

KRAFT & WINTERNITZ

RECHTSANWÄLTE

Per Web-ERV
An das
Handelsgericht Wien
Marxergasse 1a
1030 Wien

KRAFT & WINTERNITZ
RECHTSANWÄLTE GMBH

Heinrichsgasse 4
A-1010 Wien
Telefon: +43 (1) 587 16 60-0
Telefax: +43 (1) 586 31 17
e-mail: office@kwlaw.at
Internet: www.kwlaw.at

Handelsgericht Wien FN 227893 m
P-Code 130260
DVR 069048
UID ATU56202255

GZ: 48 Cg 218/11k
48 Cg 222/11y
Wien, 30. August 2013
BWG35509/11 /5/14/59/978182

Klagende und
widerbeklagte Partei:

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

vertreten durch:

Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH, P130260
Heinrichsgasse 4
1010 Wien
Konto-Nr: 23826606406, BLZ: 12000

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

und

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

Beklagte und
widerklagende
Partei:

BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft
und Österreichische Postsparkassen AG
Georg-Coch-Platz 2
1018 Wien-Postsparkasse

vertreten durch:

WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH
P130664
Schubertring 6
1010 Wien

und

Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH

Biberstraße 5
1010 Wien

wegen:

EUR 25.185.074,30 samt Anhang; Klage 48 Cg 218/11k)
(entspricht CHF 30.640.161,40 samt Anhang in der Klage)
EUR 417.737.018,29 samt Anhang (Widerklage 48 Cg 222/11y)

- 1. REPLIK DER STADT LINZ**
- 2. ÄUSSERUNG DER STADT LINZ ZUM
VORLAGEANTRAGT DER BEKLAGTEN PARTEI**
- 3. VORLAGE WEITERER UNTERLAGEN**
- 4. URKUNDENERKLÄRUNGEN**

einfach
34 Beilagen
1 aktualisiertes Beilagenverzeichnis

Aufgrund des Datenumfangs ist eine Übermittlung der Beilagen im WebErV nicht möglich. Die Beilagen werden daher dem Gericht und Beklagtenvertreter gesondert mit Boten in Papierform und auf Datenträger übermittelt.

Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH
und Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH

INHALTSVERZEICHNIS

I. Vorbemerkungen	6
1. Inhalt der Replik.....	6
1.1. Eingeschränktes Prozessprogramm.....	6
1.2. Ausstiegs- und Restrukturierungsangebote.....	6
2. Struktur der Replik.....	7
II. Chronologische Übersicht	7
1. Einleitung.....	7
2. Die wesentlichen Ereignisse.....	8
III. Zusammenfassendes Vorbringen zur Frage der Gültigkeit	19
1. Fremdfinanzierung der Stadt Linz in CHF.....	19
2. Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004.....	19
2.1. Genese und Inhalt.....	19
2.2. Rechtlicher Rahmen.....	20
2.3. Rechtliche Würdigung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004.....	22
2.4. Die Funktion der Finanz- und Vermögensverwaltung.....	22
3. Die Anbahnung der Swapgeschäfte durch die beklagte Partei.....	23
3.1. Die beklagte Partei als Bank des Vertrauens der Stadt Linz.....	23
3.2. Das Projekt „Hermes“: Rasche Ertragssteigerung durch Derivatgeschäfte.....	23
3.3. Beratungsgespräche mit der beklagten Partei.....	24
3.4. Rahmenvertrag und Unterschriftenverzeichnis.....	25
4. Einzelabschlüsse.....	27
4.1. Swap 3976.....	27
4.2. Swap 4175.....	27
5. Beklagte Partei ignoriert städtisches Organisationsrecht.....	29
6. Wahre Natur des Swap-Geschäftes 4175.....	30
7. Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes.....	31
7.1. Zum Verhältnis von Organisationsrecht und Vertragsrecht.....	31
7.2. Unwirksamkeit mangels Gemeinderatsbeschlusses.....	31
7.3. Unwirksamkeit mangels aufsichtsbehördlicher Genehmigung.....	31
7.4. Unwirksamkeit wegen evidenten Vertretungsmissbrauchs.....	32
7.5. Unwirksamkeit wegen Gesetzeswidrigkeit.....	34
8. Keine nachträgliche Genehmigung des unwirksamen Swap-Geschäftes.....	35
IV. Replik zum Sachvortrag der beklagten Partei (Punkt IV. Z 2, Punkt III. Punkt IV., Punkt V., Punkt VI., Punkt VII. Z 1 und 2)	36
1. Zum „ergänzenden Tatsachenvorbringen“ der beklagten Partei (VBS BAWAG, Punkt II. Z 2.1).....	36
1.1. Vorbemerkung.....	36
1.2. Der Vortrag der beklagten Partei „zur Professionalität“ zur Ziffer II. Z 2.1.....	37
1.3. Diesen Ausführungen der beklagten Partei ist entgegenzuhalten:.....	37
1.4. „Rosinenpicken“ (Punkt II. Z 2.2).....	49
1.5. Der Missbrauch des Vertrauens der Stadt Linz durch die BAWAG P.S.K.	54
1.6. Kontrollversagen (Punkt II. Z 2.3).....	58
2. Zur Rechtsqualität des Gemeinderatsbeschlusses (Punkt III.).....	64
2.1. Inhalt und Aufbau.....	64
2.2. Der Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 als Delegationsverordnung.....	64

2.3.	Zur Annahme einer öffentlich-rechtlichen „ <i>Approbationsbefugnis</i> “ von Mag. Werner Penn	66
2.4.	Zur Annahme einer zivilrechtlichen Beauftragung und Ermächtigung respektive Bevollmächtigung von Mag. Werner Penn	72
3.	Die ergänzenden Ausführungen der beklagten Partei zur Wirksamkeit des Swap-Geschäftes	76
3.1.	Vorbemerkungen	76
3.2.	Zur Behauptung: „ <i>Der SWAP II ist ursprünglich wirksam zustande gekommen</i> “	77
3.3.	Zur Behauptung: „ <i>Anschein der ursprünglichen Genehmigung durch den Gemeinderat</i> “	78
3.4.	Zu den Behauptungen: „ <i>Mangelnde Schutzwürdigkeit/Zeitgemäße Interpretation des § 867 ABGB</i> “	80
3.5.	Zur Behauptung: „ <i>Nachträgliche Genehmigung und Anschein der nachträglichen Genehmigung</i> “	81
3.6.	Zur Behauptung: „ <i>Nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung</i> “	82
4.	Zur fehlenden Marktüblichkeit und fehlenden Eignung des Swap-Geschäfts 4175, das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren (Punkt V. des VBS).....	82
4.1.	Fehlende Marktüblichkeit von Swap-Geschäften der Bauart 4175 auf „Marktoebene“.....	82
4.2.	Fehlende Marktüblichkeit im Vergleich des Swap-Geschäfts 4175 mit den Derivatgeschäften anderer OÖ. Gemeinden.....	84
4.3.	Fehlende Marktüblichkeit des Swap-Geschäfts 4175 auch im Vergleich mit „Cross Currency Swaps“	85
4.4.	Keine Marktüblichkeit von Resettable-Swap-Geschäften im Generellen, auch nicht in Ansehung erschienener kommunaler Fachliteratur	86
4.5.	Quotierung der Unicredit Bank Austria ist kein Beleg für die Marktüblichkeit des Swap-Geschäfts 4175	88
4.6.	Keine Marktüblichkeit bei Einzelbetrachtung der Bausteine des Swap Geschäfts 4175	90
4.7.	Keine Marktüblichkeit des Swap Geschäfts 4175, weil vorgeblich „maßgeschneiderte Lösung“	91
4.8.	Zur generell fehlenden „Optimierungseigenschaft“ des Swap Geschäfts 4175.....	92
4.9.	Zur angeblich fehlenden Relevanz des negativen Anfangswerts für die Marktüblichkeit	93
4.10.	Keine Marktüblichkeit und keine Optimierung unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeitsberechnungen der beklagten Partei	94
5.	Das Fehlen der aufsichtsbehördlichen Genehmigung.....	95
6.	Organisationaufbau und Produkteinführung bzw. Produktbeschreibung	95
6.1.	Grundsätzliches	95
6.2.	Zur Produkteinführung im Speziellen (VBSS BAWAG, Punkt VII., Z 2.)	97
7.	Zusammensetzung des Klagsbetrags (VBS Punkt VII, Z 6).....	99
7.1.	Grundsätzliches	99
7.2.	Fehlende Schlüssigkeit in Anbetracht behaupteter „Wiedereindeckungsgeschäfte“, die in Wahrheit gar nicht existieren	99
7.3.	Unschlüssigkeit und Unrichtigkeit der Darstellung der Hedge Struktur (VBSS BAWAG, VII. Z 6.2).....	101
7.4.	Unschlüssigkeit der Schadensdarstellung (VBSS BAWAG, Punkt VII. Z 6.4 und 6.5) in Ansehung der abgesicherten Strike-Werte	104
7.5.	Unschlüssigkeit der Schadensdarstellung auch in Ansehung der Begründung für die Errichtung des Synthetische Portfolio (VBSS BAWAG Punkt VII. Z 6.5.).....	105
7.6.	Schlussfolgerung zur Schadensaufschlüsselung der beklagten Partei im Vergleich zu den realen Kosten der originären Hedge-Struktur.....	106

V. Äußerung zum Vorlageantrag der beklagten Partei vom 14. August 2013 ..	107
1. Rechtlicher Rahmen	107
1.1. § 303 ZPO und Prozessprogramm.....	107
1.2. Gültigkeit des Geschäftes	107
1.3. Irrelevanz bestimmter Beweisthemen und Urkunden im Allgemeinen	107
VI. Verfahrensrechtliche Themen	109
1. Urkundenvorlage	110
1.1. Urkundenvorlage über Auftrag des Gerichtes	110
2. Namhaftmachung weiterer Zeugen	110
3. Ergänzende Erklärung zu Urkunden der beklagten Partei	111
3.1. Erläuternde Hinweise	111
3.2. Überkreuzungsliste – Urkundenerklärung zu den identen Beilagen der Streitteile ...	111
3.3. Urkundenerklärung zu den sich nicht überschneidenden Beweisurkunden der beklagten Partei	112
4. Vorlageanträge der Stadt Linz nach den §§ 303 ff ZPO	123
5. Zustimmung zur Urkundenverlesung	123

I. Vorbemerkungen

1. Inhalt der Replik

1.1. Eingeschränktes Prozessprogramm

- 1.1.1. Das Handelsgericht Wien hat in der vorbereitenden Tagsatzung vom 24. Mai 2013 das vorläufige Prozessprogramm auf den Abschluss und die Gültigkeit des Swap-Geschäftes 4175 beschränkt und das im Beschluss vom 21. Juni 2013 nochmals bestätigt.
- 1.1.2. Die inhaltlichen Ausführungen der Stadt Linz in dieser Replik setzen sich also ausschließlich mit der fehlenden Gültigkeit des Swap 4175 auseinander. Soweit die beklagte Partei in ihrem vorbereitenden Schriftsatz vom 12. Juli 2013 – außerhalb des eigentlichen Prozessprogrammes – zur Produkteinführung und zur Höhe des Zahlungsbegehrens vorbringt, behält sich die Stadt Linz eine ausführliche Erwiderung dazu vor, bis diese Themen Teil des weiteren Verfahrens sind. Die Replik beschränkt sich daher in diesem Zusammenhang auf Unrichtigkeiten im vorbereitenden Schriftsatz der beklagten Partei, die geradezu auf der Hand liegen.

1.2. Ausstiegs- und Restrukturierungsangebote

- 1.2.1. Auch das Vorbringen der beklagten Partei zu ihren sogenannten, oder besser angeblichen *"Ausstiegs- oder Restrukturierungsangeboten"* betreffen weder den Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 noch dessen Gültigkeit: War das Swap-Geschäft 4175 nämlich ungültig, so hatte die Stadt Linz keinerlei Veranlassung, aus diesem Geschäft *"auszusteigen"*. Es war ihren Organen in diesem Fall vielmehr geradezu untersagt, unter dem Titel einer „Absicherung“ Umstrukturierungen mit wiederum spekulativem Charakter zu vereinbaren. Noch viel weniger durften sie „Umstrukturierungen“ zustimmen, welche direkt oder indirekt die Stadt Linz mit einem Aufwand in mehrstelliger Millionenhöhe belastet hätte.
- 1.2.2. Das gilt natürlich auch dann, wenn man – unzutreffender Weise –annehmen würde, die ausschließlich an Mag. Werner Penn gerichteten Vorschläge der beklagten Partei seien so zu behandeln, als wären sie der Stadt Linz selbst zugegangen.
- 1.2.3. Neben dem Vorbringen zu solchen *„Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“* legte die beklagte Partei mit ihrem vorbereitenden Schriftsatz eine Vielzahl von Urkunden vor, die damit Teil des Gerichtsaktes geworden sind, aber ebenfalls nicht zum Prozessprogramm gehören. Die Stadt Linz hat sich deshalb entschlossen, aus Gründen der Übersichtlichkeit eine Zusammenstellung dieser *„Angebote der beklagten Partei gegenüber Mag. Werner Penn“* vorzunehmen; diese Zusammenstellung beruht auf den der Stadt Linz im Zivil- und Strafverfahren zugänglichen Unterlagen; sie erfassen den Zeitraum zwischen Jänner 2008 und Februar 2011 (am 4. Februar 2011 war nämlich bei einem Gespräch zwischen Vorstandsmitgliedern der Stadt Linz und dem Bürgermeister der Stadt Linz klar geworden, dass eine einvernehmliche und wirtschaftliche Bereinigung nicht mehr möglich sein wird). Diese Zusammenstellung widerlegt die beklagte Partei, nach der sie der Stadt Linz mehr als 20 *"Ausstiegsangebote"* gemacht habe, welche die Stadt Linz aber abgelehnt habe; ebenso die Behauptung, dass die Stadt Linz es verabsäumt habe, im Sommer 2008 aus dem Swap-Geschäft 4175 mit Gewinn auszusteigen (*Byron Haynes*, Protokoll der

mündlichen Streitverhandlung vom 26. Juli 2013, Seite 9; Urkundenerklärung der beklagten Partei im vorbereitenden Schriftsatz S. 173).

- 1.2.4. Sollte das Handelsgericht jedoch der Meinung sein, dass schon jetzt auch die vorzeitige Beendigung des Swap-Geschäftes 4175 zu behandeln ist, wird um entsprechende Hinweise gebeten. Sollte das der Fall sein, so erhebt die Stadt Linz schon jetzt die Ausführungen in Beilage ./UUUUUUU zu ihrem ausdrücklichen Prozessvorbringen.

2. Struktur der Replik

- 2.1. In der Sache selbst hat die Stadt Linz bereits in ihrem vorbereitenden Schriftsatz vom 12. Juli 2013 (im Folgenden VBSS Stadt Linz) umfangreich zur fehlenden Gültigkeit des Swap-Geschäftes 4175 Stellung genommen (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 3, Seite 30ff; Punkt II. Z 4, Seiten 33 bis 54; Punkt II. Z 5, Seite 56ff und Punkt II. Z 6 Seite 65ff); die Stadt Linz verweist auf diese Ausführungen und nimmt davon Abstand, sie zu wiederholen. Die Replik beschränkt sich deshalb auch darauf, die Thesen der beklagten Partei, die sie in ihrem vorbereitenden Schriftsatz vom 12. Juli 2013 (im Folgenden VBSS BAWAG) in den Punkten III., Seite 44ff und IV., Seite 63ff vertritt. Zur Unhaltbarkeit der Meinung der beklagten Partei, das Swap-Geschäft 4175 sei nachträglich noch genehmigt worden, legt die Stadt Linz auch das Rechtsgutachten des Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer vom 21. August 2013 (Beilage ./WWWWW) vor.
- 2.2. Die Beweismittel, auf die sich die Stadt Linz in der Replik beruft, werden – wie schon im vorbereitenden Schriftsatz prinzipiell unmittelbar im Text in Klammer angeführt; soweit es sich dabei um Beweismittel handelt, welche bereits Teil des Verfahrensaktes sind, unterbleibt in der Regel ein gesonderter Beweisantrag. Die neu vorgelegten Beweismittel sind gesondert erwähnt.
- 2.3. Die Replik folgt im Übrigen der Gliederung des vorbereitenden Schriftsatzes der beklagten Partei. Soweit es aus Gründen der besseren Lesbarkeit geboten war, werden der Replik die Ausführungen der beklagten Partei zusammengefasst vorangestellt.

II. Chronologische Übersicht

1. Einleitung

- 1.1. Das Handelsgericht Wien hat in der Verhandlung vom 24. Mai 2013 angeregt, dass beide Parteien jene Chronologie außer Streit stellen, die das Kontrollamt der Stadt Linz in den Punkten 6.1 und 6.2 seines Berichtes vom 18. September 2012 (ON 126 des Strafaktes) verfasst hat. Es handelt sich bei dieser Chronologie um eine Auflistung der Vorkommnisse, wie sie tatsächlich geschahen.
- 1.2. Die beklagte Partei hat nun unter der missverständlichen Wortwahl " *vermittelnde Lösung*" eine Bearbeitung der Chronologie des Kontrollamtes vorgenommen, sodass die Auflistung der Ereignisse nunmehr eine tendenziöse Beweiswürdigung und die rechtliche Beurteilung der Geschehnisse beinhaltet (Beilagen /80 und /81). Diese „*Bearbeitung*“ durch die beklagte Partei macht daher den Bericht des Kontrollamtes für eine gemeinsame Chronologie unbrauchbar; ihr Inhalt wird bestritten. Aus diesem Grunde werden in der folgenden Ziffer 2 nochmals die wesentlichen Ereignisse in

einem eigenen Abriss aufgelistet (diese Auflistung wird zusätzlich als Beilage ./UUUUUU der Replik angefügt).

2. Die wesentlichen Ereignisse

- 1.12.1992: Das Bundesministerium für Finanzen genehmigt gemäß § 14 F-VG 1948 die Emittierung einer Anleihe in Höhe von CHF 60 Mio. durch die Stadt Linz in Höhe (Beilage ./XXXXXX).
- 17.12.1992: Der Gemeinderat der Stadt Linz (in der Folge „Gemeinderat“) beschließt einstimmig die Aufnahme dieser Anleihe (Beilage ./FFFF). Finanzreferent ist – bis zum Jahr 2003 – der heutige Bürgermeister Dr. Franz Dobusch (in der Folge „Bürgermeister Dobusch“).
- 25.8.1993: Das Bundesministerium für Finanzen genehmigt gemäß § 14 F-VG 1948 die Emittierung einer weiteren Anleihe in Höhe von CHF 150 Mio. durch die Stadt Linz (Beilage ./XXXXXX).
- 21.9.1993: Der Gemeinderat beschließt die Aufnahme der bereits bewilligten Anleihe in Höhe von CHF 150 Mio. bei der Zürcher Kantonalbank (Beilage ./HHHH).
- 29.2.1996: Der Gemeinderat genehmigt die Aufnahme von Fremdmitteln in heimischer Währung zum Zweck der Umschuldung in Höhe der zu tilgenden Darlehen; er beauftragt die Finanz- und Vermögensverwaltung, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt unter Beachtung der im Amtsbericht angeführten Vorgaben zu optimieren (Beilage ./LLLL).
- 17.10.2002: Der Gemeinderat bewilligt die Aufnahme von Fremdmitteln in Höhe von CHF 60 Mio. bei der Bank Austria zur Tilgung der endfälligen Anleihe aus dem Jahre 1993 (Beilage ./UUUU bzw. ./84).
- 3.6.2004: Der Gemeinderat genehmigt die Aufnahme von Fremdmitteln zum Zweck der Umschuldung in Höhe der zu tilgenden Finanzverbindlichkeiten; gleichzeitig ermächtigt er die Finanz- und Vermögensverwaltung, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren (Beilage ./11).
- 16.12.2004: Der Gemeinderat beschließt die „Ausgliederung“ des städtischen Liegenschaftsvermögens durch Verkauf und Sacheinlage in die Immobilien Linz GmbH & Co KEG (ILG).
- 6.10.2005: Die Stadt Linz nimmt bei der Kommunalkredit Austria AG eine Anleihe in Schweizer Franken mit einem Volumen von CHF 195 Mio. und einer Laufzeit bis 14. Oktober 2017 auf (Beilage ./D bzw. ./85); die in diesem Jahr endfällige Anleihe bei der Zürcher Kantonalbank in Höhe von CHF 150 Mio. und der noch offene Rest der teilweise getilgten Anleihe bei der Bank Austria werden damit zurückgezahlt.
- 12.12.2005: Die Dienststelle „Präsidium, Personal und Organisation“ beim Magistrat der Stadt Linz (PPO) äußert sich gegenüber der Gemeindeaufsicht des Landes Oberösterreich zu verschiedenen Fragen der Genehmigungspflicht nach § 78 StL

1992 und der Mitwirkung des Gemeinderates bei Rechtsgeschäften der ILG (Beilage ./AAAAAAA).

- 23.1.2006: Rechtliche Beurteilung verschiedener Fragen der Ausgliederung des Liegenschaftsvermögens in die ILG durch die Dienststelle „Gebäudemanagement“ beim Magistrat der Landeshauptstadt Linz.
- 26.1.2006: Mag. Werner Penn (Leiter der Geschäftsgruppe „Finanz- und Vermögensverwaltung“) hält das Gespräch der Vertreter der Stadt Linz bei der Aufsichtsbehörde im Zusammenhang mit der unterschiedlichen Rechtsauffassung von Land und Gemeinde zur „Ausgliederung“ des Liegenschaftsvermögens in die ILG fest.
- 9.2.2006: Stellungnahme der PPO zum Aktenvermerk des Mag. Werner Penn vom 26.1.2006; Ergebnis ist, dass kein unmittelbarer Handlungsbedarf besteht (Beilage ./CCCCCCC).
- 21.3.2006: Vorhalt der Abteilung „Gemeindeaufsicht“ beim Amt der Oö. Landesregierung gegenüber der Stadt Linz im Zusammenhang mit der Ausgliederung des Liegenschaftsvermögens in die ILG (Beilage ./DDDDDDD).
- 4.5.2006: Mag. Werner Penn berichtet im Finanzausschuss, dass aufgrund steigender Zinsen ein Fixzinsswap als Absicherungsinstrument zu überlegen sei. Der Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr überlegt den Wechsel in einen Fixzins für ein Jahr (Beilage ./E bzw. ./57).
- 6.6.2006: Die PPO widerspricht dem Vorhalt der Gemeindeaufsicht beim Amt der Oö. Landesregierung (Schreiben vom 21. März 2006) und stellt den Rechtsstandpunkt der Stadt Linz umfangreich dar (Beilage ./EEEEEEE).
- 6.6.2006: Die Medien (etwa „Wiener Zeitung“, in ihrem englischsprachigen Teil, oder die Wochenzeitung „News“) berichten darüber, dass sich die beklagte Partei in einem außergerichtlichen Vergleich von „Milliarden-Sammelklagen“ und allfälligen Strafverfolgungen freigekauft hat. Die beklagte Partei verpflichtete sich zur Bezahlung von rd. EUR 521 Mio. Mit diesem Vergleich wurden auch die Voraussetzungen für das Rettungspaket zugunsten der beklagten Partei in Höhe von EUR 900 Mio. erfüllt (<http://www.news.at/articles/0622/12/142116/weg-neustart-bawag-vergleich-refco-glaeubigern-bank-521-mio>; http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/english_news/115886_Bawag-close-to-Refco-settlement.html).
- 09.08.2006: Iris Sahinoglu übermittelt Mag. Werner Penn „Vorschläge zur Optimierung des Zinsrisikos aus ihrer [Anm.: der Stadt Linz] Finanzierung“. Diese reichen von einem Fixzins (für die Finanzierung in Schweizer Franken) über Caps als Absicherungsinstrument bis zu komplexen Finanzprodukten; darunter befindet sich auch ein Resettable CHF linked Swap (Beilage ./F,G bzw. ./76);
- 11.8.2006: Mag. Werner Penn stellt die verschiedenen Angebote bzw. Präsentationen, die er von den Banken erhalten hat, in einem Papier zusammen. Dieses besteht aus drei Teilen mit den Überschriften „Beurteilung Zinsniveau in CHF“, „Beurteilung Zinsniveau in USD“ und „Beurteilung Zinsniveau in EURO“. Der letzte Teil enthält unter der Überschrift „Varianten der Optimierung“ auch einen

Resettable CHF linked Swap, der von seinen einzelnen Parametern exakt jenem Produkt entspricht, das die beklagte Partei Mag. Werner Penn am 9. August 2006 angeboten hat (Beilage ./H bzw. ./30).

- 4.9.2006: Iris Sahinoglu bietet Mag. Werner Penn neuerlich per E-Mail einen Resettable CHF linked Swap mit EUR/CHF-Fixing von 1,49 und weiteren konkreten Indikatoren an; in ihrem E-Mail beruft sich Iris Sahinoglu ausdrücklich auf ihre Präsentation vom 9. August 2006 (Beilage ./I bzw. ./88).
- 8.9.2006: Mag. Werner Penn schreibt eine Zinsabsicherung aus und lädt die Banken zur Anbotsstellung ein; die beklagte Partei beteiligt sich an dieser Ausschreibung (Beilage ./J bzw. ./89).
- 12.9.2006: Die beklagte Partei bietet unter Berufung auf die Ausschreibung des Mag. Werner Penn vom 8. September 2006 ausdrücklich ein Produkt zur Zinsabsicherung an und übermittelt die entsprechende Unterlage (Beilage ./K bzw. ./90).
- 13.9.2006: Mag. Werner Penn berichtet Bürgermeister Dobusch unter dem Betreff „Zinsabsicherung in Euribor“ über bereits abgeschlossene Zinssicherungsgeschäfte mit der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft (RLB OÖ) und der Allgemeine Sparkasse Oberösterreich Bankaktiengesellschaft (Sparkasse OÖ) sowie über eine in Aussicht genommene Vergabe an die beklagte Partei. Er begründet diese Geschäfte damit, dass angesichts der steigenden Zinsen im Euroraum durch eine zweistufige, beschränkte Ausschreibung Möglichkeiten zur Absicherung bei insgesamt neun Banken aus Österreich und Deutschland untersucht worden sind. Mag. Werner Penn ersucht Bürgermeister Dobusch, die Rahmenverträge für Finanztermingeschäfte bei den genannten Banken sowie die Unterschriftenverzeichnisse zu unterfertigen (Beilage ./L bzw. ./70, ./13).
- 25.9.2006: Die beklagte Partei übergibt Mag. Werner Penn die Präsentation eines Resettable linked Swap; die Präsentation trägt das Datum 22. September 2006. Er hat die Struktur des späteren Swap 3976, jedoch signifikant andere Parameter und Werte (Strike Laufzeit und Abschlag), der Strike liegt bei 1,49, der Zinsabschlag bei 0,94 Prozentpunkten und die Laufzeit liegt bei fünf Jahren (Beilage ./M bzw. ./91).
- 26.9.2006: Der von Bürgermeister Dobusch unterschriebene Rahmenvertrag mit der beklagten Partei erhält den Datumstempel 26. September 2006 (Beilage ./N bzw. ./1).
- 26.9.2006: Mag. Werner Penn schließt mit der beklagten Partei das Swap-Geschäft 3976. Der Strike liegt bei 1,5050, die Laufzeit hat sich auf sieben Jahre erhöht und der Zinsabschlag von Euribor beträgt 1,25 %. Die dazugehörige Einzelabschlussbestätigung wird auf Seiten der Stadt Linz von Mag. Werner Penn und Dr. Christian Schmid unterzeichnet, sie erhält das Datum 28. September 2006 (Beilage ./O bzw. 1).

- 27.9.2006: Die beklagte Partei räumt der Stadt Linz ein Derivatlimit von EUR 10 Mio. unter anderem auch für exotische Produkte ein (Beilage ./JJJ1); die Stadt Linz wird davon nicht unterrichtet.
- 4.12.2006: Die beklagte Partei bietet Mag. Werner Penn einen Fixzinsswap für die bestehende Finanzierung der Stadt Linz in Schweizer Franken an; das Volumen beträgt CHF 149 Mio.; der Fixzinssatz liegt bei 2,70 % (Beilage ./P sowie ./93).
- 7.12.2006: Mag. Werner Penn nennt einen Wunschzinssatz für einen Fixzinsswap mit 2,50 % (Beilage ./R bzw. ./94); Iris Sahinoglu erwidert darauf, dass dieser Zinssatz noch nicht erreichbar ist. Gleichzeitig übermittelt sie Mag. Werner Penn ein Papier, das als „Zinsoptimierungsmodelle 2006“ bezeichnet ist (Beilage ./Q bzw. ./77).
- 22.1.2007: Zwischen Mag. Werner Penn, Mag. Herbert Auer und Iris Sahinoglu werden besprochen: ein Resettable CHF linked Swap, eine Zinsoptimierung für ein Volumen von EUR 20 Mio. sowie die „Absicherung“ des Kaufes CHF per April 2007 (Beilage ./S bzw. ./71).
- 31.1.2007: Mag. Werner Penn erhält von der beklagten Partei ein Angebot zur Zinsoptimierung durch einen Resettable CHF linked Swap; bezogen ist dieses Angebot auf die Schweizer Frankenfinanzierung mit einem Volumen von CHF 149 Mio. (Beilage ./T bzw. ./95).
- 1.2.2007: Es finden zahlreiche Telefongespräche zwischen Mag. Werner Penn und Iris Sahinoglu statt. Besprochen werden verschiedene Varianten des Resettable CHF linked Swap mit unterschiedlichen Parametern (Beilage ./W bzw. ./60).
- 1.2.2007: Mag. Werner Penn erhält ein neues Angebot von der beklagten Partei (Beilage ./U bzw. ./96). Mag. Werner Penn weist darauf hin, dass das Nominale CHF 195 Mio. beträgt; er übermittelt Rechenbeispiele mit der Bitte um Bestätigung (Beilage ./V bzw. ./37).
- 2.2.2007: Iris Sahinoglu nennt Mag. Werner Penn Fixzinssätze bei Strikes von 1,51; 1,52; 1,53; und 1,54 (Beilage ./97).
- 2.2.2007: Mag. Werner Penn bespricht telefonisch mit Christoph Schulz (Bank Austria) mögliche Alternativangebote zur beklagten Partei und legt ihm Eckpunkte der Angebote der beklagten Partei offen; er kündigt an, zum Abschluss des fehlenden Rahmenvertrages einen Mitarbeiter zu Mag. Werner Penn zu schicken; weiters stellt er in Aussicht, das Angebot der beklagten Partei zur Verfügung zu stellen (Beilage ./99).
- 5.2.2007: Kreditantrag der beklagten Partei, das Derivatlimit der Stadt Linz um 25 Mio. EUR auf gesamt 35 Mio. EUR zu erhöhen (Beilage ./JJJ2).
- 7.2.2007: E-Mail von Iris Sahinoglu an Mag. Peter Rauscher, in dem sie über den Stand der Gespräche mit Mag. Werner Penn berichtet (Beilage ./Z bzw. ./58).
- 8.2.2007: Telefongespräch zwischen Iris Sahinoglu und Mag. Werner Penn, in dem dieser um die Bekanntgabe der Parameter bei einem Strike von 1,54 ersucht (Beilage ./W bzw. ./60).

- 12.2.2007: E-Mail Iris Sahinoglu an Mag. Werner Penn, 9:30 Uhr: „*Wie besprochen die Preise für den Resettable linked Swap*“; der Strike liegt bei 1,54, der fixe Zinssatz bei 0,02.
- 12.2.2007: Angebot der Bank Austria 10:11 Uhr, das per E-Mail übermittelt wird (Beilage ./18); zwischen der Stadt Linz und der Bank Austria besteht kein Rahmenvertrag über den Abschluss von Finanzgeschäften.
- 12.2.2007: Weiteres Angebot der beklagten Partei um 11:53 Uhr; das enthält jene Parameter, die schließlich auch dem Swap 4175 entsprachen (Beilage ./AA bzw. ./39).
- 12.2.2007: Um 11:55 Uhr nimmt Mag. Werner Penn das letzte Angebot der beklagten Partei an und bestätigt per E-Mail den Abschluss des Swap 4175 (Beilage ./BB bzw. ./40).
- 16.2.2007 Schriftliche Einzelabschlussbestätigung des Swap 4175; diese ist allein von Mag. Werner Penn auf Seiten der Stadt Linz unterzeichnet (Beilage ./CC bzw. ./3).
- 30.3.2007: Die Stadt Linz erhält aus dem Swap-Geschäft 3976 einen Betrag von EUR 181.000,00.
- 15.4.2007: Die beklagte Partei überweist der Stadt Linz aus dem Swap-Geschäft 4175 CHF 698.831,25 (EUR 425.598,00).
- 17.4.2007: Vorstandssitzung der beklagten Partei, in der die Derivatgeschäfte mit Kommunen Thema sind: Hinweis auf die besonderen Genehmigungs- und Zustimmungserfordernisse und die Unsicherheiten im Zusammenhang mit den Geschäften, welche einen spekulativen Charakter aufweisen; „*Projekt Hermes*“ als Initiative zur Ertragssteigerung in Form von Finanzgeschäften mit Kommunen (Beilage ./100).
- 26.4.2007: E-Mail von Mag. Harald Machat an Mag. Herbert Auer, mit dem er ihn ersucht, von der Stadt Linz etwas zu bekommen, was den letzten Abschluss etwas stärker untermauert (Beilage./EE bzw. ./38).
- 16.5.2007: Iris Sahinoglu bietet Mag. Werner Penn weitere Finanzprodukte an. Das E-Mail enthält eine CHF Chart der historischen Entwicklung des EUR/CHF Wechselkurses seit 1978 (Beilage ./102).
- 16.7.2007: Mag. Werner Penn schließt mit der beklagten Partei das Swap-Geschäft 57196 ab (Beilage ./105).
- 17.7.2007: Die beklagte Partei bestätigt die Schließung des Swap-Geschäftes 3976 mit einem positiven Barwert von EUR 700.000,00 (Beilage ./107); Mag. Werner Penn wird mitgeteilt, dass die Schließung des Swap-Geschäftes 4175 Kosten für die Stadt Linz verursachen würde (Beilage ./75).

- 30.7.2007: Einzelabschlussbestätigung zum Swap-Geschäft 57196; die Einzelabschlussbestätigung ist auf Seiten der Stadt Linz nur von Mag. Werner Penn unterschrieben (Beilage ./DDDDDD bzw. ./106).
- 6.9.2007: Mag. Werner Penn berichtet dem Finanzausschuss über die Maßnahmen des Debt-Managements 2006/2007(Beilage ./KKK8).
- 11.10.2007: Die Stadt Linz beantragt bei der Kommunalkredit Austria AG die Einrichtung eines CHF-Verrechnungskontos; der Antrag und das beigefügte Unterschriftenverzeichnis werden vom Bürgermeister Dobusch unterfertigt. Die beklagte Partei wird ersucht, Zahlungen aus dem Swap-Geschäft 4175 direkt auf dieses Konto zu leisten (Beilagen ./II, ./JJ bzw. ./42, ./52 und ./109).
- 15.10.2007: Die Stadt Linz erhält CHF 2.333.960,41 (EUR 1.395.492,00) aus dem Swap-Geschäft 4175.
- 16.10.2007: Die Einzelabschlussbestätigung zum Swap-Geschäft 4175 wird wegen der vereinbarten Direktverrechnung auf ein Konto bei der Kommunalkredit Austria AG abgeändert. Diese Änderung unterzeichnet auf Seiten der Stadt Linz Mag. Werner Penn.
- 7.1.2008: Iris Sahinoglu übersendet Mag. Werner Penn die Bewertung des Swap-Geschäftes 4175 (Beilage ./19); der Wert ist auf EUR 1.054.846,00 zurückgegangen. Iris Sahinoglu bietet als Ergänzung eine Absicherung aus dem FX-Adjustment mit einem Zinscap bei 11,065 % an.
- 7.1.2008: Mag. Werner Penn ersucht um Aufklärung, weshalb sich die Bewertung des Geschäftes bei einem in etwa gleichen EUR/CHF-Kurs und bei einem gleichbleibenden Libor verschlechtert hat (Beilage ./110).
- 1.2.2008: Mag. Werner Penn trifft sich mit Vertretern der beklagten Partei in Wien. Erläutert werden CHF-Resetable Bewertung und Risiko. Mag. Werner Penn antwortet, dass für die Stadt Linz als Einnahmen/Ausgaben-Rechner die Bewertung des Geschäfts nicht wesentlich sei, weil ein Marktwert nicht in den Rechnungsabschluss einfließt. Anlass für die Besprechung war unter anderem das aktuelle Projekt bei der beklagten Partei, welches vorsah, zu jedem Produkt intern auch eine Risikoanalyse zu erstellen (Beilage ./UUUUUUU bzw. ./68, ./112).
- 15.4.2008: Die Stadt Linz erhält CHF 2.815.972,74 (EUR 1.775.071,00) aus dem Swap-Geschäft 4175.
- 15.5.2008: Iris Sahinoglu erstellt ein E-Mail mit der Bezeichnung „*Indikationen EUR/CHF Resetable*“. Die beklagte Partei verweist auf Gedanken bezüglich einer Umstrukturierung des bestehenden Swap-Geschäftes 4175. Die Vorschläge bestehen im Übergang zu einem Fixzins oder der Einführung von Zinsbeschränkungen in Form eines Cap (Beilage ./UUUUUUU bzw. ./114).
- 15.5.2008: Mag. Werner Penn berichtet dem Finanzausschuss über Maßnahmen des Debt-Managements (Beilage ./KKK14 bzw. ./14);

- 16.9.2008: Kreditantrag der beklagten Partei, das Derivatlimit bei 35 Mio. EUR zu belassen (Beilage ./JJJ4); die Stadt Linz wird davon nicht verständigt;
- 14.10.2008: Kreditantrag der beklagten Partei, das Derivatlimit um 40 Mio. EUR somit auf 75 Mio. EUR zu erhöhen (Beilage ./JJJ5).
- 15.10.2008: Die Stadt Linz erhält CHF 2.828.363,26 (EUR 1.857.100,00) aus dem Swap-Geschäft 4175.
- 27.10.2008: Mario Tieff berichtet Mag. Herbert Auer über die aktuelle Bewertung des Swap-Geschäftes sowie die ihm gegenüber geäußerte Einschätzung durch Mag. Werner Penn (Beilage ./72).
- 5.11.2008: Treffen zwischen Mag. Werner Penn und Mag. Herbert Auer sowie Mario Tieff in Linz. Besprechung der Präsentation der beklagten Partei mit der Bezeichnung „*EURCHF-Resettable-Struktur Stadt Linz*“ (Beilage ./QQ bzw. ./54).
- 5.11.2008: E-Mail von Mario Tieff an Mag. Werner Penn: Vorschläge der Optimierung der nächsten drei Fälligkeitstermine, sobald der Kurs EUR/CHF über 1,520 steigt; Kosten in Höhe von 3,6 % vom Nominale. Entfall der Optimierung, wenn der Kurs EUR/CHF innerhalb der nächsten drei Fälligkeitstermine einmal unter 1,398 sinkt (Beilage ./PP, ./UUUUUUU bzw. ./118).
- 11.11.2008: Übersendung der Präsentation „*EURCHF-Resettable-Struktur Stadt Linz*“ vom 5. November 2008 an Mag. Werner Penn; Durchschrift dieses Schreibens an Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr (Beilage ./RR bzw. ./20).
- 13.11.2008: Mag. Werner Penn berichtet dem Finanzausschuss über die Maßnahmen des Debt-Managements des letzten halben Jahres; der Debt-Management Bericht enthält keinen Hinweis auf die Bewertung des Swap-Geschäftes 4175 (Beilage ./KKK20 bzw. ./121).
- 25.11.2008: E-Mail von Mario Tieff an Mag. Werner Penn: Umstrukturierung des Swap-Geschäftes bei einem EUR/CHF-Kurs von 1,54/1,55 bezogen auf die nächsten drei Fälligkeitstermine. Entfall der Optimierung („*Knock-out*“) bei einem Kurs von EUR/CHF 1,3980 (Beilage ./UUUUUUU bzw. ./122).
- 25.11.2008: Kreditantrag der beklagten Partei, das bestehende Gesamtlimit der Stadt Linz zugunsten des (ausgeschöpften) Derivatlimits umzuschichten (Beilage ./JJJ6); die Stadt Linz wird nicht unterrichtet.
- 18.12.2008: E-Mail von Mag. Herbert Auer an Friedrich Heißenberger ua.: Frage nach der weiteren Vorgehensweise mit Rücksicht auf die ausgeschöpften Derivatlimits (Beilage ./SS bzw. ./116). Die Angelegenheit ist dringend vom Aufsichtsrat zu genehmigen (Beilage ./UU).
- 16.2.2009: Kreditantrag der beklagten Partei, das Derivatlimit nochmals um 45 Mio. EUR auf 120 Mio. EUR zu erhöhen (Beilage ./JJJ7). Die Stadt Linz wird nicht unterrichtet.

- 13.3.2009: E-Mail Mario Tieff an Mag. Werner Penn: Vorschlag gegen Zahlung einer Prämie von rd. EUR 1,152 Mio. die nächste Fälligkeit abzusichern (Beilage ./UUUUUUU bzw. ./123).
- 15.4.2009: Die Stadt Linz erhält CHF 1.464.662,44 (EUR 966.646,00) aus dem Swap-Geschäft 4175.
- 4.5.2009: Mario Tieff unterbreitet Mag. Werner Penn mündlich am 4. Mai 2009 den Vorschlag, den Strike für die nächsten vier Anpassungstermine von 1,540 auf 1,500 zu senken und eine worst case-Absicherung bei 1,400 einzuziehen (Beilage ./125).
- 5.5.2009: Mario Tieff zieht sein Angebot vom 4. Mai 2009 zurück und bezeichnet es als „Milchmädchenrechnung“. Angebot des Umstiegs auf einen Fixzins von 7 %, sobald der Kurs EUR/CHF 1,55 erreicht oder überschreitet; alternativ Angebot des Umstiegs auf einen Fixzins von 6 %, sobald der Kurs 1,58 erreicht oder überschreitet (Beilage ./UUUUUUU bzw. 124).
- 25.5.2009: Mag. Werner Penn berichtet über die Maßnahmen des Debt-Managements, der Bericht enthält keine Bewertung (Beilage ./KKK25).
- 26.6.2009: Mario Tieff bietet den Rückkauf der Optionen zu den beiden nächsten Fälligkeiten an, meint aber, dass sich angesichts der Interventionspolitik der Schweizer Nationalbank die Frage stellt, ob eine zusätzliche Prämienleistung überhaupt Sinn macht (Beilage ./UUUUUUU bzw. ./126).
- 24.9.2009: Kreditantrag der beklagten Partei, das Derivatlimit auf insgesamt 279 Mio. EUR zu erhöhen; der Antrag ist aufsichtsratspflichtig und wird bewilligt (Beilage ./JJJ8); die Stadt Linz wird nicht unterrichtet.
- 15.10.2009: Die Stadt Linz hat erstmals Zahlung an die beklagte Partei aus dem Swap-Geschäft 4175 zu leisten; es sind dies CHF 1.033.695,33 (EUR 683.480,00).
- 19.11.2009: Mag. Werner Penn berichtet dem Finanzausschuss über die Maßnahmen des Debt-Managements (Beilage ./KKK27).
- 23.11.2009: Mag. Werner Penn berichtet der beklagten Partei, dass Dr. Christian Schmid zum neuen Stadtkämmerer bestellt ist; er vereinbart mit der beklagten Partei, dass er auch weiterhin deren einziger Ansprechpartner sein soll (Beilage ./130).
- 26.3.2010: Dr. Christian Schmid erfährt aus einem Telefongespräch mit dem Mitarbeiter einer anderen Bank zufällig von der „Schieflage“ des Swap-Geschäftes 4175. Er informiert umgehend Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr; dieser setzt noch am gleichen Tag Bürgermeister Dobusch davon in Kenntnis, dass am 15. April 2010 aus dem Swap-Geschäft 4175 eine exorbitant hohe Zahlung an die beklagte Partei zu leisten ist und dass voraussichtlich im Oktober 2010 weitere Zahlungen in nicht unbeträchtlicher Höhe anstehen. Bürgermeister Dobusch ist der Meinung, dass die Stadt Linz sofort aus dem Geschäft aussteigen soll und beauftragt Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr und Mag. Werner Penn, nach den Osterfeiertagen einen derartigen Ausstieg zu vereinbaren.

- 13.4.2010: Besprechung im Magistrat der Stadt Linz. Teilnehmer auf Seiten der Stadt Linz sind Mag. Werner Penn und Dr. Christian Schmid, auf Seiten der beklagten Partei nehmen teil Mag. Herbert Auer, Mario Tieff und Jochen Kagerer. Gegenstand dieser Besprechung ist nach einer Gesprächsnotiz der beklagten Partei die „Analyse der Derivat-Positionen der Stadt Linz“ (Beilage ./74). Für diese Besprechung hatte die beklagte Partei ein Dokument mit gleichem Datum erstellt (Beilage ./131). Das Dokument enthält den Vorschlag einer teilweisen Absicherung: „Das EUR/CHF-Risiko aus der Struktur zur Gänze zu entfernen, ist – so die beklagte Partei – *de facto nicht möglich*“.
- 15.4.2010: Die Stadt Linz zahlt CHF 6.745.771,61 (EUR 4.725.253,00) aus dem Swap-Geschäft 4175 an die beklagte Partei.
- 26.4.2010: Mario Tieff bietet Mag. Werner Penn an, dass die Stadt Linz einzelne Optionen (nämlich für lediglich drei Termine) schon jetzt zurückkauft. Dieser Vorschlag wird bezeichnet als „[...] Ansatz für Ihre Strategie der Risikominderung“ (Beilage ./132).
- 17.6.2010: Mag. Werner Penn berichtet dem Finanzausschuss über die Maßnahmen des Debt-Managements im letzten halben Jahr (Beilage ./KKK32).
- 1.7.2010: Kreditantrag der beklagten Partei, das Derivatlimit der Stadt Linz um weitere 80 Mio. EUR, auf insgesamt 200 Mio. EUR zu erhöhen; zeitgleich wird auch das Aufsichtsratslimit auf 300 Mio. EUR angehoben (Beilage ./JJJ9).
- 6.7.2010: Treffen zwischen Bürgermeister Dobusch und dem Vorstandsmitglied der beklagten Partei DDr. Regina Prehofer; auf Seiten der Stadt Linz nehmen noch Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr und Mag. Werner Penn, auf Seiten der beklagten Partei Mag. Herbert Auer und Herbert Messinger teil. Regina Prehofer eröffnet Bürgermeister Dobusch, dass eine Auflösung des Swap-Geschäftes 4175 nur gegen Zahlung eines Betrages zwischen EUR 60 Mio. und 90 Mio. möglich ist. Bürgermeister Dobusch erklärt nach den Erläuterungen von Regina Prehofer zur Struktur des Swap-Geschäftes, dass dieses nichtig sei. Ein weiteres Gespräch soll nach den Sommerferien stattfinden (Beilage ./133).
- 7.7.2010: Schreiben von DDr. Regina Prehofer an Bürgermeister Dobusch, in dem sie aus ihrer Sicht das Gespräch wiedergibt (Beilage ./XX bzw. 134).
- 4.8.2010: Treffen zwischen Bürgermeister Dobusch und den Vorstandsmitgliedern der beklagten Partei DDr. Regina Prehofer und Dr. Christoph Raninger. Auf Seiten der Stadt Linz nehmen noch teil Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr und der Stadtkämmerer Dr. Christian Schmid; auf Seiten der beklagten Partei sind noch anwesend Mag. Herbert Auer und Mag. Peter Rauscher. Bürgermeister Dobusch wiederholt seine Meinung, dass das Swap-Geschäft 4175 vom Gemeinderatsbeschluss aus dem Jahr 2004 nicht gedeckt und daher unwirksam ist. Die Stadt Linz möchte in jedem Fall das Geschäft auflösen. Die beklagte Partei entgegnet, dass ihrer Ansicht nach das Geschäft gültig sei, sie aber Ausstiegsszenarien berechnen werde (Beilage ./136); auf Wunsch der beklagten Partei übermittelt Dr. Christian Schmid per E-Mail den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 (Beilage ./135).

- 19.8.2010: Besprechung zwischen Mag. Werner Penn und Mag. Petra Oberchristl auf Seiten der Stadt Linz sowie Christoph Schulz und Mag. Peter Rauscher auf Seiten der beklagten Partei. Die beklagte Partei hat eine Folienpräsentation vorbereitet mit dem Titel „*Handlungsoption für die Stadt Linz*“. Sie soll „*einen Ausstieg sowie alternative Möglichkeiten der Begrenzung der Auswirkungen der EUR/CHF Wechselkursschwankungen auf die zu zahlenden Zinsen ...*“ darstellen. Ausgangsposition ist der aktuelle Auflösungspreis von rd. EUR 246,6 Mio. Vorschlag der beklagten Partei, die gesamte Struktur aufzulösen, wobei die Stadt Linz den aktuellen Verlust realisiert und bietet an, diesen durch einen langfristigen Kredit (Ausweitung der Laufzeit bis in das Jahr 2050) in Schweizer Franken zu finanzieren; alternativ wird die Aufrechterhaltung des Swap-Geschäftes und eine Kombination von Laufzeitverlängerung und Cap vorgestellt (Beilage ./UUUUUUU bzw. ./136, 137).
- 25.8.2010: Die beklagte Partei übermittelt unter Bezugnahme auf die Besprechung vom 19. August 2010 die dort vorgestellten Vorschläge (Beilagen ./139, ./140).
- 25.8.2010 Aktenvermerk der beklagten Partei: Beschreibung der Struktur des Swap 4175/Konzept der möglichen Verwertung des exponentiellen Teils/Genehmigung durch das „*Asset Liability Committee (ALCO)*“ der beklagten Partei (Beilage ./YY).
- 31.8.2010: Telefonkonferenz zwischen Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr, Mag. Werner Penn und Mag. Petra Oberchristl auf Seiten der Stadt Linz sowie den Vorständen der beklagten Partei DDr. Regina Prehofer und Dr. Christoph Raninger; auf Seiten der beklagten Partei beteiligten sich noch Mario Tieff und Mag. Peter Rauscher, besprochen wird die weitere Vorgehensweise (Beilage ./UUUUUUU bzw. ./141).
- 6.9.2010: Kreditantrag der beklagten Partei, das Derivatlimit der Stadt Linz um weitere 100 Mio. EUR, somit auf insgesamt 300 Mio. EUR zu erhöhen, das Aufsichtsratslimit wird auf 400 Mio. EUR angehoben (Beilage ./JJJ10); die Stadt Linz wird davon nicht verständigt.
- 15.10.2010: Die Stadt Linz zahlt unter Vorbehalt CHF 14.928.423,25 (EUR 11.181.418,00) aus dem Swap-Geschäft 4175 an die beklagte Partei.
- 11.11.2010: Mag. Werner Penn berichtet im Finanzausschuss über die Maßnahmen des Debt-Managements im Zeitraum vom April bis Oktober 2010 (Beilage ./KKK35).
- 22.12.2010: Besprechung zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei. Teilnehmer auf Seiten der Stadt Linz sind Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr, Mag. Werner Penn, Dr. Christian Schmid und Mag. Joachim Arbeithuber; Mag. Herbert Auer, Mag. Peter Rauscher und Christoph Schulz vertreten die beklagte Partei. Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr weist auf die politische Brisanz und das mediale Interesse hin; er betont, dass er sich von Seiten der beklagten Partei einen Beitrag durch Absicherung des Risikos erwarte. Die Besprechung führt unmittelbar zu keinem Ergebnis (Beilage ./144).
- 17.1.2011: Kreditantrag der beklagten Partei, das Derivatlimit der Stadt Linz um weitere 100 Mio. EUR, somit auf insgesamt 400 Mio. EUR zu erhöhen, auch das

Aufsichtsratslimit wird auf 500 Mio. EUR angehoben (Beilage ./JJJ12); die Stadt Linz wird davon nicht verständigt.

