem Antrag auf formaler und inhaltlicher Ebene entgegen. Der Antrag sei nicht zulässig und daher zurückzuweisen, weil keine Präjudizialität gegeben sei. Eine Entscheidung über die in diesem Verfahren erhobenen Ansprüche sei nicht präjudiziell für das Widerklageverfahren. Klage und Widerklage seien ursprünglich verbunden gewesen, ohne die am 10.4.2019 erfolgte künstliche Trennung wären die Verfahren noch immer verbunden. Diese Trennung allein zum Zwecke, die Voraussetzungen für einen ZFA zu schaffen, könne aber keine Präjudizialität begründen.

Der begehrten Feststellung komme auch keine Wirkung über den konkreten Rechtsstreit hinaus zu. Der von der Klägerin herangezogene Entscheidung des OGH 9 ObA 51/92 sei ein arbeitsrechtlicher Spezialfall zu Grunde gelegen, sie stehe auch im Widerspruch zu herrschender Lehre und Rspr. Die begehrte Feststellung sei kein Präjudiz künftiger Rechtsstreitigkeiten über gleichartige Ansprüche zwischen den gleichen Parteien, die aus

demselben rechtserzeugenden Sachverhalt abgeleitet werden, sodass auch diese Voraussetzung nicht gegeben sei und der Antrag – auch amtswegig in jeder Lage des Verfahrens – zurückzuweisen sei.

Inhaltlich beantragte die Beklagte für den Fall der Zulässigkeit des ZFA die Abweisung des Begehrens und führte auf das Wesentlichste zusammengefasst aus:

Der Swap sei weder Darlehen noch Haftung im Sinne des § 78 StL und daher nicht durch die Aufsichtsbehörde zu genehmigen.

■ sei aufgrund des GR-Beschlusses vom 3.6.2004 ermächtigt gewesen, den Swap abzuschließen. Es handle sich dabei um eine zivilrechtliche Bevollmächtigung, auf die er sich bei Abschluss des Geschäfts auch berufen habe.

Es sei nicht gegen öffentlich-rechtliche Organisationsvorschriften verstoßen worden. Swaps und ähnliche Finanzgeschäfte seien zum Abschlusszeitpunkt nicht von § 46 Abs 1 StL erfasst und daher auch nicht dem GR vorbehalten gewesen. Weder die Beklagte, noch ■ haben von einer Genehmigungspflicht ausgehen müssen und seien auch nicht davon ausgegangen. Die öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften der Klägerin stehen einer zivilrechtlichen Bevollmächtigung durch den GR-Beschluss vom 3.6.2004 nicht entgegen, andernfalls wären diese verfassungswidrig, weil sie die Privatautonomie der Klägerin unzulässig beschränkten. Den Gemeinden stünden nämlich dann Finanzgeschäfte, die eine schnelle Reaktion verlangen und daher nicht von einem nur periodisch zusammentretenden Kollegialorgan mit 61 Mitgliedern gestionierbar seien, nicht zur Verfügung. Dies sei – auch im Hinblick auf die zahlreichen Vertragsabschlüsse in der Praxis – völlig lebensfremd. Die hier gewählte Vorgangsweise sei von der Gemeindeaufsicht und dem KoA gebilligt und von der Klägerin auch laufend praktiziert worden.

Der GR-Beschluss stelle eventualiter auch eine Approbationsbefugnis im Sinne einer Weisung des GR an ■ dar, der die Klägerin auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften vertreten habe können. Spätestens mit der Unterzeichnung des Rahmenvertrags samt Unterschriftenverzeichnisses habe auch die außenwirksame Berechtigung von ■ als Leiter der FVV bestanden.

Selbst wenn die Bevollmächtigung und Beauftragung von ■ als Leiter der FVV nicht schon durch den GR-Beschluss 2004 stattgefunden habe, sei sie in Umsetzung ebendieses GR-Beschlusses gemäß § 22 Abs 1 StL jedenfalls nach Maßgabe des Rahmenvertrages 2006 durch den BM erfolgt.

Das Fehlen des Stadtsiegels stelle lediglich die Verletzung einer Ordnungsvorschrift dar und stehe daher der Gültigkeit nicht entgegen. Die Klägerin könne sich aufgrund der klaren

Willensbildung des GR auch nicht nachträglich auf Formmängel berufen, weil dies rechtsmissbräuchlich wäre.

Unabhängig von der gültigen Befugnis des ■■■■ aufgrund zivilrechtlicher Bevollmächtigung und öffentlich-rechtlicher Approbation, sei der Swap auch durch den vom GR erweckten Anschein einer wirksamen Vertretung zustande gekommen, auf die die Beklagte vertrauen habe dürfen. Dies aufgrund des GR-Beschlusses vom 3.6.2004, der der Beklagten auch vor Abschluss des Swaps bekannt gewesen sei, der Unterzeichnung des Rahmenvertrags durch den BM in Vollziehung des GR-Beschlusses, des Abschlusses von weiteren Einzelgeschäften wie dem Swap 3976 auf Basis desselben GR-Beschlusses und des Umstandes, dass primärer Ansprechpartner immer ■■■■ gewesen sei und vom BM mit Zustimmung des Finanzstadtrats Mayr auch noch 2010 als solcher bezeichnet worden sei.

Die Klägerin habe durch ihre maßgeblichen Organe auch den Anschein einer nachträglichen Genehmigung geschaffen. Der GR und die ihm zuzurechnenden Hilfsorgane Finanzausschuss und Kontrollausschuss haben aufgrund von Berichten Kenntnis vom Swap 4175 gehabt. Aus den Debt Management Berichten von ■■■■ seien das abgeschlossene Geschäft und die damit übernommenen Risiken deutlich erkennbar gewesen. Der GR habe sich außerdem das Wissen und Verhalten seiner Hilfsorgane zuzurechnen. Im Finanzausschuss und im Kontrollausschuss sei ab Sommer 2007 der Swap regelmäßig Gegenstand der Berichterstattung und Diskussion gewesen. Der Finanzausschuss sei kein bloßer Debattierklub, sondern als dessen verlängerter Arm ein „Gemeinderat light“, der den „vollen Gemeinderat“ bei Bedarf zu befassen habe. Eine Unterlassung könne nicht zu Lasten der Beklagten gehen.

Eine nachträgliche Genehmigung sei auch durch Zuwendung der Zahlungen aus dem Swap von insgesamt rund EUR 10.100.000,-- erfolgt. Diese Zahlungen seien dem GR mittelbar über eine Wissenszurechnung bekannt gewesen. Sie seien in den Debt Management Berichten dargestellt und der KoA-Bericht zum Rechnungsabschluss 2007 habe die Einnahmen aus dem Swap 4175 erfasst und die Gründe für die Mehreinnahmen im Vergleich zum Voranschlag dargelegt. Diese Berichte seien an Gemeinderätinnen und Gemeinderäte der einzelnen Fraktionen im jeweiligen Ausschuss ergangen. Die Rechnungsabschlüsse samt den darin enthaltenen Zahlungen aus dem Swap 4175 seien überdies vom GR auch genehmigt worden.

Der Swap 4175 entspreche auch den Vorgaben des GR-Beschlusses. Aus der Formulierung des Beschlusses ergebe sich eindeutig, dass die Vorgabe „Optimierung“ nur intern die FVV binde, aber kein Merkmal der Vollmacht und daher keine Voraussetzung für die Gültigkeit des Swaps sei. Die Beklagte sei auch nicht verpflichtet gewesen, die Optimierungseignung zu prüfen.

Der Swap sei aber ohnehin marktüblich gewesen und auch optimierend in dem heranzuziehenden Sinne, dass ein Finanzprodukt ex ante abstrakt geeignet sein müsse, gegen Übernahme eines Risikos einen kostenreduzierenden Effekt auf das Fremdfinanzierungsportfolio auszuüben. Nur wenn ein Geschäft dazu offensichtlich ungeeignet ist, sei die Optimierungseignung zu verneinen. Der Swap habe durch die Reduktion der Zinsbelastung aus der Anleihe zu einer Verbesserung der Ertrags- bzw. Kostensituation der Klägerin geführt. Im Gegenzug habe die Klägerin eine limitierte, weil beherrschbare Erhöhung des bereits vorhandenen Währungsrisikos in Kauf genommen. Der Swap als optimierendes Geschäft habe auch den Haushaltsvorgaben der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entsprochen, die aber ohnehin keine Außenwirkung entfalten. Auch die Berechnungen der Gerichtssachverständigen haben eine Optimierungseignung ergeben, da die Verlustwahrscheinlichkeit ex ante mit drei von 10.000 Fällen extrem klein gewesen sei.

Der Swap wäre für die Klägerin auch beherrschbar gewesen, hätte sie einen Risikoleitfaden konsequent befolgt. Die dafür notwendigen Voraussetzungen seien bei der Klägerin, einer bestens organisierten Stadt und professionelle Vertragspartnerin, gegeben gewesen. Sie habe auch entsprechende Erklärungen gegenüber der Beklagten abgegeben. Die Klägerin habe somit das notwendige Wissen und auch die Möglichkeit gehabt, den Swap zu beherrschen und bei Bedarf zu handeln. Sie hätte die Restrukturierungs- und Ausstiegsangebote der Beklagten nutzen oder Gegengeschäfte mit Dritten abschließen und so mit einem weit geringeren Verlust aussteigen können. Die politisch motivierte Entscheidung, untätig zu bleiben und nicht gemäß der von [REDACTED] entwickelten Stop-Loss-Strategie zu agieren, bei einem Unterschreiten des CHF/EUR-Wechselkurses von 1,44 zu restrukturieren oder auszusteigen, führe nicht zu einer Unbeherrschbarkeit des Risikos, da ein Beherrschen möglich gewesen wäre, diese Möglichkeit aber einfach nicht genutzt worden sei.

Schwellenwerte nach § 78 StL haben mit der Beherrschbarkeit des Risikos und mit der Optimierungseignung des Swaps nichts zu tun. Ohne Due Diligence sei eine Berechnung der Schwellenwerte gar nicht möglich, das Risiko für Vertragspartner sei unkalkulierbar und der Rechtsverkehr mit Kommunen wäre praktisch lahmgelegt. Die Frage einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung hätte sich bei einem Ausstieg der Klägerin nie gestellt und die relevanten Schwellenwerte wären nie erreicht worden.

Auch sonst haben weder die Beklagte noch der Swap 4175 als Geschäft gegen gesetzliche Ge- oder Verbote verstoßen. Der Swap sei ursprünglich gültig zustande gekommen und sei noch immer gültig. Es gebe auch keine Privilegierung oder besonderen Schutz von Gemeinden im Rechtsverkehr, vielmehr seien Private vor Hoheitsträgern zu schützen. Die Vertragspartner seien nicht verpflichtet, sämtliche Grundsätze für die Willensbildung

12 von 120
(ohne Anhänge)

tilgenden Darlehensschulden.

2. Als Verschuldungsform kommt ausschließlich einheimische Währung in Betracht.

3. Kurzfristige Finanzierungen erfolgen durch eine Indexbindung an den VIBOR plus/minus allfälliger Zuschläge oder Abschläge.

4. Langfristige Finanzierungen erfolgen durch Indexbindung an die Sekundärmarkttrendite plus/minus allfälliger Zuschläge oder Abschläge. Auch Mischformen, d.h. partielle Bindung an SMR, partielle Bindung an VIBOR, kommen in Betracht.

5. Im Bezug auf die formelle Vorgangsweise sind die Bestimmungen des § 8 Abs. 1 lit. e VGO zu beachten. Um dem Prinzip der Gleichbehandlung zu entsprechen, sind jeweils eine angemessene Anzahl von formlosen Angeboten einzuholen.

Die Entscheidung hat gemäß den Bestimmungen des § 8 Abs. 3 VGO zu erfolgen - das heißt, der Dienststellenleiter hat die schriftliche Zustimmung des Gruppenleiters einzuholen.

An Herrn Magistratsdirektor ist zu berichten und der Finanzreferent ist zu unterrichten

Über obige Vorgangsweise wurde das Einvernehmen mit dem KoA hergestellt.

Die Zuständigkeit des Gemeinderates gemäß § 46 Abs. 1 Z. 9 StL 1992 ist gegeben. Für die Beschlußfassung ist gemäß § 18 Abs. 3 Z. 7 leg. cit. ein qualifiziertes Quorum erforderlich.

In Einvernehmen mit dem zuständigen Referenten, Herrn Bürgermeister Dr. Dobusch, wird daher folgender Antrag gestellt:

...

Antrag

Der GR beschließe:

"1. Die Aufnahme von Fremdmittel 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.

3. Die Verrechnung erfolgt auf der VAS. 6.9500.346000 Darlehensaufnahmen Finanzunternehmen."

Linz, 29.1.1996"

Ein entsprechender Beschluss wurde in der GR-Sitzung am 29.2.1996 antragsgemäß gefasst. eine nähere Determinierung des Begriffs „optimieren“ durch den GR kann nicht festgestellt

werden.

Es kam in der Folge zu Finanzgeschäftsabschlüssen der Klägerin auf Grundlage dieses Beschlusses, die mangels Relevanz nicht näher festgestellt werden.

Im Mai 2004 erstattete der nunmehrige FD [REDACTED] als Amtsleiter der StK einen Amtsbericht an den Finanzausschuss folgenden Inhalts (./C):

„Die Stadt Linz hat in den Vorjahren in Vollziehung der betreffenden Gemeinderatsbeschlüsse bei verschiedenen Kreditinstituten Darlehen und bei der Credit Suisse eine Auslandsanleihe zur Ausfinanzierung der investiven Vorhaben im außerordentlichen Haushalt aufgenommen.

Diese Darlehensverträge wurden jeweils zu den zum Aufnahmezeitpunkt günstigsten Konditionen abgeschlossen.

Insgesamt besteht bei diesen Darlehen und Anleihen per 31.12.2003 ein offener Saldo von rd. € 345,15 Mio., der sich wie folgt aufgliedert:

1) Darlehen in inländischer Währung: € 209,71 Mio.

Die FVV wurde mit Beschluss des GR vom 29.2.1996 zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios durch Umschuldungsmaßnahmen ermächtigt. Durch die Entwicklung von Treasuryprodukten der Banken ist es nunmehr auch möglich, durch den Abschluss von Finanztermingeschäften Zinsänderungsrisiken unabhängig vom zu Grunde liegenden Darlehen zu gestalten. Diese Möglichkeit ist insbesondere dort vorteilhaft, wo die Bestimmungen des Darlehensvertrages keine Änderung der Finanzierung zulassen.

Da nach Auffassung von Wirtschaftsexperten ein Ende der Niedrigzinspolitik bevor steht und ausgehend von den USA auch im Euro-Raum Anzeichen für Zinserhöhungen sich abzeichnen, ist es für die Stadt vorteilhaft, das gegenwärtige Zinsniveau nach Möglichkeit längerfristig zu sichern.

Dazu soll die FVV ermächtigt werden, Umstrukturierungen im bestehenden Fremdfinanzierungsportfolio hinsichtlich Finanzierungsform (Darlehen/Anleihe), Laufzeitoptimierung und Zinsindikatorbindung vornehmen zu können, um die Divergenzen im Geld- und Kapitalmarkt optimal ausnutzen zu können.

Ebenso soll die FVV zum Abschluss von Finanztermingeschäften ermächtigt werden.

2) Fremdfinanzierung in ausländischer Währung: € 135,45 Mio.

Das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt in ausländischer Währung besteht ausschließlich in Schweizer Franken und zwar aus einer am 18.10.2005 endfälligen Anleihe in Höhe von 150 Mio. CHF, sowie einem am 25.1.2003 aufgenommenen Darlehen von 60 Mio. CHF, welches in 20 Halbjahresraten zu jeweils 3 Mio. CHF getilgt wird.

Der Schweizer Franken zeigt nunmehr eine erhöhte Schwankungsbereitschaft und ist 2004 vom Kurs von 1,5838 CHF/EUR am 2. März 2004 auf nunmehr rd. 1,54 CHF/EUR gestiegen. Bezogen auf die offenen CHF-Position der Stadt bedeutet dies eine Aufwertung der Verbindlichkeit um rd. € 6,5 Mio. in diesem Zeitraum, im Vergleich zum 31.12.2003 eine Aufwertung um rd. € 2,8 Mio.

Es erscheint nunmehr überlegenswert, eine entsprechende Kurssicherung ins Auge zu fassen, zumal die Prognosen der Banken über die weitere Kursentwicklung sehr divergierend sind. Da der Abschluss dieser Finanztermingeschäfte sehr kurzfristig erfolgen muss, erscheint es notwendig, die FVV zu ermächtigen, Finanztermingeschäfte auch in ausländischer Währung abzuschließen.

Zusammenfassend wird vorgeschlagen, dass die FVV im Einvernehmen mit dem Finanzreferenten und gegen Berichterstattung über die Aktivitäten im Finanzausschuss ermächtigt wird, durch den Abschluss von Finanzgeschäften eine Optimierung des bestehenden Fremdfinanzierungsportfolios hinsichtlich Finanzierungsform, Laufzeit und Zinssätzen vorzunehmen.

Dies gilt jedoch nur für die jeweils bestehenden Fremdfinanzierungen. Die Neuaufnahme von Fremdfinanzierungen bleibt natürlich weiterhin den zuständigen Organen der Stadt vorbehalten.

Auf Grund der Geschäftseinteilung für den StS fällt die Berichterstattung über diesen Antrag in den Bereich von Herrn StR Dr. Mayr.

Die Zuständigkeit des GR ist gem. § 46 Abs 1 Ziff. 9 StL 1992 gegeben.

Besondere Beschlusserfassungserfordernisse liegen nach § 18 Abs. 3 Ziff. 7 StL 1992 vor.

Der Amtsleiter

“

Angeschlossen war folgender Antrag:

„Stadtkämmerei

Debt-Management

„Der Gemeinderat beschließe:

- 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.*
- 3. Die Verrechnung erfolgt auf der VASSt 6.9500.346000 Darlehensaufnahmen Finanzunternehmen.“*

Dieser Antrag wurde in der Finanzausschusssitzung am 24.5.2004 behandelt und als Ergebnis dem GR vorgeschlagen, diesen anzunehmen.

Im Rahmen der folgenden GR-Sitzung am 3.6.2004 beantragte Stadtrat Mayr die Beschlussfassung des GR im Sinne des Antrags im Amtsbericht. Es folgten mehrere Wortmeldungen und ein Abänderungsantrag, sodann wurde der ursprüngliche Antrag mit ausreichender Mehrheit angenommen, nicht aber der Abänderungsantrag. Der genaue Verlauf der Debatte, insbesondere die Wortmeldungen und die Beschlussfassungen, werden wie aus dem Protokoll ./11 ersichtlich festgestellt, es ist dem Urteil als Anhang 1 angeschlossen.

Auf Grundlage dieses Beschlusses begab die Klägerin zwecks Umschuldung am 6.10.2005 eine variabel verzinst (6-Monats-CHF-LIBOR+0,049%) CHF-Anleihe bei der Kommunalkredit Austria AG über CHF 195.000.000,-- mit einer Laufzeit bis 14.10.2017. (. /D)

Am 4.5.2006 berichtete ■■■ im Finanzausschuss über die CHF-Anleihe und die damaligen Markterwartungen im Zinsbereich und schlug aufgrund der erwarteten kurzfristig steigenden, auf 10 Jahre aber fallenden Zinsen eine temporäre Absicherung gegen das Zinsrisiko durch einen Zinsswap von variablen Zinsen auf einen Fixzins von 1,8 % für ein Jahr vor. StR Mayr hielt dies in einer Wortmeldung für überlegenswert und führte aus, dass hierfür kein gesonderter Gemeinderatsbeschluss erforderlich sei, da Maßnahmen des Debt-Managements mit Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 an die FVV delegiert worden seien. (. /57)

Am 13.9.2006 richtete FD ■■■ ein Schreiben an den damaligen BM Dobusch via den Finanzreferenten Mayr folgenden Inhalts (. /70):

„Zinsabsicherung in Euribor

Im Schuldenstand der Stadt Linz befinden sich Darlehen mit einer Restschuld von 91 Mio. Euro, die variabel mit dem 6-Monats-Euribor verzinst sind.

Angesichts der steigenden Zinsen im Euroraum, wurden durch eine zweistufige, beschränkte Ausschreibung Möglichkeiten zur Absicherung bei insgesamt 9 Banken aus Österreich und Deutschland untersucht.

Auf Basis der Ausschreibung wurden folgende Zuschläge vergeben:

...

2) Beabsichtigte, bedingte Vergabe an BAWAG P.S.K. über 20 Mio. Euro: Für 5 Jahre erhalten wir den 6-Monats-Euribor und zahlen dafür den 6-Monats-Euribor minus 1,25 %, so ferne der EURO-CHF Wechselkurs am halbjährlichen Zinsfestsetzungstermin über 1,49 liegt. Liegt der Wechselkurs darunter, so verringert sich der Abschlag entsprechend.

Zum Abschluss dieses Geschäftes muss der Rückgang des Wechselkurses von derzeit 1,58 auf rd. 1,565 abgewartet werden, da ansonsten der Abschlag geringer wäre.

Es wird um Unterfertigung der Rahmenverträge für Finanztermingeschäfte (jeweils 2-fach pro Bank) sowie der Unterschriftenverzeichnisse gebeten

Die Ermächtigung zum Abschluss dieser Maßnahmen des Debt-Managements beruht auf dem GR-B vom 3.6.2004.“

BM Dobusch unterzeichnete datiert mit 26.9.2006 den Rahmenvertrag zwischen den Parteien ./1= ./N= ./228 für die Klägerin, der dem Schreiben [REDACTED] angeschlossenen war, mit folgendem Inhalt (auszugsweise, aus Sicht des Gerichts besonders relevante Stellen **fett**):

„§ 1

Zweck und Gegenstand des Vertrages

1) Die Parteien beabsichtigen, zur Gestaltung von Zinsänderungs-, Währungskurs- und sonstigen Kursrisiken im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Finanztermingeschäfte abzuschließen, die

a) den Austausch von Geldbeträgen in verschiedenen Währungen oder von Geldbeträgen, die auf der Grundlage von variablen oder festen Zinssätzen, Kursen, Preisen oder sonstigen Wertmessern, einschließlich diesbezüglicher Durchschnittswerte (Indizes), ermittelt werden, oder

b) die Lieferung oder Übertragung von Wertpapieren, anderen Finanzinstrumenten oder Edelmetallen oder ähnlichen Leistungen

zum Gegenstand haben. Zu den Finanztermingeschäften gehören auch Options-,

Zinsbegrenzungs- und ähnliche Geschäfte, die vorsehen, daß eine Partei ihre Leistung im voraus erbringt oder daß Leistungen von einer Bedingung abhängig sind.

2) Für jedes Geschäft, das unter Zugrundelegung dieses Rahmenvertrages abgeschlossen wird (nachstehend "Einzelabschluß" genannt), gelten die nachfolgenden Bestimmungen. Alle Einzelabschlüsse bilden untereinander und zusammen mit diesem Rahmenvertrag einen einheitlichen Vertrag (nachstehend der "Vertrag" genannt); sie werden im Sinne einer einheitlichen Risikobewertung auf dieser Grundlage und im Vertrauen darauf getätigt.

§ 2

Einzelabschlüsse

1) Haben sich die Parteien über einen Einzelabschluß geeinigt, so wird die Bank dem Vertragspartner schriftlich, fernschriftlich, durch Telefax, mittels S.W.I.F.T. oder vergleichbarer elektronischer Übermittlungsmöglichkeiten dessen Inhalt bestätigen.

2) Jede Partei ist berechtigt, eine unterzeichnete Ausfertigung des Einzelabschlusses – eine Einzelabschlußbestätigung – zu verlangen, die jedoch keine Voraussetzung für dessen Rechtswirksamkeit ist.

3) Die Bestimmungen des Einzelabschlusses gehen den Bestimmungen dieses Rahmenvertrages vor.

§ 3

Zahlungen und sonstige Leistungen

1) Jede Partei wird die von ihr geschuldeten Zahlungen und sonstigen Leistungen spätestens an den im Einzelabschluß genannten Fälligkeitstagen an die andere Partei erbringen.

2) **Sämtliche Zahlungen sind in der aufgrund des Einzelabschlusses geschuldeten Vertragswährung kostenfrei und in der für Zahlungen in dieser Währung handelsüblichen Weise auf das im Einzelabschluß genannte Konto des Zahlungsempfängers in am Fälligkeitstag frei verfügbaren Mitteln zu leisten.** Eine Zahlung in einer anderen als der Vertragswährung darf nur nach schriftlicher Zustimmung der anderen Partei erfolgen.

3) Haben beide Parteien an demselben Tag aufgrund desselben Einzelabschlusses Zahlungen in der gleichen Währung zu leisten, zahlt die Partei, die den höheren Betrag schuldet, die Differenz zwischen den geschuldeten Beträgen. Die Berechnungsstelle wird dem Vertragspartner den zu zahlenden Differenzbetrag rechtzeitig vor dessen Fälligkeit mitteilen.

4) Zahlt eine Partei nicht rechtzeitig, so werden bis zum Zeitpunkt des Eingangs der Zahlung des fälligen Betrages Zinsen hierauf zu dem Satz berechnet, der um den in § 12 Abs. 2 dieses Vertrages festgelegten Zinszuschlag über dem Zinssatz liegt, den erstklassige Banken für jeden Tag, für den diese Zinsen zu berechnen sind, untereinander für täglich fällige Einlagen am Zahlungsort in der Währung des fälligen Betrages berechnen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

5) Erhält eine Partei aus diesem Vertrag und den zu diesem Vertrag abgeschlossenen Einzelabschlüssen Zahlungen, ohne die von ihr aus diesem Vertrag und den Einzelabschlüssen geschuldeten eigenen Zahlungen geleistet zu haben, so hält sie die empfangenen Zahlungen solange treuhändisch für die andere Partei, bis sie ihre eigenen Zahlungen voll erbracht hat.

6) Ist ein Fälligkeitstag kein Bankarbeitstag, so sind die Zahlungen und sonstigen Leistungen nach Maßgabe des Einzelabschlusses wie folgt zu erbringen:

a) am unmittelbar vorhergehenden Bankarbeitstag, oder

b) am unmittelbar folgenden Bankarbeitstag, oder

c) am unmittelbar folgenden Bankarbeitstag; sofern dieser jedoch in den nächsten Kalendermonat fällt, am unmittelbar vorhergehenden Bankarbeitstag ("Modified Following Business Day Convention").

[...]

§ 7

Beendigung

1) **Sofern Einzelabschlüsse getätigt und noch nicht vollständig abgewickelt sind, ist der Vertrag nur aus wichtigem Grund kündbar.** Die Benachrichtigung und die Kündigung müssen schriftlich oder fernschriftlich erfolgen. **Eine Teilkündigung einzelner und nicht aller Einzelabschlüsse ist ausgeschlossen.**

2) Ein wichtiger Grund gemäß Abs. 1 liegt insbesondere im Falle der folgenden demonstrativ aufgezählten Kündigungsgründe vor:

a) "Vertragsverletzung": Jede schwerwiegende Verletzung des Vertrages, die nicht in b) – i) angeführt ist, wenn die Verletzung nicht binnen einer Frist von dreißig Kalendertagen nach Einmahnung durch eine Partei behoben wird.

b) "Verzug": Ein solcher liegt auch dann vor, wenn eine fällige Zahlung oder sonstige Leistung - aus welchem Grund auch immer - nicht innerhalb von fünf Bankarbeitstagen nach

Benachrichtigung des Zahlungs- oder Leistungspflichtigen vom Ausbleiben des Eingangs der Zahlung oder sonstigen Leistung beim Empfänger eingegangen ist.

c) "Wegfall einer Sicherheit" ohne gleichzeitige Bestellung einer gleichwertigen, die andere Partei zufriedenstellende Sicherheit.

d) "Nicht vertragsgemäße Leistung von Sicherheiten", sofern die geschuldeten Sicherheiten nicht innerhalb einer Frist von drei Bankarbeitstagen nach Aufforderung geleistet werden.

e) "Falsche Darstellung": Eine aufgrund dieses Vertrages oder im Zusammenhang mit diesem von einer Partei der anderen Partei übermittelte Information über ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ist unrichtig oder irreführend.

f) "Qualifizierter Verzug" ("Cross Default"): Wenn eine Partei eine unstreitige (auch gegenüber Dritten) Verpflichtung zur Zahlung von Kapital oder Zinsen aus einem Darlehen oder aus einer sonstigen Geldaufnahme oder aus einer Haftung für eine solche Finanzierung bei Fälligkeit nicht erfüllt und die Nichterfüllung länger als 30 Kalendertage fort dauert, nachdem die andere Partei hiervon Kenntnis erlangt hat, oder eine solche Zahlungsverpflichtung aufgrund einer Nichterfüllung von unstreitigen Verpflichtungen der Partei vorzeitig fällig gestellt wird.

Die in diesem Abs. 2) f) genannten Säumnisse bezüglich fälliger Zahlungen oder sonstiger Leistungen berechtigen nur dann zu einer Beendigung dieses Vertrages, wenn die ausständige Zahlung oder der Gegenwert der sonstigen Leistung über den in § 12 Abs. 6 dieses Vertrages betragsmäßig festgelegten Schwellenbetrag hinausgeht.

g) "Verschmelzung bzw. Spaltung" : Wenn die Kreditwürdigkeit der aus Verschmelzung, Spaltung oder aus einer anderen Form der Umstrukturierung hervorgehenden neuen Gesellschaft schwerwiegend schlechter ist als die der ursprünglichen Vertragspartei.

h) "Konzessionsentzug": Wenn einer Partei die Konzession für ein oder mehrere Bankgeschäft(e) entzogen wird.

i) „Kündigung aus wichtigem Grund“: wenn z.B. die gesamte Geschäftsbeziehung gem. „Allgemeiner Geschäftsbedingung“ der Bank aus wichtigem Grund gekündigt wird.

3) Der Vertrag endet ohne Kündigung, wenn

a) das Konkurs- oder ein sonstiges Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Partei eröffnet wird,

b) eine Partei ihre Zahlungsunfähigkeit bekanntgibt,

c) eine Partei in Liquidation tritt, oder

d) die Geschäftsaufsicht über eine Partei verhängt wird.

4) Im Fall der Beendigung durch Kündigung gemäß Abs. 1 oder durch die in Abs. 3 genannten Gründe (nachstehend "Beendigung" genannt) ist keine Partei mehr zu Zahlungen oder sonstigen Leistungen nach § 3 Abs. 1 dieses Vertrages verpflichtet, die gleichtägig oder später fällig geworden wären; an die Stelle dieser Verpflichtungen treten Forderungen nach den §§ 8 und 9.

§ 8

Schadenersatz und Vorteilsausgleich

1) Im Fall der Beendigung steht der kündigenden oder solventen Partei (nachstehend "ersatzberechtigte Partei" genannt) ein vom Verschulden der anderen Partei unabhängiger Anspruch auf Schadenersatz zu. Der Schaden wird auf der Grundlage von unverzüglich abzuschließenden Ersatzgeschäften ermittelt, die dazu führen, daß die ersatzberechtigte Partei alle Zahlungen und sonstigen Leistungen erhält, die ihr bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung zugestanden wären. Sie ist berechtigt, nach ihrer Auffassung dazu geeignete Verträge abzuschließen. Wenn sie von dem Abschluß derartiger Ersatzgeschäfte absieht, kann sie denjenigen Betrag der Schadensberechnung zugrunde legen, den sie für solche Ersatzgeschäfte auf der Grundlage von Zinssätzen, Terminalsätzen, Kursen, Marktpreisen, Indizes und sonstigen Wertmessern sowie Kosten und Auslagen zum Zeitpunkt der Absendung der Kündigung bzw. der Kenntniserlangung der Auflösungsgründe des § 7 Abs. 3 hätte aufwenden müssen. Der Schaden wird unter Berücksichtigung aller Einzelabschlüsse berechnet; ein finanzieller Vorteil, der sich aus der Beendigung von Einzelabschlüssen (einschließlich solcher, aus denen die ersatzberechtigte Partei bereits alle Zahlungen oder sonstigen Leistungen der anderen Partei erhalten hat) ergibt, wird als Minderung des im übrigen ermittelten Schadens berücksichtigt.

2) Erlangt die ersatzberechtigte Partei aus der Beendigung von Einzelabschlüssen insgesamt einen finanziellen Vorteil, so schuldet sie vorbehaltlich § 9 Abs. 2 der anderen Partei einen Betrag in der Höhe dieses ihres Vorteils, höchstens jedoch in Höhe des Schadens der anderen Partei. Bei der Berechnung des finanziellen Vorteils finden die Grundsätze des Absatzes 1 über die Schadensberechnung entsprechende Anwendung.

§ 9

Zahlungsmodalitäten für die Abschlußzahlung

1) Rückständige Beträge und sonstige Leistungen und der zu leistende Schadenersatz werden von der ersatzberechtigten Partei zu einer einheitlichen Ausgleichsforderung in EUR zusammengefaßt, wobei für rückständige sonstige Leistungen entsprechend § 8 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 ein in die Berechnung der Forderung einzubeziehender Gegenwert in Euro ermittelt

wird.

2) Eine Ausgleichsforderung gegen die ersatzberechtigte Partei wird nur fällig, soweit diese keine Ansprüche aus irgendeinem rechtlichen Grund gegen die andere Partei ("Gegenansprüche") hat. Bestehen Gegenansprüche, so ist deren Wert zur Ermittlung des fälligen Teils der Ausgleichsforderung vom Gesamtbetrag der Ausgleichsforderungen abziehen. Zur Berechnung des Wertes der Gegenansprüche hat die ersatzberechtigte Partei diese:

a) soweit sie sich nicht auf Euro richten, zu einem nach Möglichkeit auf der Grundlage des am Berechnungstag geltenden, amtlichen Devisenkurses zu bestimmenden Briefkurs in EUR umzurechnen;

b) soweit sie sich nicht auf Geldzahlungen richten, in eine in Euro ausgedrückte Schadenersatzforderung umzuwandeln;

c) soweit sie nicht fällig sind, mit ihrem Barwert (unter Berücksichtigung auch der Zinsansprüche) zu berücksichtigen.

Die ersatzberechtigte Partei kann mit ihren nach diesem Absatz nach Satz 3 errechneten Gegenansprüchen gegen die Ausgleichsforderung der anderen Partei aufrechnen. Sofern die ersatzberechtigte Partei die Aufrechnung binnen eines angemessenen Zeitraumes nicht erklärt, wird die Ausgleichsforderung fällig.

[...]

§ 11

Verschiedenes

1) Sind Bestimmungen des Vertrages unwirksam oder undurchführbar, so bleiben die übrigen Vorschriften hiervon unberührt. Gegebenenfalls hierdurch entstehende Vertragslücken werden durch ergänzende Vertragsauslegung unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Parteien geschlossen.

[...]

4) Änderungen und Ergänzungen dieses Rahmenvertrages bedürfen der Schriftform.

[...]

9) „Anfechtungsverzicht“: Die Parteien verzichten ausdrücklich auf das Recht, diesen Rahmenvertrag oder die Einzelabschlüsse wegen Irrtums, wegen Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes oder einem anderen Grund (z.B.: „Einwand von Spiel und Wette“), der den wirtschaftlichen Vertragszweck verletzen würde, anzufechten.

10) Ergänzend gelten - soweit anwendbar - die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft“ in der Fassung 2003 sowie die „Sonderbedingungen für börsliche und außerbörsliche Optionen und Termingeschäfte“.

§ 12

Besondere Vereinbarungen

[...]

4) Folgende Dokumente sind vom Vertragspartner bei Vertragsabschluß und jeweils nach Aufforderung an die Bank zu übermitteln:

aktuelles Unterschriftenverzeichnis der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen

[...]

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

[...]

10) Telefongespräche

Beide Vertragspartner stimmen zu, daß alle Telefongespräche auf Tonband und von dem jeweiligen Geschäftspartner und seinen engsten Mitarbeitern und Vorgesetzten abgehört werden können und daß diese auf Tonband aufgenommenen Gespräche als Beweismittel in einem gerichtlichen oder außergerichtlichen Verfahren in bezug auf Streitigkeiten über Geschäfte nach dem vorliegenden Vertrag zulässig sind.

11) Die besonderen Vereinbarungen gelten auch analog für eventuelle Anhänge zum Rahmenvertrag.

12) Sollte beim Fixing ein variabler Satz einen negativen Wert ergeben, so ist auch er als solcher zu verrechnen. Es wird kein Floor bei null Prozent impliziert, sofern keine gegenteilige Vereinbarung schriftlich getroffen wurde.

13) Beide Vertragspartner bestätigen einander, daß sie Geschäfte unter dem vorliegenden Rahmenvertrag auf eigene Rechnung abschließen und hinsichtlich der wirtschaftlichen Chancen und Risiken derartiger Geschäfte ihre eigenen unabhängigen Untersuchungen

anstellen und selbständige Entscheidungen daraus resultierend treffen. Schriftliche, mündliche, telefonische oder per Fax erfolgte Kontakte zwischen den Vertragsparteien haben daher nicht den Charakter einer Empfehlung zum Abschluß von Geschäften und begründen keine Haftung für ein beabsichtigtes Ergebnis solcher Geschäfte.“

Weiters unterschrieb Dobusch ein „Aktuelles Unterschriftenverzeichnis der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen“, wobei als solche 1) Finanzdirektor [REDACTED] und 2) [REDACTED] samt deren Unterschriften angeführt waren (.13). Weder auf dem Rahmenvertrag, noch auf dem Unterschriftenverzeichnis wurde den Unterschriften das Stadtsiegel beigesetzt.

[REDACTED] erklärte am selben Tag, für die Klägerin ein als Swap 3976 bezeichnetes Zinstauschgeschäft mit der Beklagten abzuschließen (.12) und unterzeichnete zusammen mit [REDACTED] weiters einen „Anhang für Devisengeschäfte und Devisenoptionen zum Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte“. Unter den Unterschriften der beiden Genannten ist eine Stampiglie „Magistrat der Stadt Linz Stadtkämmerei“ angebracht (.1=N, letzte Seite).

Zwischen Klägerin und Beklagter bestand bereits eine Geschäftsbeziehung, die Beklagte genoss „Hausbankstatus“ bei der Klägerin und war über die wirtschaftliche Lage der Klägerin, insbesondere ihren ordentlichen und außerordentlichen Haushalt, ihre Finanzschulden, ihren effektiven Schuldendienst und die Erfüllung der Maastricht-Kriterien laufend informiert. Diese Informationen bezog sie jährlich aus öffentlich zugänglichen Informationsquellen wie den Rechnungsabschlüssen, aber auch über die Statistik Austria (Ausführungen in den Kreditanträgen .1BJ, ZV [REDACTED] ON 593, S. 5 f).

Ab Dezember 2006 versuchte [REDACTED], durch Finanzgeschäfte das Zinsrisiko aus der CHF-Anleihe zu minimieren. Anfang Dezember kam es zum ersten Austausch von Konditionen und in der Folge ab Jänner 2007 auch zu konkreteren Mails und Gesprächen mit der Beklagten in Person der Mitarbeiterin im Bereich Treasury Sales [REDACTED], vereinzelt auch mit dem Landesdirektor-Stv und Leiter der Kommerzabteilung [REDACTED]. Am 31.1.2007 schickte [REDACTED] an [REDACTED] (cc auch an [REDACTED]) ein Angebot zur „Optimierung über einen Resettable chf linked Swap“ und darauf auch geänderte Indikationen und eine Übersicht von sich ergebenden Fixzinssätzen bei bestimmten Strikes. [REDACTED] rechnete auf Grundlage seiner Erwartungen von der EZBW-Entwicklung Kurse in die Formel ein und berechnete die sich daraus ergebenden Zinsbelastungen (.1T=.195, .1U=.196, .1V, .197). Es folgten weitere Mails und Telefonate zwischen [REDACTED] und [REDACTED] zum Swap. Eine Einbindung des GR in die Vertragsanbahnung kann nicht festgestellt werden.

Am 12.2.2007 bot [REDACTED] für die Beklagte den Vertragsabschluss über den Resettable CHF linked Swap in der vorliegenden Form mit einem Zinssatz von 0,065 %, Laufzeit 14.2.2017, Rollover 15.4. und 15.10 (Valuta) an. Ein von [REDACTED] eingeholtes Gegenangebot der Bank Austria bot wesentlich schlechtere Konditionen (.18). [REDACTED] erklärte am Telefon gegenüber [REDACTED]:

„OK, na schicken Sie mir... ich schick es Ihnen gleich zurück...ich glaub, das können wir fix machen“

Darauf [REDACTED]:

„Können wir das fix machen? Ich schick Ihnen das Mail und Sie... es ist praktisch gemacht, wenn Sie mir das Mail zurückschicken oder wie?“

[REDACTED]:

„Ja.“

[REDACTED]:

„OK, schick ich Ihnen gleich. Danke...“

[REDACTED] bestätigte noch am selben Tag das ihm übermittelte Mail von [REDACTED] auch per Mail (.160=.17 W S. 10 (sowie Telefonmitschnitt), .139, .140). Die an die Klägerin „z.Hd. Hr. [REDACTED]“ übersandte schriftliche Einzelabschlussbestätigung, datiert mit 16.2.2007, wurde von [REDACTED] unterfertigt. In dieser ist ausgeführt:

„Die Parteien stimmen überein, daß sie über die erforderlichen Kenntnisse und Voraussetzungen für dieses Geschäft verfügen und mit den Risiken, die mit dieser Transaktion verbunden sind, vertraut sind; sie schließen dieses Geschäft aufgrund ihrer eigenen Entscheidung und nicht aufgrund spezifischer Beratung ab“. (.13)

Der Amtsbericht vom Mai 2004 (.17C) wurde nicht veröffentlicht und ist auch nicht Teil des öffentlich zugänglichen Protokolls der GR-Sitzung vom 3.6.2004. Ob den befassten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Beklagten der Amtsbericht vor Abschluss des Swaps 4175 und der GR-Beschluss vom 3.6.2004 übergeben wurden oder diesen sonst inhaltlich bekannt waren, kann nicht festgestellt werden (ZV [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED], .127, .138, .1101, .1135). Jedenfalls hat sich [REDACTED] gegenüber der Beklagten aber auf diesen Beschluss zur Begründung seiner Ermächtigung für den Abschluss des Geschäfts vor und nach dem Abschluss berufen und trat auch als Vertreter der Klägerin auf. [REDACTED] ging auch selbst zum Abschlusszeitpunkt davon aus, dass er die Klägerin wirksam vertrete und befugt sei, den Swap, den er als marktübliches und zur Optimierung geeignetes Finanzgeschäft einstufte, für die Klägerin abzuschließen. Er hätte sich aber nicht mehr für befugt erachtet, wenn der Abschluss Geldmittel als Risikobudget benötigt hätte, die zur Verfügung gestellt werden

müssen oder wenn ihm gesagt worden wäre, dass ein Ausstieg möglicherweise EUR 100 Mio oder mehr kosten könnte (ZV [REDACTED] Prot ON 607 und 608 iZm ./HA, S. 7 und der gesamten aktenkundigen Verantwortung im Strafverfahren, ZV [REDACTED], ZV [REDACTED] ./27, ./70).

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

Im Oktober 2007 erfolgte eine Änderung der vertraglichen Vereinbarung zur Abwicklung des Swaps 4175 dahingehend, dass Zahlungen der Beklagten aus dem Swap an die Klägerin nicht mehr auf deren Konto bei der Beklagten erfolgen sollten, sondern auf ein unter Einbindung des BM Dobusch und des StR Mayr eigens im Oktober bei der Kommunalkredit AG eröffnetes Verrechnungskonto (./42, ./3, ./52, ./108 (arg. „An B {BM Dobusch} via FR [Finanzreferent = StR Mayr]“), ./109).

Über die Maßnahmen des aus seiner Sicht auf dem GR-Beschluss vom 3.6.2004 beruhenden Debt Managements erstattete [REDACTED] im Finanz-, Bildungs- und Bauausschuss anhand einer von ihm verfassten und jeweils aktualisierten sowie immer wieder modifizierten Tischvorlage für die Ausschussmitglieder regelmäßig Bericht (ZV [REDACTED], ON 608, S. 16). Nach Ausführungen zum Fremdfinanzierungsportfolio und zur Zinsentwicklung EURIBOR und LIBOR enthielten diese Berichte unter der Überschrift „C. Zinssicherungsgeschäfte“ neben anderen abgeschlossenen Finanzderivaten auch Informationen zum Swap 4175 folgenden Inhalts (./BH):

„2. CHF

Volumen: CHF 195 Mio. bei Bawag-PSK

Die CHF-Zinssicherung wurde den Zinsterminen der CHF-Anleihe angepasst. Im Februar 2007 wurde dieser Zinstausch mit einer Laufzeit bis 15.4.2017 abgeschlossen, sodass nur die Schlusszahlung der Anleihe im Oktober 2017 nicht abgesichert ist.

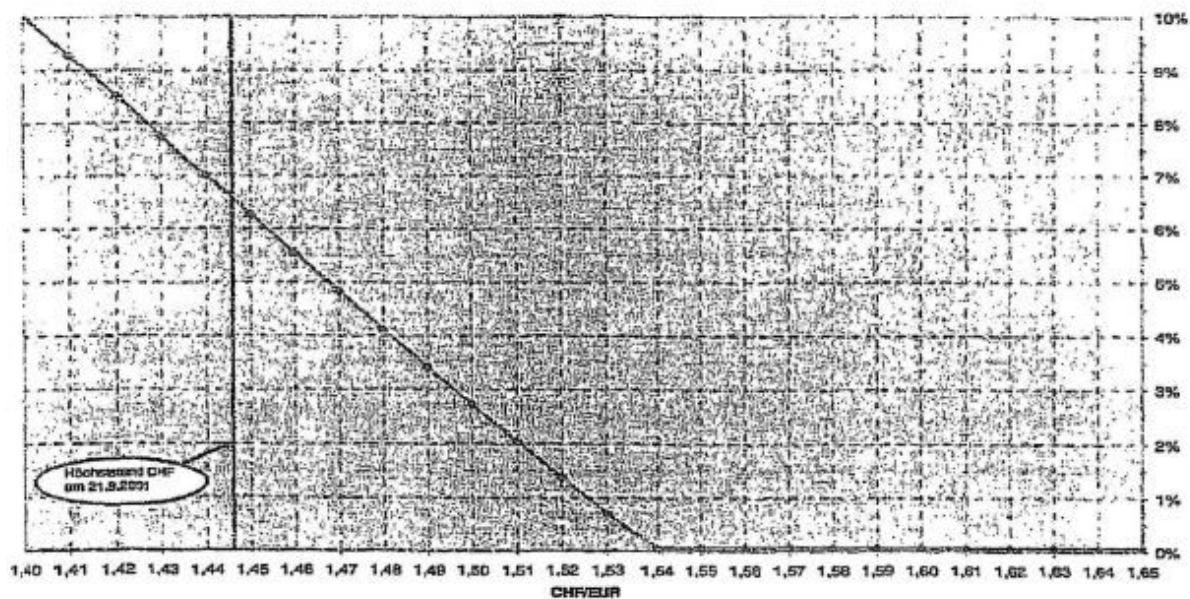
Die Stadt erhält halbjährlich den 6-Monats CHF-Libor und bezahlt 0,065% fix, solange von der EZB der EUR/CHF-Wechselkurs über 1,54 festgestellt wird. Wird der Wechselkurs unter 1,54 festgestellt, so erhöht sich der von der Stadt zu bezahlende Zinssatz nach der Formel $(1,54 - \text{EUR/CHF-Wechselkurs} / \text{EUR/CHF-Wechselkurs})$.

Daraus ergibt sich die folgende Situation:

Bei einem EUR/CHF-Wechselkurs über 1,54 zahlt die Stadt nur den Fixzinssatz von 0,065%

sowie den Aufschlag aus der Anleihe von 0,049%, zusammen also 0,114% p.a. Die Erträge aus dem Swap werden von der Bank in CHF überwiesen, wodurch auch das Währungsrisiko der Zinszahlungen auf CHF 222.300³ (0,114% von CHF 195 Mio.) beschränkt wird.

Bei einem EUR/CHF-Wechselkurs unter 1,54 zahlt die Stadt einen Zinssatz entsprechend der folgenden Grafik abzüglich des erhaltenen 6-Monats CHF-Libor. Beim historischen Höchststand des CHF wäre ein Zinssatz von 6,53% abzüglich des aktuellen 6-Monats CHF-Libor (derzeit 2,9% [Anm: später jeweils aktueller Libor]%) - also 3,63% [Anm: später Ergebnis auf Basis aktueller Libor]% - zu bezahlen.⁴



Zusammenfassung:

maximales Risiko: € 5.055.655⁵ p.a. - wenn der EUR/CHF-Wechselkurs den historischen Höchststand von 1,4464 erreicht (bei aktuellem 6-Monats CHF-Libor).

Risikoquote: ...% (x von 21 Fälligkeitsterminen sind noch offen)⁶

maximaler Ertrag: € 3.437.825⁷ p.a. - wenn EUR/CHF-Wechselkurs bei 1,54 (bei aktuellem 6-Monat CHF-Libor)

realisiertes Ergebnis: € + 425.598

³ Der Betrag ändert sich später ohne Begründung auf CHF 226 000.--

⁴ Ab Mai 2010 (/BH8) wurde dieser Absatz gestrichen.

⁵ Später € 6.183 600 p.a..

⁶ Diese Angabe wurde erst in späteren Berichten eingefügt, die Quote und die Anzahl der Termine wurden jeweils an die verbleibenden Fälligkeitstermine angepasst.

⁷ Später € 4.397 840 p.a.

Bewertung per 30.6.2007: € + 4.220.439“

Daran anschließend folgte im Bericht ./BH3 (der erste nach Abschluss des Swaps) eine Zusammenfassung mit einer aktuellen Aufstellung des Volumens der CHF-Anleihe, des realisierten Ergebnisses, der Bewertung und einer Spalte „Gesamt“, in der das Ergebnis und die Bewertung addiert wurden. In den Folgeberichten beinhaltete die Tabelle die bezahlten Anleihezinsen, das realisierte Swap-Ergebnis, den effektiven Nettoaufwand und die realisierte Einsparung nach Zeitabschnitten.

Zuletzt folgte ab dem Bericht ./BH4 die Angabe einer „Erfolgsquote“ in % der einzelnen Fälligkeitstermine, die Bewertung des Swaps wurde nicht mehr dargestellt.

Im Folgeabschnitt „3. Zusammenfassung“ heißt es:

„Durch die oben beschriebenen Maßnahmen sind derzeit 70 Mio. des variablen Euro-Portfolios und das gesamte CHF-Portfolio abgesichert.“

Darunter befand sich eine Tabelle mit den einzelnen Derivaten, deren Volumen und Prämien, dem realisierten Ergebnis, der Bewertung und in einer Spalte „Gesamt“ die Summe aus Ergebnis und Bewertung. Ab dem Bericht ./BH4 waren die Derivate, deren Laufzeit und Volumen, die Ergebnisse des letzten und dieses Berichtszeitraums und die daraus resultierende Änderung angeführt. (./BH1 - ./BH9, ./15)

Im Juni 2010 änderte ■■■ seinen Berichtsentwurf ./BH8 aus Mai 2010 noch vor der Darstellung im Finanzausschuss und auch später die Folgeberichte. Das maximale Risiko, der maximale Ertrag, die Risikoquote und die Grafik waren nicht mehr enthalten und unter der Tabelle des realisierten Ergebnisses wurde im Bericht November 2010 folgender Absatz eingeführt:

„Vergleich:

Von 14.10.2005 bis 14.10.2010 wurden für die Anleihe Zinsen von 11.078.490 EUR (17.323.494 CHF) bezahlt, der Aufwand aus dem Swap betrug 10.152.561 EUR (12.566.097 CHF), zusammen also 21.231.051 EUR.

Bei einer CHF-Fixzins Anleihe (2,645%) hätte der Zinsaufwand 17.088.477 EUR (26.161.254 CHF) betragen, bei einer variablen Euro-Anleihe 18.102.012 EUR.“

Ob diese Änderungen auf Weisung des BM erfolgten oder ■■■ dies von sich aus vornahm, kann nicht festgestellt werden. (./BH8 f, ZV ■■■ Prot ON 608, S. 17, PV Dobusch Prot ON 77, S. 51 f).

Der Bericht zum Debt Management war immer der letzte Tagesordnungspunkt des Finanzausschusses vor „Allfälligem“ und wurde von [REDACTED] anhand der Tischvorlage vorgetragen, Fragen oder Wortmeldungen der Ausschussmitglieder, die zum Teil auch Mitglieder des GR waren, gab es keine (ZV [REDACTED] ON 608, S. 9, ZV [REDACTED] ON 106, S. 3, ZV Mayr ON 106, S. 22). Lediglich in der Sitzung des Finanzausschusses am 15. Mai 2008 dankte StR Mayr FD [REDACTED] im Anschluss an dessen Bericht für die „äußerst erfolgreichen Maßnahmen des Debt Managements“ (.BK, .14 = .BK15).

Zwecks besserer Nachvollziehbarkeit dieser Berichte, ihrer Veränderung und der Art der Informationsvermittlung werden als Beispiele Form und Inhalt dieser Berichte wie aus den als Anhänge 2, 3 und 4 dem Urteil angeschlossenen Debt Management Berichten .BH3 (28.8.2007), .BH7=.15.4 (10.11.2009) und .BH9=.15.6 (11.11.2010) ersichtlich festgestellt. Auch wenn es sich um mehrseitige Unterlagen handelt, erachtet das Gericht gerade auch die Aufmachung der darin enthaltenen Informationen für wesentlich, weswegen diese Urkunden trotz des Umfangs als Anhänge angeschossen werden.

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 (PV Dobusch ON 77, S. 23 f).