- 4.2.2011: Treffen in Wien zwischen Bürgermeister Dobusch und den Vorständen der beklagten Partei Dr. Stephan Koren und Dr. Christoph Raninger. Auf Seiten der Stadt Linz nimmt auch Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr teil. Bürgermeister Dobusch betont nochmals die Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes. Die beklagte Partei präsentiert verschiedene Vorschläge, die alle darauf hinauslaufen, dass die Stadt Linz den zu diesem Zeitpunkt mit EUR 290,86 Mio. angegebenen negativen Wert des Swap-Geschäftes der beklagten Partei bezahlt. Die beklagte Partei bietet an, die Finanzierung dieser Zahlung zu marktüblichen Bedingungen zu übernehmen; alternativ werden die Aufrechterhaltung des Geschäftes mit Zwischenfinanzierungen und Teilabsicherungen vorgestellt. Bürgermeister Dobusch lehnt diese Angebote ab, fordert die beklagte Partei auf, wirtschaftlich angemessene Lösungen zu unterbreiten und kündigt andernfalls die Klagsführung an (Beilage ./145).
- 9.3.2011: Besprechung zwischen Mag. Werner Penn Dr. Christian Schmid und Rechtsanwalt DDr. René Laurer auf Seiten der Stadt Linz und Mag. Peter Rauscher, Mag. Herbert Auer, Dr. Alexander Schall und Dr. Retter auf Seiten der beklagten Partei: Die beklagte Partei präsentiert neue Varianten. Die Stadt Linz erläutert, weshalb das Swap-Geschäft 4175 nichtig bzw. nicht durch den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gedeckt ist (Beilage ./147).
- 16.3.2011: Besprechung zwischen Mag. Werner Penn und Dr. Christian Schmid auf Seiten der Stadt Linz sowie Dr. Alexander Schall und Christoph Schulz auf Seiten der beklagten Partei. Dieses Gespräch führt zu keinem Ergebnis (Beilage ./148).
- 23.3.2011: Mag. Werner Penn erklärt seinen Rücktritt als Finanzdirektor.
- 7.4.2011: Der Gemeinderat der Stadt Linz beschließt die Klagsführung gegen die beklagte Partei (Beilage ./150).
- 12.4.2011: Aufgrund einer anonymen Anzeige leitet die Staatsanwaltschaft Linz zu 9 St 80/11z ein Strafverfahren gegen Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr und Mag. Werner Penn ein (Beilage ./151).
- 15.4.2011: Die Stadt Linz zahlt unter Vorbehalt CHF 18.074.061,31 (EUR 14.040.301,00) aus dem Swap-Geschäft 4175 an die beklagte Partei.
- 30.5.2011: Kreditantrag der beklagten Partei, das Derivatlimit der Stadt Linz um weitere 50 Mio. EUR, auf insgesamt 450 Mio. EUR zu erhöhen, auch das Aufsichtsratslimit wird auf 550 Mio. EUR angehoben (Beilage ./JJJ13); die Stadt Linz wird davon nicht informiert.
- 14.7.2011: Kreditantrag der beklagten Partei, das Derivatlimit der Stadt Linz nochmals um weitere 90 Mio. EUR auf insgesamt 540 Mio. EUR zu erhöhen, auch das Aufsichtsratslimit wird auf 640 Mio. EUR angehoben (Beilage ./JJJ14).
- 3.8.2011: Kreditantrag der beklagten Partei, das Derivatlimit der Stadt Linz um weitere 100 Mio. EUR auf insgesamt 640 Mio. EUR zu erhöhen, auch das Aufsichtsratslimit wird auf 740 Mio. EUR angehoben (Beilage ./JJJ15).

- 13.10.2011: Der Gemeinderat beschließt, das Swap-Geschäft 4175 aus wichtigem Grund zu kündigen, keine Zahlungen mehr zu leisten sowie nunmehr die Klage einzubringen (Beilage ./EEE bzw. ./153; Beilage ./DDD bzw. ./21).
- 2.11.2011: Die Stadt Linz reicht die Klage gegen die beklagte Partei beim Handelsgericht Wien mit einer Forderung von EUR 24.216.863,40 ein.
- 8.11.2011: Die beklagte Partei erhebt Widerklage gegen die Stadt Linz und begehrt Zahlung von EUR 417.737.018,29.

III. Zusammenfassendes Vorbringen zur Frage der Gültigkeit

1. Fremdfinanzierung der Stadt Linz in CHF

- 1.1. Der Gemeinderat der Stadt Linz beschließt im Dezember 1992 einstimmig die Aufnahme eines CHF-Kredits bei der Bank Leu AG mit einem Volumen von CHF 60 Mio. Im September 1993 fasst der Gemeinderat einen weiteren Beschluss: Der Fremdmittelbedarf 1993 wird durch die Emission einer CHF-Anleihe in Höhe von 150 Mio. abgedeckt, die von der Züricher Kantonalbank AG gezeichnet wird. Grundlage dieses Beschlusses sind positive Expertisen von Univ.-Prof. Dr. Ewald Nowotny und der RLB OÖ AG. Beide Fremdfinanzierungen werden nach § 14 Abs 1 F-FV 1948 (in der damaligen Fassung) vom Bundesministerium für Finanzen genehmigt. 2003 tritt die Bank Austria (nunmehr: UniCredit Bank Austria AG) an die Stelle der Bank Leu AG. In der Folge wird ein Teil des Kreditobligos getilgt.

2. Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004

2.1. Genese und Inhalt

- 2.1.1. Bereits 1996 beschließt der Gemeinderat:

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

- 2.1.2. Z 1 erlaubt die Aufnahme von Fremdmitteln nur, wenn damit gleichzeitig ein bestehendes Kreditobligo getilgt wird. Eine Erhöhung der Schulden der Stadt ist somit ausgeschlossen.

- 2.1.3. Hervorzuheben bei Z 1 des Beschlusses ist die Beschränkung auf „*Fremdmittel in heimischer Währung*“. Eine Umschuldung der bestehenden CHF-Fremdfinanzierung ist davon also nicht gedeckt. Die in Z. 2 vorgesehene Bindung der Finanz- und Vermögensverwaltung an die Vorgaben im Amtsbericht macht das Optimierungsverständnis des Gemeinderats deutlich. Gedacht ist hier ausschließlich an eine Änderung von Zinskonditionen innerhalb bestehender Kreditverträge, zumal die angesprochenen Vorgaben auf Derivate nicht passen. Die Finanz- und Vermögensverwaltung soll also nur mit dem jeweiligen Kreditgeber in Verhandlungen treten, um eine Änderung der Konditionen zu erreichen. Der Einsatz von derivativen Finanzprodukten ist ebenso wenig vorgesehen wie das Eingehen

unkalkulierbarer Risiken; das bestätigt auch der Amtsbericht vom 13. Mai 2004 (siehe gleich unten).

2.1.4. Am 3. Juni 2004 beschließt der Gemeinderat:

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

2.1.5. Dieser Gemeinderatsbeschluss verfolgt zwei wesentliche Anliegen: Zum einen soll er die Umschuldung der 2005 fälligen CHF-Finanzierung ermöglichen, die durch den Beschluss aus dem Jahr 1996 („Fremdmittel in heimischer Währung“) nicht gedeckt war. Zum anderen erlaubt der Beschluss 2004 – wie es der Amtsbericht formuliert –, „Zinsänderungsrisiken unabhängig vom zu Grunde liegenden Darlehen“ durch Treasuryprodukte zu gestalten.

2.1.6. Der Vorteil solcher Produkte wurde dort gesehen, „... wo die Bestimmungen des Darlehensvertrages keine Änderungen der Finanzierung zulassen“. Damit ist an Fälle gedacht, in denen der Kreditgeber auch im Verhandlungsweg einer Konditionenänderung nicht zustimmt. In dieser Situation sollen Derivate zum Einsatz kommen. Sie sollen in wirtschaftlicher Hinsicht ein Ergebnis bewirken, das mit dem Kreditgeber nicht erzielt werden kann. Mit anderen Worten: Das bereits 1996 angestrebte Ziel der Konditionenverbesserung ist gleich geblieben; daher wird wiederum der Begriff der „Optimierung“ verwendet. Der Finanz- und Vermögensverwaltung sollen aber zusätzliche Mittel an die Hand gegeben werden, um dieses unveränderte Ziel zu erreichen. Das macht der Amtsbericht deutlich, soll doch danach „... die FVV ermächtigt werden, Umstrukturierungen im bestehenden Fremdfinanzierungsportfolio hinsichtlich Finanzierungsform (Darlehen/Anleihe), Laufzeitoptimierung, und Zinsindikatorbindung vornehmen zu können ...“. Von komplexen Zinsstrukturen ist dagegen keine Rede. Das Risikoverständnis des Gemeinderats im Juni 2004 entspricht also dem, das der Gemeinderat 1996 hatte, als er von „Optimieren“ sprach.

2.1.7. Auch was die Wahl der Mittel für die angestrebte Optimierung betrifft, hat der Gemeinderat der Finanz- und Vermögensverwaltung Grenzen gesetzt. Nur der Einsatz von „marktüblichen“ Finanzgeschäften ist zulässig. Damit waren naturgemäß nicht alle am Markt erhältlichen Finanzprodukte gemeint. Vielmehr ist vom schon angesprochenen Risikoverständnis des Gemeinderats auszugehen. Die Verwendung des Attributs „marktüblich“ beschränkt also den Kreis der zulässigen Produkte. Sie müssen risikoarm und entsprechend standardisiert sein; es muss sich also aus der Sicht einer Gemeinde um Allerweltsprodukte handeln.

2.2. Rechtlicher Rahmen

2.2.1. Kompetenz zum Abschluss bedeutsamer Rechtsgeschäfte

2.2.1.1. § 46 Abs 1 StL 1992 zählt all jene Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Stadt auf, die dem Gemeinderat vorbehalten sind. Dazu gehören unstrittig Rechtsgeschäfte wie der Swap 4175. Der Abschluss des beschlossenen Rechtsgeschäftes selbst fällt dagegen nicht in die Zuständigkeit des Gemeinderats.

Vielmehr ist es Sache des Bürgermeisters, jeden Gemeinderatsbeschluss zu vollziehen (§ 22 Abs 1 StL 1992). Er vertritt die Stadt nach außen (§ 49 Abs 1 StL).

2.2.1.2. Aus diesem Regelungskonzept ergibt sich beim Abschluss von Rechtsgeschäften eine zweigliedrige Zuständigkeit: Dem Gemeinderat ist die Willensbildung vorbehalten, die Gegenstand seines Beschlusses ist. Dessen Umsetzung, also die Kundgabe des Willens nach außen, steht ihm nicht zu. Vielmehr vollzieht der Bürgermeister den Willen des Gemeinderats, indem er ihn nach außen hin erklärt. Darauf beschränkt sich zugleich die Vertretungskompetenz des Bürgermeisters. Für den Abschluss eines von § 46 Abs 1 StL 1992 erfassten Rechtsgeschäftes bedarf es also des Zusammenwirkens von Gemeinderat als Kollegialorgan und Bürgermeister als monokratischem Organ. Bei der Frage nach der Zulässigkeit von Delegation, Bevollmächtigung etc ist diese Kompetenzverteilung jeweils zu beachten.

2.2.2. Handeln durch Dritte

2.2.2.1. Auch wenn Gemeinden die Gestaltungsformen des Privatrechts offen stehen, ändert dies nichts an der Geltung der angeführten Organisationsvorschriften. Wollen sich Gemeinderat oder Bürgermeister beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes anderer bedienen, so ist das nur innerhalb der Grenzen des Organisationsrechts zulässig. Der Gemeinderat selbst kann daher einem Dritten schon deswegen keine Vollmacht erteilen, weil er nur die Kompetenz zur Bildung des Willens, nicht aber zu dessen Erklärung hat. Eine Bevollmächtigung iSd §§ 1002 ff ABGB setzt nun aber die Abgabe einer zugangsbedürftigen Willenserklärung voraus.

2.2.2.2. Will der Gemeinderat die ihm vorbehaltene Willensbildung nicht selbst vornehmen, so sind ihm durch § 46 Abs 2 StL 1992 enge Grenzen gesetzt: Der Gemeinderat kann eine in seine Zuständigkeit fallende Angelegenheit nur dem Stadtsenat, also wieder einem Kollegialorgan, übertragen. Er hat sich dabei der Rechtsform der Verordnung zu bedienen. Selbst dieser Weg ist nur zulässig, wenn es im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit gelegen ist.

2.2.2.3. Hinter dem in § 46 Abs 2 StL 1992 statuierten Kollegialvorbehalt steht die gesetzgeberische Absicht, die städtische Willensbildung jedenfalls bei bedeutsamen Vorhaben auf eine breite demokratische Basis zu stellen. Dieser Gedanke ist auch § 38 Abs 3 S 2 StL 1992 immanent. Die dort vorgesehene Möglichkeit einer Vertretung betrifft ausschließlich monokratische Organe; Kollegialorgane können sich dagegen nicht durch Angehörige des administrativen Hilfsapparats vertreten lassen.

2.2.2.4. Aus diesem Grund scheidet nicht nur eine Delegation außerhalb der Grenzen des § 46 Abs 2 StL aus; der hier statuierte Kollegialvorbehalt verhindert auch die Ermächtigung bzw Bevollmächtigung eines anderen. Auch beim Einsatz eines Stellvertreters würde der Gemeinderat die ihm vorbehaltene Willensbildung nicht wahrnehmen. Es kann nämlich keinen Unterschied machen, ob ein Dritter die Willensbildung *anstelle* (Delegation) oder *namens* (Ermächtigung/Bevollmächtigung) des Gemeinderats vornimmt.

2.2.2.5. Delegation und Bevollmächtigung sind dadurch gekennzeichnet, dass einem Dritten die Willensbildung überlassen wird; eine solche Kompetenz kann nur einem Kollegialorgan eingeräumt werden. Von Delegation und Bevollmächtigung zu unterscheiden sind Beschlüsse, mit denen der Gemeinderat seine Willensbildung

zwar abschließend vornimmt, die aber dem für den Vollzug zuständigen Organ einen gewissen Handlungsspielraum einräumen. Damit wird dem Gebot einer effizienten Verwaltung Rechnung getragen. Wie beim Gesetzesvollzug in der Hoheitsverwaltung beschränkt sich die Umsetzung des Willens des Gemeinderats nicht allein in einer Botenfunktion, sondern beinhaltet auch die zur Umsetzung notwendige Konkretisierung. Das Vollzugsorgan ist dabei aber strikt an den Willen des Gemeinderats gebunden. Es setzt also nur einen bereits gefassten Willen konkret um, wenn es das vom Gemeinderat gewollte Geschäft abschließt. Demgegenüber bildet der Bevollmächtigte (Substitut) einen eigenen Willen. Die Bindung des Vollzugsorgans bei einem konkretisierungsbedürftigen Gemeinderatsbeschluss ist somit ungleich stärker als im Fall einer Delegation oder Bevollmächtigung. Andernfalls läge eine unzulässige Umgehung des § 46 StL 1992 vor. Nach dieser Bestimmung hat der Gemeinderat bei bedeutsamen Geschäften die Willensbildung – von der Ausnahme des Abs 2 abgesehen – selbst vorzunehmen.

2.3. Rechtliche Würdigung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004

- 2.3.1. Schon aus den dargestellten zwingenden gesetzlichen Organisationsvorschriften folgt, dass der Gemeinderat mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 der Finanz- und Vermögensverwaltung keine Vollmacht erteilt hat. Zum einen kann er keine außenwirksamen Erklärungen abgeben. Zum anderen ist ihm die Willensbildung vorbehalten, soweit er diese nicht durch Verordnung an den Stadtsenat delegiert.
- 2.3.2. Der Gemeinderat hat mit dem Gemeinderatsbeschluss seine Kompetenz auch nicht delegiert. Angesprochen ist im Beschluss entgegen § 46 Abs 2 StL 1992 nicht der Stadtsenat, sondern die Finanz- und Vermögensverwaltung. Abgesehen davon handelt es sich beim Beschluss auch um keine Verordnung, weil er nicht in der für eine Verordnung notwendigen Form kundgemacht wurde.
- 2.3.3. Vielmehr hat der Gemeinderat mit dem Gemeinderatsbeschluss seine Kompetenz nach § 46 Abs 1 StL selbst wahrgenommen. So hat er den Willen gebildet, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt durch marktübliche Finanzgeschäfte zu optimieren. Was ihm dabei konkret vorgeschwebt ist, wurde bereits ausgeführt. Die Konkretisierung dieses Willens ist nach § 22 Abs 1 StL 1992 Sache des Bürgermeisters im Rahmen seiner Vollzugskompetenz, wobei er sich hierbei des zuständigen Mitglieds des Stadtsenats zu bedienen hat. Die operative Umsetzung (zB Vertragsverhandlungen) obliegt damit dem Verwaltungsapparat des Finanzreferenten, also der Finanz- und Vermögensverwaltung. Daher wird diese Dienststelle im Gemeinderatsbeschluss auch ausdrücklich genannt. Die Außenvertretungsbefugnis – also die Zuständigkeit zur Abgabe der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung – verblieb nach § 49 Abs 1 StL aber dem Bürgermeister.

2.4. Die Funktion der Finanz- und Vermögensverwaltung

- 2.4.1. Die im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 in Z. 2 ausgesprochene „Ermächtigung“ richtet sich an die „Finanz- und Vermögensverwaltung“. Wie bereits dargetan handelt es sich dabei jedenfalls um keine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung iSd §§ 1002 ff ABGB. Zum einen ist der Gemeinderat nur zur Willensbildung, nicht aber zur Abgabe von Willenserklärungen berufen. Zum anderen ist die Willensbildung jedenfalls einem Kollegialorgan vorbehalten. Sie kann daher keinesfalls einem administrativen Hilfsapparat wie der Finanz- und Vermögensverwaltung überlassen werden. Das ist in concreto auch nicht geschehen.

Wie gezeigt hatte der Gemeinderat seinen Willen gebildet; dieser sollte durch den Abschluss konkreter Geschäfte vollzogen werden.

- 2.4.2. Gegen die Annahme einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung spricht aber auch noch ein weiterer Grund: Adressat einer Vollmacht kann nur eine Person sein. Die Finanz- und Vermögensverwaltung ist nun aber bloß eine Dienststelle des Magistrats ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Aus zivilrechtlicher Sicht wäre zwar allenfalls eine Umdeutung auf eine Person zu erwägen. Dafür müsste aber feststehen, wer konkret in Betracht kommt. Das ist keineswegs klar, weil zum einen an den zuständigen politischen Referenten und zum anderen an den Dienststellenleiter, daneben aber auch an den Gruppenleiter (Stadtkämmerei) zu denken ist.
- 2.4.3. Wie bereits ausgeführt, erklärt sich die Bezugnahme des Gemeinderatsbeschlusses auf die Finanz- und Vermögensverwaltung zwanglos aus § 22 Abs 1 S 2 StL 1992. Nach dieser Bestimmung hat sich der Bürgermeister beim Vollzug von Gemeinderatsbeschlüssen des sachlich in Betracht kommenden Mitglieds des Stadtsenats zu bedienen. Das ist nach der Geschäftseinteilung für den Stadtsenat der Finanzstadtrat, dem als administrativer Hilfsapparat die Finanz- und Vermögensverwaltung zur Verfügung steht. Ein Rückgriff auf diese Dienststelle liegt somit auf der Hand. Das ändert aber nichts daran, dass der Bürgermeister für die Vollziehung des Beschlusses zuständig bleibt. Seine Kompetenz ist es letztlich auch, die maßgeblichen Willenserklärungen abzugeben (§ 49 Abs 1 StL 1992).
- 2.4.4. Aus diesem Grund kann im Beschluss des Gemeinderats selbstverständlich auch keine Weisung an die Finanz- und Vermögensverwaltung erblickt werden. Denn eine Weisung an die Verwaltung setzt eine a priori bestehende Zuständigkeit voraus. Diese lag beim Bürgermeister und nicht bei der Finanz- und Vermögensverwaltung, die als solche auch nicht Adressat einer Weisung sein kann. Bezöge man dagegen den Begriff Finanz- und Vermögensverwaltung auf eine Person, wäre wiederum unklar, ob damit der Finanzreferent, der Dienststellenleiter oder der Gruppenleiter (Stadtkämmerei) gemeint ist. Gegen die Annahme einer Weisung spricht schließlich der Begriff der Ermächtigung, der keinen Befehl ausdrückt.

3. Die Anbahnung der Swapgeschäfte durch die beklagte Partei

3.1. Die beklagte Partei als Bank des Vertrauens der Stadt Linz

- 3.1.1. Die beklagte Partei genießt bis zum Jahr 2010 als jahrzehntelange Hausbank ein besonderes Vertrauen der Stadt. Dieses Vertrauen war besonders ausgeprägt, als Dr. Ewald Nowotny in den Jahren 2006 - 2007 Generaldirektor der BAWAG PSK war. Schließlich war dessen wissenschaftliche und politische Laufbahn aufs engste mit der Stadt Linz verknüpft. Er war bis 1999 Nationalratsabgeordneter auf einem Mandat des Regionalwahlkreises Linz und Umgebung und zugleich Mitglied des Bezirksparteivorstands der SPÖ Linz. Zudem war er bis 2008 Mitglied des Aufsichtsrats der stadteigenen Linz AG. Für Stadtpolitik und Finanzverwaltung war daher schlicht unvorstellbar, von der beklagten Partei gerade zu Zeiten von Dr. Nowotny als Generaldirektor in nachteilige Geschäfte verwickelt zu werden.

3.2. Das Projekt „Hermes“: Rasche Ertragssteigerung durch Derivatgeschäfte

- 3.2.1. Die beklagte Partei hat das uneingeschränkte Vertrauen der Stadt Linz in beispielloser Weise missbraucht. Hintergrund dafür war der unvorstellbare wirtschaftliche Druck

der beklagten Partei infolge der desaströsen Karibikgeschäfte und der Refco-Pleite. Die neue Führung beauftragt daher noch 2006 die Boston Consulting Group mit der Ausarbeitung einer Strategie zu einer raschen, unmittelbar cashflowwirksamen Steigerung der Erträge. Ergebnis dieser Strategieplanung war das Projekt Hermes, das bereits Thema im Konzerngeschäftsbericht der beklagten Partei zum Geschäftsjahr 2006 ist (Seite 39). Dabei sollte der Abschluss ertragreicher Derivatgeschäfte mit Kommunen eine zentrale Rolle spielen.

- 3.2.2. Dieses Geschäftsmodell birgt vor allem bei hochspekulativen Derivaten erhebliche operationelle (konkret: rechtliche) Risiken (§§ 2, 22i BWG) für die Bank: Geschäftsabschlüsse bedürfen jedenfalls einer Beschlussfassung durch den Gemeinderat und von Fall zu Fall zudem auch einer Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Abgesehen davon ist den Entscheidungsträgern der Bank selbstverständlich bewusst, dass Gemeinden bei Geschäftsabschlüssen an die Prinzipien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gebunden sind.
- 3.2.3. Den damit angesprochenen rechtlichen Risiken war sich die gesamte Führung der beklagten Partei auch bewusst, wie eine aussagekräftige Vorstandssitzung am 17. April 2007 zum Thema *„Derivate im Kommunalgeschäft“* beweist. Bereits einleitend wird in der zugrunde liegenden *„Vorstandsinformation 023/2007“* vom Bereich IK (Institutionelle Kunden und Öffentliche Hand) auf folgendes Faktum hingewiesen: *„Probleme ergeben sich durch meist inhomogenes know-how der Kommunen, der nicht eindeutigen Rechtssituation und den notwendigen, sehr kurzen Entscheidungsfristen bei Produktabschluss.“* Die damit verbundenen Risiken werden aber vom Vorstand bewusst in Kauf genommen, weil sie *„... auch von unseren Mitbewerbern nicht zuletzt im Hinblick auf die Ertragschancen akzeptiert“* werden. *„Im Rahmen der MIFRI-Planung stellt das Derivatgeschäft mit Kommunen jedenfalls für IK [Bereich Institutionelle Kunden und Öffentliche Hand] einen wichtigen Faktor im Gesamtkonzept für die öffentliche Hand dar (Ertragssteigerung/Projekt ‚Hermes‘).“*

3.3. Beratungsgespräche mit der beklagten Partei

- 3.3.1. Angesichts des besonderen Vertrauens der Stadt Linz in die beklagte Partei ist sie in den Jahren 2006 und 2007 ein besonders geeignetes Ziel für das Projekt *„Hermes“*. Zudem spielt der beklagten Partei auch die Gunst der Stunde in die Hände. Nachdem die im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 angesprochene Finanz- und Vermögensverwaltung vorerst nicht aktiv wird, fällt in der Sitzung des Finanzausschusses am 4. Mai 2006 der Startschuss. Wie im Ausschussprotokoll nachzulesen ist, denkt der Dienststellenleiter Mag. Werner Penn infolge steigender Zinsen an einen Fixzinsswap als Absicherungsinstrument. Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr hält vor diesem Hintergrund einen Wechsel in einen 1 Jahres-(Fixzins-)Swap für überlegenwert.
- 3.3.2. Mag. Werner Penn sucht Rat bei den Banken und wendet sich unter anderem auch an die beklagte Partei. Nachdem der Kundenbetreuer Mag. Herbert Auer als „Gesicht“ der beklagten Partei den Bedarf erfragt hat, eruiert Iris Sahinoglu, Mitarbeiterin im Bereich Treasury Sales der beklagten Partei, in Gesprächen mit der Finanz- und Vermögensverwaltung wesentliche Eckdaten des Fremdfinanzierungsportfolios der Stadt Linz. In einer eigens für die Stadt erstellten Präsentation vom 9. August 2006 preist sie verschiedene Finanzprodukte an. Sie werden als *„Vorschläge zur Optimierung des Zinsrisikos aus Ihrer Finanzierung“* bezeichnet. Die angebotenen

Produkte reichen vom nachgefragten Fixzinsswap über ein Cap bis zu einem „Resettable chf linked Swap“. Zu diesem Produkt ist als einzige Informationsgrundlage ein Chart mit der Entwicklung des historischen EUR/CHF-Wechselkurses beigelegt.

- 3.3.3. Nur zwei Tage später, nämlich am 11. August 2006, fasst Mag. Werner Penn die ihm von den Banken unterbreiteten Vorschläge als „Handlungsalternativen“ zusammen. Hier lässt er für den Bereich der CHF-Finanzierung eine klare Präferenz für einen Fixzinsswap und im Bereich der EUR-Finanzierung für die Absicherung mit Caps erkennen. Aufgrund der Beratung durch die beklagte Partei zeigt er aber auch bereits ein Interesse für den von ihr angepriesenen Resettable CHF linked Swap. So übernimmt er die von der beklagten Partei in ihrer Präsentation vom 9. August 2006 zum Resettable CHF linked Swap angeführten Indikationen 1:1 in sein Papier und spricht in diesem Zusammenhang von einer „*Verbilligungsmöglichkeit*“, die man „*ins Auge fassen*“ sollte. Die Beratung und Empfehlungen der beklagten Partei sind also die Grundlage für den späteren Abschluss der Swap-Geschäfte 3976 und 4175.

3.4. Rahmenvertrag und Unterschriftenverzeichnis

3.4.1. Wesentliche Fakten

- 3.4.1.1. Bereits mit E-Mail vom 4.9.2006 übermittelt Iris Sahinoglu Mag. Werner Penn „*aktuelle Indikationen für den Resettable CHF linked Swap*“. Dessen Struktur entspricht exakt dem bereits in der Beratungsunterlage vom 9. August 2006 angepriesenen Produkt, worauf im E-Mail auch explizit hingewiesen wird („*wie in der Präsentation*“). Von einem Nominalbetrag wird noch nicht gesprochen. Dessen ungeachtet übermittelt Iris Sahinoglu bereits mit diesem E-Mail den Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte.
- 3.4.1.2. Während sich beim Resettable CHF linked Swap die Kontakte von Mag. Werner Penn auf die beklagte Partei beschränken, schreibt er am 8. September 2009 ein auf Caps basierendes **Zinsabsicherungsgeschäft** mit einem Volumen von EUR 40 Mio. für die Stadt sowie EUR 60 Mio. für die Immobilien Linz AG aus, das sich neben der beklagten Partei an verschiedene andere Banken richtet. Sparkasse OÖ und RLB OÖ erhalten schließlich den Zuschlag für ein Volumen von je EUR 20 Mio.
- 3.4.1.3. Am 13. September 2006 richtet Mag. Werner Penn via Finanzreferenten ein Schreiben an Bürgermeister Dobusch mit dem Betreffvermerk „*Zinsabsicherung in Euribor*“. Hier berichtet er zunächst vom Zuschlag an Sparkasse OÖ und RLB OÖ. Darüber hinaus ist von einer „*beabsichtigten, bedingten Vergabe*“ an die beklagte Partei über EUR 20 Mio., die Rede. „*Für 5 Jahre erhalten wir den 6-Monats-Euribor und zahlen dafür den 6-MonatsEuribor minus 1,25 %, sofern der EURO-CHF Wechselkurs am halbjährlichen Zinsfestsetzungstermin über 1,49 liegt. Liegt der Wechselkurs darunter, so verringert sich der Abschlag entsprechend.*“ Damit spricht Mag. Werner Penn den von der beklagten Partei bereits am 9. August 2006 empfohlenen Resettable CHF linked Swap zwar an, gibt aber weder die Zinsbildungsformel noch die dahinter stehende Währungswette wieder. Vielmehr ist nur davon die Rede, dass bei einer Verschlechterung des Wechselkurses der Abschlag geringer wird.
- 3.4.1.4. Auf dieser Grundlage ersucht Mag. Werner Penn den Bürgermeister um Unterfertigung der beiliegenden Rahmenverträge und Unterschriftenverzeichnisse

(jeweils für Sparkasse OÖ, RLB OÖ und die beklagte Partei). In diesem Zusammenhang verweist er auf den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004. Zu einem heute nicht mehr nachvollziehbaren Datum unterschreibt der Bürgermeister die Standardrahmenverträge und die Unterschriftenverzeichnisse. Der Rahmenvertrag mit der beklagten Partei trägt den Stempel 26. September 2006.

3.4.1.5. Die Funktion der Rahmenverträge erschöpft sich in der Festlegung standardisierter Allgemeiner Geschäftsbedingungen für Finanztermingeschäfte. Grundlage dafür ist ein von der ISDA („*International Swaps and Derivatives Association*“) entwickeltes Muster, das schon aus diesem Grund nicht verhandelbar ist. Angesichts seines sehr weiten Anwendungsbereichs (§ 1 Abs 1) sagt die Unterfertigung des Rahmenvertrags noch nichts über die geplanten Geschäfte aus.

3.4.2. Rechtliche Einordnung

3.4.2.1. Wie zuvor ausgeführt hat der Gemeinderat mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 bereits abschließend den Willen gefasst, das Fremdfinanzierungsportfolio durch marktübliche Finanzgeschäfte zu optimieren. Für die konkrete Umsetzung dieses Willens des Gemeinderats ist der Bürgermeister nach § 22 Abs 1 StL 1992 zuständig, der sich dazu nach Satz 2 dieser Bestimmung des zuständigen Stadtsenatsmitglieds zu bedienen hat. Diesem wiederum ist die Finanz- und Vermögensverwaltung als administrativer Hilfsapparat zur Seite gestellt. Daher wird die Finanz- und Vermögensverwaltung im Gemeinderatsbeschluss angesprochen und daher unterfertigt der Bürgermeister das korrespondierende Unterschriftenverzeichnis.

3.4.2.2. Grundlage dafür ist ausschließlich der Beschluss des Gemeinderats. Dessen Wille, nämlich in seinem Sinn das Fremdfinanzierungsportfolios durch marktübliche Finanzgeschäfte zu optimieren, bestimmt somit die Grenze für die Umsetzungsmaßnahmen der Finanz- und Vermögensverwaltung. Was vom Gemeinderat nicht gewollt ist, kann keine Umsetzungsmaßnahme sein. Ihr fehlt daher die von § 46 Abs 1 StL 1992 geforderte demokratische Legitimation.

3.4.2.3. Weil die Finanz- und Vermögensverwaltung bei von § 46 Abs 1 StL erfassten Geschäften nur zur Umsetzung des erforderlichen Gemeinderatsbeschlusses legitimiert sein kann, scheidet sie als Adressat einer Bevollmächtigung aus: Es können nur Personen bevollmächtigt werden, mangels Rechtsfähigkeit aber keine Dienststellen. Vor allem aber beinhaltet eine Bevollmächtigung auch die Macht, für den Geschäftsherrn den Willen zu bilden. Dem steht das Organisationsrecht der Stadt Linz entgegen, das in den Fällen des § 46 Abs 1 StL 1992 die Willensbildung Kollegialorganen vorbehält. Bei rechtskonformer Auslegung kann daher das Unterschriftenverzeichnis nicht als rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung des Mag. Werner Penn verstanden werden. Vielmehr zielt das Unterschriftenverzeichnis auf Mag. Werner Penn und Dr. Christian Schmid in ihrer Funktion in der Finanz- und Vermögensverwaltung. Diese ist im Gemeinderatsbeschluss angesprochen und dieser bedient sich der Bürgermeister kraft § 22 Abs 1 S 2 StL 1992 zur Umsetzung des Beschlusses. Daher bestätigt er mit der Unterfertigung des Unterschriftenverzeichnisses die Authentizität der Unterschriften von Mag. Werner Penn und Dr. Christian Schmid.

3.4.2.4. Selbst wenn man den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 fälschlich als Wille zur rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung von Mag. Werner Penn deutet – wogegen schon der Wortlaut spricht –, kann dieser Beschluss keinesfalls eine Außenwirkung

entfalten. Auch eine vom Gemeinderat beschlossene Bevollmächtigung muss nach § 49 Abs 1 vom Bürgermeister erklärt werden. Eine solche Erklärung setzt daher bloß den Willen des Gemeinderats um. Will man daher die Unterfertigung des Unterschriftenverzeichnisses in diesem Sinn deuten, so unterliegt eine solche Vollmachtserklärung den Grenzen des Gemeinderatsbeschlusses.

4. Einzelabschlüsse

4.1. Swap 3976

4.1.1. Mag. Werner Penn hatte in seinem Schreiben an den Bürgermeister vom 13. September 2006 nur von einer „*beabsichtigten, bedingten Vergabe*“ an die beklagte Partei gesprochen. Es wird ein Zinsabschlag von 1,25 % bei einem EUR/CHF-Wechselkurs von über 1,49 in Aussicht gestellt. Nach einer nochmaligen Produktpräsentation durch die beklagte Partei im Rahmen eines weiteren Beratungsgesprächs in Linz am 22. September 2006, schließt Mag. Werner Penn am 26. September 2006 das Swap-Geschäft 3976 ab. Dessen Konditionen weichen vom Bericht an den Bürgermeister vom 13. September 2006 signifikant ab: Der Strike liegt anstelle von 1,49 bei 1,5050, die Laufzeit anstelle von 5 Jahren bei 7 Jahren und der Abschlag auf EURIBOR anstelle von 1,25 % bei 1,80 %. Vor allem aber hat Mag. Werner Penn dem Bürgermeister in seinem Schreiben am 13.9.2006 über den künftigen Abschluss eines Geschäftes berichtet, dessen Risiko nur in einer Verringerung des Abschlags auf EURIBOR bestand. Von einem unbegrenzten Zinsrisiko war keine Rede.

4.1.2. Im Hinblick auf den Swap 3976 räumt die beklagte Partei der Stadt Linz am 27. September 2006 ein Derivatlimit „*inkl. Exotischer Produkte*“ in Höhe von EUR 10 Mio. ein. Davon wird die Stadt Linz nicht informiert. Im bankinternen Antrag wird bereits hervorgehoben, dass „*alle größeren Finanzentscheidungen*“ vom Stadtsenat und Gemeinderat genehmigt werden müssen. Auch die internen Schranken einer Gemeinde werden im bankinternen Antrag explizit erwähnt: „*Die Gemeinden unterliegen einem sehr restriktiven Haushaltsrecht. Die Möglichkeiten für eine Kreditaufnahme sind genau festgelegt.*“ Schließlich wird auch auf die Bedeutung der Gemeindeaufsichtsbehörde hingewiesen: „*Das Land ist Träger der Rechtsaufsicht über die Kommunen. Bis auf Ausnahmen müssen Kredite geprüft und einzeln genehmigt werden. Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird geprüft.*“

4.2. Swap 4175

4.2.1. Wie bereits ausgeführt, hat Mag. Werner Penn in seinem Papier vom 11. August 2006 eine klare Präferenz für einen Fixzinsswap erkennen lassen, um die bestehende CHF-Finanzierung abzusichern. Er lässt sich daher von der beklagten Partei mit E-Mail vom 4. Dezember 2006 einen Fixzinsswap auf den 6M CHF Libor anbieten. Als Kondition nennt ihm die beklagte Partei einen Zinssatz von 2,70 %. Das Ziel von Mag. Werner Penn war jedoch ein Fixzinssatz von 2,50 %. Diese Kondition wird auch in den nächsten Tagen nicht erreicht. Das teilt Iris Sahinoglu Mag. Werner Penn mit E-Mail vom 7. Dezember 2006 mit. Zugleich übermittelt sie Mag. Werner Penn eine weitere Produktpräsentation. Hier stellt die beklagte Partei weitere „*Zinsoptimierungsmodelle*“ vor. In diesem Zusammenhang empfiehlt die beklagte Partei, ein angebotenes Absicherungsgeschäft durch „*Hereinnahme von Fremdwährungsrisiko*“ oder eines Zinsrisikos in Gestalt eines Snowballs zu

vergünstigen. Es war also die beklagte Partei, die Mag. Werner Penn immer wieder zum Eingehen von Risiken veranlassen wollte, ohne ihn darüber in geeigneter Weise aufzuklären.

- 4.2.2. Diese – im Projekt Hermes grundlegende – Strategie setzt die beklagte Partei am 22. Jänner 2007 fort. An diesem Tag lässt sich Mag. Werner Penn von Mag. Herbert Auer und Iris Sahinoglu zur Frage der „Absicherung der CHF-Tilgungen“ (aus der CHF-Anleihe) beraten. Insofern wird ihm ein Devisentermingeschäft empfohlen. In demselben Gespräch raten die Bankexperten Mag. Werner Penn auch zum Abschluss eines „Ressetable für die CHF-Finanzierung“. Geht es nach der beklagten Partei, soll also Mag. Werner Penn im Hinblick auf die CHF-Finanzierung zugleich ein Währungssicherungsgeschäft und eine hochspekulative Währungswette abschließen. Deren Natur will die beklagte Partei freilich verschleiern. In der bankinternen Gesprächsnotiz vom 22. Jänner 2007 (Beilage ./71) wird unverhohlen davon gesprochen, dass „... die Kursdifferenz aus den Optionen als Zinsaufschlag dargestellt wird“.
- 4.2.3. Iris Sahinoglu intensiviert in der Folge das Werben um den Abschluss des Ressetable für die CHF-Finanzierung der Stadt. Mit E-Mail vom 31. Jänner 2007 übermittelt sie Mag. Werner Penn Preisindikationen für die „Optimierung“ der CHF-Finanzierung über einen Ressetable CHF linked Swap. Auf dieser Grundlage startet sie gegenüber Mag. Werner Penn regelrecht eine Charmeoffensive. Bereits am 1. Februar ruft sie Mag. Werner Penn an, um ihren Vorschlag vom Vortag in leuchtenden Farben darzustellen. So spricht sie von einem „attraktiven“ Vorschlag, der auf einem Niveau sei, „... wo man schon schwach werden könnte“. Es handle sich um eine „Occasion auf zehn Jahre“. Auch sie sei überrascht gewesen, wie toll sich ihr Vorschlag rechne. Das Thema Risiken wird nur verschämt und diffus angesprochen. Das veranlasst Mag. Werner Penn zur Aussage, dass nur ein für die Stadt irrelevantes Bewertungsrisiko zur Diskussion stehe. Diese folgenschwere Fehleinschätzung lässt Iris Sahinoglu wider besseres Wissen unwidersprochen.
- 4.2.4. Bereits am nächsten Tag, dem 2. Februar 2007, wendet sich Iris Sahinoglu neuerlich an Mag. Werner Penn. Auf dessen Nachfrage demonstriert sie noch an diesem Tag in einer E-Mail, wie sich der Ausgangszinssatz verbessert, wenn der Strike erhöht wird. Mag. Werner Penn lässt sich davon beeindruckt. In einem Folgetelefonat am 8. Februar 2007 mit Iris Sahinoglu lässt er sich auf einen Strike von 1,54 ein. Als Begründung dafür führt er an: „Ich hab das auf 10 Jahre zurück gerechnet. (...) Das sieht am vernünftigsten aus.“ Damit macht Mag. Werner Penn gegenüber Iris Sahinoglu deutlich, dass er sich für dieses Finanzprodukt ausschließlich auf Basis der historischen Kursentwicklung entscheidet. Spätestens ab diesem Zeitpunkt war für Iris Sahinoglu unübersehbar, dass Mag. Werner Penn keinesfalls über ein ausreichendes Know how für derartige Produkte verfügt. Dennoch hat sie Mag. Werner Penn nicht auf die wesentlichen Parameter (Forwards, Volatilität, Sensitivitäten, Risikokennzahlen etc) hingewiesen, um das enorme Risiko des Ressetable CHF linked Swap richtig einschätzen zu können.
- 4.2.5. Mangels eines ausreichenden Risikobewusstseins schließt Mag. Werner Penn schließlich am 12. Februar 2007 den auf die CHF-Finanzierung der Stadt Linz bezogenen Ressetable CHF linked Swap ab: Um 9:30 Uhr erhält Mag. Werner Penn von Iris Sahinoglu das erste Angebot mit dem Zusatz „freibleibend der Marktdaten“. Demnach hat die Stadt einen fixen Zinssatz von 0,02 % zu bezahlen, solange der Spotkurs über dem Strike von 1,54 liegt. Um 10:11 Uhr erhält Mag. Werner Penn von

der Bank Austria scheinbar zu Vergleichszwecken eine „aktuelle Quotierung“. Hier beläuft sich der Fixzinssatz auf 0,3980 %. Um 11:53 Uhr folgt schließlich – offenbar aufgrund geänderter Marktdaten – ein weiteres Angebot der beklagten Partei mit einem fixen Zinssatz von 0,065 %. Auch dieses Angebot „*versteht sich freibleibend der Marktdaten*“. Um 11:55 Uhr erklärt Mag. Werner Penn per E-Mail an die beklagte Partei: „*Ihr Angebot ist in dieser Form akzeptiert.*“ Mit Datum 16. Februar 2007 wird schließlich die „*Einzelabschlussbestätigung*“ über das Geschäft ausgestellt, die auf Seiten der Stadt Linz nur Mag. Werner Penn unterfertigt.

- 4.2.6. Die zuvor angesprochene „aktuelle Quotierung“ von Seiten der Bank Austria hat für Mag. Werner Penn offensichtlich nur eine vergaberechtliche Alibifunktion: Bereits im Vorfeld hat Mag. Werner Penn der Bank Austria Preisindikationen der beklagten Partei vollinhaltlich zur Verfügung gestellt. Zudem liegt der Bank Austria am 12. Februar 2007 kein von Seiten der Stadt Linz unterfertigter Rahmenvertrag vor, obwohl der zuständige Mitarbeiter der Bank Austria bereits im Vorfeld von der Notwendigkeit eines Rahmenvertrags für den Geschäftsabschluss gesprochen hat. Von einem Vergabeverfahren oder auch nur der Einholung kompetitiver Vergleichsangebote kann daher keine Rede sein. Vielmehr hat Mag. Werner Penn nach monatelanger Beratung durch die beklagte Partei mit dieser schließlich auch das Swap-Geschäft 4175 abgeschlossen.

5. Beklagte Partei ignoriert städtisches Organisationsrecht

- 5.1. Obwohl bereits der bankinterne Kreditantrag zum Swap 3976 auf das Erfordernis eines Gemeinderatsbeschlusses bei Finanzgeschäften mit Kommunen hinweist, ist die beklagte Partei am Vorliegen eines solchen Beschlusses nicht interessiert: Weder in den Telefonprotokollen Penn/Sahinoglu noch in den bankinternen Unterlagen wird die Frage eines Gemeinderatsbeschlusses thematisiert. Erst nach Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 wird in der Vorstandsinformation vom 17. April 2007 die Notwendigkeit eines Gemeinderatsbeschlusses für Derivatgeschäfte mit Kommunen aktiv angesprochen und auch auf die Bedeutung der Gemeindeaufsichtsbehörden hingewiesen. Diese Information wird vom Vorstand zur Kenntnis genommen.
- 5.2. Trotz dieser Erkenntnisse aus der Vorstandssitzung will sich die beklagte Partei weiterhin nicht der Frage stellen, ob für das Swap-Geschäft 4175 der erforderliche Gemeinderatsbeschluss vorliegt. In einem bankinternen E-Mail vom 26. April 2007 wird nur davon gesprochen, dass der Vorstand bereits abgeschlossene Derivatgeschäfte mit Kommunen „*irgendwie einfangen*“ will. „*Meine Frage daher: können wir von der Stadt noch etwas bekommen, das den letzten Abschluss etwas stärker untermauert*“. Ungeachtet dessen tritt auch in der Folge niemand an die Stadt Linz heran, um den Gemeinderatsbeschluss zu erhalten. Erst in der Besprechung am 5. August 2010 (!) ersucht die beklagte Partei die Stadt Linz um Übermittlung dieses Beschlusses.
- 5.3. Die Entscheidungsträger der beklagten Partei haben also den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 bis August 2010 nie gesehen. Bis zu diesem Zeitpunkt haben sie demnach nicht gewusst, ob das Swap-Geschäft 4175 von einem Gemeinderatsbeschluss überhaupt gedeckt ist. Vielmehr hat sich die beklagte Partei mit der angeblichen Aussage von Mag. Werner Penn begnügt, wonach er zum Abschluss solcher Geschäfte legitimiert sei. Sie kann sich daher keinesfalls darauf berufen, auf das Vorliegen des nach § 46 Abs 1 StL 1992 erforderlichen

Gemeinderatsbeschlusses vertraut zu haben. Nur wer sich den Gemeinderatsbeschluss vorlegen lässt, kann Vertrauensschutz in Anspruch nehmen.

6. Wahre Natur des Swap-Geschäftes 4175

- 6.1. Beim Swap 4175 handelt es sich um ein strukturiertes Finanzprodukt, das nur im außerbörslichen Handel (Over The Counter) angeboten wird. Äußerlich ähnelt er einem gewöhnlichen Zinstausch (variable gegen fixe Zinszahlung). Die Stadt Linz hat jedoch bei Unterschreiten eines EURO/CHF-Wechselkurse von 1,54 zusätzlich einen „Zinsaufschlag“ nach der Formel $„(1,54\text{-Kurs})/\text{Kurs} \cdot 100\%“$ zu bezahlen. Diese von der beklagten Partei bereits in den Beratungsgesprächen mit Mag. Werner Penn gepflogene Darstellung wird dem tatsächlichen Risiko des Swap nicht gerecht: Hinter der Zinsbildungsformel verbergen sich 21 exotische Devisenoptionen (Quantooptionen) mit einer Laufzeit von bis zu 10 Jahren. Der Stadt ist dabei die Rolle des Stillhalters dieser Optionen zugewiesen. Sie trifft damit nicht nur ein unbegrenztes Währungsrisiko, sondern auch ein völlig asymmetrisches Gewinn-/Verlust-Profil.
- 6.2. Im Rahmen des Produkteinführungsprozesses bei der beklagten Partei wird im Riskmanagement auf die überaus komplexe Struktur des Swap hingewiesen: *„Die Eingabe des Geschäfts ... ist zur internen Darstellung in eine Vielzahl von ... Einzelgeschäften zu teilen.“* Wie sich aus dem entsprechenden Produkteinführungsformular ergibt, soll die Optionsstruktur des Swap vor dem Kunden auch dann noch verborgen werden, wenn eine Option schlagend wird und eine Zahlungspflicht des Kunden auslöst. So findet sich für den Fall eines Kassageschäfts bei Ausübung einer Option der Hinweis: *„keine Bestätigung an Kunden!“* Dieser soll auch nach Abschluss des Swap-Geschäftes über dessen wahre Natur im Unklaren gelassen werden.
- 6.3. Hintergrund der gesamten Konstruktion ist die durch das Projekt *„Hermes“* vorgegebene Zielsetzung einer raschen Ertragssteigerung. Daher hat die beklagte Partei den Swap so strukturiert, dass schon bei Vertragsabschluss der Wert der Optionskomponente bei weitem jenen der Gegenleistung (Swap auf CHF-Libor aus der Anleihe) überschreitet. Dieser negative Anfangswert zum Nachteil der Stadt Linz beläuft sich auf zumindest EUR 20 Mio. (17 % des Nennbetrags von CHF 195 Mio.!). Das wird auch durch bankinterne Unterlagen bestätigt. Im bereits zitierten Produkteinführungsformular findet sich im Rahmen der *„Risikoanalyse“* folgender fettgedruckte Vermerk zur jeweils erforderlichen Kreditlinie: *„Kreditrisikoanrechnung: positiver Marktwert plus add-on von 7,5 %“*. Die für den Swap erforderliche Kreditlinie bemisst sich also anhand des (für die Bank) *„positiven Marktwerts“*; das ist zugleich der negative Marktwert aus Sicht des Kunden. Dazu kommt ein Aufschlag von 7,5 %. Somit beläuft sich die für einen Ressetable CHF linked Swap vorzusehende Kreditlinie jeweils auf 107,5 % des Marktwerts. Ausgehend davon steht fest, wie die beklagte Partei selbst den Swap 4175 bewertet hat. Angesichts der für dieses Geschäft beschlossenen Aufstockung des *„Derivatlimits“* um EUR 25 Mio., beläuft sich der Marktwert bei Vertragsabschluss nach der bankinternen Bewertung auf etwa EUR 23 Mio zum Nachteil der Stadt Linz.
- 6.4. Angesichts all dieser Fakten gelangt auch die Staatsanwaltschaft Linz im Einklang mit dem von ihr bestellten Sachverständigen Dr. Christian Imo zu folgendem eindeutigen Befund: *„Im Ergebnis bewirkt der Swap 4175 im Portfolio der Stadt Linz nur eine geringfügig zu erwartende Verringerung der durchschnittlichen Zahlungen (aufgrund der CHF-Anleihe) bei im Gegenzug ‚starker Risikoerhöhung‘, sodass er keine*

„Optimierung“ des Portfolios bewirken kann“. Anders ausgedrückt: Der Swap 4175 findet im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 keine Deckung.

7. Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes

7.1. Zum Verhältnis von Organisationsrecht und Vertragsrecht

7.1.1. Wer mit Gemeinden kontrahieren will, hat sich mit ihrem Organisationsrecht vertraut zu machen. Soweit die entsprechenden Regeln kundgemacht sind, muss sie jeder Vertragspartner nach § 867 ABGB gegen sich gelten lassen. Sind Geschäfte kraft Gesetzes dem Gemeinderat vorbehalten, kommen sie nur dann wirksam zustande, wenn der Gemeinderat den erforderlichen Beschluss fasst. Jeder Kontrahent einer Gemeinde handelt daher auf eigenes Risiko, wenn er mit einem Akteur der Gemeinde einen Vertrag schließt, ohne sich den erforderlichen Gemeinderatsbeschluss vorlegen zu lassen. Nichts anderes gilt, wenn er Zweifel haben muss, ob ein vorliegender Beschluss das avisierte Geschäft deckt. Rechtssicherheit schafft hier nur eine Befassung des Gemeinderats mit dem konkreten Geschäft.

7.1.2. Die Bestimmung des § 867 ABGB schützt das Gemeindevermögen vor unzulässigen Alleingängen einzelner Gemeindeakteure. Sie räumt dem in der Gemeinschaft der Gemeindeglieder verkörperten öffentlichen Interesse Vorrang vor einem umfassenden Verkehrsschutz ein. Es muss ausgeschlossen sein, dass eine Einzelperson Steuergeld wirksam aufs Spiel setzen kann. Daher wird präsumtiven Kontrahenten der Gemeinde die Obliegenheit auferlegt, auf die Erfüllung der organisationsrechtlichen Vorgaben auf Seiten der Gemeinde zu achten. Dadurch wird sichergestellt, dass eine Gemeinde nur dann durch folgenschwere Geschäfte gebunden wird, wenn sie durch einen Beschluss des Gemeinderats demokratisch legitimiert sind.

7.2. Unwirksamkeit mangels Gemeinderatsbeschlusses

7.2.1. Geschäfte wie der Swap 4175 bedürfen einer kollegialen Beschlussfassung durch den Gemeinderat (§ 46 Abs 1 StL 2002). Dem Gemeinderat wurde der Swap 4175 nie zur Beschlussfassung vorgelegt. Auch der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 enthält keinesfalls die erforderliche Willensbildung. Sie erfasst nur die Optimierung des bestehenden Fremdfinanzierungsportfolios durch marktübliche Finanzgeschäfte. Dem wird der Swap 4175 angesichts seiner optionalen Struktur nicht gerecht. Die Verschreibung von exotischen Optionen ist aus kommunaler Sicht denkunmöglich ein marktübliches Finanzgeschäft. Durch sie wird auch das Fremdfinanzierungsportfolio nicht optimiert, sondern vielmehr unvertretbarer Risiken aussetzt.

7.2.2. Mangels Gemeinderatsbeschlusses ist das von Mag. Werner Penn abgeschlossene Swap-Geschäft 4175 unwirksam. Damit verwirklicht sich für die beklagte Partei ein rechtliches Risiko, das sie sehenden Auges eingegangen ist. So hat sie sich zunächst gar nicht für das Vorliegen eines Gemeinderatsbeschlusses interessiert. Erst nach Abschluss des Geschäftes wird die Frage bankintern diskutiert; dessen ungeachtet lässt sich die beklagte Partei den Gemeinderatsbeschluss erst im August 2010 von der Stadt Linz übermitteln.

7.3. Unwirksamkeit mangels aufsichtsbehördlicher Genehmigung

7.3.1. Nach § 78 Abs 1 StL 1992 (idF vor der Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012) bedarf der Abschluss von Darlehensverträgen der Genehmigung der Landesregierung, wenn

durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde. Der Regelungszweck dieser Norm liegt auf der Hand: Übersteigen die jährlichen Zins- und Tilgungsleistungen eine Schwelle von 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags, wird der erforderliche Handlungsspielraum der Gemeinde in kritischer Weise beschränkt. Dazu bedarf es der Genehmigung durch die Gemeindeaufsicht.

- 7.3.2. Diese Genehmigungspflicht stammt aus einer Zeit, zu der Derivate noch unbekannt waren. Dessen ungeachtet muss sie auch auf Zinsswaps Anwendung finden, die sich auf einen bestehenden Darlehensvertrag beziehen. Wirtschaftlich betrachtet modifizieren derartige Swaps die Zinszahlungsverpflichtung. Sie verändern also den jährlichen Gesamtschuldendienst wie im Fall einer Umschuldung. Da es dabei zur Neuaufnahme eines Darlehens kommt, um damit die bestehende Kreditschuld zu tilgen, greift hier jedenfalls § 78 Abs 1 S 2 StL 1992 (aF) ein. Dann kann aber nichts anderes für einen Zinsswap mit identischer Wirkung für den jährlichen Gesamtschuldendienst gelten. Andernfalls würde es bei Anwendung von § 78 Abs 1 S 2 StL 1992 (aF) zu gänzlich unsachlichen Differenzierungen kommen, die sich schon im Lichte des verfassungsrechtlich verankerten Gleichheitssatzes verbieten.
- 7.3.3. Für eine verfassungskonforme teleologische Auslegung von § 78 Abs 1 S 2 StL 1992 (aF) spricht auch das Genehmigungskalkül in Abs 2. So ist eine Genehmigung zu versagen, wenn das beabsichtigte Rechtsgeschäft für die Stadt mit einem unverhältnismäßig hohen finanziellen Wagnis verbunden wäre. Bei Kreditverträgen bringen vor allem komplex strukturierte Zinssätze ein solches Wagnis mit sich. Dann muss der Schutzzweck des § 78 StL 1992 (aF) auch dann eingreifen, wenn ein Zinsswap die Zinsstruktur eines Darlehens so verändert, dass damit ein hohes finanzielles Wagnis verbunden ist.
- 7.3.4. Der Swap 4175 bedarf daher einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung, wenn durch dessen Abschluss der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde. Diese Regelung zwingt die Akteure unweigerlich zu einer Prognose. Schon der Gesetzeswortlaut macht deutlich, dass es bei der Beurteilung der Folgen des Geschäftsabschlusses für den Gesamtschuldendienst nicht nur auf das Jahr des Geschäftsabschlusses ankommt. Vielmehr geht es um den „*jährlichen*“, also sich Jahr für Jahr ergebenden Gesamtschuldendienst. Bei jeder variablen Verzinsung kommt hier daher nur eine Vorausschau in Betracht. Eine solche Prognose muss sich naturgemäß an den Risiken des jeweiligen Finanzgeschäftes in Verbindung mit der Schwankungsbereitschaft der Zinsen des bereits bestehenden Kreditpotfolios orientieren. Schließlich kommt es ja auch im Rahmen des Genehmigungskalküls wesentlich darauf an, welches finanzielle Wagnis mit dem fraglichen Rechtsgeschäft verbunden ist. Angesichts des x-fachen Hebels des Swap-Geschäftes im Fall einer Abwertung des Euro besteht daher kein Zweifel, dass der Swap 4175 einer Genehmigung durch die Gemeindeaufsichtsbehörde bedurft hätte.
- 7.3.5. Da diese Genehmigung fehlt und bei der Gemeindeaufsichtsbehörde auch nicht erzielt werden konnte, ist das Swap-Geschäft kraft expliziter gesetzlicher Anordnung in § 78 Abs 3 StL 1992 (aF) unwirksam.

7.4. Unwirksamkeit wegen evidenten Vertretungsmissbrauchs

- 7.4.1. Selbst wenn Mag. Werner Penn im Februar 2007 über eine umfassende Vertretungsmacht verfügt hätte, wäre das Swap-Geschäft 4175 nicht wirksam zustande gekommen. Die Staatsanwaltschaft Linz erblickt bereits im Vertragsabschluss einen Befugnismissbrauch. Die dafür auf der objektiven Tatseite ins Treffen geführten Gründe, sind zwingend. Bereits ein Blick in das B-VG macht die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsabschlusses deutlich.
- 7.4.2. Nach Art 116 Abs 2 B-VG haben Gemeinden das Recht, „*innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze*“ Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen. Allein daraus ergibt sich für die Finanz- und Vermögensverwaltung einer Gemeinde eine strikte Gesetzesbindung. Der kraft Art 119a Abs 2 B-VG auch für Gemeinden geltende Effizienzgrundsatz verpflichtet die Gemeindeorgane zu einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Finanzgebarung. § 57 Abs 1 StL 1992 konkretisiert die Anforderungen an die städtische Finanzverwaltung: „*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.*“ Hochspekulative Finanzgeschäfte sind mit diesen Vorgaben unvereinbar. Auf dieser geradezu selbstverständlichen Erkenntnis baut die Staatsanwaltschaft ihre Anklage gegen Mag. Werner Penn auf.
- 7.4.3. Die angesprochene Verpflichtung der öffentlichen Hand zu einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Finanzgebarung und zu einer pfleglichen Vermögensverwaltung darf als bekannt vorausgesetzt werden. Der Effizienzgrundsatz ist Teil des allgemeinen Bildungskanons. Erst recht sind einer Bank, die seit Jahrzehnten Finanzgeschäfte mit der öffentlichen Hand macht, die gesetzlichen Rahmenbedingungen der städtischen Finanzverwaltung bewusst. Dies machen die bankinternen Kreditanträge der beklagten Partei mehr als deutlich, in denen von einem „*restriktiven Haushaltsrecht*“ und genau festgelegten Rahmenbedingungen für die Kreditaufnahme die Rede ist.
- 7.4.4. Die angesprochenen Vorgaben verbieten Gemeinden Hochrisikogeschäfte. Wer daher den hochspekulativen Charakter des Swap 4175 erkennt, weiß schon kraft Allgemeinbildung, dass ihn die Stadt nicht abschließen darf. Bei der beklagten Partei ist dieses Wissen besonders ausgeprägt. Sie hat den Swap strukturiert. In ihrem Bereich wurde auch der Produkteinführungsprozess durchgeführt. Niemand wusste daher besser Bescheid, wie riskant der Swap ist. Zugleich war der beklagten Partei bekannt, welchen Restriktionen die Finanzverwaltung einer Kommune unterliegt. Die beklagte Partei konnte daher nicht in Unkenntnis davon sein, dass Mag. Werner Penn das Swap-Geschäft nicht abschließen darf. Damit ist ein wirksames Zustandekommen des Swap-Geschäftes 4175 auch nach allgemeinen stellvertretungsrechtlichen Grundsätzen ausgeschlossen.
- 7.4.5. Nach den zu §§ 1002 ff ABGB anerkannten Grundsätzen entfaltet eine Vollmacht unabhängig vom Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Vertreter Wirkung. Sie ist also – im Interesse der Verkehrssicherheit – abstrakt. Wie ausgeführt setzt § 867 ABGB dem Verkehrsschutz bei rechtsgeschäftlichen Beziehungen mit Gemeinden im öffentlichen Interesse wesentliche Grenzen. Aber auch bei Rechtsgeschäften zwischen Privaten ist die Abstraktheit der Vollmacht dort durchbrochen, wo der Dritte nicht schutzwürdig ist. Das gilt zunächst einmal in Kollisionsfällen, also bei einem bewussten Zusammenwirken von Vertreter und Drittem, um den Geschäftsherrn zu

schädigen. Das vom Vertreter innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht abgeschlossene Geschäft ist aber selbst dann unwirksam, wenn dem Vertreter die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht bewusst, sie jedoch dem Dritten bekannt oder für ihn offenkundig war (*Koziol/Welser*, Grundriss¹³ I 215 mwN). Wie ausgeführt hat sich für die beklagte Partei aufgedrängt, dass Mag. Werner Penn pflichtwidrig handelt, wenn er den Swap 4175 abschließt. Die Pflichtwidrigkeit war ihr auch bewusst.

- 7.4.6. Die hier angestellten Überlegungen greifen selbstverständlich auch dann ein, wenn der Gemeinderat Mag. Werner Penn zum Abschluss hochspekulativer Wettgeschäfte ermächtigt hätte. Dann läge auf Seiten des Gemeinderats ein Missbrauch seiner Befugnis vor, der für die beklagte Partei evident war. Auch in diesem Fall wäre sie nicht schutzwürdig. Dann wäre die Ermächtigung durch den Gemeinderat – und aus diesem Grund auch die rechtsgeschäftlichen Erklärungen von Mag. Werner Penn – unwirksam.

7.5. Unwirksamkeit wegen Gesetzwidrigkeit

- 7.5.1. Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, ist unwirksam (§ 879 Abs 1 ABGB). Ziel dieser Generalklausel ist es auch, Widersprüche zwischen dem Vertragsrecht und sonstigen Rechtsgebieten hintanzuhalten. So soll vermieden werden, dass mit Hilfe vertraglicher Vereinbarungen Regelungsziele desavouiert werden, die von anderen Rechtsgebieten – zB dem Gesellschaftsrecht, dem Strafrecht oder dem öffentlichen» Recht – verfolgt werden. § 879 ABGB hat daher auch den Zweck, öffentlichen Interessen, die von der Rechtsordnung geschützt werden, auch im Vertragsrecht zum Durchbruch zu verhelfen (*Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 69 mwN).
- 7.5.2. Auch in Deutschland ist zur Parallelnorm des § 879 ABGB, nämlich § 138 BGB, anerkannt, dass Rechtsgeschäfte, die gegen wichtige rechtlich geschützte Belange der Allgemeinheit verstoßen, sittenwidrig sein können (vgl. *Palandt/Ellenberger*, BGB⁷⁰ § 138 Rz 40). Ausgehend davon kommt § 138 BGB auch dann zur Anwendung, wenn die Handhabung der Haushaltsvorschriften in einem so hohen Maße fehlerhaft ist, dass von einer sparsamen Ausgabe der öffentlichen Mittel und einer gewissenhaften treuhänderischen Verwaltung des Gemeindevermögens schlechthin nicht mehr gesprochen werden kann (BGH NJW 1962, 955).
- 7.5.3. Wendet man diese vom BGH entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, steht der Wirksamkeit des Swap-Geschäftes 4175 auch § 879 Abs 1 ABGB entgegen. Denn selbstverständlich kann im Zusammenhang mit dem Geschäftsabschluss keine Rede von einer sparsamen Gebarung und einer gewissenhaften Verwaltung öffentlicher Mittel sein. Es liegt daher ein Verstoß gegen zentrale rechtlich geschützte Belange der Allgemeinheit vor. Das zieht die Nichtigkeitssanktion des § 879 Abs 1 ABGB nach sich.
- 7.5.4. Zu diesem Ergebnis ist jüngst auch das Landgericht Dortmund (Urteil vom 5. Juli 2013, Az 6 O 205/12) bei Beurteilung eines CHF-Plus-Swap gelangt, der ganz ähnlich strukturiert ist wie der Swap 4175. In diesem Zusammenhang hält das Gericht fest:

„Zusammenfassend sind strukturierte Swaps von Finanzmathematikern der Banken entwickelte, hochkomplexe Zinswetten, die letztlich mit einem Glücksspiel im Casino vergleichbar sind. Die Regeln sind so ausgestaltet, dass die Kommune von Anfang an schlechtere Gewinnchancen bekommt, die zu einem negativen Marktwert führen, d.h.

hätte die Gemeinde unmittelbar nach dem Abschluss des Geschäfts den Swap am Markt verkauft, hätte sie weniger als ihren Einsatz herausbekommen (= man tauscht im Casino Bargeld in Jetons und bekommt für 100 EUR Bargeld lediglich Jetons, die man an andere Marktteilnehmer nur für 90 EUR weiterveräußern kann). Zudem besteht eine Asymmetrische Informationsverteilung (= der Vertragspartner hat die Spielregeln so gestaltet, dass ich die Spielregeln ohne einen Sachverständigen nicht durchblicken kann).“

7.5.5. Angesichts dieser Einschätzung zieht das Landgericht Dortmund im Hinblick auf § 138 BGB folgenden Schluss: *„Nach Überzeugung der Kammer handelt es sich unter Berücksichtigung der obigen Erwägungen bei dem Abschluss von komplexen kommunalen Zinsswapgeschäften dem Gesamtcharakter nach um ein sittenwidriges Rechtsgeschäft, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.“* Dem ist nichts hinzuzufügen.

8. Keine nachträgliche Genehmigung des unwirksamen Swap-Geschäftes

8.1. Wie ausgeführt, ist das Swap-Geschäft 4175 nicht wirksam zustande gekommen. Damit stellt sich die Frage einer nachträglichen Sanierung des „*ab ovo*“ unwirksamen Geschäftes. Was § 78 Abs 1 StL 1992 (aF) betrifft, ist eine Genehmigung durch Gemeindeorgane naturgemäß ausgeschlossen. Nur durch einen Akt der Gemeindeaufsichtsbehörde kann der Nichtigkeitsgrund des § 78 Abs 3 ABGB beseitigt werden. Eine nachträgliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde war nicht zu erlangen.

8.2. Auch eine Sanierung der Nichtigkeit infolge Verstoßes gegen § 879 Abs 1 ABGB kommt nicht in Betracht. Da ein kommunales Währungswettgeschäft mit einer hockspekulativen Struktur gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, ist selbstverständlich auch die nachträgliche Genehmigung eines solchen Geschäftes – durch welches Organ auch immer – ausgeschlossen.

8.3. Nichts anderes gilt für den evidenten Vertretungsmissbrauch durch Mag. Werner Penn. Denn auch eine nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes 4175 durch ein Gemeindeorgan würde offenkundig gegen die Pflicht einer sparsamen und pfleglichen Vermögensverwaltung verstoßen. Für die beklagte Partei war unübersehbar, dass ein Gemeindeorgan das Geschäft weder abschließen noch genehmigen darf. Schon deswegen kann sie keinesfalls auf eine nachträgliche Genehmigung durch ein Gemeindeorgan vertrauen.

8.4. Jeder der gerade angesprochenen Nichtigkeitsgründe steht also für sich einer Wirksamkeit des Swap-Geschäftes 4175 dauerhaft im Weg. Abgesehen davon ist das Geschäft aber auch deswegen nicht wirksam zustande gekommen, weil ihm der erforderliche Gemeinderatsbeschluss fehlt. Auch insofern kommt eine nachträgliche Genehmigung schon deswegen nicht in Betracht, weil es sich bei einem solchen Rechtsakt abermals um einen für die beklagte Partei evidenten Befugnismissbrauch handelte.

8.5. Abgesehen davon sind im vorliegenden Fall die an § 1016 ABGB zu orientierenden Anforderungen an eine nachträgliche Genehmigung nicht erfüllt. Fehlt der erforderliche Gemeinderatsbeschluss, kann nur ein Akt des Gemeinderats selbst diesen Mangel sanieren. Der Gemeinderat der Stadt Linz hat zu keinem Zeitpunkt einen Genehmigungsbeschluss gefasst. Vielmehr hat er im Jahr 2011 beschlussmäßig

festgestellt, dass der Swap 4175 vom Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 nicht gedeckt ist. Abgesehen davon gibt es keine dem Gemeinderat zurechenbare Erklärung gegenüber der beklagten Partei, in der eine Genehmigung des Swap-Geschäftes erklärt wird. Auch eine dem Gemeinderat zurechenbare Vorteilszuwendung liegt nicht vor. So hat der Gemeinderat zu keinem Zeitpunkt einen Willen gebildet, das Geschäft durch Vereinnahmung eines daraus resultierenden Vorteils zu genehmigen. Da der Gemeinderat als Kollegialorgan von der Unwirksamkeit eines Swap-Geschäftes gar keine Kenntnis hatte, ist ein Genehmigungswille auf Ebene des Gemeinderates a priori ausgeschlossen. Somit scheidet auch eine Genehmigung durch Willensbetätigung des Gemeinderats aus.

IV. Replik zum Sachvortrag der beklagten Partei (Punkt IV. Z 2, Punkt III. Punkt IV., Punkt V., Punkt VI., Punkt VII. Z 1 und 2)

1. Zum „ergänzenden Tatsachenvorbringen“ der beklagten Partei (VBS BAWAG, Punkt II. Z 2.1)

1.1. Vorbemerkung

- 1.1.1. Unter dem irreführenden Titel „*Professionalität*“ der Stadt Linz beschäftigt sich die beklagte Partei (VBSS BAWAG, Seite 18ff) einerseits mit den „*herausragenden*“ Eigenschaften des Mag. Werner Penn bzw. seiner Professionalität und andererseits mit einer angeblichen „*Stop-Loss-Strategie*“, welche die Stadt Linz bereits mit dem Abschluss des Swap-Geschäftes durch Mag. Werner Penn „*implementiert*“ haben soll, in der Folge aber nicht beachtet habe (VBSS BAWAG, Seiten 18 bis 29).
- 1.1.2. Diese Ausführungen der beklagten Partei haben mit dem Abschluss und der Gültigkeit des Swap-Geschäftes nichts zu tun. Relevant sind das Wissen und die behaupteten Fähigkeiten des Mag. Werner Penn lediglich im Zusammenhang mit dem Vorwurf an die beklagte Partei, dass sie die ihr obliegenden gesetzlichen und vorvertraglichen Aufklärungspflichten massiv verletzt hat. Ist die beklagte Partei aber davon ausgegangen, dass Mag. Werner Penn die Struktur des Swap-Geschäftes 4175, also die hinter der Zinsformel verborgene Währungswette mit 21 exotischen Optionen tatsächlich verstand, so war es für sie evident, dass Mag. Werner Penn mit dem Geschäftsabschluss seine ihm durch den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 eingeräumte Befugnis missbraucht.
- 1.1.3. Im anderen Fall hatte sie Mag. Werner Penn über die bei ihm vorhandene Fehlvorstellung aufzuklären oder sich – wenn sie erkannt hat, dass Mag. Werner Penn sich der Aufklärung entzieht oder sie nicht versteht – an die Organe der Stadt Linz zu wenden. Letztlich entspricht es auch der hRsp, dass eine Bank, wenn sie erkennt oder es erkennen kann, dass ihr Vertragspartner falsche Vorstellungen von dem Geschäft hat, auch dann aufklären muss, wenn der Partner sachverständig ist (RIS-Justiz RS0016184; RS0038122).
- 1.1.4. Die beklagte Partei hat dies nach den Ergebnissen des Strafverfahrens nicht getan, obwohl die Aufklärungsnotwendigkeit auf der Hand gelegen ist (*Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 222, ON 129 des Strafaktes).
- 1.1.5. Auch die behauptete Verletzung einer angeblich bestehenden „*Stop-Loss-Strategie*“ der Stadt Linz hat mit dem Abschluss und der Gültigkeit des Swap-Geschäftes 4175 nichts zu tun.

1.1.6. Die Stadt Linz beschränkt sich daher im Folgenden darauf, zu den offenkundigen Unrichtigkeiten dieses ergänzenden Vorbringens kurz zu erwidern. Ein weiteres Vorbringen wird für den Fall vorbehalten, dass der Sachvortrag der beklagten Partei tatsächlich Gegenstand des aktuellen Prozessprogramms ist.

1.2. Der Vortrag der beklagten Partei „zur Professionalität“ zur Ziffer II. Z 2.1

1.2.1. Die beklagte Partei behauptet zusammengefasst,

- Mag. Werner Penn habe Erfahrung mit Finanzderivaten besessen und habe innerhalb und außerhalb der Stadt Linz als versierter Finanzexperte gegolten; er habe derartige Geschäfte sorgfältig vorbereitet und diese gleichermaßen sorgfältig abgewickelt;
- Mag. Werner Penn habe die Bewertungen (der BAWAG) als Indikator für zukünftige Cash-flows, die einer größeren Schwankungsbreite unterliegen, immer verstanden;
- die Bedeutung sei Mag. Werner Penn in seiner Funktion als Finanzdirektor schon deshalb bewusst gewesen, weil ihm „auch andere Bankhäuser“ regelmäßig derartige Bewertungen gezeigt hätten;
- schließlich habe Mag. Werner Penn am 1. Februar 2008 beim Treffen mit Vertretern der beklagten Partei in Wien sein umfangreiches Wissen und sein Verständnis für Geschäfte derartiger Art gezeigt;
- die Stadt Linz habe ohnehin bereits bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 eine leicht umsetzbare und inhaltlich risikoangemessene „*Stop-Loss-Strategie implementiert*“ gehabt; dieses Strategie habe bei einem „*EUR/CHF-Kurs von 1,4464 eine kritische Schwelle („Reißleine“)*“ für den Ausstieg aus dem Swap-Geschäft 4175 vorgesehen. Die Stadt Linz habe aber in vollem Bewusstsein des Risikos auch nach Erreichen dieser Schwelle am Geschäft festgehalten;
- die vorangegangenen Transaktionen der Stadt Linz „*hätten ihren Wissensstand und die Richtigkeit der Einschätzungen professioneller Marktteilnehmer belegt*“. Dies folge nicht nur aus den Fremdwährungstransaktionen „*seit den 1990er Jahren*“, sondern auch daraus, dass von den Stadt Linz bereits seit 2006 Swaps und andere Finanzterminkontrakte abgeschlossen worden wären.

1.3. Diesen Ausführungen der beklagten Partei ist entgegenzuhalten:

1.3.1. Die Stadt Linz hat schon ihrer Klagebeantwortung drauf hingewiesen, dass sie bei der Ermittlung der tatsächlichen Geschehnisse in der Vergangenheit auf erhebliche Schwierigkeiten stößt. Sowohl vor als auch nach Abschluss der Swap-Geschäfte bestand der Kontakt mit der beklagten Partei nur über Mag. Werner Penn. Aufgrund des Strafverfahrens stand Mag. Werner Penn für die Sachverhaltsermittlung nicht zur Verfügung. Der beklagten Partei ist es daher auch unmöglich, definitiv und abschließend festzustellen, welche Expertise Mag. Werner Penn im Umgang mit den von der beklagten Partei empfohlenen Währungswetten letztlich gezeigt hat.

- 1.3.2. Aus Sicht der Stadt Linz ist aber die Darstellung der beklagten Partei, wonach es sich bei Mag. Werner Penn um einen versierten Finanzfachmann gehandelt hat, der die Mechanik hinter diesen Geschäften verstand, durch das Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Linz (9 St 80/11z) widerlegt. Tatsache ist jedenfalls, dass Mag. Werner Penn weder über die personellen noch über die sachlichen Voraussetzungen eines Risikomanagements für Produkte solcher Art verfügt hat. Bei der Zinsformel des Swap 4175 handelt es sich ja um die Übernahme von Verpflichtungen aus Optionsgeschäften durch die Stadt Linz mit unbegrenztem Risiko und einem Leerverkaufsvolumen von mehr als EUR 1 Mrd., also um ein Geschäft, das potentiell existenzgefährdend für die Stadt Linz war (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 1.4.1 Seite 16f; *Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 15, ON 102 des Strafaktes). Es ist nicht wahrscheinlich, dass Mag. Werner Penn diese Struktur verstanden hat. Nach den Ausführungen des Gutachters Dr. Christian Imo ist es auch wahrscheinlich, dass Mag. Werner Penn das Verständnis für die Bewertungen, wie sie die beklagte Partei vornahm, gefehlt hat und er dadurch auch keine ausreichende Vorstellung für die damit verbundenen Risiken bzw. die sich daraus ergebenden Folgen für die Stadt Linz hatte.
- 1.3.3. Was die Bewertungen angeht, so ergab das Strafverfahren allerdings, dass selbst die beklagte Partei erhebliche Schwierigkeiten damit. So stellt Dr. Christian Imo in seinem schriftlichen Gutachten lapidar fest: „[...] *Aus dem Dargelegten wird ersichtlich, dass die BAWAG Approximation und damit auch das BAWAG-Risikomanagement in Bezug auf den Swap bis Mitte 2010 unzureichend war und daher die tatsächlichen Verhältnisse verzerrt bzw. unzutreffend dargestellt wurden. Dementsprechend waren auch die bis dahin an die Stadt Linz übermittelten Swap-Bewertungen schlicht falsch [...]*“ und auf der gleichen Seite des Gutachtens: „*Wie später gezeigt wird, konnte auch diese zweite Approximation (also jene vom August 2010, Beilage .JYY) die tatsächlichen Verhältnisse nicht korrekt wiedergeben, wenn auch die Annäherung an die Realität verbessert werden konnte, zeigten die BAWAG-Bewertungen ab Ende Juli 2010 eine deutliche Tendenz zur Überbewertung des Risikos*“ (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 214, ON 129 des Strafverfahrens).
- 1.3.4. Der Gutachter konstatiert weiters, dass sich die fehlerhafte Bewertung der exotischen Währungsspekulation durch die beklagte Partei ganz erheblich zu Ungunsten der Stadt Linz ausgewirkt hat. Er schließt seine Ausführungen mit den Worten: „*Geht man davon aus, dass die Auskunft der BAWAG an die STA Linz der Wahrheit entspricht, muss man festhalten, dass die BAWAG letztlich ein Produkt anbot und verkaufte, dessen Komplexität sie selbst weder ausreichend verstand noch im Risikomanagement beherrschte*“ (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 216, ON 129 des Strafverfahrens).
- 1.3.5. Auch der damalige Landesdirektor und Kundenbetreuer Mag. Herbert Auer hat noch am 18. Dezember 2008 (Beilage .JSS) intern die fassungslose Frage an die Treasury Abteilung gerichtet: „*Ich verstehe nämlich nicht warum bei einem Niveau, wo der Kunde immer noch positive Cash Flows generiert (und dies auch immer getan hat) die Bewertung bei -100 Mio EUR liegt.*“
- 1.3.6. Analysiert man die Kontakte zwischen Iris Sahinoglu und ihren Kollegen mit Mag. Werner Penn und liest man den Schriftverkehr zwischen ihm und der beklagten Partei, so drängt sich geradezu der Schluss auf, dass Mag. Werner Penn in der Vorstellung gefangen war, dass es sich bei den ihm von der beklagten Partei vorgeschlagenen Geschäften doch um eine Absicherung gegen steigende Zinsen mit einem

überschaubaren Risiko gehandelt hat. Auch aus der Genese des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 und den ersten Gesprächen zwischen ihm und Iris Sahinoglu sieht man, dass es Mag. Werner Penn vorerst um eine Absicherung gegangen ist.

- Bereits im Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13. Mai 2004 (Beilage ./C), an dessen Verfassung Mag. Werner Penn beteiligt war, hatte er ausdrücklich davon gesprochen, es erscheine überlegenswert, „*eine entsprechende **Kurssicherung** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) ins Auge zu fassen*“. Auch in seiner Beschuldigtenvernehmung betont Mag. Werner Penn mehrmals, dass ihm bewusst gewesen war, „*dass man im öffentlichen Bereich nicht spekulieren darf, sondern das Risiko eingrenzen muss*“ (Beschuldigtenvernehmung ON 172 des Strafaktes, Seite 3) und in der gleichen Vernehmung, „*[...] es war nicht zu erwarten, dass der CHF den Korridor verlässt*“ (ebenda, Seite 4) und „*[...] Ich habe (zu ergänzen: Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr) berichtet, dass es ein Angebot der BAWAG für eine **Kurssicherung** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) (ebenda, Seite 6) gab*“.
 - Auch Mag. Herbert Auer schildert die Wünsche des Mag. Werner Penn 2006 mit den Worten: „*[...] Der Kunde hat gesagt, sein Thema sind die steigenden Zinsen und welche Ideen es gibt, wie man sich gegen steigende Zinsen absichern kann*“ (ON 48 des Strafaktes, Seite 3).
 - Es ist daher auch kein Zufall, dass Mag. Werner Penn nicht nur am Beginn dieser Geschäfte, sondern auch in weitere Folge, nicht zuletzt auch gegenüber der beklagten Partei den Begriff der Absicherung („*Zinssicherungsgeschäften*“ bzw. „*Zinsabsicherung*“) verwendet. Auch gegenüber anderen Organen der Stadt Linz verwendet er nicht den Begriff des Optimierens, sondern den der Absicherung (etwa im Schreiben an Bürgermeister Dobusch vom 13. September 2006, Beilage ./70, oder in den Berichten gegenüber dem Finanzausschuss, Beilage ./HHH).
 - Dieses Verständnis setzt sich fort in den Vorbemerkungen zu den Rechnungsabschlüssen 2007 bis 2009: Beim „*Abweichungsvergleich*“ zwischen den Budgetvoranschlägen und den Rechnungsabschlüssen spricht Mag. Werner Penn ebenfalls nur von **Zinssicherungsgeschäften** bzw. **Zinsgeschäften** (Beilagen ./RRRRRR7 - ./RRRRRR10).
- 1.3.7. Mag. Werner Penn bestreitet auch nachträglich, die Struktur des Swap-Geschäftes 4175 verstanden zu haben. So sagt er über die Besprechung am 1. Februar 2008, in der es – ein Jahr nach Abschluss des Geschäftes – nach den Ausführungen der beklagten Partei um eine gemeinsame Analyse der Struktur und der Risiken des Swap-Geschäftes 4175 gegangen sei: „*Ich hatte den Eindruck, dass die BAWAG mit uns ein Abänderungsgeschäft machen wollte. Sie wollte dadurch ein zweites Mal verdienen*“ (Beschuldigtenvernehmung, ON 172 des Strafaktes, Seite 11). Ein Finanzdirektor, der das Geschäft zur Gänze versteht, hätte die Ausführungen der beklagten Partei an diesem Termin wohl nicht so gründlich missverstanden. Tatsächlich stellt er zur Besprechung vom 1. Februar 2008 (der Inhalt wird im nachträglich angefertigten Aktenvermerk der beklagten Partei, Beilage ./112, wiedergegeben) fest, dass er der Diskussion in Wahrheit fachlich nicht mehr folgen konnte (Beschuldigtenvernehmung, ON 172 des Strafaktes, Seite 8).

1.3.8. Der von der Staatsanwaltschaft Linz beigezogene Gutachter Dr. Christian Imo kommt ebenfalls zum Ergebnis, dass Mag. Werner Penn in Wahrheit weder die Struktur noch die Mechanik des Swap-Geschäftes 4175 verstanden hat. Er war daher auch nicht in der Lage, die damit verbunden Risiken einzuschätzen und zu beherrschen:

- Unter Hinweis auf das E-Mail des Mag. Werner Penn vom 7. Jänner 2008 (Beilage ./110) schlussfolgert er (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 222, ON 129 des Strafaktes): *„Aus diesem E-Mail wird jedem Fachkundigen klar – **so hätte dies auch der BAWAG klar sein müssen** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) – dass Mag. Penn ganz offenbar nicht einmal über ausreichende Grundkenntnisse betreffend derivative Produkte verfügte und auch über keine geeigneten Systemressourcen, die die Veränderungen hätten plausibilisieren können. Spätestens ab diesem Zeitpunkt musste der BAWAG auch klar sein, dass die Stadt Linz über kein Risikomanagement verfügte, welches den Anforderungen des Swap hätte gerecht werden können“.*
- Zur Erklärung des Mag. Werner Penn, die lautet: *[„.....] dass für die Stadt Linz als Einnahmen/Ausgaben/Rechner die Bewertung des Geschäftes nicht wesentlich sei, weil ein Marktwert nicht in den Rechnungsabschluss einfließt“* stellt Dr. Christian Imo fest (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 222f): *„Sollte diese Aussage von Mag. Penn zutreffen, dann muss aber jedem (mit der Causa vertrautem) Verantwortlichen in der BAWAG bekannt geworden sein, dass Mag. Penn offenbar resistent gegen die Erkenntnisse des modernen Risikomanagements war, mithin ein solches nicht nur nicht betrieb, sondern es auch für entbehrlich hielt. In Anbetracht des Umfangs und des extrem hohen Risikos der Position der Stadt Linz hätte sich für die BAWAG-Verantwortlichen die Frage nach der Einschaltung des Bürgermeisters oder zumindest des Finanzreferenten der Stadt Linz stellen können [...]“.*
- Der Hinweis darauf, dass die Aufzeichnungen des Mag. Werner Penn ein ausreichendes mathematisches Verständnis von der Bedeutung der Kursentwicklung und der Zinsformel hatte, begegnet der Gutachter damit, dass man *„[...]Mit der Kenntnis der Formel den Wert der Position während der Vertragslaufzeit nicht bestimmen (kann), da sie gerade den Zeitwert der Option nicht ausweisen kann. Risikokennzahlen sind allein aus der mathematischen Kenntnis der Formel nicht zu gewinnen bzw. ableitbar (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 236, Fn 323, ON 129 des Strafaktes)“.*

1.3.9. Aus dem Aktenvermerk der beklagten Partei über diese Besprechung vom 1. Februar 2008, Beilage ./112, lässt sich aber für die Aufklärung das des Mag. Werner Penn bei Abschluss des Geschäftes durch die beklagte Partei eine neue Erfahrung gewinnen, wenn es dort heißt: *„Es gab auch noch einen weiteren Grund für die Besprechung [...] zu dieser Zeit lief gerade ein Projekt, das vorsah, zu jedem Produkt intern auch eine Risikoanalyse zu erstellen. Diese Risikoanalyse sollte einen Gesamtüberblick über das jeweilige Produkt ergeben (und insb Szenarioanalysen, Stresstests, etc. enthalten)“.* **Das war zu dieser Zeit im Markt noch nicht üblich** (Hervorhebung durch die Stadt Linz). Das lässt wohl den Schluss zu, dass die beklagte Partei bei Abschluss des Vertrages selbst noch keine derartigen Analysen vorgenommen hatte, wie sollte sie dann aber Mag. Werner Penn aufklären. Sie konnte auch von Mag. Werner Penn nicht mehr fordern, als sie selbst zu leisten im Stande war.

1.3.10. Die bisherigen Ergebnisse der strafrechtlichen Untersuchung rechtfertigen jedenfalls den Vorwurf gegenüber die beklagte Partei, dass sie ausreichende Indizien dafür hatte, dass Mag. Werner Penn tatsächlich eine Absicherung des Zinsrisikos wollte, sie ihm aber dennoch eine exotische Währungswette nahegelegt hat. Es lag für die beklagte Partei auch auf der Hand, dass Mag. Werner Penn die Struktur und Mechanik des Swap-Geschäftes nicht verstand. Außerdem war klar, dass Mag. Werner Penn weder über die fachlichen, noch über die technischen Voraussetzungen für eine Beherrschung des vom Swap-Geschäft 4175 ausgehenden Risikos verfügt hat. Der beklagten Partei fehlte daher jedes Vertrauen auf die Gültigkeit des Geschäftes.

1.3.11. Abschließend noch kurz zu den sogenannten Urkundenbeweisen der beklagten Partei, was „die Professionalität“ des Mag. Werner Penn und sein Verständnis von den Bewertungen angeht:

- Schon das Schriftbild der Beilage ./30 „*Beurteilung Zinsniveau EURO*“ [bzw. USD und CHF] erweckt Zweifel, ob es sich um ein genuin von Mag. Werner Penn verfasstes Dokument handelt. Bereits in seiner Beschuldigtenvernehmung sagt er: „*Ich habe die Unterlagen zusammengestellt. Grundlage waren die bisherigen Kontakte mit den Banken*“, (Beschuldigtenvernehmung, ON 172 des Strafaktes, Seiten 4 und 5) und am Beginn der Seite 4 „[...] *Es hing davon ab, was die Banken bzw. Kreditinstitute anboten*“, sowie mit Bezug auf die beklagte Partei „*die Struktur des SWAP 3976 wurde von der BAWAG angeboten und in der von mir erstellten Unterlage berücksichtigt*“. Tatsächlich bestätigt das auch ein Vergleich des Angebots der beklagten Partei über einen Resettable CHF linked Swap vom 9. August 2008 (Beilage ./76) mit dem nur zwei Tage später datierten Papier (Beilage ./30): Mag. Werner Penn zeigt an dem unter Punkt 3.3a aufgelisteten Finanzprodukt ein besonderes Interesse. Es handelt sich dabei um einen Resettable CHF linked Swap mit einem Strike von 1,490 und einem Abschlag von 1,25 auf den Euribor. Das ist genau das Produkt, das Iris Sahinoglu nur zwei Tage vorher Mag. Werner Penn schmackhaft gemacht hatte.
- Die „*Strukturierung*“ der Produkte durch Mag. Werner Penn reduziert sich in Wahrheit auf das Bestreben, einen möglichst geringen Fixzins zu erhalten. Allein die Tatsache, dass ihm bewusst war, dass eine Veränderung des „*Strike*“ Einfluss auf die Höhe der Fixzinsen hatte, bedeutet noch nicht, dass Mag. Werner Penn die Mechanik der Währungsspekulation verstanden hat. Abgesehen davon, dass das Vorbringen der beklagten Partei im Widerspruch zur Aussage ihres Vorstandsvorsitzenden (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 19. August 2013, Seite 20) steht, dass es sich um ein Standardprodukt, also um ein Produkt mit einer bereits fix und fertigen Struktur gehandelt hat. Dann hätte Mag. Werner Penn selbst nichts mehr strukturieren können.
- Die Beilagen ./157 und 158 beweisen nur, dass Mag. Werner Penn – nicht zuletzt durch die Präsentation der beklagten Partei, die nur Hinweise auf die historische Entwicklung des EUR/CHF-Kurses enthielten (etwa Beilage ./76) – allein auf den Kurs fixiert war.
- Aus den Beilagen ./99 und ./55 ist die Behauptung, wonach Mag. Werner Penn bewusst gewesen sei, dass die beklagte Partei den Optionenteil gegen erhebliche Prämien weiterverkauft hat, nicht ableitbar: Im Gespräch zwischen Mag. Werner Penn und Iris Sahinoglu wird ein derartiger Weiterverkauf nicht erwähnt. Der ursprünglichen Saldenbestätigung (Beilage ./55) ließ die beklagte Partei sofort

eine Korrektur mit dem Bemerkten nachfolgen, dass die ursprüngliche Saldenbestätigung gegenstandslos wäre. Als solche hat sie Mag. Werner Penn dann auch empfunden.

- Beilage ./119 belegt keineswegs, dass Mag. Werner Penn im November 2008 damit gerechnet hat, der Kurs EUR/CHF werde unter 1,3980 fallen. Behandelt wird vielmehr das sogenannte Restrukturierungsangebot der beklagten Partei vom 5. November 2008 (Beilage ./118). Darin übermittelt Mario Tieff *„eine Idee zur Optimierung der nächsten drei Fälligkeitstermine* (Näheres dazu unter Punkt 7. der Beilage ./UUUUUUU). Es handelte sich dabei weder um ein Ausstiegsangebot der beklagten Partei noch um eine Beschränkung des mit der Währungswette verbundenen Risikos. Die beklagte Partei bot Mag. Werner Penn lediglich an, gegen eine hohe Prämie für die nächsten drei Fälligkeiten ein „Cap“ (also eine Deckelung) bei einem Kurs von 1,42 einzuziehen; damit bot die beklagte Partei Mag. Werner Penn wiederum eine Währungswette an. Die entgeltlich erkaufte Risikobeschränkung wäre allerdings wirkungslos gewesen, wenn der Kurs innerhalb der nächsten eineinhalb Jahre unter 1,398 gesunken wäre (*„Knock-out-Wert“*). Mag. Werner Penn ist auf diese neuerliche Wette zu Recht nicht eingegangen.
- Die Beilage ./165 betrifft nicht die Stadt Linz, sondern die Immobilien Linz GmbH & Co KEG. Was die Bewertung der Derivate in dieser Gesellschaft angeht, so schrieb deren Wirtschaftsprüfer (die Gesellschaft hatte sich einer freiwilligen Abschlussprüfung unterzogen) am 11. September 2009 an Mag. Werner Penn, als es um die Frage der Abwertung dieser Produkte in der Bilanz ging: *„Nachdem diese Abwertung zu keinem Geldfluss führt, hat sie lediglich Informationscharakter und ist tatsächlich kein realer Verlust“* (Beilage ./127). Daraus hat Mag. Werner Penn offenbar den für ihn naheliegenden Schluss gezogen, dass die Bewertung des Produktes keine unmittelbare wirtschaftliche Auswirkung hat.

1.3.12. Die angebliche „Stop-Loss-Strategie“ der Stadt Linz

- 1.3.12.1. Der Gemeinderat der Stadt Linz als zuständiges Organ konnte weder eine „Stop-Loss-Strategie“ entwickeln noch eine solche „implementieren“, weil er weder das Geschäft noch dessen Struktur gekannt hat. Erst nachdem die Organe der Stadt Linz von dieser Währungswette erfahren hatten, die keinerlei Deckung im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 hatte, wurde die Struktur und Mechanik dieses Geschäftes im Laufe der Untersuchungen durch Sachverständige erkennbar. Die Ergebnisse des Strafverfahrens widerlegen aber auch die Behauptung der beklagten Partei, Mag. Werner Penn habe eine solche „Stop-Loss-Strategie“ gehabt. Letztlich ist aber ohnehin die Beherrschung des Risikos, wie es von einem Produkt, wie dem Swap 4175 ausgeht, durch Kommunen von vornherein völlig ausgeschlossen. Die von der beklagten Partei vorgestellte „Stop-Loss-Strategie“ ist von vornherein nicht umsetzbar.
- 1.3.12.2. Beim Swap-Geschäft 4175, so wie es strukturiert ist, handelt es sich – versteckt hinter der Zinsformel – um die Übernahme von Verpflichtungen aus 21 Optionsgeschäften mit einem unbegrenzten Risiko und einem Leerverkaufsvolumen von mehr als EUR 1 Mrd (Janssen, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 16, ON 102 des Strafaktes; Sonderprüfungsbericht des Kontrollamts vom 18. September 2012, Seite 124, ON 126 des Strafaktes).

1.3.12.3. Eine „*Stop-Loss-Strategie*“ oder Beherrschung von Geschäften dieser Art ist für Kommunen mit der, diesen zur Verfügung stehenden personellen und sachlichen Ausstattung völlig unmöglich. Nicht einmal Geschäftsbanken sind berechtigt und in der Lage, das aus derartigen Geschäften resultierende Risiko offen zu lassen (VBSS Stadt Linz, Punkt II, Z 4.6.1f [„*inter-day-exekution-Risiko*“] nach Angaben der beklagten Partei EUR 3,8 Mio; VBSS BAWAG, Seite 113, zur Notwendigkeit einer sofortigen Risikoneutralisierung, nach der alle Positionen sofort geschlossen werden müssen). Das betont auch der von der Staatsanwaltschaft Linz im Strafverfahren gegen Mag. Werner Penn und Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr beigezogene Gutachter Dr. Christian Imo, wenn er auf den Seiten 89 ff seines Gutachtens vom 25. Oktober 2012 (ON 129 des Strafaktes) die organisatorischen Anforderungen aufzählt und zum Schluss kommt: *„Dies sind Rahmenbedingungen, die eine professionelle Investmentbank einhalten kann, von einer städtischen Schuldenverwaltung jedoch nicht darstellbar sind bzw. auch realistisch nicht erwartet werden können.“*

1.3.12.4. Es fehlen auch die von der beklagten Partei behaupteten „Hinweise“ auf das Bestehen einer „*Stop-Loss-Strategie*“ der Stadt Linz.

- Die in der Graphik der Debt-Management Berichte des Mag. Werner Penn bei einem EUR/CHF-Kurs gezeichnete Grenze gibt die von ihm angenommene Schwankungsbreite des Kurses wieder und belegt erkennbar kein „*Ausstiegsszenario*“. Diese Schlussfolgerung liegt auch nach der Beschuldigtenvernehmung des Mag. Werner Penn (ON 127 des Strafaktes, Seite 9) nahe, in der er auf die Frage des Sachverständigen, ob er sich Gedanken gemacht habe, wie man aussteigt, falls es zu einer Krise kommen sollte, antwortet: *„[...] Die Vergangenheit lieferte große Anhaltspunkte für eine mögliche Entwicklung. Die Meinung von Banken und Währungsexperten sind in meine Einschätzung der Entwicklung eingeflossen. Dass der CHF den Korridor von 1,44 bis 1,62 derart verlassen könnte, wie es sich 2010/2011 ereignete, lag außerhalb meiner Denkmöglichkeiten“*.
- Der – nach Darstellung der beklagten Partei – als Indiz zu wertende „*deutliche*“ Anstieg der Kontakte im Oktober und November 2008 beweist keineswegs, dass Mag. Werner Penn damit seine angebliche „*Stop-Loss-Strategie*“ umsetzen wollte. Vor der Staatsanwaltschaft Linz sagte er dazu vielmehr: *„Ich habe mir das erste Mal (Ende 2009) Gedanken gemacht. Bis 2009 war der CHF in einem Korridor von 1,51 bis 1,54. Der von mir angenommene Wert von 1,44 wurde das erste Mal im März 2010 unterschritten [...]“*. Bemerkenswert ist, dass die beklagte Partei Mag. Werner Penn gerade in diesem Zeitraum keinen Ausstieg anbot (Punkt 6 der Beilage .UUUUUUU = Ausstiegsszenario; Schreiben des Mag. Herbert Auer an Mario Tieff, Beilage. /72) *„[...] Er sieht sich EUR/CHF bis Jänner nicht mehr an und wartet auf eine Beruhigung, was bleibt auch anderes übrig (Hervorhebung durch die Stadt Linz)“*.
- Entgegen dem Inhalt der Beilage ./54, bei der es sich ohnehin nur um ein internes Dokument der beklagten Partei handelt, informierte Mag. Werner Penn weder den Finanzausschuss noch die politisch Verantwortlichen. Über ein Ausstiegsangebot der beklagten Partei hätte er auch gar nicht berichten

können, da es ein derartiges Angebot von Seiten der beklagten Partei einfach nicht gab (Punkt 6ff der Beilage ./UUUUUUU = Ausstiegsszenario).

1.3.12.5. Mit der angeblich bestehenden „*Stop-Loss-Strategie*“ der Stadt Linz wärmt die beklagte Partei ohnehin nur das Konzept des von ihr im Strafverfahren beigezogenen Privatgutachters Prof. Mark Wahrenburg vom 30. Juli 2012 (ON 106 des Strafaktes, Seite 3) auf, in dem es heißt: *„Es wird die einfachste und naheliegende „Stop-Loss-Strategie“ unterstellt: Der Swap wird immer dann aufgelöst, wenn der Wechselkurs eine kritische Schwelle unterschreitet. Im Rahmen der Untersuchung wird die Schwelle auf 1,40 Franken pro Euro gesetzt. Bei Erreichen dieser Schwelle steigen die von der Stadt Linz aus dem Swap-Geschäft zu zahlenden Zinsen auf 5 % an“*. Ebenso sagt Dr. Alexander Schall am 8. Juli 2013 in einer Sondersitzung des Kontrollausschuss der Stadt Linz: *„Also, das was der Kunde braucht, um sich zu orientieren, ist der Wechselkurs, das ist die Orientierung. Mit dem Wechselkurs weiß er, wo steht dieses Produkt und in welche Richtung geht das, wenn er sich die Kurve anschaut“* (Beilage EEEEEEE26, Seite 25/26).

1.3.12.6. **Das von der beklagten Partei vertretene Konzept unterstellt**, eine **Kommune könne das Risiko von Währungsspekulationen**, wie es das Swap-Geschäft 4175 zweifelsohne war, **allein dadurch steuern, dass sie regelmäßig den aktuellen Wechselkurs beobachtet** und aus der Struktur bei einem Kurs von 1,40 (bzw. jetzt im Schriftsatz von 1,4644) aussteigt. **Dahinter steht aber die gleiche Fehleinschätzung**, wie sie Mag. Werner Penn unterlaufen ist:

- Schon allein die Beobachtung nur der Kursentwicklung ist völlig unzureichend, um die Risiken eines komplexen Derivats, wie des Swap 4175, zu steuern. Vielmehr sind laufend, nämlich tagesaktuell sein Wert und weitere Kennzahlen zu beobachten. Das wird verständlich, wenn man sich im Detail mit der Optionskomponente des Swap-Geschäftes 4175 beschäftigt und auf spezifisches Treasury-Know-how zurückgreift.
- Das Swap-Geschäft 4175 setzt sich bekanntlich aus 21 hoch komplexen und exponentiellen Devisenoptionen zusammen. Der Wert einer Option ändert sich nicht nur in Abhängigkeit vom Wechselkurs, sondern auch in Abhängigkeit von der Volatilität des Wechselkurses sowie von den Zinssätzen der beiden maßgeblichen Währungen. In diesem Zusammenhang erläutert der von der Staatsanwaltschaft Linz im Strafverfahren beigezogene Sachverständige Dr. Christian Imo, dass Mag. Werner Penn *„mangels geeigneter Systeme die Volatilität der Optionsserien nicht hatte ersehen können*. Für ihn seien gerade *die Swap-Bewertungen der BAWAG, die ja selbst aus einer Zahl ohne irgendwelche Erläuterungen bestanden, nicht nachvollziehbar bzw. überprüfbar.“* (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 223, Fn 304, ON 129 des Strafaktes).
- Der aktuelle Wechselkurs sagt über dessen Volatilität nichts aus. Gerade im 4. Quartal des Jahres 2008 ist der Kurs zunächst auf 1,46 gesunken und dann wieder auf 1,58 gestiegen. Die Volatilität für 2-jährige EUR/CHF-Devisenoptionen ist gleichzeitig auf 9 % gestiegen, wodurch sich die Bewertung entsprechend verschlechterte, obwohl der Kurs wieder nach oben ging. Nach der „*Stop-Loss-Strategie*“, wie sie der beklagten Partei vorschwebt, signalisierte aber das Ansteigen des Wechselkurses dagegen fälschlich eine

Entspannung der Lage: Entfernte sich der Kurs mit 1,58 weit von der „*Stop-Loss-Marke*“, so bestand überhaupt kein Bedarf mehr nach einem Ausstieg. Das ist auch der Grund, weshalb die beklagte Partei Mag. Werner Penn das gegenüber gesamte Jahr 2009 nicht mehr ernsthaft einen Ausstieg oder eine Restrukturierung des Swap-Geschäftes angeboten hat.