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

„Die Einnahmen aus den Zinssicherungsgeschäften mit den diversen Banken ([REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED]) konnten bei der Budgeterstellung nicht vorhergesehen werden. Der Abschluss von Terminkontrakten wurde mit GRB vom 3.6.2004 genehmigt um das Zinsniveau zu sichern und das Zinsrisiko möglichst niedrig zu halten. Im Portfolio sind hauptsächlich Kredite auf Basis Euro variabel Euribor und CHF variabel Libor enthalten. Bis jetzt konnten Ausgleichszahlungen der Banken lukriert werden. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen leisten wird müssen.“ (.16= .AN, pdf-S. 22 (im Dokument als S. 21 bezeichnet)).

Die Berichte und Nachprüfberichte des KoA wurden in Sitzungen des Kontrollausschusses behandelt und diskutiert, nicht aber im GR. Im GR wurden lediglich die Jahresberichte behandelt und zur Kenntnis genommen. Es kann nicht festgestellt werden, dass dabei der Swap 4175 thematisiert wurde oder aus den Salden Zahlungen aufgrund des Swaps

extrahiert oder identifiziert wurden (./CV, ./CW).

Zu den ersten sieben Fälligkeitszeitpunkten kam es zu Salden zu Gunsten der Klägerin in folgenden Höhen:

16.4.07	CHF 698.831,25
16.10.07	CHF 2.333.960,41
15.4.08	CHF 2.815.972,74
15.10.08	CHF 2.828.363,36
15.4.09	CHF 1.464.662,44

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

Am 26.3.2010 erfuhr [REDACTED] über Dritte von einer „Schieflage im EUR/CHF“ und informierte StR Mayr von einer drohenden Zahlungsverpflichtung der Klägerin im April 2010. StR Mayr wiederum informierte BM Dobusch. Eine Befassung des GR kann nicht festgestellt werden. Zwischen Juli 2010 (./133) und März 2011 kam es zu mehreren Gesprächen zwischen Vertretern der Klägerin, darunter BM Dobusch und StR Mayr, und der Beklagten, in denen vom BM auch der Standpunkt vertreten wurde, das Geschäft sei aus Formalgründen nicht gültig, bei einem Gespräch am 5.8.2010 auch konkret mit der Begründung, der Swap sei vom GR-Beschluss nicht umfasst (./136). Es kann nicht festgestellt werden, dass der BM zu dieser Aussage eine Entscheidung des GR über die Gültigkeit des Swaps eingeholt hat. Es wurden aber dennoch auch Restrukturierungsmöglichkeiten diskutiert. Zahlungen der Klägerin an die Beklagte aufgrund des Swaps 4175 wurden nur noch unter Vorbehalt der Rückforderung geleistet. Eine Information, Meinungsbildung, Beschlussfassung über oder Involvierung des GR in diese Gespräche, die von anderen Organen der Stadt Linz geführt wurden, kann nicht festgestellt werden (./133 - ./140, ./144 - ./148, ./GK, ./GL, PV Dr. Dobusch Prot ON 112, S. 22 auch iVm ./48).

In der GR-Sitzung vom 16.12.2010 stellte Stadtrat Mayr den Antrag an den GR, den erstellten Voranschlag für das Jahr 2011 zu genehmigen, stellte diesen dar und berichtete umfassend über die Finanzen der Klägerin, ohne aber den Swap zu erwähnen. Im Rahmen der anschließenden Debatte nahmen allerdings zwei Gemeinderäte Bezug auf den Swap 4175. Die Wortmeldungen lauteten:

GR Ortner:

„Bedenklich stimmt uns im Zusammenhang mit den Krediten aber auch die Zinsentwicklung. Und hier muss gesagt werden, dass Linz durchaus in den letzten Jahren von der Wirtschaftskrise hinsichtlich der Zinsen zum Teil profitiert hat. Dass sich dieser Trend aber ganz schnell umkehren kann, zeigt zuletzt die dramatische Entwicklung des Schweizer Franken Kredits, der nach positiven Ergebnissen, nach kleinen Gewinnen in den Vorjahren heuer bereits einen Verlust von fast 16 Millionen Euro herbeigeführt hat. Durch die mit diesem Kredit verbundenen Spekulationsgeschäfte drohen uns im nächsten Jahr und auch in den kommenden Jahren enorme weitere Verluste. Hier zeigt sich einmal mehr, dass jede Art von Spekulationsgeschäften, sei es CrossBoarderLeasing oder Swap Spekulationen, völlig untaugliche Mittel zur Finanzbeschaffung sind. Und so wie beim CrossBoarderLeasing im vergangenen Jahr, wo wir Freiheitlichen mittels Gemeinderatsbeschluss dieser Praxis einen Riegel vorgeschoben haben, fordern wir auch hier strengere Regeln für Finanzgeschäfte, die einen so hohen Risikoanteil aufweisen, wie das im gegenständlichen Fall bei der Frankenanleihe ist.“ (J237, S. 724)

GR Hattmannsdorfer:

„Dritter zentraler Kritikpunkt, weil sehr aktuell, sind die Hochrisikospekulationen mit dem Steuergeld, konkret der Schweizer Franken Swap, den Sie in Ihrer Budgetpräsentation nicht angesprochen haben, der aber umso aktueller ist, weil mein Vorredner gesagt hat, wir machen Business as usual und wir spekulieren, und das trifft auch auf dieses Zinstauschgeschäft zu. 2004 hat sich dieses Haus entschieden, die Verantwortung zu delegieren an den zuständigen Finanzreferenten, um die Finanzgebarung zu optimieren. Ein Ergebnis war dieses Zinstauschgeschäft, das uns ordentlich bluten lässt, aktuell in diesem Jahr bereits 15,9 Millionen Euro. Und wenn ich mir den Voranschlag anschau, für das Jahr 2011 weitere zehn Millionen Euro, die darin budgetiert sind. Da gehen Sie aber von einem Kurs aus von 1,43. Schaue ich mir den Kurs von gestern an, 1,28, würde das im Jahr 30 Millionen Euro bedeuten. Einfach futsch, einfach weg. Und wenn ich das summiere, komme ich auf eine Riesensumme, die für eine Kommune wie die Stadt Linz nicht vertragbar ist. Gerade wenn ich mir die aktuellen Entwicklungen anschau, Stichwort Irland, Griechenland, Spanien, Portugal und was da noch kommen möge und was alles Auswirkungen hat auf die Wechselkurse der Währungen, habe ich schon große Sorge für das nächste Jahr, wenn ich mir bewusst bin, dass nur zwei Tage darüber entscheiden werden, wie viel wir schwupp, zack überweisen müssen. Ein Tag im April und ein Tag im Oktober wird entscheiden, ob zehn Millionen, ob 30 Millionen, ob 20 Millionen, hoffentlich vielleicht auch nur fünf Millionen. Die Schwierigkeit beim Budgetieren sieht man dieses Jahr. Im Budget 2010, in dem entsprechenden Budgetansatz, 333.000 Euro werden es nicht sein. 15,9 der Swap, ich weiß

nicht, was dann sonst noch dazukommt. Wenn ich mir die Debt Management Berichte noch anschau, kommen wir vielleicht auf 17 Millionen Euro, kommen wir vielleicht auf 18 Millionen Euro, wir werden es sehen. Wir sind aber weit weg von der Budgetierung. Das heißt, jetzt zum finanzwirtschaftlichen Kapitel gesprochen als Schlusssätze folgendes Fazit: Bei diesen Hochrisikospekulationen sind uns die Hände gebunden, da kann man jetzt niemandem sagen, du bist jetzt schuld, dass es nächstes Jahr 20 oder 30 werden, weil diese Verpflichtungen sind wir eingegangen. Auf das Defizit und auf die Verschuldung im laufenden Haushalt habe ich hingewiesen und die Kritik formuliert. Wir anerkennen nochmals die gesamtwirtschaftliche Entwicklung, die Folgen der Wirtschaftskrise und werden aus diesem Grund dem Budget zustimmen, weil das alles ist weder vom Finanzreferenten oder sonst wem verschuldet worden, was sich da in Amerika und dann über den Teich herüber und überall getan hat und sich direkt auswirkt auf die Bundesertragsanteile, auf die Kommunalsteuer usw. Deswegen auch in diesem Krisenbudget unsere Zustimmung.“ (.I237, S. 830 f; Video .I242)

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

Es kann nicht festgestellt werden, dass sich der GR als Kollegialorgan vor dem 7.4.2011 eine Meinung über den Swap 4175 gebildet hat und, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, eine Entscheidung über diesen Geschäftsabschluss getroffen hat oder treffen wollte, ebenso wenig, dass er über den allenfalls vollmachtslos abgeschlossenen Swap 4175, dessen konkrete Struktur, eine allfällige (schwebende) Unwirksamkeit dieses Geschäftes und eine mögliche oder notwendige Genehmigung desselben Bescheid gewusst, beraten, abgestimmt, sich einen Willen gebildet oder Beschluss gefasst hat. Auch eine Informationerteilung des GR als Gremium über den Swap, dessen Wirkungen, das mit ihm verbundene Risiko und den genauen Ablauf seines Abschlusses kann vor dem 7.4.2011 nicht festgestellt werden. (.I/A - .I/B2, .I/AN = .I/16 (Bezugnahme nur auf den GR-Beschluss vom 3.6., keine Verbindung zum Swap 4175 oder auch nur zu Geschäften mit der Beklagten), .I/BE, .I/BH, .I/BK, .I/BN, .I/BS (keine Erwähnung des Swaps 4175), .I/CA (keine Erwähnung des GR), .I/CV und .I/CW (keine Erwähnung), .I/CX und .I/CZ (Erwähnung von „Zinssicherungsgeschäften“ bei sonstigen Einnahmen im Rechnungsabschluss ohne Bezugnahme auf den Swap 4175), .I/DA - .I/DP (keine Erwähnung, in .I/DO S. 15 und S. 21 lediglich allgemeine Ausführungen ohne Bezug auf konkrete Geschäfte), .I/ES, .I/ET, .I/FT (keine aufgeschlüsselte Darstellung, Swap nicht erkennbar), .I/FW (Ausweis von Mehr- und Mindereinnahmen aus „Zinssicherungsgeschäften“ ohne Bezug zum Swap 4175), .I/GX, .I/14 - .I/16, .I/54 (Erwähnung des Finanzausschusses und

des StR Mayr als „zuständige Gremien der Kommune“, nicht aber des GR), ./57 (keine Befassung des GR mit Maßnahmen des Debt Managements, sondern lediglich des Finanzausschusses), ./58 (als zustimmende Gremien werden nur StR Mayr und BM Dobusch angeführt), ./61 (Erwähnung von nicht näher dargelegten Zinssicherungsgeschäften, die Einnahmen gebracht haben im Rahmen der Erörterung des Voranschlages 2010 – zu einer Beschlussfassung des GR in dieser Sitzung existiert kein Vorbringen), ./112 (Wunsch von [REDACTED], Rücksprache mit „Chef“ StR Mayr zu halten, aber kein Anhaltspunkt für eine Einbindung des GR), ./121 (keine Einbindung des GR), ./150, PV Dobusch ON 112, S.20).

In der GR-Sitzung am 7.4.2011 berichtete StR Mayr dem GR als Gremium erstmals konkret über den Swap 4175 und die beabsichtigte Klagsführung und beantragte die Beschlussfassung 1. der Genehmigung der Klagsführung und 2. dass der Swap 4175 vom GR-Beschluss vom 3.6.2004 nicht gedeckt sei (./150). Der GR fasste nun den ersten Beschluss, der konkret den Swap 4175 behandelt, mit folgendem Inhalt:

„Der Schweizer Franken linked Swap Nummer 4175 ist durch den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 (Debt-Management) nicht gedeckt. Die seitens der BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft per Mitte April geforderte Zahlung wird nur unter dem Vorbehalt der Rückforderung geleistet.“ (./150)

Am 26.9.2011 beantragte die Klägerin bei der Gemeindeaufsichtsbehörde, „die OÖ Landesregierung möge das von [REDACTED] namens der Landeshauptstadt Linz mit der BAWAG P.S.K. am 12.2.2007 via Email abgeschlossene und im Einzelabschluss vom 16.2.2007 beurkundete Swap-Geschäft 4175 gem § 78 Abs 1 StL 1992 genehmigen“, wies aber im Antrag ausdrücklich darauf hin, dass diesem Geschäft die erforderliche Zustimmung des Gemeinderats fehle und schon deswegen – abgesehen von verschiedenen zivilrechtlichen Gründen – unwirksam sei. (./BN)

Die Oö. Landesregierung trug daraufhin der Klägerin auf, „einen Auszug aus der Verhandlungsschrift über die Sitzung des Gemeinderates der Landeshauptstadt Linz, in welcher das uns zur aufsichtsbehördlichen Genehmigung vorgelegte, mittels sog. „Einzelabschlussbestätigung“ vom 16. bzw. 19. Februar 2007 beurkundete SWAP-Geschäft („SWAP 4175“) im gesamten Wortlaut beschlossen wurde, nachzureichen“ (./BO). Inhaltlich verwies die Oö Landesregierung darauf, dass es Voraussetzung für die Erteilung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung sei, dass der GR das Geschäft tatsächlich beschlossen habe, der Beschluss vom 3.6.2004 aber lediglich eine Ermächtigung enthalte, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und

Finanzterminkontrakten zu optimieren.

Die Klägerin teilte der Aufsichtsbehörde mit, dass es keinen entsprechenden Beschluss des GR gebe, woraufhin diese den Antrag mit Bescheid vom 10.10.2011 als unzulässig zurückwies. Sie begründete diese Entscheidung (auszugsweise) wie folgt:

„Das in Kopie der Aufsichtsbehörde gemeinsam mit dem gegenständlichen Antrag übermittelte Unterlagenkonvolut beinhaltet unter anderem auch den Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13. März 2004 sowie im Anhang daran folgenden Antrag an den Gemeinderat: "Die FVV wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren." Dieser Antrag wurde in der Sitzung des Gemeinderates der Landeshauptstadt Linz vom 3. Juni 2004 mit qualifizierter Stimmenmehrheit beschlossen.

Dieser Beschluss stellt allerdings nur eine allgemeine Ermächtigung an die Finanz- und Vermögensverwaltung ("FVV") dar, bestimmte Rechtsgeschäfte zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios abzuschließen.

Das von Herrn [REDACTED] im Namen der Landeshauptstadt Linz mit der BAWAG P.S.K. am 12. Februar 2007 per E-Mail abgeschlossene und mittels sog. "Einzelabschlussbestätigung" vom 16. bzw. 19. Februar 2007 beurkundete Swap-Geschäft ("Swap 4175") ist daher vom Beschluss des Gemeinderates der Landeshauptstadt Linz vom 3. Juni 2004 nicht umfasst.“ (.IBP)

Am 13.10.2011 fasste der GR folgenden Beschluss:

„1) Die Stadt Linz ist überzeugt davon, dass die zwischen ihr und der BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG (BAWAG P.S.K.) abgeschlossenen Swap-Geschäfte Nr. 4175 und Nr. 57196 unwirksam (nichtig) bzw. anfechtbar sind. Der Bürgermeister wird daher beauftragt, rechtsgrundlos geleistete Zahlungen zurückzufordern und die bevollmächtigten Rechtsvertreter nunmehr umgehend anzuweisen, die Klage einzubringen.

2) Die Swap-Geschäfte mit den Nummern 4175 und 57196 sowie der zugrunde liegende Rahmenvertrag vom 26.09.2006 werden aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung aufgelöst. Der Bürgermeister wird beauftragt, diese Auflösung gegenüber der BAWAG P.S.K. zu erklären.

3) Es werden seitens der Stadt Linz keine weiteren Zahlungen aus den Swap-Geschäften mit den Nummern 4175 und 57196 an die BAWAG P.S.K. geleistet.“ (.IBE)

Zum Swap 4175:

Der „CHF-linked resettable Swap 4175“ ist ein Zinstauschgeschäft zwischen der Klägerin und der Beklagten. Bei einem Swap („Tausch“ von Zahlungsströmen) handelt es sich um ein vom Vertragstypus her grundsätzlich marktübliches und 2007 wie auch heute noch weit verbreitetes Finanzgeschäft, das allerdings aufgrund der freien näheren Ausgestaltung (was wird getauscht) und der Einbettung in die Gesamtportfolios der jeweiligen Vertragspartner (was bewirkt der Tausch) wirtschaftlich sehr unterschiedlich wirken und sowohl als Absicherung und Risikominimierung, als auch als rein auf einen möglichen Gewinn ohne Absicherung ausgerichtetes Spekulationsgeschäft genutzt werden kann, wobei auch Zwischenformen möglich sind. Swaps von Zahlungsströmen in EUR und CHF, die vom EUR/CHF-Wechselkurs abhängen zur Reduktion von Zinszahlungen und Swaps, bei denen die Höhe der Kupons vom EUR/CHF Kurs abhängig ist und die unter Verwendung von Standardoptionen (ohne Quanto-Effekt) strukturiert werden, waren bis 2008 Standardprodukte am Markt. In welchem Ausmaß Swaps gehandelt wurden, zu deren Konstruktion Quanto-Optionen benötigt werden (wie beim Swap 4175), kann nicht festgestellt werden. Es kann auch nicht festgestellt werden, ob derart konstruierte Swaps im Kommunalbereich abgeschlossen wurden (SV-GA ON 427, S. 25 ff). Weder die Klägerin noch die Beklagte hatten zuvor einen dem Swap 4175 inhaltlich gleichkommenden Swap abgeschlossen (unstrittig, vgl auch ./112 am Ende und den im zeitlichen Nahebereich erfolgten Produkteinführungsprozess bei der Beklagten).

Mit dem Swap 4175 vereinbarten die Parteien für eine Laufzeit bis 15.4.2017 zu halbjährlichen Fälligkeitszeitpunkten am 15.4. und am 15.10., bezogen auf ein Nominale von CHF 195.000.000,-- Zinszahlungen zu tauschen. Die Beklagte verpflichtete sich zur Zahlung variabler Zinsen gemäß dem 6-Monats-CHF-LIBOR, die Klägerin zu einem Fixzinssatz von 0,065 %, solange der EUR/CHF-Wechselkurs von der EZB über CHF 1,54 fixiert wird (EZB-Fixing, EZB-Wechselkurs, im Folgenden kurz „EZBW“). Liegt der Wechselkurs bei CHF 1,54 oder darunter, hat die Klägerin Zinsen nach der Formel $0,065 \% + ((1,5400 - \text{EZBW}) / \text{EZBW} \times 100) \%$ zu zahlen. Solange der EZBW zu den Fälligkeitszeitpunkten CHF 1,54 nicht unterschreitet, kommt es aus dem Swap aufgrund des sich zu ihren Gunsten ergebenden Saldos aus den Zahlungsströmen zu Einnahmen der Klägerin in CHF, die der Höhe nach dem variablen Teil der Zinszahlungsverpflichtung aus der CHF-Anleihe ohne den Aufschlag entsprechen (6M-CHF-LIBOR) und daher bei wirtschaftlicher Betrachtung das entsprechende Zinsänderungsrisiko aus der CHF-Anleihe der Klägerin für sie eliminiert. Jede Veränderung des LIBOR führte einerseits zu einer Veränderung der Zinszahlung aus der Anleihe, aber auch zu einer korrespondierenden Änderung des Ertrags aus dem Swap. Die Klägerin hatte dafür

ihrerseits fix 0,065 % von CHF 195.000.000,-- zu zahlen. Dieser, das Zinsrisiko reduzierende, Ertrag der Klägerin wurde mit der Übernahme eines zusätzlichen Risikos „bezahlt“, nämlich des Wechselkursrisikos. Zwar wird das Zinsrisiko aus der Anleihe minimiert, dafür kommt es zu einer Erhöhung des Fremdwährungsrisikos, dem die Klägerin sowohl aus der in CHF zu bedienenden Anleihe, als nun auch aus der Swap-Formel ausgesetzt war, die (wie auch die Anleihe selbst) theoretisch zu gegen unendlich strebenden Zahlungsverpflichtungen führen kann. Die CHF-Anleihe war allerdings im Gegensatz zum Swap 4175 kündbar, wodurch auch das mit ihr verbundene Risiko beschränkt war.

Der Swap 4175 war daher unabhängig von den Vorstellungen der Handelnden aus objektiver Sicht aufgrund seiner Wirkung auf das Gesamtportfolio der Klägerin weder ausschließlich Spekulations- noch Absicherungsgeschäft, weil er einerseits das Zinsrisiko aus der Anleihe im Portfolio minderte, dafür aber ein FX-Risiko schuf bzw das bereits aus der Anleihe vorhandene Risiko erhöhte (GA-Erörterung ON 570, S. 10).

Der Swap ist asymmetrisch gestaltet, die für die Klägerin erzielbaren Gewinne sind betraglich beschränkt, wohingegen die möglichen Verluste unbeschränkt sind. Gewinne der Klägerin treten mit höherer Wahrscheinlichkeit und geringeren Beträgen auf, Verluste wesentlich seltener, dann allerdings mit höheren Beträgen (korrigiertes SV-GA ON 444, S. 3 ff, 20 f). Das Ergebnis zu den einzelnen Zahlungsterminen und damit einhergehend auch das Gesamtergebnis des Swaps am Ende der Laufzeit hängen vom jeweiligen (variablen) EZBW zu den Stichtagen ab und waren daher bei Vertragsabschluss nicht bekannt. Der Swap beinhaltet somit ein aleatorisches Element und entspricht wirtschaftlich einem Wetten auf den jeweiligen EZBW-Stand zu den einzelnen Fälligkeitsterminen.

Ohne Auswirkung auf den Swap 4175 und die Vertragslage zwischen den Parteien lassen sich die sich aus dem Swap 4175 ergebenden Risikopositionen finanzmathematisch aufschlüsseln und darstellen einerseits in einen einfachen („plain vanilla“) Swap von fixen gegen variable Zinsen und aufgrund der Änderung der Formel bei einem Unterschreiten des EZBW von 1,54 andererseits in die (aus Sicht der Klägerin) Stillhalterposition von 21 aufeinander zeitlich folgenden (nämlich zu den Fälligkeitsterminen) exotischen Devisenoptionen.⁸ Exotisch deshalb, weil im Swap sowohl das Nominal, als auch die Zinszahlungen in CHF denominated sind. Diese Zerlegung des Swaps in verschiedene

⁸ Im Hinblick auf die umfassenden Diskussionen der Parteien in der mündlichen Streitverhandlung dazu wird ausdrücklich festgehalten, dass es sich um die Feststellung einer finanzmathematischen Sicht handelt und nicht um eine rechtliche, da eine Option juristisch ein ausübbares Recht darstellt, finanzmathematisch allerdings immer von einer Ausübung ausgegangen wird, wenn die Option „im Geld“ ist, die Ausübung also für den Berechtigten wirtschaftlich sinnvoll ist, zumal mit dem Swap die Zahlungsverpflichtungen bindend festgelegt wurden und keiner weiteren Optionsausübung bedürfen bzw den Parteien kein Wahlrecht eingeräumt wurde, ob die Änderung der Formel bei einem Unterschreiten von 1,54 angewendet werden soll oder nicht. Der Beklagten wurde nicht eingeräumt, allenfalls mehr zu verlangen bei einer Unterschreitung des Kurses, die Formel kommt automatisch ohne Ausübung einer Option zur Anwendung. Auch der Begriff „exotisch“ ist als finanzmathematischer Fachbegriff zu verstehen, der nichts mit der Üblichkeit oder einer besonderen Risikoträchtigkeit zu tun hat und somit auch in keinem Zusammenhang mit den Feststellungen zur Marktüblichkeit steht, sondern bloß der Abgrenzung zu einer einfachen (plain vanilla) Option dient.

Bausteine zwecks Verwaltung, Bewertung und Risikomanagement erfolgt rein bankintern und hat für die Klägerin jedenfalls bei laufendem Swap keine Relevanz, berührt aber die Höhe allfälliger Auflösungskosten bei einer vorzeitigen Beendigung des Swaps.

Die Duplikation der mit dem Swap vereinbarten Zinszahlungen erfolgt durch eine Serie (ein Portfolio bzw. eine Linearkombination) von Self-Quanto Put-Optionen (EUR Put CHF Call). Die Währungseinheit, die sich aus der Swap-Formel ergibt, ist EUR, dieser EUR-Betrag soll allerdings in CHF gezahlt werden, also mit einem ex ante festgelegten EUR/CHF Kurs von 1 (das ist der Quanto-Faktor) jeweils eine bestimmte Anzahl per Fälligkeitstag, mit Ausgleichszahlung in CHF (Cash-Settlement in CHF) zum Liefertermin (Delivery Date). Das Nominal der Optionen ist ein Betrag in CHF, der sich aus den Tageskonventionen errechnet. Allerdings kann das Auszahlungsprofil einer Self-Quanto-Option beliebig genau durch plain vanilla Optionen approximiert werden. Der Grad der Genauigkeit hängt dann von der Anzahl der Standard-Optionen in der Approximation ab.

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

Die Beklagte hat als Mapping eine Abbildung des Swaps über 21 Standard Put-Optionen vorgenommen, die später dann durch weitere Put-Optionen verfeinert wurden. Die Beklagte konnte als Risikoabsicherung die Serie der Optionen (oder Teile davon) an einen dritten Vertragspartner weiterverkaufen. Beim Verkauf der ganzen Serie wäre das vom Wechselkurs abhängige Risiko der BAWAG aus dem Optionsteil des Swap 4175 auf null reduziert. Aufgrund des Umstands, dass die damaligen Terminkurse nach unten gingen und daher die Wahrscheinlichkeit groß war, dass diese als Replikation angenommenen Optionen im Geld landen werden (also negativ für die Klägerin ausgehen), konnten mit ihnen hohe Prämien lukriert werden, die die Zinersparnis für die Klägerin finanzierten.

Die Beklagte gab die Gegenpositionen zur Klägerin aus dem Swap zum Teil an Dritte ab, indem der Salesdesk (die Kundenseite der Bank) interne Absicherungsgeschäfte mit dem (bankinternen) Handelsdesk abschloss, wo diese Einzelrisikopositionen wie alle vom Salesdesk an den Handelsdesk weitergegeben Risiken zu einem Gesamtrisiko der Beklagten zusammengefasst und dort einem Makro-Hedging durch Geschäftsabschlüsse mit Dritten unterzogen wurden, im Rahmen dessen es auch zu Zahlungsverpflichtungen und zu Prämieingängen gekommen ist, die mangels Relevanz hier ausdrücklich nicht festgestellt werden. Eine Auflösung des Swaps mit der Klägerin führt daher zu offenen Risikopositionen bei der Beklagten, die wiederum durch gegengleiche Geschäfte gehedgt werden müssen und damit zu den Auflösungskosten führen, die aufgrund der notwendigen Geschäfte mit Dritten marktabhängig sind. Je nach Markteinschätzung der offenen Positionen kann es dabei zu

einer Auszahlung an die Klägerin kommen (wenn die „verkaufte“ Position der Klägerin vom Markt für werthaltig erachtet wird) oder zu einer Zahlungsverpflichtung der Klägerin kommt (wenn man dafür zahlen muss, dass jemand die vom Markt schlecht bewertete Position der Klägerin übernimmt). Die Risikopositionen können bei einer Auflösung auch aufgeteilt und durch mehrere Hedging-Geschäfte glattgestellt werden, was zu wirtschaftlich besseren Ergebnissen führen kann. Es kann auch aus marktbedingten Gründen notwendig sein, die Glattstellungen zeitlich zu staffeln, um eine nachteilige Reaktion des Marktes zu verhindern.

Eine Kündigung des Swaps 4175 als Einzelabschluss wurde in der Rahmenvereinbarung ausgeschlossen, eine Kündigung des gesamten Vertrags (alle Einzelabschlüsse und Rahmenvereinbarung) sollte nur aus wichtigem Grund möglich sein (Rahmenvereinbarung ./1). Es ist aber kein übereinstimmender Vertragswille feststellbar, dass der Swap nicht vor Laufzeit einvernehmlich aufgelöst werden können sollte. Die Beklagte war jederzeit bereit, den Swap einvernehmlich zu beenden, partiell abzusichern oder zu restrukturieren, allerdings nur bei Zahlung der entsprechenden Auflösungs-, Absicherungs- oder Restrukturisierungskosten samt Marge. Alternativ konnte die Klägerin jederzeit das sich aus dem Swap für sie ergebende Risiko durch rechtlich vom Swap unabhängige, wirtschaftlich aber an ihn gebundene Sicherungs- oder Gegengeschäfte („Hedging“) mit der Beklagten oder auch Dritten teilweise oder auch zur Gänze eliminieren.

Das mit dem Swap für die Klägerin verbundene Risiko und damit auch die Kosten eines Ausstiegs oder einer Glattstellung des Risikos hingen insbesondere vom CHF-Kassakurs und dessen Volatilität ab, der sich innerhalb eines Tages oder sogar innerhalb weniger Stunden auch sehr stark verändern und zu Tagesschwankungen des Marktwertes von über EUR 100.000.000,-- führen konnte und auch führte, sodass auch allfällige Auflösungskosten einer entsprechenden Schwankung unterlagen. Der Swap ist für eine Buy-and-hold-Strategie (im Sinne eines Abschlusses und Beibehaltens über die gesamte Laufzeit ohne ständige Beobachtung, Kontrolle oder Eingriff) nicht geeignet, er bedurfte ständiger Beobachtung und gegebenenfalls auch einer Reaktion bis hin zur sofortigen Auflösung oder Glattstellung des Risikos. Notwendig war dabei jedenfalls zumindest eine tägliche Beobachtung des EUR/CHF-Devisenkassakurses und ein äußerst rasches Handeln im Sinne einer Entscheidung über die weitere Vorgangsweise innerhalb einer Stunde notwendig. Daran anschließend wäre eine temporäre Absicherung gegen eine weitere Verschlechterung bis zur Umsetzung der Entscheidung mittels eines „Delta Hedges“ möglich, bei dem CHF angekauft werden, um Auswirkungen von Schwankungen des Kurses für die Dauer der Auflösung des Swaps abzufedern. Je engmaschiger der EUR/CHF-Devisenkassakurs beobachtet wird, umso geringer ist die Gefahr, dass wegen eines verspäteten Abschlusses eines Delta-Hedges der

Verlust aus dem Swap im Rahmen der bereits festgestellten enormen Schwankungsbereitschaft noch größer wird (oder auch wieder geringer im Falle von Schwankungen zu Gunsten der Klägerin). Auch andere Risikotreiber wirken dabei zwar unverändert fort, diese Schwankungen wirken aber für gewöhnlich deutlich langsamer (Ergänzungs-GA ON 522, S. 16 f, GA-Erörterung Prot ON 569, S. 3 ff). Nur solange ein entsprechend rasches Agieren möglich ist, ist auch das mit dem Swap verbundene Risiko beherrschbar, um im Falle einer Risikoverwirklichung weitere Verluste zu verhindern. Die Beherrschbarkeit des Risikos wiederum ist die Grundvoraussetzung dafür, den Swap lege artis zur Optimierung des Portfolios einzusetzen (GA ON 427, S. 53; ON 522, S. 16, Prot ON 569, S. 3).

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

Es war bei Abschluss des Swaps ex ante nicht auszuschließen, dass sich dieser während der gesamten Laufzeit zu Lasten der Klägerin so entwickelt, dass das aus dem Swap resultierende Risiko und die zu erwartenden Zahlungspflichten für die Klägerin nicht mehr tragbar sein werden und das Geschäft daher aufgelöst oder durch Hedging neutralisiert werden muss. In beiden Fällen war nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ex ante nicht auszuschließen, dass es zu Auflösungskosten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres der Klägerin übersteigen, wenn man ex ante von einem Erstarken des CHF gegenüber dem EUR über die Laufzeit ausgeht (negative Drift in den Wahrscheinlichkeitsberechnungen). Unter der Annahme einer Kursstabilität (neutralen Drift) und unter der Prämisse eines Erstarkens des EUR gegenüber des CHF (positive Drift) werden die Wahrscheinlichkeiten des Eintritts solcher Szenarien mit entsprechend hohen Auflösungs- oder 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 aufrechter Swap über die gesamte Laufzeit zu jährlichen Zahlungsverpflichtungen der Klägerin zu den Fälligkeitszeitpunkten kommen kann, die über Darlehen finanziert werden müssen, die 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages

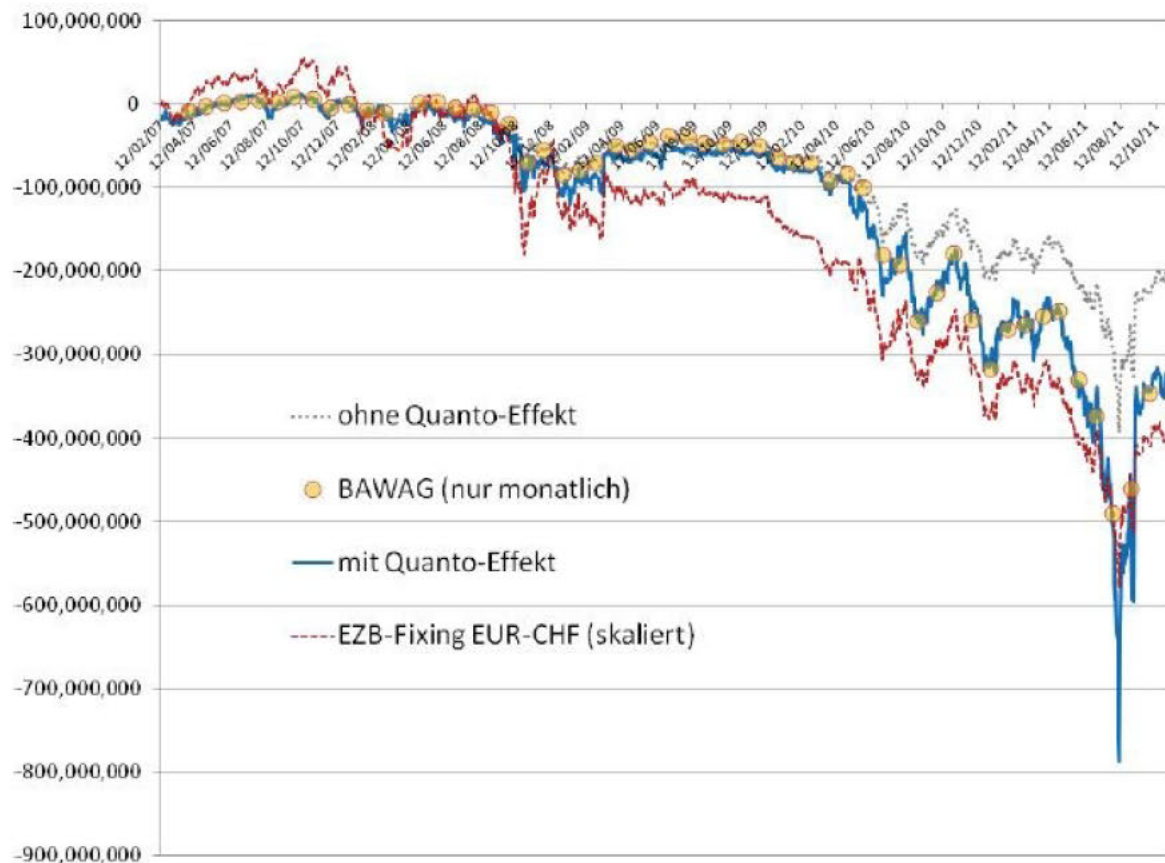
des laufenden Rechnungsjahres übersteigen (Ergänzungs-GA ON 522 und Erörterungen im Prot ON 569).

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, betrugen 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).

Die tatsächliche ex post-Entwicklung der Accounting Values, also der bloß buchhalterischen Werte des Swaps 4175 in EUR ohne handelsnaher Genauigkeit unter Außerachtlassung des Smile-Effekts, die auch den der Klägerin von der Beklagten übermittelten Bewertungen entsprechen, zwischen Abschluss und Auflösung des Geschäfts wird wie folgt festgestellt (Gutachten ON 427, S. 71, relevant sind insbesondere die blaue Linie [Fall Q=Quanto] und der rote Verlauf des EZBW):



Buchhalterischer Wert in EUR des Swap 4175 im täglichen Verlauf zwischen Abschluss und Auflösung. Gepunktet-grau zeigt die Bewertung für Fall P, durchgezogen-blau für Fall Q, gelbe Punkte die Bewertungen der BAWAG zum Monatsultimo, gestrichelt rot den Verlauf des EUR-CHF Kurses auf Basis der EZB Referenzkurse. Der Wechselkurs ist so skaliert, dass er bei null beginnt und von der Größenordnung zu den anderen Werten passt (mathematisch $1.000.000.000 * (\text{EUR-CHF-Kurs} - 1,6238)$).

Diese Werte stellen eine sehr grobe Annäherung an mögliche Ausstiegskosten (oder auch Prämien im Falle des Ausstiegs im positiven Bereich) dar. Erst durch Einbeziehung des Smile-Effekts und marktüblicher Margen kann auf tatsächlich notwendige Auflösungskosten zu den jeweiligen Bewertungszeitpunkten geschlossen werden, die unter den Bewertungen liegen. (GA ON 427, S. 7 ff.).

Beweiswürdigung:

Soweit bei den Feststellungen Belegstellen angeführt sind, stellen diese unbedenklichen Urkunden, vom Gericht für glaubwürdig erachteten Aussagen und schlüssigen Gutachtensergebnisse aus Sicht der Beweiswürdigung die Hauptgrundlage der getroffenen

(Negativ-)Feststellungen dar. Im Folgenden soll dazu ergänzend vertieft auf einzelne Feststellungen eingegangen werden.

Der Ablauf der Ereignisse von den ersten CHF-Erfahrungen der Klägerin in den frühen Neunzigerjahren bis zur Einleitung der Klagsführung ist grösstenteils unstrittig und überdies durch zahlreiche unbedenkliche Urkunden dokumentiert, die als Referenzen ebenso wie auch Bezugnahmen auf Aussagen bei den Feststellungen angeführt sind. Das betrifft insbesondere die internen Vorgänge bei der Klägerin, die durch Protokolle, Amtsberichte und Beschlüsse aus der jeweiligen Zeit gut nachvollziehbar waren. Nicht relevant waren dem hingegen die nachträglich angefertigten Urkunden. Dies einerseits, da dem Gericht auch die unmittelbaren Aussagen vorlagen und andererseits, weil die nachträgliche Erstellung schon unterschiedlichen Interessen diene, die zum Teil auch von einer reinen korrekten Aufarbeitung abweichen konnten und auch die Betroffenen, etwa [REDACTED], die Richtigkeit in Frage stellte.

Der zentrale Grundgedanke der Beweiswürdigung des Gerichts und damit Grundlage des festgestellten Sachverhalts fußt auf der durch das Beweisverfahren nicht erschütterten Annahme, dass die formalen Vorgänge innerhalb der Klägerin und ihrer Organe korrekt und vollständig durch die Urkunden erfasst sind. Es gab weder Vorwürfe noch Anhaltspunkte, dass es etwa geheime GR-Sitzungen gegeben hätte, über die keine Sitzungsprotokolle vorliegen und in denen über den Swap debattiert worden wäre. Dass hinsichtlich des GR nur solche korrekt abgehaltenen Sitzungen, in denen das Kollegialorgan seinen Willen formal gültig bilden und ausdrücken kann, für das Gericht relevant waren, nicht aber allfälliges Sonderwissen einzelner Mitglieder des GR, ist Teil der rechtlichen Beurteilung. Für die Beweiswürdigung wesentlich ist aber, dass das Gericht davon ausgegangen ist, dass durch die vorliegenden Urkunden die offiziellen Vorgänge innerhalb der Stadt, insbesondere die Wissensvermittlung und Willensbildung des GR schriftlich erfasst sind, eben durch die Protokolle der GR-Sitzungen. Immer dann, wenn dem Gericht eine rechtliche Relevanz einzelner Wortmeldungen denkmöglich schien, wurden diese auch anhand der Protokolle festgestellt, was insbesondere bei der Fassung des GR-Beschlusses am 3.6.2004 und bei der Prüfung, ab wann der GR vom Swap informiert wurde, zutraf. Dass dem Gericht hunderte Protokollseiten vorgelegt wurden, sei angemerkt. Seitens des Richters wurde darin kein Anhaltspunkt für eine weitergehende Befassung des GR entdeckt, der über die Feststellungen dazu hinausginge. Eine zusätzliche Vernehmung von Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Sitzungen zu den Vorgängen und Äußerungen schien vor dem Hintergrund, dass die Richtigkeit und Vollständigkeit der Übertragungen nicht bezweifelt wurde, nicht notwendig. Es handelt sich auch nicht um eine Umgehung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes oder die Verwertung schriftlicher Zeugenaussagen, da das Beweisthema Kenntnisstand und Wille des

GR aus Sicht des Gerichts nur durch die ordnungsgemäß erstellten Protokolle behandelt werden kann, nicht aber durch die Vernehmung von Zeuginnen und Zeugen, seien es auch Mitglieder des GR. Diese dürfen nur zu persönlichen Wahrnehmungen befragt werden, also zu Vorgängen, die sie wahrgenommen haben. Diese nach außen wahrnehmbaren Vorgänge werden aber in den Verhandlungsschriften festgehalten. Die rechtliche Beurteilung vorwegnehmend ist hier festzuhalten, dass innere Vorgänge, Kenntnisse, Meinungen oder Entscheidungswünsche der einzelnen Mitglieder des GR irrelevant sind, weil sie nicht mit dem Wissen und dem ordnungsgemäß gebildeten Willen des GR gleichgesetzt werden können. Selbst wenn alle Mitglieder des historischen GR aussagten, sie hätten vom Swap 4175 und dem damit verbundenen Risiko gewusst und diesen auch abschließen wollen, wäre das noch kein Beweis eines Willens oder einer Beschlussfassung durch den GR, weil die entsprechenden formalen Handlungen fehlten (Antragstellung auf Beschlussfassung, Abstimmung). Ebenso irrelevant sind die Auffassungen, Mutmaßungen und Interpretationen der Vernommenen zu Wissen und Willen des GR (zB BM Dobusch, Prot ON 77, S. 12, FD ■■■■■ ./HA, S. 6). Der GR hat sich unter Berücksichtigung des StL und der GOCR zu informieren, zu beraten und sodann seinen Willen rechtsgültig und außenwirksam zu fassen. Dies ist zu beurkunden, nur so kann auch ein Vertrauenstatbestand vorliegen, der ja einer Außenwirkung bedarf. Wie das Verhalten einzelner Gemeinderätinnen und Gemeinderäte zu beurteilen ist, die über mehr Informationen oder Möglichkeiten der Informationsbeschaffung verfügt haben (Finanzausschuss, allenfalls Kontrollausschuss), ohne diese weiter zu hinterfragen und den GR formal zu befassen, ist über die – zu verneinende – beweiswürdigende Frage, ob daraus auf Tatebene eine Information des GR feststellbar abzuleiten sei, hier nicht zu prüfen, wird aber im Hauptverfahren eine möglicherweise relevante Frage darstellen. Vorbringen, dass Vorgänge im GR nicht oder falsch protokolliert worden wären, gab es nicht. Das Gericht hat den Standpunkt, dass die Beweisführung zum Willen eines Kollegialorgans durch die Einvernahme einzelner Mitglieder des GR nicht möglich sei, von Anfang an vertreten und auch offengelegt (zB Protokoll ON 110, S. 2) und bleibt auch dabei. Die Feststellungen beruhen daher auf den GR-Protokollen bzw Verhandlungsschriften. Das Vertrauen in diese Protokolle wurde dabei auch durch das Procedere gestärkt, wie diese erstellt und genehmigt werden und wie viele Personen in diesen Prozess eingebunden sind, sodass ein Missbrauch oder relevante Fehlprotokollierungen auszuschließen sind:

§ 21 StL

(1) Über jede Verhandlung des Gemeinderates ist eine Verhandlungsschrift zu führen, in die alle Anträge und Beschlüsse sowie das Abstimmungsergebnis und eine Darstellung des wesentlichen Sitzungsverlaufes aufgenommen werden müssen. Die Verhandlungsschrift ist vom (von der) Vorsitzenden und zwei weiteren Mitgliedern des Gemeinderates zu unterfertigen und soll jeder Fraktion binnen zwei Monaten zugesandt werden.

(2) Die Verhandlungsschrift ist unverzüglich nach Fertigstellung beim Magistrat aufzulegen. Hegt ein Mitglied des Gemeinderates gegen die Fassung oder den Inhalt der Verhandlungsschrift Bedenken, so hat es diese dem (der) Vorsitzenden mitzuteilen. Wenn diese(r) die Bedenken begründet findet, hat er (sie) die Berichtigung vorzunehmen. Findet der (die) Vorsitzende hingegen die Bedenken und damit die geforderte Berichtigung unbegründet, so kann das Mitglied einen Antrag auf Berichtigung der Verhandlungsschrift an den Gemeinderat stellen.

(3) Die Verhandlungsschriften über öffentliche Sitzungen können auf Verlangen von jedermann eingesehen werden. Die Herstellung von Kopien ist gegen Kostenersatz zulässig.

Es handelt sich daher um unbedenkliche Urkunden, sodass das Gericht diese als Grundlage für seine (Negativ-)Feststellungen, was im GR thematisiert, debattiert und entschieden wurde oder nicht, herangezogen hat.

Nicht festgestellt wurden die zwischen den Parteien strittigen Vorgänge bei der Geschäftsanbahnung des Swaps, insbesondere, ob dieser auf konkretes Verlangen von [REDACTED] bzw der Klägerin konzipiert wurde oder ein Vorschlag von der Beklagten war, weil es für die Frage der Gültigkeit des Geschäfts irrelevant war. Dass konkrete Vorgaben zum Swap vom GR stammten, wurde nicht behauptet. Auch sonst wurden behauptete strittige Handlungen von Organen oder Personen dann nicht festgestellt, wenn sie für die Gültigkeit keine Relevanz hatten (zB Verhalten von Dobusch, Mayr und [REDACTED] 2010 samt Bestätigung von [REDACTED] als Ansprechpartner durch BM Dobusch und StR Mayr auch noch 2010). Ebenfalls mangels Relevanz nicht festgestellt wurde das von der Beklagten behauptete Risikomanagement von [REDACTED] bzw der Klägerin. Nicht nur, dass das Vorbringen der Beklagten dazu die Vorgaben der Sachverständigen an einen echten Risikoleitfaden nicht erfüllt, ist es auch und insbesondere deshalb nicht entscheidungswesentlich, weil das Gericht die Unbeherrschbarkeit des Risikos aus dem Swap für die Klägerin nicht aus einem Mangel an Klarheit ableitet, wann wer wie und wie rasch reagieren soll, sondern vielmehr aus der gesetzlichen Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Klägerin. Diese bleibt auch bei Existenz umfassender interner Vorgaben und Regelungen bestehen und schließt eine Beherrschbarkeit des Risikos aus. Dies alles wird in der rechtlichen Beurteilung noch vertieft werden.

Die Feststellungen zum Glauben des Zeugen [REDACTED] an eine ausreichende Ermächtigung zum Swap-Abschluss und sein Berufen darauf gegenüber der Beklagten beruhen auf einer Gesamtschau aller seiner aktenkundigen Aussagen sowohl im Strafverfahren, als auch in diesem Zivilverfahren (zB Prot ON 607, S. 13 f, Prot ON 608, S. 3 f). [REDACTED] hat sich ja auch gegenüber der Beklagten auf den GR-Beschluss berufen und es besteht nicht der geringste Anhaltspunkt dafür, dass er hier einen „Alleingang“ riskieren wollte. Vielmehr konnte er auch in seiner Vernehmung seine Interpretation des Beschlusses und der Grenzen der von ihm angenommenen Ermächtigung darlegen. Überhaupt hinterließ der Zeuge einen durchaus glaubwürdigen Eindruck. Seine Angaben waren auch in sich schlüssig und nicht von offensichtlichen Falschaussagen durchwoben, wie sie bei einigen anderen Vernommenen

wahrgenommen werden mussten. Seinen Angaben folgte das Gericht daher auch bei anderen Feststellungen, so etwa zur äußerst relevanten festgestellten Notwendigkeit, dass Ausstiegskosten fremdfinanziert werden hätten müssen (Prot ON 607, S. 17, Prot ON 608, S. 3, 5). Die dennoch erfolgte Negativfeststellung zur Veranlassung der Änderungen in den Debt Management Berichten erfolgte aufgrund der widersprüchlichen Aussagen von [REDACTED] und dem zumindest im Grundsätzlichen auch nicht unglaublichen (zwischenzeitig Ex-)BM Dobusch dazu, wiewohl dieser, vernommen als Partei, durchaus Bestrebungen erkennen ließ, „seiner“ Stadt zu helfen und mit seiner Aussage auch die Medien und Öffentlichkeit zumindest auch zu bedienen. Nachdem allerdings die Frage, ob Dobusch und/oder [REDACTED] die Änderung für notwendig erachtet haben, mangels Relevanz für den ZFA nicht weiter hinterfragt wurde, begnügt sich das Gericht mit einer Negativfeststellung.

Die Negativfeststellung zur Übergabe des GR-Beschlusses vom 3.6.2004 und des Amtsantrags an die Beklagte und deren Kenntnis davon vor dem Geschäftsabschluss musste aufgrund der widersprüchlichen Beweisergebnisse erfolgen, namentlich den abweichenden Angaben der Beteiligten, insbesondere [REDACTED] (ZV ON 608, S. 11, auch iVm ./27), [REDACTED] (ZV ON 110, S. 35 f) und [REDACTED] (ZV ON 108, S. 8 f), aber auch von [REDACTED] (PV ON 69, S. 6 f) zusammen mit den bei der Feststellung genannten Urkunden, aus denen sich ergibt, dass die Beklagte nach Abschluss bei mehreren Gelegenheiten den Beschluss (wieder?) verlangt hat (./AD - ./AF, auch ./135). Ob der Grund darin liegt, dass sie ihn davor nicht hatte, nicht archivierte, ob der Systemwechsel bei der Beklagten oder allgemeine Organisationsmängel die Ursache dafür darstellen, dass trotz Erkennen der Wichtigkeit von entsprechenden Beschlüssen nachweislich zumindest ab April 2007 (./100) der GR-Beschluss bei der Beklagten nicht auffindbar war, konnte im Verfahren nicht aufgeklärt werden.

Zu den zahlreichen (Negativ-)Feststellungen einer Einbindung des GR vor April 2011 (bzw. Dezember 2010) ist im Anschluss an die obigen Ausführungen vorweg nochmals festzuhalten, dass sämtliche Feststellungen zu den Vorgängen im GR anhand der von den Parteien vorgelegten Protokolle erfolgten, deren Echtheit, Richtigkeit und Vollständigkeit nicht substantiell bestritten wurden. Insbesondere wurde nicht behauptet, die Protokollierungen geben nicht die tatsächlichen Abläufe wieder. Dass das Gericht zur Überzeugung gelangt ist, dass der GR weder in den Abschluss, noch in die Abwicklung des Swaps 4175 eingebunden war und auch nach Erkennen von Problemen durch andere nicht sofort eingebunden wurde, beruht damit schon auf dem Umstand, dass trotz der vielen Urkunden und Unterlagen (es liegen dem Gericht inkl. dem Datenträger ./233 über 100 Protokolle von GR-Sitzungen vor) es dafür keinen Anhaltspunkt gibt (Fundstellen mit stichwortartigen Hinweisen wurden bei der Feststellung angeführt, worauf verwiesen wird). Auch die protokollierten Wortmeldungen zeichnen kein Bild wohlinformierter Wortmeldungen über die gesamte Sachlage,

insbesondere zu einer allfälligen Ungültigkeit und einer Genehmigungsnotwendigkeit. So lässt der Inhalt des GR-Protokolls vom 7.4.2011 (.150) vielmehr eindeutig den Schluss zu, dass damals die erste konkrete Befassung des Kollegialorgans zum Swap 4175 stattfand und dieses daher auch bei den Versuchen des BM in den Jahren 2010/2011, eine Lösung zu erzielen, nicht beteiligt war. Bestätigt wird dies auch durch das GR-Protokoll .153 aus Oktober 2011 und von den Zeugen ■■■ (ON 608, S. 16) und Dobusch (Protokoll ON 112, S. 20 f). Wenn Letztgenannter durchaus schlüssig und nachvollziehbar ausführt, dass Mitglieder des GR vom Swap gewusst haben und es auch bereits Medienberichte gegeben habe, so steht dies den Negativfeststellungen nicht entgegen. Wie ausgeführt ist zu unterscheiden zwischen dem GR und seinen Mitgliedern. Die Feststellungen betreffen den GR als Gremium, das Wissen einzelner Gemeinderätinnen und Gemeinderäte wurde nicht festgestellt und auch keinem Beweisverfahren unterzogen. Dies aufgrund der bereits dargelegten Rechtsmeinung des Gerichts, dass dem keine Relevanz für die Gültigkeit zukommt. Aus dem Umstand, dass einzelne Gemeinderäte möglicherweise oder auch wahrscheinlich mehr wussten oder zumindest wissen konnten als andere (zB die Mitglieder des Finanzausschusses), kann beweiswürdigend nicht auf ein Wissen oder gar eine Entscheidungsfindung des GR als Organ geschlossen werden. Dies gilt einerseits in rechtlicher Hinsicht (worauf im Rahmen der rechtlichen Beurteilung eingegangen wird), andererseits auch im Rahmen der Beweiswürdigung. Die sibyllinischen Andeutungen einzelner Gemeinderäte in der Budgetdebatte Dezember 2010 zeigen vor dem Hintergrund des tatsächlichen damaligen Standes des Swaps und des in Wahrheit mit ihm verbundenen Risikos unter Berücksichtigung des Inhalts der Berichte von ■■■ im Finanzausschuss gerade nicht, dass eine ausreichende Information dieser einzelnen Gemeinderäte vorlag. Noch weniger können die Wortmeldungen als Informationserteilung des GR angesehen werden. Es lässt sich aus dem gesamten Verlauf der Sitzung keine konkrete Befassung oder gar Entscheidung des GR erkennen. Die Äußerungen der beiden genannten Mitglieder des GR lassen inhaltlich auch keinen Zweifel aufkommen, dass sie von einem bindenden Vertrag ausgehen und weder die Problematik der unzulässigen Grundsatzbeschlussfassung erfasst, noch eine schwebende Unwirksamkeit des Vertrags oder gar das tatsächlich mit diesem verknüpfte Risiko erkannt haben. Sie stehen daher der festgestellten Ahnungslosigkeit und der Untätigkeit des Organs GR, sei sie verschuldet oder unverschuldet, nicht im Wege. Die teilweise zu Tage getretene Unkenntnis der Beteiligten vom Organisationsrecht der Klägerin ist zur Kenntnis zu nehmen und fügt sich in ein ernüchterndes Gesamtbild. Sie ist daher nicht derart überraschend, dass sich beweiswürdigend daraus Zweifel ergeben hätten, die der festgestellten Unkenntnis entgegengestanden wären, zumal nicht einmal die Beklagte von einer konzertierten Täuschung durch den GR ausgeht, zumindest jedenfalls dazu nichts vorgetragen hat. Zu berücksichtigen war auch, dass die Beklagte auch kein konkretes Vorbringen erstattet hat,

dass der GR als Kollegialorgan eingebunden gewesen sei oder Entscheidungen getroffen habe oder treffen habe wollen. Sie stützt sich vielmehr primär auf das Wissen einzelner Gemeinderätinnen und -räte, auf eine Wissenszurechnung und auf einen Anschein, worauf in der rechtlichen Beurteilung eingegangen wird. Auch in diesem Bereich werden bei einer etwaigen Verschuldensprüfung im Rahmen des Hauptverfahrens noch Einvernahmen der Gemeinderätinnen und Gemeinderäte des damaligen GR durchzuführen sein, nicht allerdings für die Klärung der Gültigkeit im Rahmen des ZFA.