- Eine angemessene Risikosteuerung bei komplexen Derivaten wie dem Swap-Geschäft 4175 setzt hoch spezialisierte Mitarbeiter voraus. Diesen Mitarbeitern muss ein Zugriff auf Systeme wie Bloomberg Professional oder Thomas Reuters zur Verfügung stehen. Selbst unter diesen Voraussetzungen würde keine österreichische Bank ein Derivat wie den Swap 4175 halten, ohne zugleich von Anfang an Sicherungsgeschäfte abzuschließen (VBSS BAWAG, Seite 113).
- Bei einem Geschäft wie dem Swap 4175 lässt sich nicht vorhersagen, wie die Bewertung des Produktes bei einem Kurs von 1,44 bzw. 1,40 ausfällt. Das hängt – neben der verbleibenden Laufzeit – vor allem von der Volatilität des Wechselkurses ab. Wenn er die von Professor Mark Wahrenburg gezogene Grenze erreicht, so ist nach einer im Strafverfahren vorgelegten gutachterlichen Beurteilung bereits ex ante (also bei Abschluss des Geschäftes) mit tatsächlichen Ausstiegskosten jenseits von EUR 118 Mio. zu rechnen (*Schwabe, Ley und Greiner*, Gutachten ON 116, Seite 9).
- Auch eine Risikoanalyse mit Blick bloß auf die Zahlungsströme, wie sie die beklagte Partei ebenfalls vorschlägt, ist jedenfalls nicht geeignet, der Kommune eine ausreichende Gefahrenbegrenzung zu gewährleisten. Sie greift nämlich überhaupt erst dann, wenn die Zahlungsströme negativ sind und die Kommune diese negativen Zahlungsströme auf die restliche Laufzeit „hochrechnen kann“. Sind die Zahlungsströme positiv, so ist eine derartige Hochrechnung und eine Ermittlung des Risikos noch gar nicht möglich. Die Stadt Linz hat erstmals am 15. Oktober 2009 (in geringem Umfang) an die beklagte Partei Zahlung zu leisten gehabt. Der von der beklagten Partei mit 31. September 2009, also etwa zwei Wochen vorher, errechnete „Ausstiegswert“ lag aber bereits bei rund EUR 47,2 Mio.

1.3.12.7. Die beklagte Partei hält also ein hoch spekulatives Derivat für ein geeignetes kommunales Schuldenmanagementinstrument, wenn dabei von Anfang an ein potentieller Schaden von mehr als EUR 100 Mio. in Kauf genommen wird. **Tatsächlich ist aber eine derartige „Stop-Loss-Strategie“ aus vielerlei Gründen undurchführbar:**

- Beim Swap-Geschäft 4175 handelt es sich um ein befristetes Dauerschuldverhältnis, das von beiden Seiten nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vorzeitig gekündigt werden kann (vgl. *Welser*, Gutachten, ON 107 des Strafaktes). Ein "Auflösen der Position" setzt daher den Abschluss einer Vereinbarung mit der beklagten Partei oder einer anderen Bank voraus und kommt nur in den folgenden Varianten in Betracht:
- Für einen einvernehmlichen Ausstieg musste sich Mag. Werner Penn darauf verlassen, dass ihm mit der beklagten Partei eine einvernehmliche Auflösung zu angemessenen Bedingungen gelingen wird. Das ist aber keinesfalls selbstverständlich, weil die beklagte Partei eine Auflösungsvereinbarung auch

ohne Angabe von Gründen im Rahmen der ihr zukommenden Privatautonomie ablehnen kann. Zudem kann die beklagte Partei die Bedingungen – insbesondere aber den Auflösungspreis – diktieren. Das hatte Mag. Werner Penn im Juli 2007 schmerzhaft erfahren: Obwohl der von der beklagten Partei errechnete aktuelle Wert des Swap-Geschäftes mehr als EUR 4 Mio. ausmachte, erklärte Iris Sahinoglu, „*dass bei Auflösung des SWAP ein negativer Wert für die Stadt Linz herauskommen würde*“ (Beschuldigtenvernehmung Mag. Werner Penn, ON 172 des Strafaktes, Seite 12). Das hält die beklagte Partei auch in einem von ihr selbst angefertigten Dokument (Beilage /75) „[...] w/*Kosten nicht geschlossen*“ ausdrücklich fest.

- Auch mit der Möglichkeit, das Geschäft durch Abschluss einer entgegengesetzten Transaktion „glattzustellen“, durfte Mag. Werner Penn nicht rechnen, weil bei Abschluss des Swap-Geschäftes nicht gesichert ist, ob eine Bank bei einem Kurs von 1,40 bzw. 1,4644 ein Geschäft zur Glattstellung des Swap-Geschäftes 4175 überhaupt anbietet. Zudem ist völlig unabsehbar, auf welchen Preis man sich für eine Glattstellung einlassen muss.
- Die „*Stop-Loss-Strategie*“, welche die beklagte Partei von der Stadt Linz verlangt und deren Verletzung sie ihr vorwirft, vertraut im Ernstfall auf ein künftiges Rechtsgeschäft, ohne im Vorhinein zu wissen, ob es dafür überhaupt einen Vertragspartner gibt, und welcher Preis dafür zu zahlen ist.
- Eine derartige Strategie ist nicht nur unverantwortlich, sie sprengt auch die kommunalen Möglichkeiten. Sobald die Wechselkursgrenze erreicht ist, müsste tagesaktuell gehandelt werden, um noch größere Verluste zu vermeiden. Andererseits könnte es bis zu einer Entscheidung der Kommune auch geschehen, dass die selbst gewählte Grenze inzwischen schon längst wieder verlassen wurde (so wie es etwa Ende 2008 der Fall war, in der der Kurs auf 1,47 fiel, sich aber sehr bald auf 1,55 erholt hat).
- Legt man die Berechnung von *Schwabe, Ley und Greiner* (Stellungnahme vom 10. August 2012, ON 116 des Strafaktes, Seite 9) am Beginn der Laufzeit zugrunde, so hätte eine „*Stop-Loss-Strategie*“, deren Verletzung die beklagte Partei der Stadt Linz vorwirft, von vornherein die Entscheidung des Gemeinderates zur Aufnahme eines Kredits von mindestens EUR 118 Mio. für den Ausstieg bedeutet. Damit wäre budgetwirksam bereits ein Verlust in dieser Höhe zu realisieren gewesen. Mit anderen Worten, die Stadt Linz hätte bei Abschluss des Swap-Geschäftes eine nicht budgetierte Ausgabe und deren Fremdfinanzierung in diesem Ausmaß zu autorisieren und zu organisieren gehabt.
- Sowohl die Auflösung einer bestehenden Vereinbarung als auch der Neuabschluss eines Vertrages zur Glattstellung eines bestehenden Rechtsgeschäftes ist nach § 46 Abs 1 StL 1992 dem Gemeinderat vorbehalten, wenn das Entgelt EUR 100.000,00 übersteigt. Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gibt für einen Ausstieg zu solchen Kosten keine Grundlage ab. Ganz abgesehen davon fehlte die budgetäre Deckung für eine Ausgabe von gegebenenfalls mehr als EUR 100 Mio. Es müsste ein Kreditvertrag abgeschlossen werden, um die erforderlichen Mittel für eine "Auflösung der Position" aufzubringen. Für eine solche Kreditaufnahme ist wiederum ein Gemeinderatsbeschluss (§ 46 Abs 1 Z 9 StL 1992) mit Zweidrittelmehrheit

(§ 18 Abs 3 Z 7 StL 1992) erforderlich. Es müssten also nach den derzeitigen Mehrheitsverhältnissen im Gemeinderat drei von vier Fraktionen mitstimmen, widrigenfalls das gesamte Geschäft gar nicht aufgelöst werden kann.

- Abgesehen von den Unwägbarkeiten einer solchen Beschlussfassung hat ein Kreditaufnahmebeschluss einen notwendigen Vorlauf von Wochen (Ausschreibung des Kredits, Abstimmung der Fraktionen, Einbindung des Finanzausschusses, Einberufungsfristen, Sicherstellung des nach § 18 Abs. 3 StL 1992 erforderlichen Präsenzquorums [41 von 61 Gemeinderäten] etc.). In dieser Zeit kann der – mangels Budgetmittel – nicht gestoppte Verlust beliebig anwachsen, oder auch wieder geringer werden. Die „*Stop-Loss-Strategie*“, wie sie die beklagte Partei sich vorstellt, ist daher unter kommunalen Rahmenbedingungen schlicht von vornherein undurchführbar. Schließlich bedeutet sie die Realisierung wesentlicher Verluste, deren Höhe bei Abschluss des Swap nicht vorhersehbar ist.

1.3.12.8. Bemerkenswert an den Ausführungen der beklagten Partei im Zusammenhang mit den Bewertungen und deren Behandlung ist allerdings, dass sie plötzlich, weil es ihr gelegen kommt, die Nichtbeachtung des Marktwertes für unbeachtlich ansieht; gerade die Nichtbeachtung des Marktwertes wirft sie aber Mag. Werner Penn vor. Danach spielt dann „*[d]er Marktwert des Swap II (Value-AT-Risk) für die Stadt ... (nur dann) eine Rolle, wenn sie das Geschäft vorzeitig beenden wollte* (VBSS BAWAG, Seite 23)“; wie sollte die Stadt Linz aus dem Geschäft aussteigen, ohne dass sie das Geschäft vorzeitig beendet? Im Zusammenhang mit der Berechnung der Tilgungsrücklage für die aufsichtsbehördliche Genehmigung erklärt die beklagte Partei ebenfalls den Marktwert für bedeutungslos, weil „*[d]er negative Marktwert des SWAP II. (nur) im Fall einer vorzeitigen Beendigung relevant (wird)* (VBSS BAWAG, Seite 184, zu Beilage /TTT)“.

1.3.13. Die umfangreichen Erfahrungen

1.3.13.1. Nach der Behauptung der beklagten Partei sei die Stadt Linz und die ihr zuzurechnenden Unternehmen „*schon vor Abschluss des SWAP II. – seit den 1990er Jahren – umfangreich in Fremdwährungstransaktionen involviert gewesen*“ (VBSS BAWAG, Seite 28). Diese Transaktionen würden ihren Wissensstand und die Richtigkeit der Einschätzung als professioneller Marktteilnehmer belegen.

1.3.13.2. Tatsächlich bestanden die „*Fremdwährungstransaktionen*“ der Stadt Linz bis September 2006, lediglich in der Aufnahme von zwei Fremdwährungsanleihen in den Jahren 1992 und 1993 (VBSS Stadt Linz, Punkt 2ff, Seite 23ff). Die Emission der Anleihe bei der Kommunalkredit Austria AG am 6. Oktober 2005 stellte bloß die Verlängerung der ursprünglichen Fremdwährungskredite, noch dazu in einem geringeren Umfang dar.

1.3.13.3. Während die Emission einer Anleihe in Höhe von CHF 60 Mio. bei der Bank Leu AG allgemeine politische Zustimmung im Gemeinderat fand, war die ein Jahr später erfolgte weitere Emission einer öffentlichen Anleihe bei der Zürcher Kantonalbank AG kontrovers diskutiert worden. Für die Mehrheit gaben die positiven Expertisen des Univ.-Prof. Dr. Ewald Nowotny vom 11. Juni 1993 und der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft vom 20. September 1993, welche diese Fremdwährungsaufnahme befürworteten, den Ausschlag

(Auszug aus dem Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 21. September 1993, Seiten 82/83, Beilage ./UUUUUU).

- 1.3.13.4. Die Behauptung einer gleichsam jahrzehntelangen Erfahrung und Expertise in Fremdwährungstransaktionen geht auf die unhaltbare These der beklagten Partei zurück, die CHF-Anleihe habe quasi eine "Vorstufe" des Swap-Geschäftes 4175 dargestellt. Dass dem nicht so ist, hat die Stadt Linz bereits ausführlich begründet (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 2.1, Seite 23ff; Punkt II. Z 4.15, Seite 54ff). Die Gleichsetzung von Inhalt und Risiko der beiden Geschäfte durch die beklagte Partei erklärt möglicherweise, weshalb sie Mag. Werner Penn auf die mit den angebotenen Geschäften verbundenen Risiken nicht aufmerksam gemacht hat. Es ist eben ein Unterschied, ob eine Kommune eine Fremdwährungsschuld aufnimmt oder ob sie eine Währungsspekulation übernimmt, welche wirkungsgleich der Aufnahme weiterer Kredite von rund EUR 500 Mio. entspricht, ohne dass jedoch Kapital zufließt.
- 1.3.13.5. Derivatgeschäfte hat Mag. Werner Penn für die Stadt Linz erst im September 2006 begonnen und ein Jahr später schon wieder beendet. Auslöser dafür waren die Angebote und Unterlagen verschiedener Banken, insbesondere jene der beklagten Partei, die Mag. Werner Penn zu Beilage ./30 zusammengestellt hat. Die entsprechenden Finanzprodukte waren – was ihren Risikogehalt anlangt – völlig unterschiedlicher Natur (vgl. Ziffer 1.3.13.9 und 1.3.13.10), wobei es bezeichnend ist, dass die von der beklagten Partei angebotenen Produkte alle ein für Kommunen unbeherrschbares und unbeschränktes Risikoprofil aufwiesen. Mag. Werner Penn verfügte weder über die ausreichenden Grundkenntnisse für derartige Produkte, noch hat er geeignete personelle und sachliche Systemressourcen, um sie zu beherrschen (*Imo*, Gutachten, ON 129 des Strafaktes, Seite 8ff).
- 1.3.13.6. Die beklagte Partei kann sich beim Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 auch keineswegs darauf berufen, Mag. Werner Penn habe bereits mit dem Abschluss des ersten Swap-Geschäftes 3976 ausreichend Erfahrung gesammelt. Sie hatte ihn natürlich auch bei diesem Geschäft nicht ausreichend aufgeklärt. Schon bei den ersten Angeboten fehlte jegliche Erfahrung zur Struktur und zum Risiko des Produktes. Mag. Werner Penn wurde zwar eine grafische Darstellung der Entwicklung des historischen Wechselkurses EUR/CHF (Chart) für die Jahre 2000 bis zum Präsentationszeitpunkt (also 2006) gezeigt, damit wurde aber vom tatsächlichen Risiko – nämlich der künftigen Wechselkursentwicklung, und vor allem der Volatilität – abgelenkt. Auch die (exponentielle) Wirkung des eingesetzten Derivathebels blieb unerläutert.
- 1.3.13.7. Die ständig wiederholte Behauptung der beklagten Partei, Mag. Werner Penn sei schließlich die treibende Kraft hinter den Angeboten der Banken gewesen, fehlt außer der Behauptung jede Substanz: Der Beschluss des Gemeinderats der Stadt Linz, mit dem die Finanz- und Vermögensverwaltung ermächtigt werden sollte, das Fremdfinanzierungsportfolio durch marktübliche Geschäfte zu optimieren, stammt aus dem Juni 2004. Mag. Werner Penn hatte aber offenkundig nicht die ihm von Seiten der beklagten Partei unterstellte Eile, die ihn – wie sie sich ausdrückt – veranlasst hat, "[...] Banken vor sich herzutreiben", sondern ließ sich vielmehr mehr als zwei Jahre Zeit. Es ist daher naheliegend anzunehmen, dass es die Vertreter der Kreditinstitute und dabei insbesondere jene der beklagten Partei gewesen sind, die ihre derivativen Produkte Mag. Werner Penn erst schmackhaft gemacht haben.

- 1.3.13.8. Es kann nämlich kein Zufall sein, dass Mag. Werner Penn noch in der am 8. September 2006 durchgeführten Ausschreibung die Banken unter dem *"Betreff: Zinsabsicherung"* einlud, Vorschläge zur *"Absicherung der variablen Zinsen"* für die bestehenden Finanzierungen zu unterbreiten. Er verlangte weiters ausdrücklich, dass das Risiko der Stadt Linz aus diesen Sicherungsgeschäften durch sogenannte *"Caps"* begrenzt wird (Beilage ./J). Noch am 4. Dezember 2006 bot die klagende Partei Mag. Werner Penn an, ein variabel (nämlich auf den LIBOR bezogenes) verzinste Anleihevolumen von CHF 149 Mio. **in Form eines Swap bei einem fixen Zinssatz von 2,7 % abzusichern**. Mag. Werner Penn antwortete auf dieses Angebot der beklagten Partei am 7. Dezember 2006 damit, *"seine Wunschvorstellung für einen fixen Zinssatz (Hervorhebung durch die Stadt Linz) liege bei 2,5 %"* (Beilage ./P). Ein Finanzdirektor, der von sich aus zu hoch riskante Wetten neigt, verhält sich anders.
- 1.3.13.9. Keineswegs übersehen werden darf auch, dass die in gut einem Jahr von Mag. Werner Penn abgeschlossenen, insgesamt neun Finanzprodukte eine völlig unterschiedliche Risikostruktur aufwiesen; die einzige Konstante war, dass alle drei von der beklagten Partei angebotenen Produkte im Hochrisikobereich lagen. Der (Bundes-) Rechnungshof hat sich in seinem Bericht Serie Oberösterreich 2013/1 auf den Seiten 52 und 87f (Beilage ./155) ebenso dazu geäußert, wie der im Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft Linz beauftragte Gutachter Dr. Christian Imo (Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes, Seite 227ff).
- 1.3.13.10. Danach wird den Produkten der beklagten Partei (sie tragen die Nummern 7, 8 und 9) einheitlich konstatiert, dass sie risikoe erhöhend und komplex sind sowie ein Währungsrisiko enthalten. Dem Produkt mit der Nr. 8 wird darüber hinaus eine mangelnde Handelbarkeit unterstellt. Eine ähnliche Beurteilung enthält nur noch das Produkt der NOMURA International blc vom 27. August 2007 (entspricht Derivat Nr. 1 im Bericht des (Bundes-)Rechnungshofes). Zu diesem Produkt merkt allerdings Dr. Christian Imo an, dass es sich dabei zwar um ein Spekulationsgeschäft gehandelt hat, dass dieses allerdings nur ein beschränktes Risiko für die Stadt Linz beinhaltete; es wurde auch bald wieder geschlossen. Die übrigen derivativen Produkte erfüllen den Absicherungszweck entweder überhaupt zur Gänze oder zumindest teilweise. Soweit der Absicherungszweck nicht zur Gänze erfüllt wird, stellen sowohl der (Bundes-)Rechnungshof als auch Dr. Christian Imo fest, dass sie alle ein limitiertes (also kein unbeschränktes) Risiko hatten.

1.4. „Rosinenpicken“ (Punkt II. Z 2.2)

- 1.4.1. Unter dem Schlagwort *"systematisches Rosinenpicken"* erhebt die beklagte Partei den Vorwurf, die Entscheidungsträger der Stadt Linz hätten bereits ab dem ersten Swap-Geschäft 3976 vorgehabt: *"[...] Im Fall einer günstigen Entwicklung sollte das Geschäft gelten, im Falle einer ungünstigen Entwicklung wollte man einfach Ungültigkeit behaupten"* (VBSS BAWAG, Seite 30).
- 1.4.2. Dieser ohne ausreichende Prüfung und wohl auch wider besseren Wissens erhobene Vorwurf soll sich darauf gründen,
- dass sich die Stadt Linz *"[z]wischen GRB 2004 und Abschluss des Rahmenvertrages 2006 intensiv mit dem Thema Grundsatzcharakter von Gemeinderatsbeschlüssen beschäftigt"* (habe) und dabei durch die Gemeindeaufsicht erfuhr, dass Gemeinderatsbeschlüsse mit Grundsatzcharakter

nicht ausreichen, um ein Rechtsgeschäft wirksam zustande kommen zu lassen; diese Zweifel habe man der beklagten Partei mit dem Hintergedanken, sich später darauf zu berufen, bewusst verschwiegen;

- dass die Stadt Linz das Swap-Geschäft 3976, das ebenfalls auf Grund des Gemeinderatsbeschlusses 2004 abgeschlossen worden war, und nennenswerte Gewinne gebracht habe, "*widerspruchslos abgewickelt*" (habe);
- dass sich Mag. Werner Penn, als ihn die Staatsanwaltschaft Linz zum Thema "*Notwendigkeit einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung*" zu fragen begonnen habe, der Aussage entschlug;
- dass sich die Stadt Linz auch gegenüber dem (Bundes-)Rechnungshof zur Wirksamkeit der übrigen – teils gewinnbringenden Finanzderivate – bewusst ausgeschwiegen habe;
- dass sich die Stadt Linz noch bis März 2011 gegenüber der beklagten Partei auf den Gemeinderatsbeschluss aus dem Jahr 2004 berufen und diesen wiederholt als wirksame Grundlage des Swap-Geschäftes und der maßgeblichen Auflösungsverhandlungen genannt habe.

1.4.3. Die angeblich "*neuen Beweismittel und Erkenntnisse*", welche die beklagte Partei erst jetzt erlangt haben will, tragen ihre Vorwürfe nicht im Geringsten, was die beklagte Partei und ihre Vertreter entweder ohnehin wissen oder bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit ganz leicht hätten erkennen können.

- Als die Stadt Linz das Swap-Geschäft 3976 – wie sich die beklagte Partei ausdrückt – "*widerspruchslos abgewickelt*" (hat), konnte sie sich auf die Unwirksamkeit dieses Geschäftes schon deshalb nicht berufen, weil ihr zu diesem Zeitpunkt wegen des bewussten Verschweigens seiner Struktur durch die beklagte Partei die fehlende Deckung durch den Gemeinderatsbeschluss nicht bekannt gewesen ist.
- Weshalb sich Mag. Werner Penn vor der Staatsanwaltschaft Linz zu dieser Frage der Aussage entschlug, entzieht sich der Kenntnis der Stadt Linz. Diese Entschlagung hat aber mit der Beschlussfassung des Gemeinderates zur ILG-Ausgliederung erkennbar nichts zu tun. Die beklagte Partei weiß natürlich auch, dass es sich bei der aufsichtsbehördlichen Genehmigung um ganz etwas anderes handelt, als bei der Frage, ob die Fassung eines Grundsatzbeschlusses ausreicht, um der Vorschrift des § 46 StL 1992 zu entsprechen.
- Die Stellungnahme der Stadt Linz gegenüber dem Rechnungshof besteht aus zwei Teilen, und zwar einer einleitenden Darstellung der Position der Stadt Linz und einem besonderen Teil; diese werden über Auftrag des Handelsgerichtes Wien als Beilagen ./SSSSSS und ./TTTTTT mit dieser Replik vorgelegt. Sie zeigen ebenfalls die Substanzlosigkeit des Vorwurfs der beklagten Partei (im Folgenden).
- Schon die Einleitung ("*Präambel*", Beilage ./TTTTTT) beschäftigt sich an mehreren Stellen mit der mangelnden Deckung der Derivatprodukte durch den Gemeinderatsbeschluss: In Punkt 2.2.6, der den Ermächtigungsumfang des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 beschreibt, heißt es wörtlich: "*Die*

von der BAWAG P.S.K. angebotenen Derivatgeschäfte, **insbesondere aber die Derivatgeschäfte mit den Nummern 7 bis 9** (nach der Gliederung des (Bundes-)Rechnungshofes also SWAP I. bis SWAP III.) *entsprachen diesen Vorgaben bzw. Erwartungen in keinster Weise*". In Punkt 3.1 heißt es dann weiter: "Die Prüfungsergebnisse (zu ergänzen: des (Bundes-)Rechnungshofes) *unterstellen zwanglos, dass die Derivatgeschäfte, insbesondere* (Hervorhebung durch die Stadt Linz) *das jetzt noch strittige Derivat Nr. 9, wirksam zustande gekommen sind*" und in Punkt 3.1.2 "[...] *Was die anfängliche Unwirksamkeit der Derivatgeschäfte* (Hervorhebung durch die Stadt Linz) *angeht, so beschränken sich die Aussagen des Rechnungshofes darauf.....*". Auch der unmittelbar nachfolgende Punkt 3.3 trägt die Überschrift "**Geschäfte weder marktüblich noch zur Optimierung geeignet**" (Hervorhebung durch die Stadt Linz). Auch in Punkt 3.3.1 heißt es einleitend: "[...] *Wie die Ergebnisse des Strafverfahrens gezeigt haben, handelt es sich bei den Derivatgeschäften mit der BAWAG P.S.K. insbesondere aber beim Derivat Nr. 9 um eine hoch spekulative Währungswette mit exotischer Struktur und einem extrem hoch eingesetzten Hebel, wobei die Chancen und Risiken zwischen der Stadt Linz und der BAWAG P.S.K. von vornherein krass zu Lasten der Stadt Linz verteilt waren*" (Hervorhebung durch die Stadt Linz). Ebenso bezieht sich Punkt 3.3.3 der Einleitung nicht nur auf das Derivat Nr. 9, sondern führt aus, dass es sich bei den Derivaten Nr. 7 und Nr. 9 um Produktkonstruktionen handelt, die selbst von professionellen Bankrisikosystemen nicht vollständig erfasst werden können, weil die persönlichen und fachtechnischen Einrichtungen zur Beherrschung der damit verbundenen Risiken realistischer Weise von einer Kommune nicht erwartet werden können.

- In der Detailstellungnahme (Beilage ./SSSSSS) heißt es zum Vorbericht des (Bundes-)Rechnungshofes auf Seite 12 Abs 1 darüber hinaus nochmals ausdrücklich: "*Die Stadt Linz geht (sh Präambel Pkt 3.2 bis 3.4) davon aus, dass die Geschäfte nicht rechtswirksam zustande gekommen sind. Die Aussage des RH würde eine Vorwegnahme einer Gerichtsentscheidung bedeuten*" (Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- Im Übrigen hat der Vorbericht des (Bundes-)Rechnungshofes in keinem einzigen Punkt die Frage behandelt, ob und welche dieser Geschäfte wirksam sind oder nicht; gerade der (Bundes-)Rechnungshof hat dies ja mit dem Hinweis darauf, für die Prüfung des Vertragspartners nicht zuständig zu sein, abgelehnt. Eine detaillierte Auseinandersetzung, welche dieser Geschäfte eindeutig unwirksam oder möglicherweise doch vom Gemeinderatsbeschluss gedeckt sind, war daher gar nicht geboten. Überdies gab es diese Geschäfte – bis auf die Produkte Nr. 4 und 6 – im Zeitpunkt der Prüfung durch den (Bundes-)Rechnungshof gar nicht mehr; das Derivatprodukt Nr. 2 hatte nach den übereinstimmenden Feststellungen des (Bundes-)Rechnungshofes und des Sachverständigen im Strafverfahren überdies eindeutig absichernden Charakter.
- Die immer wieder kehrende Behauptung der beklagten Partei, die Stadt Linz habe sich ihr gegenüber wiederholt auf die Gültigkeit des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 berufen, wird durch die Wiederholung nicht richtig. Das Gegenteil ist nämlich der Fall: Es war die beklagte Partei, die bis zuletzt keinerlei Interesse an diesem Beschluss gezeigt hat (VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 5.2, Seite 56ff und Punkt II Z 6.11.1: *Worauf hat die beklagte Partei eigentlich vertraut?*, Seite 86). Bezeichnend für das

Verhalten der beklagten Partei ist das zuletzt ins Spiel gebrachte Beweismittel mit der Nummer ./135. Die Stadt Linz hat den Vertretern der beklagten Partei in der Besprechung am 5. August 2010 entgegengehalten, dass das Swap-Geschäft 4175 niemals durch den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gedeckt sein kann. Daraufhin ersuchten die Vertreter der beklagten Partei, die diesen Beschluss offenbar nicht hatten, um seine Übermittlung. Damit ist wohl eindeutig dokumentiert, dass der beklagten Partei nicht nur bei Abschluss des Swap-Geschäftes das Vorliegen eines Gemeinderatsbeschlusses völlig gleichgültig gewesen ist, sondern dass sie auch danach keinerlei Interesse zeigten.

1.4.4. Der – um es zurückhaltend zu sagen – äußerst kreative Umgang der beklagten Partei mit Tatsachen zeigt die Behandlung des Aktenvermerkes vom 26. Jänner 2006. Dabei handelt es sich um die Überlegungen von Mag. Werner Penn zum Gespräch mit Vertretern der Aufsichtsbehörde im Zusammenhang mit der Ausgliederung des Liegenschaftsvermögens der Stadt Linz in die ILG. Die Vermerke eines Dienststellenleiters zu einem Gespräch stilisiert die beklagte Partei zur Behauptung hoch, dass sich *"[z]wischen GRB 2004 und Abschluss des Rahmenvertrages 2006 (also in einem Zeitraum von 1 ½ Jahren) die Stadt Linz intensiv mit dem Thema Grundsatzcharakter von Gemeinderatsbeschlüssen (beschäftigt) habe"*. Dem Aktenvermerk entnimmt sie darüber hinaus, dass *"[d]ie Stadt Linz einen Beschluss gefasst habe, entsprechend dem Aktenvermerk bestimmte Maßnahmen zu setzen"* (Hervorhebung durch die Stadt Linz). Mag. Werner Penn repräsentiert also die Stadt Linz und hat einen den Willen der Organe der Stadt Linz repräsentierenden Beschluss gefasst. Eine bemerkenswerte Vorstellung von kommunalrechtlichen Grundsätzen.

1.4.5. Tatsächlich stellt sich der Sachverhalt im Zusammenhang mit dem Aktenvermerk des Mag. Werner Penn vom 26. Jänner 2006 folgendermaßen dar:

1.4.5.1. Der Gemeinderat der Stadt Linz hat am 16. Dezember 2004 die „Ausgliederung“ des städtischen Liegenschaftsvermögens und dessen Übertragung, sei es im Wege eines Kaufvertrages, sei es als Sacheinlage, beschlossen. Ziffer 2 dieses Beschlusses lautete:

„[...] Die im Eigentum der Stadt Linz befindlichen Objekte werden gemäß beiliegender Liste an die Immobilien Linz GmbH & Co KEG verkauft bzw. als Sacheinlage gemäß den noch zu erstellenden Verträgen in die KEG eingebracht. [...] Das Immobilienservice der Stadt Linz (zukünftig Gebäudemanagement) wird beauftragt, den entsprechenden Kaufvertrag und Einbringungsvertrag zu erstellen. [...]“

In Ziffer 2a des gleichen Beschlusses heißt es dann weiters:

„[...] Der Kaufpreis für die in Punkt 2. angeführten Immobilien beträgt €184.121.525,00. ... Der Einlagewert der in die KEG einzubringenden Immobilien beträgt €440.767.812,00.“

1.4.5.2. Die Stadt Linz suchte am 1. März 2005 nach § 78 Abs 1 Z 1 StL 1992 bei der Oö. Landesregierung als Aufsichtsbehörde um Genehmigung dieser Liegenschaftstransaktion an. Dem Amt der oberösterreichischen Landesregierung wurde neben dem Beschluss des Gemeinderates noch der zugrunde liegende Amtsbericht und die Listen aller von der Veräußerung betroffenen Liegenschaften

(auf Objektbasis, versehen mit den Preisen der einzelnen Objekte) zur Verfügung gestellt. Am 13. Juli 2005 bemängelte die Aufsichtsbehörde, dass der im Gemeinderatsbeschluss erwähnte Kaufvertrag noch nicht vorgelegt worden sei und ersuchte um dessen Übersendung, was mit Schreiben vom 21. Juli 2005 in Form einer Kopie der Vertragsurkunde erfolgt ist. Der weiteren Aufforderung der Aufsichtsbehörde, nicht nur eine Kopie, sondern das Original vorzulegen, kam die Stadt Linz am 5. August 2008 nach.

- 1.4.5.3. In einem Vorhalt vom 16. August 2005 bestätigt das Land Oberösterreich den Erhalt des Kaufvertrages, verlangte dann aber die Vorlage eines Beschlusses des Gemeinderates, aus dem die Genehmigung dieses Originalkaufvertrages ersichtlich sei. Die Stadt Linz erwiderte am 12. Dezember 2005 auf diesen Vorhalt, dass die Genehmigung der „Ausgliederung“ des kommunalen Liegenschaftsvermögens bereits am 16. Dezember 2004 erfolgt wäre und die Stadt Linz von der aufsichtsbehördlichen Genehmigung wegen Ablaufs der im Gesetz vorgesehenen 8-wöchigen Frist zur Versagung der Genehmigung ausgehe. Der wesentliche Teil dieses Schreibens befasste sich im Übrigen mit der Frage, ob dem Gemeinderat der Stadt Linz bei Geschäften der ILG ein Zustimmungsrecht eingeräumt werden sollte oder nicht, was im Sinne einer Selbstbindung der Gemeinde bejaht worden ist.
- 1.4.5.4. Am 3. November 2005 hatte nämlich Stadtrat Jürgen Himmelbauer die Aufsichtsbehörde um eine Auskunft darüber gebeten, ob der Gemeinderat auch nach der Ausgliederung für die Genehmigung von Geschäften der ILG, soweit es die Aufnahme von Darlehen oder soweit es Liegenschaften angeht, zuständig bleibt. Das oben angeführte Schreiben der Stadt Linz vom 12. Dezember 2005 beschäftigte sich auch mit dieser Frage.
- 1.4.5.5. Auf das Schreiben der Stadt Linz vom 12. Dezember 2005 folgte eine Besprechung bei der Aufsichtsbehörde, an der von Seiten der Stadt Linz deren Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr und Mag. Werner Penn teilnahmen, der den Aktenvermerk vom 26. Jänner 2006 (Beilage ./86) verfasst hat. Die Stadt Linz wies dabei auf ihre Rechtsausführungen im Schreiben vom 12. Dezember 2005 hin, das die Vertreter der Aufsichtsbehörde aber nach deren Bekunden nicht kannten, weshalb auf ihr Ersuchen dieses Schreiben nochmals per Post übersandt worden ist. Da die Stadt Linz ihre Rechtsansicht bereits ausreichend schriftlich dargelegt hatte, sah es die Präsidialabteilung (PPO) als entbehrlich an, noch ein weiteres Gutachten zu verfassen; die Ziffer 1 des Aktenvermerkes hatte sich aus deren Sicht erledigt. Im Übrigen hatte auch die Dienststelle „Gebäudemanagement“ des Magistrats der Stadt Linz in Vorbereitung auf dieses Gespräch ihre Argumente nochmals in einem Exposé vom 23. Jänner 2006 zusammengefasst (Beilage ./BBBBBBB). Vor einer neuerlichen Behandlung dieses Themas wollte man die schriftliche Stellungnahme der Aufsichtsbehörde abwarten, die ihre Bedenken am 26. Jänner 2006 nur im Gespräch geäußert hatte.
- 1.4.5.6. Die von Mag. Werner Penn im Aktenvermerk vom 26. Jänner 2006 aufgeworfenen Fragen beantwortete die PPO in einem Schreiben vom 9. Februar 2006 (Beilage ./CCCCCCC). Darin wiederholte sie die bisherige Rechtsansicht der Stadt Linz und wies darauf hin, dass diese einer langjährigen Praxis entspreche. Zur Ziffer 2 des Aktenvermerkes erfolgte eine Auflistung von sogenannten „Grundsatzbeschlüssen“, die aber nach dem Verständnis der PPO ausschließlich Liegenschaftsprojekte betrafen (Beilage ./CCCCCCC). Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 unterfiel demgegenüber nach dem Verständnis der PPO überhaupt nicht dem im

Aktenvermerk vom 26. Jänner 2006 verwendeten Begriff des Grundsatzbeschlusses. Das bestätigt auch der Leiter dieser Abteilung Dr. Ernst Inquart (9. Sondersitzung des Kontrollausschusses, Beilage ./EEEEEE9, Seiten 4, 8ff). Eine sofortige Beschlussfassung im Sinne der Ziffer 3. des Aktenvermerkes hat die PPO für nicht zielführend angesehen; zumindest sollte erst die schriftliche Stellungnahme der Aufsichtsbehörde abgewartet werden.

- 1.4.5.7. Die angekündigte Stellungnahme der Gemeindeabteilung der Oö. Landesregierung erfolgte am 21. März 2006. Zusammenfassend stellte das Land fest, dass *„es sich bei dem Beschluss des Gemeinderates der Stadt Linz vom 16. Dezember 2004 lediglich um einen sogenannten Grundsatzbeschluss handelt; der Kaufvertrag zwischen der Stadt Linz und der Immobilien Linz GmbH (ILG) und der Immobilien Linz GmbH & Co KEG vom 27. Juni 2005 ist durch diesen Beschluss nicht gedeckt und müsste daher nachgeholt werden. ...“* (Beilage ./DDDDDDDD). Die Stadt Linz trat dieser Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde am 6. Juni 2006 mit ausführlicher Begründung entgegen (Beilage ./EEEEEEEE). Es ging nach wie vor nur um die Ausgliederung des Liegenschaftsvermögens in die ILG (Dr. Ernst Inquart, 9. Sondersitzung des Kontrollausschusses, Beilage ./EEEEEE9, Seiten 4, 8ff).
- 1.4.6. Die PPO hat sich in der Folge nicht mehr geäußert. Am 23. November 2006 beschloss der Gemeinderat der Stadt Linz den Einbringungsvertrag und den Kaufvertrag zwischen der Stadt Linz und der ILG. Eine gesonderte Beschlussfassung war deshalb notwendig geworden, weil sich der Umfang des Vermögens, der Kaufpreis und die Bewertung geändert hatten. Damit konnte letztlich die unterschiedliche Rechtsauffassung zwischen der Stadt Linz und der Aufsichtsbehörde auf sich beruhen.

1.5. Der Missbrauch des Vertrauens der Stadt Linz durch die BAWAG P.S.K.

- 1.5.1. Die persönlichen Vorwürfe gegen die Organe der Stadt Linz dienen offenbar nur dazu, von den Versäumnissen der beklagten Partei und ihren wahren Motiven abzulenken. Sie war es nämlich, die auf grobe Art und Weise das Vertrauen der Stadt Linz missbraucht hat. Die beklagte Partei genoss bis zum Jahr 2010 als jahrzehntelange Hausbank das besondere Vertrauen der Stadt Linz. Dieses Vertrauen gründete sich nicht zuletzt auf die Eigentümerstellung des österreichischen Gewerkschaftsbundes und darauf, dass Dr. Ewald Nowotny in den Jahren 2006 und 2007 Generaldirektor dieser Bank gewesen ist. Dessen wissenschaftliche und politische Laufbahn ist aufs Engste mit der Stadt Linz verknüpft.
- 1.5.2. Der beklagten Partei war in den USA vorgeworfen worden, zur Insolvenz des Investmenthauses Refco beigetragen zu haben. Ihr drohten Klagen in Milliardenhöhe. Nach Medienberichten konnte sich die beklagte Partei aber mit ihren Gläubigern im Juni 2006 auf die Zahlung von rd. EUR 521 Mio. einigen. Die beklagte Partei brauchte also dringend Geld. Offenbar hatte sie in diesem Jahr auch schon mit den Vorbereitungen für das von der Boston Consulting Group betreute Projekt „Hermes“ begonnen, das eine Ertragssteigerung nicht zuletzt durch den Verkauf von Finanzprodukten an Kommunen vorsah.
- 1.5.3. Die beklagte Partei hatte daher weder ein Interesse daran, Mag. Werner Penn über die wahre Struktur der exotischen Währungswetten aufzuklären, noch das Geschäft durch Einbeziehung des Gemeinderates oder der politischen Entscheidungsträger zu gefährden. Das beginnt schon damit, dass die beklagte Partei die

kommunalrechtlichen Vorgaben und Erfordernisse trotz ihrer genauen Kenntnis (VBSS Stadt Linz, Punkt II, Z 5.4 [Fehlen jeglichen Vertrauens der beklagten Partei bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175, Seite 60ff]) bewusst ignoriert hat. Sie war nie daran interessiert zu wissen, ob der Gemeinderat der Stadt Linz die von ihr angebotenen exotischen Währungswetten überhaupt genehmigt hat, ja sie war nicht einmal daran interessiert, ob es überhaupt einen derartigen Beschluss gab und wie er aussah. Erst als ihre Vorstandsmitglieder im August 2010 damit konfrontiert wurden, dass das Swap-Geschäft 4175 niemals vom Willen des Gemeinderates gedeckt sein konnte, verlangten sie die Übersendung des Beschlusses vom 3. Juni 2004.

- 1.5.3.1. Schon nach der Diskussion im Vorstand der beklagten Partei am 17. April 2007 (Beilage ./100) hätte die beklagte Partei dieser Frage intensiv nachgehen müssen. Die einzige Reaktion angesichts der in der Vorstandsinformation geäußerten Bedenken liest sich aber so: „*[k]önnen wir von der Stadt noch etwas bekommen, das den letzten Abschluss etwas stärker untermauert*“ (E-Mail Mag. Harald Machat an Mag. Herbert Auer, Beilage ./38); dieser antwortet darauf: „*Ich werde bei gutem Wind noch einmal einen Versuch starten.*“ Das ist die einzige dokumentierte Aktivität der beklagten Partei, angesichts der Bedenken, die im Vorstandsbericht erhoben worden sind, zu klären, ob eine derartige Währungswette mit existenzbedrohenden Ausmaßen für die Stadt Linz tatsächlich vom Willen des Gemeinderates gedeckt war
- 1.5.3.2. Es liegt daher der Schluss nahe, dass die beklagte Partei gar kein Interesse daran hatte. Das bestätigen die folgenden – nochmals chronologisch aufgelisteten – Ereignisse:
- Am 3. Juni 2004 beschließt der Gemeinderat, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz solle durch marktübliche Finanzgeschäfte optimiert werden. Mit der Vollziehung betraut wird die Finanz- und Vermögensverwaltung. Diese unternimmt zunächst keinerlei Schritte in dieser Richtung. Nach dem Optimierungsverständnis des Gemeinderates (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 3, Seite 30ff) waren solche Schritte vorerst auch gar nicht notwendig; es ging bei der Optimierung aus Sicht des Gemeinderates vornehmlich darum, die Zinsen aus bestehenden Krediten auf ein günstiges Niveau zu senken, wenn die ursprünglich vereinbarten Zinsen darüber lagen. Weigerte sich der Kreditgeber, so sollte dieses Ziel mit Hilfe der neuen Finanzprodukte erreicht werden. Auch aus Sicht des Mag. Werner Penn bestand also vorerst kein Handlungsbedarf.
 - Am 6. Juni 2006 berichten die Medien über den Vergleich der beklagten Partei mit den Gläubigern des amerikanischen Investmenthauses Refco, durch den die beklagte Partei verpflichtet war, rd. EUR 521 Mio. zu bezahlen; der Abschluss dieses außergerichtlichen Vergleiches war nach den Medienberichten Voraussetzung für die Freigabe eines EUR 900 Mio. schweren Hilfspaketes durch den Bund.
 - Im Sommer 2006 werden Mag. Werner Penn von verschiedenen Banken, vor allem aber von der beklagten Partei neben Absicherungsgeschäften und Fixzinsswaps auch komplexe Finanzprodukte vorgeschlagen. Mag. Werner Penn hat offenbar diese Präsentationen und Angebote schließlich am 11. August 2006 schriftlich zusammengefasst. Es fehlt jeder Hinweis, dass der Anstoß zu diesen Vorschlägen von Mag. Werner Penn ausgegangen ist. Im Strafverfahren sagt Mag. Werner Penn in diesem Zusammenhang: „*[...] Es hing davon ab, was die Banken bzw. Kreditinstitute anboten*“, sowie mit Bezug auf die beklagte Partei:

„Die Struktur des SWAP 3976 wurde von der BAWAG angeboten und in der von mir erstellten Unterlage (gemeint Beilage ./30) berücksichtigt.“

- Der beklagten Partei war damals ganz genau bekannt (was auch bankintern dokumentiert ist), dass der Abschluss von wesentlichen Geschäften die genaue Einhaltung der kommunalrechtlichen Vorschriften erfordert. So heißt es in den Papieren der beklagten Partei: *„[...] Alle **größeren Finanzentscheidungen** müssen vom Stadtsenat und **Gemeinderat** genehmigt werden* (Hervorhebung durch die Stadt Linz).“ Und nochmals im gleichen Papier: *„Das Land ist Träger der Rechtsaufsicht über die Kommunen. Bis auf Ausnahmen müssen **Kredite geprüft und einzeln genehmigt werden*** (Hervorhebung durch die Stadt Linz). *Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird geprüft. Die schriftliche Genehmigung hat Bescheidcharakter [...].“* (als beispielhaft können dienen: der Kreditantrag der beklagten Partei vom 27. September 2006 [Beilage ./JJJ1]; Information an den Vorstand der beklagten Partei vom 17. April 2007 [Beilage ./100]).
- Die beklagte Partei konstatiert weiters, dass sich Probleme *„durch meist inhomogenes know-how der Kommunen, der nicht eindeutigen Rechtssituation* (Hervorhebung durch die Stadt Linz) *und den notwendigen, sehr kurzen Entscheidungsfristen bei Produktabschluss* (ergeben).“ Jedenfalls sind *„öffentlich-rechtliche Vorschriften in den einzelnen Gemeindeordnungen der Länder, die die gemeindeinterne Willensbildung (Geschäftsführung) sowie die Vertretung der Gemeinde nach außen regeln“* zu beachten. *Ein unter Verletzung dieser Schutzvorschriften geschlossener Vertrag ist ungültig.*“ (Information an den Vorstand der beklagten Partei vom 17. April 2007, Beilage ./100). In dieser Vorstandssitzung wird auch das Projekt „Hermes“ ausdrücklich erwähnt, mit dessen Vorbereitung die beklagte Partei bereits 2006 begonnen hatte; dieses Projekt dient der Ertragssteigerung durch den Verkauf von Finanzprodukten an Kommunen (siehe auch Punkt III. Z 3.2).
- Den für die beklagte Partei im Herbst 2006 handelnden Personen ist bewusst, dass die Zulässigkeit von Finanzprodukten mit Spekulationscharakter überaus kritisch zu sehen ist und dass deshalb der Gemeinderat als oberstes Willensbildungsorgan in die Entscheidung darüber einzubinden ist. Sie kümmern sich aber nicht darum (vgl. Z 1.5.3 und 1.5.4). Die damit für die Stadt Linz verbundene Gefahr bzw. die Rechtsunsicherheit bei derartigen Geschäften wird nicht zuletzt im Hinblick auf die Ertragschancen von der beklagten Partei – wie sie sich in Beilage ./100 ausdrückt – akzeptiert.
- Die beklagte Partei weiß auch ganz genau, dass es nach der Vorstellung des Mag. Werner Penn darum geht, die Stadt Linz gegen steigende Zinsen oder gegen ein Kursrisiko abzusichern (siehe das Zitat aus der Zeugenvernehmung des Mag. Herbert Auer: Z 1.3.6). Dennoch erweckt Iris Sahinoglu bei Mag. Werner Penn offenbar bereits am 9. August 2006 das Interesse an einem Produkt mit hochspekulativem Charakter (wie sich aus der von Mag. Werner Penn aus den Präsentationen unter anderem der beklagten Partei erstellten Zusammenfassung [Punkt 3.3a dieser Zusammenfassung] ergibt); die diesbezüglichen Vorschläge laufen unter dem verharmlosenden Titel *„Vorschläge zur Optimierung des Zinsrisikos“* (Beilage ./76). Wie die beklagte Partei selbst zugesteht (Beilage ./112), verfügte sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht über ausreichende Analysen zur Risikoermittlung.

- Das nächste Angebot in dieser Richtung folgt am 4. September 2006 (Iris Sahinoglu übermittelt Mag. Werner Penn elektronisch ein Angebot für einen „Resettable CHF linked Swap“, dessen Struktur ebenfalls jener des Swap-Geschäftes 3976 entspricht. Die mit diesem Angebot verbundene Präsentation lenkt den Blick des Mag. Werner Penn lediglich auf die historischen Wechselkurse und verschleiert damit das mit diesem Produkt verbundene Risiko. Ohne weitere Aufklärung über die wahre Struktur und den Risikogehalt schließt die beklagte Partei mit Mag. Werner Penn am 26. September 2006 das erste Spekulationsgeschäft ab. Der Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 erfolgt unter den gleichen Voraussetzungen.
- Am 7. Jänner 2008 (Beilage ./110) schreibt Mag. Werner Penn als Reaktion auf die von der beklagten Partei erstellte Bewertung zum Ende des Jahres 2007 (der Wert war auf etwas mehr als EUR 1 Mio. gesunken): *„Danke für die nicht besonders erfreulichen Daten. Frage: Warum hat sich die CHF-Bewertung von 9,33 Mio. per Ende September 2007 auf 1 Mio. per Dezember reduziert? ... Ist mir nicht plausibel: Kurs 1,66 zu 1,655, 6M CHF-Libor unverändert bei 2,8 %.“*
- Aus dem Inhalt dieses Schreibens erkennt jeder Fachkundige, dass Mag. Werner Penn ganz offenbar nicht einmal ausreichende Grundkenntnisse hatte, was derivative Produkte angeht und offenbar hat er auch über keine geeigneten Systemressourcen verfügt. Auch der beklagten Partei war spätestens zu diesem Zeitpunkt klar, dass ein der Gefährlichkeit des Geschäftes angemessenes Risikomanagement bei Mag. Werner Penn gefehlt hat (Schlussfolgerung des Dr. Christian Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 222, ON 129 des Strafaktes). Dennoch unternimmt sie nichts.
- Auch das Treffen am 1. Februar 2008 hat diese Schlussfolgerung des Sachverständigen im Strafverfahren – auch für die beklagte Partei sichtbar – bestätigt. Mag. Werner Penn verstand die Erläuterungen zur Bewertung des Swap-Geschäftes offenbar nur in ganz groben Umrissen (Beschuldigtenvernehmung, ON 172 des Strafaktes, Seite 8); er hat nach der eigenen Darstellung der beklagten Partei auf die Bewertungen lediglich mit den Worten reagiert: *„[d]ass für die Stadt Linz als Einnahmen/Ausgaben-Rechner die Bewertung des Geschäfts nicht wesentlich sei, weil ein Marktwert nicht in den Rechnungsabschluss einfließt.“* Dr. Christian Imo merkt dazu an: *„Sollte diese Aussage von Mag. Penn zutreffen, dann musste aber jedem (mit der Cause vertrautem) Verantwortlichen bei der BAWAG bekannt geworden sein, dass Mag. Penn offenbar resistent gegen die Erkenntnisse des modernen Risikomanagements war, mithin ein solches nicht nur nicht betrieb, sondern es auch für entbehrlich hielt. In Anbetracht des Umfangs und des extrem hohen Risikos der Position der Stadt hätte sich für die BAWAG-Verantwortlichen die Frage nach der Einschaltung des Bürgermeisters oder zumindest des Finanzreferenten der Stadt Linz stellen können“* (Gutachten vom 25. Oktober 2010, Seiten 222/223). Die beklagte Partei wandte sich dennoch noch immer nicht an die Organe der Stadt Linz.
- Zu diesem Zeitpunkt war das gesamte Ertragspotential für die beklagte Partei „noch nicht gehoben“: Wie die beklagte Partei zu der – in diesem Fall vergleichbaren – Struktur des Swap-Geschäftes 3976 erläutert, wird der mit dem reinen Zinsswap verbundene Aufwand durch den „Prämienenertrag“ aus dem

Verkauf der FX-Optionen (das sind die hinter der Zinsformel stehenden 21 exotischen Währungsoptionen) verdient (VBSS BAWAG, Seite 113). Diese Optionen haben eine exponentielle exotische Struktur. Die beklagte Partei hat gegenüber der Deutsche Bank AG und der Commerzbank AG im Februar 2007 den exponentiellen Teil der FX-Optionen noch nicht zu Geld gemacht. Nach den bisherigen Erkenntnissen hatte die beklagte Partei für den Verkauf der linearen Fremdwährungsoptionen bei Beginn des Geschäftes bereits rd. EUR 38 Mio. erhalten; damit konnte sie ganz leicht ihren Aufwand aus der Absicherung der Zinszahlungsverpflichtung (Libor an die Stadt Linz) decken. Mit dem exponentiellen Teil der Fremdwährungsoptionen stand ihr aber ein erhebliches weiteres Gewinnpotential zur Verfügung, das die beklagte Partei nicht durch die Auflösung des Geschäftes verlieren wollte.

- Ihr kam also das fehlende Verständnis des Mag. Werner Penn, der natürlich ohne entsprechende Aufklärung durch die beklagte Partei nicht einmal daran dachte, bei einem Kurs EUR/CHF von mehr als 1,6 im ersten Halbjahr des Jahres 2008 auszusteigen, durchaus recht. Tatsächlich hat die beklagte Partei 2008 und 2009, vorerst in kleinerem Umfang, begonnen, den exponentiellen Teil der FX-Optionen zu Geld zu machen. In großem Ausmaß erfolgte dieser Verkauf ab Mitte des Jahres 2010 (Memorandum der beklagten Partei vom 24. August 2010, Beilage /YY; Dr. Alexander Schall, Sondersitzung des Kontrollausschusses vom 18. Juni 2013, Seiten 23/24). Durch den Weiterverkauf des exponentiellen Teils der FX-Optionen muss die beklagte Partei nach einer Schätzung der Stadt Linz weitere Prämien in hohem Ausmaß erhalten haben (nach einer vorläufigen Bewertung, welche die Stadt Linz eingeholt hat, beträgt der Unterschied in den Schließungskosten zwischen einer Struktur „plain vanilla“ und jener exponentiellen Struktur der Optionen, die der Zinsformel zugrunde liegt, etwa EUR 100 Mio.). Hätte sich die beklagte Partei sofort an die Organe der Stadt Linz gewandt, so hätte sie auf diese Prämien verzichten müssen.
- In zahlreichen Diskussionen verlangte die Stadt Linz bisher von der beklagten Partei die Offenlegung des Weiterverkaufs des exponentiellen Teils der Fremdwährungsoptionen und die daraus erzielten Prämien; die beklagte Partei hat das bisher verweigert. Andererseits spricht sie im Zusammenhang mit diesem Verkauf von einer „Absicherung“; damit soll die Stadt Linz den Eindruck gewinnen, mit einer solchen „Absicherung“ wäre ein Aufwand und kein Ertrag verbunden gewesen (so sagte Dr. Alexander Schall in der 23. Sondersitzung des Kontrollausschusses ausdrücklich, dass mit dieser „Absicherung“ ein Aufwand für die beklagte Partei verbunden war). Das widerspricht nicht nur bankfachtechnischen Grundlagen, sondern steht auch im Gegensatz zu der oben wiedergegebenen Strukturerklärung des Swap-Geschäftes 3976 durch die beklagte Partei selbst.

1.6. Kontrollversagen (Punkt II. Z 2.3)

- 1.6.1. Unter der Überschrift „*Kontrollversagen trotz Kontrollvermögen*“ behauptet die beklagte Partei zuerst, dass ohnehin alle „*maßgeblichen Organe und Hilfsorgane*“ der Stadt Linz um das Geschäft wussten, weil Mag. Werner Penn gegenüber Journalisten das Bestehen einer politischen Rückendeckung zugestanden hatte. Wenn das aber nicht der Fall gewesen sei, so läge ein schwerwiegendes Kontrollversagen der Stadt Linz vor.

- 1.6.2. Die beklagte Partei begründet nicht, was ihre Ausführungen eigentlich mit der Frage der Gültigkeit und dem Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 zu tun haben. Der Umstand, dass Mag. Werner Penn oder dass die Mitglieder des Finanzausschusses nicht erkannt haben, dass sich hinter der Zinsformel in Wahrheit eine exotische Währungswette mit einem Volumen von mehr als EUR 1 Mrd. versteckt, macht das Geschäft nicht nachträglich gültig. Wenn aber – wie die beklagte Partei behauptet – alle maßgeblichen Organe und Hilfsorgane das Geschäft gekannt (und auch gewollt?) haben, so käme es auf ein Kontrollversagen nicht mehr an. Die Stadt Linz hat sich in ihrem vorbereitenden Schriftsatz bereits ausführlich mit der unhaltbaren These „*der Gültigkeit durch Kontrollversagen*“ auseinandergesetzt und diese widerlegt (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.4, Seite 71ff). In der folgenden Ziffer 1.6.3 werden diese Überlegungen nochmals zusammengefasst. In den Ziffern 1.6.4 bis 1.6.8 wird auf unrichtige Tatsachenbehauptungen repliziert.
- 1.6.3. Die Vorstellung der beklagten Partei, wonach Mängel in der Kontrolle schon ursprünglich oder nachträglich zur Genehmigung eines unwirksamen Geschäftes geführt haben, ist bereits in abstracto unhaltbar. Das Swap-Geschäft 4175 war weder marktüblich noch ein das Fremdfinanzierungsportfolio optimierendes Finanzgeschäft, wie es der Gemeinderat in seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 vor Augen gehabt hat. Das Argument der beklagten Partei von der Genehmigung durch Kontrollversagen ist phänomenologisch mit der ebenso unhaltbaren These vergleichbar, wonach das bloße Schweigen der Stadt Linz zu diesem Swap-Geschäft eine nachträgliche Genehmigung bedeutet hat (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.3, Seite 69ff). Die für dieses Geschäft notwendige Beschlussfassung des Gemeinderates kann nicht dadurch ersetzt werden, dass der Gemeinderat der Stadt Linz dazu schwieg, weil er nicht wusste, dass das Geschäft seinen Vorgaben widersprach. Dagegen sprechen aber auch noch folgende weitere Überlegungen:
- Das von der beklagten Partei vorgeworfene Kontrollversagen könnte überhaupt nur schadenersatzrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, in keinem Fall aber eine Zustimmung zu einem ursprünglich unwirksamen Geschäft bedeuten (VBSS Stadt Linz, Punkt 6.4, Seite 71ff).
 - Die beklagte Partei kann darüber hinaus natürlich nur dann Rechtsfolgen aus dem behaupteten Kontrollversagen ableiten, wenn sie nach den Umständen überhaupt annehmen durfte und musste, dass die Stadt Linz die –wegen der fehlenden Vertretungsmacht des Mag. Werner Penn – schwebende Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes gekannt und mit ihr gerechnet hat (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.3.2.5, Seite 70ff und Z 6.4.4, Seite 73]).
 - Eine Kontrollpflichtverletzung durch den Gemeinderat selbst gab es nicht. Das Wissen anderer Organe oder Hilfsorgane ist dem Gemeinderat niemals zuzurechnen (VBSS Stadt Linz, Punkt 6.4, Seite 72ff; *Spitzer*, Gutachten Seite 11f, Beilage ./WWWWW).
 - Keinem Zweifel unterliegt es auch, dass die – durch die Überschreitung des Gemeinderatsbeschlusses – schwebende Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes niemals durch Mag. Werner Penn selbst oder durch Organe, welche für den Abschluss des Geschäftes nicht zuständig sind, beseitigt werden kann. Auch das Wissen allein führt noch nicht zur Genehmigung. Es ist auch völlig unstrittig, dass es speziell bei der Genehmigung unwirksamer Geschäfte niemals zu einer Wissenszurechnung kommt (jüngst BGH vom 16. Dezember 2009, XII

ZR1476/07; weiterführend dazu bereits: VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.4.3, Seite 72 ff und ergänzend *Spitzer*, Gutachten, Seite 19 ff, Beilage ./WWWWW).

1.6.4. Zur politischen Rückendeckung

- Werner Pöchinger, ein Journalist der Tageszeitung „*Neue Kronen Zeitung*“, versuchte mit dem E-Mail, Beilage ./172, Mag. Werner Penn aus der Reserve zu locken; es handelte sich dabei um einen ganz offensichtlichen journalistischen Trick. Das ist inzwischen aus einer Klarstellung der Tageszeitung „*Der Standard*“ bekannt.
- Die beklagte Partei macht daraus den Beweis, dass Mag. Werner Penn mit Wissen und Willen aller Organe der Stadt Linz gehandelt hat.

1.6.5. Zum behaupteten Kontrollversagen des Gemeinderates

- Das Verständnis des Gemeinderates zu den Begriffen „*Marktüblichkeit*“ und „*Optimierung*“ wurde bereits ausführlich dargestellt (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 2, Seite 23f und Z 3, Seite 30f). Der Gemeinderat der Stadt Linz konnte daher niemals davon ausgehen, Mag. Werner Penn würde diesen Vollzugauftrag als Freibrief zum Abschluss von Währungswetten mit einem Volumen auffassen, das mehr als EUR 1 Mrd. überstieg. Woher die beklagte Partei ein „*besonderes Risikobewusstsein*“ des Gemeinderates in dieser Richtung nehmen will, bleibt im Dunkeln (ausführlich dazu nochmals in VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 3.1.3.1, Seite 32).
- Der Hinweis im Amtsbericht auf eine „*erhöhte Schwankungsbereitschaft*“ des Schweizer Frankens stellt keineswegs den Nachweis für eine besondere Risikogeneigntheit des Gemeinderates dar, sondern erklärt gerade im Gegenteil die Absicht, sich gegen das Risiko abzusichern. Niemand außer der beklagten Partei würde auf die Idee kommen, dass die Absicherung des im Amtsbericht erwähnten Währungsrisikos durch hoch spekulative existenzbedrohende Währungswetten erfolgen soll.
- Die beklagte Partei negiert nach wie vor, dass der Kontrollamtsbericht vom 23. September 2008, Beilage ./16, nicht an den Gemeinderat gerichtet war und auch dort nicht behandelt worden ist. Der Bericht ging an den Kontrollausschuss. Die beklagte Partei verwechselt den Jahresbericht des Kontrollamtes, der den zitierten Hinweis: „*Nicht auszuschließen ist allerdings, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen wird leisten müssen*“ gerade nicht enthielt (dazu bereits ausführlich VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.7, Seite 78f und Z 6.10, Seite 80ff).
- Der summarische Rechnungsabschluss, in dem in irgendeinen Posten aus dem Swap-Geschäft resultierende Eingänge oder Ausgänge enthalten sind, lässt weder einen Schluss darauf zu, welche Finanzgeschäfte Mag. Werner Penn abgeschlossen hat, noch darauf, dass es sich um Währungswetten weit jenseits der Grenzen des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 gehandelt hat. Wenn in den Vorberichten zum Rechnungsabschluss unter dem Punkt „*sonstige Einnahmen*“ von Einnahmen aus Zinssicherungsgeschäften die Rede ist, so ist nicht nachvollziehbar, weshalb diese Tatsache eine besondere Besorgnis bei den

Mitgliedern des Gemeinderates auslösen hätte sollen. Auch eine Angst des Gemeinderates, Mag. Werner Penn habe den Rahmen des Gemeinderatsbeschlusses überschritten, kann der Hinweis auf Einnahmen aus Zinssicherungsgeschäften nicht bewirken. Absicht des Beschlusses des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 war es ja gerade, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz gegen die steigenden Zinsen abzusichern.

- In den Vorberichten ist die Rede von
 - *sonstigen Einnahmen aus Zinssicherungsgeschäften und nicht planbaren Rückersätzen bei Sprengelbeiträgen und Behindertenhilfe (Vorbericht 2007); oder*
 - *sonstigen Einnahmen aus Zinssicherungsgeschäften und nicht planbaren Rückersätzen bei Sprengelbeiträgen und Behindertenhilfe und Rückzahlung einer Tiefgaragenförderung (Vorbericht 2008); bzw.*
 - *Minderungen der veranschlagten sonstigen Einnahmen durch Zinsgeschäfte und einer nicht geflossenen Mietzinsvorauszahlung sowie Mehreinnahmen durch Rückersätze bei Sprengelbeiträgen und Schadenersätze für öffentliche Beleuchtung (Vorbericht 2009).*
- Es lässt sich wohl vernünftigerweise nicht damit argumentieren, dass zwischen Behindertenhilfe und Straßenlampen der Gemeinderat durch diese Erläuterungen zum Jahresabschluss von der Offenlegung eines potentiell existenzvernichtenden Finanzgeschäftes ausgehen musste und diesem auch noch zugestimmt hat.
- Es ist auch konstruiert anzunehmen, dass die Mitglieder des Gemeinderates aufgrund des Zusammenbruches des Bankinstitutes Lehman Brothers im Herbst 2008 verpflichtet gewesen wären, nunmehr selbst die bestehenden Verträge der Stadt Linz zum Fremdfinanzierungsportfolio zu prüfen. Gerade weil es außerhalb jedes Vorstellungsvermögens der Mitglieder des Gemeinderates war, die Verwaltung der Stadt Linz könnte existenzbedrohende Währungswetten abgeschlossen haben, lag eine derartige Untersuchung nicht nahe.

1.6.6. Zum behaupteten Kontrollversagen des Finanzausschusses

- Sollte tatsächlich ein Kontrollversagen des Finanzausschusses vorgelegen haben, was nicht der Fall war, so ist es jedenfalls klar, dass ein Wissen von Mitgliedern des Finanzausschusses dem Gemeinderat niemals als Genehmigungshandlung zurechenbar ist.
- Zur fehlenden Erkennbarkeit der hinter der Zinsformel stehenden exotischen Währungswette durch die Mitglieder des Gemeinderates wurde bereits ausführlich Stellung genommen (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.10.2, Seite 83ff). Aufgrund der Berichte des Mag. Werner Penn konnten die Mitglieder des Finanzausschusses das große Risiko nicht erkennen; das bestätigt auch der im Strafverfahren beigezogene Sachverständige (ebenda).
- Bemerkenswert ist die Aussage (VBSS BAWAG, Seite 35), dass die „[...] Mitglieder des Finanzausschusses naturgemäß! zumindest über denselben Wissenstand wie der Gemeinderat als Ganzes (verfügt haben).“ Nachdem der Gemeinderat das Geschäft nicht kannte, haben also auch die Mitglieder des

Finanzausschusses – nach der Logik der beklagten Partei – keine Kenntnis davon gehabt.

- Was die Frage der Bewertung von Derivatgeschäften in der ILG angeht, so ist die beklagte Partei auf das von ihr selbst vorgelegte Schreiben des damaligen Abschlussprüfers, der Grünberger-Katzmayr-Zwettler Wirtschaftstreuhandgesellschaft m.b.H. vom 11. September 2009 (Beilage /127) hinzuweisen, in dem es zur wirtschaftlichen Bedeutung der Bewertung solcher Geschäfte wörtlich heißt: *„Nachdem diese Abwertung zu keinem Geldabfluss führt, hat sie lediglich Informationscharakter und ist tatsächlich kein realer Verlust“* (Hervorhebung durch die Stadt Linz). Mag. Werner Penn war der Meinung, dass die beklagte Partei die Produkte aus Eigeninteresse überbewertet hatte, weil sie diese in ihrem eigenen Portfolio hielt. Tatsächlich hatte dieser Streit auch keine wirtschaftliche Bedeutung: Es ging um knapp EUR 1 Mio. bei einer Bilanzsumme von mehr als EUR 700 Mio. Der Hinweis des Abschlussprüfers, dass mit der Bewertung der Derivate in der Bilanz kein realer Verlust verbunden ist, konnte also Mag. Werner Penn nur beruhigen.

1.6.7. Zum behaupteten Kontrollversagen von Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr

- Auch hier gilt einleitend, dass das Wissen anderer um das Swap-Geschäft 4175, also konkret ein mögliches Wissen von Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr, der Stadt Linz nicht zuzurechnen ist; noch viel weniger gilt eine solche Zurechnung für die nachträgliche Genehmigung des unwirksamen Swap-Geschäftes 4175.
- Für das Verständnis des Finanzstadtrates Dr. Johann Mayr über Struktur und Mechanik des Swap-Geschäftes 4175 gilt, was auch die beklagte Partei sagt: Er wusste, was auch die übrigen Mitglieder des Finanzausschusses gewusst haben. Das war, dass es Finanzgeschäfte aufgrund des Beschlusses des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 durch die Finanz- und Vermögensverwaltung gegeben hat; die Finanz- und Vermögensverwaltung war ja in Umsetzung des Gemeinderatsbeschlusses zu seinem Vollzug bestimmt worden. Dass hinter der Zinsformel mehr, nämlich eine hoch exponentielle Währungswette mit einem Volumen von mehr als EUR 1 Mrd. stand, erkannten die Mitglieder des Gemeinderates – auch aufgrund der Berichte des Mag. Werner Penn – nicht.
- Zur Diskussion um die Bewertung von Finanzprodukten in der ILG wird auf die Ausführungen unter der vorangehenden Ziffer 1.5.6 verwiesen.
- Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr kann man zwar persönlich vorwerfen, dass er dem in Durchschrift an ihn ergangene Schreiben der beklagten Partei vom 11. November 2008 nicht jene Aufmerksamkeit geschenkt hat, die man diesem Schreiben hätte schenken müssen und dass er sich mit der Erklärung seines Finanzdirektors zufrieden gegeben hat. Das stellt aber keine Genehmigung des Swap-Geschäftes durch den Gemeinderat dar. Außerdem muss sich die beklagte Partei vorwerfen lassen, dass sie selbst angesichts der für sie erkennbaren dramatischen Situation nicht ernsthaft den Kontakt mit den Organen der Stadt Linz gesucht hat. Von ihr wäre ein aktives Vorgehen zu erwarten gewesen, nachdem sie erkannt hat, dass Mag. Werner Penn aus ihrer sachverständigen Sicht nicht angemessen reagiert.

1.6.8. Zum behaupteten Kontrollversagen von Bürgermeister Dobusch

- Auch hier gilt der Grundsatz, dass ein allfälliges Wissen anderer Organe der Stadt Linz dem Gemeinderat nicht zuzurechnen ist, noch viel mehr gilt dieser Grundsatz für eine nachträgliche Genehmigung des unwirksamen Swap-Geschäftes 4175.
- Dass aus Sicht der beklagten Partei – wie sie formuliert – „[...] *kein Zweifel daran* (besteht), *dass er* (Bürgermeister Dobusch) *über den SWAP II von Beginn an bestens informiert war*“, ist dem ungewöhnlichen Umgang der beklagten Partei mit Beweismitteln geschuldet, nicht aber den Tatsachen. Es fehlt im Gegenteil jeder Hinweis darauf, dass Bürgermeister Dobusch die Swap-Geschäfte des Mag. Werner Penn tatsächlich gekannt hat. Das einzige, was er wirklich wusste, war, dass Mag. Werner Penn den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 im Herbst 2006 umzusetzen begann.
- Es gibt – entgegen der beklagten Partei – auch keine Hinweise, dass Bürgermeister Dobusch vor dem Gemeinderatsbeschluss 2004 „*Gespräche mit Bankenvertretern*“ (Anmerkung: Mehrzahl) geführt hat. Lediglich ein Schreiben des Generaldirektors der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft vom 6. April 2004 (Beilage ./181) liegt vor, in dem es heißt: „[...]Bei meinem letzten Besuch haben wir uns über die Entwicklung der Devisenkurse in der Schweiz unterhalten.“ Darauf stützt die beklagte Partei ihre Geschichte, Bürgermeister Dobusch sei gleichsam der „*Mastermind*“ für Währungsspekulationen der Stadt Linz in großem Umfang gewesen.
- Beilage ./99 gibt eine persönliche Meinung des Mag. Werner Penn wieder, aus der keine Schlüsse auf eine aktuelle Diskussion gezogen werden können; möglicherweise ist diese Aussage eine Reminiszenz an die Diskussion im Gemeinderat vom Juni 2004. Sie berechtigt aber nicht zur Annahme, Bürgermeister Dobusch habe damit seine besondere Vorliebe für Währungswetten zum Ausdruck gebracht.
- Mag. Werner Penn berichtete Bürgermeister Dobusch am 13. September 2006 (Beilage ./70) über zwei bereits abgeschlossene Geschäfte und die Absicht, ein weiteres Geschäft mit der beklagten Partei abzuschließen. Die genaue Struktur des beabsichtigten Geschäftes mit der beklagten Partei ist dem Schreiben nicht zu entnehmen. Danach war der Bürgermeister der Stadt Linz mangels Zuständigkeit nicht mehr involviert: „*Es gab keine Kommunikationslinie zwischen mir und dem Bürgermeister. Das erste Gespräch diesbezüglich fand am 14.6.2010 statt.*“ (Beschuldigtenvernehmung Mag. Werner Penn, ON 172 des Strafaktes, Seite 7).
- Beim Rahmenvertrag handelt es sich nicht um ein Finanzgeschäft, sondern um die Festlegung allgemeiner Geschäftsbedingungen. Der Inhalt künftiger Finanzgeschäfte, für welche diese Bedingungen letztlich subsidiär gelten sollten, war daher nicht bestimmt. Der von der beklagten Partei sogenannte „*etablierte Informationsweg*“ geht – wie bekannt – nicht an den Bürgermeister, sondern an Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr oder an den Magistratsdirektor. Der Hinweis auf den Finanzausschuss, gleichsam als „*argumentum ab adsurdum*“ ist schon deshalb fehl am Platz, weil Bürgermeister Dobusch, was natürlich auch die beklagte Partei weiß, gar nicht Mitglied des Finanzausschusses ist.

- Natürlich hat Bürgermeister Dobusch mit der Unterfertigung des Rahmenvertrages keine Erklärung zur Professionalität der Stadt Linz abgegeben. Ziffer 7 dieses Rahmenvertrages enthält eine reine Wissenserklärung, die mit Rücksicht auf das konkrete Geschäft bedeutungslos ist. Das hat zuletzt auch der Oberste Gerichtshof im Urteil vom 24. Oktober 2011, 8 Ob 11/11t bestätigt, dem ein identer Rahmenvertrag zugrunde lag.
- Die Unhaltbarkeit der These der beklagten Partei, wonach die Aufnahme von Anleihen in CHF gleichsam die „Einstiegsdroge“ für wilde Währungsspekulationen ist, wurde bereits an mehreren Stellen betont (etwa VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 4.1.5, Seite 54ff).

2. Zur Rechtsqualität des Gemeinderatsbeschlusses (Punkt III.)

2.1. Inhalt und Aufbau

2.1.1. Die beklagte Partei geht in Punkt III. ihres vorbereitenden Schriftsatzes (Seiten 44 bis 62) ebenfalls von der Prämisse aus, dass der Abschluss von Finanzgeschäften wie dem verfahrensgegenständlichen Swap 4175 nach § 46 Abs 1 StL 1992 in den Zuständigkeitsbereich des Gemeinderates fällt. Daran anschließend widmet sie sich der Frage nach der Rechtsqualität des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004, in dem die Finanz- und Vermögensverwaltung ermächtigt wird, *„das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren“*. Dabei gelangt sie (insoweit als Neuerung gegenüber ihren bisherigen Ausführungen) zum Ergebnis, dass es sich bei diesem Beschluss um einen **zivilrechtlichen Akt** handelt, mit dem eine *„zivilrechtliche Beauftragung und Ermächtigung“* des Mag. Werner Penn erfolgt ist bzw. dass ihm eine *„entsprechende (außenwirksame) Vollmacht durch den Gemeinderat selbst“* oder wenigstens *„mit Abschluss des (darauf aufbauenden) Rahmenvertrages“* durch den Bürgermeister erteilt wurde. Subsidiär widmet sich die beklagte Partei aber auch der Frage, wie seitens des erkennenden Gerichtes mit einer abweichenden, **öffentlich-rechtlichen Deutung** des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 umzugehen wäre. Angeboten werden dem Gericht dabei zum einen die Deutung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 als **Weisung**, mit der Mag. Werner Penn die *„Approbationsbefugnis“* erteilt wurde. Zum anderen finden sich auch Ausführungen zu den Konsequenzen einer Qualifikation des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 als **Delegationsverordnung**.

2.1.2. Da sich aus den kommunalen Organisationsvorschriften Schranken ergeben, die auch für die zivilrechtliche Deutung maßgeblich sind, soll im Folgenden – nach einer kurzen Replik auf die von Grunde auf völlig verfehlten Aussagen zum Thema „Delegationsverordnung“ (Ziffer 2.2) – zunächst auf die öffentlich-rechtliche Deutung des Gemeinderatsbeschlusses Bezug genommen werden (Ziffer 2.3). Die Auseinandersetzung mit der **zivilrechtlichen** Einstufung erfolgt unter Ziffer 2.4.

2.2. Der Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 als Delegationsverordnung

2.2.1. Wie die beklagte Partei selbst feststellt (VBSS BAWAG, Punkt III. Z 3, Seite 61f), kommt die – von ihr als *„öffentlich-rechtliche Alternative 2“* titulierte – Deutung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 als **Delegation** der Zuständigkeit zur internen Willensbildung des Swap 4175 vom Gemeinderat an die Finanz- und

Vermögensverwaltung **von vornherein nicht in Betracht**. Dennoch geht die beklagte Partei auf Seite 61f ihrer Ausführungen auf die **Konsequenzen** einer solchen (unzulässigen) Deutung ein. Wenn die beklagte Partei dabei zum Ergebnis gelangt, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 bei entsprechender Deutung „*im Abschlusszeitpunkt voll wirksam gewesen (wäre)*“ und eine nachträglich erfolgte Aufhebung „*nur ex nunc wirken (kann)*“, verkennt sie damit jedoch grundlegend mehrere verfassungsrechtliche Systemprinzipien.

- 2.2.2. Außer Streit steht zunächst, dass eine Delegation der in Rede stehenden Art in Form einer **Rechtsverordnung** zu ergehen hätte, daher iS des Legalitätsprinzips einer **gesetzlichen Grundlage** bedürfte. Eine solche ist allerdings weder im Statut der Landeshauptstadt Linz, noch sonst wo zu finden. Sieht man den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 als Delegationsakt an, so würde es sich bei diesem folglich um eine rechtsgrundlose und aus diesem Grund **gesetzwidrige Rechtsverordnung** handeln.
- 2.2.3. Gesetzwidrige Rechtsverordnungen unterliegen – wie sich aus Art 139 B-VG ergibt – grundsätzlich einem verfassungsrechtlichen Fehlerkalkül, sind also trotz ihrer Rechtswidrigkeit (zumindest vorderhand) gültig und wirksam. Erst mit ihrer expliziten (außenwirksamen) **Aufhebung** scheiden sie wieder aus dem Rechtsbestand aus. Nun mag es zwar argumentierbar sein, dass die verordnungserlassende Behörde selbst ihren Fehler ohne ausdrückliche Rückwirkungsanordnung im Gesetz lediglich ex nunc zu revidieren vermag. Hat ein **Gericht** in einem bei ihm anhängigen Verfahren eine solche Verordnung anzuwenden, ist es jedoch gemäß Art 89 Abs 2 B-VG verpflichtet, den **Verfassungsgerichtshof** anzurufen und bei ihm die **Aufhebung** der Verordnung (bzw. ihrer präjudiziellen Teile) zu beantragen. Gibt der Gerichtshof diesem Antrag statt, wirkt die von ihm verfügte Aufhebung zwar an sich ebenfalls nur für die Zukunft. Im sog „*Anlassfall*“ ist die Verordnung jedoch gemäß der ausdrücklichen Anordnung des Art 139 Abs 6 B-VG **rückwirkend nicht mehr anzuwenden**. Das erkennende Gericht, das den Antrag auf Normenkontrolle gestellt hat, ist im fortgesetzten Verfahren also verpflichtet, seine Entscheidung so zu treffen, als ob es die besagte Verordnung **nie gegeben hätte**. Damit fehlte es an einer Ermächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung zum Abschluss des Swap-Geschäftes 4175.
- 2.2.4. Eine Befassung des Verfassungsgerichtshofes mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 wäre freilich – trotz dessen prinzipieller Relevanz für das anhängige Verfahren vor dem Handelsgericht Wien – schon deshalb **weder zulässig noch geboten**, weil der Gemeinderatsbeschluss den gesetzlichen Anforderungen an eine **ordnungsgemäße Kundmachung** nicht entspricht. § 65 Abs 1 StL 1992 schreibt in dieser Hinsicht vor, dass Verordnungen der Organe der Stadt Linz grundsätzlich **im Amtsblatt der Landeshauptstadt Linz** kundzumachen sind (sofern nicht von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird, von Fall zu Fall zu beschließen, dass die Kundmachung durch zweiwöchigen Anschlag an den Amtstafeln der Stadt zu erfolgen hat). Eine solche Kundmachung hat in Bezug auf den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 **niemals stattgefunden**. Wenn die beklagte Partei in diesem Zusammenhang (VBSS BAWAG, Seite 61) auf die „*tatsächlich erfolgte Publikation im (Anhang zum) Amtsblatt*“ verweist und damit glauben machen will, dass den gesetzlichen Kundmachungserfordernissen entsprochen wurde, verschweigt sie, dass an besagter Stelle **lediglich das Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 3. Juni 2004** wiedergegeben wurde, in welcher der Gemeinderatsbeschluss seinerzeit gefasst wurde. Wie der Verfassungsgerichtshof

schon in seinem Erkenntnis Slg 3094/1956 zu einer völlig übereinstimmenden Fallkonstellation – im Amtsblatt der Stadt Wien als dem gesetzlich gebotenen Kundmachungsmedium fand sich lediglich eine Niederschrift über die einschlägige Sitzung des Stadtsenates, in deren Rahmen auch der Beschluss über die damals strittige Verordnungserlassung angeführt war – ausgesprochen hat, ist Kundmachung aber „etwas anderes“, nämlich „**die formelle Bekanntgabe eines Beschlusses**“. „Eine solche Kundmachung kann durch die Wiedergabe eines Sitzungsprotokolles nicht ersetzt werden.“ Erfolgt die Wiedergabe – wie im Falle des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 – nicht einmal im Amtsblatt selbst, das eine eigene Rubrik „Kundmachungen“ enthält, sondern lediglich in einer Beilage dazu, muss dieser Befund umso mehr gelten.

- 2.2.5. Selbst wenn man – wie implizit auch der Verfassungsgerichtshof im angeführten Erkenntnis – von der (nicht unbestreitbaren) Prämisse ausgeht, dass der Abdruck eines Sitzungsprotokolls einem darin enthaltenen Beschluss über die Erlassung einer Rechtsverordnung jenes Mindestmaß an Publizität verleiht, das nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung erforderlich ist, um eine Norm zu einem Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung zu machen (und absolute Nichtigkeit zu vermeiden), leidet der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 bei Deutung als Delegationsverordnung somit jedenfalls an einem **Kundmachungsmangel**. Für nicht ordnungsgemäß kundgemachte Verordnungen (und andere generelle Rechtsnormen) enthält das B-VG jedoch eine besondere Fehlerfolge: Wie sich aus der Anordnung des Art 89 Abs 1 B-VG, dem zufolge den Gerichten die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Verordnungen (und anderer generelle Rechtsnormen) nicht zusteht (sondern diese gemäß Abs 2 der genannten Bestimmung gegebenenfalls den Verfassungsgerichtshof anzurufen haben), ableiten lässt, sind **Gerichte** – im Gegensatz zu Verwaltungsbehörden – **an mit einem Kundmachungsfehler belastete Verordnungen** (und andere generelle Rechtsnormen) **von vornherein nicht gebunden**. Sie haben ihre Entscheidung vielmehr – in eigener Verantwortung und ohne auf einen vorherigen Spruch des Verfassungsgerichtshofes angewiesen zu sein – **unter Außerachtlassung der diesbezüglichen Vorschriften** zu treffen. Damit erfüllen solche Rechtsnormen aber auch nicht das Kriterium der Präjudizialität, das nach Art 89 Abs 2 iVm Art 139 Abs 1 B-VG die zentrale Voraussetzung für die Anrufung des Verfassungsgerichtshofes durch ordentliche Gerichte bildet. Ein dennoch eingebrachter Antrag wäre vom Gerichtshof als unzulässig **zurückzuweisen**.
- 2.2.6. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 aufgrund der zwingenden Vorgaben der Bundesverfassung im Falle seiner Deutung als Delegationsverordnung vom Handelsgericht Wien so behandelt werden müsste, als wäre die darin angeordnete Zuständigkeitsverschiebung **niemals eingetreten** und die Zuständigkeit zur internen Willensbildung über Finanzgeschäfte wie den Swap 4175 immer **ausschließlich beim Gemeinderat** verblieben.
- 2.3. Zur Annahme einer öffentlich-rechtlichen „Approbationsbefugnis“ von Mag. Werner Penn**
- 2.3.1. Unter dem Schlagwort „öffentlich-rechtliche Alternative I“ deutet die beklagte Partei den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 als Erteilung einer – von ihr so genannten – „öffentlich-rechtlichen Approbationsbefugnis“ an Mag. Werner Penn. Dazu führt sie aus: „Da der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 lediglich eine Ermächtigung und Beauftragung im Innenverhältnis ausspricht, wäre er als

organisationsrechtliche Regelung in Form einer generellen Weisung (Art 20 B-VG) des Gemeinderates ohne unmittelbare Außenwirkung anzusehen. [...] Die Vertretung durch ihn wäre somit eine organschaftliche Vertretung der Stadt Linz aufgrund öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschrift gewesen.“

- 2.3.2. Abgesehen davon, dass der Begriff „*Approbationsbefugnis*“ im allgemeinen juristischen Sprachgebrauch herkömmlicherweise (nur) zur Bezeichnung von internen Ermächtigungen zur **Bescheiderlassung** verwendet wird, im gegebenen **privatrechtlichen** Zusammenhang dagegen eher ungebräuchlich wirkt, befindet sich die beklagte Partei mit ihren Überlegungen zunächst insoweit im Recht, als der **Gemeinderat als oberstes Organ der Gemeinde** tatsächlich schon ex constitutione über ein **Weisungsrecht** verfügt, mit dessen Hilfe er das Verhalten aller anderen Gemeindeorgane im eigenen Wirkungsbereich (der gemäß Art 116 Abs 2 iVm Art 118 Abs 2 B-VG sämtliche Agenden der Privatwirtschaftsverwaltung umfasst) zu steuern vermag.
- 2.3.3. **Die Erteilung von Weisungen setzt freilich voraus**, dass die Angewiesenen **über entsprechende Befugnisse** verfügen, d.h. zur Vornahme der ihnen befohlenen Handlungen von Rechts wegen auch wirklich berechtigt sind. Bei der Finanz- und Vermögensverwaltung handelt es sich um eine Dienststelle des Magistrats der Stadt Linz, also um einen administrativen Hilfsapparat ohne eigene Rechtspersönlichkeit. So wie bei der Abgrenzung von einschlägigen Organkompetenzen darf bei der Analyse jener Befugnisse, die dem administrativen Hilfsapparat und seinen Angehörigen zustehen, nicht außer Acht gelassen werden, dass der Abschluss eines Rechtsgeschäftes – wie auch die Setzung eines Hoheitsaktes – immer **zwei Komponenten** umfasst: Die **interne Willensbildung**, d.h. die Entscheidung darüber, ob das betreffende Geschäft mit den jeweiligen Konditionen abgeschlossen wird, und die **Außenvertretung**, also die Abgabe (und Empfangnahme) verbindlicher Willenserklärungen im Namen der Gebietskörperschaft gegenüber Dritten. Nur wenn das Kompetenzportfolio des Angewiesenen schon im Zeitpunkt der Anweisung **beide Komponenten** umfasst, darf mittels Weisung ein Auftrag zur selbständigen Erledigung des **gesamten** Geschäftsfalles erteilt werden. Wenn nicht, muss die Weisung auf die jeweils vorhandene Teilbefugnis beschränkt bleiben; die Weisung kann also keine Kompetenz begründen.
- 2.3.4. Soweit die beklagte Partei im gegebenen Zusammenhang – unter Berufung auf *Binder, Der Staat als Träger von Privatrechten (1980) 214f bzw. 218* – von einer „*allgemeinen gesetzlichen Ermächtigung zur Erteilung von Approbationsbefugnissen aufgrund der Verfassung*“ spricht, die sich „*nicht zuletzt schon aus der in Art 117 Abs 7 B-VG geregelten Grundstruktur der Gemeindeverwaltung (ergibt), die dem GR als ‚Verwaltungsorgan‘ den Magistrat als ‚Verwaltungshilfsorgan‘ zur Seite stellt*“, will sie damit offenbar zum Ausdruck bringen, dass die Finanz- und Vermögensverwaltung und ihre Leitung in Bezug auf Finanzgeschäfte wie den Swap 4175 über entsprechend umfassende Handlungsbefugnisse verfügen, die vom Gemeinderat mittels Weisung aktiviert werden können. **Damit übersieht sie allerdings**, dass für die Landeshauptstadt Linz der Themenkreis „*Vertretung von städtischen Organen durch Bedienstete der Stadt*“ **eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren hat**. § 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992, der allgemeinen Ableitungen der geschilderten Art als *lex specialis* vorgeht, ordnet in dieser Beziehung ausdrücklich an, dass in der Geschäftsordnung des Magistrates, die nach Satz 1 dieser Bestimmung zur näheren Konkretisierung der Geschäftsgebarung, des Geschäftsgangs und des Schriftverkehrs des Magistrates dient, „*insbesondere auch*

zu regeln (ist), inwieweit sich der (die) Bürgermeister (Bürgermeisterin) und die übrigen Mitglieder des Stadtsenates – unbeschadet ihrer Verantwortlichkeit – **bei den zu treffenden Entscheidungen oder Verfügungen oder sonstigen Amtshandlungen im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit durch den (die) Magistratsdirektor (Magistratsdirektorin), die Dienststellenleiter (Dienststellenleiterinnen) oder durch sonstige Bedienstete vertreten lassen können**“. Dabei ist unter dem Begriff der „Vertretung von städtischen Organen“ unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten nicht nur die Außenvertretung, sondern auch die Befugnis zur internen Willensbildung gemeint.

- 2.3.5. Danach legt schon der Gesetzeswortlaut nahe, dass sich nur monokratische Organe und keinesfalls Kollegialorgane durch Bedienstete vertreten lassen dürfen; damit ist – wie schon gesagt – nicht nur die Außenvertretung, sondern vor allem die interne Willensbildung gemeint. Der oberösterreichische Landesgesetzgeber hat sich bei der Erlassung der soeben zitierten Vorschrift am Vorbild des § 3 Abs 3 BVGÄmterLReg (BVG BGBl 1925/289 betreffend Grundsätze für die Einrichtung und Geschäftsführung der Ämter der Landesregierungen außer Wien) orientiert (vgl den AB 229/1965 BlgoöLT 19. GP 8 zu damals noch in § 34 Abs 3 des Statuts enthaltenen Stammfassung der gegenständlichen Bestimmung). Die hierzu vertretenen Auslegungen verdienen daher grundsätzlich auch im Zusammenhang mit § 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992 entsprechende Beachtung (dazu im Folgenden).
- 2.3.6. Dies ist zunächst insoweit von Interesse, als die Entstehungsgeschichte besagter Verfassungsbestimmung iVm den einschlägigen Gesetzesmaterialien unwiderleglich zu erkennen gibt, dass die Zuweisung bestimmter Angelegenheiten an Angehörige des administrativen Hilfsapparates in dessen Geschäftsordnung nach dem Willen der parlamentarischen Zweidrittelmehrheit **allein noch keine eigenständigen Handlungsbefugnisse und schon gar nicht die Befugnis zu außenwirksamem Handeln** begründen sollte. Die noch in der RV 324 BlgNR 2. GP enthaltene, eine diesbezügliche Automatik indizierende Wendung „inwieweit [...] zu vertreten berufen sind“ wurde vom Verfassungsausschuss des Nationalrates nämlich mit der expliziten Begründung, dass – „um jedes Missverständnis auszuschalten“ – eine Fassung gewählt wurde, „bei der zweifellos zum Ausdruck gelangt, dass es sich hierbei nur um eine Befugnis [...] handelt, sich bei verschiedenen Amtshandlungen durch bestimmte Funktionäre des Amtes der Landesregierung vertreten zu lassen“ (vgl den AB 419 BlgNR 2. GP), **durch die bis heute geltende, auf die Notwendigkeit eines entsprechenden Ermächtigungsaktes hinweisende Formulierung („inwieweit [...] vertreten lassen können“) ersetzt.**
- 2.3.7. Wie der Wortlaut des § 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992 klar zu erkennen gibt, ist in der Geschäftsordnung des Magistrates lediglich die Frage zu regeln, inwieweit sich **der Bürgermeister und die übrigen Mitglieder des Stadtsenates** bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben durch Angehörige des Magistrates vertreten lassen können. Erwähnung finden also ausschließlich die **monokratisch** organisierten Organe der Stadt; die **Kollegialorgane** Stadtsenat und Gemeinderat kommen darin **nicht** vor. Hinter dieser Differenzierung steht keineswegs die Überlegung, dass die beiden Kollegien berechtigt sein sollen, sich beliebig vertreten zu lassen, sondern sie verhindert eine Willensbildungskompetenz von Bediensteten in all jenen Fällen, in denen genuin Kollektivorgane zur Entscheidung berufen sind.
- 2.3.8. Dies zeigt schon die Entstehungsgeschichte des § 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992: Im Zuge der Einführung monokratischer Entscheidungsbefugnisse einzelner

Stadtsenatsmitglieder durch die 3. Novelle zum Statut für die Landeshauptstadt Linz, LGBl 1979/49, wurde es für erforderlich erachtet, diese – damals noch in § 34 Abs 3 des Statuts enthaltene – Bestimmung, in der ursprünglich überhaupt nur von der Vertretung des Bürgermeisters die Rede war, auf die neu hinzukommenden Entscheidungsträger zu erweitern. Ein Gegenschluss legt daher nahe, dass diese legislative Anordnung vom Gesetzgeber als *conditio sine qua non* für die Möglichkeit der Vertretung durch Angehörige des Magistrates begriffen wurde. Gleiches muss dann aber auch für die Frage gelten, ob sich der Stadtsenat und der Gemeinderat im Rahmen der von ihnen kollektiv zu besorgenden Aufgaben vertreten lassen kann. Eine derartige Vertretungsbefugnis ist – im Gegensatz zu monokratischen Organen – bei kollektiven Organen nicht vorgesehen.

- 2.3.9. Teleologische Erwägungen unterstreichen dieses Ergebnis. Fragt man, warum seitens des Landesgesetzgebers bestimmte Angelegenheiten der Behandlung in einem städtischen Kollegialorgan vorbehalten werden, so kann es in Wahrheit nur eine Antwort geben: **Weil sie von so großer Bedeutung für das städtische Gemeinwesen sind, dass sie von einem einzelnen Funktionär allein nicht entschieden werden sollen.** Das Erfordernis der Befassung eines Kollegiums, das entsprechend den Mehrheiten bei der letzten Gemeinderatswahl zusammengesetzt ist, garantiert eine breitere Erörterung aller Für und Wider des anstehenden Beschlusses, die Notwendigkeit, eine Mehrheit von der Sinnhaftigkeit des Vorhabens zu überzeugen und hierfür eine (regelmäßig parteiübergreifende) Einigung herbeizuführen, sowie eine größere demokratische Legitimation der letztlich getroffenen Entscheidung. **Sinn und Zweck dieser gesetzgeberischen Anordnung wären konterkariert**, wenn es das Kollegium in der Hand hätte, die konkrete Willensbildung auf Einzelpersonen (noch dazu auf Beamtenebene) auszulagern und sich lediglich die Ausübung des Weisungsrechts vorzubehalten. Dieses Weisungsrecht steht dem Gemeinderat ohnehin – wie zuvor ausgeführt – von Verfassungs wegen ohnehin in allen Belangen des eigenen Wirkungsbereiches von vornherein zusteht.
- 2.3.10. Dies räumt auch *Binder* ein, auf dessen Ausführung sich die beklagte Partei bei ihren Überlegungen zur Rechtsgrundlage einer „*Approbationsbefugnis*“ von Mag. Werner Penn – wie zuvor – ausdrücklich beruft. Auf Seite 219 seiner Habilitationsschrift, also gerade einmal eine Seite nach den im vorbereitenden Schriftsatz der beklagten Partei zitierten Passagen über die Ableitbarkeit entsprechender Vertretungsrechte aus Art 117 Abs 7 B-VG, führt er nämlich wörtlich wie folgt aus:

„Eine weitere Einschränkung der Möglichkeit des zuständigen Verwaltungsorgans, im Rahmen einer zugeordneten bürokratischen Einheit durch die Erteilung von Approbationsbefugnissen Verwaltungsaufgaben zu übertragen, muß in Rechtsvorschriften gesehen werden, die Kollegialorgane mit der Entscheidung von Verwaltungsaufgaben betrauen (Hervorhebung durch die Stadt Linz). Der Einrichtung eines Kollegialorgans durch den Staatsorganisationsgesetzgeber in Abweichung vom sonst monokratischen Verwaltungsaufbau ist zu entnehmen, daß es der Gesetzgebung in diesen Fällen gerade auf die Pluralität der Meinungen und Auffassungen – man denke etwa an die politische „Proporzverwaltung“ – bei der Sachentscheidung ankommt, die durch die Erteilung der Approbationsbefugnis verloren ginge. Kollegiale Verwaltungsorgane sind damit zwar nicht gänzlich von der Ermächtigung, Approbationsbefugnisse zu erteilen, ausgeschlossen, doch darf sie nur soweit gehen, als wenigstens die Entscheidung der konkreten Sachfrage dem

Kollegialorgan vorbehalten bleibt (Hervorhebung durch die Stadt Linz). *Die Landesregierung kann beispielsweise einem Beamten des Amtes der Landesregierung durchaus für die Führung von Verwaltungsverfahren eine Approbationsbefugnis erteilen, die Entscheidung der Verwaltungsrechtssache selbst, also die konkrete Beschlußfassung über den zu erlassenden Bescheid, muß dem Kollegialorgan verbleiben. [...] Im vollen Umfang können von Approbationsermächtigungen also nur monokratische Verwaltungsorgane Gebrauch machen.“*

- 2.3.11. Die Ausführungen der beklagten Partei auf Seite 60 ihres vorbereitenden Schriftsatzes, wonach „[d]ie Zuordnung des Magistrats als bürokratische Organisationseinheit (gemäß Art 117 Abs 7 B-VG bzw StL 1992) [...] selbstverständlich auch die (verfassungs-) gesetzliche Befugnis des GR als oberstes Gemeindeorgan (beinhaltet), mittels Gemeinderatsbeschluss Mitarbeitern des Magistrats Aufgaben im Wege der Erteilung von Approbationsbefugnissen zuzuweisen (in diesem Sinn ausführlich und zutreffend Binder, *Der Staat als Träger von Privatrechten* [1980] 214f bzw 218)“ ist daher in Wahrheit von der Rechtsmeinung des zitierten Autors nicht gedeckt.
- 2.3.12. Auch die im vorbereitenden Schriftsatz der beklagten Partei einen Absatz davor aufgestellte Behauptung, dass die Erteilung von Approbationsbefugnis an unterstellte Bedienstete durch Kollegialorgane „*ein seit vielen Jahren bestehendes Phänomen der Verwaltungspraxis (ist), dessen Zulässigkeit von der Judikatur bestätigt wird*“, vermag an diesem Befund bei näherem Hinsehen nichts zu ändern. Der zum Beleg zitierte Aufsatz von Pichler, *Die Approbationsbefugnis als Problem der Verwaltungsreform*, ZfV 1978, 11, enthält auf Seite 14 zwar tatsächlich die – auch von Binder, *Staat*, 219 (zitatlos) übernommene – Feststellung, dass selbiges (bei der Erlassung von Bescheiden) – wenn auch rechtswidrigerweise – „*von der Judikatur toleriert*“ wird. Die dort angeführten (und auch im VBSS BAWAG explizit genannten) Erkenntnisse der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts vermögen diese Aussage jedoch **nicht zu bestätigen**:
- So beschäftigen sich die Erkenntnisse VfSlg 4938/1965 und VfSlg 6486/1971 – wie sich vor allem aus der letzteren der beiden Entscheidungen, die auf erstere verweist, ergibt – **in Wahrheit nicht mit Fragen der Approbationsbefugnis, sondern mit dem Phänomen des Intimierungsbescheides**, wie es vor allem bei Rechtsakten des Bundespräsidenten Verwendung findet. Kennzeichnend für diese Form der Verwaltungsführung ist freilich **gerade nicht** die Ermächtigung anderer Personen mit der **Bildung des behördlichen Willens**, sondern lediglich die Auslagerung der **Ausfertigung** der – sehr wohl vom eigentlich zuständigen Organ getroffenen – Entscheidung. Mit dem von der beklagten Partei daraus abgeleiteten Ergebnis, dass Angehörige des Magistrates vom Gemeinderat ermächtigt werden dürften, über den Abschluss bestimmter Geschäfte und die darin enthaltenen Konditionen zu entscheiden, hat dies nicht einmal im Ansatz zu tun.
 - In den beiden anderen Erkenntnissen – VfSlg 7656/1975 und VwGH 28.6.1976, 264/76 (= VwSlg 9097 A/1976 [verstärkter Senat]) – ging es ebenfalls um ein völlig anderes Thema, nämlich um die Frage, ob die damals in Geltung stehende Geschäftsverteilung der Oö. Landesregierung iS der **Einführung des Ministerialsystems** mit echten monokratischen

Entscheidungsbefugnissen der einzelnen Mitglieder der Landesregierung zu deuten war oder diesen nur Geschäftsbereiche zugewiesen hat, ohne am – bundesverfassungsrechtlich subsidiär vorgegebenen – **Kollegialsystem** etwas zu ändern. Der **Verwaltungsgerichtshof** fand sich in der genannten Entscheidung bereit, von seiner ursprünglichen Auffassung abzugehen und sich der abweichenden Rechtsmeinung des Verfassungsgerichtshofes anzuschließen, der schon zuvor in mehreren Fällen vom Vorliegen eines echten Ministerialsystems ausgegangen war.

- Interessant ist im gegebenen Zusammenhang aber jene Passage im Wortlaut der Entscheidungsbegründung, in der der Verwaltungsgerichtshof den **Kern seiner bisherigen Rechtsprechung** umreißt. Hierzu heißt es im Erkenntnis VwSlg 9097 A/1976 [verstärkter Senat] auf Seite 292 wörtlich: *„Nach neuerlicher Überprüfung der Sach- und Rechtslage sieht sich der Verwaltungsgerichtshof veranlaßt, von seiner [...] Rechtsmeinung abzugehen – derzufolge der die angefochtenen Bescheide jeweils unterfertigende Beamte mangels kollegialer Beschlußfassung der Oö. Landesregierung zur Bescheiderlassung nicht ermächtigt gewesen ist – und sich der Rechtsmeinung des Verfassungsgerichtshofes anzuschließen [...]“* **D.h. mit anderen Worten:** Der Verwaltungsgerichtshof war bis zu diesem Erkenntnis der Ansicht, dass auf Ebene der Oö. Landesregierung das Kollegialsystem gilt und Beamte daher einen Bescheid **nicht ohne vorherige kollegiale Willensbildung** unterfertigen dürfen, ohne diesen mit Rechtswidrigkeit zu belasten. Mit Akzeptanz des Ministerialsystems erweist sich der vom Beamten (für das nunmehr als monokratisches Entscheidungsorgan akzeptierte Landesregierungsmitglied) unterfertigte Bescheid dagegen als rechtmäßig.

2.3.13. Wie oben gezeigt (Ziffer 2.3.3), setzt die Erteilung einer Weisung die a priori bestehende Befugnis des Angewiesenen zur Umsetzung dieser Weisung voraus. Akte der Privatwirtschaftsverwaltung, wie der Abschluss von Verträgen, beinhalten zwei Komponenten, nämlich die interne Willensbildung und die Außenvertretung. Diese Funktionen sind nach den Organisationsvorschriften der Stadt Linz bei wesentlichen Geschäften auf zwei verschiedene Organe verteilt: Die Willensbildung, ein bestimmtes Geschäft abzuschließen, erfolgt nach § 46 Abs 1 StL 1992 durch einen Beschluss des Gemeinderates als Kollegialorgan, die Abgabe der Willenserklärung und damit die Effektivierung des Willens des Gemeinderates nach außen erfolgt nach § 49 Abs 1 StL 1992 durch den Bürgermeister. Selbst wenn man im Abschluss des Rahmenvertrages und in der Unterfertigung des Unterschriftenverzeichnisses durch den Bürgermeister einen „*Teilschritt*“ zur Aktivierung der Kompetenz der Finanz- und Vermögensverwaltung sehen würde, was sie nicht ist, fehlte ihr nach wie vor die Willensbildungskompetenz.