Die Feststellungen, die sachverständiger Expertise bedurften, erfolgten unter Zugrundelegung des eingeholten Gutachtens ON 427 unter Berücksichtigung der Korrekturen bei ON 441 bzw ON 444, des Ergänzungsgutachtens ON 522 unter Einbeziehung der Stellungnahmen zu den Berechnungsmodellen ON 468 und ON 500 und der mündlichen Erörterungen und Ergänzungen in den Protokollen ON 569 und 570 (auch als das Gutachten iSd Summe aller Teile des Sachverständigenbeweises bezeichnet). Die Aussagen, Überlegungen und Schlussfolgerungen der Gutachter waren für das Gericht nachvollziehbar und schlüssig. Dies auch und insbesondere dort, wo Ermessens-, Abwägungs- oder Bewertungsspielräume bestanden, im Rahmen derer die Sachverständigen ihre Entscheidungen und Herangehensweisen nachvollziehbar begründeten und auch darlegten, was weitere Modifikationen bewirken würden. Daran änderte auch die gegen das Gutachten vorgebrachte Kritik nichts. Soweit es darum ging, dem erkennenden Richter fehlendes Fachwissen zu vermitteln, sind die Gutachten nicht zu beanstanden (und wurden es auch nicht). Die von der Klägerin monierten Fehler in den Berechnungen wurden teilweise korrigiert, darüber hinaus verstärken die Alternativberechnungen und Einwendungen der Klägerin die auch aus den Ergebnissen der Sachverständigen ohnehin bereits ableitbaren Schlüsse nur noch mehr, ändern aber nicht die Grundaussage. Damit können diese Diskrepanzen mangels Entscheidungswesentlichkeit dahingestellt bleiben und tangieren auch nicht die grundsätzliche Schlüssigkeit und Beweiskraft des Gutachtens. Dies betrifft auch die Bemängelung der Heranziehung falscher Zahlen bei der 30 %-Grenze des § 78 Abs 1 StL, zumal aus rechtlichen Erwägungen ohnehin nur die Schwelle 1 (15 %-Grenze) des Ergänzungs-GA relevant war. Auch die von den Parteien weiters beantragten ergänzenden Berechnungen hinsichtlich positiver Drift und Zeitreihenverlängerung waren nicht wesentlich, worauf in der rechtlichen Beurteilung näher eingegangen wird. Sie wurden daher nicht in Auftrag gegeben, die abweichende Heranziehung einer neutralen und negativen Drift und der von den Sachverständigen gewählte Zeitraum wurden begründet, sind aus Sicht des Gerichts korrekt und vertretbar und begründen keine Unschlüssigkeit oder Bedenken gegen das Gutachten oder dessen Unvollständigkeit. Lediglich die von der Klägerin begehrten weiteren Berechnungen und Schlüsse im Zusammenhang mit der Optimierungseignung, konkret mit der Frage, ob der Swap eine Verringerung der Zahllast erwarten habe lassen, also ex ante

das Fremdfinanzierungsportfolio überhaupt positiv beeinflussen habe können, wären als relevant noch anzustellen, sofern entgegen sämtlicher hier vertretenen Argumente die Gültigkeit des Swap 4175 nur noch von dessen Optimierungseignung abhinge. Nachdem sich aber die Ungültigkeit des Swaps und auch dessen Untauglichkeit zur Optimierung bereits aus mehreren anderen Umständen ergaben, wurde diese Argumentationslinie der Klägerin, die weiterer Beweisaufnahmen bedurft hätte, vorerst nicht weiter verfolgt. Es wird aber gegebenenfalls im Hauptverfahren bei der Prüfung eines allfälligen Fehlverhaltens der Beklagten relevant werden und zu klären sein.

Die Feststellungen zu Swaps allgemein und deren Üblichkeit und Vielfältigkeit beruhen, abgesehen von allgemein bekannten Umständen, insbesondere auf dem eingeholten Gutachten samt seinen Ergänzungen und Erörterungen. Dies betrifft auch die Struktur des Swaps 4175, die bis auf Streitigkeiten der Parteien über Begrifflichkeiten und mögliche Darstellungen im Wesentlichen unstrittig war (in über die Feststellungen hinausreichender Tiefe dargelegt zB in ON 427, S. 24 f und 27 ff, zur Marktüblichkeit S. 25 f). Auch bei den Feststellungen zur wirtschaftlichen Wirkung des Swaps auf die CHF-Anleihe (unstrittig stellt diese das gesamte Fremdwährungsportfolio der Klägerin dar) folgt das Gericht (neben der Berufung auch auf Allgemeinwissen und mathematische Selbstverständlichkeiten) dem Gutachten (ON 427, S. 30 ff).

Die Feststellungen zu den möglichen Auflösungskosten in bestimmten Höhen und dass deren Eintritt nicht ausgeschlossen habe werden können, gründen auf einer gesamthaften Bewertung aller von den Sachverständigen durchgeführten Wahrscheinlichkeitsberechnungen, die nachprüfbar darauf geachtet haben, geeignete Modelle heranzuziehen (Ergänzungs-GA ON 522, S. 17 ff samt Erörterung in ON 569, 570; vgl auch ON 500). Die von den Parteien begehrten Ergänzungen waren nicht relevant, worauf in der rechtlichen Beurteilung zurückzukommen sein wird. Im Rahmen der Beweiswürdigung bleibt nur festzuhalten, dass das Gericht keinen Zweifel an den Angaben der Sachverständigen hat, dass die Modelle, die Modellannahmen und die Zeitreihen *lege artis* ausgewählt wurden und eine wissenschaftlich fundierte Grundlage für Aussagen zu Wahrscheinlichkeiten bei historischer und risiko-neutraler Bewertung bieten und mit dem gewählten Heston-Modell nicht nur der Kassakurs, sondern auch die Volatilitäten modelliert werden konnten (w.b., dazu ON 569, S. 8 ff). Dazu kommt, dass für das Gericht konkrete Wahrscheinlichkeiten im Sinne bestimmter Prozentzahlen weniger relevant waren als die bandbreitenhafte Beantwortung der Frage auf Grundlage unterschiedlicher Modelle, was *ex ante* noch als im Bereich des Möglichen anzusehen war und was nicht mehr. Wenn die Beklagte ausführt, dass die von den Sachverständigen angestellten Berechnungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht marktüblich gewesen seien und deshalb nicht herangezogen werden können, berührt

dies die Aussagen und die Verwertbarkeit der Berechnungen nicht. Diese Einwände betreffen in Wahrheit ausschließlich die Verschuldensebene, nicht aber das für die Gültigkeit relevante Wesen des Geschäfts, selbst wenn die Parteien dieses Wesen möglicherweise in der nun vorliegenden Tiefe nicht erkannt haben sollten. Die Ausführungen der Beklagten tragen daher keine beweiswürdigenden Grundlagen für Änderungen des festgestellten Sachverhalts.

Auch in der Frage, welche EZBW-Bewegungen ex ante möglich schienen, folgt das Gericht den Sachverständigen. Für eine zwingend anzunehmende positive Drift gibt es keinen Anhaltspunkt. Dass es sich um die zum Abschlusszeitpunkt gängige Marktmeinung gehandelt haben soll, wie es die Beklagte behauptet, steht einerseits teilweise im Widerspruch zur Marktanalyse der Sachverständigen (vgl. ON 427, Kap. 6 samt den entsprechenden Erörterungen) und andererseits aber der Feststellung nicht entgegen, dass auch andere Entwicklungen nicht auszuschließen waren. Dies ergibt sich auch aus dem Umstand, dass die Konstruktion des Swaps 4175 am Markt überhaupt möglich war. Wäre eine Abwertung des EUR gegenüber dem CHF gänzlich ausgeschlossen gewesen, wäre der Swap wohl nicht handelbar gewesen bzw. die von der Klägerin intendierte Minimierung des Zinsrisikos mit der Übernahme eines nach dieser Meinung ja gar nicht bestehenden Risikos wohl nicht finanzierbar gewesen (vgl. die Ausführungen der Sachverständigen zu den Kunden, die sich gegen eine Marktmeinung stellen). Darüber hinaus hält auch [REDACTED] in seinem Amtsbericht ./C ausdrücklich fest, dass der CHF nunmehr eine erhöhte Schwankungsbereitschaft zeige, der Wert des CHF gegenüber dem EUR gestiegen sei und die Prognosen der Banken über die weitere Kursentwicklung sehr divergieren (./C, S. 2). Auch wenn [REDACTED] selbst letztlich eine andere Meinung zur Kursentwicklung und einem Worst-Case-Szenario hatte, vor der der Abschluss des Swaps 4175 möglicherweise sinnvoll erscheinen mag, widerspricht das nicht der festgestellten Möglichkeit, dass sich ex ante betrachtet alles noch wesentlich schlimmer entwickeln konnte. Jedenfalls boten die Beweisergebnisse nicht den geringsten Anhaltspunkt, dass eine Aufwertung des CHF, der noch dazu als Fluchtwährung in Krisenzeiten dient und in solchen zu einer Aufwertung tendiert, ex ante kategorisch ausgeschlossen hätte werden können, ebenso wenig wie Finanz- oder sonstige Krisen mit Auswirkungen auf den Kapitalmarkt. Dies alles schon nach der Lebenserfahrung und dem Allgemeinwissen. Ob die Parteien die Möglichkeit einer Aufwertung des CHF erkannt haben oder nicht erkannt haben, warum sie es nicht erkannt haben, ob sie es erkennen hätten können und was sie gemacht hätten, wenn sie es erkannt hätten, wird im Hauptverfahren zu klären sein. Zur Entscheidung über den ZFA reichte die Klärung, dass ein solches Szenario nicht auszuschließen war.

Weitere Feststellungen waren nach dem Dafürhalten des Gerichts zur Beurteilung der Gültigkeit des Geschäftsabschlusses nicht entscheidungswesentlich. Dies betrifft

grundsätzlich auch die festgestellte mögliche Erfassung des Risikos aus dem Swap als Optionen und die bankinterne Abwicklung (Mapping, Hedging). Allerdings sind deren Kenntnis aus Sicht des Gerichts unabdingbar, um den Sachverhalt insgesamt zu begreifen, insbesondere den für die rechtliche Beurteilung des Gerichts zentrale Umstand, dass der Swap zwischen den Parteien nicht einfach so beendet werden kann, sondern mit einer Auflösung massive Kosten verbunden sein können, weil die Beklagte nicht nur mit der Klägerin den Swap abgeschlossen hat, sondern sich gleichzeitig auch absicherte (und dies auch musste) und damit gegenläufige weitere Derivatgeschäfte mit Dritten abgeschlossen hat. Damit löst jede Änderung des Swaps umgehend auch Handlungsbedarf bei der Beklagten und entsprechende Kosten aus.

Auch der nur anhand von buchhalterischen Werten als Richtschnur festgestellte tatsächliche Verlauf des Swaps, der im Sinne der gebotenen ex ante-Betrachtung irrelevant wäre, und die Entwicklung des EZBW dienen dem Zweck der umfassenderen Darstellung und sind als Hilfstatsachen insofern relevant, als das Verhalten des GR und dessen Interpretation, insbesondere die Eignung als Genehmigung, jeweils vor dem Hintergrund der Rahmenbedingungen zum Zeitpunkt des Verhaltens zu prüfen sind. Das Gericht kann auch aus dem Verlauf der (für die Beklagte ja abrufbaren oder gar bekannten) Bewertungen und des EZBW keinen Anhaltspunkt ableiten und keinen Grund finden, dass der GR ein Geschäft, das bei Abschluss und danach nahezu während der gesamten Laufzeit unter Wasser war (diese Kenntnis wäre notwendig für eine Genehmigung, worauf in der rechtlichen Beurteilung eingegangen wird), nach Abwägung des bisherigen Nutzens und der möglichen Kosten konkludent, also wortlos ohne Rückfrage genehmigt haben sollte. Eine derartige Entwicklung ließe bei Befassung und Informationserteilung vielmehr eine ausdrückliche Erklärung erwarten. Der Verlauf der Bewertungen als Indiz für die Marktsicht und die möglichen Auflösungskosten dient daher auch dem beweiswürdigenden Schluss, dass der GR weder informiert, noch involviert war und eine Genehmigung nicht erteilt hat, sowie, noch einmal die rechtliche Beurteilung vorwegnehmend, dass eine solche Deutung auch gänzlich unwahrscheinlich ist und daher auch keinen solchen Anschein begründen kann.

Auf die weiteren beantragten, aber im Rahmen der Verhandlung über den ZFA nicht aufgenommenen Beweise wird am Ende der rechtlichen Beurteilung eingegangen.

Rechtlich folgt aus dem festgestellten Sachverhalt:

I. Die Zulässigkeit des ZFA

Eingangs ist auf die von der Beklagten aufgeworfene, aber unabhängig von Einwendungen auch amtswegig zu prüfende Frage der Zulässigkeit des gestellten Zwischenantrags auf

Feststellung einzugehen.

Die Klägerin kann gemäß § 236 Abs 1 ZPO ohne Zustimmung der Beklagten bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, über welche das Urteil ergeht, den Antrag stellen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis oder Recht, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung über das Klagebegehren ganz oder zum Teil abhängt, in dem über die Klage ergehenden oder in einem demselben vorausgehenden Urteile festgestellt werde. Ein solcher Zwischenantrag auf Feststellung setzt daher – neben der Zuständigkeit des Prozessgerichts und dem notwendigen Umstand, dass die Entscheidung nicht in einem ausschließlich vorgeschriebenen Verfahren getroffen werden muss, was beides hier keine Probleme aufwirft –

- **ein feststellungsfähiges strittiges Recht(sverhältnis),**
- **dessen Präjudizialität für das Verfahren und**
- **eine Wirkung über den konkreten Rechtsstreit hinaus**

voraus (*Fasching*, Lehrbuch², Rz 1077 ff; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*³ III/1 § 236 ZPO, Rz 6 ff mwN (Stand 1.8.2017, rdb.at); *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka* (Hrsg), Kommentar zur ZPO⁵ (2019) zu § 236 ZPO, Rz 4 f mwN; RS0039600).

1. Zum strittigen Rechtsverhältnis

Anders als es der Gesetzestext vermuten ließe, ist es nach Lehre und Rspr nicht notwendig, dass das Rechtsverhältnis erst im Prozess strittig wird, es reicht vielmehr, dass es bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über den ZFA (bzw bis zum Schluss der Verhandlung über diesen) noch strittig ist, unabhängig davon, wann es strittig geworden ist (RS0039547, *Deixler-Hübner* aaO, Rz 6 mwH; *Rechberger/Klicka* aaO, Rz 4 mwH; *Klauser/Kodek*, JN – ZPO¹⁸ § 236 ZPO, E 7 mwN (Stand 1.9.2018, rdb.at)).

Die Gültigkeit des Swaps 4175, der als Vertrag (auch bei Einbettung als „Einzelabschluss“ in die Rahmenvereinbarung) jedenfalls ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis darstellt, ist zwischen den Parteien hoch strittig. Zwar besteht insofern Einigkeit, dass das Vertragsverhältnis nicht mehr aufrecht ist, da beide Seiten unabhängig von der von der Klägerin angenommenen Ungültigkeit und Anfechtbarkeit auch die Kündigung ausgesprochen haben. Strittig bleibt allerdings, ob dieses Rechtsverhältnis überhaupt jemals Bestand hatte und ob es Restwirkungen entfaltet. Auch nach den wechselseitigen Kündigungserklärungen bleiben – unter der Voraussetzung, dass der Swap rechtsverbindlich war – vertragliche Ansprüche, deren Existenz von der Frage abhängen, ob der Swap jemals bestanden hat. Solche macht die Beklagte auch hier compensando und in ihrer Widerklage primär geltend. In

diesem Sinne ist der Swap als strittiges Rechtsverhältnis nach wie vor zumindest zum Teil gegeben und kann daher auch Grundlage des ZFA sein. So führt die Beklagte ja auch in ihrer Stellungnahme zum ZFA aus, dass der Swap nach wie vor gültig – im Sinne einer Restgültigkeit – sei. Die Voraussetzung eines strittigen Rechtsverhältnisses liegt daher vor.

2. Die Präjudizialität für das Verfahren

Ein Rechtsverhältnis ist präjudiziell, wenn von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung über das Klagebegehren abhängt, wobei nach jüngerer Rspr auch Präjudizialität für das von der Beklagten geltend gemachte Gegenrecht ausreicht (*Klauser/Kodek* aaO, E 3, zum Jud-Wandel *Deixler-Hübner* aaO, Rz 7). Wird der Klagsanspruch auf mehrere Rechtsgründe gestützt, so genügt es, dass die Präjudizialität für einen dieser Gründe vorliegt (*Deixler-Hübner* aaO, Rz 5 aE).

Die Klägerin stützt ihre Ansprüche primär auf eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des aus ihrer Sicht ungültigen Swaps. Die Beklagte begründet ihre Gegenforderung in erster Linie auf die ihr nach dem Vertrag zustehenden Auflösungskosten und setzt damit einen gültigen Abschluss voraus. Beide Parteien machen aber eventualiter Ansprüche geltend, die eine Gültigkeit des Geschäfts bzw im Falle der Beklagten dessen Ungültigkeit bedingen. Die jeweils daraus resultierenden vertraglichen, vorvertraglichen und bereicherungsrechtlichen Ansprüche bei Gültigkeit und Ungültigkeit des Swaps sind dabei nicht zwingend deckungsgleich. Die Feststellung des (Nicht-)Bestehens des Swaps ist daher präjudiziell sowohl für die geltend gemachten Klagsansprüche als auch die eingewandten Compensando-Forderungen und damit für die Entscheidung in der Hauptsache.

Die Argumentation der Beklagten, die eine Präjudizialität verneint, trägt aus Sicht des Gerichts nicht. Zuzustimmen ist lediglich den Ausführungen, dass eine Entscheidung in der Hauptsache nicht präjudiziell für die Entscheidung im Widerklageverfahren ist. Ein Zusammenhang mit der Präjudizialität der Entscheidung über den ZFA für das Hauptverfahren, in dem er gestellt wurde, ist aber nicht erkennbar. Bei deren Prüfung spielt das Widerklageverfahren gerade keine Rolle. Auf dieses wird erst bei der Prüfung der Wirkung über den konkreten Rechtsstreit hinaus einzugehen sein.

Bei diesem Verfahren und dem Verfahren über die Widerklage 55 Cg 29/18b handelt es sich um zwei eigenständige und voneinander unabhängige Zivilprozesse⁹. Sie waren weder ursprünglich verbunden (die Verbindung dieser zwei Verfahren erfolgte erst mit Beschluss ON 43 vom 6.4.2013), noch wurden sie künstlich getrennt, um eine Präjudizialität zu schaffen. Die Trennung erfolgte vielmehr als Folge der aus prozessökonomischen Gründen beschlossenen

⁹ Lediglich in hier nicht relevanten Teilaspekten existiert eine gewisse Abhängigkeit bzw Verknüpfung, etwa durch den Gerichtsstand der Widerklage.

Unterbrechung des Widerklageverfahrens (vgl die Erörterungen in den Prot ON 592 und 593).

Die Verbindung zweier Verfahren führt grundsätzlich nicht dazu, dass diese ihre Eigenständigkeit verlieren, sie schafft auch keine inhaltliche Bindungswirkung. Das Gericht kann zwar in einem Urteil über beide Verfahren absprechen, muss dies aber nicht und muss insbesondere auch nicht ident urteilen. Verbindung und Trennung haben keinen Einfluss auf die Frage der Präjudizialität oder sonst auf die Zulässigkeit des ZFA. Auch bei aufrechter Verbindung können die Parteien jederzeit in einem der Verfahren einen ZFA stellen, ohne dass dieser nur aufgrund der Verbindung dann auch im zweiten Verfahren zu behandeln wäre. Die Verbindung berührt, mit Ausnahme der hier nicht relevanten, weil auf Tatebene angesiedelten Besonderheiten der gemeinsamen Beweisaufnahme, die Eigenständigkeit der einzelnen verbundenen Verfahren nicht. Die Argumentation der Beklagten geht daher ins Leere.

3. Die Wirkung über den konkreten Rechtsstreit hinaus

Diese Voraussetzung stellt eine besondere Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses dar. Kann die begehrte Feststellung nur innerhalb des konkreten Rechtsstreits ihre Wirkung äußern und erschöpft sich die Rechtskraft der Entscheidung über den Zwischenfeststellungsantrag in den durch das Endurteil endgültig bereinigten Beziehungen zwischen den Parteien, dann besteht kein Bedürfnis für die Zulassung eines Zwischenfeststellungsantrags (*Deixler-Hübner* aaO, Rz 9 mwN, *Fasching* aaO Rz 1079). Eine solche Wirkung liegt daher immer dann vor, wenn sich die aus dem strittigen Rechtsverhältnis ergebende Beziehung zwischen den Parteien mit dem Urteil in der Hauptsache nicht endgültig bereinigen lässt und der Feststellung des strittigen Rechtsverhältnisses daher auch nach dem Urteil in der Sache noch Relevanz zukommt. Die bloß theoretische Möglichkeit einer solchen Relevanz reicht aber nicht aus, sie muss vielmehr aus dem Vorbringen oder aus der gesamten Sachlage klar erkennbar sein.

Anknüpfend an die Ausführungen zu Klage, Widerklage und deren Verbindung im Rahmen der Prüfung der Präjudizialität kann an einer solchen Wirkung über diesen Rechtsstreit hinaus kein Zweifel bestehen. Kommt das Gericht in diesem Verfahren etwa zum Ergebnis, der Swap sei wirksam abgeschlossen worden, auch nicht nachträglich weggefallen oder aufzuheben und es stehe der Klägerin auch kein Schadenersatz zu, so wird die Klage abgewiesen, ohne dass über die Gegenforderung der Beklagten abgesprochen wird. Kommt es zum Ergebnis, dass Klagsforderung und Gegenforderung (bis zur Klagsforderung) zu Recht bestehen, wird die Klage nach Saldierung der Ansprüche ebenfalls abgewiesen. In beiden Fällen kann „nur“ bis zur Höhe der Klagsforderung entschieden werden und die Grundlagen für die

Entscheidung, also ob der Swap gültig ist/war oder nicht, werden nur in den Entscheidungsgründen erörtert und entfalten daher keine Bindungswirkung. Es ist daher ausgeschlossen und denkunmöglich, dass mit dem Endurteil in diesem Verfahren die Beziehungen zwischen den Parteien abschließend geklärt werden können. Die mit Widerklage geltend gemachte Forderung übersteigt allein im Punktum das hier erhobene Klagebegehren um fast EUR 400.000.000,--. Ein Leistungsurteil in diesem Verfahren entfaltet weder eine Bindungswirkung dem Grunde nach, noch kann darin über diesen Mehrbetrag abgesprochen werden. Ganz egal, wie dieses Hauptverfahren ausgeht, mit Ausnahme der rechtskräftig zugesprochenen oder abgewiesenen Teilbeträge der Höhe nach müsste im Widerklageverfahren alles neu geprüft und entschieden werden, allenfalls auch mit einem abweichenden Ergebnis (vgl dazu auch *Markus Kellner*, Der Zwischenantrag auf Feststellung, ÖJZ 2015/33, S. 253 f). Eine rechtskräftige Entscheidung über den vorliegenden ZFA entfaltet dem hingegen entscheidungswesentliche Wirkungen in diesem Verfahren (Präjudizialität), im Widerklageverfahren (Wirkung über den konkreten Rechtsstreit hinaus) und weiters – ohne dass dies für die ohnehin bereits zu bejahende Zulässigkeit des ZFA noch von Relevanz wäre – für sämtliche sonst sich noch aus dem Rechtsverhältnis ergebenden Ansprüche zwischen den Parteien. So wies die Beklagte beispielsweise bereits mehrfach aufgrund der Urkunden nachvollziehbar darauf hin, dass ihr aus dem Vertrag heraus noch viel höhere Schließungskosten zustehen, als sie bislang geltend gemacht hat. Das bedeutet im Ergebnis, dass möglicherweise nicht einmal mit rechtskräftiger Erledigung von Klage und Widerklage über alle bereits jetzt absehbaren Ansprüche aus dem Swap abgesprochen wäre. Für alle diese Ansprüche entfaltet die Entscheidung über den ZFA über diesen Rechtsstreit hinaus bindende Wirkung, indem die Vorfrage der Gültigkeit des Swaps im Spruch bindend geklärt wird.

Aufgrund der Einwendungen der Beklagten sei noch kurz auf die aus Sicht des Gerichts überzeugende, schlüssig begründete und im Ergebnis auch nicht überraschende Entscheidung des OGH zu 9 ObA 51/92 eingegangen, der sich das Gericht inhaltlich auch anschließt. In dieser wird ausgeführt:

Einer Partei kann das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtes nur dann abgesprochen werden, wenn sie sämtliche Ansprüche mit Leistungsklage geltend machen könnte. Im vorliegenden Fall leitet aber nicht nur die klagende Partei Leistungsansprüche aus dem Nichtbestehen des strittigen Entgeltanspruches ab; auch der Beklagte erhebt ein - unter anderem - auf das Bestehen dieses Entgeltanspruches gestütztes Leistungsbegehren. Zu einer vollständigen Bereinigung des zwischen den Streitteilen strittigen Rechtsverhältnisses reichen daher die der klagenden Partei zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Leistungsklage nicht aus. Die dem

Prozeßgegner offenstehende Möglichkeit, mit Leistungsklage das strittige Rechtsverhältnis vollständig zu bereinigen, kann aber nicht zur Verneinung des Feststellungsinteresses der anderen Partei führen (siehe auch Fasching ZPR² Rz 1098, wonach Rechtsberührung oder drohende Ausübung des vom Kläger verneinten Rechtes durch den Gegner ein Feststellungsinteresse begründet). Auch der Umstand, daß der Beklagte seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis gleichfalls mit Klage geltend gemacht hat und beide Verfahren verbunden wurden, nimmt der klagenden Partei schon im Hinblick auf die gemäß § 192 Abs 1 ZPO jederzeit mögliche Aufhebung dieser Verbindung nicht das Feststellungsinteresse, da im Falle getrennter Entscheidung über die beiden Leistungsklagen die lediglich in den Entscheidungsgründen vorgenommene Beurteilung des strittigen Rechtsverhältnisses keine über den konkreten Rechtsstreit hinausgehende Bindung bewirkt (siehe Fasching ZPR² Rz 1079) und daher in der Entscheidung über die andere Klage das Rechtsverhältnis abweichend beurteilt werden könnte.

Weder teilt das Gericht die Vorbehalte der Beklagten gegen diese wohlbegründete Entscheidung, noch hat es die von der Beklagten ins Treffen geführte, aber nicht dargelegte abweichende Lehre und Rspr finden können, gegen die sie sich stellen soll. Sämtliche Voraussetzungen für die Zulässigkeit des ZFA liegen vor, sodass er zulässig und inhaltlich zu behandeln ist.

II. Die Gültigkeit des Swaps 4175

Die Klägerin ist als Statutarstadt eine juristische Person des öffentlichen Rechts, die mangels entgegenstehender zwingender Vorschrift zwischen privatrechtlicher und hoheitlicher Handlungsform wählen kann (RS0017891, *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 867 ABGB, Rz 9 mwN (Stand 1.11.2014, rdb.at)). Auf Detailfragen der Zulässigkeit privatrechtlichen Agierens wird hier mangels Relevanz nicht eingegangen, es sei nur festgehalten, dass der Abschluss des Swaps 4175 keinesfalls einem Gebot hoheitlichen Handelns unterlag und einem Abschluss im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung daher zugänglich war.

Bei Handlungen der Klägerin ist zwischen dem Innenverhältnis und dem Außenverhältnis zu differenzieren. Das Innenverhältnis stellt die Geschäftsführung dar und betrifft die Frage der internen Willensbildung. Das Umsetzen des gebildeten und kundgegebenen Willens im Außenverhältnisses erfolgt dann im Rahmen der Vertretung. Grenzen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit, die Zuständigkeiten innerhalb der juristischen Person für die Geschäftsführung und die Vertretung nach außen und nähere Regelungen zu den Abläufen

des Handelns innerhalb der Organe und organübergreifend für sie enthalten die Organisationsvorschriften, wobei abweichend vom allgemeinen Zivilrecht nach der stRspr (unter tw heftiger Kritik der Lehre) zu § 867 ABGB die in diesen Bestimmungen enthaltenen Handlungsbeschränkungen der zur Vertretung berufenen Organe auch im Außenverhältnis wirksam sind (RS0014744). Sie stellen daher nicht bloß interne Anweisungen dar, sondern beinhalten eine außenwirksame Beschränkung der allgemeinen Vertretungsbefugnis (RS0014664). Derartige Beschränkungen der Vertretungsmacht von Organen der öffentlichen Hand müssen allerdings nicht nur durch Gesetz oder öffentlich bekanntgemachte Vorschriften kundgemacht sein, es muss sich auch um völlig eindeutige Anordnungen handeln, welche keinen Zweifel am Umfang der eingeräumten Vertretungsmacht übrig lassen (RS0014733). Eine nicht kundgemachte und praktisch nicht überprüfbare Beschränkung des Zuständigkeitsbereiches eines an sich vertretungsbefugten Organs der öffentlichen Hand kann einem Vertragspartner, der sie weder kannte noch kennen musste, nicht entgegengehalten werden (RS0014724).

Neben Vorgaben zur Geschäftsführung und Vertretung nach außen kann das Organisationsrecht auch Zustimmungserfordernisse aufstellen, etwa die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde, was bei zivilrechtlicher Betrachtung einer Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ähnelt.

A. Ursprüngliche (Un-)Gültigkeit

1. Ungültigkeit wegen Fehlens der aufsichtsbehördlichen Genehmigung

Die Klägerin begründet die von ihr angenommene Ungültigkeit unter anderem mit dem Argument, der Swap habe einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurft. Die Beklagte verneint dem entgegen die Notwendigkeit einer Genehmigung des Swaps durch die Oö Landesregierung als Aufsichtsbehörde der Klägerin.

Die Grundlage für die (hier landes-)gesetzliche Implementierung von Genehmigungspflichten für Geschäfte der Gemeinden bildet Art 119a B-VG (hier idF BGBl I 100/2003):

(1) Der Bund und das Land üben das Aufsichtsrecht über die Gemeinde dahin aus, dass diese bei Besorgung des eigenen Wirkungsbereiches die Gesetze und Verordnungen nicht verletzt, insbesondere ihren Wirkungsbereich nicht überschreitet und die ihr gesetzlich obliegenden Aufgaben erfüllt.

(2) Das Land hat ferner das Recht, die Gebarung der Gemeinde auf ihre Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Das Ergebnis der Überprüfung ist dem Bürgermeister zur Vorlage an den Gemeinderat zu übermitteln. Der Bürgermeister hat die auf

Grund des Überprüfungsergebnisses getroffenen Maßnahmen innerhalb von drei Monaten der Aufsichtsbehörde mitzuteilen.

(3) Das Aufsichtsrecht und dessen gesetzliche Regelung stehen, insoweit als der eigene Wirkungsbereich der Gemeinde Angelegenheiten aus dem Bereich der Bundesvollziehung umfasst, dem Bund, im Übrigen den Ländern zu; das Aufsichtsrecht ist von den Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung auszuüben.

(4) Die Aufsichtsbehörde ist berechtigt, sich über jedwede Angelegenheit der Gemeinde zu unterrichten. Die Gemeinde ist verpflichtet, die von der Aufsichtsbehörde im einzelnen Fall verlangten Auskünfte zu erteilen und Prüfungen an Ort und Stelle vornehmen zu lassen.

...

(8) Einzelne von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich zu treffende Maßnahmen, durch die auch überörtliche Interessen in besonderem Maß berührt werden, insbesondere solche von besonderer finanzieller Bedeutung, können durch die zuständige Gesetzgebung (Abs. 3) an eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde gebunden werden. Als Grund für die Versagung der Genehmigung darf nur ein Tatbestand vorgesehen werden, der die Bevorzugung überörtlicher Interessen eindeutig rechtfertigt.

(9) Die Gemeinde hat im aufsichtsbehördlichen Verfahren Parteistellung; sie ist berechtigt, gegen die Aufsichtsbehörde vor dem Verwaltungsgerichtshof (Art. 131 und 132) und vor dem Verfassungsgerichtshof (Art. 144) Beschwerde zu führen.

...

Korrelierend regelt § 44 Abs 3 StL das Aufsichtsrecht des Landes OÖ im eigenen Wirkungsbereich der Klägerin. Die gesetzlich für die Klägerin festgelegten Genehmigungspflichten finden sich in § 78 StL, der zum Abschlusszeitpunkt des Swaps auszugsweise lautete:

Genehmigungspflicht

(1) Maßnahmen der Stadt, die der Genehmigung der Landesregierung bedürfen, sind außer den in sonstigen gesetzlichen Vorschriften vorgesehenen Fällen folgende:

...

2. der Abschluss von Darlehensverträgen, wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde;

3. die Übernahme von Bürgschaften oder sonstigen Haftungen durch die Stadt, wenn dadurch der Gesamtstand der von der Stadt übernommenen Haftungen 30% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde.

(2) Die Genehmigung darf in den Fällen des Abs. 1 Z 1 bis 3 nur versagt werden, wenn durch das beabsichtigte Rechtsgeschäft gesetzliche Vorschriften verletzt, die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Haushaltsgleichgewichtes verhindert oder die ordnungsgemäße Erfüllung der der Stadt gesetzmäßig obliegenden Aufgaben oder ihrer privatrechtlichen Verpflichtungen gefährdet würden oder wenn das beabsichtigte Rechtsgeschäft für die Stadt mit einem unverhältnismäßig hohen finanziellen Wagnis verbunden wäre.

(3) Genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte der Stadt werden Dritten gegenüber erst mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung rechtswirksam. Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn die Landesregierung nicht binnen acht Wochen nach Einlangen des Antrages die Genehmigung versagt oder schriftlich hierüber der Stadt Bedenken geäußert oder um Aufklärung ersucht hat.

...

a. Der Swap als Darlehen/Bürgschaft/Haftung/kreditähnliches Geschäft

Der Swap 4175 ist weder Darlehen, noch Bürgschaft oder sonstige Haftung im Sinne des § 78 StL (vgl dazu OGH 2 Ob 79/13a zur Interpretation des Begriffs „Haftung“ als Übernahme der Verbindlichkeiten Dritter mit Verweis auf den inhaltlich mit § 78 StL vergleichbaren § 85 Abs 3 Oö GemO – das Gericht schließt sich den dortigen Ausführungen an). Dies auch dann nicht, wenn man, was dem Gericht grundsätzlich richtig erscheint, Darlehen als Typusbegriff für Kreditgeschäfte aller Art auffasst und nicht als punktuellen Verweis auf den Darlehensvertrag iSd ABGB. Der Umstand, dass bei einem Swap die Gesamtleistungspflicht eines variabel Verpflichteten zu Beginn noch nicht feststeht, rückt ihn nicht in die Nähe eines Kreditgeschäfts, selbst bei weitestmöglichem Verständnis dieses Begriffs. Der Argumentation von [REDACTED] im Rechtsgutachten ./EV vermag sich das Gericht nicht anzuschließen. Es gibt bei diesem prämienfrei gestalteten Swap keine Vorleistungspflicht, sondern vielmehr wiederkehrende wechselseitige Zahlungsströme, die saldiert werden und so zu Auszahlungen an eine der beiden Swap-Vertragspartnerinnen führen. Er verschaffte der Klägerin bei Abschluss auch keinen finanziellen Spielraum, vergleichbar einer Darlehensauszahlung. Wäre der EUR/CHF-Kurs bereits am Tag nach dem Vertragsabschluss eingebrochen, ohne sich wieder zu erholen, hätte die Klägerin über den gesamten Zeitraum keine einzige Saldo-Auszahlung aus dem Swap erhalten. Dem Swap fehlt auch ein dem Darlehensvertrag immanentes Rückzahlungsversprechen (siehe dazu OGH 5 Ob 52/11z). Ein

Kreditverhältnis führt immer zu einer temporären Kapitalverschiebung. Grundlegender Vertragsinhalt von Kreditgeschäften aller Art ist die Bereitstellung und spätere Rückzahlung des für einen bestimmten Zeitraum gewährten Kapitals. Die aus dem Swap resultierenden Zahlungsströme erfolgen weder unter der Bedingung der späteren Rückzahlung, noch stellen sie selbst derartige Rückzahlungen dar. Vielmehr wird sogar deren Kreditierung in der Rahmenvereinbarung ausgeschlossen (./1: § 3). Die einzelnen Saldi, die zu Zahlungsverpflichtungen der einen oder anderen Seite führen, stehen zueinander in keinem Zusammenhang in Form einer Leistung und deren Rückzahlung, sie sind vielmehr zeitgleiche Teilleistung und Teilgegenleistung. Eine Kreditähnlichkeit vermag das Gericht daher nicht zu erkennen. Es handelt sich beim Swap wegen der unbekannten und beidseitig nicht beeinflussbaren Entwicklung um einen Glücksvertrag, nicht um ein Kreditgeschäft. Eine unmittelbare, aus der Natur des Geschäftes selbst entspringende Genehmigungspflicht ist daher aus Sicht des Gerichts als ausgeschlossen und denkunmöglich (dazu später) zu verneinen. Dies korreliert zumindest im Ergebnis auch mit den Ausführungen des VwGH in seiner Entscheidung vom 26.4.2016, Ro 2015/09/0014 (verbunden mit Ro 2016/09/004), wobei das Höchstgericht dort den Darlehensbegriff sehr viel enger auffasst, nämlich im Sinne des § 983 ABGB unter Hinweis auf die Einheit der Rechtsordnung.

Eine Genehmigungspflicht kann auch nicht damit begründet werden, der Swap sei ein kreditähnliches Geschäft und müsse daher von § 78 StL (wohl durch Analogieschluss) erfasst werden. Der Swap ist weder rechtlich noch wirtschaftlich einem Kredit ähnlich und es liegen auch die Voraussetzungen für eine Ausweitung der Genehmigungspflicht im Wege der Analogie nicht vor. Der VwGH führt in seiner eben zitierten Entscheidung (in der nur zu prüfen war, ob Zweifel angebracht gewesen seien, ob eine Genehmigungspflicht vorliegen könnte und nicht unmittelbar das Vorliegen einer solchen):

*„Unter einem Zinsswap ist ein Zinsderivat zu verstehen, bei dem zwei Vertragspartner vereinbaren, zu bestimmten zukünftigen Zeitpunkten Zinszahlungen auf festgelegte Nennbeträge auszutauschen. Der gegenständliche Zinsswap wurde zur Absicherung gegen steigende Zinsen geschlossen. **Selbst wenn man - über die Definition des § 983 ABGB hinausgehend - unter dem Begriff des "Darlehens" vom Regelungszweck der Überwachung der Verschuldung her auch Kreditaufnahmen oder gleichzuhaltende Geschäfte verstehen wollte, so wären diese von Maßnahmen zur Verringerung damit einhergehender Risiken (hier des Risikos steigender Zinsen) grundsätzlich zu unterscheiden. Derartige Finanzgeschäfte sind erst durch die OÖ Gemeinderechtsnovelle 2012 (LGBI. Nr. 1/2012) ausdrücklich erfasst.**“*

Folgt man diesem Rechtsstandpunkt, so wäre aufgrund der Wirkweise des Swaps im Portfolio der Klägerin weiter zu hinterfragen, wie Geschäfte zu behandeln seien, die einerseits Risiken

vermindern (beim Swap das Zinsrisiko), dafür aber ein anderes Risiko erhöhen (beim Swap das Währungsrisiko). Der VwGH behandelt den Swap als Zinssicherungsgeschäft, lässt das mit ihm verbundene Währungsrisiko aber außer Betracht. Eine Aussage über eine Kreditähnlichkeit des Swaps lässt sich aus diesem Grunde nicht zwingend ableiten.

■■■■■ stellen – durchaus im Einklang mit den Ergebnissen dieses Verfahrens – fest, dass die Frage, ob der Abschluss von derivativen Geschäften der Genehmigungspflicht der Aufsichtsbehörde unterliegt, gänzlich ungeklärt sei. Sie kommen zu dem vorsichtigen Schluss, dass zinsbezogene Derivatgeschäfte (wie z.B. Swaps) keine Zahlungsverpflichtungen begründen, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen. Dies mit der Begründung, dass abweichend von einem Kredit kein Kapital von einem Dritten aufgenommen und auch keine kreditähnliche Zahlungsverpflichtung begründet werde (*Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, S. 199 ff (231) in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch* (Hrsg.) Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand, Linde Verlag 2005). Dem ist ergänzend zu den obigen Überlegungen zuzustimmen.

b. Swap als Modifikation der Anleihe genehmigungspflichtig?

Die Klägerin begründet die Genehmigungspflicht auch damit, dass es durch den Swap zu einer Modifikation der genehmigungspflichtigen Anleihe gekommen sei. Es liege ein Wertungswiderspruch vor, die Anleihe selbst der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde zu unterwerfen, deren nachträgliche Modifikation, die ebenso bedrohlich sei wie die Anleihe, jedoch nicht. Es spiele keine Rolle, in welcher Form und mit welchem Vertragspartner die Änderung herbeigeführt werde, der Swap wirke wie eine unmittelbare Vertragsänderung auf die Zahlungsverpflichtungen. Auch die Gesetzesmaterialien zur Oö Gemeinderechtsnovelle 2012 gehen davon aus, dass Zinstauschgeschäfte aus diesem Grunde auch schon vor der Novelle 2012 von § 78 StL erfasst gewesen seien.

Die Klägerin vermischt in ihrer Herleitung einer Genehmigungspflicht nach Ansicht des Gerichts unzulässig rechtliche und wirtschaftliche Aspekte. Beide werden von § 78 StL berücksichtigt, aber in einer strikten Reihenfolge: zuerst ist rechtlich zu klären, ob es sich um ein Geschäft handelt, das überhaupt einer Genehmigungspflicht unterliegen kann. Nur bei Bejahung dieser rechtlichen Frage spielen wirtschaftliche Überlegungen im Gewande der Schwellenwerte eine Rolle.

Der Swap ist keine Modifikation der Anleihe, er steht rechtlich in keiner Beziehung zu ihr (vgl auch den Amtsbericht .IC: „durch den Abschluss von Finanztermingeschäften Zinsänderungsrisiken unabhängig vom zu Grunde liegenden Darlehen zu gestalten“). Beide

Verträge, die Anleihe und der Swap, bestehen zwischen unterschiedlichen Vertragspartnern unabhängig voneinander und auch die aus ihnen resultierenden Rechte und Pflichten sind voneinander weder abhängig, noch sonst irgendwie verbunden. Der Swap ändert nicht die Anleihe, er tritt neben sie, ohne sie rechtlich zu tangieren. Er wirkt auch nicht auf die Anleihe ein (aA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] .EV, S. 3, die zwar im Sinne der hier vertretenen Meinung festhalten, dass das Rechtsverhältnis zwischen Klägerin und Anleihegläubigerin vom Swap nicht berührt werde, dann allerdings trotzdem davon ausgehen, dass der Swap auf die Anleihe einwirke und sich die Verzinsung des entlehnten Betrags aus der Swap-Vereinbarung ergebe).

Im Gesamtportfolio der Klägerin ist der Swap mit der Anleihe insofern wirtschaftlich verknüpft, als er erkennbar auf die CHF 195.000.000,-- und auf die aus der Anleihe geschuldeten variablen Zinsen hinsichtlich Zeitpunkt und Höhe Bezug nimmt. Die Klägerin hatte vor und nach dem (vermeintlichen) Abschluss des Swaps der Anleihegläubigerin die aus der Anleihe geschuldeten Zinszahlungen und später die Rückführung des Kapitals zu leisten. Parallel dazu tauschte sie aufgrund des Swaps variable Zahlungen mit der Beklagten aus, die wirtschaftlich je nach Stand des Wechselkurses zu einem Zahlungsfluss an die Klägerin oder von dieser an die Beklagte führten. Die Beklagte hatte nie unmittelbar die Anleihe zu bedienen, sie stand auch in keinem rechtlichen Verhältnis zur Anleihegläubigerin. Vor diesem Hintergrund ist der Swap eindeutig keine Änderung der Anleihe, sondern vielmehr der Versuch, Zahlungen in CHF zu lukrieren, deren Höhe vom selben variablen Zinssatz abhing, nach dem sich auch die Höhe der geschuldeten Zinsen aus der Anleihe richtete. Durch den „Verkauf“ (klarer: das Eingehen) einer Risikoposition konnte die Klägerin ohne Kapitaleinsatz Einnahmen lukrieren, die wirtschaftlich das Zinsänderungsrisiko aus der Anleihe neutralisierten und auf einer Makroebene auf Seiten der Klägerin zu einer geringeren Gesamtbelastung führten. Dies nicht durch Reduktion der unveränderten Zahlungspflichten aus der Anleihe, sondern durch zusätzliche Einnahmen. Das Ergebnis wird also gerade nicht durch Veränderung der Anleihe erzielt, sondern durch ein eigenes Geschäft, das durch die Bindung an denselben variablen Zinssatz umso mehr Einnahmen brachte, je mehr für die Zinszahlungen benötigt wurde. Eine Kündigung der Anleihe hätte den Swap nicht betroffen, ebenso lief die Anleihe auch nach der wechselseitigen Kündigung des Swaps selbstverständlich unverändert weiter. Auch der Eintritt sonstiger Risiken, zB eine Insolvenz der Beklagten, hätte nur den Swap betroffen, die Anleihe aber nicht berührt. Dass die Klägerin durch einen Geschäftsabschluss im Zinsbereich im gleichen Ausmaß profitiert, wie sie aus der Anleihe einem Risiko ausgesetzt ist, führt nicht zu einer Übertragung von Genehmigungspflichten aus dem ursprünglichen Geschäft auf den neuen Vertrag.

Eine in Wahrheit unvorhersehbare und uferlose Ausdehnung (oder auch Einschränkung) der

Genehmigungspflicht durch Verwässerung der Prüfung der Art des Geschäfts mit wirtschaftlichen Erwägungen im Gewande der Heranziehung konnexer Geschäfte ist schon aus Gründen der Verkehrssicherheit und vor allem wegen verfassungsrechtlicher Schranken abzulehnen, zumal es die betroffene Kommune und auch die Aufsichtsbehörde willkürlich in der Hand hätten, durch bloße wirtschaftliche Zuordnung eines Geschäfts zu einem anderen oder durch Verdeckung eines vielleicht gegebenen Zusammenhangs, Genehmigungspflichten zu konstruieren oder zu verschleiern. Hinzuweisen ist darauf, dass in der Praxis wohl auch nicht jeder Fall so einfach sein wird wie der hier Vorliegende, bei dem das gesamte Fremdfinanzierungsportfolio aus nur einer Anleihe besteht und sich der Swap auf den Gesamtbetrag bezieht. Die verfassungsrechtlich abgesicherte Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden schließt nach Meinung des Gerichts schwammige und für niemanden vorhersehbare Ausdehnungen der aufsichtsbehördlichen Kompetenzen aus. Vielmehr setzt Art 119a Abs 8 B-VG voraus, dass der Landesgesetzgeber seiner Pflicht nachkommt, Maßnahmen zu identifizieren, die insbesondere aufgrund ihrer besonderen finanziellen Bedeutung überörtliche Interessen berühren, diese im Gesetz klar umschreibt und sie von einer auf diese Weise determinierten Genehmigung abhängig macht. Es mag sein, dass dies bis zur Finanzkrise unterlassen wurde, die vom Landesgesetzgeber getroffene Auswahl der genehmigungspflichtigen Maßnahmen im Lichte der möglichen und genutzten Produkte des Finanzmarktes nun realitätsfern, laienhaft und veraltet anmutet und auch inkonsequent im Hinblick auf die Gefahren von Derivaten. Dies führt aber nicht dazu, dass eine gewollte oder fahrlässige Untätigkeit des Landesgesetzgebers durch nachträgliche Analogieschlüsse saniert werden könnte. Das Verhalten des Landes OÖ, das ja vom Abschluss von Swaps und anderen Derivaten der ihnen unterstellten Gemeinden Bescheid gewusst hat (vgl zB die geleistete Amtshilfe des Landes OÖ in ON 88 und ON 90 samt Beilagen) oder zumindest wissen hätte können und müssen, aber weder legislatisch, noch als Aufsichtsbehörde etwas unternommen hat, wiewohl die Praxis auf fehlende allgemeine Kriterien für den Abschluss solcher Geschäfte und das Problem der unterschiedlichen Handhabung von Beschluss- und Genehmigungserfordernissen in den Gemeinden und Ländern hingewiesen hat (vgl etwa den Befund von *Holoubek/Prändl* aaO), lässt keine Deutung zu, es liege eine planwidrige Regelungslücke vor und der Landesgesetzgeber habe das Problem nicht gekannt und übersehen. Andere Bundesländer haben ja agiert. Vielmehr tut sich der Verdacht auf, dass ein Regelungsbedarf nicht angenommen wurde, weil alle gut damit verdient haben und man das Risiko vielleicht unterschätzt hat. Das Gericht ist aber nicht berufen, Entscheidungen des Landesgesetzgebers oder der Aufsichtsbehörde zu korrigieren, sondern hat diese zu respektieren. Es ist auch kein Wertungswiderspruch zu erkennen. Nach Ansicht des historischen Landesgesetzgebers waren eben bis zum Eintreten der Folgen der Finanzkrise nur Darlehen und Haftungsübernahmen Maßnahmen, die von der Aufsichtsbehörde zu prüfen

waren. Es gab auch schon früher riskante – auch potentiell überörtlich existenzbedrohende – Geschäfte, die aber, aus welchen Gründen auch immer, vom Landesgesetzgeber nicht in § 78 StL aufgenommen wurden. Die Voraussetzungen einer Analogie liegen für das Gericht daher nicht vor.

Abschließend ist auch festzuhalten, dass es für Vertragspartner und auch für die Aufsichtsbehörde unmöglich wäre, eine allfällige Genehmigungspflicht zu prüfen, wenn diese ausschließlich von einem Zusammenhang mit einem (vielleicht nicht allen bekannten) früheren genehmigungspflichtigen Geschäft abhängt.

Die Argumentation des Verfassungsdienstes des Landes OÖ (.BL) hat nach Meinung des Gerichts nahezu ausschließlich das Ziel der Sicherstellung der aufsichtsbehördlichen Ingerenz vor Augen, ohne aber die sich aus dem Gesetz ergebenden Schranken ausreichend zu berücksichtigen. Wenn auch das Gutachten nur Fremdwährungskredite und Zinstauschgeschäfte nennt, führte eine Umsetzung der im Gutachten vertretenen Ansätze praktisch zu einer Genehmigungspflicht jedes Geschäfts, das einen wirtschaftlichen Effekt im Ausmaß der Schwellenwerte auf die Gemeinde hat oder auch nur theoretisch haben kann. Damit wäre die Beschränkung auf bestimmte Geschäfte und die Selbstverwaltung faktisch aushebelbar. Soweit der Verfassungsdienst damit argumentiert, dieses Ergebnis sei zwingend, da ansonsten die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht ohne Probleme umgangen werden könne, verfängt er sich nach Ansicht des Gerichts in einem Zirkelschluss. Das Bestehen der Genehmigungspflicht kann nicht damit begründet werden, dass sie sonst umgangen werden könnte, weil ein Umgehen bedingt, dass überhaupt eine Pflicht besteht.