2.3.14. Im Beschluss des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 ist demnach auch nicht die Erteilung einer „*Approbationsbefugnis*“ zu sehen, welche die Finanz- und Vermögensverwaltung ermächtigt hätte, das Swap-Geschäft 4175, so wie es ist, abzuschließen. **Auch die besprochenen Erkenntnisse bestätigen die in § 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992 ausdrücklich festgelegte Differenzierung zwischen monokratischen Organen**, die sich bei ihrer Willensbildung durch Angehörige des administrativen Hilfsapparates vertreten lassen dürfen, und Kollegialorganen, denen diese Möglichkeit verwehrt bleibt.

2.4. Zur Annahme einer zivilrechtlichen Beauftragung und Ermächtigung respektive Bevollmächtigung von Mag. Werner Penn

- 2.4.1. An den Ausführungen der beklagten Partei zur Deutung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 als rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung (VBSS BAWAG, Seite 44ff) trifft die Feststellung zu, dass die Landeshauptstadt Linz als juristische Person des öffentlichen Rechtes mit umfassender Rechtspersönlichkeit grundsätzlich – wie jeder andere Rechtsträger auch – in der Lage ist, Vollmachten und an andere natürliche und/oder juristische Personen zu erteilen.
- 2.4.2. Wenn die beklagte Partei (VBSS BAWAG, Seite 44f) eine solche privatrechtliche Vollmacht aber als (privatrechtliche Alternative zur Erteilung einer Approbationsbefugnis und einer verordnungsförmigen Kompetenzdelegation durch städtische Organe darstellt, verkennt sie den Unterschied zwischen diesen Rechtsformen. **Die Vollmacht bewirkt, dass andere Personen als die nach Organisationsrecht zuständigen Organe bzw. deren Organwalter den städtischen Willen bilden** und für die Stadt außenwirksam verbindlich handeln. Während es sich bei der Erteilung einer Approbationsbefugnis und einer verordnungsförmigen Kompetenzdelegation jedoch um Rechtsakte handelt, die das jeweilige städtische Organ in Ausübung seiner ihm gesetzlich eingeräumten Kompetenzen im eigenen Namen setzt, handelt es sich bei der privatrechtlichen Vollmacht dagegen immer um einen Rechtsakt der Stadt selbst. **In Ermangelung eigener Rechtspersönlichkeit können die städtischen Organe als solche nämlich gar keine Vollmacht erteilen;** sie bleiben dabei - im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenz – auf die Willensbildung oder auf die Außenvertretung der Stadt in Privatrechtssachen beschränkt. Als Organ der (selbst nicht handlungsfähigen) Kommune können sie nur auf das Zustandekommen einer dieser zurechenbaren Vollmacht hinwirken.
- 2.4.3. **Schon aus diesem einfachen Grund kann eine Bevollmächtigung** von Mag. Werner Penn – entgegen der Annahme der beklagten Partei (VBSS BAWAG, Seite 54) – **nicht aus dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 resultieren**, und zwar ungeachtet dessen (rudimentärer) Publizität durch Wiedergabe des einschlägigen Sitzungsprotokolles im Amtsblatt der Landeshauptstadt Linz. Geht man nämlich davon aus, dass die Erteilung privatrechtlicher Vollmachten in Ermangelung ausdrücklich darauf bezogener Regelungen im StL 1992 nach dem Annexprinzip in den Kompetenzbereich jenes Organs bzw. jener Organe fällt, das/die für das von der Vollmacht umfasste Rechtsgeschäft an sich zuständig wäre/n, bleibt der Gemeinderat in dieser Beziehung auf die **Befugnis zur internen Willensbildung beschränkt**. Damit diese interne Willensbildung gegenüber Dritten wirksam werden kann, bedürfen die diesbezüglichen Beschlüsse des Gemeinderates in jedem Fall noch der Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung durch das zur Außenvertretung berufene Organ. Dieses Organ ist aber ausschließlich der Bürgermeister der Stadt Linz (§ 49 Abs 1 StL 1992). Sollte also der Gemeinderat – entgegen den kommunalrechtlichen Organisationsvorschriften – die Absicht gehabt haben, tatsächlich in Form einer **Vollmacht der Finanz- und Vermögensverwaltung eine eigenständige Willensbildungskompetenz einzuräumen**, so hätte eine derartige Vollmacht erst mit deren Kundgabe durch den zur Außenvertretung befugten Bürgermeister wirksam werden können.

- 2.4.4. Die These der beklagten Partei, wonach der Gemeinderat der Stadt Linz mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 der Finanz- und Vermögensverwaltung eine Vollmacht habe einräumen wollen, beinhaltet damit gleichzeitig, dass der Gemeinderat – anstelle selbst über Abschluss und Inhalt derartiger Rechtsgeschäfte zu entscheiden – diese Kompetenz der Finanz- und Vermögensverwaltung eingeräumt hat (zur Frage, ob die Vollmacht überhaupt an einen Hilfsapparat erteilt werden kann, wird weiter unten Stellung genommen werden).
- 2.4.5. Damit unterstellt die beklagte Partei zwanglos, dass der Gemeinderat der Stadt Linz nach den kommunalrechtlichen Vorschriften berechtigt ist, in allen ihm zustehenden privatrechtlichen Angelegenheiten seine Kompetenzen mehr oder weniger nach freiem Ermessen durch Erteilung einer Vollmacht Dritten zu überlassen. Der Bevollmächtigte als aktiver Stellvertreter gibt zwar seine rechtsgeschäftliche Erklärung im Namen des Vertretenen ab, er bildet aber bei der Abgabe dieser Willenserklärung einen eigenständigen rechtsgeschäftlichen Willen; es erfolgt also eine eigenständige Willensbildung durch den Vertreter anstelle des Vertretenen [*Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1002 Rzn 26, 43 unter Hinweis auf 4 Ob 553/87]. Die Überlassung einer eigenständigen Willensbildung durch den Gemeinderat an einen Dritten, bei dem ihm vorbehaltenen Geschäften steht aber in einem **nicht zu lösenden Spannungsverhältnis** zum Bedeutungsgehalt jener organisationsrechtlichen Bestimmungen, die den Gemeinderat – wie die beklagte Partei zu Recht betont (VBSS BAWAG; Seite 44) nicht nur Genehmigungsrechte, sondern Eigenzuständigkeiten einräumen.
- 2.4.6. Wie bereits unter Ziffer 2.3 näher dargelegt wurde, steht hinter solchen Kollegialvorbehalten die gesetzgeberische Absicht, die städtische Willensbildung auf eine **breitere Basis** zu stellen, und zwar nicht nur zwecks Garantie einer umfassenden Aufarbeitung aller maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen, sondern vor allem auch zwecks Sicherstellung einer möglichst umfassenden demokratischen Legitimation von für das städtische Gemeinwesen mit besonderen Risiken behafteten Vorhaben. Ungeachtet der Möglichkeit, dem Bevollmächtigten Weisungen zu erteilen und eine einmal erteilte Vollmacht gegebenenfalls auch wieder zu entziehen, wird dieser Telos der einschlägigen organisationsrechtlichen Bestimmungen durch die (mehr oder weniger schrankenlose) Eröffnung der Vollmachtsoption **in inakzeptabler Weise unterlaufen**.
- 2.4.7. Den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 als (Grundlage einer) zivilrechtlichen Bevollmächtigung von Mag. Werner Penn zu deuten, scheidet also deshalb aus, weil ihn diese Qualifikation **rechtswidrig** macht; eine darauf beruhende Vollmacht wäre infolge dessen nichtig. **Dahinter steht neuerlich § 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992** und die in Ziffer 2.3 schon ausführlich behandelte Beschränkung städtischer Kollegialorgane, sich durch Bedienstete des Magistrates vertreten zu lassen. Diese Vertretungsbefugnis (nicht nur in Bezug auf die Außenvertretung, sondern natürlich auch bei der Willensbildung) ist auf monokratische Organe beschränkt und gilt – aus den erörterten demokratischen Grundprinzipien – nicht für Kollegialorgane.
- 2.4.8. Zwar bezieht sich diese Bestimmung auf den ersten Blick nur auf die von der beklagten Partei auch in zivilrechtlichen Zusammenhängen als „*Approbationsbefugnis*“ bezeichnete Möglichkeit der Inhaber von Organfunktionen, eigene Aufgaben unter Beachtung der Grenzen der Geschäftsordnung des Magistrates durch internen Akt (Weisung) an Angehörige des administrativen Hilfsapparates auszulagern und von diesen – allenfalls auch mit Wirkung nach außen

– besorgen zu lassen. § 38 StL 1992 ist aber nicht auf Akte der Hoheitsverwaltung beschränkt. Absatz 3 Satz 2 dieser Bestimmung enthält generell das Verbot, dass sich der Gemeinderat (gleichwie der Stadtsenat) in einer kollegial zu erledigenden Angelegenheit von Bediensteten des Magistrates kraft interner Anordnung vertreten lässt. **Dieses Verbot** kann nach allen Grundsätzen der Methodenlehre **nicht ohne Auswirkungen auf die Zulässigkeit entsprechender Vollmachtenkonstruktionen iS des ABGB** bleiben. Beide Instrumente (nämlich die Approbationsbefugnis und die Vollmacht) unterscheiden sich von ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen nicht substanziell. Stellt eine vom Gemeinderat beschlossene (und gegebenenfalls vom Bürgermeister nach außen erklärte) Bevollmächtigung von Magistratsbediensteten eine offenkundige **Umgehung des in § 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992 statuierten Verbotes** dar und ist sie daher ebenso mit Rechtswidrigkeit belastet wie eine korrespondierende interne Anordnung, so ist die dennoch erteilte Vollmacht **gemäß § 879 ABGB absolut nichtig**.

- 2.4.9. Dass die beklagte Partei diese Einschränkung der Befugnis zur Erteilung privatrechtlicher Vollmachten nicht Bedacht hat, liegt wohl primär daran, dass sie die Anordnung des § 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992 übersehen und literarische Stimmen, die Vergleichbares schon aufgrund der einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben postulieren, ignoriert hat. Dies hindert den Eintritt der aufgezeigten Rechtsfolge allerdings natürlich ebenso wenig wie der von der beklagten Partei unternommene Versuch, die Vollmachtenlösung als notwendiges Mittel zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Beschränkung der kommunalen Privatautonomie zu verkaufen (vgl. dazu etwa VBSS BAWAG Seiten 46/47).
- 2.4.10. Die Unzulässigkeit der Vollmachtserteilung an Bedienstete des Magistrates in Angelegenheiten, die in den Zuständigkeitsbereich städtischer Kollegialorgane fallen, verstößt auch nicht gegen das aus Art 116 Abs 2 B-VG abgeleitete Verbot von intentional gegen die Gemeindeautonomie gerichteten Eingriffen des Gesetzgebers. Das ergibt sich schon daraus, dass für Bund und Länder vergleichbare Beschränkungen anzunehmen sind und die genannte Schranke nur als Diskriminierungsverbot gegenüber anderen Gebietskörperschaften verstanden wird. Vor allem aber werden der Stadt Linz Finanzgeschäfte durch ein derartiges partielles Vollmachtenverbot in Wahrheit weder rechtlich noch faktisch unmöglich gemacht. **Wie schon im vorbereitenden Schriftsatz der Stadt Linz ausführlich dargestellt worden ist (VBSS Stadt Linz, Punkt II., Z 3, Seite 30ff), lässt der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 eine gänzlich andere Deutung zu als jene, die von der beklagten Partei zuletzt als theoretische Möglichkeiten ins Treffen geführt wurde:** Beim Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 handelt es sich um eine nach Abschluss der Willensbildung des Gemeinderates gefällte, wenn auch noch weiter konkretisierungsbedürftige Entscheidung zugunsten des Abschlusses ganz bestimmter Finanzgeschäfte. Diese Entscheidung war durch den Bürgermeister gemäß § 22 Abs 1 StL 1992 zu vollziehen. Nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung hatte er sich dabei des zuständigen Stadtsenatsmitgliedes zu bedienen. Das ist nach der Geschäftseinteilung für den Stadtsenat der Finanzreferent, dem als administrativer Hilfsapparat die Finanz- und Vermögensverwaltung zur Verfügung steht; den Rückgriff auf diese Dienststelle lag also im Rahmen der Vollziehung des Gemeinderatsbeschlusses auf der Hand.
- 2.4.11. Wenn § 46 Abs 1 StL 1992 den Gemeinderat zur Entscheidung über den Abschluss bestimmter Verträge beruft, behält ihm der Landesgesetzgeber damit zwar grundsätzlich nicht nur die Entscheidung über das Ob des Eingehens jeder

diesbezüglichen Verpflichtung, sondern auch die Disposition über die näheren Details betreffender Rechtsgeschäfte vor. Die Vollziehung des Gemeinderatsbeschlusses ist danach die exakte Umsetzung des gemeinderätlichen Willens, zu der die Verwaltung aufgrund ihrer detaillierten Kenntnisse der Willensbildung prädestiniert ist. Der Grad der Detaillierung dieses Willens des Gemeinderates in seinem Beschluss hängt von den abzuschließenden Rechtsgeschäften und ihrer genauen Determinierbarkeit im Vorhinein ab. Soweit die Art der Geschäfte eine bis ins letzte Detail gehende Befassung des allgemeinen Vertretungskörpers nicht gestattet, ist es daher zulässig, dass sich der Gemeinderat – um den Abschluss solcher Vereinbarungen nicht faktisch unmöglich zu machen – auf die Fassung von Beschlüssen beschränkt, in denen der Gegenstand abstrakt umschrieben wird (vgl. dazu etwa *Thunhart*, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht [2000] 122ff; *Wilhelm*, Die Vertretung der Gebietskörperschaften im Privatrecht [1981] 150). Die Konkretisierung obliegt in der Folge dem Bürgermeister, der gemäß § 22 Abs 1 StL 1992 – von den in Abs 2 leg cit angesprochenen Fällen der Rechtswidrigkeit und drohenden Schadenszufügung abgesehen – jeden gültigen Beschluss des Gemeinderates zu vollziehen und sich hierbei des nach seinem Geschäftsbereich sachlich in Betracht kommenden Mitglieds des Stadtsenates zu bedienen hat. Dabei stellt der Wille des Gemeinderates die Grenze für die Konkretisierung dar.

- 2.4.12. Das Verhalten der mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 befassten Organe der Landeshauptstadt Linz war von diesem Systemgedanken getragen. Das lässt sich schon allein daran erkennen, dass der Rahmenvertrag mit der beklagten Partei vom 26. September 2006 vom Bürgermeister (und nicht vom Finanzstadtrat oder von Mitarbeitern der Finanz- und Vermögensverwaltung) unterzeichnet wurde. Wäre der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 als stadtinterne Willensbildung zugunsten einer Vollmachtserteilung an Mag. Werner Penn und/oder andere Angehörige seiner Abteilung verstanden worden, hätte sich der Bürgermeister in Vollziehung dieses Beschlusses darauf beschränken müssen, im Rahmen seiner Außenvertretungskompetenz entsprechende Vollmachten zu erteilen. War der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 jedoch selbst die – wenn auch konkretisierungsbedürftige – Entscheidung zugunsten des Abschlusses bestimmter Rechtsgeschäfte, durfte der Bürgermeister in Ausübung seiner Vollzugskompetenz gemäß § 22 StL 1992 entsprechende Verfügungen treffen. Als monokratisches Organ stand es ihm dann aber (ohne durch § 38 Abs 3 Satz 2 StL 1992 rechtlich gehindert zu sein) auch zu, für alle in weiterer Folge zu setzenden Schritte seine Vollzugskompetenz an Mag. Werner Penn und Dr. Christian Schmid weiterzugeben.
- 2.4.13. Sowohl für den Bürgermeister als auch für die genannten Personen, an welche der Bürgermeister seine Vollzugskompetenz zur Konkretisierung des Gemeinderatsbeschlusses weitergab, waren natürlich an die mit der (bloßen) Umsetzung des Willens des Gemeinderates geschaffenen Grenzen gebunden. Dass es sich dabei um enge Grenzen gehandelt hat, wurde bereits ausführlich dargelegt (ausführlich VBSS Stadt Linz, Punkt II., Z 2.2.3ff, Seite 26f und Z 3ff, Seite 30ff).
- 2.4.14. Die Annahme einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung durch den Gemeinderat an die Finanz- und Vermögensverwaltung scheidet aber auch aus einem anderen Grund. Bei der Finanz- und Vermögensverwaltung handelt es sich um eine nicht rechtsfähige Geschäftsgruppe des Magistrats der Stadt Linz. Schon die §§ 1002 ff ABGB zeigen, dass der Vertreter, der für den Vertretenen nach außen hin den Willen zu erklären hat, rechtsfähig sein muss. Vollmachten können nur an physische oder

juristische Personen erteilt werden. Die Annahme eines Bevollmächtigungsvertrages mit der Finanz- und Vermögensverwaltung scheidet daher an seiner rechtlichen Unmöglichkeit. Das hat auch die beklagte Partei erkannt. Sie glaubt aber, diese Unmöglichkeit durch eine Umdeutung des Willens des Gemeinderates in Richtung der Vollmachtserteilung an den Leiter der Geschäftsgruppe beheben zu können. Eine solche Umdeutung (Konversion) ist aber nur dann zulässig, wenn sie tatsächlich dem Willen des Erklärenden entspricht und wenn die Rechtsfolgen des Konversionsgeschäftes nicht weiter reichen als jene des unwirksamen Vertrages (4 Ob 321, 322/83; 9 ObA 33/88). Die Erwähnung der Finanz- und Vermögensverwaltung im Gemeinderatsbeschluss deutet die beklagte Partei als eine Bevollmächtigung des Mag. Werner Penn in seiner Eigenschaft als Leiter dieser Geschäftsgruppe. Es ist aber keineswegs eindeutig, dass der Gemeinderat tatsächlich diese Person konkret im Auge gehabt hat. Sie erklärt bereits nicht, warum auch Dr. Christian Schmid als Leiter der Stadtkämmerei im Unterschriftenverzeichnis aufscheint. Genauso gut könnte der Gemeinderat auch das politische Organ, nämlich den Finanzstadtrat gemeint haben, der gemäß § 22 Abs 1 Satz 2 StL 1992 dazu berufen war, den Willen des Gemeinderates umzusetzen. Eine Konversion scheidet vor allem daran, dass eine derartige Bevollmächtigung an Mag. Werner Penn, die mit der Einräumung der Kompetenz zur eigenen Willensbildung verbunden ist, bei weitem über die reine Umsetzung des Gemeinderatswillens hinausginge. Eine derartige Erweiterung des Geschäftsinhalts durch Konversion wird aber durch die hRsp (siehe oben) abgelehnt.

3. Die ergänzenden Ausführungen der beklagten Partei zur Wirksamkeit des Swap-Geschäftes

3.1. Vorbemerkungen

- 3.1.1. Punkt IV. des vorbereitenden Schriftsatzes der beklagten Partei stellt eine Mischung aus ergänzendem Tatsachenvorbringen und rechtlicher Beurteilung des Sachverhalts dar. Mit den darin behandelten Themen hat sich die Stadt Linz bereits in Punkt II. Z 4 bis 6 ihres vorbereitenden Schriftsatzes ausführlich auseinandergesetzt. Die Stadt Linz wird sich also im Folgenden, zur Vermeidung von Wiederholungen, auf diese Abschnitte ihres vorbereitenden Schriftsatzes berufen. Im Übrigen werden die folgenden Ausführungen entsprechend den Überschriften der beklagten Partei gegliedert.
- 3.1.2. Auffällig ist, dass die beklagte Partei, ebenso wie in ihren bisherigen Schriftsätzen, nicht zwischen Sachverhalten unterscheidet, die sich vor dem Geschäftsabschluss ereignet haben und jenen, die nach Geschäftsabschluss geschehen sind. Bei Umständen, die sich nach Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 erst ereignet haben, kann aber schon logisch nicht der Schluss gezogen werden, der Gemeinderat habe das Geschäft bereits bei seinem Abschluss gewollt, sonst würde es nicht einer nachträglichen Genehmigung oder des Anscheins einer nachträglichen Genehmigung bedürfen, wie die beklagte Partei argumentiert. Soweit sich also die beklagte Partei auf Geschehnisse nach dem Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 beruft, konnte sie schon rein logisch nicht davon ausgehen, in diesen Geschehnissen komme bereits der ursprüngliche Wille des Gemeinderates zum Ausdruck, das konkrete Geschäft so gewollt zu haben, wie es erst zwei Jahre später abgeschlossen worden ist.
- 3.1.3. Die beklagte Partei legt – gleichsam im Rahmen ihrer rechtlichen Beurteilung – unter diesem Abschnitt einen Sachverhalt zugrunde, der nicht der Wirklichkeit entspricht.

Die Stadt Linz ist daher genötigt, nicht nur zu den Rechtsfragen, sondern auch zu den Tatsachenbehauptungen kurz Stellung zu nehmen.

3.2. Zur Behauptung: „Der SWAP II ist ursprünglich wirksam zustande gekommen“

3.2.1. Obgleich unstrittig ist, dass der Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 nach § 46 Abs 1 StL 1992 in die ausschließliche Zuständigkeit des Gemeinderates fällt, hält die beklagte Partei – im Gegensatz zu ihrem bisherigen Vorbringen – nicht mehr daran fest, der Gemeinderat habe selbst das Geschäft geschlossen. Es ist in der Tat nicht vorstellbar, dass der Gemeinderat der Stadt Linz bei seiner Beschlussfassung am 3. Juni 2004 die hinter der Zinsformel dieses Geschäftes stehende vielfache Währungswette bedacht und genehmigend auch beschlossen hat.

3.2.2. Die beklagte Partei stützt ihr Vorbringen, das Swap-Geschäft 4175 wäre ursprünglich wirksam zustande gekommen, auch nur mehr auf eine privatrechtliche Vollmacht des Mag. Werner Penn. Der Gemeinderat der Stadt Linz hatte am 3. Juni 2004 beschlossen, das Fremdfinanzierungsportfolio durch Abschluss marktüblicher Finanzgeschäfte zu optimieren; die Finanz- und Vermögensverwaltung hatte diesen Willen umzusetzen (die Stadt Linz hat dazu ausführlich in der vorangehenden Ziffer 2 dieser Replik Stellung genommen). Die Umsetzung des Gemeinderatsbeschlusses hat exotische Währungswetten in einem existenzbedrohenem Volumen nicht vorgesehen. Das Swap-Geschäft 4175 ist daher vom Gemeinderatsbeschluss nicht umfasst; auch Mag. Werner Penn ist zu diesem Geschäft bevollmächtigt worden.

- Beim Gemeinderatsbeschluss der Stadt Linz vom 3. Juni 2004 handelt es sich weder für sich noch in Verbindung mit dem Unterschriftenverzeichnis um eine privatrechtliche Vollmacht (Punkt IV. Z 2.4).
- Die Finanz- und Vermögensverwaltung hatte lediglich die Aufgabe, den Willen des Gemeinderates in den von ihm beabsichtigten Grenzen umzusetzen. Diese deckten die Währungswette in Form des Swap-Geschäftes 4175 nicht (zu den Grenzen dieser gesetzlichen Ermächtigung wurde ausführlich in VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 3 und in Punkt IV. Z 2 dieser Replik Stellung genommen).
- Auch ohne die immanenten gesetzlichen Grenzen, die der Umsetzung eines Gemeinderatsbeschlusses gesetzt sind (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 3.1.2, Seite 31f), ergibt schon allein die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004, dass das Swap-Geschäft 4175, so wie es seiner wahren Natur nach nun einmal ist, weder marktüblich ist, noch geeignet war, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz zu optimieren. Das Swap-Geschäft 4175 ist daher durch den Gemeinderatsbeschluss nicht gedeckt; die beklagte Partei hat das gewusst (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 4, Seite 33ff).

3.2.3. Die von der beklagten Partei dagegen vorgebrachten Argumente sind nicht überzeugend:

- Auch wenn der Text des Beschlusses des Gemeinderates wörtlich nicht von einer „Absicherung“, sondern von einer Optimierung spricht, so zeigt doch die Genese des Gemeinderatsbeschlusses und der dahinter stehende Wille der Gemeinderatsmitglieder, dass deren Optimierungsverständnis auf eine Verbesserung der Zinskonditionen ohne Eingehen eines unkalkulierbaren Risikos gerichtet war. Das war der beklagten Partei bekannt, wie der vielfache

Hinweis auf Zinssicherungsgeschäfte und die Absicherung von Risiken in den Äußerungen des Mag. Werner Penn zeigt (Punkt IV. Z 1.3.1.6 und Z 1.3.13 der Replik).

- Der Amtsbericht zum Gemeinderatsbeschluss wird zwar nicht öffentlich verlautbart, er ist aber öffentlich zugänglich und kann jederzeit angefordert werden. Gerade wenn Zweifel bestehen, wie sie die beklagte Partei unbestritten hatte, war von ihr zu verlangen, dass sie sich kundig macht (Punkt IV. Z 1.4.7.3f der Replik). Die st Rsp (9 Ob 41/09h; 8 Ob 201/97k ua) zum Vereinsrecht zeigt, verlangt die Wertung des § 867 ABGB vom Vertragspartner nicht nur ein Vertrauen auf öffentlich kundgemachte Organisationsvorschriften, sondern verpflichtet ihn zur Einsichtnahme auch in die nicht kundgemachten Statuten (folgt man der Aussage des Mag. Werner Penn, so hat die beklagte Partei den Amtsbericht ohnehin von Anbeginn an gehabt [VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 5.4.2.6]).
- Die Berufung auf die Zweifelsregel des § 915 ABGB ist verfehlt: Einerseits handelt es sich beim Auftrag zur Umsetzung des Gemeinderatsbeschlusses um keine privatrechtliche Vollmacht, andererseits ist § 915 ABGB auf einseitige Geschäfte ohnehin nicht anwendbar.
- Gerade die Diskussion im Gemeinderat der Stadt Linz zeigt, dass seine Mitglieder Fremdwährungsgeschäften äußerst ablehnend gegenüberstanden (VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 3.1.3).
- Dass Entscheidungen zum Abschluss von Finanzgeschäften kurzfristig zu treffen sind, spricht ausschließlich dafür, die Vollziehung des Beschlusses des Gemeinderates der Verwaltung zu übertragen, sie rechtfertigt aber keineswegs die Schlussfolgerung, damit werde der Verwaltung ein Freibrief zum Abschluss von Währungswetten eingeräumt. Der Umstand, dass ein wesentliches Geschäft vor seinem Abschluss nicht dem Gemeinderat vorgelegt wird, verlangt geradezu der Vollziehung besonders enge Grenzen zu setzen. .

3.3. Zur Behauptung: „Anschein der ursprünglichen Genehmigung durch den Gemeinderat“

- 3.3.1. Auch die beklagte Partei hält es durchaus für möglich, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 keine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung des Mag. Werner Penn beinhaltet hat bzw. dass der Annahme einer solchen rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung zwingende öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Wege stehen. Dann hätte aber der Gemeinderat mit seinem Beschluss *„jedenfalls den Anschein einer wirksamen Genehmigung und damit einen Vertrauenstatbestand geschaffen“* (VBSS BAWAG, Seite 65).
- 3.3.2. Nimmt man diese Ausführungen der beklagten Partei wörtlich, so kam das Swap-Geschäft 4175 also nicht erst im Februar 2007, sondern mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 zustande. Es liegt aber auf der Hand, dass der Gemeinderat der Stadt Linz im Juni 2004 die Währungswette mit der beklagten Partei nicht beschließen kann. Es fehlt aber auch der geringste Anschein, der Gemeinderatsbeschluss habe das erst zwei Jahre später abgeschlossene Geschäft genehmigend mitumfasst. Dagegen spricht bereits das Verständnis der Mitglieder des Gemeinderates über das Ziel der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios und

die Tatsache, dass die beklagte Partei im Jahre 2004 derartige Geschäfte gar nicht angeboten hat.

- 3.3.3. Die von der beklagten Partei für ihre Meinung dennoch vorgebrachte Begründung („*Fakt ist ...*“) geht aber, wenn man die Ausführungen genau liest, gar nicht in diese Richtung, sondern sie ist eine Mischung aus der Behauptung, Mag. Werner Penn habe eine Anscheinsvollmacht gehabt (VBSS BAWAG, Seite 66) und der Behauptung, der Gemeinderat habe nachträglich das Geschäft genehmigt (VBSS BAWAG, Seite 68ff). Beide Begründungsansätze tragen das Ergebnis nicht.
- 3.3.4. Soweit die Schaffung eines Anscheins überhaupt geeignet ist, Wirkungen auszulösen, die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen entsprechen, muss ein Vertrauenstatbestand vorliegen, welcher durch den damit Gebundenen verursacht wurde und auf den der Dritte auch tatsächlich vertraut hat. Das Vorliegen eines derartigen Vertrauenstatbestandes scheidet schon in abstracto aus, wenn es um innere Vorgänge geht, die der beklagten Partei an sich gar nicht bekannt werden konnten und damit auch nicht bekannt wurden, wenn ein angeblicher Vertrauenstatbestand nicht zurechenbar durch das zuständige Organ verursacht wurde und wenn es letztlich der beklagten Partei an jeglichem Vertrauen gefehlt hat.
- 3.3.5. Die beklagte Partei kann sich schon deshalb nicht auf einen Vertrauenstatbestand berufen, weil die beklagte Partei auf nichts vertraut hat, was das von ihr behauptete Vertrauen tatsächlich rechtfertigen kann. Dazu wurde von der Stadt Linz ausführlich Stellung genommen (VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 5.4, Seite 60ff).
- 3.3.6. Darüber hinaus sind die Ausführungen der beklagten Partei auch im Detail rechtlich unhaltbar:
- Die beklagte Partei hat bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 den Gemeinderatsbeschluss nicht gekannt, er hat sie auch nicht interessiert (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 5.4, Seite 60ff; Z 1.4.7der Replik).
 - Es steht gar nicht fest, dass der Bürgermeister der Stadt Linz den Rahmenvertrag tatsächlich am 26. September 2006 unterzeichnet hat. Der Rahmenvertrag trägt zwar auf seiner ersten Seite einen Stempel mit diesem Datum. Mag. Werner Penn hat den Bürgermeister der Stadt Linz schriftlich aber bereits am 13. September 2006 um die Unterfertigung des Rahmenvertrages gebeten; er wies ausdrücklich darauf hin, dass er das Geschäft mit der beklagten Partei erst abzuschließen beabsichtige („[...] *Beabsichtigte, bedingte Vergabe* ..“: Beilage /L).
 - Beim Rahmenvertrag handelt es sich nicht um den Abschluss eines Finanzgeschäftes, sondern nur um die Einigung über allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Funktion eines solchen Rahmenvertrages erschöpft sich daher in der Festlegung standardisierter Bedingungen für künftige Geschäfte. Grundlage dafür ist ein von der ISDA („*International Swaps and Derivatives Association*“) entwickeltes Muster, das schon aus diesem Grund nicht verhandelbar ist. Angesichts seines sehr weiten Anwendungsbereiches (§ 1 Abs 1) sagt die Unterfertigung eines solchen Rahmenvertrages noch nichts über den Inhalt geplanter Geschäfte aus.

- Die Entgegennahme von Zahlungen aus dem Swap-Geschäft durch Beamte der Stadt Linz und die nachfolgende Verbuchung auf den Konten der Stadt Linz kann als rein interner Vorgang keinen Anschein einer Willenserklärung bewirken (zu den Voraussetzungen einer nachträglichen schlüssigen Genehmigung: VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.3.2, Seite 69ff).
- Die Behauptung, die Organe der Stadt Linz hätten sich noch im Jahr 2010 auf den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 als Basis der Gültigkeit des Swap-Geschäftes berufen, ist schlicht falsch; gerade die Beilage ./135 erweist das Gegenteil.
- Dass die Stadt Linz das Swap-Geschäft 4175 bis zum Jahr 2010 nicht als ungültig bekämpft hat, liegt daran, dass die beklagte Partei Mag. Werner Penn schon beim Abschluss des Geschäftes dessen wahre Struktur verschwiegen hatte und es in der Folge vermied, die Organe auf die fehlende Übereinstimmung mit dem Gemeinderatsbeschluss aufmerksam zu machen (dazu wurde bereits unter Punkt IV. Z. 1.4.7. Stellung genommen); dass Schweigen keine nachträgliche Genehmigung bewirken kann, wurde bereits ausführlich dargestellt (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Punkt 6.3.2., Seite 69ff); ergänzend dazu *Spitzer*, Gutachten, Seite 19f, Beilage ./WWWWWW).
- Die von der beklagten Partei zitierten oberstgerichtlichen Entscheidungen sind entweder überholt, besagen das genaue Gegenteil oder sind nicht einschlägig (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.3, Seite 69ff, 70; *Spitzer*, Gutachten, Seite 5f, 6, Beilage ./WWWWWW). Es ist deshalb auch rechtlich unhaltbar, wenn die beklagte Partei ernsthaft behauptet, dass es einen Vertrauensschutz ohne Vertrauen gibt (*Spitzer*, Gutachten, Seite 5f, Beilage ./WWWWWW; *P. Bydlinsk* in KBB³, § 1029 Rz 6 mwN). Auch die Behauptung, dass die nachträgliche Genehmigung auch durch ein Organ erfolgen könne, das nicht zuständig ist bzw. dass einzelne Mitglieder dieses Organs für die Genehmigung ausreichen, ist unhaltbar (*Spitzer*, Gutachten, Seite 12ff, Beilage ./WWWWWW; die Berufung der beklagten Partei auf 4 Ob 26/01d ist falsch).
- Die Behauptung, der Bürgermeister selbst *„habe den Gemeinderat im Zeitraum zwischen März 2010 und April 2011 nicht über den SWAP II informiert, da er diesen Zeitraum gebraucht habe, um vermeintliche Klarheit über gemeinderechtliche Vorschriften zu gewinnen“*, ist tatsachenwidrig, wie die beklagte Partei aus dem Inhalt der Beilage ./182 (*„[...]Ich habe mich zunächst bemüht, das Geschäft zu verstehen ...“*) (Hervorhebung durch die Stadt Linz) weiß.

3.4. Zu den Behauptungen: *„Mangelnde Schutzwürdigkeit/Zeitgemäße Interpretation des § 867 ABGB“*

- 3.4.1. Zur angeblich mangelnden Schutzfähigkeit der Stadt Linz (Schlagwort *„Rosinenpicken“*), wurde ausführlich in Punkt IV. Z 1.4.7. Stellung genommen. Die von der beklagten Partei gegen die Stadt Linz in diesem Zusammenhang erhobenen Vorwürfe sind unhaltbar. Gerade die Motive der beklagten Partei (Schlagwort *„Missbrauch des Vertrauens durch die BAWAG P.S.K.“*) bestätigen das Konzept des § 867 ABGB und die Schutzwürdigkeit der Stadt Linz (vgl. auch *Spitzer*, Gutachten, Seite 8ff, Beilage ./WWWWWW).

3.4.2. Trotz der in der Literatur am Konzept des § 867 ABGB geäußerten Bedenken hält die herrschende Lehre und Rechtsprechung daran fest (vgl. *Spitzer*, Gutachten, Seite 8ff, Beilage ./WWWWW).

3.5. Zur Behauptung: „Nachträgliche Genehmigung und Anschein der nachträglichen Genehmigung“

3.5.1. Entgegen der Überschrift „*Nachträgliche Genehmigung*“ (VBSS BAWAG, Seite 74) bringt die beklagte Partei nichts vor, was eine nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes 4175 durch den allein dafür zuständigen Gemeinderat der Stadt Linz belegen könnte.

3.5.2. Tatsächlich beruft sich die beklagte Partei im Text auch nur auf den Anschein einer nachträglichen Genehmigung. Die dafür notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen liegen schon in abstracto nicht vor, worauf die Stadt Linz bereits ausführlich hingewiesen hat (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 5.3, „*Vertrauen auf den äußeren Tatbestand*“, Seite 59ff). Da auch der Anschein auf eine nachträgliche Genehmigung „*zugangsbedürftig*“ ist, scheiden damit alle Tatbestände aus, die einen derartigen Anschein nicht erzeugen können, weil sie sich intern abspielten oder weil sie für sich den Anschein einer Genehmigung nicht erzeugen konnten.

3.5.3. Die Rechtsausführungen der beklagten Partei zum Anschein einer nachträglichen Genehmigung sind verfehlt:

- Entgegen dem Vorbringen der beklagten Partei bedarf auch eine nachträgliche Genehmigung des Vertrauens auf einen äußeren Tatbestand („*Wer nicht vertraut hat, ist nicht geschützt*“ [VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 5.3 und 5.4, Seite 59ff]).
- Entgegen der beklagten Partei ist für eine nachträgliche Genehmigung ausschließlich der Gemeinderat zuständig, nicht aber einzelne Gemeinderatsmitglieder oder andere Organe der Gemeinde (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.2.1.3ff, Seite 67ff; *Spitzer*, Gutachten, Seite 12f, Beilage ./WWWWW).
- Entgegen der beklagten Partei findet bei der nachträglichen Genehmigung eine Wissenszurechnung anderer Personen oder Organe nicht statt (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.2.1.5, Seite 67 und 68; *Spitzer*, Gutachten, Seite 19f, Beilage ./WWWWW).
- Entgegen der beklagten Partei lösen weder ein Schweigen des angeblich Vertretenen, noch ein Kontrollversagen Genehmigungswirkungen aus (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.3.2.4, Seite 70, und Z 6.4ff, Seite 71ff, 73; *Spitzer*, Gutachten, Seite 19f, Beilage ./WWWWW).

3.5.4. Auch das Tatsachensubstrat, aus dem die beklagten Partei ihre unzutreffenden rechtlichen Schlussfolgerungen ableitet, entspricht nicht der Wirklichkeit. Da sich das Vorbringen der beklagten Partei in diesem Punkt (Wissenszurechnung und Kontrollversagen) mit ihrem ergänzenden Tatsachenvorbringen in Punkt II. Z 2.3 deckt, wird auf die Replik dazu verwiesen.

3.6. Zur Behauptung: „*Nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung*“

- 3.6.1. Die beklagte Partei will eine nachträgliche Genehmigung des unwirksamen Geschäftes durch eine schlüssige Erklärung des Gemeinderates aus der Entgegennahme der Zahlungen aus dem Swap-Geschäft 4175 ableiten. Sie verkennt dabei, dass eine derartige schlüssige Willenserklärung nicht nur die Willensbildung des Gemeinderates, sondern auch ein von der beklagten Partei erkanntes und objektives Erklärungsverhalten in Richtung einer nachträglichen Genehmigung voraussetzt: Dabei müssen notwendig all jene Vorkommnisse ausscheiden, in denen keine Willensbildung des Gemeinderates stattgefunden hat, wie etwa bei der Entgegennahme der Zahlungen durch Beamte der Stadt Linz und deren Verbuchung (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.3.2, Seite 69ff, Z 6.5, Seite 74ff, Z 6.6, Seite 75ff; *Spitzer*, Gutachten, Seite 15, Beilage ./WWWWWW).
- 3.6.2. Dass die Genehmigung der Jahresabschlüsse einen derartigen Genehmigungswillen, nämlich die bisher unwirksame Währungswette zu sanieren, nicht zum Ausdruck bringen kann, wurde bereits gesagt (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.6, Seite 75ff; *Spitzer*, Gutachten, Seite 17ff, Beilage ./WWWWWW).
- 3.6.3. Eben deshalb kann die Entgegennahme von Zahlungen aus dem Swap-Geschäft 4175 durch die Verwaltungsbeamten der Stadt Linz und deren Verbuchung auf den verschiedenen Konten nicht den fehlenden Genehmigungswillen des Gemeinderates ersetzen. Beim Empfang von Geldern aus einem unwirksamen Geschäft, kann es sich höchstens um eine Willensbetätigung ohne Kundgabezweck handeln. Aus diesem Grunde kommt es gar nicht darauf an, was ein Dritter aus der Entgegennahme der Zahlungen ableiten konnte, sondern es ist nur ausschlaggebend, dass der Wille des Gemeinderates, das bisher unwirksame Geschäft doch zu wollen, tatsächlich vorgelegen hat. Damit der Gemeinderat aber überhaupt einen solchen Genehmigungswillen bilden kann, muss er wissen, dass die Zahlung, die entgegengenommen wurde, aus einem Geschäft stammt, das erstens in seinem Namen abgeschlossen worden war und dass zweitens deshalb unwirksam gewesen ist, weil der Vertreter entweder keine Vollmacht hatte oder die ihm eingeräumte Vollmacht überschritt. Einen Genehmigungswillen in dieser Richtung hatte der Gemeinderat der Stadt Linz keinesfalls (VBSS Stadt Linz, Punkt II. Z 6.9, Seite 80ff; *Spitzer*, Gutachten, Seite 16ff, 22f, Beilage ./WWWWWW).

4. Zur fehlenden Marktüblichkeit und fehlenden Eignung des Swap-Geschäfts 4175, das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren (Punkt V. des VBS)

4.1. Fehlende Marktüblichkeit von Swap-Geschäften der Bauart 4175 auf „Markoebene“

- 4.1.1. Die „*Makro-Ebene*“, welche die beklagte Partei zu zeichnen versucht und dabei auch eine Präsentation des Österreichischen Städtebundes „Schuldenmanagement und Optimierungsmaßnahmen vom 4. Februar 2004 (Beilage ./186)“ als scheinbar zentrales Beweismittel bemüht, war zum Abschlusszeitpunkt des Swap-Geschäfts 4175 nicht gegeben:
- 4.1.2. Die Präsentation des Städtebundes vom 4. Februar 2004, wurde von der **Wertpapierdienstleistungsfirma** Trans European Financial Vermögensberatungs-, Vermittlungs- und VerwaltungsGmbH (in der Folge kurz „TEF“), vertreten durch Renate Szilagy, abgehalten und war auch von dieser initiiert (Über entsprechende

Nachfrage wurde dies vom Städtebund gegenüber der Klagsvertretung bestätigt). Die Präsentation hatte aus der Sicht der TEF, welche diese abhielt, in erster Linie den Sinn, Kunden zu gewinnen. Dabei handelt es sich auch um ein legitimes Interesse. In diesem Sinn ist auch die gesamte Präsentation zu sehen. Es ging darum, die anwesenden Gemeindevertreter davon zu überzeugen, wie wichtig es ist, die Firma TEF zu beauftragen, um von den Segnungen der Derivatgeschäfte profitieren zu können. Es verwundert daher auch nicht, dass hierbei ein Bild gezeichnet wurde, dass an Derivaten für die öffentliche Hand praktisch kein Weg vorbei führt, und alle Voraussetzungen für ein intensives und effizientes Schuldenmanagement gegeben wären. Entlarvend hierzu ist die Aufforderung auf Seite 4, „*Es zählt, was unterm Stricht steht! Trans Europe Financials, Vermögensberatungs-, Vermittlungs- und Verwaltungs GmbH*“. Offensichtlich war TEF in das Kreditmanagement einer Gebietskörperschaft involviert und rühmte sich der Ergebnisse.

- 4.1.3. Der objektiv scheinende Deckmantel des Städtebundes wurde genutzt, um eine Bühne für die Präsentation der eigenen Leistungen vor den Zielkunden zur Verfügung zu haben. Es verwundert daher nicht, dass Derivatgeschäfte in einer Art und Weise als positiv und für Gemeinden in Frage kommend hervorgehoben werden, die diesen Geschäften aufgrund des mannigfaltigen Missbrauchspotenzials bei entsprechendem Informationsgefälle **nicht zukommt**. Aus diesem Kontext heraus erklärt sich auch, warum im Punkt 7. stets vom „Portfoliomanager“ die Rede ist, und was dieser umzusetzen habe. **Portfoliomanager sollte laut Geschäftsidee die TEF werden**. Dem Dienstleister TEF ging es – verständlicherweise – darum, **möglichst viele Beratungsleistungen** verkaufen zu können. Entsprechend groß ist auch der Katalog an Konsequenzen, die beim **Portfoliomanagement (natürlich)** berücksichtigt werden sollen: die Präsentation ist vom Grundgedanken getragen, Derivate möglichst „salonfähig“ darzustellen, um das Portfoliomanagement gleich mitverkaufen zu können, weil sich der Kunde nicht auskennt. Für den Rechtsstandpunkt der beklagten Partei beweist diese Urkunde und auch die weiteren Urkunden zur „Makroebene“ nichts (dazu sogleich).
- 4.1.4. Resettable Swaps der Bauart 4175 werden in der Präsentation ./186 (ebensowenig in ./187, ./188) **nicht auch nur ansatzweise erwähnt**. Die pauschale Behauptung, das Marktumfeld sei damals als „progressiv und risikofreudig“ zu bewerten gewesen, ist durch nichts belegt. Präsentation, wie die Beilage ./186, zeugen nicht von einem „progressiven und risikofreudigen“ Zielpublikum „Gemeinden“, sondern von mit derlei Geschäften **überforderten** Rechtsträgern, denen sich Unternehmen wie TEF sowie Banken zur eigenen Ertragssteigerung andienten (Projekt „Hermes“, Beilage ./100).
- 4.1.5. Dass sich die beklagte Partei zum Beleg der „Makroebene“ ausgerechnet auf den Gemeinderatsbeschluss der oberösterreichischen Gemeinde Hofkirchen beruft (Beilage ./189), in welchem die Inanspruchnahme von derivativen Finanzinstrumenten laut Finanzcheck der Firma AVIANA/AFINA Mag. Buchegger angesprochen wird, ist ein guter Beleg für die Überforderung von öffentlichen Rechtsträgern mit derlei Geschäften: Die Firma AVIANA/AFINA ist der beklagten Partei wohl bekannt, weil diese in regen **Kontakt mit der beklagten Partei** stand und der beklagten Partei Derivatgeschäftsabschlüsse, vor allem Cross Currency Swaps, mit kleinen oberösterreichischen Gemeinden vermittelte, bzw. zu vermitteln versuchte. Es handelt sich dabei um dieselben Gemeinden, die auch in der Beantwortung des Amtshilfeersuchens des Gerichts seitens der oberösterreichischen Aufsichtsbehörde vom 28. Mai 2013 angesprochen und aufgelistet sind (ON 66). Wie bereits festgestellt,

scheint die beklagte Partei dort neben der Stadt Linz **vier Mal als Gegenpartei für die Derivatgeschäfte von OÖ Gemeinden** auf.

- 4.1.6. Zwischenzeitig hat sich (erstaunlicherweise) herausgestellt, dass AVIANA/AFINA zu keinem Zeitpunkt berechtigt war, irgendwelche Beratungs- oder Vermittlungsleistungen zu erbringen, jedenfalls nicht in Bezug auf Derivate wie die auf Seite 83 des vorbereitenden Schriftsatzes der beklagten Partei erwähnten „**Cross Currency Swaps**“. Insbesondere verfügte AVIANA/AFINA über **keine Konzession gemäß WAG**. Der Fall der Gemeinde Hofkirchen, ist daher ein gutes Beispiel, dass es den Gemeinden maßgeblich an fachlichem *know how* bezüglich Finanzgeschäften fehlte. Die Firma AFINA ist quasi das – konzessionslose - Pendant zur TEF, die sich auf Niederösterreich konzentrierte und sich für Derivate stark gemacht hat, um daraus gemeinsam mit ihr zuarbeitenden Banken ein neues Geschäftsfeld zu kreieren. Es verwundert daher auch nicht, dass in der Gemeindezeitung, aus der die beklagte Partei zitiert, von „**vielen oberösterreichischen Gemeinden**“ die Rede ist, währenddessen das Amtshilfeersuchen gerade einmal rd. 10 Gemeinden zu Tage gefördert hat. Oberösterreich hat **444 Gemeinden**. 10 Gemeinden von 444 macht **2,25%** aus. In der Verbreitung der Derivate irrt sich offensichtlich auch der Gutachter Imo, der von über 10% ausgeht (Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafakts, S. 227). Zumindest für Oberösterreich ist dies **klar widerlegbar**.
- 4.1.7. Eine „Vertriebsmethode“ der Firma AVIANA/AFINA bestand offenbar auch darin, in Gesprächen mit den Gemeindevertretern darauf zu verweisen, dass bereits **sehr viele** Gemeinden derartige Derivatgeschäfte abgeschlossen hätten, um leichter ins Geschäft zu kommen. Im Lichte des Ergebnisses des Amtshilfeersuchens (ON 66) ist die von der beklagten Partei im vorbereitenden Schriftsatz gezeichnete „Makroebene“, wonach Derivate in Gemeinden in Oberösterreich quasi eine „*Selbstverständlichkeit*“ gewesen wären, **ins Reich der Märchen zu verweisen** (dazu passend der Vergleich der beklagten Partei von „Zwerg und Hüne“ in VBSS BAWAG, Seite 91 unten).

Beweis: historischer Firmenbuchauszug der ehemaligen Trans European Financial Vermögensberatungs-, Vermittlungs- und Verwaltungs GmbH (nunmehr Souveraen Consult GmbH) vom 30. August 2013, Beilage /FFFFFFF.

4.2. Fehlende Marktüblichkeit im Vergleich des Swap-Geschäfts 4175 mit den Derivatgeschäften anderer OÖ. Gemeinden

- 4.2.1. Wie oben bereits gezeigt wurde, entpuppt sich das von der beklagten Partei auf Seite 84 ihres vorbereitenden Schriftsatzes ins Treffen geführte Zitat aus der Gemeindezeitung der Gemeinde Hofkirchen, in welchem mehrmals von „**vielen**“ oberösterreichischen Gemeinden die Rede ist, als offenbar von Finanzberatern geschürte Fehlinformationen (siehe das Ergebnis des Amtshilfeersuchens, ON 66).
- 4.2.2. Der Gedankenschluss, das Swap-Geschäft 4175 wäre „marktüblich“, weil auch andere Gemeinden Derivatgeschäfte abgeschlossen hätten, ist **methodisch unzulässig**, weil unbestreitbar ist, dass etwa ein „Cap“ (also ein echtes Zinsbegrenzungs-geschäft) und auch ein herkömmlicher „Fixzins-Swap“ als „marktüblich“ anzusehen sind. Die Gemeinderatsprotokolle der Gemeinde Hofkirchen betreffen Überlegungen zum Abschluss eines sogenannten „Cross Currency Swap“. Diese Cross Currency Swaps wurden in der Praxis regelmäßig noch mit zusätzlichen Absicherungen versehen und sind **vom Risikoprofil nicht auch nur ansatzweise mit jenem des Swap-Geschäfts 4175 vergleichbar**. Tatsächlich hat die Unicredit Bank Austria AG und auch die

beklagte Partei einigen Kommunen derartige Cross Currency Swaps mit Absicherung verkauft. Dabei handelt es sich zwar technisch betrachtet ebenfalls um einen Geschäftsfall, den man als „eine Kombination von FX-Optionen und Zinsswaps“ (So Christoph Schulz in Beilage ./31) bezeichnen könnte, die Wirkungsweise der Kombination ist aber **eine völlig andere, als etwa beim Swap-Geschäft 4175**. Illustrativ werden die Geschäftsbestätigungen einer solchen „Cross Currency Swap – Kombination mit bedingter Absicherung“, welche die UniCredit Bank Austria mit einer kleinen oberösterreichischen Gemeinde abgeschlossen hat, vorgelegt, Beilage ./GGGGGGG.

- 4.2.3. Wenn daher Christoph Schulz, nunmehr Mitarbeiter der beklagten Partei bei seiner Zeugeneinvernehmung (Beilage ./31) aus dem Umstand, dass die Unicredit Bank Austria solche Kombinationen aus „FX-Optionen und Zinsswaps“ anderen Kunden angeboten habe, eine Marktüblichkeit des Swap-Geschäfts 4175 ableiten will, verkennt er, dass es sich um **völlig andere Geschäftsstrukturen** handelt und das Risiko sich nicht **auch nur ansatzweise vergleichen lässt**. Schulz beschreibt nichts anderes als die „Cross Currency Swaps mit bedingter Absicherung (dazu sogleich).

Beweis: Einzelabschlussbestätigungen einer kleinen oberösterreichischen Gemeinde zu einem Geschäftsabschluss „Kombination von FX-Optionen und Zinsswaps“, nämlich eines Cross-Currency-Swaps mit Absicherung, Beilage ./GGGGGGG;

4.3. Fehlende Marktüblichkeit des Swap-Geschäfts 4175 auch im Vergleich mit „Cross Currency Swaps“

- 4.3.1. Aus dem Umstand, dass einige wenige Gemeinden sogenannte „Cross Currency Swaps“ abgeschlossen haben, ist – entgegen der Argumentation der beklagten Partei - gerade auf **keine** Marktüblichkeit des Swap-Geschäfts 4175 zu schließen: Die Stadt Linz hat in ihrem vorbereitenden Schriftsatz (Punkt II., Z 4.5) bereits aufgezeigt, dass das Risiko eines Fremdwährungskredits oder auch eine Fremdwährungsanleihe **nicht auch nur ansatzweise** mit dem Risiko des Swap-Geschäfts 4175 zu vergleichen ist.
- 4.3.2. Ein *Cross Currency Swap (CCS)* verfügt über ein ähnliches Risikoprofil wie ein Fremdwährungskredit. Insbesondere verfügt ein solcher CCS über **keinen Hebel**, das Nominal der eingesetzten Währung wirkt daher im Verhältnis 1:1. Ein EUR/CHF-CCS lässt sich daher tatsächlich – unter gewissen Umständen - als Alternative zu einer Fremdwährungsfinanzierung einsetzen. Nicht von ungefähr meint Christoph Schulz, laut Telefonprotokoll vom 2. Februar 2007, bezogen auf die Besprechung mit Mag. Werner Penn zur CHF Anleihe der Stadt Linz: „S: *Aber dann machen Sie es doch zu und machens einen Cross Currency auf* (gemeint: EUR/CHF-CSS). *Wissen Sie was ich meine? Sie machen jetzt zu* (gemeint: Schließen der Fremdwährungsanleihe), *dann müssen Sie einen Kursertrag haben*“. Erst als sich Mag. Werner Penn darüber informiert, dass der Einstiegskurs der Anleihe bei EUR/CHF 1,73 lag, wird diese Idee wieder verworfen. Im weiteren Verlauf schildert dann Schulz relativ exakt jene Struktur (vgl. die Beilage ./GGGGGGG sowie ./HHHHHHH), die von der UniCredit BA tatsächlich Gemeinden angeboten worden ist, nämlich ein CSS mit **einer gekauften** Option (und nicht wie beim Swap-Geschäft 4175 **21 verkauften** Optionen) **zur Absicherung** des Kursrisikos bei einem „*Knock-Out*“ von EUR/CHF 1,43. „*Knock-Out*“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Absicherung (die bei einem herkömmlichen Fremdwährungskredit überhaupt nicht gegeben ist) ab einem bestimmten Kurs wegfällt. Eine solche Geschäftskombination ist unter Umständen sogar **defensiver**, als ein Fremdwährungskredit. Bei Betrachtung der Beilage ./1 des

Amtes der Landesregierung vom 4. Juli 2013, ON 66, ist tatsächlich die im Vergleich zum Swap-Geschäft 4175 geradezu harmlose Geschäftskombination „*CCS mit Absicherung*“ **mehrmals identifizierbar**. Aus der Aufstellung ist auch ableitbar, dass es sich dabei um ein gebräuchliches Produkt der UniCredit Bank Austria handelt, wobei in einem Fall auch die beklagte Partei (Nummer 16 laut Tabelle) dieses Geschäft abgeschlossen hat. Als derartiges Geschäft (CCS mit Absicherung) identifizierbar sind die Geschäftsfälle „4“, „5“, „6“ und „16“.

- 4.3.3. Die Verwendung von *Cross Currency Swaps* mit Absicherung bei anderen oberösterreichischen Gemeinden ist demgemäß wenn, dann ein gutes Beispiel für die völlige Marktunüblichkeit des Swap 4175.

Beweis: Präsentation AFINA zu CSS, Beilage ./HHHHHHH;
 Einzelabschlussbestätigungen einer kleinen oberösterreichischen Gemeinde zu einem Geschäftsabschluss „Kombination von FX-Optionen und Zinsswaps“, nämlich eines Cross-Currency-Swaps mit Absicherung, Beilage ./GGGGGGG;
 Beilage ./1 zum Amtshilfeersuchen ON 66, welches durch die Stadt Linz mit einem „Zähler“ versehen wurde, Beilage ./IIIIII.

4.4. Keine Marktüblichkeit von Resettable-Swap-Geschäften im Generellen, auch nicht in Ansehung erschienener kommunaler Fachliteratur

- 4.4.1. Die beklagte Partei ist bereits im vorbereitenden Schriftsatz (Punkt II., Z 4.14.) darauf eingegangen, dass die fleißige Tätigkeit eines einzelnen RLB NÖ Wien-Vertriebsmitarbeiters (aus der Kommunalbetreuung der RLB NÖ Wien), die noch dazu in diversen zivilrechtliche Auseinandersetzungen gemündet hat, nicht geeignet ist, eine Finanzerfindung von US-Investmentbanken zu „marktüblich“ für Gemeinden zu erklären.
- 4.4.2. Wenn eine solche Struktur nicht einmal hochqualifizierten Spezialisten, wie Christoph Schulz Anfang 2007 geläufig war und er in den Telefonaten vom 1. und 2. Februar 2007 mit Mag. Werner Penn **mehrmals nach der Formel** fragen musste und er die Formel obendrein letztlich **selbst nicht verstanden** hat, weil er dem Irrtum unterlag, es handle sich um die Abrechnungsformel von **plain-vanilla Optionen** (siehe Beilage ./99, S. 5 unten: „S: *Wie war das? 0,84 plus den Kursverlust kann man sagen?*“), kann – abseits vieler weiterer Argumente - von **keinem marktüblichen Geschäft die Rede sein**. Der seinerzeitige Irrtum des Christoph Schulz setzt sich auch noch bei seiner Aussage vor der Staatsanwaltschaft Linz, in Beilage ./31, fort, als er befragt „zur Marktüblichkeit“, meint, die Struktur war „*eine Kombination aus einfachen plain vanilla Optionen und einem Zinsswap*“ (dazu näher auch unten). Mit dieser Meinung hat Schulz jedenfalls alle Gutachter, selbst Prof. Mark Wahrenburg, gegen sich.
- 4.4.3. Auch die redundant widerkehrende Behauptung, die Resettable-Swap-Geschäfte 3976 und 4175 wären überhaupt erst auf Initiative der Stadt Linz zustande gekommen (der sich auch der Vorstandsvorsitzende der beklagten Partei Byron Haynes mit seiner Aussage in der Verhandlung vom 26. Juli 2013 angeschlossen hat), steht im **offenen Widerspruch** mit den eigenen Präsentationsunterlagen der beklagten Partei. Wie aus dem Anhang zur Beilage ./76 ersichtlich, kommt ein „Resettable-Swap“ als einer von **fünf Vorschlägen** vor (Zitat: „*Im Folgenden finden Sie einige Beispiele zur Absicherung bzw. Zinsoptimierung Ihrer Finanzierung*“). Hätte es sich um eine „Ausschreibung“ für einen Resettable-Swap gehandelt, hätte die beklagte Partei wohl kaum den Swap als **eine** von fünf Möglichkeiten präsentiert.

- 4.4.4. Der beklagten Partei gelingt es – trotz Analyse offenbar der gesamten gemeindespezifischen Fachliteratur (siehe nur Beilage ./188) - nicht, einen **einzigen** weiteren Beleg für den Abschluss von Resettable-Swap-Produkten nennen, außer jene der RLB NÖ Wien, auf die bereits im vorbereitenden Schriftsatz der Stadt Linz, Punkt II. Z 4.14. eingegangen wurde. Die anonymisierte Präsentation, Beilage ./193, soll offenbar anderes suggerieren: Tatsächlich handelt es sich aber ebenfalls um eine **Präsentation der RLB NÖ-Wien**, daher wurde diese offenbar auch zu Beweis Zwecken „anonymisiert“. Zum Beweis, wird das **nicht anonymisierte**, ansonsten jedoch **identische Deckblatt** der Präsentation der RLB NÖ Wien vorgelegt, Beilage ./JJJJJJ. Die Beilage ./193 stammt somit **ganz unzweifelhaft** ohnehin von der RLB NÖ Wien.
- 4.4.5. Letztlich scheitert das Argument der vorgeblichen „Marktüblichkeit“ des Swap-Geschäfts 4175 aber auch im **direkten** Vergleich mit den (ebenso wenig marktüblichen) Geschäften der RLB NÖ Wien. Die beklagte Partei lässt unter den Tisch fallen, dass die Resettable-Swaps der RLB NÖ Wien **in Euro** denominiert waren (also das Nominal auf „Euro“ lautete), währenddessen das Swap-Geschäft 4175 in **CHF** denominiert ist. Die Denomination in EUR macht aber **einen wesentlichen Unterschied**, weil der sich aus der Zinsformel ergebende Zinssatz **nicht neuerlich dem Währungsrisiko** unterliegt. Somit reduziert sich das Risiko (siehe näher dazu auch unter Punkt IV. Z 6. zu Beilage ./206 und den Unterschieden zwischen Swap I und II). Abgesehen davon ist jenes Geschäft, das im Bericht, Beilage ./190, und im VBSS BAWAG, Seite 86 zitiert wird, auch sonst risikomäßig mit dem Swap-Geschäft 4175 nicht vergleichbar, zumal der Strike dieses RLB Geschäfts bei EUR/CHF **1,385** liegt, was im Vergleich zu den EUR/CHF **1,54** des Swap Geschäfts 4175 schon aus dem Blickwinkel der Barwertsensibilität „**Welten**“ sind. Das Swap-Geschäft 4175 ist somit in mehrfacher Hinsicht **ausgerissen und noch aggressiver**, selbst im Vergleich zu ähnlichen Strukturen.
- 4.4.6. Die beklagte Partei hat mit Beilage ./188 umfangreiche kommunalwissenschaftliche Fachliteratur sowie Rechnungshofberichte vorgelegt und dabei auch exemplarisch einige Zitate zusammengefasst. „**Resettable Swaps**“ hat die beklagte Partei dabei aber nicht aufgefunden gemacht, was nur bedeuten kann, dass es sich in Wahrheit um ausgerissene marktunübliche Produkte handelte. De facto sind daher alle Belege der beklagten Partei zur Markroebene nur Belege dafür, dass das Swap Geschäft 4175 auf der „Micro-Ebene“ **keinesfalls** „marktüblich“ gewesen sein kann und auch nicht optimierend im Sinn des allgemeinen Begriffsverständnisses war.
- 4.4.7. Die Stadt Linz bestreitet keineswegs, dass grundsätzlich Derivatgeschäfte auch bei Gemeinden sinnvoll eingesetzt werden können und etwa „Caps“ sowie „Fixzinsswaps“ daher selbstverständlich auch den gewünschten Effekt einer Zinsabsicherung und auch Optimierung erzielen können. Das war ja auch der Sinn des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004, die Beweggründe hierzu werden im Amtsbericht vom 13. Mai 2004 zutreffend und nachvollziehbar geschildert. Beilage ./188 ist daher ein sehr guter weiterer Beleg für die Marktunüblichkeit des Swap-Geschäfts 4175 und belegt daher **genau das Gegenteil** von dem, was die beklagte Partei beweisen will.
- 4.4.8. Die beklagte Partei übersieht bei ihrer gesamten Argumentation zur „Makro-Ebene“ (VBSS BAWAG, Seiten 82-87 des VBS), dass es **nicht** darauf ankommt, ob „**Derivatgeschäfte an sich**“ bei Gemeinden Anfang 2007 „üblich“ oder

„empfehlenswert“ waren (das ist bei richtigem Einsatz herkömmlicher Instrumente wie Fixzinsswaps und Caps wohl zu bejahen), sondern darauf, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004, das generell verfügbare breite Spektrum von Derivatgeschäften ausdrücklich auf „**marktübliche“ Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte eingeschränkt hat**, die (als weitere Einschränkung) **zu einer Optimierung des Schuldportfolios** führen müssen (siehe dazu bereits VBS der Stadt Linz, Punkt II., 4.2. f)

- 4.4.9. Die „*Optimierung*“, auf welche der Beschluss vom 3. Juni 2004 abzielte wird im Artikel („*Mehr Geld durch Optimierung*“ in „Kommunal“ Nr. 4/05 vom 22.4.2005 in Beilage ./188) einigermaßen treffend beschrieben: Die Bank bietet den Gemeinden einen sogenannten „Finanz-Check“ an, in dessen Verlauf die Finanzsituation der Gemeinde aufgearbeitet werden soll, und durch den in der Folge „[...] *durch neue Vereinbarungen in den Bereichen Zinsen, Tilgung oder auch Währung bestimmte Risiken eingedämmt und oft gleichzeitig sogar die Belastungen deutlich reduziert werden können*“ (Hervorhebung durch die Stadt Linz), ganz im Sinn der modernen Portfoliooptimierung nach Markowitz (siehe dazu bereits ausführlich im VBSS Stadt Linz unter Punkt II., 4.4.).

Beweis: Deckblatt der Präsentation Beilage ./193 im RLB NÖ Wien -Original, Beilage ./JJJJJJ;

4.5. Quotierung der Unicredit Bank Austria ist kein Beleg für die Marktüblichkeit des Swap-Geschäfts 4175

- 4.5.1. Die beklagte Partei beruft sich darauf, dass das Swap-Geschäft 4175 angeblich eine „marktübliche Struktur“ gewesen sei, was durch „Konkurrenzangebote“ der UniCredit Bank Austria belegt sei (vgl. VBSS BAWAG, Punkt 1.2.4., Seite 94). Das Angebot der beklagten Partei habe sich lediglich in seinem „**besonders günstigen Preis**“ davon abgehoben. Die UniCredit Bank Austria hätte das gleiche Produkt mit einem Fixzins von 0,398 % angeboten, bei der beklagten Partei hätte die Stadt Linz um einen Bruchteil davon, nämlich um 0,065 % abschließen können. Zum Beweis beruft sich die beklagte Partei auf das E-Mail der UniCredit Bank Austria vom 12. Februar 2007, Beilage ./18 und die Aussage des Christoph Schulz, Beilage ./31.
- 4.5.2. Tatsächlich beweist der gesamte Geschäftskontrakt „Schulz“/UniCredit BA genau das Gegenteil, nämlich die Marktüblichkeit: Zunächst einmal ist festzustellen, dass die UniCredit BA lediglich eine Quotierung gestellt hat und kein endgültiges abschlussfähiges Angebot. Der Preis wurde – laut E-Mail Beilage ./18 - ausdrücklich „ohne Gewähr“ gestellt. Die Vorgänge rund um die „Quotierung“ der UniCredit Bank Austria werfen tatsächlich **eine Reihe von Fragen auf**, die auch schon Gegenstand der Vernehmungen waren.
- 4.5.3. Insbesondere ist der „Abstand“ zwischen dem Fixangebot der UniCredit Bank Austria von 0,398 % gegenüber 0,065 % der beklagten Partei auffällig hoch. Der Abstand beträgt exakt **0,333 %**. Da sich der Abstand auf die „Fixkomponente“ bezieht, ist auch die Gesamtdifferenz bezogen auf das Geschäft über 10 Jahre überschlagsmäßig quantifizierbar. Also muss der Unterschiedsbetrag von 0,333 % auf die 10 Jahre Laufzeit aufsummiert und im Bezug zum Nominal gesetzt werden. Es ergibt sich dabei eine absolute Differenz von **CHF 6,4935 Mio**. In Anbetracht dessen, dass der negative Anfangswert der Geschäftsstruktur – wie von mehreren Gutachtern bestätigt – ohnehin

bereits im Bereich von **EUR 20 Mio.** lag (siehe *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafakts, S. 363ff), verwundert dieses Angebot umso mehr.

- 4.5.4. Die gesamten Vorgänge lassen in der Zusammenschau eher darauf schließen, dass die UniCredit Bank Austria ein **prohibitiv ungünstiges Angebot** gemacht hat, von dem sie wusste, dass die Stadt Linz **dieses nicht annehmen würde**. Tatsächlich handelt es sich nämlich beim Resettable-Swap um eine Geschäftsstruktur, die – weil eben bei Status Anfang 2007 **marktunüblich** – von der UniCredit Bank Austria den Kunden gar nicht angeboten wurde und in dieser spezifischen Form und Formel auch weitgehend unbekannt war. Es gab daher auch **keine Freigabe** für den Vertrieb des Produkts. Selbst dem Zeugen Christoph Schulz, der nach seinen eigenen Angaben damals für den Public-Sektor in der UniCredit BA zuständig war, also eigentlich über einen ganz guten Überblick über marktgängige Produkte bei Gemeinden verfügen müsste, **war diese spezifische Formelstruktur nicht geläufig**. Das ergibt sich recht eindeutig aus den Telefonprotokollen vom 1. Februar 2007 in Beilage ./99. Laut Telefonprotokoll fragte Mag. Werner Penn folgendes an: „[...] *Da hab ich einen Swap bekommen, ich zahle fix 0,84 %, solange zu den Zinsfälligkeiten 2 Bankarbeitstage vor Valuta das EZB Fixing über dem Strike von 1,52 liegt*“. Mag. Penn beschreibt dann die Formel: „*P: 10 Jahre lang, ja und beim Fixing unter 1,52, 0,84 plus, 1,52 minus Fixing durch Fixing mal 100*“. Schulz antwortet darauf: „*Wie war das, 0,84 plus dem Kursverlust kann man sagen oder?* Penn: „*Ja, genau.*“ Schulz: „*Plus Kursverlust, okay*“. Weiter Schulz: „*Und kriegen tun Sie den 6er CHF-Libor aus der Konstruktion. Okay schau ich mir an*“. Penn: „*Und das zweite, das Ganze in variabel, da hab` ich genau dieselbe Konstruktion*“.
- 4.5.5. Dass Christoph Schulz das „Produkt“ nicht kannte, ergibt sich auch aus dem zweiten Telefonat vom 1.2.2007 (Gespräch von 16:39 – 16:42). Dabei erkundigte er sich **nochmals** wegen der Formel, da ihm diese ganz offensichtlich nicht „geheuer“ war („*Irgendwas stimmt da nicht*“). Christoph Schulz fragt dann sogar nach einem „Termsheet“, („*Haben Sie ein Termsheet oder was von dem?*“), woraufhin ihm Penn antwortete, er könne es ansagen, weil es in einem Mail stehen würde. Dass die Quotierung der UniCredit Bank Austria letztlich um so vieles schlechter ausgefallen ist, verwundert auf den ersten Blick auch insofern, als sich Christoph Schulz noch lt. Telefonprotokoll vom 1. Februar 2007 (Gespräch von 16:39 – 16:42) nach überschlagsmäßiger Berechnung wunderte und zum Besten gab, „*das muss besser sein, als Sie mir das gesagt haben*“.
- 4.5.6. Christoph Schulz war diese Art von Swaps offenkundig nicht geläufig, ansonsten hätte er sich nicht mehrmals explizit nach der Formel erkundigt. Christoph Schulz hat in den Gesprächen auch nicht etwa das Wort „Resettable“ oder Vergleichbares fallen lassen, was darauf schließen lassen würde, es handle sich um eine geläufige, oft verwendete Konstruktion. Aus der Antwort von Christoph Schulz auf die von Mag. Werner Penn am Telefon vorgeschlagene Formel ist auch ersichtlich, dass **Schulz selber die Wirkung nicht vollständig erfasst hat**: Insbesondere erkannte auch er **nicht**, dass es sich bei der Formel **nicht** um die Abrechnungsformel eines Kursverlusts einer **plain-vanilla** Option handelte („*Wie war das, 0,84 plus dem Kursverlust kann man sagen, oder?*“). Der tatsächliche „Kursverlust“ würde nur dann in der Formel abgebildet werden, wenn in der Formel durch den „**Strike**“ und nicht das „**Fixing**“ dividiert würde. Wenn aber selbst ein „Treasury-Experte“, wie Christoph Schulz, der nunmehr in leitender Position im Treasury bei der beklagten Partei tätig ist, damals nicht in der Lage war, **das Geschäft richtig zu deuten**, stellt sich die Frage, wie dies die Stadt Linz hätte bewerkstelligen sollen.

- 4.5.7. Der Abrechnungsbetrag einer „Standardoption“ (plain vanilla Option) entspricht **tatsächlich** dem Wechselkursverlust (siehe die Darstellung im Gutachten *Imo*, ON 129 des Strafaktes, Seite 201 unten, gerechnet am Beispiel eines Fixing Kurses von EUR/CHF 1,30; der Auszahlungsbetrag = $[(1,54 - 1,30)/1,54 * 100\%]$. Diese Abrechnungsformel hatte Schulz vor Augen, wenn er meinte „*plus Kursverlust*“. Tatsächlich liefert die Formel jedoch deutlich mehr Belastung als den „Kursverlust“ weil nicht durch den „Strike“ (im Beispielfall EUR/CHF 1,54), sondern durch das Fixing (im Beispielfall EUR/CHF 1,30) dividiert wird (siehe auch das Gegenbeispiel im Gutachten *Imo*, ON 129 des Strafakts, Seite 102, oben).
- 4.5.8. Wenn aber selbst Christoph Schulz, der Kommunalbetreuer der größten österreichischen Bank (vgl. Beilage ./31, S. 2), diese konkrete Struktur 2007 nicht parat hatte, dann ist auszuschließen, dass die UniCredit Bank Austria standardmäßig derartige Produkte im Angebot hatte, geschweige denn diese marktüblich waren. Bei seiner Einvernahme (Beilage ./31) vor der Staatsanwaltschaft Linz am 21. November 2012 behauptete er immer noch, die in der UniCredit BA angefragte Struktur sei eine „**Kombination aus einfachen „plain vanilla Optionen“ und einem Zinsswap**“ gewesen. Wenn Schulz vermeint, er habe mit dem E-Mail vom 12. Februar 2007 (Beilage ./18) eine Kombination aus einfachen plain vanilla Option und einem Zinsswap angeboten, irrt er sich noch immer.
- 4.5.9. Zum Beweis, dass die UniCredit Bank Austria derartige Resettable-Geschäfte im Jahr 2007 **nicht** im für den Treasury-Sales-Bereich freigegebenen Angebotsspektrum hatte und es sich keineswegs um marktübliche Geschäfte handelte, wird die Einvernahme des Zeugen Werner Lehner, p.A. Querstraße 3, 7000 Eisenstadt beantragt. Werner Lehner war damals als Kollege des Christoph Schulz in der UniCredit Bank Austria im Treasury-Sales tätig und kannte dementsprechend alle dort verwendeten gängigen Produkte und auch den Markt.
- 4.5.10. In der Zusammenschau der Fakten ist davon auszugehen, dass die „Quotierung“ der UniCredit Bank Austria vom 12. Februar 2007 ein Vorschlag war, der **planmäßig nicht angenommen** und umgesetzt werden sollte und dass es auch keine Freigabe, geschweige denn eine Derivatlinie in der notwendigen Höhe und den erforderlichen Rahmenvertrag für diese toxische Struktur in der UniCredit Bank Austria gab.

Beweis: Organigramm des UniCredit BA im Bereich "Treasury Sales", Beilage ./KKKKKKK;
Werner Lehner, p.A. Querstraße 3, 7000 Eisenstadt;

4.6. Keine Marktüblichkeit bei Einzelbetrachtung der Bausteine des Swap Geschäfts 4175

- 4.6.1. Die beklagte Partei vertritt die Auffassung, „Marktüblichkeit“ wäre deshalb gegeben, weil die Einzelbausteine des Swap-Geschäfts 4175 marktüblich waren (VBSS BAWAG, Punkt 1.2.5, Seite 94). Diese Schlussfolgerung ist unrichtig. Von Einzelkomponenten eines Derivatgeschäftes kann gerade nicht darauf geschlossen werden, dass die Summe von marktüblichen Einzelkomponenten per se ein marktübliches Geschäft wäre. Genau das **Gegenteil** ist der Fall: Gerade komplexe marktunübliche, also seltene **illiquide Produkte** zeichnen sich durch komplexe kombinatorische, im Einzelnen durchaus übliche Bausteine aus, woraus die Investmentbanken **auch ihre eigene Marge generieren**. Nach der These der

beklagten Partei wäre dann jedes Geschäft marktüblich, weil sich praktisch jede Derivatstruktur letztlich in liquide Einzelbausteine zerlegen lässt. Selbst Power-Put-Optionen lassen sich näherungsweise mit einem Portfolio von plain vanilla Optionen replizieren, was sich die beklagte Partei auch zu Nutze gemacht hat.

- 4.6.2. De facto lässt sich nämlich jede noch so komplexe Derivatstruktur auf liquide Einzelkomponenten zurückführen. Die Problematik besteht nur darin, dass der Kunde extrem viel know-how braucht, um ein solch komplexes Produkt zu analysieren und die Wirkung der Einzelkomponenten aufeinander zu verstehen. Bei einem solchen Begriffsverständnis der „Marktüblichkeit“ wäre es nicht notwendig gewesen, dieses einschränkende Merkmal in den Beschluss aufzunehmen, weil bei diesem Begriffsverständnis dann jegliche Einschränkung obsolet gewesen wäre. Aber selbst bei einer Betrachtung nur der Einzelkomponenten ist das Swap-Geschäft 4175 nicht marktüblich. Die Swap-Formel verkörpert 21 geschriebene (exotische) Power-Put EUR/CHF Optionen, mit gestaffelten Fälligkeiten von bis zu 10 Jahren. Sind schon plain-vanilla-Optionen mit derart langen Laufzeiten nicht besonders marktüblich, so trifft dies für Power-Put-Optionen umso mehr zu. Aus dem Blickwinkel des Jahres 2007 war es definitiv nicht marktüblich, dass Gemeinden (ungedekte) Power-Put-Optionen als Stillhalter verschreiben.
- 4.6.3. Genauso wenig wie – allenfalls marktübliche – Einzelkomponenten ein zusammengesetztes Geschäft marktüblich machen, wird ein Geschäft marktüblich, weil das „Währungsrisiko“ marktüblich gewesen sein soll (so die Argumentation in VBSS BAWAG, Punkt 1.2.3., Seite 93). Die beklagte Partei vertritt dabei die (bemerkenswerte) These, die geringe Bedeutung des EUR/CHF Risikos sei „allgemeine Marktpraxis“ gewesen und das Swap-Geschäft 4175 deshalb marktüblich. Damit will die beklagte Partei offenbar darauf abzielen, dass 2007 CHF Fremdwährungskredite von einigen Gemeinden genutzt wurden. Dass das Risiko eines Fremdwährungskredits mit dem Swap-Geschäft 4175 in quantitativer Hinsicht nicht zu vergleichen ist, hat die Stadt Linz in ihrem vorbereitenden Schriftsatz (Punkt II., Z 4.15.) bereits ausführlich aufgezeigt. Dass Fremdwährungskredite in CHF 2007 möglicherweise marktüblich waren, mag zutreffen, die Marktüblichkeit des Swap-Geschäfts 4175 besteht jedoch genau darin, dass dieses Risiko im Wege der 21 hinter der Formel stehenden Optionen **mehrfach gehebelt** wird, sodass sich das Swap-Geschäft vergleichbar mit einem Leerverkauf von über EUR 1 Mrd. darstellen lässt (vgl. *Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, ON 102 des Strafakts, Seiten 15/16).

4.7. Keine Marktüblichkeit des Swap Geschäfts 4175, weil vorgeblich „maßgeschneiderte Lösung“

- 4.7.1. Die beklagte Partei versucht die „Marktüblichkeit“ dadurch zu konstruieren, dass das Swap-Geschäft 4175 in seiner konkreten Ausgestaltung in einem Diskurs zwischen der Mitarbeiterin Iris Sahinoglu und Mag. Werner Penn entstanden wäre (VBSS BAWAG, Punkt 1.2.4, Seite 94). „Maßgeschneiderte Lösungen“ wären quasi immer marktüblich (VBSS BAWAG, Punkt 1.2.1, Seite 94).
- 4.7.2. Dabei übersieht die beklagte Partei, dass es nur darauf ankommen kann, welche Geschäfte vom Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gedeckt waren. Der Gemeinderat der Stadt Linz hat sich **mit Sicherheit nicht** das Swap-Geschäft 4175 „maßschneidern“ lassen, im Gegenteil, derartige Abschlüsse wollte der Gemeinderat mit der Beschlussformulierung **verhindern**. Es liegt im Wesen von OTC-Geschäften, dass diese in letzter Konsequenz **individualisiert**, also auf den Kunden und das

Grundgeschäft abgestimmt sind. Würde man die These der beklagten Partei zu Ende denken, wäre jedes auch noch so exotische Derivatgeschäft letztlich „marktüblich“, wenn es nur durch den Abschluss „individualisiert“ wurde.

- 4.7.3. Im Zusammenhang mit dem von der beklagten Partei bemühten Vergleich von „Zwerg & Hüne“ (VBSS BAWAG, Seite 91; Nicht alles was hinkt ist allerdings ein tauglicher Vergleich) ist anzumerken, dass es in der „Schneiderei“ wohl eher darauf ankommt, was man unter einem „marktüblichen Schnitt“ versteht. Wenn man schon alleine auf die „Größe“ abstellen und Vergleiche anstellen will, dann verkörpert das Swap-Geschäft 4175 wohl eher einen Anzug, der ursprünglich für den Hünen, nämlich Investmentbanken, geschneidert wurde, was den Schneider aber nicht daran hinderte, ihn dem Zwerg zu verkaufen und ihm zu erklären, es sei ein neuer ihm perfekt passender „*modischer Schnitt*“.

4.8. Zur generell fehlenden „Optimierungseigenschaft“ des Swap Geschäfts 4175

- 4.8.1. Einleitend ist festzustellen, dass die beklagte Partei **praktisch keine neuen Argumente** zur Thema „Optimierung“ bringt, welche die Stadt Linz nicht bereits im eigenen vorbereitenden Schriftsatz (Punkt II., Z 4.1. – 4.11.) widerlegt hätte.
- 4.8.2. Die Ausführungen der beklagten Partei zur vorgeblich erzielten „Optimierung“ basieren auf einem prozessmotivierten Unverständnis des tatsächlichen Risikos des Swap-Geschäfts 4175, aus ex ante Sicht, welches schließlich auch schlagend wurde: In Punkt 2.1. ihres vorbereitenden Schriftsatzes (Seite 99) versteigt sich die beklagte Partei gar in die Beurteilung, dass ein aus „*ex ante Sicht undenkbares Restrisiko-Szenario*“ vorlag. Diese Behauptung ist wohl schon in Anbetracht der Währungsentwicklung EUR/CHF seit 1960 (vgl. Beilage /FFFFFF) klar widerlegt.
- 4.8.3. Die beklagte Partei vermeint, der historische Verlauf des CHF könne mit „*sehr hoher Wahrscheinlichkeit in die Zukunft projiziert werden*“ (VBSS BAWAG, Punkt 1.2.6., Seite 97). Projiziert man die langfristige Entwicklung EUR/CHF aus dem Blickwinkel des Jahres 2007 in die Zukunft, war ein Durchschlagen des Strikes von 1,54 und damit das Auslösen hoher Zinszahlungsverpflichtungen in Anbetracht der langen Laufzeit des Geschäfts sogar überaus **wahrscheinlich**. Es entsprach den Analystenmeinungen (vgl. exemplarisch dazu die Beilage /GGGGGG), dass ein großes Gefahrenpotenzial bestand, der Schweizer Franken werde sich in absehbarer Zeit in Richtung „*fair value*“ nach „Zinsparitäten“ bewegen und damit **verstärken**, und es war zusätzlich zu befürchten, dass wegen der „*carry trades*“ bei Verringerung der Zinsdifferenzen bzw. Absinken des Zinsniveaus auch **eine abrupte Korrektur in Richtung stärkeren CHF möglich ist**.
- 4.8.4. Die beklagte Partei kann sich bei ihren Ausführungen, wie günstig der Swap 4175 durch seine angebliche „Risikoverteilung“ wäre, nur auf den Gutachter Prof. Mark Warenburg stützen (VBSS BAWAG, Seite 101). Dieser zeichnet sich aber vor allem dadurch aus, dass seine „Bewertungen“ im Vergleich zu allen anderen bisher betrauten Gutachtern **ausreißen** und das selbst bei rein technischen Betrachtungen, wie der Bewertung des Anfangswertes (vgl. nur die Gegenüberstellung im Gutachten Imo ON 129 des Strafaktes, Seite 363: „*Die Bewertung von Prof. Warenburg geht von unzutreffenden und unzulässigen Modellannahmen aus, sodass die berechneten Werte unrichtig sind*“).

- 4.8.5. Hinzuweisen ist auch darauf, dass sich Dr. Christian Imo in seinem Gutachten intensiv genau mit jenen Thesen befasst, welche die beklagte Partei in ihrem vorbereitenden Schriftsatz zum Thema Risikoverteilung und Wahrscheinlichkeiten aufbauend auf Prof. Wahrenburg bemüht. Diese „Thesen“ werden im Gutachten ON 129 Seite 287 Stück für Stück widerlegt: Beispielhaft: S. 321: *„Die Darstellung von Prof. Wahrenburg in seinem Gutachten vom 18.8.2011, wo er auf S. 27, 28 resümiert ... ist unzutreffend“*; S. 300: *„Es ist daher nicht nachvollziehbar wie Prof. Wahrenburg trotz seiner Kenntnis [...]“*; S. 299: *„Der Bewertungsansatz von Prof. Wahrenburg ist in ... schon grundsätzlich unzutreffend“*.
- 4.8.6. Wenn eine Bank außerdem für ein einzelnes Geschäft **EUR 25 Mio.** Derivate(Kredit-)linie zur Abbildung erwartbarer Verluste einräumt (vgl. Beilage ./JJ2), dann geht sie von einem **hohen zusätzlichen Risiko** aus, mag sie damit das tatsächliche Risiko auch selbst noch weit unterschätzt haben.
- 4.9. Zur angeblich fehlenden Relevanz des negativen Anfangswerts für die Marktüblichkeit**
- 4.9.1. In ihrem vorbereitenden Schriftsatz hat die Stadt Linz bereits aufgezeigt, dass dem anfänglich negativen Marktwert sehr wohl auch unter dem Blickwinkel „Marktüblichkeit“ wesentliche Bedeutung zukommt (vgl. diesbezügliches Vorbringen zur „Optimierung“, VBSS Stadt Linz, Punkt II., Z 4.5.). Das Swap-Geschäft 4175 hatte einen negativen Anfangswert von ca. **EUR 20 Mio.** (vgl. Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes, Seite 363).
- 4.9.2. Derivatgeschäfte, die dermaßen hohe negative Anfangswerte, wie das gegenständliche Swap-Geschäft 4175, aufweisen, können per se nicht „marktüblich“ sein. Die beklagte Partei dagegen versucht prozessmotiviert die Relevanz des negativen Anfangswerts herunterzuspielen, und meint, dieser sei ohne jede Relevanz für die Marktüblichkeit (VBSS BAWAG, Punkt 1.2.7, Seite 97). Tatsächlich ist der negative Marktwert in vielerlei Hinsicht, vor allem in der Risikoausgestaltung relevant. Ein Geschäft, welches **dermaßen unausgewogen** ausgestaltet ist, dass selbst § 934 ABGB zum Tragen kommt (siehe bereits Klage der Stadt Linz, S. 46) kann wohl kaum „marktüblich“ sein. Der Gesetzgeber hat in § 934 ABGB direkt positivierte Bedenken gegen derartige unübliche Geschäfte zum Ausdruck gebracht.
- 4.9.3. Ein unangemessener Barwertnachteil zu Beginn einer Derivatetransaktion (negativer Anfangswert) impliziert, dass die **eingegangenen Risiken nicht entsprechend vergütet wurden**. Dies hat zur Folge, dass die betreffende Optionsstruktur entweder eine **höhere Upfront-Zahlung** an Stadt Linz erforderte, oder das Geschäft mit einem **abgeschwächten Risikoprofil** auszustatten war. Die Stadt Linz hätte bei einem fair ausgestalteten Geschäft beachtliche **„Negativzinsen“** erhalten müssen, der Fixzinssatz hätte (ceteris paribus) **deutlich unter 0,065%** (auch unter „0“) angesetzt werden müssen bzw. es hätte der Strike von 1,54 **deutlich herabgesetzt werden können**. Das Risiko der Transaktion hätte daher **massiv reduziert werden können**, wäre das Geschäft nicht **bereits bei Abschluss** dermaßen mit einem negativen Anfangswert belastet gewesen. Die Risikoreduktion hätte auch erfolgen können, indem entweder ein oder mehrere Parameter wie Laufzeit, Strike, Barrier verändert werden, und/oder die Optionsauszahlung (Pay Off Profil), beispielsweise, über einen **EUR/CHF Put-Spread gedeckelt** wird, um das Risiko von **vornherein zu begrenzen** („Risiko Cap“).

4.10. Keine Marktüblichkeit und keine Optimierung unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeitsberechnungen der beklagten Partei

- 4.10.1. Die beklagte Partei beruft sich in ihrem vorbereitenden Schriftsatz (VBSS BAWAG, Punkt 1.2.6., Seite 96) darauf, dass zur damaligen Zeit (gemeint Februar 2007) der antizipierte Verlauf des EUR/CHF neutral/seitwärts und das damals bekannte *worst case* Szenario ein Kurs von rund EUR/CHF 1,44 gewesen sei. Die Eintrittswahrscheinlichkeit für einen Kurs EUR/CHF von 1,20 sei vernachlässigbar gering, weil unter **5%** gelegen.
- 4.10.2. Diese Betrachtung ist unrichtig. Schon die Grundannahme, EUR/CHF sei zum Abschlusszeitpunkt bezogen auf die Laufzeit des Geschäfts von 10 Jahren „neutral/seitwärts“ gesehen worden, ist in Anbetracht der Zins- und Kaufkraftparitäten sowie der Forward-Kurse unhaltbar (siehe dazu bereits VBSS Stadt Linz, Punkt II., Z 4.7.). Der Kurschart (Beilage./FFFFFF) veranschaulicht deutlich, dass dem Zinsvorteil in CHF eine **relativ stetige Aufwertungstendenz** gegenüber steht, die sich auch in den *forward*-Kursen niederschlägt (siehe auch Beilage ./QQQQQQ).
- 4.10.3. Die beklagte Partei legt nicht offen, wie sie die vorgebliche Eintrittswahrscheinlichkeit von „5%“ berechnet. Für die Wahrscheinlichkeit spielt die zugrunde gelegte **Verteilungsfunktion** eine wesentliche Rolle. Es besteht Grund zur Annahme, dass die beklagte Partei auch in dieser Richtung auf Prof. Mark Wahrenburg zurückgegriffen hat, dessen Annahmen allerdings sowohl von Prof. Martin Janssen als auch Dr. Christian Imo klar widerlegt sind (vgl. Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafakts, Seite 289).
- 4.10.4. Außerdem zieht die beklagte Partei willkürlich den Kurs von „EUR/CHF 1,20“ zur Beurteilung der Wahrscheinlichkeit von „5%“ heran und übersieht dabei, dass die Swap-Formel schon relativ knapp bei Unterschreiten des Strike-Kurses von 1,54 zu hohen Zinsbelastungen führt. Dies hängt mit der **Konvexität des Auszahlungsprofils** der 21 Power-Put-Optionen zusammen. Die beklagte Partei lässt bei ihren Betrachtungen vor allem außer Acht, dass bei einem Kurs von EUR/CHF 1,44 für das Swap-Geschäft 4175 bereits ein Negativbetrag von **ca. EUR 100 Mio.** als Barwert zu Buche steht. (Bewertung der beklagten Partei vom 31. Mai 2010: EUR 99,616 Mio. bei Kurs EUR/CHF 1,44; siehe auch Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafakts, Seite 241).
- 4.10.5. Nach der eigenen Bewertung der beklagten Partei etwa per 28. November 2008 ergab sich sogar bei einem EUR/CHF-Kurs von 1,54 (also direkt am „Strike“) bereits ein negativer Barwert von **EUR 54.393.076,42** (vgl. Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes, Seite 224). Die Eintrittswahrscheinlichkeit für das Durchschlagen eines solchen Kurses von 1,54 war aus dem Blickwinkel von Februar 2007 schon über einen nur kurzfristigen, zukünftigen Betrachtungszeitraum als **hoch** einzuschätzen. Bereits ein solches wahrscheinliches Szenario führte daher **zu Millionenverlusten** im Barwert.
- 4.10.6. Die besondere Problematik des Swap-Geschäftes 4175 besteht aber vor allem darin, dass es sich aufgrund der hinter der Formel stehenden 21 exotischen Optionen um eine **dermaßen aggressive Struktur handelt**, die auch über *Stop-Loss* nicht vernünftig in den Griff zu bekommen und für eine Gemeinde **untauglich** ist (*Janssen*, Gutachten vom 15. August 2012, ON 116 des Strafakts, Seite 23; eingehend dazu Punkt IV. Z 1.3.12 der Replik).

5. Das Fehlen der aufsichtsbehördlichen Genehmigung

Die Stadt Linz hat in ihrem vorbereitenden Schriftsatz vom 12. Juli 2013 unter Punkt II. Z 7 die Notwendigkeit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung und deren Fehlen ausführlich dargelegt. Dabei wurden alle Themen, die die beklagte Partei in ihrem vorbereitenden Schriftsatz behandelt, bereits erörtert. Die Stadt Linz kann also auf ihre Ausführungen in VBSS Stadt Linz, Seite 87ff verweisen. Ergänzend vorgelegt wird aber das von der Stadt Linz in Vorbereitung des Rechtsstreits eingeholte Gutachten der Universitätsprofessoren Dr. Michael Holoubek, Dr. Georg Lienbacher und DDr. Michael Potacs, Rechtsgutachten zur gemeindeaufsichtsrechtlichen Beurteilung eines Swap-Geschäfts nach § 78 Abs 1 Z 2 Stadtstatut Linz vom April 2011. Die darin erfolgten Rechtsausführungen bestätigen die Stadt Linz darin, dass das Swap-Geschäft 4175 einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurft hat.

Beweis: Rechtsgutachten von Univ. Prof. Dr. Holoubek vom April 2011, Beilage ./VVVVVVV;

6. Organisationaufbau und Produkteinführung bzw. Produktbeschreibung

6.1. Grundsätzliches

6.1.1. Der beklagten Partei wurde in der Verhandlung vom 24. Mai 2013 der gerichtliche Auftrag erteilt, den Organisationsaufbau darzustellen und vor allem anzugeben, wer für die Produktentwicklung bzw. die Konzeptionierung des Swap-Geschäfts 4175 verantwortlich war und wer für den Geschäftsabschluss und die laufende Durchführung des Geschäftes zuständig gewesen ist.

6.1.2. Die beklagte Partei ist dem gerichtlichen Auftrag nur unzureichend nachgekommen: Zur Offenlegung der „Produkteinführung“ (VBSS BAWAG Punkt VII., Seite 2) bezieht sich die beklagte Partei nur auf die Beilage./206. Das Organigramm soll in Beilage./204 die innere Struktur im Jahr 2007 wiedergeben. Beilage ./205 soll sich als Aufstellung jener Bereiche verstehen, die in concreto eingebunden waren.

6.1.3. Im Formular Beilage./206 werden zahlreiche Kürzel verwendet, die offensichtlich interne **Zuständigkeiten** beschreiben sollen. Auffällig ist dabei, dass dieses Dokument anscheinend im Modus „Änderungen nachverfolgen“ bearbeitet wurde und außerdem mit **11. Juli 2013 datiert** ist, sodass Zweifel bestehen, ob es sich tatsächlich um jene Urkunde handelt die aus Anlass der Produkteinführung des Swap-Geschäfts 4175 erstellt wurde. Aus Beilage./206 geht hervor, dass folgende Stellen mit der Produkteinführung befasst waren:

1. TR (= *Treasury und Investmentbanking*, Mag. Philip Reading, vgl. Beilage./204)
2. TRTF (das ist der „*Treasury-Bereich FX*“, also Fremdwährungen/Devisen)
3. TRTL (das entspricht dem Bereich „*Lange Zinsen*“ als Unterabteilung des *Treasury und Investmentbanking* laut Beilage ./204) sowie
4. TRT4 (das ist die Subabteilung *Treasury Sales* unter *Treasury und Investmentbanking*; vgl. Beilage./204)
5. TRTB (das ist die Subabteilung „*Geldmarkt*“ unter *Treasury und Investmentbanking*; vgl. Beilage./204)

- 6.1.4. In die „Risikoanalyse“ sollen nach diesem Dokument die Stellen „MR“, „MB“, „MH“, „COR“ und „TA“ eingebunden gewesen sein. Der Bereich „MR“ entfällt laut Organigramm, Beilage./204, auf **Mag. Stefan Jezl**. Unerwähnt bleibt in der Darstellung der beklagten Partei allerdings, dass auch der Bereich „COR“, also das „**Risiko-Controlling**“, laut Beilage./204 unter der Verantwortung von **Mag. Robert Schatzer** eingebunden gewesen sein muss. Beim „Controlling“ handelt es sich um Verantwortlichkeiten unter dem Generaldirektor-Stellvertreter Dr. Stephan Koren, wie sich aus Beilage./204 ergibt.
- 6.1.5. Wofür das Kürzel „MH“ steht, das offensichtlich ebenfalls eine Zuständigkeit markieren soll, lässt sich selbst in der Zusammenschau mit Beilage./204 nicht zweifelsfrei klären. Die Stelle „COR“ war für das **Ertrags-Reporting zuständig** und folglich ebenfalls eingebunden. Dem Bereich *Controlling* dürfte auch eine maßgebliche Rolle zuerkannt worden sein, immerhin sollte diese für den Bereich der **Risikoanalyse und für das Risiko- und Ertrags-Reporting** mitverantwortlich sein. Gerade die Ertragskomponente des Swap-Geschäftes 4175 musste in Anbetracht des damals bereits laufenden Projekts der Ertragssteigerung im Geschäft mit Kommunen (Projekt „Hermes“, Beilage ./100 unten) eine entsprechend wichtige Rolle gespielt haben. Auf Grund des genuinen Zwecks der Gewinnsteigerung, müssen die Fäden im Controlling (COR) zusammengelaufen sein. Vorbehaltlich weiterer einzuvernehmender Zeugen wird aus dem Bereich „Controlling“ laut Beilage ./204 vorerst nur die **Einvernahme von Mag. Robert Schatzer** beantragt.
- 6.1.6. Weil sich beim Geschäft mit Kommunen, wie im Vorstand diskutiert wurde (Vorstandsprotokoll, Beilage ./100), zahlreiche rechtliche Risiken ergaben, die zwar erkannt, aber um den Ertrag zu steigern, damals in Kauf genommen wurden, ist davon auszugehen, dass auch **Dr. Uta Kraft**, die damals verantwortliche **Leiterin der Rechtsabteilung**, beim Produkteinführungsprozess und der Festlegung der notwendigen Voraussetzungen bei Geschäftsabschlüssen mit Kommunen eingebunden war. Im Hinblick „Dokumentation“ der Swap-Geschäfte nach Bauart 4175 wurde in Beilage ./206, Seite 4 außerdem angeordnet, dass ein Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte **inklusive FX-Anhang (Anhang für Optionen**, vgl. Beilage ./1) abgeschlossen sein muss. Da es sich hierbei ebenfalls um einen juristischen Aspekt handelt, muss eine Abstimmung mit der Rechtsabteilung erfolgt sein. Dr. Uta Kraft wird auch erklären können, welche konkreten **Unterschriftenerfordernisse** etwa für den FX-Anhang bei Gemeinden bestanden haben, da dieses im Original – bekanntlich – **nicht** die Unterschrift des Bürgermeisters trägt.
- 6.1.7. Das Gericht hat der beklagten Partei gemäß Protokoll vom 24. Mai 2013 einen umfassenden Auftrag erteilt, die mit dem Swap 4175 in der Bank beschäftigten Personen bekanntzugeben und auch deren Funktion und Stellung in der Organisation zu beschreiben. Dazu zählen auch jene Experten der Treasuryabteilung, welche die Eindeckungen der Zins- und Devisengeschäfte im Markt vornehmen, die Margen kalkulieren und das „financial engineering“ für das Swap-Geschäft 4175 vorgenommen haben. Das ist nicht die Aufgabe der Vertriebsmitarbeiter („TRT4 Treasury Sales“) wie Iris Sahinoglu und Mario Tieff. Wie sich aus dem diversen Mailverkehr ergibt, waren auch noch anderen Experten der beklagten Partei mit dem Swap 4175 und den Kalkulationen befasst. Den hochqualifizierten Mitarbeitern aus der Treasuryabteilung der beklagte Partei, vor allem am „Handelsdesk“ der Bank war schon bei Abschluss klar, dass es sich beim Swap Geschäft 4175 um eine Struktur handelte, die bei nur geringer Veränderung der Volatilität im CHF **eine massive**

Schieflage produzieren und für die Stadt Linz und deren technische Ausstattung völlig unsteuerbar werden würde und zwar bereits bei Kursen vor Erreichen des Strikes von 1,54. Es handelt sich dabei um jene Personen, die – anders als Herbert Auer –im Dezember 2008 und davor natürlich wussten, dass es ohne weiteres möglich ist, noch positive Cash Flows aus einem solchen Geschäft wie dem Swap-Geschäft 4175 zu generieren, obwohl die Bewertung bereits mit EUR 100 Mio im Minus liegt (siehe Mail Herbert Auer an Friedrich Hessenberger, Beilage ./SS).