Die Ausführungen des Oö Landesgesetzgebers in den Materialien zur Oö Gemeinderechtsnovelle 2012 sind, da nicht in das Gesetz aufgenommen, rechtlich nicht bindend und überzeugen auch inhaltlich nicht. Zu zitieren ist hier neuerlich die bereits erwähnte Entscheidung des VwGH vom 26.4.2016, Ro 2015/09/0014, der zu Folge durch „*die Erläuternden Bemerkungen zur StL-Novelle LGBl. Nr. 1/2012..., die von einer "Klarstellung der bisher bereits bestehenden aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflichten" (Blg 507/2011 zu den Wortprotokollen des Oö Landtags, 27. GP) sprechen, ...eine rückwirkende Änderung einer zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Dienstpflichtverletzung geltenden Rechtslage nicht rechtmäßig erfolgen konnte.*“ Der nicht weiter begründeten und generalisierenden Behauptung, dass Zinstauschgeschäfte schon „*nach der bisherigen Rechtslage dem Land als Aufsichtsbehörde zur Genehmigung [hätten] vorgelegt werden müssen*“, kann man nur erwidern, dass es der Gesetzgeber in das Gesetz schreiben kann und muss, wenn er etwas regeln möchte und nicht erst nachträglich in die Materialien einer späteren Novelle, noch dazu, wenn diese „Klarstellung“ in der bisherigen Praxis auch des Landes OÖ als Aufsichtsbehörde selbst keine Deckung findet und das Land OÖ weder als Aufsichtsbehörde,

noch auf legislativer Ebene als Landesgesetzgeber Handlungsbedarf gesehen hat. Andere Landesgesetzgeber haben durchaus entsprechende Auffangtatbestände in die Genehmigungspflicht aufgenommen (zB § 90 Abs 1 Z 4 NÖ GemO 1993), solche existierten zum Vertragsabschluss im StL aber nicht (vgl insgesamt dazu auch die Ausführungen in ./EV, S. 6 unten und *Holoubek/Prändl*, aaO S. 230). Das Gericht sieht daher in den Mat zur Oö Gemeinderechtsnovelle 2012 weder Grundlage noch Anlass, seinen Rechtsstandpunkt zu ändern.

Dabei sei festgehalten, dass das Gericht unter Achtung der Gewaltenteilung die ausschließliche Kompetenz der Aufsichtsbehörde, über eine Genehmigungspflicht abzusprechen, anerkennt und nicht in Zweifel zieht. Das Zivilgericht ist nicht befugt, über die Genehmigung eines genehmigungspflichtigen Geschäfts zu entscheiden. Das Gericht kann und muss nur als Vorfrage prüfen, ob überhaupt eine Genehmigungspflicht gegeben ist. Sofern bereits eine Entscheidung über eine Genehmigung vorliegt, ist das Gericht an diesen Bescheid gebunden (RS0109294 ua). Gleiches gilt auch für eine Entscheidung, mit der nicht über eine Genehmigung, aber über eine Genehmigungspflicht abgesprochen wird. Eine inhaltliche Prüfung der Richtigkeit der Entscheidung ist dem Gericht verwehrt. Löst das Gericht die Vorfrage der Genehmigungspflicht selbst, habe es nach OGH 6 Ob 73 /14z von einer Genehmigungspflicht auszugehen, sofern diese nicht denkunmöglich ist. Diese Judikatur bekräftigte der OGH nochmals in seiner Entscheidung zu 10 Ob 14/19k. Aufgrund der vordergründig bestehenden Parallelen und dem sich daraus ergebenden Widerspruch zu den obigen Ausführungen wird kurz auch inhaltlich auf diese Entscheidung eingegangen, in der der OGH davon ausging, dass eine Genehmigungspflicht nach § 90 Stmk GemO für einen (wie hier rechtlich unabhängig von den Kreditverträgen abgeschlossenen) Zero-Cost-Zins-Collar nicht denkunmöglich sei, weil damit bei wirtschaftlicher Betrachtung die Kreditbedingungen modifiziert worden seien. Im Gegensatz zu § 78 StL unterlag aber nach § 90 Stmk GemO ausdrücklich auch die „Begründung einer Zahlungsverpflichtung, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommt“ der Genehmigungspflicht, sodass für die wirtschaftliche Betrachtungsweise und die Berücksichtigung aller Geschäfte, die Zahlungsverpflichtungen bewirken können, eine gesetzliche Grundlage bestand. Einen vergleichbaren Tatbestand kannte § 78 StL bei Geschäftsabschluss nicht. Gerade der Umstand, dass es der steirische Landesgesetzgeber für notwendig erachtete, einen solchen Auffangtatbestand überhaupt aufzunehmen, bestätigt den Standpunkt des Gerichts, dass der Swap gerade nicht unmittelbar den in § 78 StL angeführten Tatbeständen unterstellt werden kann, ansonsten wäre der eigens geschaffene Tatbestand zwecklos. Zur Kreditähnlichkeit ist anzumerken, dass der dort abgeschlossene Zins-Collar (soweit aus der Entscheidung ersichtlich und nach Allgemeinwissen bzw Gerichtsnotorietät zu Collars bekannt) mit dem hier vorliegenden Swap nicht vergleichbar ist und mit diesem nichts zu tun hat. Damit ist weder die

Sachlage (Absicherungsgeschäft), noch die Rechtslage mit dem gegenständlichen Verfahren vergleichbar. Nur die Relevanz der bloßen Denkmöglichkeit kann für dieses Urteil übernommen werden.

c. Begründung des Gerichts für die denkmögliche und daher anzunehmende Genehmigungspflicht des Swaps

Nun geht trotz der obigen Ausführungen auch das Gericht von einer (zumindest denkmöglichen) Genehmigungspflicht des Swaps 4175 aus, allerdings nicht aufgrund einer Unterstellung des Vertragstypus Swap unter die Genehmigungstatbestände des StL oder einer Zurechnung dieses unabhängigen Geschäfts zur genehmigungspflichtigen Anleihe, sondern wegen der konkreten Ausgestaltung des Swaps 4175 selbst und der für die Klägerin möglichen, auch im Lichte des § 78 StL relevanten Folgen. Ein Finanzgeschäft, dessen Hauptleistungspflicht wechselseitige Zahlungsverprechen darstellen und das mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit bei der Abwicklung oder Beendigung zu Zahlungsverpflichtungen oder notwendigen Auflösungskosten in vorweg unbekannter Höhe führt, die wiederum zur Notwendigkeit einer Darlehensaufnahme in beträchtlicher, von den Grenzwerten des § 78 StL erfassten Höhe führen wird, muss aus Sicht des Gerichts auch selbst genehmigungspflichtig sein. Schließt eine Gemeinde ein Geschäft ab, das diese später zur Erfüllung der übernommenen Pflichten dazu zwingt, einen Kredit aufzunehmen, um eine ex ante absehbare und dann bereits fällige Schuld aus dem Geschäft zu zahlen, muss die Genehmigungspflicht nach Ansicht des Gerichts, soll sie ihrem Zweck gerecht werden (Wahrung überörtlicher Interessen), zwingend bereits bei diesem Geschäft ansetzen. Die Aufsichtsbehörde, die erst bei der Finanzierung des bereits perfekten Geschäfts involviert wird und dann zu entscheiden hat, ob sie die Darlehensaufnahme genehmigt, steht ansonsten bereits vor vollendeten Tatsachen und könnte im überörtlichen Interesse die Gemeinde vor zerstörerischem oder unvertretbar waghalsigem Agieren nicht mehr bewahren, sondern nur noch entscheiden, ob die jedenfalls notwendige Fremdfinanzierung für die Abwicklung oder Beendigung des Geschäfts genehmigt werden soll. Die Schuld aus dem Grundgeschäft besteht dann ja aber bereits. Das umfasst nicht nur die Zahlungen, zu denen sich die Parteien bereits verpflichtet haben, sondern auch Kosten der Beendigung des Swaps. Dies deshalb, weil der Vertrag den Parteien keine Möglichkeit einräumt, den Swap zu beenden, gleichzeitig aber das sich aus ihm ergebende Risiko nur beherrschbar ist, wenn er jederzeit beendet werden kann. Damit ergibt sich die mögliche Notwendigkeit der Zahlung von Auflösungs- oder Absicherungsgeschäften unmittelbar aus dem Aufbau des Swaps und sind zu berücksichtigen. Der Aufsichtsbehörde bliebe bei einer Befassung erst mit dem Finanzierungsgeschäft überspitzt formuliert nur noch die Wahl, die Entschuldung der

betroffenen Gemeinde über eine Fremdfinanzierung oder über ein (in letzter Konsequenz vom Vertragspartner dann wohl einzuleitendes) Titel- und Exekutionsverfahren herbeizuführen. Ist ex ante absehbar, dass ein solcher Fall eintreten kann, muss der Genehmigung der Finanzierung vorgelagert auch ein solcher Vertrag der Genehmigungspflicht unterstellt werden. Beschließt etwa die Klägerin den Ankauf des Gemäldes Salvator Mundi von Leonardo da Vinci um einen (laut Internet angemessenen) Preis von rund USD 400 Mio, wäre dieser Kaufvertrag nicht genehmigungspflichtig nach § 78 StL und könnte von der Klägerin (bei Einhaltung des Organisationsrechts) rechtswirksam abgeschlossen werden. Wenn die Klägerin nach Erhalt des Gemäldes sodann einen USD-Kredit zur Finanzierung des Kaufs aufnehmen möchte und muss, könnte die Aufsichtsbehörde die Zustimmung zu dieser als Darlehen genehmigungspflichtigen Maßnahme verweigern, was aber nichts mehr an der bereits eingegangenen und bestehenden Verpflichtung zur Zahlung von USD 400 Mio und den entsprechenden Folgen ändert. Die Genehmigungspflicht der Finanzierung muss nach Ansicht des Gerichts daher auf das Grundgeschäft durchschlagen und auf dieses ausgeweitet werden, wenn es zwingend und erkennbar zu genehmigungspflichtigen Finanzierungen führt oder, wie hier bei der Höhe nach unbekannten Verpflichtungen, mit ausreichender Wahrscheinlichkeit führen kann. Nachdem eine solche Prüfpflicht ausschließlich am geplanten Geschäft anknüpft und nicht an frühere Verträge, besteht kein Widerspruch zu den bisherigen Ausführungen. Nachdem die Frage der Finanzierung nach den Organisationsvorschriften der Klägerin ohnehin stets zu prüfen und darzulegen ist, kommt es auch weder zu Mehraufwand, noch zu unklaren Situationen. Anders als bei den vom Gericht abgelehnten Begründungen einer Genehmigungspflicht führt dieser Zugang auch nicht zu einer Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde, sondern nur zur Sicherstellung einer antizipierbar ohnehin bestehenden Genehmigungspflicht. Es wird nicht jeder Swap genehmigungspflichtig, der zu Zahlungspflichten jenseits der Grenzen des § 78 StL führen kann, nur weil Swaps Krediten ähneln. Es werden auch nicht überhaupt alle Maßnahmen genehmigungspflichtig, die in irgendeinem wirtschaftlichen Verhältnis zu einem bestehenden genehmigungspflichtigen Geschäft stehen. Nur dann, wenn die Maßnahme bzw der Swap zu Zahlungspflichten führen (kann), die der genehmigungspflichtigen Fremdmittelaufnahme bedürfen, soll die Genehmigungspflicht auf das Grundgeschäft vorverlagert und ausgedehnt werden. Aus Sicht des Gerichts führt dies zu einer Berücksichtigung aller (verfassungs-)gesetzlicher Regelungszwecke und Vorgaben, einerseits der Selbstverwaltung der Gemeinden, andererseits der Kontrolle und des Schutzes der überörtlichen Interessen. Auch Interessen des Marktes und dessen Teilnehmer, soweit diese zu berücksichtigen sind, stehen dieser Lösung nicht entgegen. In diesem Umfang sieht das Gericht daher das Bestehen einer Genehmigungspflicht des Swaps 4175 als gegeben oder zumindest als denkmöglich an.

Zu prüfen bleibt, wie wahrscheinlich genehmigungspflichtige Geschäfte als unmittelbare Folge

des Grundgeschäftes sein müssen, um eine Ausweitung der Genehmigungspflicht auf dieses erforderlich zu machen und zu rechtfertigen. Eine reine Worst-Case-Szenario-Betrachtung, wie sie der Verfassungsdienst des Landes OÖ anstellt (./202, S. 9), ist zwar relativ einfach zu handhaben und bietet daher weitgehende Rechtssicherheit, führt aber ohne sachliche Rechtfertigung zu einer überbordenden Kontrolle der Gemeinden und geht weit über das erforderliche Maß zur Zweckerfüllung hinaus. Bei einem solchen Maßstab wäre jedes Rechtsgeschäft in Fremdwährung, das nicht sofort erfüllt wird, genehmigungspflichtig, also etwa auch die Bestellung geringwertiger Wirtschaftsgüter in der Schweiz, da in einem Worst-Case-Szenario der EUR gegenüber dem CHF derart abwerten kann, dass selbst der EUR-Gegenwert von CHF 1,-- die Genehmigungsschwellen durchbricht. Genau diese Überlegung steht ja auch hinter dem theoretisch unbeschränkten FX¹⁰-Risiko, dem sich die Klägerin schon aus der Begebung einer CHF-Anleihe ausgesetzt hat. Sie muss für die Rückzahlung CHF kaufen, deren Preis in EUR noch nicht feststeht und theoretisch gegen unendlich streben kann. Eine reine Worst-Case-Betrachtung wird selbst in äußerst heiklen Bereichen kaum zur Gänze umgesetzt, sie liefert auch keine sinnvolle Grundlage für eine Beschneidung der Gemeindeselbstverwaltung.

Angemessen scheint dem Gericht vielmehr, auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzustellen, der durchaus auch sporadisch auftretende besondere Ereignisse wie Wirtschaftskrisen und auch deren Folgen umfasst, nicht aber völlig außergewöhnliche Umstände wie die plötzliche und dauerhafte Wertlosigkeit des Euro. Dies führt zu folgendem Ergebnis: Birgt ein Geschäftsabschluss aufgrund der Eigenart des Geschäfts schon die Möglichkeit, dass im Rahmen der Abwicklung oder der Auflösung des Geschäfts zwingend der Abschluss genehmigungspflichtiger Geschäfte notwendig wird und ist nicht auszuschließen, dass ein solcher Fall bei gewöhnlichem Lauf der Dinge eintritt, so ist nach Ansicht des Gerichts schon das Grundgeschäft von einer Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde abhängig zu machen.

Im Ergebnis war der Swap 4175 nach Ansicht des Gerichts genehmigungspflichtig. Dies nicht, weil er selbst ein Darlehen oder kreditähnlich wäre oder weil er die bestehende Struktur der Anleihe verändert hätte, sondern weil es aufgrund seiner Struktur bei gewöhnlichem Lauf der Dinge einerseits zwingend zu der Höhe nach variablen, aber unbegrenzten Zahlungsverpflichtungen der Klägerin zwei Mal im Jahr kommt und andererseits zur Notwendigkeit der Auflösung oder Glattstellung des Geschäfts zur Beschränkung des Risikos kommen kann, wobei es notwendig sein kann, zur Verhinderung weiterer Verluste der Höhe nach unbekannte Kosten für die Beendigung des Geschäfts oder Glattstellung des Risikos aufzuwenden und ex ante davon auszugehen war, dass diese realistisch möglichen Zahlungsverpflichtungen nur durch eine genehmigungspflichtige Fremdmittelaufnahme erfüllt werden können.

10 Abk für Foreign Exchange.

Derartige Konstellationen sind auch nicht bloß theoretische Gedankenspiele oder Erfindungen eines schwarzmalenden Gerichts, wie der Bericht des Oö Landesrechnungshofes ./199 zeigt, in dem genau ein solcher Fall beschrieben wird, in dem die notwendigen Ausstiegskosten aufsichtsbehördlich genehmigt fremdfinanziert werden mussten (./199, S. 44, Pkt 27.1.). Es bedarf auch keiner speziellen Ausbildung, um die Gefahr zu erkennen, dass eine Gemeinde nicht grenzenlos Verpflichtungen erfüllen kann und deshalb solche auch nicht unbegrenzt eingehen kann. Jedenfalls erscheint dem Gericht derart begründet eine Genehmigungspflicht des Swaps 4175 für denkmöglich, schlüssig argumentierbar und unvorgreiflich einer Entscheidung der Aufsichtsbehörde sogar für notwendig. Wie die Aufsichtsbehörde bei einer derartigen Antragstellung hypothetisch reagierte und entschied, ist nicht zu klären. Die Erteilung einer Genehmigung obliegt ausschließlich der zuständigen Verwaltungsbehörde und ist damit einer gerichtlichen Entscheidung entzogen. Relevant ist nur, dass keine Genehmigung vorliegt.

Eine gewisse Bestätigung der Bejahung einer denkmöglichen Genehmigungspflicht durch das Gericht ist auch in dem Umstand zu sehen, dass das Land OÖ als Aufsichtsbehörde aufgrund des Genehmigungsantrags der Klägerin einen Verbesserungsauftrag erteilte. Wäre es nämlich der Meinung gewesen, der Swap 4175 unterliege als Geschäftstyp jedenfalls keiner Genehmigungspflicht, so wäre der erteilte Verbesserungsauftrag schon ex ante zwecklos und zu unterlassen gewesen. Denn selbst wenn die Klägerin dem Auftrag nachgekommen wäre und einen GR-Beschluss vorgelegt hätte, wäre dem Antrag nicht stattzugeben gewesen, weil keine genehmigungspflichtige Maßnahme vorliegt. Zum Vorwurf der Beklagten, es handle sich beim Genehmigungsverfahren und bei dem Vorgehen des Landes OÖ lediglich um eine Art Schützenhilfe der Aufsichtsbehörde für die Klägerin, ist ohne auf den Vorwurf selbst näher einzugehen nur darauf hinzuweisen, dass eine meritorische Versagung der Genehmigung aufgrund der damit verbundenen Bindungswirkung für das Gerichtsverfahren wohl eine wesentlich effektivere und zielführendere Unterstützung gewesen wäre.

Entgegen dem Standpunkt der Beklagten, die eine derart begründete Genehmigungspflicht – wie überhaupt eine Genehmigungspflicht – verneint, ist auch eine solche Antizipation denkmöglicher Folgen des Grundgeschäfts nicht unmöglich. Vielmehr ist von ordnungsgemäß agierenden Marktteilnehmern ohnehin zu erwarten, dass realistisch denkmögliche Negativszenarien auch über die eigene Markterwartung hinaus vor Geschäftsabschluss geprüft werden. Auch für die Beklagte waren die möglichen Folgen des Swaps 4175 weder unvorhersehbar, noch war es unzumutbar, sich mit diesen und den Implikationen auf das Organisationsrecht der Klägerin auseinanderzusetzen. Tut sie dies nicht, kann sie nur blind darauf vertrauen, dass eine Genehmigung nicht erforderlich ist, aber sich dann nicht nachträglich darauf berufen, dass es für sie nicht erkennbar gewesen wäre. Tatsächlich

bestehen ja auch unabhängig von der Frage der Notwendigkeit einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung mehrere rechtliche Grundlagen für eine Verpflichtung der Beklagten, das von ihr selbst durchgerechnete und konzipierte Geschäft, die Zahlungsfähigkeit und Ausfallwahrscheinlichkeit der Klägerin entsprechend einzuschätzen und zu bewerten (zB nach WAG, UGB und BWG). Auch eine Überbelastung oder unzumutbare Erschwerung des Geschäftsverkehrs ist nicht zu befürchten. Ist eine Überschreitung der Grenzen des § 78 StL möglich, ist gegebenenfalls die Aufsichtsbehörde zu befassen, die über die Genehmigung(spflicht) zu entscheiden hat. Mit der Entscheidung ist dann auch Rechtssicherheit gegeben. Die Prüfung hat jedenfalls und ausschließlich ex ante zu erfolgen, sodass auch nicht zu befürchten ist, spätere Änderungen, etwa eine Verschlechterung der Wirtschaftslage der Gemeinde, könnte nachträglich zu einer Genehmigungspflicht nicht mehr finanzierbarer Geschäfts führen.

Das Gericht unterliegt auch keinem Rückschaufehler. Dass sich der Swap so entwickelt hat, wie er sich entwickelt hat, ist weder Grundlage der Entscheidung, noch Begründung des mit dem Swap verbundenen Risikos. Die Entscheidung fiel ident aus, hätte die Stadt Linz bei für sie gutem Kursverlauf und positiven Zahlungsströmen geklagt. Allein der Umstand, dass es ex ante erkennbar möglich war, dass der Swap sich so entwickelt, war maßgeblich. Weder der Umstand, dass die Parteien damit vielleicht nicht gerechnet haben, noch ein mögliches Abfedern der Folgen durch Restrukturierungen ändern daran etwas. Der Swap war ex ante in einem Ausmaß riskant (im Sinne der obigen Ausführungen zu möglichen Zahlungsströmen und Kosten), dass eine Genehmigung notwendig gewesen wäre.

Die Einleitung des Genehmigungsverfahrens (im zeitlichen Nahebereich zum Geschäftsabschluss, nicht Jahre später) wäre Sache der Klägerin gewesen, die allein antragslegitimiert ist. Darüber hinaus ergibt sich schon aus (vor)vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Vertragspartner eine auch in der Rspr (OGH 8 Ob 11/11t) anerkannte Aufklärungspflicht der Gemeinde, dass das Geschäft genehmigungspflichtig sein kann. Diese Pflichten und deren allfällige Verletzung spielen aber für die Gültigkeit des Geschäfts keine Rolle.

Am Ende der Prüfung der Ungültigkeit wegen einer fehlenden aufsichtsbehördlichen Genehmigung sei noch kurz auf die Frage eingegangen, ob und inwieweit eine aufsichtsbehördliche Genehmigung des konnexen Grundgeschäfts, also hier der CHF-Anleihe auch schon Bezug nehmende Derivate umfasst und diese quasi mitgenehmigt (vgl *Holoubek/Prändl* aaO, S. 231). Es müssen massive Zweifel angemeldet werden, 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 Zielen nicht vereinbar wäre. Sie unterliefe auch die Prüfkompetenz der Aufsichtsbehörde. Rechtlich ist weiters nochmals festzuhalten, dass jedwede Genehmigung einen ansonsten perfekten Vertragsabschluss voraussetzt, der bei einer derartigen Konstruktion, durch die zukünftige Maßnahmen genehmigt würden, gerade nicht vorliegt. Die Genehmigung der Anleihe erfasst daher den Swap 4175 nicht.

Nach der Judikatur wäre der Klägerin Gelegenheit zu geben oder aufzutragen, eine aufsichtsrechtliche Entscheidung herbeizuführen. Dies erschien dem Gericht aus mehreren Gründen hier nicht geboten. Einerseits ist neben der Frage der grundsätzlichen Genehmigungspflicht bei der notwendigen Prüfung der Denkmöglichkeit einer solchen Pflicht auch die Frage zu beantworten, ob überhaupt eine „Maßnahme“ der Klägerin vorliegt. Das ist nach Ansicht des Gerichts wegen Geschäftsführungs- und Vertretungsmängeln (zu diesen unten) nicht der Fall. Darüber hinaus hat die Klägerin ja bereits einen Antrag nach § 78 StL gestellt. Die Aufsichtsbehörde hat auch entschieden, diesen Antrag mangels eines das Geschäft deckenden GR-Beschlusses zurückzuweisen. All dies liegt dem Gericht vor. Es kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit diese Formalentscheidung der Aufsichtsbehörde auf Zurückweisung des Antrags Bindungswirkung für dieses Verfahren entfalten kann. Die sich aus den – von einer Bindungswirkung bloß des Spruchs (OGH 2 Ob 79/13a, RS0036981) nicht umfassten – Ausführungen in der Begründung der Zurückweisung ergebende rechtliche Beurteilung, der GR-Beschluss vom 3.6.2004 decke den Abschluss des Swaps nicht, entspricht im Ergebnis dem rechtlichen Schluss, zu dem auch das Gericht unabhängig von einer Bindung gelangt. Im Einklang mit dem genannten Bescheid ist die Annahme einer genehmigungsfähigen Maßnahme daher schon deshalb ausgeschlossen. Die insoweit hypothetische Frage, ob der Swap, wäre er durch einen GR-Beschluss gedeckt von einem befugten Organ formal korrekt abgeschlossen worden, auch von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen gewesen, braucht daher eigentlich nicht beantwortet zu werden. Die Gültigkeit des Swaps setzt voraus, dass er unter Berücksichtigung des Organisationsrechts korrekt abgeschlossen und von der Aufsichtsbehörde genehmigt wurde. Beide Voraussetzungen liegen nach der Überzeugung des Gerichts nicht vor, sodass es auch aus diesem Grunde zwecklos gewesen wäre, der Klägerin neuerlich die Herbeiführung einer aufsichtsbehördlichen Entscheidung aufzutragen. Schon allein aufgrund der Bedeutung des Verfahrens geht das Gericht aber jedenfalls auf beide Aspekte vertieft ein, wiewohl bei Bejahung der Genehmigungspflicht dem ZFA jedenfalls stattzugeben wäre. Aufgrund der unstrittig nicht erfolgten Genehmigung wäre der Swap dann nämlich jedenfalls ungültig, weil ein genehmigungspflichtiges Geschäft bis zu seiner Genehmigung schwebend unwirksam ist (§ 78 Abs 3 StL).

2. Zulässigkeit des Vertragsabschlusses und Zuständigkeit innerhalb der Klägerin

a. Grundsätzliche Zulässigkeit von Derivaten

Einleitend ist klarzustellen, dass die Klägerin aufgrund der zum Vertragsabschluss geltenden Rechtslage grundsätzlich Finanzderivate und darunter auch den gegenständlichen Swap abschließen durfte. Es gab kein allgemeines außenwirksames Spekulationsverbot, das den Abschluss derartiger Finanzgeschäfte verboten hätte. Zwar galt für die Klägerin wie für alle Gebietskörperschaften natürlich das verfassungsrechtliche Wirtschaftlichkeits-/Effizienzgebot (vgl Art 51a Abs 1 [Bundesgebarung], 126b Abs 5 [Rechnungshofkontrolle Bund], 127 Abs 1 [Rechnungshofkontrolle Länder], 127a Abs 1 [Rechnungshofkontrolle Gemeinden] B-VG idF BGBl I 100/2003), das die Gemeindegebarung an Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit bindet. Aus diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben und auch den §§ 57 Abs 1 (*„Das Vermögen der Stadt ist möglichst ohne Beeinträchtigung der Substanz zu erhalten. Es ist pfleglich und entsprechend seiner Zweckbestimmung nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verwalten, wobei beim ertragsfähigen Vermögen der größte dauernde Nutzen gezogen werden soll“*) und 77 StL (*Die Landesregierung hat das Recht, die Gebarung der Stadt auf ihre Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu überprüfen*) lässt sich jedoch weder ein grundsätzliches Verbot von Derivaten ableiten, noch entfalten diese Bestimmungen eine unmittelbare Außenwirkung dahingehend, dass Geschäfte der Gemeinde, die diesem Gebot zuwiderlaufen, ex lege ungültig wären. Das Effizienzgebot ist kein verfassungsrechtlich garantiertes Grundrecht. Zum Teil wird auch schlüssig vertreten (und ist möglicherweise aus § 57 StL auch ableitbar), dass die Befolgung dieses Gebots gegenteilig die Nutzung von Derivaten auch geradezu erfordern kann (vgl zB *Nicolas Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013/16, S. 67 mwH, *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, S. 199 ff (222 ff) in *Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch* (Hrsg.) Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand, Linde Verlag 2005). Die Klägerin konnte daher bei Berücksichtigung der sonstigen organisationsrechtlichen Vorgaben Derivatgeschäfte und damit auch den Swap 4175 abschließen, das Effizienzgebot stand dem nicht entgegen. Es bietet aber einen allgemein bekannten und daher auch beiden Parteien zugänglichen Anhaltspunkt für ein ordnungsgemäßes Verhalten von Gebietskörperschaften (vgl OGH 10 Ob 212/98v; allgemein auch *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung, (Teil Ib), I.C., ÖZW 1995, 8 ff mwH) und damit auch für die objektive Auslegung von GR-Beschlüssen, worauf später noch zurückzukommen sein wird.

b. Zuständigkeit für die Willensbildung, den Swap abzuschließen

(Geschäftsführungsbefugnis) nach dem StL

Nach § 46 Abs 1 Z 12 StL ist dem GR der Abschluss und die Auflösung sonstiger Verträge vorbehalten, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000,-- oder das jährliche Entgelt EUR 50.000,-- übersteigt. Diese Voraussetzungen erfüllt der abgeschlossene Swap mathematisch zwingend, zumal bei der Beurteilung der Zuständigkeit keine Saldierung der einzelnen Leistungen zu erfolgen hat. Das Gesetz stellt nämlich eindeutig nur auf die Leistung der Klägerin ab. Die halbjährliche Zahlungsverpflichtung der Klägerin (das „Entgelt“ im Sinne der zitierten Bestimmung), betrug zumindest 0,065% von CHF 195 Mio, also CHF 126.750¹¹ weswegen (unter Zugrundelegung realistisch möglicher CHF/EUR-Wechselkurse) die Schwelle von jährlich EUR 50.000,-- jedenfalls überschritten wird.

Gingen auch die Parteien ursprünglich übereinstimmend von einer Anwendbarkeit der Z 12 leg. cit. aus (Klagebeantwortung S. 97 oben, Widerklage S. 38), vertritt die Beklagte nun abweichend auch den Rechtsstandpunkt, dass für den Abschluss des Swaps 4175 gar keine Zuständigkeit des GR vorgelegen habe. Sie beruft sich dabei auf die Entscheidung des VwGH vom 20.9.2018, Ra 2017/09/0001, die allerdings nur in Auszügen zitiert wird. Es soll daher vertieft darauf eingegangen und diese Entscheidung im relevanten Punkt zur Anwendbarkeit des § 46 Abs 1 Z 12 StL auch wörtlich – und vor allem vollständig – wiedergegeben werden (Fettdruck durch das Gericht):

*„Aber auch die vom Landesverwaltungsgericht herangezogene Z 12 des § 46 Abs. 1 Oö StL 1992 stellt **auf Basis der bisherigen Erwägungen** im angefochtenen Erkenntnis keine taugliche Grundlage für einen Schuldspruch dar. 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 oder einen das jährliche Entgelt übersteigenden Betrag von EUR 50.000 beinhaltet.**“*

Die Entscheidung steht daher einer Heranziehung der Z 12 leg. cit. nicht entgegen, der VwGH (als reine Rechtsinstanz) vermisste vielmehr für eine Subsumption die Feststellung, dass die Schwellenwerte überschritten werden. Nachdem Z 12 leg. cit. alle Vertragstypen ohne Ausnahme umfasst, könnte nur die Behauptung, der Swap erreiche nicht die Grenzwerte, schlüssig eine Anwendung dieser Bestimmung ausschließen. Eine solche (mathematisch nahezu unmögliche, weil einen illusorischen CHF/EUR-Wechselkurs bedingende) Behauptung hat die Beklagte aber gar nicht aufgestellt, sondern die Unanwendbarkeit der Zuständigkeitsnorm lediglich auf die Aussage des VwGH gestützt, der aber eben ein anderer Sachverhalt zu Grunde lag. Der GR war daher nach dem StL intern für den Abschluss des Swaps im eigenen Wirkungsbereich der Stadt Linz im Rahmen der

¹¹ Das sind CHF 253.500,-- jährlich.

Privatwirtschaftsverwaltung zuständig. Ihm allein oblag die entsprechende Willensbildung zum Geschäftsabschluss, also die Geschäftsführungsbefugnis.

Die von der Klägerin darüber hinaus herangezogene Z 9 leg. cit. als Zuständigkeitsgrundlage für den GR betrifft Darlehen und Bürgschaften und ist daher weder auf „Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte“, die Gegenstand des Beschlusses waren, in dieser Allgemeinheit anwendbar, noch im Konkreten auf den Swap 4175, der kein Darlehen und keine Bürgschaft ist und auch keinen unmittelbaren Einfluss auf ein Darlehen hat. Es wird auf die Ausführungen im Rahmen der Prüfung der Genehmigungspflicht verwiesen. Zwar wird auch im Amtsbericht Z 9 leg. cit. als Kompetenzgrundlage genannt (./C, S. 2), doch ist diese Einordnung für das Gericht nicht bindend. Die Anführung ist auch zwanglos mit dem zugleich gestellten Antrag auf Beschlussfassung über Fremdmittelaufnahmen (./C, S. 3 Pkt 1) erklärbar. Dieser Kompetenztatbestand ist daher beim Swap 4175 nicht erfüllt.

Der Einwand der Beklagten, die von einer Gültigkeit des Swaps 4175 auch deshalb ausgeht, weil eine trotz seiner Zuständigkeit unterlassene Befassung des GR nicht zu ihren Lasten gehen könne, vermengt die Frage der Gültigkeit mit der eines allfälligen Schadenersatzes wegen rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens. Für die Gültigkeit des Swaps 4175 geht nach § 867 ABGB die unterlassene Befassung sehr wohl (auch) zu Lasten der Beklagten und führt zur Ungültigkeit des Geschäfts. Ob der GR zu befassen gewesen wäre und ob dies erkannt hätte werden können und von wem, spielt für dessen Gültigkeit aber keine Rolle.

3. Interne Willensbildung des GR zum Abschluss des Swaps

Aufgrund der Wirkung des § 867 ABGB ist die Vertretungsmacht nach außen von der Beschlussfassung des zuständigen Organs im Innenverhältnis abhängig, Mängel der Geschäftsführung schlagen auf die Vertretung durch. Jedermann muss dabei die für juristische Personen des öffentlichen Rechts geltenden Beschränkungen ohne Rücksicht auf deren Kenntnis gegen sich gelten lassen. Relevant ist daher, ob und in welchem Umfang überhaupt eine interne, den Organisationsvorschriften entsprechende Beschlussfassung des GR vorlag, um die Grenzen einer allenfalls wirksamen Außenvertretung abzustecken, bevor diese geprüft werden kann. Eine Gültigkeit des Swaps bedingt intern eine entsprechende Beschlussfassung und nach außen eine in diesem Rahmen der Klägerin zurechenbare Vertretungshandlung. Ohne GR-Beschluss kann der BM nach außen nicht tätig werden (*Perner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.02 § 867 (Stand 1.4.2016, rdb.at), Rz 12 mwN) und dem zu Folge mangels eigener Vertretungsmacht eine solche auch nicht weitergeben (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*). Ein Abschluss des Swaps 4175 ohne Zustimmung des GR ist, mit Ausnahme einer Zustimmungswirkung durch bloßen vom GR

erweckten Anschein, unmöglich.

a. Der GR-Beschluss vom 3.6.2004 als unmittelbare Grundlage für Abschluss oder ex ante Genehmigung des Swaps 4175

Der hier relevante Teil des Beschlusses des GR vom 3.6.2004 lautet:

Die FVV wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren.

Auf Grundlage dieses Beschlusses schloss ■■■■■ namens der Klägerin über zwei Jahre später am 12.2.2007 mit der Beklagten den Swap 4175 ab. Die Beklagte stützt sich zur Gültigkeit nun einerseits darauf, dass der GR mit seinem Beschluss sich intern entschieden habe, den Swap abzuschließen und ■■■■■ diesen Beschluss (allenfalls bevollmächtigt durch den BM) in der Folge im Rahmen einer Außenvertretung umgesetzt habe. Andererseits aber auch darauf, dass der GR nicht über ein Geschäft absprechen habe wollen, sondern vielmehr seine Geschäftsführungskompetenz an ■■■■■ übertragen habe, der sich sodann intern dazu entschlossen habe, den Swap abzuschließen (und in weiterer Folge diesen Abschluss dann auch als Vertreter durchgeführt habe).

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob dieser Beschluss unmittelbar den Geschäftsabschluss deckt, der durch den Beschluss zum Ausdruck gebrachte Wille des GR also den Swap 4175 bereits umfasst und durch den Abschluss umgesetzt wurde. Der Beschluss des Gemeinderats ist dabei objektiv nach dem Aussagewert des Textes, dem Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung und im Zusammenhalt mit dem zugrunde gelegenen Geschäftszweck auszulegen (OGH 7 Ob 108/17h mwN).

aa. Zulässigkeit und Grenzen des GR-Beschlusses als Grundsatzbeschluss:

Schon aus dem Text des Beschlusses ergibt sich, dass kein konkretes Geschäft geschlossen oder genehmigt werden sollte, vielmehr stellt der Beschluss eindeutig darauf ab, dass noch nicht konkret angeführte Finanzgeschäfte abgeschlossen werden sollen. Es handelt sich daher nicht um den Willen, bestimmte Geschäfte zu schließen, sondern vielmehr um einen Grundsatzbeschluss. Ein GR-Beschluss, mit dem ein Geschäft beschlossen werden soll, muss nämlich dieses auch beinhalten oder es zumindest möglichst konkret umschreiben (vgl zB ./82 und ./84). Dies entspricht auch dem vom Gericht geteilten Standpunkt der Aufsichtsbehörde, der auch zur Zurückweisung des Genehmigungsantrags der Klägerin geführt hat und zum Teil sogar dem der Klägerin selbst (vgl ./EY - ./FE), zumindest nach Ansicht des Magistrats, mag der GR auch nicht so agiert haben. So führte ■■■■■,

Präsidialdirektor (Magistrat, PPO) im Juni 2006 nämlich selbst rechtlich im Zusammenhang mit einer anderen Beschlussfassung aus:

„Anders gelagert wäre jener Fall einer Beauftragung der Verwaltung durch den Gemeinderat zur Erstellung eines Kaufvertrages in Form einer reinen Grundsatzgenehmigung, wo noch keine entscheidungsrelevanten Details vorliegen und sich lediglich eine Willenserklärung des politischen Organs widerspiegelt. Bei einer derartigen Vorgehensweise wäre auch aus Sicht der Stadt Linz eine tatsächliche Entscheidungsfindung durch einen weiteren Gemeinderatsbeschluss erforderlich.“ (./FE, S. 5)

Auch Holoubek/Prändl verlangen einen konkreten GR-Beschluss, wenn sie nachvollziehbar ausführen:

„Sollen... für ein bereits aufgenommenes und daher beschlossenes Darlehen Derivate eingesetzt werden, so bedarf es dazu bei Fehlen einer gesetzlich ermöglichten Delegation eines gesonderten Gemeinderatsbeschlusses. ... Eine möglicherweise unzulässige Delegation von Aufgaben des Gemeinderats würde dagegen dann vorliegen, wenn der Gemeinderat etwa nur im Rahmen eines Grundsatzbeschlusses allgemeine Finanzrichtlinien mit gewissen Rahmen und Risikobegrenzungen ohne Bezugnahme auf ein konkretes Derivatgeschäft vorgibt, aber keine Entscheidung über den Einsatz von Derivaten für ein konkretes Darlehen trifft, sondern diese Entscheidung etwa dem Gemeindevorstand überlässt.“ (Holoubek/Prändl, Öffentliches Finanzmanagement – rechtliche Rahmenbedingungen, S. 199 ff (229) in Böck/Hofstätter/Höck/Huemer/Prändl/Schuch (Hrsg.) Strukturiertes Finanzmanagement der öffentlichen Hand, Linde Verlag 2005).

Der GR der Klägerin hat weder dem von [REDACTED] dargestellten Rechtsstandpunkt der Klägerin folgend einen eigenen Beschluss zum Swap gefasst, noch zumindest Richtlinien vorgegeben, sondern nur ganz allgemein auf das Fremdfinanzierungsportfolio verwiesen. Er hat auch kein konkretes Derivat genannt, sondern bloß oberflächlich Finanzgeschäfte als solche (solange sie marktüblich sind) im Beschluss angeführt. Anders als noch im GR-Beschluss aus dem Jahr 1996, in dem (zumindest durch Bezugnahme auf den Amtsbericht ./83) konkrete Vorgaben erschließbar erfolgten, ist im Beschluss aus dem Jahr 2004 auf eine nähere Determinierung gänzlich verzichtet worden. Die Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens per se und die Unmöglichkeit, aus diesem Beschluss eine Willensbildung zum Abschluss des Swaps (oder auch anderer Finanzgeschäfte) abzuleiten, sind offensichtlich.

Raschauer, auf dessen Untersuchung sich die Beklagte stützt, hält fest, dass es keinen ausformulierten Vertragstext geben müsse, der von jedem (zustimmenden) Mitglied der zuständigen Kollegialorgane zu unterschreiben sei, da die Unterfertigung des Vertrages ein Akt der Vertretungskompetenz sei. Natürlich könne ein Kollegialorgan darauf bestehen, dass

ihm ein konkreter Vertragsentwurf vorgelegt wird. Andererseits könne es sich aber genauso gut mit dem Vortrag des Berichterstatters begnügen und "im Sinn des Antrags genehmigen" (*Nicolas Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013/16, S. 69). Selbst wenn man dem folgt, ändert sich das Ergebnis nicht, da der Antrag keine Spezifikation der abzuschließenden Geschäfte und insbesondere keine Konkretisierung des Swaps beinhaltet. Es wird auch kein Bezug zu Rahmenvereinbarungen, Einzelabschlüssen und Vertragspartnern hergestellt, sodass auch der weiteren von *Raschauer* akzeptierten Verwässerung der Konkretisierung des beschlossenen Geschäfts umfassend die Grundlage entzogen wird (*Raschauer*, aaO, S. 70). Hier ist auch weder dem Beschluss, noch dem Antrag ein konkretes Kreditinstitut zu entnehmen, da das betreffende Geschäft ja erst Jahre später ausverhandelt wurde.

Wenn die Beklagte unter Berufung auf den Aktenvermerk des Magistratsdirektors [REDACTED] vom 18.7.2006 (ON 250 des Verfahrens 23 Hv 79/13k, pdf-Seite 15) auf dem Standpunkt steht, *die Gemeindeaufsicht [sei] im Jahr 2008 ausdrücklich der Auffassung gewesen, dass die Technik, wonach das zuständige Kollegialorgan den Rahmen vorgibt (hier: Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios) und mit dem konkreten Vertragsschluss aber den Magistrat oder eine seiner Dienststellen (hier: FVV, dessen Leiter [REDACTED] war) beauftragt, beibehalten werden könne*, ist sie auf den vollständigen Text dieser Urkunde zu verweisen. Aus dem genannten Aktenvermerk geht gegenteilig hervor, dass die Aufsichtsbehörde auf ihren Standpunkt beharrte, dass Gegenstand der aufsichtsbehördlichen Genehmigung nur der vom Gemeinderat beschlossene/genehmigte Kaufvertrag sein könne, denn nur dann könne von einem zu genehmigenden Rechtsgeschäft gesprochen werden. Die Klägerin und ihre Aufsichtsbehörde haben sich laut diesem AV lediglich insofern geeinigt, dass das Land OÖ seinen Standpunkt nicht auch auf Geschäftsfälle erstreckt habe, die keiner aufsichtsbehördlichen Genehmigung unterliegen und die Klägerin im Gegenzug zugestanden habe, den damals strittigen Kaufvertrag einer neuen Beschlussfassung im Sinne des Standpunkts der Aufsichtsbehörde zuzuführen. Das Gericht unterlässt eine Bewertung dieses Handels, hält aber fest, dass der von der Beklagten gezogene Schluss, die Aufsichtsbehörde habe ausdrücklich die Auffassung vertreten, die von der Klägerin praktizierte Vorgangsweise könne beibehalten werden, gerade nicht gezogen werden kann, insbesondere nicht in solchen Geschäftsfällen wie hier, die einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen. Es wird ergänzend auch auf die entsprechende Aussage des Zeugen [REDACTED] (Prot ON 607, S. 15) verwiesen. Richtig ist, dass die Klägerin offensichtlich den Standpunkt vertrat, dass derartige Rahmenbeschlüsse zulässig seien und sie diese trotz Kenntnis der abweichenden rechtlichen Beurteilung durch die Aufsichtsbehörde weiter praktizierte. Es muss in diesem Zusammenhang aber auch auf den Amtsbericht .86 aus dem Jahr (richtig) 2006 verwiesen werden, in dem [REDACTED] aufgrund der (vom Gericht geteilten) Rechtsmeinung der

Aufsichtsbehörde klar festhält, dass eine Sanierung der Beschlüsse bzw der Geschäfte, die aufgrund eines Rahmenbeschlusses getätigt wurden, notwendig sei. Es ist festzuhalten, dass keinerlei rechtliche Bindung des Gerichts an die seitens der Klägerin und der Gemeindeaufsicht des Landes OÖ vertretenen Standpunkte besteht, sodass im Rahmen dieser Entscheidung auch keine Feststellungen zu diesen Umständen zu treffen und daher auch kein Beweis dazu aufzunehmen war.¹²

Dem GR-Beschluss kann im Ergebnis schon aufgrund seiner Allgemeinheit und seinem offensichtlichen und eindeutig erkennbaren Grundsatzcharakter aus formalen Gründen keine Willenserklärung auf Abschluss konkret des Swaps 4175 oder auch anderer bestimmter Finanzgeschäfte entnommen werden. Er bietet aufgrund seiner offensichtlichen Unmöglichkeit und Mangelhaftigkeit im Lichte des Organisationsrechts der Klägerin auch keine Grundlage für ein Vertrauen, einen Anschein oder die Annahme einer enthaltenen stillschweigenden Erklärung, der GR hätte einen Abschluss des Swaps 4175 gewollt, aufgetragen oder genehmigt oder jemanden betraut, ermächtigt, bevollmächtigt oder beauftragt. Ein Grundsatzbeschluss kann der Verwaltung Signal sein, dass das politisch besetzte oberste Organ GR bestimmte Tätigkeiten wünscht oder diesen zumindest offen gegenübersteht und damit auch als Auftrag zu Vorbereitungs- und Verhandlungstätigkeiten verstanden werden. Er ist aber nicht Grundlage konkreter Abschlüsse. Das wäre nur denkbar, wenn bereits eine ausreichende Determinierung und Konkretisierung enthalten ist. Dass der GR der Klägerin entgegen § 46 StL versucht hat, seine Aufgaben ohne tiefere inhaltliche Befassung mit der Materie und demzufolge auch ohne Leitlinien oder sonstige Vorgaben auf den Magistrat abzuschieben, ist rechtlich nicht gedeckt und unschwer erkennbar unvereinbar mit dem StL. Der GR-Beschluss bildet daher schon aus formalen Gründen keine Grundlage für den Abschluss des Swaps 4175.

bb. Inhaltliche Grenzen des Beschlusses: Optimierung – Einordnung und Auslegung

Unabhängig von den formalen Bedenken gegen die Zulässigkeit einer bloßen Grundsatzbeschlussfassung ohne Anführung des konkreten Geschäfts aufgrund der mangelnden Determination entspricht der Swap auch inhaltlich nicht den rudimentären Vorgaben des GR. Zweifelsohne handelt es sich beim Swap um ein Finanzgeschäft, das nach den Feststellungen wohl marktüblich im objektiv verstandenen Sinne des Beschlusses war, weil es – jedenfalls nach Ansicht dieses Gerichts unter Beachtung der bereits dargelegten Auslegungsregeln – dabei auf den Vertragstypus Swap ankommt und nicht auf die konkreten Parameter des gegenständlichen Swaps, die immer sehr spezifisch sind und aufgrund der

12 Dieser Umstand ist wichtig festzuhalten, denn der von der Beklagten zitierte AV ist Teil des Strafaktes LG Linz 23 Hv 79/13k und wurde nicht eingesehen und zum Akt genommen (siehe Prot ON 305 S. 1). Er wurde zur Information der Instanzgerichte außerhalb des Grundaktes im Ordner *Sonstiges/LG Linz 23 Hv 79/13k* elektronisch abgelegt, er ist aber keine Beweisurkunde.

OTC-Abwicklung auch nicht auf ihre Üblichkeit geprüft werden können. Eine abschließende Prüfung der Marktüblichkeit kann aber unterbleiben, weil die zweite Voraussetzung jedenfalls nicht erfüllt ist.

Der Swap war nämlich zur Optimierung und damit zur Erreichung des vom GR vorgegebenen Ziels nicht geeignet. Vorangestellt werden muss, dass entgegen dem Standpunkt der Beklagten die in den GR-Beschluss aufgenommene „Optimierung“ nicht nur eine interne Vorgabe darstellt, sie ist vielmehr sowohl bei einer wörtlichen, als auch einer teleologischen Interpretation eigentlicher Wille und im Beschluss erklärtes Ziel des GR. Dieser hat nicht den Abschluss marktüblicher Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte als Selbstzweck zum Gegenstand, sondern will dazu ermächtigen, durch diese Geschäfte das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren. Die Optimierung stellt daher den Auftrag, die Zielvorgabe und das zentrale Anliegen des Beschlusses dar. Sie ist nicht bloß Annex mit Innenwirkung. Schließlich ist nach der bereits dargestellten Jud der GR-Beschluss stets im Zusammenhalt mit dem zugrundeliegenden Geschäftszweck auszulegen, der hier sogar ausdrücklich in den Beschluss aufgenommen wurde. Der Beschluss kann bei objektivem Verständnis daher nur Finanzgeschäfte umfassen, die zur Optimierung geeignet sind.

Aufgrund der Zurückhaltung des GR bei der Darlegung seines Willens im Beschluss ist durch Auslegung zu klären, was „optimieren“ zu bedeuten hat, wobei auch hier eine objektive Interpretation heranzuziehen ist und subjektive Vorstellungen (wie zB die von [REDACTED]: Reduktion der Zinslast, Prot ON 607, S. 13) außer Betracht zu bleiben haben. Aus Sicht des Gerichts ist als Ergebnis einer solchen gebotenen objektiven Auslegung der vom GR benutzte Begriff Optimierung dahingehend zu interpretieren, dass durch Einnahmen aus der Übernahme eines beschränkten, kontrollierbaren Risikos die Zahllast aus der CHF-Anleihe reduziert werden sollte. Die rechtlichen Rahmenbedingungen, in denen sich die Klägerin bewegt, schließen die Annahme (und auch den Anschein schon objektiv) aus, dass eine Verbesserung der Kostenstruktur durch die Übernahme unbeherrschbarer oder übermäßiger Risiken vom Beschluss umfasst sein hätte sollen.

Eine Optimierungseignung in diesem Sinne ist nach den Feststellungen für den abgeschlossenen Swap zu verneinen. Nach den schlüssigen und auch für Laien leicht nachvollziehbaren Ausführungen der Sachverständigen ist grundlegende Voraussetzung für eine Optimierungseignung die Beherrschbarkeit des mit dem Geschäft übernommenen Risikos. Nur wenn derjenige, der mit einem Geschäft ein Risiko eingeht, in der Lage ist, dieses auch zu kontrollieren, kann er mit dem Geschäft eine nicht nur vom Glück abhängige Optimierung seines Portfolios erreichen. Das Risiko ist beherrschbar, wenn derjenige, der es übernommen hat, in der Lage ist, Einfluss darauf zu nehmen, also abzusichern, zu reduzieren oder gegebenenfalls auch durch Beendigung des Geschäfts (oder allenfalls auch durch

Abschluss von anderen Finanzgeschäften) das Risiko zu neutralisieren. Grundlage und Gegenstand der Prüfung der Optimierungseignung ist dabei ausschließlich das konkret abgeschlossene Geschäft. Mögliche spätere Vertragsänderungen, die nicht bereits im Grundvertrag verankert sind oder die Möglichkeit des Abschließens weiterer Verträge inter partes oder auch mit Dritten bleiben außer Betracht.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, war das mit dem Swap 4175 übernommene Risiko von der Klägerin schon deshalb nicht ausreichend beherrschbar und damit der Swap auch nicht zur Optimierung geeignet, weil nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ex ante Situationen nicht ausgeschlossen werden konnten, in denen die Klägerin auf eine Verschlechterung ihrer Lage entweder nicht sicher oder nicht ausreichend rasch agieren kann, um den Swap zu beenden, damit sich das Risiko nicht in noch größerem Ausmaß verwirklichen kann. Entscheidungen des GR bedürfen einer Vorlaufzeit von mehreren Wochen. Muss diese Entscheidung oder die Umsetzung auch noch aufsichtsbehördlich genehmigt werden (was beim Swap nicht auszuschließen war und für Darlehensaufnahmen jedenfalls zutraf), kann sich der Zeitraum um bis zu weitere acht Wochen verlängern (§ 78 Abs 3 StL) oder die Handlungsfähigkeit überhaupt ausfallen, wenn das Land OÖ die Auflösung, deren Finanzierung oder auch Hedginggeschäfte nicht genehmigt. Diese Zeitspannen lassen sich auch nicht mit einem Delta-Hedge umfassen, der ja nur die Dauer der Umsetzung abdecken soll, aber nicht hilft, wenn es gar keine entsprechende Entscheidungsfindung gibt. Dazu kommt insbesondere der erschwerende Umstand, dass die Klägerin umso handlungsunfähiger wird, desto akuter gefährlicher für sie der Swap wird und desto dringender Handlungen gesetzt werden müssten. Erkennt die Klägerin eine bedrohliche Situation, etwa einen Anstieg des Risikos aufgrund einer nach den Feststellungen möglichen Kursverschlechterung und bedarf ein Ausstieg dann bereits finanzielle Mittel über den Grenzwerten der aufsichtsbehördlichen Genehmigung selbst bei einer sofortigen Reaktion mit der Gefahr, dass die Kosten stündlich weiter steigen, ist ihre Situation vergleichbar mit jener der Besatzung der RMS Titanic nach Sichtung des Eisbergs. Die Organe der Klägerin können keine wirksamen Handlungen zur Risikobeendigung mehr setzen, weil das grundsätzlich zuständige Organ, der GR, weder rechtzeitig zusammentreten noch über Finanzierungen über den Grenzwerten des § 78 StL eigenständig einen wirksamen Beschluss fassen kann und daher nicht in der Lage ist, auf den finanziellen Untergang Einfluss zu nehmen. Daran ändert auch die Notkompetenz von StS und BM nach § 49 Abs 6 iVm § 47 Abs 5 StL nichts. Selbst wenn diese sofort handeln, so nur für den GR, nicht aber für die Aufsichtsbehörde und daher ebenso schwebend unwirksam. Dabei ist zur Aussage des früheren BM Dobusch zur Handhabung der Notkompetenz auszuführen, dass die Frage, ob der BM notfalls die notwendigen Schritte setzen kann, um die Klägerin vor Schaden zu bewahren, von jener zu trennen ist, ob er auch bereit gewesen wäre, diese Schritte zu setzen. Nur erstere ist relevant

für die Prüfung der Optimierungseignung. Die Aussage des BM Dobusch, dass er diese Notkompetenz nicht oder nur für eine Festvorbereitung wahrnehme (PV Dobusch, Prot ON 77, S. 20), tangiert daher die dennoch bestehende Möglichkeit nicht. Eine Beherrschbarkeit lag daher nicht vor, weil die Klägerin schon aufgrund der Beschränkungen, die aus ihrem Organisationsrecht resultieren, nicht in der Lage war, auf mögliche Marktänderungen entsprechend schnell und selbstbestimmt zu reagieren.

Zum selben Ergebnis gelangt man auch bei Zugrundelegung des wesentlich weiterreichenden Begriffsverständnisses der Beklagten, die für eine Optimierungseignung eine bloß abstrakt mögliche Kostenreduktion des Fremdfinanzierungsportfolios ausreichen lassen möchte, ohne auch auf das dafür eingegangene erhöhte Risiko abzustellen. Anders als nach der Interpretation des Gerichts beleuchtet die Definition der Beklagten lediglich den Einfluss eines Geschäfts auf die Kosten des Schulden-Portfolios, also nur die abstrakte Möglichkeit, dass ein Geschäft zu einer Reduktion der Zahllast führt, nicht aber die Änderung der Risikostruktur des Portfolios durch das Geschäft. Nur offensichtlich für eine Optimierung ungeeignete Geschäfte seien auch der Beklagten zufolge nicht umfasst, da nur eine solche eindeutig fehlende Eignung für Dritte erkennbar sei. Nun sind aber gerade die Gründe für die vom Gericht angenommene fehlende Optimierungseignung für Dritte, die sich mit dem Organisationsrecht der Klägerin beschäftigen können und müssen, auf einer objektiven Ebene ohne subjektive, unbekannte Elemente klar erkennbar. Daher geht der Einwand der Beklagten schon auf dieser Ebene ins Leere, weswegen auch der dagegen erhobene Einwand der Klägerin, der Swap sei auch aus wirtschaftlichen Gründen zur Optimierung nicht geeignet gewesen, weil in Wahrheit gar keine Kostenreduktion zu erwarten gewesen sei (was noch weiterer sachverständiger Begutachtung bedürfte), dahingestellt bleiben kann. Es dürfen und müssen aber dennoch erhebliche Bedenken am Standpunkt der Beklagten angemerkt werden. Es kann nicht sein, dass isoliert betrachtet werden soll, ob eine Reduktion der Zahllast vorliegt (oder auch des Zinsrisikos), ohne dass auch berücksichtigt wird, wie diese Reduktion erzielt wird und Kosten und Nutzen in Relation gesetzt werden. Das Gericht lehnt daher den Optimierungsbegriff, wie ihn die Beklagte verwendet, als für eine Gemeinde unvertretbare und nicht begründbare Auslegung ausdrücklich ab. Weder ist vom GR ein entsprechendes Fachwissen zu finanzwissenschaftlichen Optimierungsbegriffen und daher auch ein Nutzen und Verständnis dieses Begriffs in dieser Weise zu erwarten, noch kann vor dem organisationsrechtlichen Hintergrund der Klägerin ein solcher allein auf die Zahllast abstellender Optimierungsbegriff schlüssig argumentiert werden.

Zusammenfassend lässt sich als Zwischenergebnis festhalten, dass für den Abschluss des Swap 4175 die Zuständigkeit des GR nach § 46 Abs 1 Z 12 StL vorlag. Der vom GR gefasste Beschluss vom 3.6.2004 stellt als undifferenzierter Grundsatzbeschluss keine

Willensäußerung auf Abschluss des Swaps 4175 oder überhaupt konkreter Geschäfte dar, die in die Zuständigkeit des GR fallen, sondern kann nur als Aufforderung an die Verwaltung interpretiert werden, die Zahllast aus dem Fremdfinanzierungsportfolio zu reduzieren, wobei dieses Ziel nur durch das Eingehen eines beschränkten und beherrschbaren Risikos erreicht werden sollte.

In Ermangelung eines entsprechenden Willensentschlusses des zuständigen geschäftsführenden Organs GR besteht kein Raum, die in der Folge gesetzten Handlungen und abgegebenen Erklärungen der übrigen Beteiligten als Umsetzungshandlungen eines GR-Beschlusses auf Abschluss des Swaps zu interpretieren. Grundsätzlich sind Beschlüsse des selbst nach außen nicht handlungsfähigen GR vom dem oder der BM umzusetzen und zu vollziehen (§ 22 Abs 1 StL). Der oder die BM vertritt die Stadt nach außen (§ 49 Abs 1 StL) und ist auch Vorstand des Magistrats (§ 49 Abs 2 StL). Der oder die BM hat dabei keine eigene Entscheidungskompetenz, sondern lediglich den vom GR gebildeten Willen umzusetzen, der außenwirksam bindend ist. Bestimmungen einer Gemeindeordnung (Anm: oder wie hier eines Stadtstatuts), die Rechtsgeschäfte dem Gemeinderat vorbehalten, sind nicht nur interne Organisationsvorschriften, sondern beinhalten eine Beschränkung der allgemeinen Vertretungsbefugnis des oder der BM (stRsp; RIS-Justiz RS0014664). Eine derartige Beschränkung wirkt daher gegen jeden Dritten, sodass eine durch Gemeinderatsbeschluss nicht gedeckte Willenserklärung des oder der BM (Anm: oder auch sonstiger Organe) mangels Vertretungsbefugnis die Gemeinde grundsätzlich nicht bindet. Da aufgrund der obigen Ausführungen kein GR-Beschluss auf Abschluss des Swap 4175 vorlag, konnte auch der BM keinen Swap gestützt auf einen Abschlusswillen des GR abschließen, irgendwelche Umsetzungshandlungen setzen oder gar Dritte zum Abschluss des Swaps für die Klägerin wirksam bevollmächtigen. Daher ist auch ein vom GR-Beschluss gedecktes und nur deshalb außenwirksames Agieren des Magistrats, der FVV bzw. [REDACTED] ausgeschlossen. Eine unmittelbar auf dem GR-Beschluss gründende Gültigkeit ist daher ausgeschlossen.

b. Der GR-Beschluss vom 3.6.2004 als öffentlich-rechtliche Grundlage für eine Kompetenzverschiebung oder -erweiterung

Nun ist zu berücksichtigen, dass der GR-Beschluss seinem Wortlaut nach ja gar keine unmittelbare Entscheidung über ein Geschäft bezweckt, sondern vielmehr eine „Ermächtigung der FVV“ zum Inhalt hat, Geschäfte abzuschließen, auch wenn der Text des Beschlusses nicht ganz eindeutig ist, weil er der FVV nicht expressis verbis den Abschluss der Finanzgeschäfte einräumt, sondern lediglich die Optimierung durch Finanzgeschäfte, womit auch ein bloß koordinierender und planender Auftrag gemeint sein könnte, ohne dass der GR den Abschluss der Geschäfte aus der Hand geben wollte. Nachdem der Abschluss des Swaps

durch den GR-Beschluss wie ausgeführt ausgeschlossen ist, stellt sich die Frage, ob der GR mit diesem Beschluss seine Kompetenz auf ein anderes Organ oder einen Organwalter übertragen hat, dem damit die Befugnis zur Willensbildung (Geschäftsführung) für die Klägerin zugekommen ist und dessen Entscheidung dann Grundlage für das Vertretungshandeln nach außen sein kann. Auch darauf stützt sich die Beklagte.

aa. Delegation nach § 46 Abs 2 StL

Der GR kann mittels Verordnung im Wege der Delegation einzelne ihm zugewiesene Agenden an den StS übertragen (§ 46 Abs 2 StL). Nachdem hier weder eine Verordnung erlassen wurde, noch der StS ermächtigt werden sollte und auch nicht der StS den Swap beschlossen hat, scheidet die Annahme einer solchen Delegation jedenfalls aus, auch wenn dieser Begriff in der GR-Sitzung am 3.6.2004 mehrfach gefallen ist. Wiewohl die Parteien übereinstimmend auch zu diesem Ergebnis kommen, blieb die Delegation aus für das Gericht unerklärlichen Gründen ständiger Inhalt von Eingaben und Diskussionen, sodass kurz auf sie einzugehen war, ohne dies aber zu den einzelnen, für das Verfahren irrelevanten Streitigkeiten der Parteien, warum keine Delegation vorliegt, zu vertiefen.

bb. Approbationsbefugnis, innerbehördliches Mandat, Weisung, Eigenzuständigkeit des Magistrats

Auch eine Interpretation des GR-Beschlusses als Approbationsbefugnis scheidet aus. Im monokratischen System kann der Behördenleiter einen untergeordnete Organwalter innerhalb seiner Behörde ermächtigen, in seinem Namen (zB "Für den Bürgermeister" oder "im Auftrag") Erledigungen zu genehmigen, wobei die Erteilung einer solchen Approbationsbefugnis eine Angelegenheit der behördeninternen Organisation darstellt und die Ermächtigung eines untergeordneten Organwalters von der Leitungsbefugnis des Behördenleiters umfasst ist. Hierbei ist die Erteilung der Approbationsbefugnis nicht an eine bestimmte Form gebunden, sie kann daher sowohl durch individuelle, auch mündliche Weisung als auch mit genereller Wirkung durch Verwaltungsverordnung (zB Geschäftseinteilung, Geschäftsordnung) vorgenommen werden (VwGH 2013/05/0039). Mit einer Approbationsbefugnis erteilt das zur Willensbildung zuständige Organ - insb der Behördenleiter - einzelnen Personen in seiner Dienststelle die Ermächtigung, in seinem Namen Entscheidungen zu treffen („innerbehördliches Mandat“ vgl etwa § 8 Bgld. BH-G; § 10 BMG; § 3 BVG). Dadurch erhält der Approbationsbefugte die Ermächtigung, nach außen rechtsgestaltende Akte zu setzen, die der zuständigen Behörde, in deren Namen er handelt, zugerechnet werden (LG Eisenstadt 13 R 29/05w).

Eine in diesem Sinne verstandene Ermächtigung der FVV als Teil des Magistrats durch den GR scheitert aber schon und insbesondere daran, dass eine Übertragung der Willensbildung von einem Kollegialorgan auf den monokratisch organisierten Magistrat nach dem StL und auch der GEOM unzulässig ist. § 46 Abs 2 StL ermöglicht wie dargestellt eine Übertragung von Kompetenzen vom GR zum StS (beide sind Kollegialorgane), § 11 GEOM die Vertretung von den monokratischen Organen BM und Mitgliedern des StS (nicht zu verwechseln mit dem Kollegialorgan StS!) durch Mitarbeiter des Magistrats, wobei eine solche Vertretung aber ausdrücklich ausgeschlossen ist, soweit Geschäftsfälle nach dem StL und der Geschäftsverteilung für den StS oder sonstigen Rechtsvorschriften der kollegialen Beratung und Beschlussfassung vorbehalten sind, sowie bei der Unterfertigung von Urkunden gemäß § 66 Abs 1 und 2 StL. Es lässt sich zusammenfassen, dass das Organisationsrecht der Klägerin eine Verschiebung der Kompetenzen von einem Kollegialorgan hin zu einem monokratischen Organ oder einem Organwalter auf allen Ebenen ausdrücklich ausschließt. Dies erscheint auch im Lichte verfassungsrechtlicher und demokratiepolitischer Überlegungen schlüssig und geboten:

Die dem GR vorbehaltenen Aufgaben zeichnen sich durch ihre Wichtigkeit und möglichen Konsequenzen für die Stadt aus und werden daher der Entscheidung des demokratisch legitimierten und entsprechend zusammengesetzten obersten Organs der Klägerin zugeordnet, dessen Willensbildung und Willenserklärung auch detailliert geregelt ist. Eine Verschiebung dieser wichtigen Aufgaben hin zur ungeregelten Entscheidungsgewalt eines monokratischen Organs oder gar einer sonstigen Einzelperson ist nicht nur nicht vorgesehen, sondern auch ausdrücklich ausgeschlossen. Die einzige Ausnahme, in der das StL von diesem Grundsatz abweicht und die Vertretung des StS und auch des GR durch den oder die BM einräumt, ist dessen Notvertretungskompetenz nach § 49 Abs 6 für den StS sowie iVm § 47 Abs 5 StL für den GR. Auch hier ist aber zur Vertretung des GR primär der StS berufen und nur bei Gefahr im Verzug der oder die BM im Rahmen der Kompetenz zur Notvertretung des StS. Dabei ist auch zu beachten, dass diese Notkompetenz immer nur eine vorläufige Vertretung umfasst, da eine darauf gestützte Entscheidung umgehend dem zuständigen Kollegialorgan zur nachträglichen Genehmigung vorzulegen ist. Wenn auch die Maßnahme umgehend wirkt und nicht der Genehmigung zur Wirksamkeit bedarf, stellt das StL jedenfalls sicher, dass das Kollegialorgan sich mit der Angelegenheit befasst und gegebenenfalls korrigierend einschreitet, sodass die Ausnahme eine scheinbare ist und nur den Zweck verfolgt, in Extremsituationen eine Handlungsfähigkeit sicherzustellen, um drohenden unmittelbaren Schaden von der Klägerin abzuwenden. Eine Mandatierung, Approbationsbefugnis oder sonstige öffentlich-rechtliche Ermächtigung in welcher Form auch immer, durch die die FVV (oder auch [REDACTED] als deren Leiter) als Teil des monokratischen Magistrats durch den GR zuständig gemacht wird, Geschäfte abzuschließen (konkret: intern

den Willen über den Abschluss solcher Geschäfte zu bilden und damit über deren Abschluss zu entscheiden), die in die Zuständigkeit des GR fallen, widerspricht daher dem Organisationsrecht der Klägerin und ist – auch nach außen hin – ungültig. Auch hier ist das Organisationsrecht der Klägerin derart eindeutig, dass ein Vertrauen in eine gültige Ermächtigung auf dem gewählten Wege unvertretbar ist und daher auch kein solcher Anschein erweckt worden sein kann.

Die Approbation und das Mandat beziehen sich überdies immer auf ein monokratisches System, was der GR nicht ist und auf einen konkreten Organwalter, also eine natürliche, handlungsfähige Person, was die FVV nicht ist. Auch deshalb ist der Beschluss unbestimmt und damit wirkungslos. Dass unter FVV in Wahrheit eindeutig ■■■■ als deren Leiter zu verstehen sei (und darüber hinaus vielleicht auch allenfalls ■■■■ als sein Vertreter und möglicherweise dann auch noch deren Nachfolger), sieht das Gericht nicht als selbstverständlich und eindeutig. Ebenso gut könnten die gesamte Geschäftsgruppe bzw deren Mitarbeiter gemeint sein. Aus dem maßgeblichen Beschluss lässt sich daher nicht einmal ableiten, wer überhaupt in persona ermächtigt werden sollte. Dass ■■■■ damit gemeint war, ergibt sich aus dem Beschluss nicht, auch ein entsprechender Anschein kann nicht angenommen werden.

Das Gericht teilt, jedenfalls soweit es den Swap 4175 betrifft, auch nicht den Standpunkt des Magistrats (PPO), wonach aufgrund der in § 46 Abs 1 Z 2 StL normierten Oberaufsicht des GR über die Geschäftsführung eine direkte Beauftragung der FVV grundsätzlich möglich und rechtskonform sei (./FP, S. 4). § 46 Abs 1 Z 2 StL bezieht sich eindeutig auf die Geschäftsführung, soweit sie dem Magistrat obliegt (vgl § 51 StL) und räumt dem GR in diesem Bereich die Oberaufsicht und Kontrollrechte ein. Diese Bestimmung bietet aber keine Grundlage für eine „Beauftragung“¹³ der FVV mit Agenden, die dem GR vorbehalten sind. Das Aufsichtsrecht ist nur dort nötig, wo dem Kontrollorgan nicht ohnehin die Entscheidungskompetenz zukommt. Soweit weiters gestützt auf § 51 Abs 3 Z 1 lit c StL geschlossen wird, dass die Optimierung der Finanzkonditionen zur laufenden Vermögensverwaltung gehöre und daher in die Kompetenz des Magistrats falle, ist zu erwidern, dass der Swap gerade keine Optimierung darstellt und als eigenständiges Geschäft, das zugleich bestehende Risiken reduziert wie es neue schafft bzw bestehende vergrößert, dieser Bestimmung nicht zu unterstellen ist. § 51 StL beschränkt sich auch auf Angelegenheiten, die nicht ausdrücklich einem anderen Organ vorbehalten sind (wie der Swap dem GR). Außerdem war der Abschluss des Swaps auch nicht in einer durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Weise zu besorgen.

An dieser Stelle ist auch eine weitere Missachtung des StL durch den GR festzuhalten, auch

13 Ob die PPO hier von einer öffentlich-rechtlichen oder zivilrechtlichen Beauftragung ausgeht, ist nicht eindeutig, aufgrund der Bezugnahme zum StL geht das Gericht aber von ersterem aus.

wenn diese weitere Kompetenzverletzung nicht die Geschäftsführung, sondern die Vertretung betrifft. Nichtsdestotrotz betrifft es eine Maßnahme des GR und soll daher hier behandelt werden. Der GR greift mit diesem Beschluss unzulässig in die Kompetenz des oder der BM ein, der oder die für die Umsetzung der Beschlüsse des GR und die Außenvertretung zuständig ist. Es steht dabei ausschließlich in seinem oder ihrem Ermessen, sich der Mitglieder des StS und des Magistrats zu bedienen. Zu entscheiden, wer konkret seinen Beschluss nach außen umsetzt, dies unter gleichzeitiger Umgehung des oder der BM, liegt nicht im Belieben und der Kompetenz des GR, der so wie alle anderen Organe der Klägerin auch an die Organisationsvorschriften gebunden ist und eigentlich danach handeln sollte. Daher hätte der GR den Abschluss eines Geschäfts zu beschließen und der oder die BM es sodann, allenfalls unter Einschaltung des Magistrats, nach außen abzuschließen.

Im Ergebnis kann der GR nach dem StL weder seine Kompetenz im Innenverhältnis zur Geschäftsführung als Kollegialorgan auf ■■■■■ oder die FVV übertragen, noch ■■■■■ oder die FVV im Außenverhältnis beauftragen, die Geschäfte im Wege der Vertretung auch abzuschließen.

c. Der GR-Beschluss als zivilrechtliche(r) Bevollmächtigung / Ermächtigung / Auftrag

Der Klägerin steht es als wie ausgeführt frei, sich neben dem öffentlichen Recht auch privatrechtlicher Instrumente zu bedienen. Grundsätzlich steht ihr daher auch der Bevollmächtigungsvertrag nach den §§ 1002 – 1034 ABGB offen, in denen sowohl der Auftrag, als auch die Vollmacht geregelt sind. Der Auftrag berechtigt oder verpflichtet den Vertreter im Innenverhältnis, die Vollmacht ermöglicht es ihm im Außenverhältnis, im Namen und auf Rechnung des Geschäftsherrn Geschäfte zu besorgen, also Rechtsgeschäfte oder auch sonstige Rechtshandlungen vorzunehmen. Allerdings dürfen dabei die öffentlich-rechtlichen Schranken und organisationsrechtlichen Vorgaben nicht umgangen werden (vgl. *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung, (Teil Ib), I.D., ÖZW 1995, 8 ff mwH). Nachdem das StL die Kompetenz des GR auf die Geschäftsführung beschränkt, sich also nur auf die interne Entscheidungsbefugnis bezieht, kann dieser auch auf zivilrechtlicher Basis nur diese Befugnis weitergeben und mit der internen Entscheidung über den Abschluss des Swaps 4175 beauftragen, nicht aber mit der Außenvertretung. Überhaupt sind die bereits dargelegten, sich aus dem Organisationsrecht der Klägerin ergebenden Beschränkungen auch im Rahmen zivilrechtlichen Handelns gültig und zu beachten. Die gegen eine wirksame öffentlich-rechtliche Beschlussfassung dargelegten Argumente gelten daher sinngemäß auch für das zivilrechtliche Handeln des GR und sind wie folgt zu ergänzen.

Trotz des im GR-Beschluss verwendeten Begriffes „ermächtigen“ ist offenkundig keine

Ermächtigung im Sinne des zivilrechtlichen Fachbegriffs Ermächtigung als Autorisation zu rechtsgeschäftlichem Handeln im eigenen Namen gemeint (vgl dazu *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰³ § 1002 ABGB, Rz 77 ff mwH (Stand 1.3.2017, rdb.at); *Strasser* in *Rummel*, ABGB³ § 1002 ABGB, Rz 1 ff mwH (Stand 1.1.2000, rdb.at)). Auf diese wird daher nicht weiter eingegangen.

aa. Mangelnde Rechtsfähigkeit der Vertreterin FVV

Einer zivilrechtlichen Bevollmächtigung oder Auftragserteilung der FVV steht schon der Umstand entgegen, dass dieser Geschäftsgruppe des Magistrats keine Rechtspersönlichkeit zukommt. Damit ist sie keine Trägerin von Rechten und Pflichten und kann folglich schon abstrakt nicht zivilrechtlich bevollmächtigt und beauftragt werden (vgl bereits die Erörterungen in der vorbereitenden Tagsatzung Prot ON 45, S. 2 f). Sie kann auch keinen Willen bilden, ausdrücken oder umsetzen. Zur fraglichen und keinesfalls eindeutigen Möglichkeit der Umdeutung der im Beschluss genannten FVV auf deren Leiter(in) oder konkret auf [REDACTED] wurde bereits Stellung genommen, darauf wird verwiesen. Damit scheitert die Einräumung der Kompetenz schon an der mangelnden Rechtspersönlichkeit der gewillkürten Vertreterin und der Unbestimmtheit einer sonstigen gemeinten Person.

bb. Verletzung und Umgehung der Organisationsvorschriften

Weiters liegt eine Verletzung der bereits dargestellten Organisationsvorschriften der Klägerin durch Implementierung einer Vertretung des Kollegialorgans GR durch den monokratischen Magistrat, den BM als dessen Vorstand, die FVV oder deren Leiter [REDACTED] vor, die einer Wirksamkeit des Beschlusses entgegensteht. Grundsätzlich besteht neben der organschaftlichen Vertretung wie bei anderen juristischen Personen auch die Möglichkeit der Vertretung durch sonstige Personen, die von den satzungsmäßig berufenen Organen dazu rechtsgeschäftlich bevollmächtigt wurden (OGH 1 Ob 137/03h mwN). Die Möglichkeit, sich des Zivilrechts zu bedienen, um von Dritten vertreten zu werden, kann vom GR aber nicht dazu verwendet werden, zwingende, grundlegende Vorgaben der Organisation der Klägerin zu umgehen. Diese Beschränkung ist selbsterklärend notwendig, da ansonsten das öffentlich-rechtliche zwingende Organisationsrecht jederzeit durch das Zivilrecht umgangen werden könnte, wodurch auch die aus § 867 ABGB deutlich erkennbare Wertung des Gesetzgebers, dem Organisationsrecht den Vorrang einzuräumen, missachtet wird. Darüber hinaus zerstörte ein solches Vorgehen auch die Grundlage, auf der § 867 ABGB fußt. Der ansonsten im Zivilrecht zentrale Vertrauensschutz wird durch diese Bestimmung zurückgedrängt zu Gunsten einer Außenwirkung interner Vorgaben, die bedingt, dass diese jederzeit zugänglich

und darüber klar und eindeutig sind (vgl dazu schon die Ausführungen eingangs der rechtlichen Beurteilung). Steht es aber im Belieben des GR, diese Vorgaben durch zivilrechtliche Institute ohne ausreichende Publizität zu ändern, sind ein Vertrauen in die Geltung des Organisationsrechtes denkunmöglich und die Interna für Dritte nicht weniger unergründlich als die anderer Rechtssubjekte. Damit verlöre § 867 ABGB einen großen Teil seiner inneren Berechtigung. Das Organisationsrecht setzt daher nicht nur der Außenvertretung Grenzen, sondern auch einer zivilrechtlichen Änderung der Geschäftsführungsbefugnis, soweit einer solchen zwingende Vorgaben des öffentlichen Rechts entgegenstehen.

Selbst wenn man daher die „Ermächtigung der FVV“ als „Ermächtigung“ ihres Leiters, damals ■■■■ oder des BM als Leiter des Magistrats interpretieren möchte, so wäre eine solche Kompetenzverschiebung vom Kollegialorgan zum monokratischen Organ nach StL und GEOM unzulässig und damit auch zivilrechtlich nicht möglich. Die Argumentation der Beklagten, bei ■■■■ handle es sich als Person ja um einen Dritten, sodass es gar nicht zu einer Verschiebung der Kompetenzen im Gefüge der Organisation der Klägerin komme, überzeugt nicht. Es bedarf ja bereits einer organschaftlichen Auslegung des GR-Beschlusses, um von der dort angeführten FVV überhaupt zur Person ■■■■ zu gelangen. ■■■■ dann aber einerseits als von „FVV“ gemeint zum Vertreter zu machen, ihn andererseits aber als Dritten zu qualifizieren, ist in sich widersprüchlich und entfernt sich vom Inhalt des Beschlusses. Der GR wollte eindeutig keinen außenstehenden Dritten mit der Optimierung betrauen, sondern eben die FVV. ■■■■ war FD und damit hoher Beamter des Magistrats. Er kann nicht virtuell in zwei Personenhälften gespalten werden. Damit ist unabhängig davon, ob man als gemeinten Vertreter die FVV, den BM, den Magistrat oder ■■■■ annimmt, der Beschluss, soweit mit ihm umfassende Kompetenzen auch des GR übertragen werden sollen, nach dem Organisationsrecht unzulässig und daher – auch nach außen – unwirksam. Ob überhaupt, in welchem Umfang und unter welchen Bedingungen es zulässig sein könnte, dass der GR weitreichende Befugnisse auf einen Dritten überträgt, kann daher zwar dahingestellt bleiben, aus einem Größenschluss unter Berücksichtigung der dargelegten Überlegungen wäre dies aber wohl zu verneinen.

In diesem Zusammenhang soll auf die grundsätzliche und auch rechtspolitische Aspekte umfassende Kritik der Beklagten eingegangen werden, die Wirkungen des § 867 ABGB und dessen strenge Auslegung stehe einer Geschäftsbeziehung mit Kommunen entgegen und schließe diese verfassungswidrig vom Derivatehandel aus. Die Frage der Gültigkeit des Swaps 4175 hängt abseits der Genehmigungspflicht maßgeblich von der letztlich rechtspolitischen Frage ab, wie man den vieldiskutierten § 867 ABGB auslegt und mit ihm die Grenzen zivilrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zieht. Der von der Beklagten vertretene

Standpunkt, mit Gebietskörperschaften, insbesondere Gemeinden und Statutarstädten müssen komplexe, betreuungsintensive und vor allem hochvolatile Derivatgeschäfte ebenso schnell und einfach über eine einzelne Person abwickelbar sein wie mit Unternehmen oder Privatpersonen, findet nach Ansicht des Gerichts in der Rechtsordnung, insbesondere den Organisationsrechten der Gebietskörperschaften und in § 867 ABGB mit gutem Grund keine Deckung. Das begründet entgegen den Ausführungen der Beklagten weder eine Verfassungswidrigkeit noch sonst eine rechtswidrige Benachteiligung von Gemeinden, sondern ist Ausfluss ihrer Bedeutung, Notwendigkeit und Stellung im Staatsgefüge. Wenn die Beklagte vertritt, in Wahrheit müsse sie als Private aufgrund des Machtgefälles vor der Obrigkeit geschützt werden, so blendet sie aus, dass die Klägerin ihr gegenüber nicht hoheitlich aufgetreten ist und verlässt auch den Regelungsbereich des § 867 ABGB, der überhaupt nur privatrechtliches Handeln erfasst und offenkundig nicht den Schutz des Vertragspartners bezweckt, der – zumindest nach der Auslegung des Gerichts – nur indirekt durch die dargelegte Begrenzung des zivilrechtlichen Handlungsspielraums der Gemeindeorgane entsteht. Es besteht kein Anlass, im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung den Vertragspartner vor der zivilrechtlich ihm ohnehin gleichgestellten Gemeinde zu schützen, die in diesem Bereich kein imperium ausübt. Es geht auch nicht darum, die Gemeinde vor dem Vertragspartner zu schützen. Sinn und Zweck des nicht grundlos in das ABGB aufgenommenen § 867 ABGB (wie auch des Art 119a B-VG) ist es, die öffentlich-rechtliche Kompetenzverteilung zu schützen und letztlich wohl diejenigen, die die Gemeinde einerseits finanzieren und andererseits von ihrem Funktionieren abhängig sind, hier die Linzerinnen und Linzer. Dazu kommt im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Genehmigung, die ja ausdrücklich überörtliche Interessen zu wahren hat, auch der Schutz der Oberösterreicherinnen und Oberösterreicher, die wohl massiv tangiert werden, wenn für die Klägerin Maßnahmen gesetzt werden, die sie finanziell kollabieren lässt. Das sind letztlich die Schutzobjekte, die vor im Lichte des StL formal unvertretbarem Handeln von Gemeindeorganen letztlich bewahrt werden sollen, etwa bei Gefährdung des Haushaltsgleichgewichts, Gefährdung der ordnungsgemäßen Erfüllung der der Klägerin obliegenden Aufgaben und Verpflichtungen oder durch Eingehen eines unverhältnismäßig hohen finanziellen Wagnisses (siehe § 78 Abs 2 StL) oder auch durch Gefährdung der dauernden Leistungsfähigkeit der Stadt (§ 58 StL). Den Gemeinden verantwortungsvolle Handlungsdirektiven wie das Effizienzgebot vorzugeben und deren Einhaltung sicherzustellen, ist Sache des öffentlichen Rechts. § 867 ABGB stellt im Ergebnis sicher, dass das Kompetenzgefüge gewahrt wird und damit die statutengemäße Entscheidungsfindung und dessen Kontrollmechanismen nicht umgangen werden können. Mängel der Geschäftsführung oder der Vertretung schlagen durch diese Bestimmung auf die zivilrechtliche Gültigkeit von Verträgen durch, ein Geschäft verpflichtet die Gemeinde nur dann, wenn die vom

Gesetzgeber für notwendig erachteten Voraussetzungen vorliegen. § 867 ABGB schützt daher die Gemeinde nicht ex post vor schlecht gelaufenen Spekulationen oder überhaupt vor dem Abschluss schlechter, zu riskanter oder wirtschaftlich unvertretbarer Geschäfte. Die obigen Ausführungen sollen daher auch nicht in diese Richtung missverstanden werden. Diese Bestimmung stellt vielmehr sicher, dass weitreichende Handlungen nur von den dazu berufenen Organen gesetzt werden können. Die Entscheidung, was den einzelnen Organen für Kompetenzen eingeräumt werden, ist dem Landesgesetzgeber überlassen. Wenn das StL bestimmt, dass manche Geschäfte dem GR vorbehalten sind, so kann man wohl nicht davon ausgehen, dass der Hintergrund dafür in einer erwarteten besonderen Fachexpertise der gewählten Gemeinderätinnen und Gemeinderäte läge (vgl auch die Ausführungen von Dobusch dazu: Prot ON 77, S. 12), sondern vielmehr, dass aufgrund der Bedeutung eine Behandlung im demokratisch gewählten obersten Organ der Klägerin für notwendig erachtet wird, wodurch Anhörungs-, Informations- und Beteiligungsrechte gewahrt werden. Wenn die Klägerin immense Risiken wirksam eingehen will, um ihre Schuldentilgung damit zu finanzieren, steht § 867 ABGB dem nicht im Wege. Er setzt nur voraus, dass die zuständigen Organe die notwendigen Schritte setzen. Anders als beim Privaten hat aber eine Gemeinde eine demokratische, politische und fürsorgende Dimension, sodass der Einhaltung interner Vorgaben ein ganz anderer Stellenwert zukommt als dies bei einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts der Fall ist. Die immer wieder öffentlich gestellte pointierte Frage, ob es denn möglich sei, dass ein einzelner Beamter ein derart riskantes Geschäft abschließt, ist daher für diesen Fall auf Grundlage der für das Gericht auch in seiner rechtspolitischen Dimension schlüssigen Rechtslage und Judikatur zu verneinen.

Die zwingende Befassung des GR steht im Übrigen einer dennoch möglichen Abwicklung des Swaps auch nicht im Wege. Es wäre durchaus möglich gewesen, mit einem GR-Beschluss Leitlinien sowohl für den Abschluss, als auch für die Abwicklung inklusive Risikoleitfaden und Ausstiegsanweisungen festzulegen, wodurch der GR seine Kompetenz wahrnehmen und seinen Willen ausreichend konkretisieren hätte können.

cc. Unwirksamkeit wegen Überschreitung des Auftrags / der Vollmacht:

Bereits im Rahmen der Prüfung des GR-Beschlusses auf dessen Eignung als unmittelbare Grundlage für den Geschäftsabschluss wurde dargelegt, dass der Swap 4175 auch deshalb nicht vom Beschluss umfasst gewesen sein kann, weil ihm mangels Risikobeherrschbarkeit die Optimierungseignung fehlt. Dies gilt aus denselben Gründen auch für ein Agieren [REDACTED] im Rahmen einer übertragenen Geschäftsführungsbefugnis auf zivilrechtlicher Basis. Mit dem Abschluss des Swap 4175 wurden die ohnehin schon immens weit gesetzten, sich aus dem Beschluss selbst ergebenden Grenzen der Befugnisse erkennbar überschritten, sodass selbst

bei angenommener wirksamer Einräumung der Kompetenz, über den Abschluss von Verträgen zu entscheiden, die in die Zuständigkeit des GR fallen, um das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren, dieser Vertragsabschluss davon nicht umfasst war.

dd. Unwirksamkeit mangels aufsichtsbehördlicher Genehmigung:

Geht man abweichend von sämtlichen bisherigen Ausführungen davon aus, dass ■■■ befugt war, für den GR den Willensentschluss zu fassen, den Swap 4175 für die Klägerin abzuschließen, so bliebe dieser Abschluss dennoch schwebend unwirksam, weil das Geschäft, und nur an dieses knüpft § 78 StL an, nach wie vor der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedurfte. Dies zeigt, dass der von der Aufsichtsbehörde gefasste Beschluss auf Zurückweisung zu kurz griffe, ließe man eine Weitergabe der Kompetenz des GR zu. Ein fehlender GR-Beschluss über den Abschluss des Swaps 4175 wäre dann alleine keine tragfähige Begründung, die Einleitung eines Genehmigungsverfahrens zu verweigern. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass auch die Aufsichtsbehörde der Ermächtigung skeptisch gegenübersteht und eine solche nicht als wirksam ansieht, wäre doch ansonsten die Entscheidung unschlüssig, die den Beschlusstext einerseits zitiert, andererseits aber dennoch eine Beschlussfassung des GR fordert. Jedenfalls lag zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung keine Genehmigung vor, sodass der Swap auch aus diesem Grunde ungültig ist.

d. Stillschweigende Vollmachtserteilung und Anscheinsvollmacht durch den GR-Beschluss:

Vorab ist klarzustellen, dass diese am Vertrauensschutz im Vollmachtsrecht anknüpfenden Institute schon abstrakt nur auf Ebene der Klägerin greifen können und daher nur deren Vertretung tangieren. Folgt man daher dem vom Gericht vertretenen Rechtsstandpunkt, dass der Swap 4175 einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurfte, so kann sich nichts an der Ungültigkeit des Geschäfts ändern, weil von der Klägerin gesetzte Handlungen oder ein von ihr verursachter Anschein nie zu einer (Anscheins-)Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde führen kann. Die Genehmigung selbst wiederum ist zwingend ein öffentlich-rechtlicher Akt in Form eines Bescheids und ebenso wie das Agieren der Aufsichtsbehörde im Rahmen des Genehmigungsverfahrens daher einer zivilrechtlichen Auslegung nicht zugänglich. Eine Anscheinsgenehmigung oder stillschweigende Genehmigung (mit Ausnahme des öffentlich-rechtlich geregelten Falles des § 78 Abs 3 StL, also Genehmigung durch Unterlassung der Versagung binnen acht Wochen nach Einlangen des Antrags, was aber einen Antrag und damit ein öffentlich-rechtliches Verfahren voraussetzt) gibt es daher nicht.

Verneint man eine Genehmigungspflicht und geht davon aus, dass die Klägerin allein über

den Abschluss des Swaps entscheiden habe dürfen, kommt auch eine Befugniseinräumung aufgrund einer stillschweigenden Vollmachtserteilung oder einer Anscheinsvollmacht in Betracht. Diese kommen in ihren Wirkungen einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht gleich (RS0124654). Nach § 863 ABGB kann man seinen Willen nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend oder durch Handlungen erklären, die keinen vernünftigen Grund an der Erklärung zu zweifeln übrig lassen. Das gilt auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts (RS0014110). Eine derartige Vollmachtserteilung setzt voraus, dass der Dritte aus dem Verhalten des Vertretenen folgern darf, dieser wolle damit Vollmacht erteilen. Eine Anscheinsvollmacht kann vorliegen, wenn aus dem Verhalten des Vertretenen nur der Schluss abgeleitet werden kann, er habe – bereits früher – Vollmacht erteilt (RS0014300). Auch wenn eine Handlung von einem hiezu nicht ermächtigten Organ einer Gebietskörperschaft vorgenommen wurde und dieser daher gemäß § 867 ABGB nicht zuzurechnen ist, ist der Dritte in seinem Vertrauen auf den äußeren Tatbestand insbesondere dann zu schützen, wenn das kompetente Organ den Anschein erweckt hat, die Handlung sei durch seine Beschlussfassung gedeckt (OGH 8 Ob 11/09i).

Der GR-Beschluss ist aufgrund seiner dargelegten objektiv erkennbaren Mängel und Verstöße gegen die Organisationsvorschriften, aufgrund des Fehlens jeglicher Bezugnahme auf den Swap 4175 und weil der Swap den Vorgaben des Beschlusses nicht entspricht aus Sicht des Gerichts nicht geeignet, einen Vertrauenstatbestand zu begründen, der GR habe der FVV, ■■■■■ oder sonst wem Vollmacht erteilt, den Willen zum Abschluss des Swap 4175 für den GR zu fassen. ■■■■■ ist im Beschluss nicht genannt, die FVV ist nicht rechtsfähig. Die Übertragung der Kompetenz von einem Kollegialorgan zum Magistrat oder dessen Mitgliedern ist unzulässig, ebenso die Umgehung des BM. Die Jahre vor Geschäftsabschluss oder auch nur Geschäftsanbahnung völlig allgemein gehaltene Ermächtigung nimmt keinen Bezug zum Swap, der von ihr mangels Optimierungseignung schon aus organisationsrechtlichen Gründen auch nicht umfasst ist. Da aufgrund § 867 ABGB interne Beschränkungen der handelnden Organe auch nach außen wirken und eine Kompetenzverschiebung vom GR auf die FVV (oder auch ■■■■■) öffentlich-rechtlich ausgeschlossen ist, was auch nicht zivilrechtlich umgangen werden kann, ist ein Vertrauen in eine dennoch erfolgte Bevollmächtigung unvertretbar, ausgeschlossen und nicht schutzwürdig.

Nach der Rspr ist lediglich der nach außen durch den Beschluss entstandene Anschein relevant, nicht aber das konkrete Wissen des Dritten, der sich auch auf diesen objektiven Anschein berufen kann, selbst wenn er den Wortlaut des Beschlusses nicht kennt (OGH 3 Ob 551/91). Nachdem sich schon aus dem Beschluss, der überdies öffentlich zugänglich war und damit der Beklagten jedenfalls bekannt sein musste, selbst ergibt, dass dieser keinen Vertrauenstatbestand darstellt, ist eine strittige Übergabe von Beschluss und allenfalls

Amtsantrag an die Beklagte nicht entscheidungserheblich. Nachdem allerdings ambivalente Beweisergebnisse vorliegen und nicht auszuschließen ist, dass sich ein Instanzgericht der abweichenden Rechtsmeinung der Klägerin dazu anschließt, wurde dennoch die entsprechende Negativfeststellung getroffen.

Die übrigen Handlungen, die die Beklagte als Grundlage für ihr Vertrauen in eine Vollmachtserteilung ins Treffen führt, wurden alle nicht vom GR gesetzt und sind daher schon deshalb nicht geeignet, einen Anscheinsvollmacht zu begründen. Der die Vertretungsmacht begründende Anschein hat nicht vom Vertreter, sondern von einem Verhalten des Vertretenen bzw des vertretungsbefugten Organs auszugehen. Das für den Abschluss des Swaps intern vertretungsbefugte Organ der Klägerin war der GR. Damit kann weder aus dem Agieren des BM, noch dem Handeln von [REDACTED] oder StR Mayr auf eine Bevollmächtigung durch den GR geschlossen werden. Zwar muss der Anschein nicht ausschließlich vom Vertretenen erweckt werden, vielmehr ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, wie weit die Mitwirkung des scheinbaren Vollmachtgebers an der Erweckung des Anscheins eines Vollmachtsverhältnisses gehen muss (stRspr, zB OGH 5 Ob 119/18p), doch sieht das Gericht insbesondere aufgrund des eklatanten Bruchs des StL, aber auch wegen der übrigen Mängel und des zeitlichen Auseinanderfallens von Beschluss und Geschäftsabschluss den erweckten Anschein einer Vollmacht, soweit man einen solchen überhaupt annehmen kann, vielmehr vom BM und von [REDACTED] verursacht, als vom GR.

Festzuhalten ist, dass die Frage des Anscheins einer Vollmachtserteilung losgelöst zu betrachten ist von der Prüfung der Vertretbarkeit und des Verschuldens iZm der Beschlussfassung. Ein allfälliges Versagen des GR, sich an das StL zu halten und wissentlich Beschlüsse zu fassen, die von der Aufsichtsbehörde in dieser Form als unzulässig eingestuft werden, wird bei der Prüfung des Verschuldens am auf beiden Seiten eingetretenen Schaden möglicherweise noch eine Rolle spielen. Der GR wird daher durch die obigen Ausführungen nicht exkulpiert. Lediglich am Erwecken eines Anscheins der Bevollmächtigung hat er, wenn überhaupt, nur eine unzureichende untergeordnete Rolle gespielt, weil sein Agieren bei der Beschlussfassung 2004 so weit außerhalb des ihm eingeräumten rechtlichen Rahmens lag, dass ein Vertrauen darauf unmöglich ist und er in weiterer Folge keine Handlungen gesetzt hat. Eine Bevollmächtigung kann daher auch nicht aus § 863 ABGB abgeleitet werden.

Im Innenverhältnis bei (vermeintlichem) Abschluss des Swaps 4175 lag somit kein Beschluss des GR oder eines sonstigen für ihn handelnden und ihm zurechenbaren Organs oder einer sonstigen Person vor, der den Geschäftsabschluss gedeckt hat. Ebenso wenig hat der GR den Anschein einer solchen Beschlussfassung erweckt.

e. Die Vertretung der Klägerin nach außen

Die Vertretung der Klägerin nach außen obliegt grundsätzlich dem oder der BM. Dieser oder diese hat nicht bloß für die Durchführung der Beschlüsse des Gemeinderates zu sorgen und in diesem Zusammenhang und Umfang auch eine nach § 1029 ABGB vermutete Vertretungsmacht. Ihm oder ihr obliegt als Vollzugsorgan der Gemeinde auch die notwendige Vorbereitung solcher Rechtshandlungen und Rechtsgeschäftserklärungen, die einer Beschlussfassung des Gemeinderates vorbehalten sind. Er oder sie hat in diesem Sinne auch eine aus dem Gesetz ableitbare Verhandlungsvollmacht.

Das Gericht sieht trotz der Kritik der Lehre (vgl. *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 867, Rz 8 ff mwH (Stand 1.4.2016, rdb.at), *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 867 ABGB, Rz 11 f mwH (Stand 1.11.2014, rdb.at), *Riedler* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) zu § 867 ABGB, Rz 3 ff mwH ua) keine Veranlassung, von der bereits dargestellten und vom Gericht nun mitgetragenen Jud zu § 867 ABGB abzugehen. Der oder die BM ist daher auch nach außen nur in den Grenzen der vom zuständigen GR wahrgenommenen Geschäftsführung vertretungsbefugt. Soweit bestimmte Geschäfte dem GR vorbehalten sind, ist dies nicht bloß eine Organisationsvorschrift der internen Willensbildung, sondern als Beschränkung der allgemeinen Vertretungsmacht des oder der BM anzusehen, sodass die ohne Mitwirken des GR getätigten (und dadurch von einem nach den maßgeblichen Organisationsvorschriften erforderlichen GR-Beschluss nicht gedeckten) Willenserklärungen die Gemeinde grundsätzlich nicht binden, sondern (schwebend) unwirksam sind (*Riedler* aaO, Rz 5 mwN). Der oder die BM ist dabei aber nicht bloß Bote (idS *Riedler*, aaO Rz 6 mwH), weil aufgrund der ihm vom StL zugewiesenen Aufgaben und Kompetenzen jedenfalls von einer Verhandlungs- und Verwaltervollmacht auszugehen ist, die allerdings nur die Vorbereitung eines dem GR vorbehaltenen, von diesem aber noch nicht beschlossenen Geschäfts umfasst, nicht aber dessen Abschluss.

In diesem Bereich der Vertragsanbahnung und -vorbereitung können so die Grenzen von Geschäftsführung und Vertretung verschwimmen und sich partiell beim Vertreter vereinen. Es mag zulässig und praktisch auch manchmal notwendig und zielführend sein, dass der GR seinen Vertragswillen auf Abschluss eines konkreten Geschäfts dem Grunde nach klar ausdrückt, für die konkrete Umsetzung aber – auf Ebene der Geschäftsführung – einen gewissen Spielraum lässt, solange dieser klar umrissen ist. In diesem begrenzten Umfang besteht dann eine Befugnis des nach außen Handelnden, auch intern die Geschäfte zu führen im Sinne einer Konkretisierung des umrissenen Geschäftes. Dem stehen die obigen Ausführungen nicht im Wege, da der GR eingebunden ist und seine Kompetenz durch Fassung eines Willens in Form von Setzung von Leitlinien und Rahmenbedingungen wahrgenommen hat, durch die klar und eindeutig und mit engem Spielraum bei der

Umsetzung fixiert ist, was vom Willen des GR (noch) getragen ist und was nicht (mehr). Als Beispiel möge der Beschluss auf Verkauf eines Grundstücks unter Festsetzung eines Mindestpreises und allfälliger weiterer relevanter Punkte dienen. Selbiges wäre auch beim Swap möglich gewesen, schließlich hat ja [REDACTED] (aber eben nicht der GR) auch Rahmenbedingungen festgelegt, anhand derer die Beklagte den Swap aufsetzte. Dem nach außen vertretungsbefugten Organ, primär dem oder der BM, wird damit aufgetragen und ermöglicht, in konkreten Vertragsverhandlungen den ausreichend klar formulierten Willen des für die Geschäftsführung entscheidungsbefugten Organs bestmöglich umzusetzen. Eine Ermächtigung wie hier zu einer nicht näher konkretisierten oder determinierten Optimierung durch nicht genannte, lediglich durch die Beschränkung „marktüblich“ umrissene Finanzgeschäfte stellt keine solcherart ausreichende Umschreibung eines gefassten Willens auf Abschluss eines bestimmten Geschäfts dar und sprengt die Grenzen der notwendigen Determination. Damit kann im Beschluss keine (Vorab-)Zustimmung und kein Abschlusswille zum lediglich in Details noch auszuverhandelnden Swap oder sonstigen bestimmten Finanzgeschäften erblickt werden, die nur als Mittel zum bekannt gegebenen Zweck der Optimierung angeführt werden. Der GR hat mit seinem Beschluss nicht über einen Swap-Abschluss entschieden und auch keinen Entschluss gefasst, ein Finanzgeschäft, einen Swap oder gar konkret den Swap 4175 oder zumindest ein derartiges Geschäft abzuschließen oder zu beauftragen, sondern lediglich seinen Willen kundgetan, dass das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften optimiert werde, in weniger beschönigenden Worten sollten also Kosten der Verschuldung der Klägerin in Fremdwährungen und das Risiko deren Erhöhung durch marktübliche Geschäfte reduziert werden. Der Beschluss gibt nur ein Ziel vor und umschreibt vage Mittel, eine Genehmigung einzelner Geschäfte oder aller möglicher Mittel, quasi in Pausch und Bogen, ist ihm aber nicht zu entnehmen und darf ihm rechtlich mangels ausreichender Bestimmtheit auch nicht entnommen werden. Insofern haben die obigen Ausführungen zur Unzulässigkeit der Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auch hier Gültigkeit bei einer faktischen Einräumung der Geschäftsführung durch uferlose Beschlussfassungen über Geschäftsabschlüsse im Sinne von „Macht, was ihr wollt“. Der GR-Beschluss kann im Sinne der obigen Ausführungen daher als Grundlage gesehen werden, dass die Organe der Klägerin Tätigkeiten zur Zweckerreichung entfalten sollen, um den Wunsch nach Optimierung umzusetzen und enthält allenfalls auch eine Verhandlungsvollmacht zur Vorbereitung von Rechtsgeschäftserklärungen, die einer Beschlussfassung des GR vorbehalten sind. Geschäfte, die auf Grundlage dieses Beschlusses vorbereitet werden und nach dem StL der Zuständigkeit des GR unterliegen, blieben aber trotz dieses Beschlusses weiterhin dessen Beschlussfassung vorbehalten.

Nachdem diese Außenvertretung wie dargelegt nach dem StL dem oder der BM zukommt (vgl

auch RS0031234), ist zumindest insoweit das Vorgehen und die Beschlussfassung des GR schlüssig, eine Ermächtigung der FVV zu beschließen, da scheinbar den Vorstellungen des GR nach sich die FVV darum kümmern sollte und nicht der eigentlich primär zuständige BM, der sich dann des Magistrats oder auch StR bedienen kann. Dennoch bleibt das Vorgehen als Verletzung der Kompetenzverteilung unzulässig und damit unmöglich. Die – an die Entscheidung des GR gebundene – Vertretung der Klägerin nach außen steht ausschließlich dem oder der BM zu, sodass der Beschluss des GR für sich nur am Umfang der Vertretungsbefugnis des nach dem StL für die Außenvertretung zuständigen Organ Wirkung zeigt (eben im Sinne von Vorbereitungshandlungen), aber nicht zu einer Änderung der Zuständigkeit zur Außenvertretung führen kann. Der GR legt durch seinen Beschluss fest, was der oder die BM nach außen darf und kann, nicht aber, dass an seiner oder ihrer statt ein anderes Organ nach außen tätig werden soll. Der GR hat keine Kompetenzkompetenz, dies zu entscheiden, ist Sache des oder der BM. Der GR kann mangels eigener Kompetenz auf Ebene der Außenvertretung eine solche auch nicht weitergeben. Diese Aufteilung der Zuständigkeiten muss bei der folgenden rechtlichen Beurteilung der einzelnen Handlungen und Erklärungen stets berücksichtigt werden.

aa. Der Rahmenvertrag (.N=./1)

Nachdem der oder die BM von sich aus Geschäfte, die der Beschlussfassung des GR vorbehalten sind, vorzubereiten hat und sich aus dem GR-Beschluss zumindest ein grundsätzlicher Wunsch und eine Bereitschaft des GR ergibt, das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren und Finanzgeschäfte abzuschließen, ließe sich, läge überhaupt eine Zuständigkeit des GR für den Abschluss der Rahmenvereinbarung vor – dazu sogleich – aus dem GR-Beschluss eine Befugnis des BM ableiten, den Rahmenvertrag (.N) für die Klägerin zu unterzeichnen. Dieser wurde daher von der Klägerin, vertreten durch ihren BM gültig abgeschlossen. Zwar fordert § 66 Abs 1 StL, dass Urkunden über Rechtsgeschäfte, die der Beschlussfassung des GR oder des StS bedürfen, vom BM zu unterfertigen und mit dem Stadtsiegel zu versehen seien. Die unterlassene Beifügung des Stadtsiegels ändert aber nichts an der Gültigkeit der Unterschrift, da es sich um eine bloße interne Ordnungsvorschrift handelt (*Perner*, aaO, Rz 16 mwH). Überhaupt ist diese Vorschrift auf den Rahmenvertrag aber gar nicht anwendbar, da es sich bei der Rahmenvereinbarung nicht um ein Geschäft handelt, das überhaupt einer Beschlussfassung des GR (oder des StS) bedurfte. Jedenfalls lässt sich den §§ 46 f StL kein entsprechender Zuständigkeitstatbestand der beiden Kollegialorgane für diesen Rahmenvertrag entnehmen, am ehesten fiele er vielmehr in die Zuständigkeit des Magistrats nach § 51 StL. Auch aus diesem Grunde lässt die Unterzeichnung dieser Rahmenvereinbarung keine Rückschlüsse auf eine Beschlussfassung

des GR über einen Swap-Abschluss zu und begründet auch keinen solchen Anschein, da der BM zum Abschluss der Rahmenvereinbarung keinen GR-Beschluss bedurfte. Mangels angebrachten Stadtwappens erweckt auch die Urkunde und ihre Unterzeichnung vor dem Hintergrund des § 66 Abs 1 StL nicht den Anschein einer Einbindung des GR.

bb. Das Unterschriftenverzeichnis (/13)

Die Beklagte stützt sich zum gültigen Abschluss des Swaps (auch) auf eine Bevollmächtigung des [REDACTED] zur Vertretung nach außen durch BM Dobusch aufgrund dieser Urkunde.

Die Bevollmächtigung ist eine (grds zugangsbedürftige, allerdings auch in Form einer internen Erklärung ausreichende) Willenserklärung (RS0014595). Das Unterschriftenverzeichnis stellt aber schon nach Inhalt und Aufmachung keine Willenserklärung, sondern eine bloße Wissenserklärung dar. Der BM erklärt darin gegenüber der Beklagten, wer aktuell für den Abschluss von Finanztermingeschäften bevollmächtigt sei. Dem Text ist keine entsprechende Willenserklärung zu entnehmen, zu einer Bevollmächtigung außerhalb dieses Schreibens existiert auch kein Vorbringen. Es handelt sich schon nach dem Titel „Aktuelles Unterschriftenverzeichnis“ überhaupt nur um die Übermittlung von Musterzeichnungen. Aufgrund der Unterzeichnung auch des BM kann auch eine bloße Wissenserklärung samt Übermittlung von Musterunterschriften angenommen werden, nicht aber eine Bevollmächtigung. Dieses Schriftstück begründet allerdings jedenfalls den Anschein, der unterzeichnende (für die Außenvertretung zuständige) BM habe die darin angeführten Personen zur Vertretung der Klägerin im Außenverhältnis bevollmächtigt. Auch eine zusammen mit der Unterzeichnung des Unterschriftenverzeichnisses erfolgte stillschweigende Bevollmächtigung ist durchaus möglich (vgl zB OGH 7 Ob 650/92).

Eine Bevollmächtigung [REDACTED] (und auch [REDACTED]) durch den BM und ein solcher Anschein kann aber immer nur so weit reichen, wie die Befugnis des BM selbst reicht. Sie deckt damit möglicherweise die Unterzeichnung des Anhangs für Devisengeschäfte und Devisenoptionen zum Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte durch [REDACTED] (/N=./11 letzte Seite, dort laut Stampiglie nicht für die FVV, sondern für die Stadtkämmerei, worauf aber mangels Relevanz nicht weiter eingegangen wird, da in Wahrheit sich die Vertretung immer auf die Klägerin bezieht, weil weder die FVV, noch die Stadtkämmerei oder der Magistrat rechtsfähig sind). Eine erteilte Vollmacht bzw ihr Anschein reicht wohl auch zur Vertretung der Klägerin bei den Vertragsverhandlungen über den Swap 4175 (Vorbereitungshandlungen). Sie deckt aber nicht den Abschluss des Swaps. Hier entfaltet § 867 ABGB seine Wirkung. Selbst wenn der BM durch das Unterschriftenverzeichnis bei der Beklagten den Eindruck erweckt haben sollte, [REDACTED] sei zum Abschluss von Finanztermingeschäften oder gar des Swaps von ihm bevollmächtigt, führt ein solcher Anschein nicht zur Befugnis, an Stelle des GR über den

Abschluss des Swap 4175 zu entscheiden. Für eine Gültigkeit des Swap-Abschlusses bedürfte es eines Entschlusses des GR oder einen von diesem erweckten Anschein einer Genehmigung. Nur dann könnte eine erteilte oder auch nur Anscheins-Vollmacht auch den Abschluss des Swaps umfassen. Das vom BM unterzeichnete Unterschriftenverzeichnis, das in keinem Zusammenhang mit dem GR steht, kann daher nicht als Begründung der (Anscheins-)Befugnis des ■■■ herangezogen werden, über die dargelegten Befugnisse hinaus auch den Swap abzuschließen.

cc. Der Abschluss des Swaps 4175

Nachdem der BM zum Abschluss des Swaps 4175 nicht berechtigt war, weil es intern keine entsprechende Willensbildung gab und seine Vertretungsbefugnis nach der Rspr entsprechend außenwirksam beschränkt war, konnte er auch ■■■ keine Vertretungsbefugnis zum Abschluss erteilen. Wie ausgeführt hat der GR mit seinem Beschluss vom 3.6.2004 schon aufgrund der damit verbundenen offensichtlichen Verletzung des StL auch keinen Anschein erweckt, er habe den Swap genehmigt oder ■■■ mit der Geschäftsführung betraut. Damit bleibt die Kompetenz des BM beschränkt. Auch wenn er selbst den Anschein erweckt haben sollte, dass er aufgrund eines GR-Beschlusses entsprechend befugt sei (und dies vielleicht selbst geglaubt haben mag), führt das nicht zu einer Erweiterung seiner Vertretungsmacht. Dafür hätte der GR den Anschein hervorrufen müssen. Nachdem für einen solchen Geschäftsabschluss der GR zuständig war und dieser keinen entsprechenden Beschluss gefasst hat, bleibt kein Raum für eine wirksame Außenvertretung der Klägerin gegenüber der Beklagten. Weder die Aussage ■■■ am Telefon, dass man das Geschäft machen könne (./W=./60, S. 10 unten) oder seine Bestätigung per Mail (./AB), noch die spätere Unterzeichnung der Einzelabschlussbestätigung durch ■■■ (./AC) sind der Klägerin zurechenbar und binden diese auch nicht. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob der Abschluss des Geschäfts via Mail (oder allenfalls sogar mündlich, wobei die zumindest hier erfolgte Vorlage des Tonbandmitschnitts eher darauf schließen lässt, dass das Geschäft erst mit der Mailbestätigung perfekt hätte sein sollen) dem bereits zitierten § 66 Abs 1 StL genügt und welche Folgen eine Missachtung hätte. Im Ergebnis folgt aus § 867 ABGB aufgrund der mangelnden internen Beschlussfassung über den Swap auch ein Mangel der Vertretung nach außen beim Abschluss. Der Swap war damit schwebend unwirksam, konnte aber durch eine Genehmigung des GR nachträglich saniert werden.

B. Nachträgliche Genehmigung des Swaps 4175

Auch vollmachtslos geschlossene Geschäfte werden für den Vertretenen verbindlich, wenn er

das Geschäft genehmigt oder sich den aus dem Geschäft entstandenen Vorteil zuwendet (§ 1016 ABGB), wobei wie beim Abschluss auch im Rahmen der nachträglichen Genehmigung eine konkludente Genehmigung und der Anschein einer solchen aus Vertrauensschutzerwägungen möglich sind. Dies gilt auch für Gemeinden (RS0014709).

1. Genehmigung des Geschäfts (allenfalls auch nachträgliche Duldungs- oder Anscheinsvollmacht) durch den GR

Die Genehmigung eines wegen eines Vollmachtsmangels schwebend unwirksamen Geschäfts erfolgt wie der Abschluss und die Bevollmächtigung durch eine Willenserklärung des Scheinvertretenen, bei juristischen Personen durch das für das Geschäft intern zuständige Organ. Die Genehmigung kann auch stillschweigend oder wirkungsideal im Wege der Anscheinsgenehmigung erfolgen, wenn der Dritte darauf vertrauen durfte und dies auch tat, dass der Geschäftsherr mit dem Geschäft einverstanden sei, wobei kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln übrig sein darf, dass der unwirksam Vertretene einen solchen Willen äußern habe wollen. Diese Voraussetzungen sind streng zu prüfen (RS0014374, RS0021980).

Eine ausdrückliche nachträgliche Genehmigung des GR liegt unstrittig nicht vor, vielmehr erklärte der GR in seinem ersten auf die Gültigkeit des Swaps 4175 Bezug nehmenden Beschluss vom 7.4.2011 gegenteilig, dass der Swap nicht unter den GR-Beschluss vom 3.6.2004 falle (./150). Diese Beurteilung trägt die Erklärung in sich, dass der GR diesem Geschäftsabschluss nicht zustimmt, sodass ab diesem Zeitpunkt eine stillschweigende oder Anscheins-Genehmigung jedenfalls auszuschließen ist (vgl zur Ablehnung der Bezahlung von Rechnungen OGH 1 Ob 747/76). Äußerungen des BM gegenüber der Beklagten ohne Einschaltung des GR, der Swap sei ungültig, schließen entgegen den Ausführungen der Klägerin nach Ansicht des Gerichts eine Genehmigung nicht aus, weil nur der GR, nicht aber der BM entscheiden kann, was der Wille des GR ist. Sollte dieser vor dem ausdrücklichen Beschluss vom 7.4.2011 bereits eine Genehmigung erteilt haben sein oder den Anschein einer Genehmigung erweckt haben, könnte er durch diese nachträgliche, einseitige Erklärung ein rechtsgültiges Geschäft nicht rückgängig machen. Damit stellt sich die Frage, ob aus dem Verhalten des GR vom 3.6.2004 bis zum 7.4.2011 eine Genehmigung oder zumindest deren Anschein abgeleitet werden kann, parallel dazu auch damit einhergehend bzw ergänzend die Frage, ob durch Duldung ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde, dass [REDACTED] bevollmächtigt werden sollte. Angemerkt wird, dass auch eine nachträgliche Genehmigung in jeglicher Form nur dann wirksam sein kann, wenn eine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht des Swaps verneint wird. Der GR kann durch eigenes Verhalten einen genehmigenden Bescheid des Landes OÖ nicht substituieren.

Die Beklagte stützt sich darauf, dass das Vernachlässigen seiner Kontrollpflichten durch den GR eine Duldungsvollmacht begründe. Der GR und die ihm zuzurechnenden Hilfsorgane Finanzausschuss und Kontrollausschuss haben aufgrund von Berichten Kenntnis vom Swap gehabt, wobei sich der GR das Wissen seiner Hilfsorgane zurechnen lassen müsse. Auch das Wissen des Vorsitzenden des Finanzausschusses, Finanzstadtrat Mayr, sei dem GR zurechenbar. In beiden genannten Ausschüssen sei der Swap regelmäßig Gegenstand der Berichterstattung und Diskussion gewesen. Spätestens ab dem Rechnungsabschluss 2007 iVm dem Kontrollamtsbericht 2008 sei dem GR auch bekannt gewesen, dass die auf Grundlage des GR-Beschlusses vom 3.6.2004 abgeschlossenen Geschäfte ins Negative drehen können. Den maßgeblichen Organen und Entscheidungsträgern sei auch eine massive Verletzung der Kontrollpflichten vorzuwerfen. Im Finanzausschuss wären die Berichte des ■■■ zu hinterfragen gewesen. Der GR hätte iZm den Rechnungsabschlüssen Kontrollmaßnahmen setzen müssen. Der Finanzreferent Mayr sei untätig geblieben.

Einleitend ist im Einklang mit OGH 5 Ob 52/11z auch für den Bereich der nachträglichen Genehmigung nochmals festzuhalten, dass ausschließlich das Kollegialorgan GR eine (allenfalls auch nur schlüssige) Genehmigung erteilen kann, nicht aber irgendwelche Ausschüsse oder andere Organe der Klägerin. Wenn daher die Beklagte das Versagen unterschiedlichster Organe und Organwalter bei der Klägerin moniert, mag sie damit durchaus inhaltlich recht haben und möglicherweise auch Ansprüche daraus ableiten können, sie vermag damit aber keine Genehmigung des Geschäfts schlüssig zu begründen. Dazu sind ausschließlich Handlungen (und Unterlassungen) des GR heranzuziehen. Die (Fehl-)Leistungen aller Beteiligten auf Seiten beider Parteien werden im Rahmen der Prüfung des Verschuldens am auf beiden Seiten entstandenen Schaden im Hauptverfahren näher zu untersuchen und miteinander in Relation zu setzen sein, spielen aber bei der Prüfung der Gültigkeit des Swaps 4175 keine Rolle.

Eine – auch nur schlüssige – Genehmigung des Geschäfts setzt die Kenntnis des Geschäftsherrn von den im Zeitpunkt seines Erklärungsverhaltens maßgeblichen Umständen voraus, weiters, dass der Vertreter oder der Dritte nach den Umständen des Falls vertrauen durfte und darauf vertraut hat, der vollmachtslos Vertretene wolle ihm gegenüber zum Ausdruck bringen, dass er mit dem ohne Vollmacht abgeschlossenen Geschäft einverstanden sei. Bloßes Stillschweigen des Scheingeschäftsherrn reicht dafür regelmäßig nicht aus (OGH 1 Ob 205/06p mwH).

Selbst wenn man von einer Wissenszurechnung aller Beteiligten an den GR ausgeht, worauf sich die Beklagte stützt, wofür das Gericht aber weder eine rechtliche, noch tatsächliche Begründung erblicken kann, liegt keine ausreichende Kenntnis über die maßgeblichen Umstände im Sinne der zitierten Rechtsprechung beim GR vor. Die intern weitergegebenen

Informationen zum Swap 4175, auf die sich die Beklagte stützt, liegen samt den dazu gehörenden Protokollen dem Gericht vor. Die breiteste Informationsquelle, die Debt Management Berichte für den Finanzausschuss, beinhalten irreführende Angaben und lassen die maßgeblichen Umstände des Swaps, insbesondere das tatsächlich mit ihm verbundene Risiko im Dunkeln. Die theoretische Möglichkeit von Zahlungspflichten weit jenseits des dort angeführten „maximalen Risikos“ kann nur erahnt werden, die Einführung einer Risikoquote, die lediglich auf die einzelnen Zahlungstermine abstellt, führt zu einem völlig falschen Eindruck vom tatsächlichen Risiko. Beim (für eine gewisse Zeit enthaltenen) Marktwert fehlt eine Beschreibung, was dieser überhaupt aussagt (vgl dazu die umfassenden Ausführungen der Sachverständigen im GA ON 427, S. 7 ff). Es fehlen Angaben zum Umstand, dass bei einer Verschlechterung des CHF/EUR-Kurses ein möglicherweise notwendiger Ausstieg zur Verhinderung weiterer Verluste mit einer massiven Kostenbelastung einhergehen kann und welche enormen Schwankungsbreiten diese Kosten innerhalb kurzer Zeitspannen aufweisen können. Nicht einmal der sogar nach Ansicht der Mitarbeiterin der Beklagten [REDACTED] trotz angeblichen Beratungsverzichts dennoch unbedingt notwendige Hinweis, dass ein Erstarken des CHF sich doppelt negativ auf die Position der Klägerin auswirke (./W: „doppeltes Risiko“), ist in dieser Information enthalten (trotz des viel höheren Wissensstandes von [REDACTED] als beim Finanzausschuss oder gar dem GR zu erwarten). Der Hinweis im Kontrollamtsbericht, dass die Klägerin vielleicht auch einmal Zahlungen leisten werde müssen, ist in dieser Allgemeinheit bezogen sicher richtig, sagt aber überhaupt nichts über den Swap, seine Wirkungsweise und seine Risiken aus. Auch aus den Rechnungsabschlüssen lässt sich kein für die Annahme einer Genehmigung als Grundlage notwendiges Wissen ableiten. Nachdem der Swap nicht gesondert in den Rechnungsabschlüssen angeführt wird, lässt sich aus den Saldobeträgen und deren Veränderungen oder Abweichungen zu Planzahlen keine ausreichende Kenntnis über das Einzelgeschäft Swap 4175 ableiten (vgl auch die durch die vorgelegten Abschlüsse auch nachvollziehbaren Ausführungen von Dobusch im Prot. ON 77, S. 39: „dieses Rechenwerk [ist] für alle völlig unüberschaubar und so dick...“). Aus der Beschlussfassung über die Rechnungsabschlüsse, die Zu- und Abgänge aus dem Swap beinhalten, ist nach der Rechtsprechung weder eine ausdrückliche, noch eine konkludente Genehmigung des Geschäfts ableitbar, das im Zahlenwerk nicht einmal gesondert ausgewiesen ist (OGH 3 Ob 51/85). Überdies taugt ein systembedingt auf die Vergangenheit beschränkter Rechnungsabschluss schon per se nicht zur Information möglicher zukünftiger Schäden und für die Annahme, mit einer Beschlussfassung darüber solle auch ein rechnerisch enthaltenes Geschäft für die Zukunft genehmigt werden.

Schon mangels ausreichender Informationsgrundlagen kann aus dem Verhalten des GR, insbesondere dessen Untätigkeit bzw Schweigen, keine Genehmigung des vollmachtslos geschlossenen Swaps abgeleitet oder ein entsprechender Anschein objektiv erweckt werden.

Selbst der sich theoretisch aus sämtlichen Unterlagen ergebende Gesamtkenntnisstand des GR unter Außerachtlassung, dass nicht alle Unterlagen dem GR als Kollegialorgan zur Verfügung standen, wäre unzureichend und steht dem entgegen. Dasselbe gilt auch für die Annahme einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht durch „Gewähren lassen“ des ■■■■, zumal dies wieder in die Kompetenz des BM fiele und nicht in die des GR.

Tatsächlich findet aber eine Wissenszurechnung von Organen oder Organwaltern zum GR nach der Rspr gar nicht statt. Es geht nicht um die klassische Zurechnung des Wissens von Organen zur Partei, hier also zur Stadt Linz, die in aller Regel vorzunehmen ist, wenn nicht Interessenkonflikte zwischen Partei und Organ bestehen. Hier stellt sich die Frage, ob die Kenntnis kompetenzlos handelnder Organe oder das Wissen einzelner Mitglieder eines Kollegialorgans dem (zuständigen) Organ bei der Prüfung der Interpretation dessen Verhaltens zu unterstellen und zuzurechnen ist. Das ist nach Ansicht des Gerichts zu verneinen. Dem GR als Kollegialorgan kann die Kenntnis einzelner seiner Mitglieder nicht ohne weiteres zugerechnet werden (so ausdrücklich OGH 4 Ob 26/01d betreffend einen Fall, in dem GR-Mitglieder sogar bei der durch einen GR-Beschluss nicht gedeckten Auftragserteilung durch den BM anwesend waren). Schon aus einem Größenschluss ergibt sich, dass dann noch weniger das Wissen von Nichtmitgliedern dem GR zuzurechnen ist. Gleiches gilt für das Wissen von Mitgliedern von Ausschüssen, mögen sie auch Gemeinderätinnen und Gemeinderäte sein. Auf besondere Umstände, die ausnahmsweise zu einer Zurechnung führen könnten, hat die Beklagte sich nicht berufen. Was das Beweisverfahren ergeben hat, war gegenteilig ein Agieren von Organen gerade ohne Einbindung des GR, involviert insbesondere FD ■■■■, StR Mayr und BM Dobusch. Vor allem das Verhalten und Aussagen von Letztgenanntem zeigten, dass sogar eine Befassung von Parteifreunden scheinbar zielführender und vordringlicher schien als die formale Einschaltung des zuständigen Organs GR (vgl PV Dobusch ON 77, S. 8 ff) und dass die Politik sich nicht für Geschäfte mit einer Bank interessiere und sich dafür auch nicht zuständig erachte, weil das Aufgabe der Verwaltung sei (PV Dobusch ON 77, S. 13). Dieser Standpunkt entspricht weder dem StL, noch wird er den möglichen Folgen des Swaps für die Klägerin gerecht. Ein allfälliger, ohnehin nicht konkret behaupteter Sonderwissensstand Einzelner ist daher mangels Zurechnung nicht entscheidungsrelevant.

Stillschweigen und Untätigkeit reicht für die Annahme einer Genehmigung grundsätzlich nicht (*Baumgartner/Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - § 1016 ABGB, Rz 38 ff mwH). Eine Erklärungsobliegenheit aufgrund des Dauerschuldverhältnisses wäre zwar theoretisch argumentierbar, allerdings nur bei grundsätzlicher Kenntnis des GR vom Geschäft und den sonstigen maßgeblichen Umständen. Diese lagen aber nicht vor. Eine ausdrückliche Erklärung wäre etwa zu erwarten

und ein Schweigen entsprechend zu werten, hätte der GR über den Swap 4175 debattiert, ohne einen Entschluss zu fassen. Das war aber nicht der Fall. Aus der Untätigkeit des GR ergibt sich damit keine schlüssige Genehmigung oder Anscheinsgenehmigung des Geschäfts.

Eine nachträgliche oder Anscheins-Genehmigung scheidet auch deshalb jedenfalls aus, weil dem GR jedenfalls auch die Kenntnis fehlte, dass der Swap nicht wirksam geschlossen wurde. Nicht nur, dass der Verlauf der Debatten auf das Gegenteil hindeutet, gibt es für ein solches Wissen auch nicht den geringsten Anhaltspunkt.

Abschließend verweist das Gericht zur Thematik nachträgliche Genehmigung ergänzend auch auf das vorgelegte Rechtsgutachten von [REDACTED] .EW und die darin enthaltenen Hin- und Nachweise. Die Ausführungen in dieser Untersuchung decken sich, soweit die hier getroffenen Feststellungen mit den dortigen Annahmen übereinstimmen, mit der Rechtsansicht des Gerichts, den Schlüssen wird vollinhaltlich zugestimmt. Selbiges gilt für die nun weiters zu prüfende Genehmigung durch Vorteilszuwendung.

2. Vorteilszuwendung

Nach der Rechtsprechung liegt eine als Genehmigung anzusehende Zuwendung des Vorteils (§ 1016 zweiter Fall ABGB) vor, wenn der Geschäftsherr weiß, dass der Machthaber ohne ausreichende Vollmacht in seinem Namen gehandelt hat und dass der angenommene Vorteil (etwa eine erworbene Sache) aus dem vollmachtslos abgeschlossenen Geschäft stammt (RS0014363, *Riedler*, aaO, § 1016 Rz 45 mwN). Dafür muss er den konkreten Inhalt des Geschäfts kennen (*Apathy* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ zu § 1016 ABGB, Rz 6 mwN; 7 Ob 140/17i mwN). Die Vorteilszuwendung erfolgt durch einen Akt der Willensbetätigung und muss durch den Geschäftsherrn bzw das für den Geschäftsabschluss befugte Organ, hier also wiederum durch den GR erfolgen (vgl dazu 9 Ob 41/09h mwN).

Die Beklagte führt für eine derartige Genehmigung nach § 1016 zweiter Fall ABGB ins Treffen, die Klägerin habe sich die Vorteile aus dem Swap 4175 zugewendet, die dem GR mittelbar der Höhe nach aus den Debt Management Berichten und aus dem Kontrollamtsbericht zum Rechnungsabschluss 2007 bekannt gewesen seien.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Entgegennahme und Verbuchung des Überhangs der wechselseitigen Zahlungen aus dem Swap durch den Magistrat keine Zuwendung durch den GR darstellt. Die Genehmigung der Rechnungsabschlüsse, die die „Vorteile“ aus dem Swap natürlich beinhalten, aber nicht gesondert ausweisen, stellt ebenso wenig eine Zuwendung im Sinne des § 1016 zweiter Fall ABGB dar. Ein konkreter Vorteil, der dem Swap 4175 zuordenbar ist, kann aus den Rechnungsabschlüssen daher nicht ersehen werden. Eine Kenntnis des GR, dass [REDACTED] für ihn vollmachtslos den Swap 4175 abgeschlossen hat,

behauptet die Beklagte nicht und lag nicht vor. Zur Kenntnis vom Inhalt des Geschäfts kann auf die Ausführungen zur Genehmigung verwiesen werden. Selbst wenn aus den Rechnungsabschlüssen die Zahlungen aus dem Swap 4175 identifizierbar wären, fehlte es an einer Darstellung und Verknüpfung mit dem dafür übernommenen Risiko, um den Vorteil bewerten zu können. Die Debt-Management-Berichte waren nie Gegenstand einer Befassung im GR, sondern lediglich im Finanzausschuss. Der Kontrollamtsbericht ist wie bereits ausgeführt allgemein gehalten und als Informationsquelle unzureichend. Konkrete Vorteile im Sinne von Zuflüssen sind ihm ebenso wenig zu entnehmen wie bestimmte Geschäfte. Insbesondere eine Zuordnung der dortigen Ausführungen zum Swap 4175 ist nicht gegeben und aus dem Inhalt auch nicht ableitbar.

Die Voraussetzungen für eine Genehmigung des Swap 4175 durch Vorteilszuwendung durch den GR sind daher ebenfalls nicht gegeben.

Abschließend wird angemerkt, dass auch jede Form der nachträglichen Genehmigung zu einer weiteren Genehmigungspflicht des vom GR genehmigten Geschäfts durch die Aufsichtsbehörde führte, die nicht vorliegt. Wie bereits im Rahmen der Behandlung der Genehmigungspflicht durch die Aufsichtsbehörde ausgeführt, hat sich diese mit einem derartigen Geschäftsabschluss nicht befasst, da sie die Prüfung nur anhand des Vorliegens eines ausdrücklichen Beschlusses des GR vorgenommen hat. Insofern käme auch bei einer nachträglichen Genehmigung die Pflicht zur (hier zu bejahenden) denkmöglichen Genehmigungspflicht zur Anwendung.

Der Swap 4175 wurde daher vom GR nie beschlossen und von [REDACTED] für die Klägerin nicht rechtswirksam abgeschlossen. Er wurde auch nicht nachträglich genehmigt und es trat ebenso wenig eine Heilung durch eine Anscheinsgenehmigung ein. Darüber hinaus bedurfte er zur Gültigkeit einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde, die nicht vorliegt. Der Swap 4175 hatte daher zu keinem Zeitpunkt Bestand, was festzustellen und damit dem ZFA in seinem Hauptbegehren stattzugeben war.

Weitere Beweise waren mangels Relevanz und den folgenden weiteren Gründen nicht aufzunehmen. Einleitend ist dabei festzuhalten, dass die Beweisanträge der Beklagten für das Verfahren über den ZFA trotz der überaus großzügig bemessenen Schriftsatzfrist nicht sehr konkret waren und vor dem Hintergrund der Prozessförderungspflicht problematisch. Mehrfach verweist die Beklagte in Ihrer Stellungnahme zum ZFA auf früher (im Hauptverfahren) gestellte Anträge, zum Teil ohne konkrete Fundstellen, was bei Verweisen auf Schriftsätzen von über 100 Seiten Umfang die Bearbeitung enorm erschwerte, auch wenn die

Anträge in den Schriftsätzen, auf die Bezug genommen wird, korrekt gestellt wurden. Dies insbesondere dann, wenn aufgrund der Vielschichtigkeit des Verfahrens eine genaue Prüfung notwendig ist, welche konkreten Beweisthemen und Beweismittel für den ZFA relevant sind, der ja viele Facetten des Hauptverfahrens nicht umfasst. Die abgesonderte Verhandlung diene ja gerade dem Zweck, strukturiert und rasch eine Entscheidung über die Gültigkeit des Swaps herbeizuführen. Die Erklärung, alle Beweisanträge aufrecht zu erhalten und auf alle Schriftsätze zu verweisen, ist erkennbar nicht geeignet, dieses Ziel zu fördern und bedürfte keines eigenen Schriftsatzes. Die Differenzierung zwischen den Themen des Hauptverfahrens und denen des ZFA fehlt naturgemäß in den früheren Schriftsätzen, sodass die Beklagte damit die Prüfung der Relevanz zur Gänze dem Gericht überbunden hat, ohne selbst eine Vorauswahl zu treffen oder darzulegen, warum bestimmte Beweismittel trotz der Beschränkung noch immer relevant sind. Natürlich obliegt es letztlich dem Gericht, im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu entscheiden, was wesentlich ist und was nicht, es muss und darf aber auch auf prozessfördernde Mitwirkung der Parteien bauen. Eine solche wird aber verweigert, wenn in einem Verfahren wie diesem wörtlich „auf die Beweisanträge in den jeweiligen Schriftsätzen, wo das entsprechende Thema ausführlicher behandelt wird“ (ON 611, S. 11) verwiesen wird.

Teilt man den hier vertretenen Standpunkt, der Swap 4175 habe einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurft, so liegt die Spruchreife auf der Hand, da eine solche unstrittig nicht vorliegt und ex lege zur schwebenden Unwirksamkeit des Swaps führt. Das Gericht gelangte allerdings erst über die Wahrscheinlichkeit von Zahlungspflichten, deren Finanzierung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen, zu einer Genehmigungspflicht des Swaps, sodass insofern eine einer Beweisführung zugängliche Tatfrage vorliegt (die Wahrscheinlichkeiten ex ante). Die von der Beklagten dazu beantragte Ergänzung des Sachverständigengutachtens um weitere Wahrscheinlichkeitsberechnungen, auch unter Zugrundelegung einer positiven Drift (also eines für die Klägerin günstigen Kursverlaufs durch ein Erstarken des EUR gegenüber dem CHF) ist aber nicht relevant. Es besteht gar keine Notwendigkeit einer weiteren Beweisführung, da schon aus den bisherigen Ausführungen der Sachverständigen und auch aus dem Allgemeinwissen klar ist, dass die Wahrscheinlichkeiten von hohen Zahlungen abnehmen und der Swap ex ante weniger riskant einzuschätzen ist, wenn man von einem gegenüber EUR schwächer werdenden CHF ausgeht. Dafür bedarf es keines Sachverständigen und keiner Berechnungen. Diese haben auch darauf hingewiesen und es wurde auch zwischen Gericht und Parteien erörtert, dass man durch Wahl der Zeitreihen, der Modelle und der Modellannahmen die Rechenergebnisse zum Swap nach Belieben steuern kann. Die Sachverständigen haben bestätigt, dass sie bei ihren Annahmen wissenschaftlich und ergebnisoffen vorgegangen sind. Die Beklagte möchte nun Berechnungen angestellt haben, die zu optimistischeren Aussichten für die Klägerin und

geringeren Wahrscheinlichkeiten relevant hoher Zahlungspflichten führen. Derartige Ergebnisse sind aber nicht entscheidungsrelevant und wurden daher auch nicht festgestellt. Der Prüfung, ob ein Geschäft mit ungewissen zukünftigen Zahlungspflichten der Genehmigungspflicht durch die Aufsichtsbehörde unterliegt, die an bestimmte Beträge anknüpft, kann nach Ansicht des Gerichts nicht anhand eines Best-Case-Szenarios unter Außerachtlassung möglicher, für die Klägerin negativer Ereignisse erfolgen. Wie die Sachverständigen selbst bestätigten, war die Annahme einer aus Sicht der Klägerin negativen oder neutralen Kursentwicklung (negative/neutrale Drift) ex ante vertretbar, derartige Verläufe konnte man ex ante nicht auszuschließen. Keinesfalls war sicher mit einer ausschließlich positiven Entwicklung zu rechnen. Diese negativen Verläufe waren daher bei einer Prüfung der möglichen Risiken einzubeziehen, unabhängig davon, wovon der Markt mehrheitlich ausgegangen ist. Wenn die Beklagte ausführt, die Sachverständigen seien zu dem Schluss gekommen, das gängige Marktsentiment habe aus dem (historischen) Kursverlauf geschlossen, dass sich der EUR/CHF-Kurs stabil bis steigend entwickeln werde, weswegen von einer positiven Drift auszugehen sei, zitiert sie (bruchstückhaft) die Ergebnisse des Sachverständigenbeweises irreführend. Die Sachverständigen beziehen sich auf S. 25 der ON 522 auf den rein visuellen Eindruck des Kursverlaufs, führen aber in der Folge detailliert aus, warum sie auch Berechnungen mit einer Drift von Null durchführen (Marktsentiment stabiler Kurs). Insbesondere ist aber auf die eingehende Erörterung der Sachverständigen im Gutachten ON 427, S. 135 ff zu verweisen, aus der sich ergibt, dass die Entwicklung des CHF-Kurses nicht sicher vorhersagbar war, ein Absinken unter 1,54 „alles andere als unwahrscheinlich“ und ein Unterschreiten von 1,45 möglich gewesen sei (aaO S. 137). Die Annahme einer positiven Drift und der Ausschluss einer neutralen oder gar negativen Drift lässt sich daher mit den Aussagen der Gutachter nicht in Einklang bringen und vor dem Hintergrund der Berechnung als Überprüfung möglicher Stress-Szenarien nicht begründen. Aus Sicht des Gerichts liegt auch keine Widersprüchlichkeit vor, vielmehr war es nach dem Inhalt und Ergebnis aller Gutachten samt Erörterungen und Ergänzungen in einer Gesamtwertung 2007 ex ante eben vertretbar, an einen kurz- und langfristig steigenden und auch an einen fallenden Kurs zu glauben. Sämtliche Varianten lagen im Bereich des Möglichen und konnten nicht ausgeschlossen werden. Das war aus den Geschehnissen erschießbar auch der Beklagten bewusst. Erklärt sich doch nur so, warum sie für den Swap intern Margins bzw Limits bereithielt, auch wenn sie, wohl aufgrund des Umstands, dass die Klägerin eine Kommune ist, keine Margin-Zahlungen verlangte. Auch sie ging wohl schon ex ante nicht von einem sicheren Best-Case-Szenario aus und durfte dies auch aus regulatorischen Gründen nicht. Anders als bei der Beklagten, die die Limits bei Änderung der Lage nachträglich auch ändern und anpassen kann und dies auch tat (vgl die Entwicklung des Derivatelimits nach ./BJ: von EUR 35.000.-- (Februar 2007) auf EUR 640.000.000.-- (August

2011)), muss die Genehmigungspflicht ex ante abschließend beurteilt werden und hat daher in einem weiteren Maße schlechte Entwicklungen zu antizipieren und zu berücksichtigen.

Die zu lösende Sachverhaltsfrage war und ist nicht, was beim Swap passieren wird oder wie er wahrscheinlicher ausgeht (daher geht die Forderung der Beklagten, man müsse diese Berechnungen ergänzen, um ein besseres Gesamtbild vom Swap zu erlangen, am Thema des Verfahrens vorbei), sondern was der Klägerin bei Abschluss des Swaps über die gesamte Laufzeit passieren **kann**. Das ist – theoretisch – jedenfalls eine gegen unendlich strebende Zahlungspflicht. Wie bereits dargelegt, schließt sich das Gericht dabei aber nicht dem Extremstandpunkt an, dass vom schlimmstmöglichen Fall für die Klägerin auszugehen sei, denn dann wäre auch das Ausleihen von CHF 1,-- genehmigungspflichtig, weil die Rückzahlungsverpflichtung auch hier theoretisch unbegrenzt wäre. Es stellt vielmehr auf die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Zahlungspflichten der Klägerin aus dem Swap ab, die der Höhe nach bei (nach den Feststellungen stets notwendiger) Fremdfinanzierung eine Genehmigungspflicht auslösen, unter Heranziehung von Kursverläufen und Marktentwicklungen, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht ausgeschlossen werden können (lediglich vom Zugang her vergleichbar mit der Prüfung des Feststellungsbegehrens bei nicht auszuschließenden Spät- oder Dauerfolgen – RS0038976). Aus Sicht des Gerichts wird damit bei Verträgen mit der Höhe nach noch nicht feststehenden, variablen Zahlungsverpflichtungen eine umsetzbare und alle Interessen berücksichtigende Lösung erzielt. Eine Worst-Case-Szenario-Betrachtung hat das Gericht bereits begründet abgelehnt. Eine Prüfung anhand eines bestmöglichen Verlaufs ist unvertretbar und sinnlos, wenn ein solcher Verlauf nicht ex ante mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu bejahen ist und wird daher ebenso angelehnt. Für die Prüfung der Genehmigungspflicht und der Beherrschbarkeit des Risikos sind die von der Beklagten begehrten zusätzlichen Berechnungen im Ergebnis somit weder beweisbedürftig, noch relevant. Daher waren sie auch nicht in Auftrag zu geben. Soweit die Beklagte ausführt, die angestellten Berechnungen stellen keine „echten Wahrscheinlichkeiten“ dar, es handle sich vielmehr um „Wahrscheinlichkeiten für den Eintritt eines Ereignisses lediglich innerhalb eines bestimmten Modells - und nicht in der Wirklichkeit“ und dass „nicht alle Modelle die Wirklichkeit richtig abbilden können“, verkennt sie offensichtlich völlig das Wesen und die Grundlagen der Wahrscheinlichkeitsrechnung an sich, die sich zwangsläufig auf Modellannahmen beziehen muss und die mit dem späteren tatsächlichen Verlauf nichts zu tun hat und daher durch diesen (außer in den Extremfällen der Wahrscheinlichkeit von 0 oder 1) auch weder bestätigt noch widerlegt werden kann. Im Zusammenhang mit den der Klägerin vorgeworfenen Rückschaufehlern erkennt die Beklagte aber den mangelnden Zusammenhang dann doch richtig. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass es den Parteien und daher auch der Beklagten freigestellt wurde, diese für sie auch selbst durchführbaren Berechnungen selbst

anzustellen und die Ergebnisse vorzubringen, um zeit- und kostenintensive Berechnungen durch die Sachverständigen und auch eine Erkundungsbeweisführung zu vermeiden. Sie sind aber für diese Entscheidung nicht wesentlich.

Was die Frage anbelangt, welche Haushaltszahlen konkret den Wahrscheinlichkeitsberechnungen als Grenzwerte zu Grunde zu legen seien, ergibt sich für das Gericht eindeutig, dass der einzige für eine Genehmigungspflicht nach § 78 Abs 1 Z 2 StL heranzuziehende Betrag das Ergebnis von 15 % der ordentlichen Einnahmen 2007 abzüglich Zinsen, Tilgungen und Tilgungsrücklage ist und damit EUR 31.391.415,08 (siehe ./HV und ./374, pdf-S. 11 u. 32 f). Anschließend an die umfassenden Erörterungen (Prot ON 518, S. 2 ff) bleibt das Gericht bei seinem Standpunkt, dass nur die ordentlichen Einnahmen nach den genannten Abzügen, nicht aber die außerordentlichen Einnahmen oder gar die gesamten ordentlichen Einnahmen heranzuziehen sind. Ob ein Ausgleich aus früheren Jahren zu berücksichtigen sei oder nicht, kann dahingestellt bleiben, da es solche im relevanten Rechnungsjahr 2007 nicht gab. Auf ausdrücklichen Antrag der Beklagten wurden zwar auch Berechnungen auf Basis der gesamten ordentlichen Einnahmen (Niveau 2 im Ergänzungsgutachten ON 522) und der Gesamteinnahmen (Niveau 3) angestellt, das Gericht zieht aus rechtlichen Erwägungen für die Prüfung der Genehmigungspflicht aber nur die Ergebnisse auf Basis der reduzierten ordentlichen Einnahmen (Niveau 1) heran, dies unter Berücksichtigung der Zahlungspflichten aus der CHF-Anleihe und bei den Auflösungskosten auch des Quanto-Effekts (Fall Q in den Tabellen des Ergänzungsgutachtens ON 522), der für die Risikoeinschätzung im Verlustfall nicht vernachlässigt werden kann (vgl Ergänzungsgutachten ON 522, S. 38 iVm den Berechnungen ab S. 18).

Für die Überschreitung des Niveaus 1 ergaben sich in den Modellberechnungen der Sachverständigen dabei Wahrscheinlichkeiten für ein Überschreiten der Grenzen des § 78 Abs 1 Z 2 StL bei den laufenden Zahlungen von 0,5 % – 23 % und bei den Auflösungskosten von 76 % – 100 % (vgl Ergänzungsgutachten ON 522, S. 28 ff, zusammengefasst durch den Richter im Prot ON 595, pdf-S. 6). Das Gericht sieht die Ergebnisse der Wahrscheinlichkeitsrechnung als beweiswürdigenden Umstand und Grundlage der Feststellung, dass ein derartiges Überschreiten der Genehmigungsgrenzen nicht ausgeschlossen werden kann. Nachdem es sich aber auch um eine rechtliche Beurteilung handeln kann, die dann der Feststellung der konkreten Wahrscheinlichkeiten bedürfte, wird darauf auch hier in Ergänzung der Feststellungen und beweiswürdigenden Ausführungen, allenfalls disloziert eingegangen. Die relevanten Werte führen jedenfalls dazu, dass mit dem Eintritt eines solchen Falles gerechnet werden kann und muss. Schon ex ante war es daher nicht als außergewöhnliches Ereignis anzusehen, wenn notwendige Auflösungskosten anfallen oder der Klägerin auch laufende Zahlungspflichten aus dem Swap

erwachsen, deren Finanzierung die Aufnahme von Darlehen erfordern, die die Grenzen des § 78 Abs 1 Z 2 StL überschreiten und daher einer Genehmigung bedürfen.

An dieser Stelle soll auch kurz auf weitere Einwendungen der Beklagten gegen diese rechtlichen Erwägungen eingegangen werden. Wieso die Schließungskosten keine Zahlungsströme darstellen und außer Betracht bleiben sollen, ist nicht nachvollziehbar. Nur durch die Möglichkeit, das Risiko glatt zu stellen, kann der Swap auf einer abstrakten Ebene als Optimierungsgeschäft dienen. Die Schließungskosten sind daher selbstverständlich in die Beurteilung einzubeziehen. Dass die kommunale Praxis das nicht berücksichtigt hat, mag sein, ändert aber nichts an der Rechtslage. Wenn die Beklagte darauf hinweist, dass Schließungskosten vertraglich nicht vorgesehen seien, verkennt sie, dass diese gerade deshalb zu berücksichtigen sind, weil der Vertrag keine andere Möglichkeit einer allenfalls notwendigen Beendigung des Swaps vorsieht, somit keinen geordneten und antizipierbaren Ausstieg bietet und daher Schließungskosten als ultima ratio bei negativen Entwicklungen selbstverständlich zu berücksichtigen sind. Dass eine Auflösung des Swaps notwendig sein kann, damit das Risiko beherrschbar ist, hat das Gutachten ergeben und ist auch nachvollziehbar. Die Möglichkeit des Entstehens von Auflösungskosten resultiert daher unmittelbar aus der Vertragsgestaltung und nicht aus einer nicht antizipierbaren Laune einer Vertragspartei. Derartige, außerhalb des Vertrags anzusiedelnde Ursachen für Zahlungspflichten, wären nicht in die ex ante-Beurteilung einzubeziehen. Insoweit teilt das Gericht zwar den Ansatz der Beklagten, er trifft aber auf Auflösungskosten nicht zu.

Ebenso wenig ist nachvollziehbar, warum das Gericht als Worst-Case-Beschränkung die Markterwartung von [REDACTED] (oder des Marktes überhaupt) heranziehen und die aus Sicht der Klägerin dramatischeren möglichen und antizipierbaren Kursentwicklungen ignorieren sollte. Die berechneten Wahrscheinlichkeiten rechtfertigen eine solche Beschränkung nicht.

Ein von der Beklagten moniertes Fehlverhalten der Klägerin im Rahmen der Abwicklung des Swaps, insbesondere des Ausschlagens von Angeboten der Beklagten ist irrelevant, nachdem der Swap 4175 nie gültig abgeschlossen wurde. Der Einwand ist auch unschlüssig, weil die Wahrscheinlichkeiten ex ante auf Basis des abgeschlossenen Swaps berechnet wurden und späteres Handeln der Parteien das Ergebnis nicht beeinflusst. Die Hypothese, höhere Zahlungsströme könnten nur bei sorgfaltswidrigem Verhalten der Klägerin eintreten, ist, wenn man nicht schon den vermeintlichen Abschluss des Swaps als ein solches sorgfaltswidriges Verhalten sieht, daher falsch. Nochmals ist auch darauf hinzuweisen, dass allfällige mögliche Folgegeschäfte, Umstrukturierungen etc mangels Regelung im Vertrag selbst bei der Prüfung des Geschäfts, der Genehmigungspflicht und der Optimierungseignung außer Betracht zu bleiben haben.

Das von der Beklagten entwickelte „Stufenmodell“ zur bloß partiellen Berücksichtigung von

Fremdmittelaufnahmen widerspricht den Vorgaben der Kameralistik und entbehrt einer rechtlichen wie wirtschaftlichen Grundlage. Es bedarf auch keiner Notwendigkeit der Vergleichbarkeit von Zahlungsströmen aus dem laufenden Swap und Auflösungskosten. Beide stellen Risiken dar, die aber schon aus Vereinfachungsgründen nicht in einen Zusammenhang gesetzt wurden. In den Berechnungen der Sachverständigen ist berücksichtigt und zeigt sich im Ergebnis auch, dass hohe Auflösungskosten weniger wahrscheinlich werden, wenn der Swap bereits lange läuft. Das ist auch nachvollziehbar, weil ja immer weniger Optionen bzw. Fälligkeitszeitpunkte verbleiben, die das Risiko darstellen. Insoweit hat ja auch ■■■■■ eine Zeitlang in den Debt Management Berichten festgehalten, wie viele der Fälligkeitstermine bereits erledigt seien und welche „Erfolgs-“Quote daraus resultiert. Festzuhalten bleibt, dass die Schließungskosten und die Darlehen zur Finanzierung von Schließungskosten und regelmäßigen Zahlungen weder aufzuteilen, noch abzuzinsen sind, sondern bei Anfall sofort zur Gänze fällig und budgetwirksam werden, unabhängig davon, ob das zur Finanzierung aufzunehmende Darlehen sodann in Raten zurückgezahlt wird oder endfällig ist.

Die Einsichtnahme in den Akt zum Disziplinarverfahren gegen ■■■■■ vor dem LVwG OÖ „aus allen Instanzen“ wurde beantragt zu Inhalten von Aussagen des ■■■■■ zur Meinung der ganzen Stadtverwaltung zur Genehmigungspflicht. Diese Antragstellung erfolgte ohne Behauptung des eigenen Unvermögens und ist daher schon nach § 301 ZPO nicht geeignet, eine Verpflichtung des Gerichts zur Beschaffung der Beweismittel für die Beklagte zu begründen (vgl zu einer korrekten Antragstellung dem hingegen zB ON 465, S. 41, sodass der Beklagten die Bestimmung grds. bekannt ist. Dies wurde auch erörtert). Sollte, was im Hinblick auf die Sensibilität eines Disziplinarverfahrens nicht überraschend wäre, der Beklagten keine Akteneinsicht gewährt werden, ist es ihr auch verwehrt, über einen Antrag im Zivilverfahren zu versuchen, Akteneinsicht zu erlangen.

Die Frage der Genehmigungspflicht ist überdies eine Rechtsfrage, zu der nicht Beweis aufzunehmen ist. Eine Relevanz dieses Beweisthemas kann möglicherweise im Hauptverfahren vorliegen, wenn es um die Gründe und die Verantwortung für die jahrelang unterlassene Antragstellung auf Genehmigung gehen kann, um das Verschulden zu klären (unter anderem deshalb wurden ja auch seitens des Gerichts derartige Beweisaufnahmen vor der Beschränkung der Verhandlung durchgeführt). Für die Gültigkeit des Swaps ist es aber unerheblich, was andere über die Genehmigungspflicht denken oder dachten. Dass die Beklagte außerdem die Möglichkeit hatte, den Zeugen ■■■■■ persönlich dazu zu befragen und dies auch tat, sei abrundend auch festgehalten. Soweit die Beklagte die Antragstellung überdies damit begründet, dass sie mehr über die Grundlagen der Entscheidung des LVwG

erfahren möchte, verlässt sie die zulässigen Bereiche des Beweisverfahrens im Zivilprozess und begehrt einen Erkundungsbeweis. Was [REDACTED] in diesem Verfahren vorbrachte, ist überdies ebenso irrelevant für die Genehmigungspflicht wie sein angeblich dort deponiertes Gefühl der Sattelfestigkeit.

Die vom Gericht ursprünglich geladenen Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] konnten aufgrund der von der Beklagten erhobenen Ablehnung des Richters nicht vernommen werden. Inzwischen wurde nun die abgesonderte und beschränkte Verhandlung über Teile des ZFA beschlossen, sodass diesen Zeugen jetzt keine Relevanz zukommt. Auch diese werden möglicherweise wesentlich, wenn es um die Prüfung von Schadenersatzansprüchen aufgrund der Ungültigkeit kommt, weil dann für etwaige Schadenersatzansprüche Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden zu prüfen sein werden. Dazu gehören auch die Beweisthemen, die die Beklagte nun anführt (allgemeine Beweisführung, ob Swaps genehmigt worden seien und ob und was für Berechnungen angestellt worden seien). Für die rechtliche Frage der Genehmigungspflicht des konkreten Swaps sind sie dem hingegen nicht relevant. Das wurde auch erörtert (ON 608, S. 18). Wie die Beklagte selbst richtig festhält, ist der Wissensstand des [REDACTED] zu Finanzderivaten für die hier geprüfte Gültigkeit des Swaps nicht relevant, sodass auch die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] dazu nicht zu befragen waren. Die Zeugin [REDACTED] wurde überdies bereits mehrfach in unterschiedlichen Verfahren dazu vernommen, auch unmittelbar hier vor dem erkennenden Gericht und die Beklagte hatte die Möglichkeit, ihr Fragen zu stellen.

Zum Beweis, dass das Verständnis des GR-Beschlusses 2004 als zivilrechtliche Vollmacht der langjährigen Praxis der Stadt Linz entspreche, beantragte die Beklagte die Zeugen „wie im Schriftsatz vom 18.5.2017 zum Thema Optimierung beantragt“. Nun ist dem Gericht der Zusammenhang der formalen Thematik Ermächtigung und Beauftragung durch GR-Beschlüsse mit dem materiellen Thema Optimierung zwar nicht gänzlich nachvollziehbar, doch ergibt sich der Umstand, dass der GR der Klägerin derartige Beschlüsse trotz Kenntnis der Kritik der Aufsichtsbehörde in beträchtlicher Zahl über einen langen Zeitraum gefasst hat (und vielleicht auch heute noch fasst), schon aus den vorgelegten Urkunden und Aussagen. Das Unverständnis der Beklagten für das Agieren und Nichtagieren der Organe der Klägerin vor diesem Hintergrund mag verständlich sein und auch vom Gericht geteilt werden, es wird aber erst im Hauptverfahren näher zu beleuchten sein. Ob dem GR aus seinem Vorgehen ein Vorwurf zu machen ist und inwieweit die Beklagte aus dem Verhalten der Organe der Klägerin Ansprüche ableiten kann, ist nicht Gegenstand dieser Entscheidung. Die Relevanz für die Gültigkeit des Swaps ist daher nicht erkennbar, da die Ansichten der handelnden Personen und die langjährig gelebte Praxis nichts an den Organisationsvorschriften und dem Zivilrecht ändern. Sowohl die nicht erteilte Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde, als auch die

dargestellte mehrfache Unzulässigkeit der Vorgangsweise des GR im Lichte des StL machen eine Beweisaufnahme dazu, wie die Mitglieder des GR den Beschluss interpretiert haben, entbehrlich, zumal Beschlüsse des GR wie ausgeführt objektiv auszulegen sind und nicht anhand der Interpretation einzelner Mitglieder des Kollegialorgans. Noch weniger ist von Relevanz, wie andere Organe und Organwalter den Beschluss aufgefasst haben. Mangels Wesentlichkeit des Beweisthemas für die Entscheidung erübrigt sich eine differenzierte Prüfung, welcher konkreten Zeugen aus dem Schriftsatz ON 465 sich die Beklagte zum Beweis dieses Umstands bedienen möchte. Es kann aber neben der Irrelevanz schon hier darauf hingewiesen werden, dass – wie bereits ausgeführt – das Wissen einzelner Mitglieder des GR dem Organ GR nicht ohne weiteres zugerechnet werden kann. Damit ist auch eine Beweisführung zum Wissen des GR durch Vernehmung einzelner GR, die Mitglieder des Finanz- und/oder Kontrollausschuss waren, nicht möglich. Noch weniger lässt sich der Wille des GR als Kollegialorgan, der nach strikten Regeln zu bilden, festzustellen und sich zu manifestieren hat (StL, GOGR, GOAu) durch Vernehmung einzelner Mitglieder einem Beweisverfahren unterziehen. Diesen Zwecken dienen insbesondere die von den Parteien ohnehin vorgelegten Protokolle und Beschlüsse. Innerhalb der Gemeindeorgane ist nach der Art ihrer Willensbildung zwischen Kollegialorganen und Einzelorganen (monokratischen Organen) zu unterscheiden. Bei Kollegialorganen treten mehrere Personen zusammen und treffen gemeinsam (kollegial) Entscheidungen. In Bezug auf die Gemeinde fallen hierunter der Gemeinderat, der Gemeindevorstand (Anm: bzw in Statutarstädten der Stadtsenat) sowie sämtliche Ausschüsse. Die kollegiale Organisationsform dieser Organe macht Regelungen hinsichtlich der internen Willensbildung notwendig, denn erst dann, wenn eine Personenmehrheit in einer rechtlichen Einheit organisatorisch zusammengefasst wird, entsteht ein eigenständiges Kollegialorgan. Demgegenüber bildet bei monokratischen Organen eine einzige Person den Willen für das Organ. Regelungen hinsichtlich der Geschäftsführung sind hier nicht notwendig, da alle Entscheidungsprozesse innerhalb dieser Person ablaufen. (Kerstin Gotthard, Die Geschäftsordnung für die Kollegialorgane der Gemeinde, RFG 2018/33, S.170 mwH).

Auch das Beweisthema, wie ■■■■ gegenüber anderen Banken aufgetreten sei, ist irrelevant. Der GR hat einen Vertrauenstatbestand zu setzen, nicht aber ■■■■. Zwar wird der ZFA auch auf Beratungs- und Wissensmängel gestützt, die aber infolge der Beschränkung der Verhandlung derzeit nicht relevant sind. Das gleiche gilt für das Vorbringen, Drittbanken hätten ■■■■ das Risiko ab 2009 detailliert erklärt. Nur der Kenntnisstand des GR und dessen Entscheidungen sind relevant, nicht aber der von ■■■■.

Inwieweit der Bericht des Kontrollamts ./16 nach sorgfältiger Prüfung erstellt wurde, ist für die Gültigkeit unerheblich und hat auch keine Relevanz für eine nachträgliche Genehmigung. Es

kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Der Kenntnisstand des [REDACTED] ist nicht dem GR zurechenbar. Der Inhalt des Berichts reicht für die Annahme oder auch nur den Anschein eines ausreichenden Wissens beim GR nicht aus und trägt auch keinen solchen Anschein.

In der Äußerung ON 611 und im Schriftsatz ON 465 beantragte die Beklagte zum Beweis, dass „der Swap 4175 durch eine nachträgliche Genehmigung geheilt“ worden sei, die Vernehmung der Zeugen [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED].

Zum erklärten Beweisthema ist festzuhalten, dass die Frage, ob der Swap durch eine nachträgliche Genehmigung geheilt wurde, eine Rechtsfrage darstellt und einer Beweisaufnahme gar nicht zugänglich ist. Zum vermutlich gemeinte Beweisthema, dass der Swap nachträglich genehmigt worden sei, ist auf die bisherigen Ausführungen zur nachträglichen Genehmigung und zu den Grenzen der Beweisführung zum Wissen und zu Handlungen des GR als Kollegialorgan zu verweisen. Die beantragten Zeuginnen und Zeugen waren Mitglieder des Finanzausschusses und zum Teil auch Mitglieder des GR und werden allenfalls im Hauptverfahren geladen werden. Eine Beweisführung zur Genehmigung wäre nur dann denkbar, wenn es konkretes Vorbringen gäbe, dass abweichend von den Inhalten der Sitzungsprotokolle des GR eine formal korrekte Beschlussfassung über die Genehmigung des Swaps stattgefunden habe und lediglich die Protokolle unvollständig seien. Ein solches Vorbringen gibt es aber nicht. Einzelne Mitglieder eines Kollegialorgans zu ihren Wünschen und ihrem Wissensstand zu befragen, die nicht Gegenstand einer Debatte und insbesondere einer Beschlussfassung geworden sind, führt zu nichts. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] ohnehin vernommen wurden und von der Beklagten befragt werden konnten. Die auch für das Gericht interessante Frage, warum nichts unternommen wurde, wird erst im Hauptverfahren gestellt werden.

Obiges gilt auch für den Antrag auf Vernehmung des StR Mayr und der Mitglieder des Finanzausschusses wie im Schriftsatz vom 18.5.2017 zum Beweis dafür, dass die Stadt Linz zur Reduktion der Zinslast ihres Fremdfinanzierungsportfolios bereit gewesen sei, ein Risiko zu übernehmen und dafür, dass das Risiko der Stadt Linz bekannt gewesen sei und bei dieser ein Risikobewusstsein vorhanden gewesen sei. Diese Beweisthemen sind für diese Entscheidung irrelevant. Sie werden im Hauptverfahren zu behandeln sein.

Der Beweisantrag auf ergänzende Vernehmung der Zeugin [REDACTED] zum Beweis dafür, dass die Klägerin, vertreten durch [REDACTED], vor und im Abschlusszeitpunkt über die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt habe, das Geschäft abzuschließen, scheitert schon daran, dass die Klägerin gerade nicht wirksam von [REDACTED] vertreten wurde. Seine Kenntnisse sind damit, im Gegensatz zum Wissen des GR, irrelevant. Darüber hinaus sind auch die

Ausführungen der Beklagten zur ergänzenden Vernehmung nicht schlüssig. Die Zeugin [REDACTED] wurde bereits vernommen, die „Konzentration auf die Gültigkeit“, allerdings ohne beschlossene Beschränkung, fand bereits lange vor dieser Vernehmung statt (vgl nur die Erörterungen des Richters in der vorbereitenden Tagsatzung Protokoll ON 45, S. 2). Wenn die Beklagte von „ihren Zeugen und den Zeugen der Gegenseite“ spricht und Waffengleichheit fordert, muss ihr vor Augen gehalten werden, dass der Zeuge [REDACTED] und die Zeugin [REDACTED] von beiden Seiten beantragt wurden und beide der Wahrheitspflicht unterliegen. Es gibt daher nicht „meine und deine Zeugen“. Darüber hinaus hat das Gutachten mit dem ausgeführten Beweisthema nichts zu tun, die Sachverständigen wurden nicht zur Klärung des Kenntnisstands des [REDACTED] beigezogen, weil es sich nicht um eine Sachverständigenfrage handelt. Wenn der Umstand, dass ein Zeuge vor dem anderen vernommen wird, automatisch dazu führte, dass eine ergänzende Befragung des früheren Zeugen durchzuführen wäre, müssten alle Zeuginnen und Zeugen bis auf den letzten in allen Verfahren ergänzend vernommen werden. Dem ist natürlich nicht so. Der Antrag ist daher schon im Lichte des § 344 Abs 1 ZPO unzureichend und unschlüssig begründet.

Zu den Beweisanträgen zum Beweisthema Risikomanagement der Klägerin ist auszuführen, dass die Optimierungseignung vom Gericht verneint wird, weil der Swap zu Situationen führen kann, in denen die Klägerin bei Fortsetzung des Swaps und auch zu dessen Beendigung Zahlungen leisten müsste, dies aber ohne vorherige Zustimmung des Landes OÖ nicht kann, weil die Klägerin die Zahlung oder den Ausstieg ohne Genehmigung der absehbar notwendigen Fremdmittelaufnahme nicht finanzieren kann. Es ist daher irrelevant, ob die Klägerin ein Risikomanagement hatte und wie dieses aussah und aufgestellt war. Die Klägerin hätte ohne Genehmigung des Landes nicht handeln können, auch wenn ein stadtinternes Risikomanagement existent gewesen sein sollte und man ihm entsprechend reagiert hätte. Um es plastisch auszudrücken: die Beweisführung zielt darauf ab festzustellen, dass die Klägerin quasi einen Feuerlöscher hatte, der einen Flächenbrand verhindern könnte. Dabei übersieht sie aber, dass die Klägerin ab gewissen Schwellenwerten nicht mehr in der Lage war, diesen Feuerlöscher ohne vorherige Genehmigung durch das Land OÖ zu bedienen. Ob die Klägerin von sich aus in der Lage gewesen wäre, den Swap 4175 und das mit ihm verbundene Risiko zu verstehen und zu beherrschen, wurde nicht abschließend geprüft, weil die Wahrscheinlichkeitsberechnungen ergeben haben, dass mit ausreichender Wahrscheinlichkeit der Swap zu Situationen führen wird, die die Klägerin aufgrund ihrer statutenmäßigen Beschränkungen alleine gar nicht meistern darf und kann. Je schlimmer die Situation für die Klägerin dabei wird und je dringender daher eine Maßnahme nötig wäre, desto weniger kann sie alleine etwas bewirken und entscheiden. Die Situation ist ähnlich der der Beklagten, die ja selbst ausführte, dass sie das Geschäft mit der Klägerin unbedingt beenden habe wollen, aber die Verwirklichung eines Kündigungstatbestands abwarten habe

müssen. Genauso hätte die Klägerin, sobald sie aufgrund eines funktionierenden Risikomanagements erkannt hat, dass das Risiko aufgrund geänderter Marktdaten für sie nicht mehr tragbar sei, warten müssen, bis das Land OÖ einer Fremdfinanzierung des Ausstiegs zustimmt, nachdem zuvor der GR der Fremdmittelaufnahme zustimmen müsste. Die allfällige Existenz eines Risikomanagements auf Magistratsebene ändert daher nichts an der Unbeherrschbarkeit des mit dem Swap verbundenen Risikos durch die Klägerin, die aus der Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Klägerin als Gemeinde resultiert.

Der Antrag, den Zeugen „[REDACTED]“ (siehe dazu das ominöse Schreiben ON 613) zu vernehmen zum Beweis, dass BM Dobusch von Anfang an vom Swap Bescheid gewusst habe und als Beweis für dessen Unglaubwürdigkeit war schon wegen Irrelevanz nicht aufzunehmen, ohne dass auf den Präklusionsantrag der Klägerin eingegangen werden muss. Der Kenntnisstand des BM vom Swap ist nicht entscheidungswesentlich und ebenso wenig die (aus Sicht des Gerichts grundsätzlich zu bejahende) Glaubwürdigkeit in Bezug auf seine Einbindung. Relevant war lediglich seine Aussage, dass der GR vorerst nicht eingebunden wurde, wobei es zu seinen Angaben auch keine gegenteiligen Beweisergebnisse gab. Der Antrag ist auch mangelhaft, weil unvollständig, da der Beklagtenvertreter keine Adresse bekannt gegeben hat. Die in ON 613 angeführte Anschrift ist nach dem Inhalt des Schreibens selbst nicht mehr aktuell. Es wäre daher an der Beklagten gelegen, eine Zustelladresse bekannt zu geben. Mangels Relevanz wäre der Zeuge aber dennoch nicht vernommen worden. Der erkennende Richter legt auch offen, dass er sich nicht an die vom Beklagtenvertreter erwähnte Inaussichtstellung einer amtswegigen Beweisaufnahme erinnern kann, wiewohl er eine solche auch nicht gänzlich ausschließt, jedenfalls aber mangels Relevanz für die abgesonderte Verhandlung. Auch die Ankündigung einer amtswegigen Beweisaufnahme entbindet im Übrigen nicht die Parteien, selbst die Aufnahme der ihr relevant erscheinenden Beweise zeitgerecht und formal vollständig zu beantragen.

Auch bei den übrigen Personalbeweisanträgen ist eine auch nur abstrakte Relevanz nicht zu erkennen, es wird auf die ohnehin bereits redundanten Ausführungen zu den wesentlichen und unwesentlichen Sachverhaltselementen verwiesen.

Zuletzt ist noch auf die von der Beklagten gestellten Editionsanträge einzugehen, auf die der Beklagtenvertreter in der mündlichen Streitverhandlung hinwies, weil diese für das Verfahren zum Teil relevant seien. Eine Konkretisierung, welche der zahlreichen Vorlageanträge konkret für den ZFA gemeint seien, erfolgte nicht, auch im Rahmen der Rüge der Nichterledigung als Verfahrensmangel. In der Äußerung zum ZFA ON 610/611 wird auf keinen einzigen Vorlageantrag Bezug genommen, sondern lediglich pauschal erklärt, dass sämtliche im Hauptverfahren gestellten Beweisanträge aufrecht bleiben. Dies, obwohl das Gericht ausdrücklich eine abschließende Äußerung aufgetragen hat (Prot ON 607, S. 7), womit

naturgemäß eine in sich geschlossene, vollständige, umfassende und eigenständige Stellungnahme zum ZFA gemeint war, die den Standpunkt und die Anträge der Beklagten umfassend und abschließend darlegt. Nachdem somit nicht eindeutig erklärt wurde, dass und welche Editionsanträge auch im Zwischenverfahren über den ZFA erhoben werden, geht das Gericht nach den Ausführungen des Beklagtenvertreters in der Tagsatzung auf sämtliche offenen Anträge der Beklagten ein. Für die Entscheidung über den ZFA fehlt es auf Grundlage der Ausführungen der Beklagten in den Anträgen den begehrten Urkunden schon abstrakt an der notwendigen Relevanz, sodass ihnen während der abgesonderten beschränkten Verhandlung nicht stattzugeben war. Auch eine abweisende Entscheidung war nicht zu treffen, vielmehr behält sich das Gericht eine abschließende Entscheidung vor und wird diese zum geeigneten Zeitpunkt im Rahmen des Hauptverfahrens treffen. Ob sie für das Hauptverfahren relevant sein können, ist hier im Rahmen der abgesonderten Verhandlung nämlich nicht zu prüfen, sondern lediglich deren Irrelevanz darzulegen, die auch von der Klägerin größtenteils konform mit der Rechtsansicht des Gerichts dargelegt wurde (ON 492, Erörterung in ON 518. Ein Abweichen besteht etwa darin, dass die Klägerin die Äußerungen des BM 2010 ausreichen lassen möchte, einen Vertrauenstatbestand endgültig auszuschließen und nachfolgenden Urkunden jegliche Relevanz abspricht (ON 492, S. 12), wohingegen das Gericht dafür an die erste Äußerung des GR im Jahr 2011 anknüpft.)

Anzumerken bleibt, dass die folgenden Ausführungen überhaupt nur dann schlagend werden, wenn man eine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht verneint, da sich keiner der Anträge auf eine Beweisführung der erfolgten Genehmigung bezieht.

Editionsanträge der Beklagten finden sich an zahlreichen Stellen des Aktes (zB, aber nicht ausschließlich in den ON 7, 60, 75, 92, 105, 134 und 305) und wurden auch mehrfach erörtert. Unter Zugrundelegung der zuletzt erfolgten Ausführungen der Beklagten in ihrem Schriftsatz ON 470 und den Erörterungen dazu im Prot ON 518, S. 7 f geht das Gericht davon aus, dass der Beklagtenvertreter sich mit den von ihm in der letzten Tagsatzung erwähnten Vorlageanträgen auf folgende Urkunden bezog:

1. Vorberichte des Finanzdirektors zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011
2. Kontrollamtsberichte zu den Rechnungsabschlüssen 2010, 2011
3. Kontrollamtsbericht vom 12.9.2012 zur Gebarungsprüfung der Immobilien Linz GmbH und der Immobilien Linz GmbH & Co KG im Hinblick auf offene derivative Einzelgeschäfte mit verschiedenen Banken (insbesondere Fremdwährungs- und so genannte Zinssicherungsgeschäfte)
4. Prüfbericht des Präsidialamtes (PrA, später Präsidium, Personal und Organisation „PPO“) zum Amtsbericht 2004, auf dem der GRB 2004 basierte („Aktueller AV zur Prüfung der Vorlage

an den GR/StS“)

5. Laufzettel zum Beschlussgegenstand im Hinblick auf die Fassung des GRB 2004 („Amtsvorlage samt Abstimmungsformular“)

6. Aktenvermerke oder Niederschriften gemäß § 27 Abs 2 GEOM über den Abschluss des Rahmenvertrags vom 26.9.2006, insbesondere aus dem Verwaltungsakt zu GZ 901, sowie im Zusammenhang mit Restrukturierungsangeboten der Beklagten, über Besprechungen zum Swap 4175 zwischen [REDACTED] und Mayr (insbesondere am 8.2.2007) sowie zwischen [REDACTED] und Dobusch (insbesondere am 9.2.2007) und über das Schreiben vom 11.11.2008 (Beilage ./20)

7. Restrukturierungs- bzw Ausstiegsangebote in Bezug auf den Swap 4175 von Dritten, insbesondere das Restrukturierungs- bzw Ausstiegsangebot von Barclays an die Stadt Linz von Ende April / Anfang Mai 2008

8. Vollständigen Stellungnahme vom Jänner 2013 an den Rechnungshof zu dessen im Oktober 2013 übermittelten Ergebnis der Prüfung der Fremd-währungs- und Zinssicherungsgeschäfte (vgl Beilage ./155, dort S 81, Tz 28.3).

Zu 1.-3.:

Die beantragten Vorberichte zu den Rechnungsabschlüssen und die Kontrollamtsberichte sind nicht wesentlich, da sie zum Nachweis einer erfolgten nachträglichen Genehmigung schon abstrakt nicht geeignet sind. Es bedürfte unabhängig von deren Inhalt des Beweises einer Behandlung und Beschlussfassung im GR. Das ist bei den Kontrollamtsberichten, die nicht an den GR, sondern den Kontrollausschuss gehen, nicht der Fall. Anderes ergibt sich auch nicht aus den vorliegenden Sitzungsprotokollen des GR. Das betrifft auch den Kontrollamtsbericht zur ILG, bei dem sich die Beklagte nur auf den Kenntnisstand des StR Mayr bezieht, der nicht einmal Mitglied des GR war. Der Bericht betrifft auch seiner Natur gemäß nicht den Swap 4175, sondern andere Derivate einer eigenen Rechtsperson. Anderes behauptet die Beklagte auch nicht, wenn sie aufzählt, welchen „maßgeblichen Gremien“ die Kontrollamtsberichte vorgelegt worden seien, ohne aber das einzige maßgebliche Gremium, nämlich den GR dabei zu erwähnen. Es muss noch einmal festgehalten werden, dass zwischen dem GR als Kollegialorgan und einzelnen Mitgliedern zu unterscheiden ist.

Die von der Beklagten in den Urkunden vermutete Erkennbarkeit der finanziellen Folgen können auch schon abstrakt nicht auf eine Genehmigung schließen oder auf eine solche vertrauen lassen. Die Auswirkungen des Swaps ex post können dort nur die saldierten Zahlungen eines Jahres darstellen, nicht aber das eigentlich relevante und von den Zahlungsströmen nur ansatzweise erschließbare mit dem Swap tatsächlich verbundene Risiko

oder die konkrete Natur des Geschäfts. Damit wären die Informationen aus den Urkunden, selbst unter der Annahme der Dichte, wie sie die Beklagte behauptet, als Grundlage für eine nachträgliche Genehmigung nicht geeignet. Daher kann auch aus einer Genehmigung des Rechnungsabschlusses nicht auf eine Genehmigung des Swaps geschlossen werden. Wenn die Beklagte weiters ausführt, es könne „den Mitgliedern des Gemeinderats durchaus zugemutet werden [...], den Vorbericht des Finanzdirektors zu lesen“, spricht sie ein Kennenmüssen des Vorberichts an. Ein solches ist aber nur für eine verschuldete Unkenntnis und daraus ableitbaren Ansprüchen relevant, nicht aber für die Gültigkeit. Nachdem eine solche fahrlässige oder gar vorsätzliche Unkenntnis selbst für diese Ansprüche nur relevant sein kann, wenn die Mitglieder des GR die Berichte nicht kannten, ergibt sich schon aus der Formulierung, dass auch die Beklagte nicht unbedingt von einer Kenntnis ausgeht, dass sich die einzelnen Mitglieder damit befassen haben, geschweige denn das Gremium. Jedenfalls aber fehlt es an einem geringsten Anhaltspunkt einer Behandlung im GR.

Die Beweisthemen Kontrollversagen der Klägerin und Verschulden am Schaden sind für den ZFA jedenfalls irrelevant.

Zu 4.-5.:

Diese Urkunden betreffen die interne ex ante-Prüfung des GR-Beschlusses vom 3.6.2004. Die rechtliche Einordnung und Beurteilung des GR-Beschlusses ist Aufgabe des Gerichts. Lediglich im Rahmen der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht ist das Gericht an eine Entscheidung des Landes OÖ gebunden, ansonsten besteht aber keinerlei Bindung an Rechtsmeinungen oder auch rechtliche Einordnungen faktischer Handlungen durch die Klägerin bzw ihre Organe, auch nicht an Prüfungsergebnisse der Verwaltung der Klägerin oder rechtlich völlig untragbarer Vorstellungen der politischen Führung. Wenn daher die Beklagte die Vorlage dieser Urkunden zum Beweis dafür beantragt hat, dass die formelle Prüfung des Magistrats keine Mängel des GR-Beschlusses vom 3.6.2004 zu Tage gebracht habe, so ist dieser Umstand zwar anzunehmen und geht auch das Gericht davon aus, widrigenfalls der Beschluss wohl nicht so gefasst worden wäre und weil der Magistrat (PPO) sein Ergebnis ja sogar auch nachträglich noch verteidigt und bestätigt hat, er ist aber irrelevant, weil das Gericht den Beschluss selbst rechtlich prüfen muss. Dass dieser Beschluss aus der vom Prüfungsergebnis abweichenden Sicht des Gerichts zahlreiche offensichtliche Mängel aufweist, wurde bereits umfassend dargelegt. Wenn die Beklagte weiters damit beweisen möchte, dass durch dieses Prüfungsverfahren der Anschein einer Gültigkeit erzeugt worden sei, beruft sie sich rechtlich unschlüssig neuerlich auf einen Anschein, den nicht das zuständige Organ erweckt hat, sondern hier der Magistrat. Nachdem diese internen Unterlagen auch keinen außenwirksamen Anschein erwecken können, auch

nicht bei der Beklagten, die ja offenlegt, dass sie diese Unterlagen nicht hat und damit auch früher nicht hatte, scheiden sie bereits abstrakt als Beweismittel dafür aus. Auch inhaltlich ist der Ansatz der Beklagten verfehlt, weil der Beschluss, wie dargelegt, so interpretiert werden kann, dass er einen gültigen Inhalt aufweist. Er versagt jedoch als Genehmigungsgrundlage für den Swaps 4175 und als Grundlage für eine StL-widrige Übertragung der internen oder externen Abschlussbefugnis für dieses Geschäft. Dies konnte der Magistrat im Jahr 2004 aber gar nicht prüfen, weil der Swap erst 2007 abgeschlossen wurde. Die begehrten Urkunden sind daher für die Gültigkeit des Swaps aus mehreren rechtlichen und tatsächlichen Gründen irrelevant. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die Klägerin bestreitet, den Prüfbericht des Präsidialamtes noch zu haben. Das Abstimmungsergebnis ist dahingehend nicht strittig, dass der Beschluss gefasst wurde. Das Abstimmungsverhalten einzelner GR oder Fraktionen ist irrelevant, wird zum Teil nicht festgehalten und ergibt sich im Übrigen außerdem aus den bereits vorliegenden Urkunden (.11).

Zu 6.:

Obiges gilt auch für die begehrten Aktenvermerke. Diese betreffen nicht das Handeln des GR. Der Informationsstand von ■■■■■, Dobusch und Mayr ist nicht relevant, überdies hatte die Beklagte die Gelegenheit, alle drei zu befragen. Es geht nicht um deren Kenntnisse oder einen Kenntnisstand „der Stadt Linz“, sondern ausschließlich um eine Behandlung und Genehmigung des Swaps durch den GR, dem auch nicht das Wissen aller Organe oder gar aller Mitarbeiter der Stadt Linz zuzurechnen ist. Allerdings bestätigt die Beklagte durch ihre Ausführungen geradezu das Ergebnis der Beweisaufnahme, dass der GR nicht eingebunden gewesen ist, kommt dieser doch in ihren gesamten Ausführungen zu den internen Vorgängen nicht vor. Nicht einmal im Zusammenhang mit dem Schreiben .120 behauptet die Beklagte eine Einbindung des GR, sondern nur ■■■■■ und Mayr und bringt vor, diese hätten sich entschlossen, keine Schritte zu setzen. Dem Abschluss des Rahmenvertrags 2006 und dem Ausschlagen von Restrukturierungsangeboten 2008 mangelt es darüber hinaus auch an einem nachvollziehbaren Bezug zum Swap 4175. Auch hier bestreitet die Klägerin, über weitere als die bereits vorgelegten Unterlagen zu verfügen.

Zu 7.:

Die beantragte Vorlage von Restrukturierungs- und Schließungsangeboten von Drittbanken ist für die Frage der Gültigkeit schon abstrakt nicht relevant, solange auch hier keine Befassung des GR mit dem Swap und diesen Angeboten behauptet wird.

Zu 8.:

Der Antrag wurde trotz gesamter Vorlage durch die Klägerin, zuletzt ./HX und ./HY und Ergebnis des Auftrags nach § 298 ZPO durch das Gericht soweit ersichtlich nicht zurückgezogen. Es ist ihm auch keine Entscheidungswesentlichkeit zu entnehmen. Soweit sich die Beklagte auf den Inhalt und eine entsprechende Beweisführung beruft, dass die Klägerin eine Stop-Loss-Strategie verfolgt habe, mangelt es an einer entsprechenden Relevanz, weil eine solche, soweit sie von der Beklagten behauptet wird, aufgrund der Volatilität des Swaps bzw seiner Kosten und den dargelegten Beschränkungen der Klägerin trotzdem nichts an der mangelnden Optimierungseignung und daher auch an der darauf gestützten Ungültigkeit des Swaps nichts ändert. Fehler der Klägerin im Rahmen der Abwicklung sind hier nicht zu behandeln.

Auch den anderen Beweisanträgen (auch Editionsanträgen, soweit sie entgegen der auf ON 470 gestützten Annahme des Gerichts doch noch aufrechterhalten und auch auf die abgesonderte Verhandlung bezogen worden sein sollten) mangelt es an einer erkennbaren Relevanz. Es wird auf die gesamte rechtliche Beurteilung und die daraus erkennbare Einschätzung des Gerichts, was nun relevant sei und was nicht, verwiesen.

Kostenentscheidung

Ein Kostenzuspruch hatte in der Urteilsausfertigung zu unterbleiben. Zwar wurde die unterlegene Beklagte in der Verkündung dem Grunde nach zum Kostenersatz im Verfahren über den ZFA verurteilt und die Bestimmung der Höhe nach der schriftlichen Urteilsausfertigung vorbehalten, um die Verhandlung von einer Prüfung der äußerst umfangreichen Kostennoten zu entlasten, tatsächlich sind aber nach genauer Prüfung keine Kosten entstanden, die ausschließlich dem Verfahren über den ZFA zuzuordnen und daher zu ersetzen wären. Sämtliche verzeichnete Kosten betreffen entweder gar nicht oder nicht allein den Zwischenantrag auf Feststellung, über den abgesondert verhandelt wurde (die zugleich beschlossene Beschränkung auf einzelne Streitpunkte hat keine Auswirkung auf den Streitwert) oder betreffen Leistungen, die im weiteren Verfahren verwertbar sind (*Obermaier*, Kostenhandbuch³ Rz 1.331 mwN (Stand 8.1.2018, rdb.at)). Das gilt für den ZFA ON 591, der auch andere Anträge enthält, die durchgeführten Beweisaufnahmen im Rahmen der mündlichen Streitverhandlung, die auch für das weitere Verfahren relevant und verwertbar sind und damit einhergehend auch für den Protokollberichtigungsantrag ON 617. Die

Äußerung ON 605 ist dem Zwischenstreit über die Ablehnung des Richters durch die Beklagte zuzuordnen und wurde daher mit der dortigen Kostenentscheidung abschließend erledigt, woran die irrige Einbringung zum Cg-Verfahren nichts ändert. Auch über die Kosten der Tagsatzung vom 7.1.2020 ist nicht hier gesondert vom Hauptverfahren abzusprechen. Schon zu Beginn der Tagsatzung hat die Klägerin umfassende Urkundenerklärungen abgegeben und ein auch für das Hauptverfahren relevantes Urkundenverzeichnis vorgelegt. Auch wenn die Erklärungen nur im Rahmen der Beschränkung der Verhandlung zugelassen wurden, kann diese zur Gänze später durch bloßen Verweis für das Hauptverfahren fruchtbar gemacht werden. Darüber hinaus wurde zusammen mit der Verkündung des Urteilsspruchs auch der Beschluss auf Aufhebung der Trennung und Beschränkung der Verhandlung verkündet. Unabhängig davon, ob man die Kostenentscheidung im Zwischenurteil nach § 393 Abs 2 ZPO den Regelungen über den Zwischenstreit oder analog denen bei Fällung eines Teilurteils unterstellen möchte, weil über einen Teil des Gesamtstreitwerts abgesprochen wird, wären die Kosten, über die abzusprechen wäre bzw abgesprochen werden könnte, mit 0 zu bestimmen, weil keine der verzeichneten Leistungen ausschließlich im Zwischenstreit angefallen ist. Damit konnte aber die in der Verkündung vorbehaltene Ausfertigung einer Kostenentscheidung zur Gänze unterbleiben, ohne dass dies im Widerspruch zur Verkündung stünde. Über sämtliche Kosten wird im Rahmen der Endentscheidung abzusprechen sein.

Handelsgericht Wien, Abteilung 55

Wien, 7. Jänner 2020

Andreas Pablik, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG

SITZUNG DES GEMEINDERATES 08.06.2004

Das heißt, wir werden bis 2020, schätze ich, noch zusätzlich zwei SeniorInnenzentren in Linz in der Größenordnung von 120 Betten brauchen, wenn das jetzt alles quasi in dieser Periode – um die geht es jetzt – erledigt werden soll. Wenn das fertig ist, dann wird man in den nächsten eininhalb Perioden noch zwei solche Einrichtungen, schätze ich, brauchen.

Das Zweite ist, man muss, glaube ich, schon auch einsehen, dass die Personalsituation eine besonders schwierige ist derzeit, weil nicht nur in Linz, sondern in ganz Oberösterreich die Pflegebetten-Anzahl und damit der Pflegepersonalbedarf in relativ kurzer Zeit gigantisch gestiegen ist und wir in Wahrheit, obwohl wir verschiedenste Maßnahmen gesetzt haben, das Pflegepersonal gar nicht bekommen haben.

Wir haben zum Beispiel die Diplomkrankenschwestern-Ausbildung im AKH gewaltig gestelgt. Es ging auch eine Zeitlang gut, aber dann hat wieder das AKH selbst relativ viel Personal gebraucht. Sehr viele, die wir ausbilden, wandern auch in das Umland ab, in die Heimatgemeinden, wenn dort Einrichtungen entstehen.

Ich persönlich glaube, wenn wir die Ausbildungskapazitäten halten können, teilweise Menschen auch aufschulen können, dass wir nicht mehr den Zuwachsbedarf, den wir in den letzten Jahren gehabt haben, in dem Ausmaß haben werden – zumindest in Linz Stadt nicht bis 2010 –, sodass es wirklich leichter sein müsste, wieder mehr Personal zu finden.

Ich verhehle nicht, dass die Situation in Keferfeld-Qued mit den zwei leeren Stationen uns natürlich als Zufall gelegen kommt. Es hätte auch anders sein können, dass das Haus besetzt ist und dass wir andere Übersiedlungsszenarien entwickeln hätten müssen, was wir ja zuerst geglaubt haben.

Dass wir zum Beispiel das Kursana stärker nutzen – das ist schon auch noch eine dritte Einrichtung, die auch relativ groß ist und die man ruhig auch miteinsetzen kann in der Versorgungssituation von Urfaar – das ist jetzt ein Glück, würde ich sagen. Und wenn dann das betreute Wohnen der GWG fertig wird, kann wieder ein Teil in diesen Komplex übersiedelt werden.

Daher würde ich sagen, ist es derzeit die Chance, das so zu lösen. Wir glauben auch, es für die BewohnerInnen verträglich zu lösen, wobei uns völlig klar ist, diese älteren Menschen, die sich eingelebt haben im Hillinger-Heim, wieder woanders hinzugeben, ist eine ganz schwierige Situation. Da muss natürlich schon das nötige Fingerspitzengefühl von unseren MitarbeiterInnen und Mitarbeitern vorhanden sein.

Insgesamt glaube ich, dass wir mittelfristig in ganz Oberösterreich die Personalsituation besser in den Griff bekommen, als es heute tatsächlich der Fall ist, wo wir hier wirklich einen Mangel haben. Mit entsprechenden Maßnahmen wird das möglich sein."

Gemeinderat Dr. Sonnberger:

„Geschätzte Damen und Herren, der Herr Bürgermeister hat es schon angesprochen, diese Umsiedlungsaktivitäten sind ja keine einfachen und leichten, weil es hier doch um sehr essentielle Probleme der einzelnen Seniorinnen und Senioren geht und natürlich auch der Angehörigen.“

Man muss sich schon vorstellen, dass durch eine Übersiedlung in einen anderen Stadtteil, wo die Angehörigen in diesem Stadtteil meistens auch leben, in Urfaar, wo sich das Hillinger-Heim befindet, diese natürlich viel längere Anfahrtswege haben, dadurch natürlich die Besuchshäufigkeit in Frage gestellt ist, und, und, und. Das heißt, ich finde es gut, dass zumindest auch festgehalten wird, dass eine gewisse Sensibilität notwendig ist. Es hat ja Beispiele gegeben, auch im Bereich Sonnenhof, wo das durchaus gelungen ist und man versucht hat, Lösungen anzubieten.

Wichtig ist uns von der ÖVP-Fraktion jedenfalls, dass im Hinblick auf die über 300 privaten Pflegebetten diese Pflegeheime so modernisiert werden, dass sie mit dem Ausbauprogramm der Stadt, das in den letzten Jahren stattgefunden hat, mithalten können. Hier wird es notwendig sein, Schwerpunkte zu setzen, damit auch diese privaten Pflegeheime in so einen Zustand kommen, der vergleichbar mit den städtischen ist und dass es letztendlich doch innerhalb einer verhältnismäßig kurzen Zeit stattfinden soll, weil einfach der Bedarf da ist und die Sanierungsnotwendigkeit dieser Gebäude offensichtlich ist.

Es gibt ja schon Projekte und wir von der ÖVP-Fraktion sind natürlich auch der Meinung, diese privaten Anbieter von Pflegeheimbetten so schnell, rasch und gut wie möglich zu unterstützen, damit auch die Seniorinnen und Senioren in diesen Pflegeheimen einen sehr guten Standard vorfinden. (Beifall ÖVP)

Der Vorsitzende erteilt der Referentin das Schlusswort.

Vizebürgermeisterin Dr.ⁱⁿ Holzhammer:

„Dass öffentliche und private Träger in Linz schon seit Jahrzehnten erfolgreich zusammenarbeiten, das wird immer bewiesen. Ich möchte nur daran erinnern, dass wir auch das SeniorInnenzentrum Lenuapark an die Vinzenzgemeinde, also dem Sonnenhof in die Betriebsführung gegeben haben. Von den Kindergärten möchte ich gar nicht sprechen. Die Vollversorgung

hängt auch damit zusammen, dass die Caritas ein sehr starkes Angebot hat, dass die Kinderfreunde ein Angebot haben, also öffentliche und private Träger ergänzen einander in Linz. Wichtig ist, dass wir eine Vollversorgung in diesen Bereichen erreichen.“

Allerdings ist richtig, dass wir gerade im Pflegebereich das Verhältnis etwas umgekehrt haben. Ich denke zurück, vor einigen Jahren war es ungefähr so, dass die Stadt in etwa ein Drittel der Betten im Pflegebereich angeboten hat und die Privaten zwei Drittel. Im Moment hat sich das Verhältnis umgekehrt. Aber wenn auch dieses Ausbauprogramm der Privaten erfolgt, wird es in etwa mit vielleicht einem Unterschied von einer 100 Betten-Kapazität wieder im Lot sein.

Wichtig ist, glaube ich, dass diese Maßnahmen – auch der Privaten – so rasch als möglich umgesetzt werden, denn die SeniorInnen wollen Qualität. Das hat uns letztendlich auch dazu bewogen, das Hillingerheim in ein Pflegeheim umzubauen. Was nützt uns ein Wohnheim, das nicht mehr angenommen wird, weil der Standard nicht mehr passt und wo natürlich der Pflegenling zwar den Platz haben möchte, weil er zentrale Lage hat, aber jeder schaut nach der Größe des Zimmers, jeder schaut nach der nicht vorhandenen Dusche. Ich möchte mich jetzt nicht verbreitern, aber es ist einfach nicht mehr der Standard, der heute von einem Pflegeheim erwartet wird.

Unsere Tendenz, dass die älteren Menschen so lange wie möglich in den eigenen vier Wänden bleiben – nachträgliches Lifteinbauprogramm, Ausbau der mobilen Dienste – führt einfach dazu. Wenn man ein Pflegefall wird, braucht man ein Heim und dann braucht man ein funktionsfähiges Pflegeheim und nicht ein Wohnheim. Ich glaube, dass es trotzdem die richtige Strategie ist.

Was die Ausbildungskapazitäten anlangt, ist es richtig, dass es auf Grund der vielen neuen Pflegeheime, die oberösterreichweit entstanden sind, vorübergehend zu einem Engpass gekommen ist. Aber ich bin überzeugt, dass wir durch diese ganzen Ausbildungsmaßnahmen, die jetzt laufen, über kurz oder lang genügend Pflegepersonal haben. Da gebe ich auch dem Kollegen Trauttmayr Recht, wenn wir diese Heime umgesetzt haben, dass es nicht sein kann, dass dann das erforderliche Personal nicht vorhanden ist. Aber wir haben jetzt ca. vier Jahre Zeit, bis dorthin haben alle, die jetzt in Ausbildung sind, diese Ausbildung abgeschlossen. Ich bin zuversichtlich, dass wir das Ziel, alle Pflegeabteilungen dann tatsächlich auch mit dem nötigen Personal besetzen zu können, auf alle Fälle erreichen.

Ich bitte noch einmal, dass dieser Antrag vom Gemeinderat

zur Kenntnis genommen wird. Wie gesagt, wir werden den Gemeinderat ständig mit den neuen, notwendigen Anträgen befassen, Danke.“ (Beifall SPÖ)

Der Antrag wird einstimmig angenommen.

K ANTRÄGE DES FINANZ-, BILDUNGS- UND BAUAUSSCHUSSES

Stadtrat Dr. Mayr berichtet über

K-1 - Aufnahme von Fremdmitteln zum Zweck der Umschuldung sowie Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten

und stellt nach Überlegung des Sachverhaltes laut dem vorliegenden Amtsbericht folgenden Antrag:

Der Gemeinderat beschließt:

„1. Die Aufnahme von Fremdmitteln zum Zweck der Umschuldung in Höhe der zu tilgenden Finanzverbindlichkeiten wird genehmigt.“

2. Die Finanz- und Vermögensverwaltung wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren.“

3. Die Verrechnung erfolgt auf der VAST 6.9500.346000, Darlehensaufnahmen Finanzunternehmen.“

Nachstehende Wortmeldungen liegen dazu vor:

Vizebürgermeister Dr. Watzl:

„Ich möchte für die ÖVP-Fraktion zunächst grundsätzlich festhalten, dass die Darstellungen der Finanzverwaltung im Amtsbericht sehr korrekt getroffen sind und vor allem auch im Punkt 2, was die Fremdwährung, die ausländischen Währungen anlangt, schon darauf hinweisen, dass – wie die Finanzverwaltung richtig darlegt – auf Grund der erhöhten Schwankungsbereitschaft, insbesondere des Schweizer Franken, auch klargemacht wird, dass die ÖVP-Position, die unverändert heute die gleiche ist wie vor Monaten, derart dargelegt wird, dass ein Fremdwährungskredit eben ein Risikokredit ist.“

Wenn die Finanzverwaltung richtigerweise schreibt, dass auf

Grund dieser erhöhten Schwankungsbereitschaft, bezogen auf die offene Schweizer-Franken-Position der Stadt, eine Aufwertung der Verbindlichkeit um rund 8,5 Millionen Euro erfolgt ist, heißt das, die Finanzsituation der Stadt Linz wurde um 8,5 Millionen Euro verschlechtert in diesem Beobachtungszeitraum und damit ist in Wahrheit – im Nachhinein ist man immer klüger – ein Fremdwährungskredit und vor allem auch der Schweizer Franken-Kredit oder die Anleihe eben ein Risikogeschäft.

Zweitens, die ÖVP-Fraktion ist dafür, dass das Finanzmanagement optimiert wird. Ich sage aber auch dazu, dass dies vor dem Hintergrund klarer Spielregeln passieren sollte, denn provokant gesagt, wenn überhaupt, hat der Gemeinderat in punkto Budgetfragen noch eine Controllingaufgabe, eine Kompetenz, eine Zuständigkeit. Dieser Gemeinderat soll sich im Klaren sein, dass mit diesem Beschluss der Gemeinderat eine wesentliche Kompetenz delegiert – nämlich an den Finanzreferenten – und damit eine wesentliche Aufgabe an eine Person weitergibt. Immerhin, Kollege Mayr hat es richtig gesagt, es geht um 345,16 Millionen Euro, also rund um 4,5 Milliarden Schilling – das ist nicht gerade wenig.

Daher vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass vor allem im Bereich der Fremdwährungskredite ein erhöhtes Risiko gegeben ist, vor allem ein Risiko gegeben ist, dass die Stadt Linz sicher nicht beeinflussen kann, das zeigt auch die Kursschwankung, das zeigt die Tatsache Rohölpreisanstieg, Irakbedrohnszenario, Terroranschläge, da gerade der Schweizer Franken unter Bankexperten immer wieder zu Recht als eine Fluchtwährung bezeichnet wird und mit einem derartigen Schritt automatisch die Relation für die Stadt Linz eine extrem schlechte wäre, stelle ich namens der ÖVP-Fraktion einen Änderungsantrag, wonach im Beschluss text auch aufgenommen werden soll, dass eine nachträgliche Information bzw. Berichterstattung des Finanzausschusses erfolgen soll und im Bereich der Fremdwährungskredite nicht eine Person allein die Verantwortlichkeit tragen sollte, sondern jedenfalls ein Kollegialorgan Verantwortung tragen sollte, weil der Stadtsenat vergleichbar mit einem Unternehmen mit der Geschäftsleitung doch rascher zusammenkommen kann und das auch erforderlich erscheint. Konkret lautet der Änderungsantrag:

„1. Die Aufnahme von Fremdmitteln zum Zweck der Umschuldung in Höhe der zu tilgenden Finanzverbindlichkeiten wird genehmigt, wobei Fremdfinanzierungsgeschäfte in ausländischer Währung der Stadtsenat nach Aufzeigen der Chancen und Risiken durch den Herrn Finanzreferenten zu genehmigen hat.“

2. Der Punkt 2 soll dahingehend abgeändert werden, dass die Finanz- und Vermögensverwaltung ermächtigt wird, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktblihen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren, wobei dem Finanzausschuss darüber zu berichten ist.“

Ich bitte vor diesem Hintergrund – wie Kollege Mayr richtig gesagt hat, es geht darum, zu optimieren und damit auch die Instrumente zur Verfügung zu stellen – diesem grundsätzlichen Ansinnen Rechnung zu tragen, aber unserem Änderungsantrag insofern auch zuzustimmen, weil damit klare Spielregeln durch diesen Gemeinderat auch mit auf den Weg gegeben werden. Es geht immerhin um 345 Millionen Euro. Ich ersuche um Zustimmung zu diesem Änderungsantrag.“ (Beifall ÖVP)

Bürgermeister Dr. Dobusch:

„Herr Dr. Watzl, ich möchte nur in Erinnerung rufen, dass beide Schweizer Franken-Anleihen grundsätzlich auch von der ÖVP mitbeschlossen worden sind. Das möchte ich nur der Vollständigkeit halber sagen. 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, nehmen wir Yen oder Dollar oder Türkische Lira oder sonst irgendetwas.“

Ich muss dazu sagen, das ist nicht die Intention, dass jetzt in ausländische Währungen hineingegangen wird, sondern es geht darum, dass wir den aushaftenden Kreditrahmen oder Betrag hervorragend bewirtschaften können und das in kürzestmöglicher Zeit. Darum geht es einmal grundsätzlich und nicht, dass sozusagen jetzt in andere Währungen gegangen wird. Es geht in erster Linie darum, dass man Eurokredite dauernd verändern kann, dass man hier Tagessgeschäfte machen kann, was eigentlich heute üblich ist.

Die Republik Österreich hat zum Beispiel das auch ausgegliedert, diese ganze Währungsbewirtschaftung ist in einem eigenen Institut. Es gibt auch in den Ländern diese Möglichkeit, dass das gemacht wird, dort hat überall der Finanzreferent die Macht. Das ist in Wahrheit nichts anderes.“

Gemeinderat Dr. Traxlmayr:

„Sehr geehrter Herr Stadtrat, sehr geehrte Damen und Herren, ich schicke voraus, wir werden den Antrag, auch den Änderungsantrag mittragen. Ich habe aber auch hiezu zwei Anmerkungen.“

Es fällt auf, dass diese Idee, die Finanzierung der Obliegenheiten der Stadt Linz auf einen zeitgemäßen Standard zu bringen, zeitgleich eingebracht wird mit den Finanzausgleichsverhandlungen, die derzeit im laufen sind und mit

einem in einer Linzer Tageszeitung vor einigen Wochen abgedruckten Interview mit dem Herrn Bürgermeister, wo mir der Schlusssatz des Herrn Bürgermeisters, der „im Nullton“ wiedergegeben wurde, in Erinnerung ist, der da lautete: „Wenn das in den nächsten Jahren so weitergeht mit dem Finanzausgleich, dann wird es eng werden und es wird die Stadt Linz dann ihre Leistungen kürzen müssen.“

Ich hoffe, dass hier nicht die neuen Finanzierungsmöglichkeiten, insbesondere für Fremdkredite, die Finanzsituation der Stadt Linz noch zunehmend verschärfen. Ich kann mich an eine Anfragebeantwortung erinnern im zuständigen Ausschuss, wo eine Anfrage lautete – ich glaube es war ein Fraktionskollege der ÖVP –, ob auch auszuschließen ist, dass bei diesen Kreditumwandlungen Fristenverlängerungen eingeplant werden. Das wurde dahingehend beantwortet, dass das auszuschließen sei. Das erwarte ich mir auch und darum gebe ich das auch zu Protokoll, dass hier nicht sozusagen im Wege eines Hintertürs letzten Endes solche Kreditumwandlungen entstehen, die einer Kreditaufstockung gleichkommen. Das müsste also wirklich ausgeschlossen werden.

Es ist sicherlich sehr kompliziert und auch schwer zu kontrollieren, weil die verschiedenen Konditionen, die insbesondere bei Fremdwährungsmitteln und Umwandlungen vorkommen, oft sehr schwer nachvollziehbar sind. Ich gehe also davon aus, dass hier mit einer professionellen Finanzoptimierung vorgegangen wird. Ich halte das auch für wichtig.

Es ist durchaus richtig, dass vor vielleicht zehn, zwölf Jahren, wo die doch relativ aufwändigen Fremdwährungen in der Schweiz aufgenommen worden sind, man nicht voraussagen konnte, wie sich innerhalb von zehn, zwölf Jahren die Konditionen verändern werden. Das ist ganz klar. Jeder Gebietskörperschaft in Österreich kann das passieren. Ich kann mich erinnern, vor Jahren ist es in der Asfinag auch passiert, da hat es immer geheißt, der Yen ist das Optimal; inzwischen weiß man, dass man mit dem Yen auch nicht recht weit kommen kann.

Davon gehen wir Freiheitlichen also aus, dass hier wirklich eine Optimierung entsteht und es nicht im Wege des Hintertürs sozusagen zu einer zusätzlichen Vertiefung der Konditionen kommt, die die Linzer Bevölkerung belastet.“ (Beifall FPÖ)

Vizebürgermeister Dr. Watzl:

„Meine sehr geehrten Damen und Herren, Herr Bürgermeister, es ist richtig, die ÖVP hat in diesem Gemeinderat vor Jahren der Aufnahme der Schweizer Franken-Anleihe zugestimmt. Ich möchte aber auch festhalten

und auch nachvollziehbar festhalten, dass, seit ich in der ÖVP verantwortlich bin, eine ganz klare Position der ÖVP, und das durchgängig, zur Frage Fremdwährungskredite, Fremdwährungsanleihen vorherrscht, nämlich die: dass es ein Risikogeschäft ist, dass ein Privater, ein Unternehmer, der das tut, dies auf sein privates Risiko tut. Wenn wir aber als Verwalter von Steuergeld unterwegs sind, halte ich es für falsch und ich befinde mich da im Boot mit Experten aus der Arbeitskammer, die sicher nicht der Couleure der ÖVP zuzuschreiben sind, die gerade jetzt wieder sehr aktuell Hauselbauer und andere davor warnen, in Fremdwährungen zu gehen.“

Wenn Sie sagen, Herr Bürgermeister, es sei nicht Intention des Herrn Finanzreferenten, dann denke ich, wird der Kollege Mayr mit Ihnen das so abgesprochen haben, mag sein. Nur Faktum ist, wenn wir den Beschluss so fassen, hat er die Möglichkeit – das müssen wir der Öffentlichkeit auch sagen – nämlich die Möglichkeit oder einen Freibrief dafür, dass die Umschuldung von Schulden in inländischer in ausländische Währung passieren kann und umgekehrt, dass man selbstverständlich Derivate in ausländische Währung zieht, spricht die Zinsen entsprechend handelt und austauscht.

Kollege Traxlmayr, wir sind alle dafür, dass sie optimiert werden, aber wenn man ehrlich ist, kann man nicht sagen, ob der jetzige Verbindlichkeitsstand, sprich Tilgung und Zinsen in der Höhe von 345 Millionen Euro in einem Jahr tatsächlich noch derselbe ist oder unter Umständen schon mehr. Denn wenn die Zinsen aus Gründen, die wir nicht beurteilen und nicht entscheiden können, gewaltig ansteigen, dann ist der Betrag von 345 Millionen Euro auf einmal auf 355 Millionen Euro angestiegen.

Aus diesem Grund sollen wir, nämlich der Gemeinderat der Landeshauptstadt Linz, die politische Ebene, auch entsprechend eingebunden sein, wenn es darum geht, Risiken, Chancen für Umschuldungen aufgezeigt zu bekommen und dafür auch die Verantwortung wahrnehmen und die Entscheidung treffen.

Und daher der Änderungsantrag, wenn es um Fremdwährungsgeschäfte geht, den Stadtsenat zu befragen, der schneller zusammentreten kann, der regelmäßig einmal in der Woche beisammen ist.

Im Beschluss text hätte ich gerne die vom Kollegen Mayr angesprochene, dankenswerte nachträgliche Information im Finanzausschuss auch festgemacht, denn der Beschluss text ist letztendlich die Grundlage und nicht etwas anderes.“ (Beifall ÖVP)

„Ich möchte grundsätzlich einmal feststellen, wir haben leider diesen Abänderungsantrag der ÖVP nicht schriftlich erhalten und können daher auch nicht mitstimmen, da uns dieser in der genauen Form nicht bekannt ist. Vorgelesen ist das doch etwas zu wenig. Grundsätzlich denken wir, dass diese Finanzoptimierung Sinn macht und werden daher auch dem grundsätzlichen Antrag zustimmen. Danke.“

Gemeinderat Neubauer kommt um 15.35 Uhr in die Sitzung.

Der Vorsitzende erteilt dem Berichterstatter das Schlusswort.

Stadtträt Dr. Mayr:

„Zu den einzelnen Punkten: Dass in Fremdwährung gehen Risiken beinhaltet, ist keine Frage, es war aber ein Abwägen zwischen Risiko und den extrem niedrigen Zinssätzen. Das war auch der Grund, warum die ÖVP bei den jetzt kritisierten Aufnahmen mitgestimmt hat.“

Wenn man den Amtsbericht der Finanzverwaltung korrekt zitiert, muss man daher auch sagen, dass es um die Aufwertung der Verbindlichkeiten geht. Bei Gesamtbeurteilung eines Fremdmittelengagements ist abzuwägen, wie sich der Stand der Verbindlichkeiten aufgrund der Kursveränderungen entwickelt, dazu die Zinsbelastung, und wenn man dann als alternative Rechnung die selbe Euro- oder damals Schilling-Veranlagung den damaligen Zinssätzen gegenübergestellt, kann man erst eine korrekte Bewertung durchführen, was tatsächlich besser war. Derzeit ist jedenfalls die Situation eine positive.“

Zwischenruf Vizebürgermeister Dr. Watzl:

„Morgen kann sie eine negative sein!“

Stadtträt Dr. Mayr weiter:

Daher ist es auch notwendig, diesen Beschluss so zu fassen, weil man dann entsprechende Sicherungsgeschäfte durchführen kann. Das war und ist ja auch der Grund, warum das so gemacht wird.

Zweiter Punkt: Die Beschlussfassung im Gemeinderat ist klarerweise so zu verstehen, wie im Amtsbericht angeführt. Und im Amtsbericht ist klar ausgeführt: „Zusammenfassend wird vorgeschlagen, dass die Finanz- und Vermögensverwaltung im Einvernehmen mit dem Finanzreferenten und gegen Berichterstatter über die Aktivitäten im Finanzausschuss ermächtigt wird.“ Das heißt, es ist im Amtsantrag genau diese Bedingung, unter der die Ermächtigung erteilt wird, formuliert. Das war auch im Finanzausschuss klar und wird auch so umgesetzt.

Und es geht aufgrund der Aufteilung in beide Portfolios, in die Euro-Positionen und in die Schweizer-Franken-Positionen, auch um die korrekte Darstellung, dass es sicherlich nicht zu verstehen ist, dass aus dem jetzigen Euro-Portfolio die Finanzverwaltung in eine Fremdwährung geht. Und daher sind in diesem Amtsbericht beide Positionen entsprechend geteilt, das Management der Euro-Positionen und das Management der 135,45 Millionen.

Es ist auch klar angeführt, dass es darum geht, dass die jeweils bestehenden Fremdfinanzierungen diesem Management unterliegen. Das heißt würden wir in eine Fremdfinanzierung gehen - in welcher Form auch immer, ob neue Anleihen, ob Darlehensaufnahmen in Fremdwährung -, die über dieses Portfolio, das hier angeführt beziehungsweise vom Gemeinderat zusätzlich beschlossen wird, hinausgeht, dann bedarf es klarerweise eines Gemeinderatsbeschlusses.

Man kann ja Verwirrung stiften, das Problem ist nur, dass sich nicht alle verwirren lassen. Und es ist auch keine Strategie, die zumindest bei der Sozialdemokratie zieht, verwirren und dann entsprechende Beschlüsse fassen. Wir sind uns alle klar und einig im Verständnis, was hier beschlossen werden und gemacht werden soll.

Es geht um das Management der Euro-Positionen als Euro-Positionen und um das Management der Fremdwährungspositionen als Fremdwährungspositionen. Das wird heute beschlossen, und dazu wird die Finanzverwaltung ermächtigt. Wenn wir neue Darlehensaufnahmen, die das Portfolio erhöhen, beschließen, dann beschließt das der Gemeinderat. Da haben wir heute auch Beschlüsse, die entsprechend formuliert werden. Was man durchaus machen kann, wenn das gewünscht wird, ist, wenn man in den jeweils bestehenden Portfolios zusätzlich in eine Fremdwährung geht, dass das dann der Stadtsenat genehmigt. Das ist aber nicht die Intention.“

Zwischenruf Bürgermeister Dr. Dobusch:

„Das war unsere Philosophie, dass das der Gemeinderat macht!“

Stadtträt Dr. Mayr weiter:

Aber wenn die ÖVP wünscht, dass es weitergehend delegiert werden soll?

Letzter Punkt, um auch hier Klarheit zu schaffen: Es steht explizit auch im Amtsbericht, dass Laufzeitoptimierungen durchgeführt werden, weil es ja auch darum geht, niedrigere Zinsen zu lukrieren. Daher muss ich klarerweise auch disponibel in der Laufzeit sein.“ Bürgermeister Dr. Dobusch lässt nun über den Antrag des Finanzreferenten sowie den Abänderungsantrag der ÖVP

austimmen.

Der Antrag K I wird bei Stimmenthaltung der ÖVP-Fraktion (14) mit Stimmenmehrheit angenommen.

Der Abänderungsantrag der ÖVP wird bei Gegenstimmen der Fraktion Die Grünen (7) sowie bei Stimmenthaltung der SPÖ-Fraktion (33) mit Stimmenmehrheit abgelehnt.

Gemeinderat Ing. Hofer kommt um 15.40 Uhr in die Sitzung.

Gemeinderat Giegler berichtet über

K 2 Neubau VHS und Bib (Wissensturm) – Kostenänderung; Änderungsantrag zum Gemeinderats-Beschluss vom 28. Juni 2004; Genehmigung einer Darlehensaufnahme

und stellt nach Darlegung des Sachverhaltes laut dem vorliegenden Amtsbericht folgenden Antrag:

Der Gemeinderat beschließt:

„1. Entsprechend den Ausführungen im Amtsbericht wird der Gemeinderatsbeschluss vom 28. Juni 2004 ergänzt bzw. geändert:

1.1 Die Gesamtkosten auf Preisbasis Jänner 2004 betragen 27.887.500 Euro exkl. USt.

1.2 Für Unvorhergesehenes wird zusätzlich ein Gesamtbetrag von 837.000 Euro (rund drei Prozent) freigegeben, über den jedoch nur nach einem jeweiligen Beschluss im Projektbeirat „Wissensturm“ verfügt werden darf.

1.3 Die Stadt Linz übernimmt die Bürgschaft für die Stadtbibliothek – ErrichtungsGmbH für ein Kapitalmarktdarlehen bis zur Höhe der vorstehend genehmigten Gesamtbaukosten mit einer Laufzeit von 20 Jahren. Dieses Darlehen ist für die Finanzierung der Errichtung des Neubaus im Einvernehmen mit der Stadt Linz aufzunehmen.

1.4 Die erforderlichen Mittel für die Eigenplanung werden wie folgt genehmigt:

2004: 330.000 Euro (vorhanden)
weitere erforderliche Jahresraten:
2005: 100.000 Euro
2006: 200.000 Euro
2007: 170.000 Euro
gesamt: 800.000 Euro

Die Bedeckung erfolgt auf den FiPos 5.2700.728500, Sonstige Leistungen, Wissensturm, und 5.2730.728500, Sonstige Leistungen, Wissensturm. Die Jahresraten für die Folgejahre 2005 bis 2007 sind in den Voranschlägen vorzusehen.

1.5 In allen rechtlichen Belangen (z. B. Vorgeberecht, Vertragswesen, Insolvenzverfahren u.dgl.) leisten die nach ihrem Aufgabengebiet jeweils zuständigen Fachdienststellen des Magistrats der Stadtbibliothek – ErrichtungsGmbH kostenlosen Rechtsbeistand.

1.6 Die gebäudetechnische örtliche Bauaufsicht wird einer Firma für Haus- u. E-Technik übertragen.

1.7 Der Projektbeirat wird in der bestehenden Form beibehalten.

2. Die Bedeckung erfolgt durch Fremdmittel, soweit nicht Mittel des ordentlichen Haushaltes bzw. zweckgebundene Mittel aus Drittbeteiligungen, Subventionen (wie die Kostenbeteiligung des Landes) u.dgl. zur Verfügung stehen. Die erforderliche Fremdmittelaufnahme bis zu einem Höchstausmaß von 800.000 Euro zu den jeweils günstigsten Marktkonditionen – sowie die grundsätzliche Sicherstellung für vom Land gewährte Darlehen – wird genehmigt. Die Verrechnung erfolgt auf der VAS 6.9500.346000, Darlehensaufnahmen.“

Wortmeldung Bürgermeister Dr. Dobusch:

„Ich möchte dem Gemeinderat Folgendes mitteilen: Es ist nicht ganz so, zumindest aus meinem Verständnis, dass hier der letzte Gemeinderat bereits einen Baubeschluss in einer gewissen Höhe gefasst hat. Sondern der letzte Gemeinderat hat einen Grundsatzbeschluss zum Bauen, der eine Schätzung in einer gewissen Höhe der Baukosten gehabt hat, und einen konkreten Beschluss zur Detailplanung dieses Projektes gefasst. Und erst wenn die Detailplanung vorliegt, hat damals der Gemeinderat beschlossen, und damit die genauen Kosten, dann wird der Gemeinderat neuerlich befasst und erst dann wird ein Baubeschluss tatsächlich gefasst werden.“

Es handelt sich heute tatsächlich um den ersten wirklichen Baubeschluss in dieser Höhe. Es ist nur so, dass die damals geschätzten Kosten ein bisschen anders sind als die heutigen, wobei die Begründung ja im Amtsantrag drinnen ist – z. B. die besondere behindertengerechte Ausstattung.

Zwischenruf Gemeinderat Dr. Sonnberger:

Anhang 2

LINZ
Stadt

Finanzdirektor

BEILAGE - /HHH3
KRAFT & WINTERNITZ
RECHTSANWÄLTEfür FA [REDACTED] i ausschicken
lt. FR ✓

Bericht

Büro Stadtregierung Linz
Stadtrat Johann Mayr

eingel.: 23.10.2007

Zahl 340006536

Geschäftszeichen

GZ 901

Datum

28.8.2007

bearbeitet von

Herrn [REDACTED]

Zimmer / DW

elektronisch erreichbar
[REDACTED]

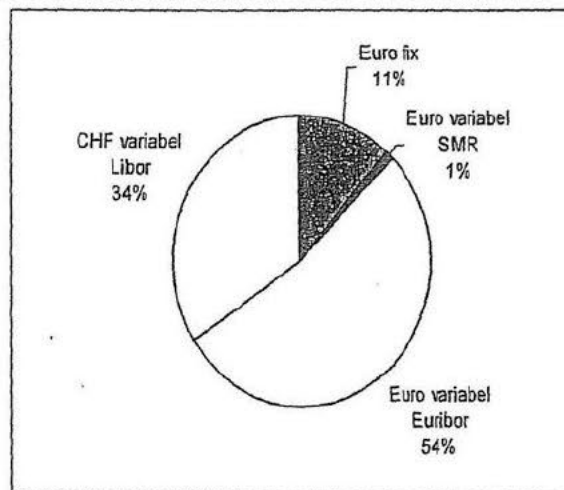
Massnahmen des Debt - Managements 2006/07

Die Finanz- und Vermögensverwaltung wurde mit Beschluss des Gemeinderates vom 3.6.2004 ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten hinsichtlich Finanzierungsform, Laufzeit und Zinssätzen zu optimieren. Über die Aktivitäten ist im Finanzausschuss zu berichten.

A. Darlehensportfolio per 30.6.2007

Per 30.6.2007 beträgt das Darlehensportfolio insgesamt € 343,64 Mio. und weist folgende Struktur nach Währungen und Zinsbindungen auf:

Euro fix	38.980.958,00 €
Euro variabel SMR	3.796.501,00 €
Euro variabel Euribor	183.057.827,00 €
CHF variabel Libor	117.803.419,32 €
Gesamt	343.638.705,32 €

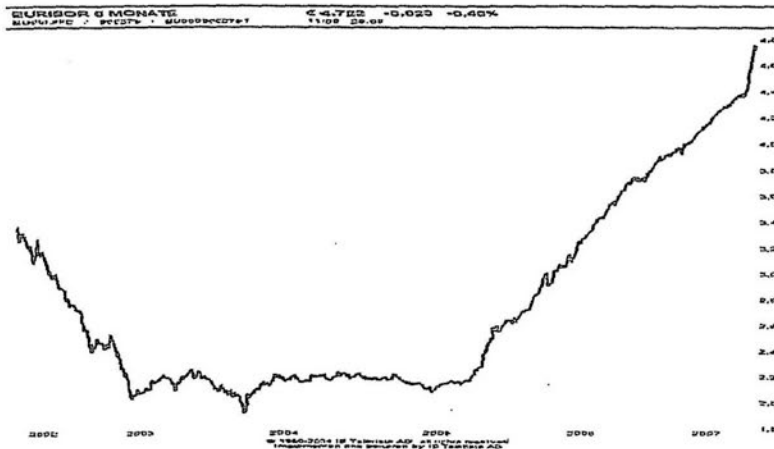


(103)

B. Zinsentwicklung

1. Euro

aktueller 6-Monats Euribor: 4,722% (vor einem Jahr: 3,394%).



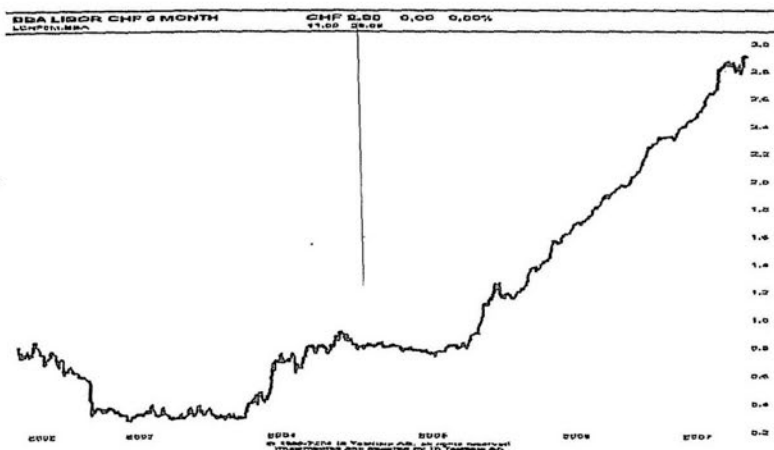
8 EZB-Zinserhöhungen à 0,25% von Dezember 2005 bis Juli 2007 auf derzeit 4%.

Es werden weitere Zinserhöhungen um jeweils 0,25% im September und im Dezember 2007 erwartet, dann konstant bis Ende 2. Quartal 2008.

Die exakt gleiche Prognose vor einem Jahr (für 2006/07) wurde in der Realität um 0,5% übertroffen.

2. CHF

aktueller 6-Monats CHF-Libor: 2,90% (vor einem Jahr: 1,71%).



7 SZB-Zinserhöhungen à 0,25% von Dezember 2005 bis Juni 2007 auf derzeit 2,5%.

Es werden weitere Zinserhöhungen um jeweils 0,25% im September und im Dezember 2007 erwartet, dann konstant bis Ende 2. Quartal 2008.

Die Vorjahresprognose für 2006/07 wurde in der Realität um 0,25% übertroffen.

C. Zinssicherungsgeschäfte

1. Euro

Die Euro Zinssicherungsgeschäfte werden nicht für ein konkretes Darlehen abgeschlossen, sondern über das gesamte Euro-Darlehensportfolio gelegt. Sie können jederzeit zu Marktpreisen aufgelöst werden.

1.1. Zins-Caps 3,5%/4,5%

Volumen: jeweils € 20 Mio. bei der RLB OÖ. und der Sparkasse OÖ.

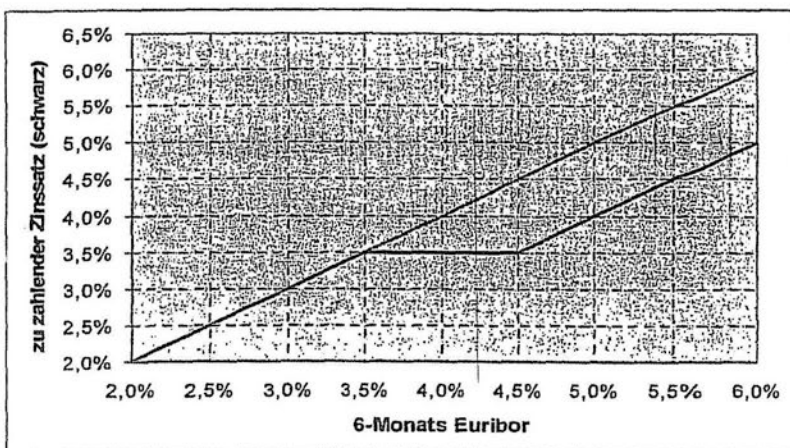
Im September 2006 wurde ein Zins-Cap auf den 6-Monats Euribor mit einem Strike von 3,5% und einer Laufzeit von 5 Jahren gekauft. Dadurch erhält die Stadt halbjährliche Ausgleichszahlungen, wenn der 6-Monats Euribor über dem Strike von 3,5% liegt.

Da für diesen Cap eine Prämie von 2,4% (€ 960.000) zu bezahlen wäre, mußte durch weitere Elemente - für welche die Stadt Prämien erhält - die Gesamtkonstruktion prämienfrei gestellt werden.

Es wurde daher weiters ein Zins-Cap auf den 6-Monats Euribor mit einem Strike von 4,5% und einer Laufzeit von 5 Jahren verkauft. Dadurch muss die Stadt halbjährliche Ausgleichszahlungen leisten, wenn der 6-Monats Euribor über dem Strike von 4,5% liegt. Dafür wurde eine Prämie von 0,7% (€ 280.000) vereinnahmt. Bezüglich Ausgleich der Prämendifferenz siehe 1.2.

Die Kombination beider Caps ergibt für die Stadt folgende Situation:

Ab einem 6-Monats Euribor von 3,5% erhält die Stadt Ausgleichszahlungen, ab 4,5% leistet die Stadt Ausgleichszahlungen, sodass sich netto ein Vorteil von maximal 1% ergibt, wenn der 6-Monats Euribor über 4,5% liegt.



Zusammenfassung:

maximales Risiko: (fiktiver) Prämienaufwand - wenn 6-Monats Euribor unter 3,5% sinkt, erfolgt keine Ausgleichszahlung.

maximaler Ertrag: € 405.555 p.a. - wenn 6-Monats Euribor über 4,5% liegt, erhalten wir eine Ausgleichszahlung von 1%.

realisiertes Ergebnis: € +110.276,67

Bewertung per 30.6.2007: € +1.260.329,07

1.2. Receiver-Swaption

Volumen: jeweils € 20 Mio. bei der RLB OÖ. und der Sparkasse OÖ.

Um die Zins-Caps durch weitere Prämieinnahmen prämiertfrei zu stellen, wurde eine Receiver-Swaption an beide Banken verkauft. Diese erhalten dadurch von der Stadt das Recht (Option) eingeräumt, am 12.9.2011 zu entscheiden, ob sie mit der Stadt für die Laufzeit 2011-2016 in folgendes Zinstauschgeschäft eintreten: Die Stadt zahlt einen Fixzins von 3,975% und die Banken zahlen im Gegenzug den dann jeweils aktuellen, variablen 6-Monats Euribor.

Dafür wurde eine Prämie von 1,7% (€ 680.000) vereinnahmt.

Ein Fixzinssatz über 5 Jahre von 3,975% war damals schon attraktiv und hat bei einem 6-Monats Euribor von 4,772% weiter an Attraktivität gewonnen.

Die Banken werden das eingeräumte Recht 2011 nur dann wahrnehmen, wenn der 6-Monats Euribor und der 5-Jahres Swap-Satz unter 3,975% liegen. Falls die Option am 12.9.2011 von den Banken nicht wahrgenommen wird, verfällt sie und die Stadt hat daraus keinerlei weitere Verpflichtungen.

Zusammenfassung:

maximales Risiko: € 790.000 p.a. - wenn 6-Monats Euribor auf 2% fällt.

maximaler Ertrag: (fiktiver) Prämienertag - wenn Option nicht ausgeübt wird.

realisiertes Ergebnis: € 0

Bewertung per 30.6.2007: € - 214.150,00

1.3. Resettable CHF linked Swap

Volumen: € 20 Mio. bei Bawag-PSK

Im September 2006 wurde dieser Zinstausch mit einer Laufzeit von 7 Jahren abgeschlossen.

Die Stadt erhält halbjährlich den 6-Monats Euribor und bezahlt den 6-Monats Euribor minus 1,8%, solange von der EZB der EUR/CHF-Wechselkurs über 1,505 festgestellt wird. Wird der Wechselkurs unter 1,505 festgestellt, so erhöht sich der von der Stadt zu bezahlende Zinssatz nach der Formel $(1,505 - \text{EUR/CHF-Wechselkurs} / \text{EUR/CHF-Wechselkurs})$.

Zusammenfassung:

maximales Risiko: € 810.288 p.a. - wenn EUR/CHF-Wechselkurs historischen Höchststand von 1,4464 erreicht.

maximaler Ertrag: € 385.000 p.a. - wenn EUR/CHF-Wechselkurs über 1,505.

realisiertes Ergebnis: € + 181.000

Bewertung per 30.6.2007: € + 605.168

Angesichts des schwachen EUR/CHF-Wechselkurs von 1,66 wurde diese Position im Juli 2007 mit einem Erlös von € + 700.000 geschlossen und somit in nur 10 Monaten ein Ergebnis von € 881.000 realisiert.

(209)

1.4. USD linked Swap

Volumen: € 10 Mio. bei Bawag-PSK

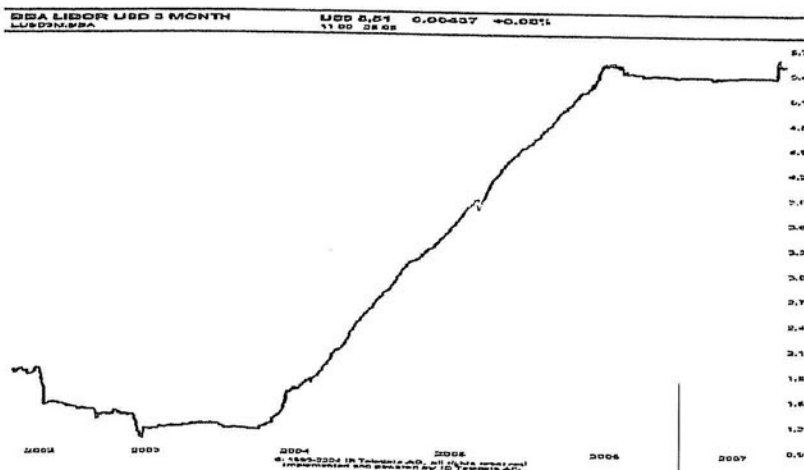
Im Juli 2007 wurde dieser Zinstausch mit einer Laufzeit von 10 Jahren abgeschlossen.

Die Stadt erhält vierteljährlich den 3-Monats Euribor und bezahlt in den ersten beiden Jahren 1,90% fix und in den Jahren 3-10: vorheriger Kupon + $2 \times [3M \text{ USD Libor} - 7,25\%]$. Die Bank hat dabei das Recht diesen Swap nach den ersten beiden Jahren vierteljährlich zu kündigen.

Dafür wurde eine Prämie von 1,3% (€ 130.000) vereinnahmt.

Der 3-Monats Euribor folgt ungefähr dem 6-Monats Euribor und wurde für die erste 3-Monats-Periode mit 4,215% fixiert. Die Stadt erhält daher für diese Periode eine Ausgleichszahlung von € 59.161.

Das Risiko liegt in den ersten beiden Jahren darin, dass der 3-Monats Euribor unter 1,9% fällt, was ziemlich unwahrscheinlich ist. Danach hängt der Zinssatz von der Entwicklung des 3-Monats USD Libor ab. Dieser stieg durch 17 Zinsschritte der FED von Mai 2004 bis Juni 2006 auf derzeit 5,51% an. Bis 7,25% wären also noch 7 weitere Zinserhöhungen notwendig. Vom Markt wird eine Zinssenkung durch die FED erwartet, dies allerdings bereits seit mehr als einem Jahr.



Erst bei USD-Zinssätzen von über 7,25% wurde sich der von uns zu zahlende Zinssatz von 1,9% erhöhen. Ich gehe nicht von derartigen Zinserhöhungen aus, sondern rechne damit, dass die Bank diesen Swap nach 2 Jahren kündigt wird.

Zusammenfassung:

maximales Risiko: € 590.000 p.a. - wenn 3-Monats USD Libor auf 8% steigt und 3-Monats Euribor auf 2% fällt.

maximaler Ertrag: € 240.000 p.a. - bei aktuellem 3-Monats Euribor.

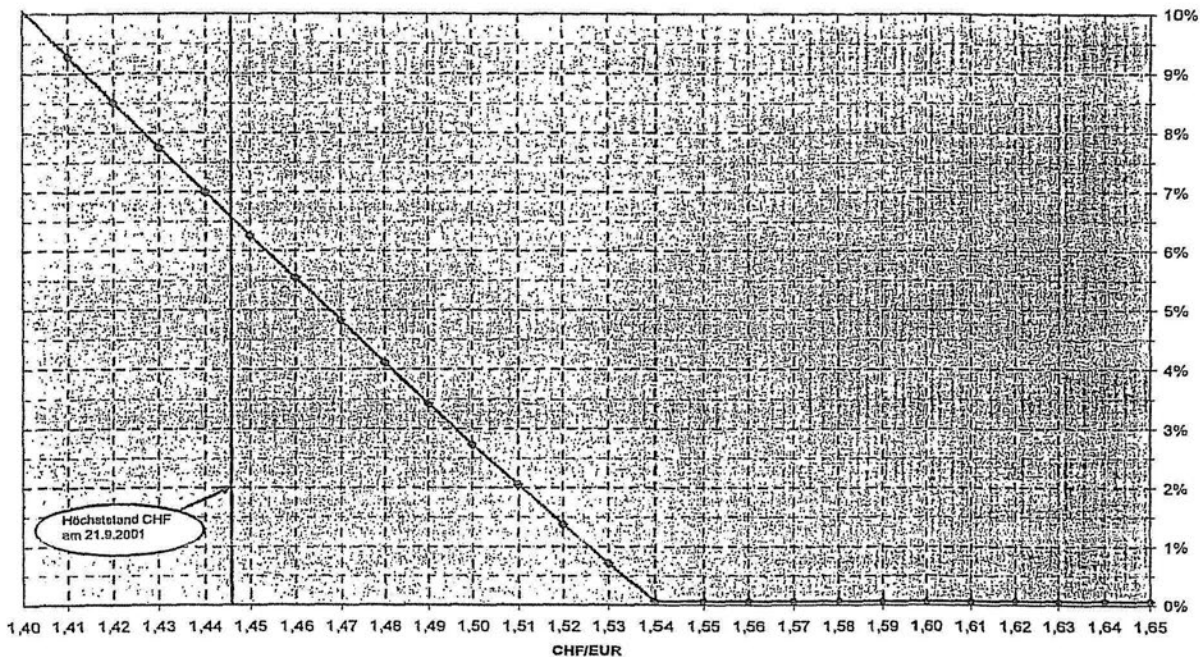
2. CHF

Die CHF-Zinssicherung wurde den Zinstermen der CHF-Anleihe angepasst.

Volumen: CHF 195 Mio. bei Bawag-PSK

Im Februar 2007 wurde dieser Zinstausch mit einer Laufzeit bis 15.4.2017 abgeschlossen, so dass nur die Schlusszahlung im Oktober 2017 nicht abgesichert ist.

Die Stadt erhält halbjährlich den 6-Monats CHF-Libor und bezahlt 0,065% fix, solange von der EZB der EUR/CHF-Wechselkurs über 1,54 festgestellt wird. Wird der Wechselkurs unter 1,54 festgestellt, so erhöht sich der von der Stadt zu bezahlende Zinssatz nach der Formel $(1,54 - \text{EUR/CHF-Wechselkurs} / \text{EUR/CHF-Wechselkurs})$.



Daraus ergibt sich die folgende Situation:

Bei einem EUR/CHF-Wechselkurs über 1,54 zahlt die Stadt nur den Fixzinssatz von 0,065% sowie den Aufschlag aus der Anleihe von 0,049%, zusammen also 0,114% oder CHF 222.300 p.a. Die restlichen Anleihenzinsen werden von der Bank in CHF überwiesen, wodurch auch das Währungsrisiko der Zinszahlungen auf CHF 222.300 beschränkt wird.

Bei einem EUR/CHF-Wechselkurs unter 1,54 zahlt die Stadt einen Zinssatz entsprechend der obigen Grafik abzüglich des erhaltenen 6-Monats CHF-Libor. Beim historischen Höchststand des CHF wäre ein Zinssatz von 6,53% abzüglich des aktuellen 6-Monats CHF-Libor (derzeit 2,90%) - also 3,63% - zu bezahlen.

Zusammenfassung:

maximales Risiko: € 5.055.655 p.a. - wenn EUR/CHF-Wechselkurs historischen Höchststand von 1,4464 erreicht (bei aktuellem 6-Monats CHF-Libor).

maximaler Ertrag: € 3.437.825 p.a. - wenn EUR/CHF-Wechselkurs bei 1,54 (bei aktuellem 6-Monats CHF-Libor).

realisiertes Ergebnis: € + 425.598

Bewertung per 30.6.2007: € + 4.220.439

(213)

3. Zusammenfassung

Durch die oben beschriebenen Maßnahmen sind derzeit 50 Mio. des variablen Euro-Portfolios und das gesamte CHF-Portfolio abgesichert.

	Volumen	Prämie	realisiertes Ergebnis	Bewertung per 30.6.2007	Gesamt
Zins-Caps 3,5%/4,5%	€ 40 Mio	-680.000 €	110.277 €	1.260.329 €	690.606 €
Receiver-Swaption	€ 40 Mio	680.000 €	0 €	-214.150 €	465.850 €
Resettable CHF linked Swap	€ 20 Mio	0 €	881.000 €	0 €	881.000 €
USD linked Swap	€ 10 Mio	130.000 €	59.161 €	0 €	189.161 €
CHF	CHF 195 Mio	0 €	425.598 €	4.220.439 €	4.646.037 €
Gesamt		130.000 €	1.476.036 €	5.266.618 €	6.872.654 €

Mit freundlichen Grüßen

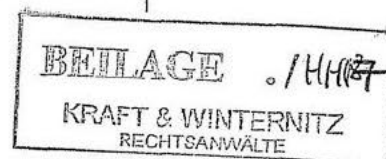


Finanzdirektor

Anhang 3



Finanzdirektor

**Bericht**

Geschäftszeichen

GZ 901

Datum

10.11.2009

bearbeitet von

[REDACTED]

Zimmer / DW

[REDACTED]

elektronisch erreichbar

[REDACTED]

**Massnahmen des Debt - Managements
April bis November 2009**

Die Finanz- und Vermögensverwaltung wurde mit Beschluss des Gemeinderates vom 3.6.2004 ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten hinsichtlich Finanzierungsform, Laufzeit und Zinssätzen zu optimieren. Über die Aktivitäten ist im Finanzausschuss zu berichten.

A. Fremdfinanzierungsportfolio per 31.10.2009

Per 31.10.2009 beträgt das Fremdfinanzierungsportfolio insgesamt € 419,5 Mio (wovon € 42,5 Mio an AKh, ILG und Caritas weitergegeben wurden) und weist folgende Struktur nach Währungen und Zinsbindungen auf:

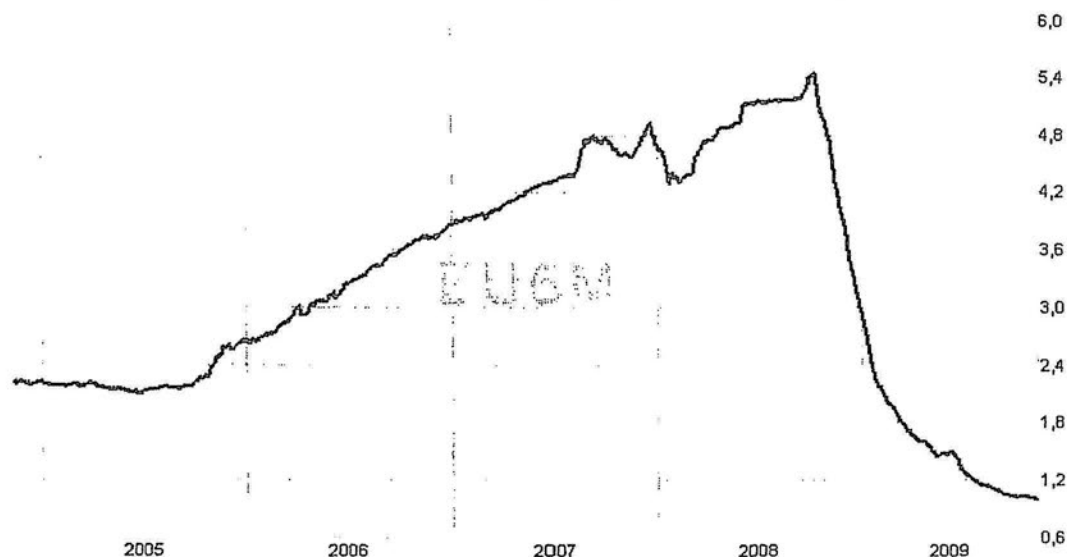
Euro fix	169.889.037 €	40,5%
Euro variabel SMR	2.264.290 €	0,5%
Euro variabel Euribor	118.376.848 €	28,2%
CHF variabel Libor	128.942.670 €	30,7%
Gesamt	419.472.845 €	100,0%

B. Zinsentwicklung**1. Euro**

aktueller 6-Monats Euribor: 0,992% (vor einem Jahr: 4,475%).

letzte EZB- Zinssenkung im Mai 2009 auf 1%.

EURIBOR 6 MONATE	€ 0,992	-0,002	-0,20%
EU6M.FFC / 985270 / EU0009852701	11:20	10.11	



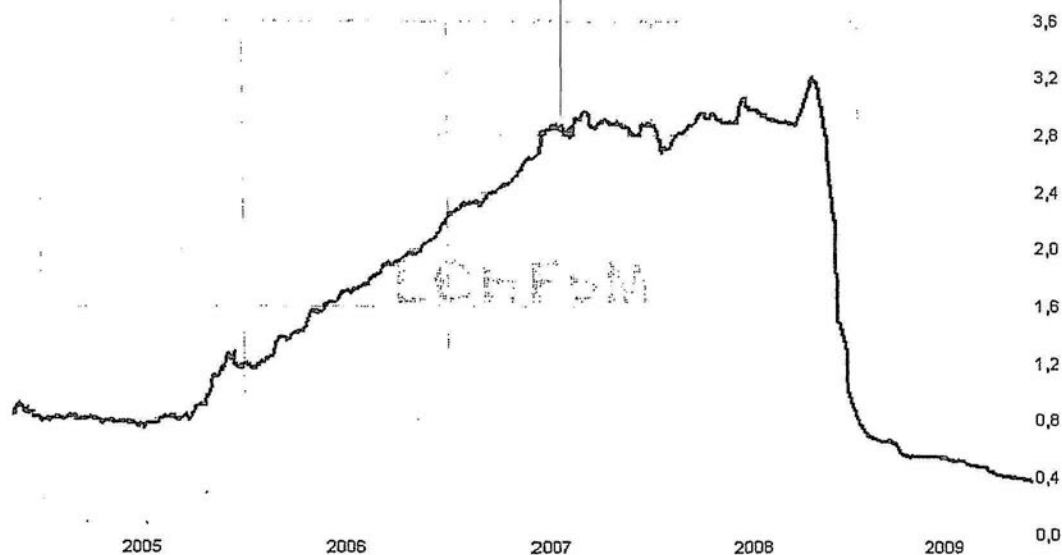
© 1998-2004 IS.Teledata AG, all rights reserved.
Implemented and powered by IS.Teledata AG.

2. CHF

aktueller 6-Monats CHF-Libor: 0,37167% (vor einem Jahr: 2,46%).

Letzte SZB- Zinssenkung im März 2009 auf 0,25%.

BBA LIBOR CHF 6 MONTH	CHF 0,37167	0,00167	+0,45%
LCHF6M.BBA	11:00	09.11	



© 1998-2004 IS.Teledata AG, all rights reserved.
Implemented and powered by IS.Teledata AG.

C. Zinssicherungsgeschäfte

1. Euro

Die Euro-Zinssicherungsgeschäfte werden nicht für ein konkretes Darlehen abgeschlossen, sondern über das gesamte Euro-Darlehensportfolio gelegt. Sie können jederzeit zu Marktpreisen aufgelöst werden.

1.1. Zins-Caps 3,5%/4,5%

Volumen: jeweils € 20 Mio. bei der RLB OÖ. und der Sparkasse OÖ.

Im September 2006 wurde ein Zins-Cap auf den 6-Monats Euribor mit einem Strike von 3,5% und einer Laufzeit von 5 Jahren gekauft. Dadurch erhält die Stadt halbjährliche Ausgleichszahlungen, wenn der 6-Monats Euribor über dem Strike von 3,5% liegt.

Da für diesen Cap eine Prämie von 2,4% (€ 960.000) zu bezahlen wäre, mußte durch weitere Elemente - für welche die Stadt Prämien erhält - die Gesamtkonstruktion prämienfrei gestellt werden.

Es wurde daher weiters ein Zins-Cap auf den 6-Monats Euribor mit einem Strike von 4,5% und einer Laufzeit von 5 Jahren verkauft. Dadurch muss die Stadt halbjährliche Ausgleichszahlungen leisten, wenn der 6-Monats Euribor über dem Strike von 4,5% liegt. Dafür wurde eine Prämie von 0,7% (€ 280.000) vereinnahmt.

Die Kombination beider Caps ergibt für die Stadt folgende Situation:

Ab einem 6-Monats Euribor von 3,5% erhält die Stadt Ausgleichszahlungen, ab 4,5% leistet die Stadt Ausgleichszahlungen, sodass sich netto ein Vorteil vom maximal 1% ergibt, wenn der 6-Monats Euribor über 4,5% liegt.

Aus heutiger Sicht sind auf Grund des niedrigen Zinsniveaus keine weiteren Ausgleichszahlungen zu erwarten.

Zusammenfassung:

maximales Risiko: 0, da der realisierte Cash-flow bereits höher ist als der anteiliger Netto-Prämienaufwand (€ 680.000).

Risikquote: 0% (3 von 10 Fixingterminen sind noch offen, aber keine Zahlung der Stadt ist möglich)

maximaler Ertrag: € 405.555 p.a. - wenn 6-Monats Euribor über 4,5% liegt, erhalten wir eine Ausgleichszahlung von 1%.

realisiertes Ergebnis: bisher konnte an allen 7 Fixingterminen für die Stadt ein positives Ergebnis erzielt werden; insgesamt wurde ein Cash-flow von € 720.277 sichergestellt.

Erfolgsquote: 100% (7 von bisher 7 Fixingterminen)

1.2. Receiver-Swaption

Volumen: jeweils € 20 Mio. bei der RLB OÖ. und der Sparkasse OÖ.

Um die beiden Zins-Caps durch weitere Prämieinnahmen prämienfrei zu stellen, wurde eine Receiver-Swaption an beide Banken verkauft. Diese erhalten dadurch von der Stadt das Recht (Opti-

(278)

on) eingeräumt, am 12.9.2011 zu entscheiden, ob sie mit der Stadt für die Laufzeit 2011-2016 in folgendes Zinstauschgeschäft eintreten: Die Stadt zahlt einen Fixzins von 3,975% und die Banken zahlen im Gegenzug den dann jeweils aktuellen, variablen 6-Monats Euribor.

Dafür wurde eine Prämie von 1,7% (€ 680.000) vereinnahmt.

Ein Fixzinssatz über 5 Jahre von 3,975% war damals schon attraktiv. Derzeit beträgt dieser Fixzinssatz 2,7975% (bei einem 6-Monats Euribor von 0,992%).

Die Banken werden das eingeräumte Recht 2011 nur dann wahrnehmen, wenn der 6-Monats Euribor und der 5-Jahres Euro-Swap-Satz unter 3,975% liegen. Falls die Option am 12.9.2011 von den Banken nicht wahrgenommen wird, verfällt sie und die Stadt hat daraus keinerlei weitere Verpflichtungen.

Zusammenfassung:

maximales Risiko: € 790.000 p.a. - wenn 6-Monats Euribor bei 2%.

Risikoquote: 100% (1 von 1 Fixingterminen ist noch offen)

maximaler Ertrag: (fiktiver) Prämienertag - wenn Option nicht ausgeübt wird.

realisiertes Ergebnis: € 0

Erfolgsquote: 0% (0 von bisher 0 Fixingterminen)

1.3. USD linked Swap

Volumen: € 10 Mio. bei Bawag-PSK

Im Juli 2007 wurde dieser Zinstausch mit einer Laufzeit von 10 Jahren abgeschlossen.

Die Stadt erhielt in den ersten beiden Jahren vierteljährlich den 3-Monats Euribor und bezahlt 1,90% fix und nunmehr: vorheriger Kupon + $2 \times [3M \text{ USD Libor} - 7,25\%]$. Die Bank hat das Recht diesen Swap vierteljährlich zu kündigen.

Dafür wurde eine Prämie von 1,3% (€ 130.000) vereinnahmt.

Derzeit hängt der Zinssatz von der Entwicklung des 3-Monats USD Libor ab. Dieser stieg bis Juni 2006 auf 5,70% an und ging dann auf derzeit 0,2725% zurück.

Der von uns zu zahlende Kupon beträgt derzeit 0% und wird erst dann steigen, wenn der 3-Monats USD Libor über 7,25% steigt.

Zusammenfassung:

maximales Risiko: kann derzeit nicht berechnet werden

Risikoquote: 75% (30 von 40 Fixingterminen sind noch offen)

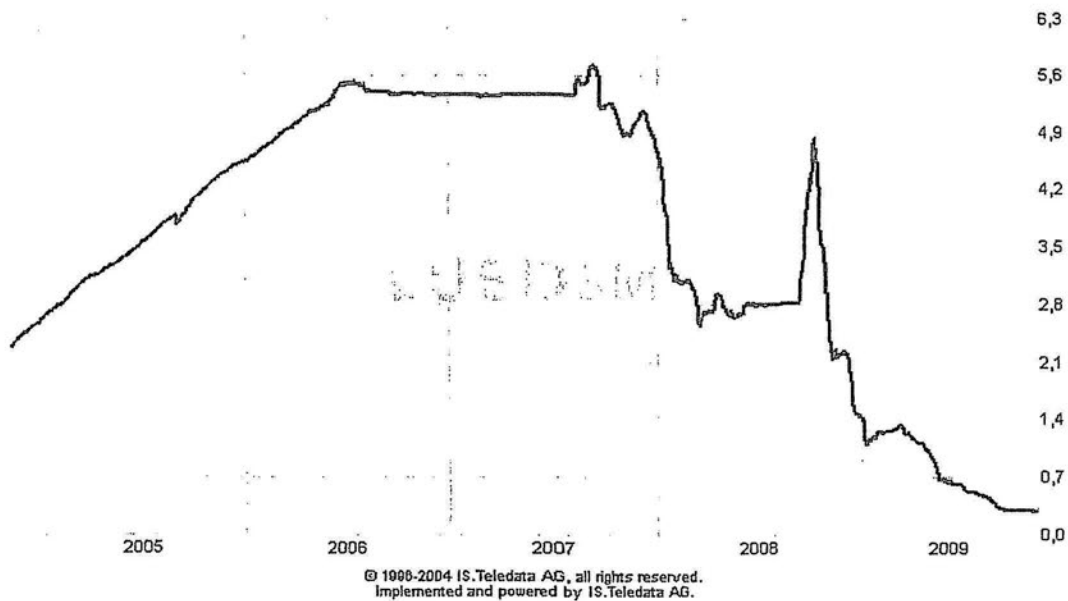
maximaler Ertrag: € 75.000 p.a. – bei aktuellem 3-Monats Euribor

realisiertes Ergebnis: es konnte für die Stadt ein positives Ergebnis erzielt werden; insgesamt wurde ein Cash-flow von € 604.856 (inklusive vereinnahmter Prämie) sichergestellt.

Erfolgsquote: 90% (9 von bisher 10 Fixingterminen)

BBA LIBOR USD 3 MONTH
LUSD3M.BBA

US\$ 0,2725 -0,00156 -0,57%
11:00 09.11



1.4. Fixzins Swap

Volumen: € 10 Mio. bei RLB OÖ

Am 24.9.2007 wurde dieser Zinstausch mit einer Laufzeit von 3 Jahren abgeschlossen. Die Stadt erhält halbjährlich den 6-Monats Euribor und bezahlt dafür 4,36% fix.

In der ersten drei der insgesamt 6 Halbjahresperioden wurde der 6-Monats Euribor über 4,36% fixiert. Die Stadt erhielt daher für diese Perioden Ausgleichszahlungen. Nunmehr liegt der 6-Monats Euribor bei 0,992% und es sind daher Ausgleichszahlungen von der Stadt zu leisten sind.

Zusammenfassung:

maximales Risiko: € 343.500 p.a. - wenn 6-Monats Euribor bei 1%.

Risikoquote: 16% (1 von 6 Fixingterminen sind noch offen)

maximaler Ertrag: € 164.911 p.a. – bei 6-Monats Euribor von 6%.

realisiertes Ergebnis: obwohl an 3 der 5 Fixingtermine für die Stadt ein positives Ergebnis erzielt werden konnte, ist insgesamt ein Cash-flow-Abfluss von € 224.207 zu verzeichnen.

Erfolgsquote: 60% (3 von bisher 5 Fixingterminen)

2. CHF

Volumen: CHF 195 Mio. bei Bawag-PSK

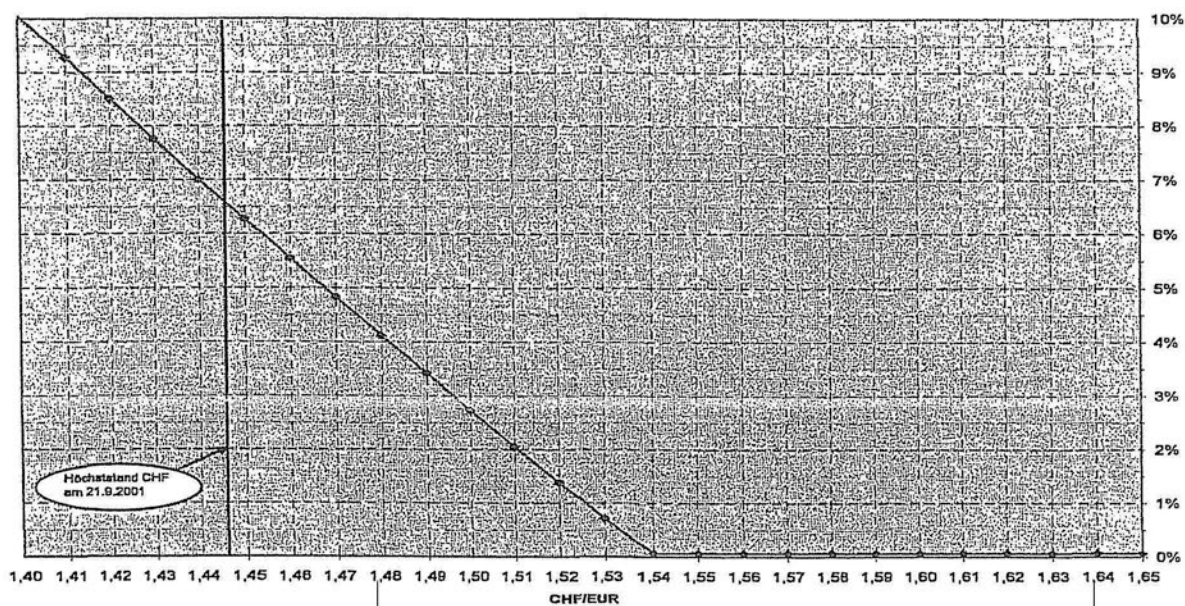
Die CHF-Zinssicherung wurde den Zinsterminen der CHF-Anleihe angepasst. Im Februar 2007 wurde dieser Zinstausch mit einer Laufzeit bis 15.4.2017 abgeschlossen, sodass nur die Schlusszahlung der Anleihe im Oktober 2017 nicht abgesichert ist.

Die Stadt erhält halbjährlich den 6-Monats CHF-Libor und bezahlt 0,065% fix, solange von der EZB der EUR/CHF-Wechselkurs über 1,54 festgestellt wird. Wird der Wechselkurs unter 1,54 festgestellt, so erhöht sich der von der Stadt zu bezahlende Zinssatz nach der Formel $(1,54 - \text{EUR/CHF-Wechselkurs} / \text{EUR/CHF-Wechselkurs})$.

Daraus ergibt sich die folgende Situation:

Bei einem EUR/CHF-Wechselkurs über 1,54 zahlt die Stadt nur den Fixzinssatz von 0,065% sowie den Aufschlag aus der Anleihe von 0,049%, zusammen also 0,114% p.a. Die Erträge aus dem Swap werden von der Bank in CHF überwiesen, wodurch auch das Währungsrisiko der Zinszahlungen auf CHF 226.000 (0,114% von CHF 195 Mio.) beschränkt wird.

Bei einem EUR/CHF-Wechselkurs unter 1,54 zahlt die Stadt einen Zinssatz entsprechend der folgenden Grafik abzüglich des erhaltenen 6-Monats CHF-Libor. Beim historischen Höchststand des CHF wäre ein Zinssatz von 6,53% abzüglich des aktuellen 6-Monats CHF-Libor (derzeit 0,3716%) - also rd. 6,16% - zu bezahlen.



realisiertes Ergebnis:

	bezahlte Anleihezinsen	realisiertes SWAP-Ergebnis	effektiver Nettoaufwand	realisiertes Ergebnis
14.10.2006 - 16.04.2007 (Swap ab 12.2.2007)	1.991.539 CHF	698.831 CHF	800.720 EUR	425.598 EUR
16.04.2007 - 15.10.2007	2.459.787 CHF	2.333.960 CHF	75.257 EUR	1.395.492 EUR
15.10.2007 - 14.04.2008	2.928.975 CHF	2.815.973 CHF	71.554 EUR	1.781.359 EUR
14.04.2008 - 14.10.2008	2.941.366 CHF	2.828.363 CHF	74.580 EUR	1.834.693 EUR
14.10.2008 - 14.04.2009	3.204.619 CHF	1.464.662 CHF	1.148.635 EUR	966.710 EUR
14.4.2009 - 14.10.2009	580.545 CHF	-1.033.695 CHF	1.064.343 EUR	-681.408 EUR
GESAMT	14.106.832 CHF	9.108.095 CHF	3.235.099 EUR	5.722.445 EUR

(285)

Zusammenfassung:

maximales Risiko: € 6.183.600 p.a. - wenn der EUR/CHF-Wechselkurs den historischen Höchststand von 1,4464 erreicht (bei 6-Monats CHF-Libor von 2%).

Risikoquote: 71% (15 von 21 Fälligkeitsterminen sind noch offen)

maximaler Ertrag: € 4.397.840 p.a. - bei EUR/CHF-Wechselkurs von 1,54 (bei 6-Monats CHF-Libor von 3,5%).

Erfolgsquote: 84% (5 von bisher 6 Fälligkeitsterminen)

3. Zusammenfassung

Durch die oben beschriebenen Maßnahmen sind derzeit 60 Mio. des variablen Euro-Portfolios und das gesamte CHF-Portfolio abgesichert.

	Laufzeit	Volumen	realisiertes Ergebnis per 30.4.2009 per 31.10.2009		Änderung
CHF linked Swap	geschlossen	€ 20 Mio	881.000 €	881.000 €	0 €
CMS Swap	geschlossen	€ 10 Mio	76.943 €	76.943 €	0 €
Zins-Caps 3,5%/4,5%	2006 – 2011	€ 40 Mio	720.277 €	720.277 €	0 €
Receiver-Swaption	2011 – 2016	€ 40 Mio	0 €	0 €	0 €
USD linked Swap	2007 – 2017	€ 10 Mio	561.656 €	604.856 €	43.200 €
Fixzins Swap	2007 – 2010	€ 10 Mio	- 56.732 €	- 224.207 €	- 167.475 €
CHF Swap	2007 – 2017	CHF 195 Mio	6.403.852 €	5.722.445 €	- 681.408 €
GESAMT			8.586.996 €	7.781.313 €	- 805.683 €

freundliche Grüße

Finanzdirektor

Anhang 4



[REDACTED]
Finanzdirektor

**Bericht**

Geschäftszeichen

GZ 901

Datum

11.11.2010

bearbeitet von

Zimmer / DW

elektronisch erreichbar

**Massnahmen des Debt - Managements
April bis Oktober 2010**

Die Finanz- und Vermögensverwaltung wurde mit Beschluss des Gemeinderates vom 3.6.2004 ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten hinsichtlich Finanzierungsform, Laufzeit und Zinssätzen zu optimieren. Über die Aktivitäten ist im Finanzausschuss zu berichten.

A. Fremdfinanzierungsportfolio per 31.10.2010

Per 31.10.2010 beträgt das Fremdfinanzierungsportfolio insgesamt € 482,5 Mio (wovon € 41 Mio an AKh, ILG und Caritas weitergegeben wurden) und weist folgende Struktur nach Währungen und Zinsbindungen auf:

Euro fix	232.276.226 €	49,2%
Euro variabel SMR	1.726.932 €	0,4%
Euro variabel Euribor	106.778.631 €	22,6%
CHF variabel Libor	141.756.324 €	29,4%
Gesamt	482.538.113 €	100,0%

B. Zinsentwicklung

	aktuell	vor 1 Jahr	vor 2 Jahren	vor 3 Jahren	vor 5 Jahren
3-Monats Euribor	1,046 %	0,720 %	4,766 %	4,598 %	2,264 %
6-Monats Euribor	1,269 %	1,004 %	4,894 %	4,618 %	2,387 %
3-Monats USD-Libor	0,285 %	0,280 %	3,026 %	4,877 %	4,280 %
6-Monats CHF-Libor	0,240 %	0,381 %	2,900 %	2,878 %	1,022 %

C. Zinssicherungsgeschäfte**1. Euro**

Die Euro-Zinssicherungsgeschäfte werden nicht für ein konkretes Darlehen abgeschlossen, sondern über das gesamte Euro-Darlehensportfolio gelegt. Sie können jederzeit zu Marktpreisen aufgelöst werden.

1.1. Receiver-Swaption

Volumen: jeweils € 20 Mio. bei der RLB OÖ. und der Sparkasse OÖ.

Beide Banken erhalten von der Stadt das Recht (Option) eingeräumt, am 12.9.2011 zu entscheiden, ob sie mit der Stadt für die Laufzeit 2011-2016 in folgendes Zinstauschgeschäft eintreten: Die Stadt zahlt einen Fixzins von 3,975% und die Banken zahlen im Gegenzug den dann jeweils aktuellen, variablen 6-Monats Euribor.

Dafür wurde eine Prämie von 1,7% (€ 680.000) vereinnahmt.

Die Banken werden das eingeräumte Recht 2011 nur dann wahrnehmen, wenn der 6-Monats Euribor und der 5-Jahres Euro-Swap-Satz unter 3,975% liegen. Falls die Option am 12.9.2011 von den Banken nicht wahrgenommen wird, verfällt sie und die Stadt hat daraus keinerlei weitere Verpflichtungen.

1.2. USD linked Swap

Volumen: € 10 Mio. bei Bawag-PSK

Im Juli 2007 wurde dieser Zinstausch mit einer Laufzeit von 10 Jahren abgeschlossen.

Die Stadt erhält den 3-Monats-Euribor. Der von uns zu zahlende Zinssatz hängt von der Entwicklung des 3-Monats USD Libor ab. Dieser beträgt derzeit 0,285% zurück. Der von uns zu zahlende Kupon beträgt derzeit 0% und wird erst dann steigen, wenn der 3-Monats USD Libor über 7,25% steigt.

(303)

2. CHF

Volumen: CHF 195 Mio. bei Bawag-PSK

Die CHF-Zinssicherung wurde den Zinsterminen der CHF-Anleihe angepasst. Im Februar 2007 wurde dieser Zinstausch mit einer Laufzeit bis 15.4.2017 abgeschlossen, sodass nur die Schlusszahlung der Anleihe im Oktober 2017 nicht abgesichert ist.

Die Stadt erhält halbjährlich den 6-Monats CHF-Libor und bezahlt 0,065% fix, solange von der EZB der EUR/CHF-Wechselkurs über 1,54 festgestellt wird. Wird der Wechselkurs unter 1,54 festgestellt, so erhöht sich der von der Stadt zu bezahlende Zinssatz nach der Formel $(1,54 - \text{EUR/CHF-Wechselkurs} / \text{EUR/CHF-Wechselkurs})$.

Bei einem EUR/CHF-Wechselkurs über 1,54 zahlt die Stadt nur den Fixzinssatz von 0,065% sowie den Aufschlag aus der Anleihe von 0,049%, zusammen also 0,114% p.a. Die Erträge aus dem Swap werden von der Bank in CHF überwiesen, wodurch auch das Währungsrisiko der Zinszahlungen auf CHF 226.000 (0,114% von CHF 195 Mio.) beschränkt wird.

realisiertes Ergebnis:

	bezahlte Anleihezinsen	realisiertes SWAP-Ergebnis	effektiver Nettoaufwand
14.10.2006 - 16.04.2007 (Swap ab 12.2.2007)	1.991.539 CHF	698.831 CHF	800.720 EUR
16.04.2007 - 15.10.2007	2.459.787 CHF	2.333.960 CHF	75.257 EUR
15.10.2007 - 14.04.2008	2.928.975 CHF	2.815.973 CHF	71.554 EUR
14.04.2008 - 14.10.2008	2.941.366 CHF	2.828.363 CHF	74.580 EUR
14.10.2008 - 14.04.2009	3.204.619 CHF	1.464.662 CHF	1.148.635 EUR
14.04.2009 - 14.10.2009	580.545 CHF	-1.033.695 CHF	1.064.343 EUR
14.10.2009 - 15.04.2010	432.781 CHF	-6.745.772 CHF	5.028.279 EUR
15.04.2010 - 14.10.2010	386.772 CHF	-14.928.419 CHF	11.475.042 EUR
GESAMT	14.926.384 CHF	-12.566.097 CHF	19.738.420 EUR

Vergleich:

Von 14.10.2005 bis 14.10.2010 wurden für die Anleihe Zinsen von 11.078.490 EUR (17.323.494 CHF) bezahlt, der Aufwand aus dem Swap betrug 10.152.561 EUR (12.566.097 CHF), zusammen also 21.231.051 EUR.

Bei einer CHF- Fixzins Anleihe (2,645%) hätte der Zinsaufwand 17.088.477 EUR (26.161.254 CHF) betragen, bei einer variablen Euro-Anleihe 18.102.012 EUR.

(305)

3. Zusammenfassung

Durch die oben beschriebenen Maßnahmen sind derzeit 10 Mio. des variablen Euro-Portfolios und das gesamte CHF-Portfolio abgesichert.

	Laufzeit	Volumen	realisiertes Ergebnis		Änderung
			per 30.4.2010	per 31.10.2010	
Geschlossene Swaps			1.294.823 €	1.294.823 €	0 €
Receiver-Swaption	2011 – 2016	€ 40 Mio	0 €	0 €	0 €
USD linked Swap	2007 – 2017	€ 10 Mio	638.374 €	684.982 €	46.608 €
CHF Swap	2007 – 2017	CHF 195 Mio	1.028.102 €	-10.152.561 €	- 11.180.663 €
GESAMT			2.961.299 €	-8.170.756 €	- 11.132.055 €

freundliche Grüße

Finanzdirektor