- 6.1.8. In diesem Sinne wird daher auch **a n g e r e g t**, das Gericht möge der beklagte Partei auftragen **konkret** bekanntzugeben, welche Mitarbeiter das Geschäft kalkuliert, strukturiert und schließlich die Eindeckung im Markt vorgenommen haben. Das Organigramm Beilage ./205 ist insofern unergiebig.
- 6.1.9. In rechtlicher Hinsicht ist die Einvernahme dieser Bankmitarbeiter von wesentlicher Bedeutung, weil sich die beklagte Partei das Fachwissen dieser Mitarbeiter zurechnen lassen muss. Diese Mitarbeiter wussten aufgrund ihrer besonderen Qualifikation, dass das Swap Geschäft 4175 für eine Gemeinde zur Optimierung der Schulden tatsächlich gänzlich **ungeeignet** und auch nicht **marktüblich** war. Die beklagte Partei konnte daher kein Vertrauen auf die Gültigkeit des Geschäfts im Lichte der Vorgaben den Gemeinderates haben (siehe dazu bereits im VBS der Stadt Linz Seite 86, 87).
- 6.1.10. Beantragt wird daher auch die Einvernahme von **Johannes Nagy** und von **Manfred Rack**. Johannes Nagy bekleidet in der beklagte Partei die Funktion des „*Deputy Head of FX-Cash and Derivatives*“, **Manfred Rack** ist „*Deputy Head of FX Spot and Option bzw. Senior Trader FX-Option*“. Die Beantragung von weiteren Zeugen aus der Treasuryabteilung der beklagten Partei bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Beweis: Mag. Robert Schatzer, p.A. der beklagten Partei;
Dr. Uta Kraft, p.A. der beklagten Partei;
Johannes Nagy p.A. der beklagten Partei;
Manfred Rack, p.A. der beklagten Partei;

6.2. Zur Produkteinführung im Speziellen (VBSS BAWAG, Punkt VII., Z 2.)

- 6.2.1. Der Prozess zur Produkteinführung ist laut beklagter Partei am Tag vor Abschluss des Swap I (= Swap 3976) abgeschlossen worden. Die beklagte Partei beruft sich in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Beilage ./206, obgleich diese Urkunde das Datum 11. Juli 2013 trägt und offensichtlich seit 2006 **verändert** wurde, sofern ihr Ursprung überhaupt im Jahr 2006 liegt.
- 6.2.2. Die beklagte Partei hat bis jetzt noch **kein Vorbringen** zur Produkteinführung **des Swap II** erstattet, sondern sie beruft sich ausschließlich auf einen Produkteinführungsprozess, der tatsächlich **ein anderes Geschäft**, nämlich konkret das Swapgeschäft mit der Ref.Nr. 3976 vom 26. September 2006 (Swap I) betreffen soll. Zwischen dem Swap 3976 (Swap I) und dem Swap 4175 (Swap II) bestehen jedoch **wesentliche Unterschiede** (dazu sogleich). Das Vorbringen der beklagten Partei vor dem Hintergrund des Gerichtsauftrages, der unzweifelhaft das Swap-Geschäft 4175 betroffen hat, und dem Inhalt der Urkunde Beilage ./206 kann nach objektivem Verständnis nur bedeuten, dass für das Swap-Geschäft 4175 **überhaupt kein eigener Produkteinführungsprozess abgeführt wurde, vor allem aber, dass für dieses Geschäft überhaupt keine eigene Produktbeschreibung existiert**. Dies ist deshalb von wesentlicher Bedeutung, weil sich die beiden Produkte in

maßgeblichen Punkten, vor allem im Risiko, deutlich unterscheiden: Differenzen bestehen bereits in der „Grundstruktur“: Beilage./206 beschreibt einen Zinsswap „variabel/variabel zwischen Bawag P.S.K. und Kunden“. Beim Swap-Geschäft 4175 handelt es sich jedoch nicht um einen solchen Swap variabel gegen variabel, sondern es ist der Zinssatz der Stadt Linz (des Kunden) abseits der „FX-Komponente“ **fixiert** auf den Satz von 0,065%. Dem gegenüber besteht beim Swap 3976 die Abwicklungsmechanik, dass der Kunde von der beklagten Partei „*EURIBOR Flat*“ erhält und dagegen „*EURIBOR minus Faktor X*“ bezahlt. Dies entspricht auch der tatsächlichen Darstellung des Swap 3976 in Beilage./2, Seite 2 („6M-EURIBOR minus 160 BP (Basispunkte)). Durch die einseitige Fixzinskomponente ist die Mechanik beim Swap-Geschäft 4175 daher um einen **weiteren Aspekt** angereichert.

- 6.2.3. Abgesehen von der Grundmechanik in der „Zinsswap-Komponente“ besteht jedoch noch ein zweiter, **ganz wesentlicher Unterschied**. Vertragswährung des Swap 3976 sind **EUR** (vgl. Beilage./2, Seite 1). Das Nominal sind **EUR 20 Mio.** Demgegenüber ist die Vertragswährung des Swap-Geschäfts 4175 **CHF**, das Nominal sind somit **CHF 195 Mio.** Ein weiterer, mit der Vertragswährung des Nominal zusammenhängender, Unterschied besteht darin, dass der Swap 3976 korrespondierend auf **Basis EURIBOR** berechnet wird, während beim Swap 4175 die beklagte Partei den **6M-CHF-LIBOR** bezahlt.
- 6.2.4. In der Risikobetrachtung und -beurteilung ergibt sich hieraus ein gravierender Unterschied: Die Zinsen müssen beim Swap-Geschäft 4175, anders als beim Swap 3976, **in „CHF“** geliefert werden. Damit ergibt sich in kumulativer Betrachtung zur bestehenden Anleihe ein **dreifaches CHF-Risiko**:
- einmal in der Anleihe selbst,
 - einmal ausgedrückt in einem **hohen prozentuellen Zinssatz** bezogen auf das hohe Nominal durch die Formel und schließlich
 - in der **Lieferverpflichtung des hohen prozentuellen Zinssatzes in CHF.**
- 6.2.5. Beim Swap 3976 war das dritte Risiko überhaupt nicht gegeben. Dieses Risiko war auch bei den Resettable - Geschäften der RLB nicht gegeben, auf welche sich die beklagte Partei zur angeblichen Marktüblichkeit beruft, weil diese sämtliche auf EUR lauteten. Auch Schabe, Ley & Greiner (Gutachten vom 10. August 2012, ON 116 des Strafaktes, Seiten 5 und 6) kehren diesen Umstand als „wichtig“ hervor, und hinterlegen dies auch mit Beispielrechnungen.
- 6.2.6. Aus diesen vergleichenden Überlegungen heraus muss sich zwangsläufig auch bei der **Kreditrisikoanrechnung**, die in Beilage./206 ausdrücklich angesprochen wird, ein **signifikanter Unterschied ergeben** haben. Ausgehend von der Kreditrisikoanrechnungsbeschreibung in Beilage./206 und weiter ausgehend von einem Nominal von CHF 195 Mio. unter Zugrundelegung der auf Seite 2 angegebenen **7,5%** (auf das Nominal), zusätzlich zu einem allfälligen positiven Marktwert, wäre ein Risikolimit im Gegenwert von **CHF 14,62 Mio.** für das Swap-Geschäft 4175 erforderlich gewesen. Tatsächlich wurde für das Swap-Geschäft 4175 aber von vornherein intern **ein weitaus höherer Wert veranschlagt** (freilich ohne die Stadt Linz davon zu informieren), nämlich **EUR 25 Mio** (siehe nur die Beilage./JJJ2). Berücksichtigt man weiters, dass der Kurs EUR/CHF damals in der Gegend von EUR/CHF 1,60 stand, würde sich unter Zugrundelegung der Kalkulation aus ./206, S.2 nur eine Kreditrisikoanrechnung für das Swap-Geschäft 4175 von **EUR 9,14 Mio.**, also weitaus weniger, als letztlich für das Swap-Geschäft 4175 angesetzt wurde. Wie

es scheint, war der beklagten Partei zumindest in Bereich „MR“ bei Abschluss klar, dass dieser risikomäßig aus ganz anderem Holz geschnitzt war.

- 6.2.7. Die klagende Partei r e g t daher an, der beklagten Partei seitens des Gerichts zur Klarstellung aufzutragen, sich zu deklarieren, **ob für das Swap-Geschäft 4175 überhaupt eine eigene, tatsächlich passende, Produktbeschreibung korrespondierend zur Beilage ./206 erstellt wurde.** Falls der Produkteinführungsprozess tatsächlich so „*vorbildlich*“, wie von der beklagten Partei auf S 116 wörtlich hervorgestrichen, war, ist **unvorstellbar**, dass das Swap-Geschäft 4175 nicht gesondert eingeführt wurde.
- 6.2.8. Die beklagte Partei beruft sich auch darauf, die Struktur des Swap-Geschäfts 4175 und auch des Swap 3976 sei von der Stadt Linz selbst angestoßen worden. Die beklagte Partei habe sich rein in der Position des Abwicklers befunden (vgl. bereits oben; dies entspricht auch der Aussage des Vorstandsvorsitzenden Haynes). Dass derlei Behauptungen offensichtlich unrichtig sind, ergibt sich einmal mehr aus der Beilage./206. Dort wird auf Seite 2 für die Gruppe TRT4 (das ist laut Organigramm, Beilage./204 die Subabteilung *Treasury Sales* unter *Treasury und Investmentbanking*, der auch Iris Sahinoglu angehörte) **von zumindest drei bis vier Abschlüssen pro Jahr (!)** ausgegangen. Schon insofern, und auch aufgrund des definierten Geschäftsziels (*BAWAG P.S.K. sollte für Kunden aus den Bereichen Corporates und öffentliche Hand entsprechende Produkte anbieten können*) wird die beklagte Partei wohl kaum die Stadt Linz als einzigen potentiellen Kunden ins Auge gefasst haben. Das Projekt „Hermes“ zielte per se genau auf das Gegenteil ab. Der Bereich „Corporates“ betrifft Unternehmen, welche die beklagte Partei offensichtlich **ebenfalls für dieses Produkt im Auge hatte.**
- 6.2.9. Die Beilage ./206 ist auch in anderer Hinsicht von besonderem Interesse, weil sich die beklagte Partei auch in der Abwicklung nicht an die Vorgaben gehalten hat und vor allem durch die Beilage ./206 bestätigt ist, dass von vornherein kein vollständiger Hedge bei Abschluss geplant war, weil der „interne Hedge“ durch eine Serie von plain vanilla Optionen durchgeführt werden sollte, sodass klar war, dass bezüglich der konvexen Komponente der Formel **massives Interessenkonfliktpotenzial** drohte, weil damit – und auch durch den zeitlich verzögerten Hedge der Zinskomponente - **eine Wette gegen den Kunden aufgebaut wurde** (dazu näher unter Punkt IV., 7.).

7. Zusammensetzung des Klagsbetrags (VBS Punkt VII, Z 6)

7.1. Grundsätzliches

Der beklagten Partei wurde vom Gericht mit Beschluss vom 10. Juni 2013 aufgetragen, den Klagsbetrag **aufzuschlüsseln**. Die beklagte Partei hat in Punkt VII., Z 6.ff ihres vorbereitenden Schriftsatzes ein umfangreiches Vorbringen erstattet. Aus den Urkunden zu Beilagen ./79 sollen sich die „Aufwendungen“ der beklagten Partei ergeben. Der Verhandlungsgegenstand ist auf die Frage der Gültigkeit des Geschäfts eingeschränkt. Daher beschränkt sich die Stadt Linz bei den folgenden Ausführungen auf jene **Inkonsistenzen** und **Unschlüssigkeiten** der Darstellung, die **augenfällig** sind. Weiteres Vorbringen zur Höhe des Ersatzbegehrens der beklagten Partei behält sich die Stadt Linz ausdrücklich vor.

7.2. **Fehlende Schlüssigkeit in Anbetracht behaupteter „Wiedereindeckungsgeschäfte“, die in Wahrheit gar nicht existieren**

- 7.2.1. Voranzustellen und in Erinnerung zu rufen ist, dass die beklagte Partei anlässlich der Verhandlung vom 24. Mai 2013 erklärte, es handle sich beim Begehren der beklagten Partei in der Widerklage um einen **reinen Schadenersatz**, nämlich um die **konkreten Kosten der Schließung** der einzelnen Positionen, was von der beklagten Partei auch nachvollziehbar belegt werden könne. Es handle sich um die „**Wiedereindeckungsgeschäfte**“.
- 7.2.2. Die Schlüssigkeit des entsprechenden Klagsvortrages der beklagten Partei ist in Anbetracht der Ausführungen (VBSS BAWAG, Punkt VII. Z 6.) jedoch nicht mehr gegeben: Die beklagte Partei bezog sich noch in der Verhandlung vom 24. Mai 2013 wie protokolliert (s. Protokoll Seite 2) ausdrücklich auf **Wiedereindeckungsgeschäfte**. Mit dieser Prozessbehauptung lässt sich **nicht** in Einklang bringen, dass solche „Wiedereindeckungsgeschäfte“ **offenbar nicht tatsächlich abgeschlossen wurden**, sondern die beklagte Partei über weite Strecken schlicht und einfach „**Eigenbelege**“ produziert hat, **ohne dahinterstehenden Geschäftsabschluss**. Paradigmatisch sind dazu die Ausführungen in Punkt 6.4.2.: *„Put-Optionen für die Bandbreite an Strikes von 1,22 bis 0,42 wurden zum Teil nicht extern eingedeckt, sondern **bankintern dargestellt**.“* Von einem „Wiedereindeckungsgeschäft“ kann daher schon insofern **keine Rede sein**.
- 7.2.3. Ein „Geschäft“ ist nach herkömmlichem Verständnis eine Vereinbarung zwischen zwei Vertragspartnern über den Austausch von Gütern oder Dienstleistungen. Ein Wiedereindeckungsgeschäft „mit sich selbst“ ist denkunmöglich. Die beklagte Partei hat eine stattliche Anzahl von 79 derartigen Geschäften „mit sich selbst“ abgeschlossen und darüber Belege produziert (siehe nur die Beilagen ./79.2.1 ff, VBSS BAWAG, Seite 127 bis 131). Offenbar um die Unschlüssigkeit weiter zu kaschieren, spricht die beklagte Partei in der Darstellung dann auch von „*internen Put-Optionen*“, also Put Optionen, die sie „mit sich selbst“ abgeschlossen haben will. Eine Optionsvertrag ist indes ein **zweiseitiger Vertrag**.
- 7.2.4. Zu den (vermeintlichen) **Aufwendungen der beklagten Partei** (die beklagte Partei verwendet bei Punkt 6. schon im ersten Satz ausdrücklich das Wort „*Aufwendungen*“) ist daher festzuhalten, dass es sich keineswegs, wie noch in der Verhandlung vom 24. Mai 2013 verkündet, um die „Kosten von Wiedereindeckungsgeschäften“ handelt, sondern ein beträchtlicher Anteil der vorgeblichen „Geschäften“ auf **Eigenbelegen** basiert, denen gerade **kein** Zahlungsaufwand der beklagte Partei gegenübersteht (dies betrifft **sämtliche** vorgebliche Geschäfte des Punkt 6.4.2)..
- 7.2.5. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch folgende Aussage des Dr. Alexander Schall, Leiter der Rechtsabteilung der beklagten Partei vor dem Sonderkontrollausschuss: Dr. Alexander Schall antwortete auf die Frage, ob das Geschäft für die beklagte Partei im Februar 2007 erledigt war, sie also in Zukunft nichts mehr verdient hatte und insbesondere kein Gewinninteresse mehr hatte: *„Nein, das Gewinninteresse ist zu dem Zeitpunkt, wo wir unser Geschäft geschlossen haben – am 12. Februar – oder in den Tagen danach erledigt“*, sowie weiter: *„Das ist ein Kundengeschäft. Das handeln wir weiter. Wir sicher uns ab und damit ist es erledigt“* (Beilage ./EEEEEE26, Seite 27).
- 7.2.6. Mit diesen Aussagen ist die nunmehrige Darstellung der beklagten Partei, wonach ihre Forderung zu **einem beträchtlichen Anteil auf reinen Eigenbelegen ohne korrespondierenden Geschäftsabschluss** basiert (*„intern dargestellte Put-*

Optionen“), nicht in Einklang zu bringen. Wenn tatsächlich das Gewinninteresse zu dem Zeitpunkt, als das Swap Geschäft 4175 geschlossen wurde – am 12. Februar 2007 oder in den Tagen danach – erledigt gewesen sein soll, dann stellt sich die Frage, **warum die beklagte Partei nunmehr Kosten aus „internen Geschäften“ anhand von „Eigenbelegen“ verrechnet.** Wenn tatsächlich das Gewinninteresse der Bank mit Geschäftsabschluss erledigt gewesen sein soll,

- warum muss die beklagte Partei nunmehr auf „interne Tickets“ für die Darstellung zurückgreifen?
- warum hat die beklagte Partei zwecks Abrechnung nicht einfach jene Geschäfte, die am Tag des Abschluss als „Hedge Geschäfte“ eingegangen wurden (Optionen mit der Deutschen Bank AG und der Commerzbank AG) geschlossen? (Siehe dazu auch die Ausführungen *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes, Liste Seite 197 und 199 sowie ON 38 des Strafaktes, Beilage 8.23).

7.2.7. Vorbringen und Aufschlüsselung der beklagten Partei zur Höhe des angeblichen eigenen Schadens und der angeblichen Aufwendungen sind daher nicht nur in Ansehung des ursprünglichen Klagsvortrags in der Widerklage und den ergänzenden Ausführungen in der Verhandlung vom 24. Mai 2013 **unschlüssig**, weitere Widersprüche ergeben sich auch mit den Aussagen des Dr. Alexander Schall.

7.2.8. In der Widerklage (Seite 16) hatte sich die beklagte Partei noch darauf berufen, sie hätte mit **24** nationalen und internationalen Banken und Niederlassungen Derivat-Geschäfte zur Schließung des währungsindizierten Risikos vorgenommen. Auch diese Zahl lässt sich aus den nunmehr vorgelegten Urkunden (Beilage /79) und der „Aufschlüsselung“ nicht nachvollziehen, selbst wenn man die beklagte Partei auf Grund der „Eigenbelege“ mitzählt.

7.2.9. Weiters fällt auf den ersten Blick auf, dass die beklagte Partei nunmehr einen Betrag von EUR 418.003.793,16 aufschlüsselt, in der Widerklage jedoch einen Betrag von EUR 417.737.019,29 geltend macht.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens, insbesondere zur Frage, ob einer Bank unter Zugrundelegung der Belege 79.2.1 bis 79.2.79. der beklagten Partei tatsächlich Aufwendungen in der behaupteten Höhe aufgelaufen sind.

7.3. Unschlüssigkeit und Unrichtigkeit der Darstellung der Hedge Struktur (VBSS BAWAG, VII. Z 6.2)

7.3.1. Die beklagte Partei trägt vor (VBSS BAWAG, Seite 118): „Die Bawag P.S.K. auf der anderen Seite des Geschäfts hatte ihrerseits die Zahlungsströme zu Gunsten der Stadt Linz bereitzustellen, welche sich daraus ergaben, dass die Bawag P.S.K. den 6M-LIBOR zu leisten hatte, die Stadt Linz hingegen nur 0,065%. Theoretisch wäre es denkbar gewesen, dass die Bawag P.S.K. diese Zahlungsströme ohne Hedging darstellt. Daraus wären im ex ante antizipierbaren EUR/CHF-Verlauf **unlimitierte Zahlungspflichten der Bawag P.S.K. entstanden**, wogegen die Bawag P.S.K. im ex ante unwahrscheinlichen Fall, dass der Strike unterschritten wird, einen Zinsertrag generiert hätte“. (Hervorhebungen durch Stadt Linz).

- 7.3.2. Diese Ausführungen der beklagten Partei zum angeblich ohne Hedging drohenden Risiko sind **bankfachlich unrichtig**, mit den eigenen Urkunden der beklagten Partei nicht in Einklang zu bringen und werfen Zweifel am Verständnis des Geschäfts durch die beklagte Partei auf: Tatsächlich hat die beklagte Partei nämlich erst dadurch, dass sie die EUR/CHF-Optionen mit der Deutsche Bank AG und der Commerzbank AG selbst als **Stillhalter** verschrieben hat (also die Optionen **verkauft** hat), das Risiko einer eigenen unlimitierten Zahlungsverpflichtung in EUR/CHF geschaffen. Die Sachlage ist daher **genau umkehrt, wie es die beklagte Partei darstellen versucht**. Sie hat sich erst durch das „Hedging“ das Risiko eröffnet.
- 7.3.3. Hätte die beklagte Partei die Optionen (Siehe die Liste auf Seite 199 des Gutachtens Dr. Christian Imo vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes) **nicht** an die Deutsche Bank AG bzw. die Commerzbank AG verschrieben (verkauft), wäre die beklagte Partei selbst niemals dem behaupteten „unlimitierten Zahlungsrisiko“ ausgesetzt gewesen.
- 7.3.4. Eine Notwendigkeit für die beklagte Partei, diesen Optionen zu verkaufen, bestand nicht, wie folgendes Beispiel illustriert: Wäre der Strike von EUR/CHF 1,54 unterschritten worden, dann hätte die beklagte Partei einen signifikanten **Zinseingang** nach Maßgabe der Formel von der Stadt Linz generiert. Damit wäre **keinerlei Währungsrisiko** für die beklagte Partei verbunden gewesen. Daher ist auch die von der beklagten Partei ins Treffen geführte Begründung, eine „Übernahme von ungesicherten Risiken wäre aus bankregulatorischen Gründen nicht zulässig gewesen“, **unverständlich und un schlüssig**. Das einzige Risiko, dem sich die beklagte Partei bei Geschäftsabschluss tatsächlich aussetzte, bestand darin, dass der 6-Monats LIBOR **wesentlich** ansteigt, also die beklagte Partei einen höheren 6-Monats LIBOR zahlen muss, gleichzeitig jedoch nur 0,065% erhält, solange der Strike von EUR/CHF 1,54 nicht unterschritten wird. Bei Unterschreiten des Strikes konnte die beklagte Partei aber aufgrund der Formel **dermaßen hohe Zahlungen von der Stadt Linz erwarten**, dass ihre Zahlungsverpflichtung aus dem LIBOR kompensiert war. Um sich diesem – tatsächlich bestehenden – Zinsrisiko nicht auszusetzen, hat die beklagte Partei die **Zinspositionen aber ohnehin sukzessive glattgestellt**. Das formelbedingte Risiko für **die beklagte Partei** bestand somit in Wahrheit in der **Zinsentwicklung** und **nicht in der Währungsentwicklung**. Dies wird auch im Gutachten des Dr. Christian Imo (ON 129 des Strafaktes, Seite 196)[Glattstellung der Zinsoptionen]) entsprechend herausgearbeitet.
- 7.3.5. Die beklagte Partei hat jenen Teil des Geschäftes, der für sie tatsächlich ein Risiko bedeutet, nämlich die Zinskomponente, außerdem zunächst nur **teilweise und zwar für die Laufzeiten 2007 bis inklusive der ersten Fälligkeit 2009 abgesichert**. Die restlichen Laufzeiten – von der zweiten Fälligkeit 2009 bis 2017 – wurden erst am **18. Februar 2009** glattgestellt (*Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes, Seite 196). Zu diesem Zeitpunkt waren die Zinsen wegen der Finanzkrise bereits **massiv gesunken**. Dr. Christian Imo zieht daraus den Schluss: *„Dies bedeutet, dass in der Zeit von Vertragsabschluss am 12. Februar 2007 bis zum 18. Februar 2009 ein Großteil der auf dem eigenen Bankbuch liegenden Bawag Zinspositionen zu denen der Stadt Linz gegenläufig war“* (*Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes, Seite 203; Hervorhebung durch Stadt Linz). Im Gegensatz zu den Ausführungen der beklagten Partei bedeutet dies tatsächlich eine **Wette gegen die Stadt Linz**.

- 7.3.6. Die Strategie der beklagten Partei, das tatsächlich bestehende Zinsrisiko, also die „Zinspositionen“, nicht sogleich, sondern erst später vollständig einzudecken, war auch erfolgreich. Hätte für diese Zinsposition bei Vertragsschluss noch ein diskontierter Negativwert in Höhe von CHF 48,4 Mio. aufgewendet werden müssen, konnte die beklagte Partei durch das erst spätere Schließen eine Ergebnisverbesserung um **CHF 28,4 Mio.** (!) erzielen, sodass die Glattstellung der Zinssicherungstransaktionen der beklagten Partei nur gesamt rund CHF 20 Mio. kostete (Imo, Gutachten, ON 129 des Strafaktes, Seite 199).
- 7.3.7. Entgegen ihrer Darstellung wettete die beklagte Partei somit in mehrfacher Hinsicht gegen die Stadt Linz: Obwohl die beklagte Partei, wie der Dr. Christian Imo zutreffend ausführt, nur „*plain vanilla* Optionen“ verkaufte, also die Gewinnpotenziale der exponentiellen Formel des Swap-Geschäfts 4175 bei Abschluss überhaupt nicht voll realisierte, konnte sie bereits gesamt einen Prämienenertrag von **EUR 38,63 Mio. generieren**. Die tatsächlichen Kosten der Zinsabsicherung beliefen sich auf CHF 20 Mio. (Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes, Seite 198, Mitte). Ausgehend von einem Kurs von EUR/CHF 1,60 stand daher einem Zahlungseingang aus dem Verkauf der Optionen an die Deutsche Bank AG und die Commerzbank AG in Höhe von EUR 38,63 Mio. ein Aufwand von nur EUR 12,5 Mio. gegenüber. Da sich das Zahlungsprofil von plain vanilla Optionen nicht mit dem Zahlungsprofil der Formel des Swap-Geschäfts 4175 deckt, hatte die beklagte Partei zusätzliches Gewinnpotenzial für später an der Hand, welches sie dann in der Finanzkrise auch tatsächlich im Wege von zusätzlichen Prämien**einnahmen** durch das weitere Verschreiben von Optionen realisierte.
- 7.3.8. Daraus lassen sich folgende Schlussfolgerungen ziehen: Wenn es die beklagte Partei schon bei der tatsächlichen Risikokomponente des Geschäfts aus der Sicht der beklagten Partei - **nämlich bei der Zinskomponente 6-M Libor** - nicht für notwendig erachtete, **sofort** bei Abschluss ihr Risiko abzusichern (sondern aus der simplen Überlegung heraus, dass die Absicherungskosten hierfür in der Zukunft ohnehin „billiger“ werden würden, mit dieser zuwartete;) stellt sich die Frage, warum gerade **jene Komponente des Swap-Geschäfts 4175, die genuin keinerlei Risiko für die beklagte (!) Partei bedeutete** (wörtlich die FX-Formel), laut eigenem Vortrag dennoch „**zwingend**“ hätte eingedeckt werden müssen um sich nicht einem „unlimitierten Währungsrisiko“ auszusetzen. Aus der Swap-Formel können denkmöglich bei Erreichen des Strike von 1,54 nur zusätzliche Zahlungspflichten **der Stadt Linz** und nicht umgekehrt entstehen.
- 7.3.9. Einen weiteren Beleg dafür, welche Funktion die verschriebenen Optionen tatsächlich im Hedging erfüllen sollten, liefert das „Formular zur Einführung neuer Produkte im Handels- und Bankbuch“, Beilage./206. Dort findet sich auf Seite 1 folgender Passus: *„Interner Hedge: Zinsabschlag wird durch Serie verschriebener plain vanilla OTC-FX Optionen ($\frac{1}{4}$ v. Nominal bei vierteljährlicher, $\frac{1}{2}$ v. Nominal bei halbjährlicher Zinsabrechnung) auf EUR/CHF (zu jeder Zinsfälligkeit) finanziert“*. Mit diesen plain vanilla Optionen sichert die Bank daher nicht etwa ein Risiko ab, sondern im Gegenteil, sie **eröffnet** ein Risiko, indem sie Optionen verschreibt (also Optionen **verkauft** und nicht kauft). Aus Beilage ./206 ergibt sich aber deutlich, dass die beklagte Partei offensichtlich **planmäßig von vornherein** nicht das volle exponentielle Potenzial der Formel ausgeschöpft hat (Stichwort „Power Optionen“; siehe Imo, Gutachten, ON 129 des Strafaktes, Seite 204), sondern nur plain vanilla Optionen verkaufte, weil **sie wusste**, dass bereits mit dem Verkauf dieser plain vanilla Optionen **weitaus mehr** Kapital hereingebracht werden konnte, als zur Finanzierung

der Zinskomponente des Geschäfts überhaupt notwendig war. Damit steht auch fest, dass die beklagte Partei bei Geschäftsabschluss – entgegen der Behauptungen unter Punkt 6.2. ihres vorbereitenden Schriftsatzes - **sehr wohl** eine Wette gegen den eigenen Kunden eingegangen ist und zwar nicht nur bei der Zinskomponente, (siehe dazu bereits oben und die Ausführungen von *Imo*, Gutachten, ON 129 des Strafaktes, Seite 196), **sondern auch bei der Optionskomponente.**

7.3.10. Indem die beklagte Partei mit Geschäftsabschluss nur „*plain vanilla*“ Optionen und nicht von vornherein der Formel entsprechende „*power Optionen*“ an die Deutsche Bank AG und die Commerzbank AG verkaufte, schuf sie sich das Potenzial, in weiterer Folge – wenn der CHF-Kurs sich gegen die Stadt Linz entwickeln würde – **weitere Optionen an Banken zu verkaufen**, um damit auch den exponentiellen Teil der Formel auszuschöpfen. Dies ist in weiterer Folge auch geschehen.

7.3.11. Die Vorgangsweise der beklagten Partei ist umso befremdlicher, als die beklagte Partei gleichzeitig ihr Unverständnis darüber zum Ausdruck gebracht hat, dass Mag. Werner Penn einen Ausstieg aus dem Geschäft verweigerte (zu den „Restrukturierungsvorschlägen“ und deren tatsächlichen Charakter näher in Beilage ./UUUUUUU). Wenn es der beklagten Partei tatsächlich darum ging, **das Risiko des Geschäftsfalls zu reduzieren**, warum hat sie dann ohne jede Notwendigkeit durch zusätzliches Verschreiben von Optionen in den Jahren 2009/2010 **zusätzliche Risiken eröffnet und auch die Bewertung damit in die Höhe getrieben** (siehe auch die Ausführungen von *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes, Seite 214). Hierfür existiert nur eine Erklärung: das eigene Gewinnstreben der Bank.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens, insbesondere zur Funktion der von der beklagten Partei verschriebenen *plain vanilla* Optionen in der Struktur des Hedges;

7.4. Unschlüssigkeit der Schadensdarstellung (VBSS BAWAG, Punkt VII. Z 6.4 und 6.5) in Ansehung der abgesicherten Strike-Werte

7.4.1. Die beklagte Partei schildert, in welchen „Wechselkursbereichen“ sie angeblich welche Wiedereindeckungsgeschäfte getätigt hätte, die vorgeblich zu den Kosten geführt haben, welche die beklagte Partei schließlich ersetzt haben will. Es wurde oben bereits darauf eingegangen, dass viele dieser angeblichen Geschäfte nur bankintern mittels „Eigenbelegen“ produziert wurden und dass es sich dabei um keine realen Geschäftsfälle handelt.

7.4.2. Die beklagte Partei schildert zwar, welche Geschäfte sie in welchen Kursbandbreiten „abgesichert“ hätte, die Darstellung bleibt aber **unvollständig und ist damit insofern auch unschlüssig**: Unter Ziffer 6.4. ihres vorbereitenden Schriftsatzes schildert sie eine allgemeine Strike-Bandbreite von EUR/CHF **1,32 bis 0,42**, die durch den Einkauf von *Put*-Optionen abgesichert werden konnte und wurde. Aus Ziffer 6.4.1. ergibt sich eine Bandbreite von EUR/CHF **1,22 bis 0,52**. Aus Punkt 6.4.2. ergibt sich eine Bandbreite von **1,22 bis 0,42**. Obwohl sich die beklagte Partei in Ziffer 6.4. ausdrücklich darauf bezieht, dass auf diese Weise eine Bandbreite von EUR/CHF „1,32 bis 0,42“ „abgesichert“ wurde, **fehlt** in den folgenden Ziffern 6.4.1. und 6.4.2. **eine Darstellung hinsichtlich der Bandbreite von EUR/CHF 1,32 bis 1,22**. Auch in den einzelnen Listen zu den Ziffern 6.4.1. und 6.4.2. fehlt dieser Bereich vollständig. Die **Unschlüssigkeit** der Darstellung klärt sich auch in Zusammenschau mit Ziffer 6.5. nicht auf. Dort beschreibt die beklagte Partei vielmehr ein neu errichtetes

synthetisches Portfolio für Strike-Positionen von EUR/CHF 1,32 oder höher, in welchen „*Put*-Optionen“ angeblich nicht erhältlich waren und für die „kombinativ“ hätte vorgegangen werden müssen. Das „synthetische Portfolio“ bezieht sich aber nur auf Strikes mit **EUR/CHF 1,32 und höher**, nicht jedoch auf die Bandbreite zwischen **EUR/CHF 1,32 und 1,22**. (VBSS BAWAG, Ziffer 6.4., Seite 122, und Ziffer 6.5, Seite 131).

7.4.3. Zweifel wirft auch der Vortrag unter Ziffer 6.4., Seite 120 des vorbereitenden Schriftsatzes der beklagten Partei auf, wonach sie nur einen Bereich von EUR/CHF 1,54 bis 0,42 „abgesichert“ hätte, da ein noch schwächerer EUR nicht erwartet würde und das daraus verbleibende Risiko bei ihr verblieben wäre. Auf Seite 127 ihres vorbereitenden Schriftsatzes bezieht sich die beklagte Partei beispielsweise unter der Position „12“ auf eine *Put*-Option mit einem Strike von EUR/CHF 0,42 und einem Nominale von EUR 187.308.33. Wenn sich die beklagte Partei tatsächlich mit dieses „*Put-Option* mit Strike 0,42 eingedeckt hat, sie diese Option also hat „einkaufen“ müssen, dann war sie mit „*Long Put*“ unter dem Level von 0,42 **ohnehin abgesichert**. Selbiges müsste, folgte man dem Vortrag der beklagten Partei, auch für die Positionen 22, 32, 39, 46, 52, 58, 64 sowie 72 gelten, welche derartige *Put* Optionen verkörpern sollen. Da die beklagte Partei für diese Geschäfte eine Prämie also Kosten veranschlagt, kann dies nur bedeuten, dass es sich hierbei um **gekaufte** Positionen handelt, also solche, die unter dem Strike eine Wirksamkeit entfalten. Die sprachliche Darstellung steht somit auch insofern in Widerspruch zu den Belegen und dem daraus ableitbaren Schlussfolgerungen.

7.5. Unschlüssigkeit der Schadensdarstellung auch in Ansehung der Begründung für die Errichtung des Synthetische Portfolio (VBSS BAWAG Punkt VII. Z 6.5.)

7.5.1. Auch die Darstellung der beklagten Partei in Ziffer 6.5 zum „synthetischen Portfolio“, welches mangels am Markt erhältlicher *Put*-Optionen errichtet worden sein soll, wirft eine Reihe von Fragen auf.

7.5.2. Die beklagte Partei begründet das Portfolio damit, dass sie *Put*-Optionen von EUR/CHF 1,32 nicht ankaufen konnte, weil diese „*am Markt nicht erhältlich gewesen wären*“. Um dieses Problem zu lösen, sei die beklagte Partei daher gezwungen gewesen, nicht erhältliche *Put*-Optionen auf andere Weise nachzubilden. Diese Nachbildung habe sie durch eine Kombination aus *Call*- (Kauf-) Optionen, einem zugehörigen Termingeschäft, einem Kassageschäft zum Tageskurs, und einem Währungsswap durchgeführt („synthetisches Portfolio“). In Ziffer 6.5.1. schildert sie dazu etwa den Baustein „Ankauf von *Call*-Optionen“.

7.5.3. Weil zwischen *Call* und *Put*-Optionen bankfachlich betrachtet eine sogenannte ***Put-Call-Parität*** besteht, müssen dann, wenn *Call*-Optionen handelbar waren, auch *Put*-Optionen handelbar gewesen sein. Die von der beklagten Partei gelieferte „Begründung“ ist daher bankfachlich unschlüssig. Es stellt sich in diesem Zusammenhang weiters die Frage, warum die beklagte Partei keine börslichen Derivate eingesetzt hat, sondern offenbar ausschließlich OTC-Kontrakte. Des Rätsels Lösung dürfte darin bestehen, dass die Mehrzahl der „Optionsgeschäfte“ überhaupt auf **internen Tickets** der beklagten Partei beruht, es sich also in Wahrheit um gar keine echten Geschäfte handelt. Den hierfür verrechneten „Kosten“ stehen dann keine Aufwände der beklagten Partei gegenüber.

7.5.4. Eine weitere Auffälligkeit besteht darin, dass die „internen Tickets“ vor allem für die Fälligkeiten April 2012, Oktober 2012, April 2013 und Oktober 2013 verwendet wurden, was sich nur so erklären lässt, dass die beklagte Partei **diesem Risiko gegenüber Dritten offensichtlich gar nicht bzw. nicht vollständig ausgesetzt war** bzw. die beklagte Partei auf sich tendenziell erholende Wechselkurse setzte und daher entschied, den Gewinn über Darstellung in einem eigenen Ticket zu vereinnahmen.

7.6. Schlussfolgerung zur Schadensaufschlüsselung der beklagten Partei im Vergleich zu den realen Kosten der originären Hedge-Struktur

7.6.1. Die beklagte Partei macht mit der Widerklage weitaus höhere Kosten geltend, als ihr tatsächlich entstanden sind. Das erklärt auch, warum ihr Vorstandsvorsitzender am 26. Juli 2013 darüber nicht reden wollte, obwohl er eingestanden hat, dass die Gewinnsteuerung in seinen Kompetenzbereich fällt.

7.6.2. Festzuhalten ist jedenfalls, dass die eigentliche Hedge-Struktur, die aus Anlass des Geschäftsabschlusses im Februar 2007 seitens der beklagten Partei errichtet wurde (siehe *Imo*, Gutachten, ON 129 des Strafaktes, Seiten 196 und 199; Beilage 8.22 und 8.23 des Strafaktes) in der Darstellung der beklagten Partei **völlig unerwähnt und unberücksichtigt** bleibt. Dies offenbar mit gutem Grund. Gutachterliche Berechnungen haben ergeben, dass das Schließen der ursprünglichen Optionen bei der Deutschen Bank und Kommerzbank zum Auflösungszeitpunkt des Swap-Geschäfts 4175 per Oktober 2011 Kosten von rd. EUR 202 Mio. verursacht hätte. Demgegenüber macht die klagende Partei in der Widerklage einen Betrag von über EUR 417 Mio. geltend, also **mehr als das Doppelte**. Weil die beklagte Partei nach Aussage des Vorstandsvorsitzenden Byron Haynes die ursprünglichen Optionen bei der Deutsche Bank AG und Kommerzbank AG aus Februar 2007 nach wie vor nicht geschlossen hat, sind selbst die Kosten von EUR 202 Mio. keineswegs als Schaden für die beklagte Partei gewiss: Die Währungsvolatilitäten in EUR/CHF sind seit der Intervention der Schweizer Notenbank und dem bis auf weiteres bei EUR/CHF 1,20 gestützten EUR/CHF Kurs seit Herbst 2011 sukzessive zurückgegangen. Auch der Kurs EUR/CHF hat sich gegenüber den Tiefstständen im August 2011 signifikant erholt. Daher haben diese ursprünglichen Optionen nunmehr einen weitaus geringeren Negativwert. Das ist offenbar auch der Grund, warum die beklagte Partei diese bisher nicht geschlossen hat. Es ist daher davon auszugehen, dass der eigentliche, tatsächliche Schaden der beklagten Partei tatsächlich **weit unter** EUR 202 Mio. liegt. Diese Umstände will sich die beklagte Partei durch ihre künstliche Schadensdarstellung offenbar zu Nutze machen.

7.6.3. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die beklagte Partei bereits in der Zinskomponente lediglich tatsächliche Kosten von rd. CHF 20 Mio. hatte, während bei den Optionen mit der Deutschen Bank und Kommerzbank – nach den eigenen Unterlagen der beklagten Partei – ein Erlös von **EUR 38,63 Mio.** erzielt werden konnte. Dieser „Differenzbetrag“ zwischen Einnahmen und Aufwand ist bei der Betrachtung der „Kostenseite“ daher ebenfalls **in Anrechnung**, als vom Ersatzbegehren in Abzug zu bringen.

7.6.4. Die tatsächlichen Kosten der beklagten Partei sind daher mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit deutlich **weniger als die Hälfte** dessen, was die beklagte Partei nunmehr mit der Widerklage verlangt.

- 7.6.5. Die Berücksichtigung des Verkaufs **weiterer EUR/CHF - Optionen** durch die beklagte Partei ab 2009, um auch den exponentiellen Teil der Formel **voll auszunützen** (vgl. Memorandum der beklagten Partei aus August 2010, Beilage ./YY) ändert die Kalkulation wenn, dann nur zusätzlich zum Vorteil der beklagten Partei. Diese zusätzlichen Optionen wurden von der beklagten Partei in einem äußerst volatilen Marktumfeld (Finanzkrise) verschrieben und brachten der beklagten Partei daher **hohe Prämieinnahmen**. Eine Notwendigkeit, diese Geschäfte einzugehen, bestand nicht. Die Prämieinnahmen sind in Abzug zu bringen.
- 7.6.6. Jenes Rechenwerk, welches die beklagte Partei zum Beleg des eigenen „Schadens“ in Punkt VII., Z 6. ff ihres Schriftsatzes präsentiert, hat mit den **tatsächlichen Kosten der beklagten Partei daher nichts zu tun**. Die beklagte Partei macht in Wahrheit in der Widerklage **hauptsächlich bisher entgangenen Gewinn geltend**.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank – und Börsenwesens, insbesondere zur Frage der Schlüssigkeit der textlichen Ausführungen im Schriftsatz, Punkt 6, Seite 117 ff;

V. Äußerung zum Vorlageantrag der beklagten Partei vom 14. August 2013

1. Rechtlicher Rahmen

1.1. § 303 ZPO und Prozessprogramm

- 1.1.1. Nach § 303 ZPO hat der Beweisführer nicht nur das Beweisthema anzugeben, sondern auch die Relevanz für dieses Beweisthema darzutun. Das Beweisthema ist nach dem gegenwärtigen Prozessprogramm des Handelsgerichtes Wien auf die Gültigkeit des Geschäftes eingeschränkt, sodass das Begehren um die Vorlage von Urkunden, die nicht dieses Thema betreffen, eine Verletzung des Prozessprogrammes darstellt (so ausdrücklich HG Wien vom 19. Juni 2013 – ON55, Seite 3).

1.2. Gültigkeit des Geschäftes

- 1.2.1. Relevantes Thema nach dem Prozessprogramm des Gerichtes ist, ob der Gemeinderat das Swap-Geschäft 4175 ursprünglich beschlossen hat, ob dieses Geschäft durch den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gedeckt ist oder ob die Stadt Linz das ursprünglich nicht zustande gekommene Geschäft doch noch nachträglich genehmigt hat.

1.3. Irrelevanz bestimmter Beweisthemen und Urkunden im Allgemeinen

- 1.3.1. Danach liegt auf der Hand, dass Vorgänge, die sich weit nach dem Abschluss des Swap-Geschäftes ereignet haben, nicht dessen ursprüngliche Gültigkeit, sondern allenfalls die nachträgliche Genehmigung betreffen können. Eine derartige nachträgliche Genehmigung oder auch nur der Anschein einer nachträglichen Genehmigung scheidet aber seit dem Gespräch des Bürgermeisters der Stadt Linz am 6. Juli 2010 aus. In diesem hat der Bürgermeister ausdrücklich die Nichtigkeit des Geschäftes eingewandt und damit klar zum Ausdruck gebracht, dass die Stadt Linz dieses Geschäft keineswegs will (Beilage ./133). Eine Genehmigung oder auch nur der Anschein einer Genehmigung des Geschäftes nach diesem Zeitpunkt ist denkunmöglich. Auch eine Willensbetätigung im Sinne des § 1016 Satz 2 ABGB kommt danach nicht mehr in Betracht; außerdem scheidet diese Form der

nachträglichen Genehmigung ab dem Zeitpunkt aus, in dem es zu keinen Zahlungen mehr gekommen ist (die letzte Zahlung aus dem Swap-Geschäft 4175 erfolgte bekanntlich am 15. April 2009).

- 1.3.2. Eine nachträgliche Genehmigung des ursprünglich unwirksam zustande gekommenen Geschäftes kann ausschließlich durch den Gemeinderat der Stadt Linz erfolgen; auch der Anschein einer nachträglichen Genehmigung kann ausschließlich durch den Gemeinderat erzeugt werden. Das Wissen oder das behauptete Wissen von Beamten der Stadt Linz oder von Ausschüssen der Stadt Linz ist dabei dem Gemeinderat nicht zuzurechnen (dazu hat die Stadt Linz bereits ausführlich unter Punkt IV. Z 3.6 der Replik vortragen). Urkunden, die sich mit dem angeblichen Wissen Dritter beschäftigen, sind daher aufgrund des Beweisthemas irrelevant.
- 1.3.3. Ebenso irrelevant für die Frage einer nachträglichen Genehmigung ist das sogenannte Kontrollversagen, weil dieses, sollte es vorgelegen sein, keine nachträgliche Genehmigung eines unwirksamen Geschäftes erzeugen kann. Auch die dafür von der beklagten Partei verlangten Urkunden haben keine Relevanz für das Prozessverfahren.
- 1.3.4. Unzulässig sind auch jene Urkundenvorlageanträge, die sich ausschließlich mit einer Haftung aus culpa in contrahendo oder aber mit der behaupteten persönlichen Haftung von Organen der Stadt Linz beschäftigen. Sie haben mit der Gültigkeit des Geschäftes nichts zu tun.
- 1.3.5. Die Stadt Linz hat sich allerdings – der Anregung des Gerichtes am 19. August 2013 folgend – entschlossen, außerhalb einer Vorlagepflicht weitere Urkunden dem Gericht zu präsentieren, obwohl ihnen an sich keine Relevanz im Rahmen des Beweisthemas zukommt. Diese werden unter Punkt 2. im Detail angeführt.

2. Urkundenvorlage durch die Stadt Linz

2.1 Die Stadt Linz legt folgende Urkunden vor:

- Haushaltungsvoranschläge für die Jahre 2007 bis 2009 (die Jahre 2010 bis 2011 sind jedenfalls irrelevant, weil sie nach der Berufung der Stadt Linz auf die Nichtigkeit keine Genehmigungswirkung mehr erzeugen konnten)
- All jene Urkunden im Zusammenhang mit dem Aktenvermerk vom 26. Jänner 2007, welche die Genese und die weitere Behandlung zeigen (verwiesen wird auf die Ausführungen unter Punkt IV. Z 1.4.6 der Replik) . Es sind dies:
 - Schreiben des Landes Oberösterreich an den Magistrat der Linz vom 16. August 2005
 - Schreiben von Stadtrat Jürgen Himmelbauer an LR Dr. Josef Stockinger vom 3. November 2005
 - Schreiben der Stadt Linz an das Land Oberösterreich vom 12. Dezember 2005
 - Erläuterungen gegenüber der Dienststelle „Gebäudemanagement“ gegenüber dem Finanzreferenten vom 23. Jänner 2006
 - Stellungnahme der PPO gegenüber dem Finanzdirektor vom 9. Februar 2006
 - Schreiben des Landes Oberösterreich an die Stadt Linz vom 21. März 2006
 - Schreiben der Stadt Linz an das Land Oberösterreich vom 6. Juni 2006

- Antwort der Stadt Linz auf die Anfrage des Landes Oberösterreich vom 26. Mai 2011 samt Exceldateien (Anmerkung: die Form der Dateien war vom Land Oberösterreich vorgegeben)
 - Beschluss des Gemeinderates vom 18. April 2013 samt Vorlageantrag vom 19. März 2013
 - Rahmenrichtlinie für das Finanzmanagement der Stadt Linz
 - Funktionale Richtlinie für die Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz (Portfoliomanagement/Marktrisikomanagement/Kontrahentenrisikomanagement)
 - Funktionale Richtlinie für die Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz (Cashmanagement)
 - Schreiben PPO an das Kontrollamt vom 27. Juli 2011 samt Checkliste
 - Vermerk vom 22. April 1993 über die Zuteilung von Kollegialorganträgen
 - Schreiben der IKT Linz GmbH vom 29. August 2011
- 2.2 Bereits gegenüber dem Gericht angekündigt wurden die Vorlagen der Stellungnahme gegenüber dem (Bundes-)Rechnungshof und der Vorbemerkungen zu den Rechnungsabschlüssen 2007 bis 2009. Außerdem wird die Übertragung des Protokolls der Sonderkontrollausschusssitzung vom 13. Juli 2013 vorgelegt (dazu Punkt VII. Z 1.1).
- 2.3 Was die von der beklagten Partei angesprochenen Aktenvermerke oder Niederschriften betrifft, so wurden alle auf das Swap-Geschäft Bezug habenden Unterlagen den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellt (ON 5 des Strafaktes).
- 3. Zurückweisung des Vorlageantrages wegen mangelnder Relevanz**
- 3.1 Die Stadt Linz b e a n t r a g t, die Vorlageanträge wegen mangelnder Relevanz hinsichtlich der nachfolgenden Urkunden zurückzuweisen:
- Die Rechnungsabschlüsse und die dazu gehörenden Kontrollamtsberichte für die Jahre 2010 und 2011 sowie die Haushaltsvoranschläge für die Jahre 2010 und 2011: Eine nachträgliche Genehmigung ist nach der Berufung der Stadt Linz auf die Nichtigkeit des Geschäftes undenkbar.
 - Kontrollamtsberichte, Sonderkontrollausschussprotokolle und Aufsichtsratsprotokolle der ILG: Die ILG ist nicht Partei des Verfahrens, ein Wissen von Aufsichtsratsmitgliedern zu Derivatprodukten der ILG betreffen nicht das Swap-Geschäft 4175 und sind im Übrigen nicht dem Gemeinderat zuzurechnen. Außerdem sind die behaupteten Schadenersatzansprüche wegen fehlender Aufklärung nicht Gegenstand des Prozessprogrammes.

VI. Verfahrensrechtliche Themen

1. Urkundenvorlage

1.1. Urkundenvorlage über Auftrag des Gerichtes

1.1.1. Gemäß Gerichtsauftrag aus der mündlichen Streitverhandlung vom 26. Juli, legt die Stadt Linz das jeweilige Vorwort zu den Rechnungsabschlüssen 2007 bis 2012 (auszugsweise vorgelegt als Beilagen ./RRRRRR1 bis ./RRRRRR6) vor:

- a) Vorwort zum Rechnungsabschluss 2007, Beilage ./WWWWWWW1;
- b) Vorwort zum Rechnungsabschluss 2008, Beilage ./WWWWWWW2;
- c) Vorwort zum Rechnungsabschluss 2009, Beilage ./WWWWWWW3;

1.1.2. Des Weiteren legt die Stadt Linz gemäß Gerichtsauftrag aus der vorbereitenden Tagsatzung vom 26. Juli die als Grundlage zum Bericht des (Bundes-)Rechnungshof, Serie Oberösterreich 2013/1 erstattete Stellungnahme der Stadt Linz vor:

- a) Stellungnahme der Stadt Linz zum Bericht des (Bundes-)Rechnungshof, Serie Oberösterreich 2013/1, Beilage ./SSSSSS;
- b) Präambel der Stadt Linz zum Bericht des (Bundes-)Rechnungshof, Serie Oberösterreich 2013/1, Beilage ./TTTTTT.

1.1.3. Die Stadt Linz erhielt mit Beschluss vom 10. Juni 2013 den Auftrag, sämtliche Protokolle des Sonderkontrollausschusses der Stadt Linz betreffend das Swap-Geschäft 4175 vorzulegen, welchem sie mit dem vorbereitenden Schriftsatz vom 12. Juli 2013 auch gefolgt ist. In der Zwischenzeit hat die Stadt Linz auch das Protokoll zur Sondersitzung vom 3. Juli 2013 erhalten, welches sie gemäß dem erfolgten Auftrag hiermit auch dem Gericht vorlegt:

- a) Sondersitzung vom 3. Juli 2013, Beilage ./EEEEEE27;

2. Namhaftmachung weiterer Zeugen

2.1. In ihrem vorbereitenden Schriftsatz vom 12. Juli 2013 hat die Stadt Linz sich das Recht vorbehalten, auf Grund mangelnder Kenntnis der internen Organisationsstrukturen der beklagten Parteien, in der vorliegenden Replik noch weitere Zeugen namhaft zu machen. Zusätzlich zu den im vorbereitenden Schriftsatz bekannt gegebenen Zeugen, beantragt die Stadt Linz die Einvernahme folgender Personen:

- a) Jochen **Bottermann**; p.A. der beklagten Partei;
- b) Christiana **Dolezal**, Vizebürgermeisterin, p.A. Honingerweg 8, 4030 Linz
- c) Mag. Stefan **Jezl**, p.A. der beklagten Partei;
- d) Friedrich **Heißenberger**, p.A. der beklagten Partei;
- e) Manfred **Heller**, p.A. der beklagten Partei;
- f) DI Günther **Kleinhanns**, p.A. Hauserstraße 14, 4040 Linz;
- g) Miriam **Köck**, p.A. Museumstraße 30/16, 4020 Linz
- h) Mag. Dr. Stephan **Koren**, p.A. Österreichische Nationalbank, Otto-Wagner-Platz 3, 1090 Wien;
- i) Dr. Uta **Kraft**, p.A. der beklagten Partei;
- j) Werner **Lehner**, p.A. Querstraße 3, 7000 Eisenstadt;
- k) Franz **Leidenmühler**, p.A. Gollmannweg 1, 4040 Linz;
- l) Martin **Lemma**, p.A. der beklagten Partei;

- m) Herbert **Messinger**, p.A. der beklagten Partei;
- n) Johannes **Nagy**, p.A. der beklagten Partei;
- o) Univ.-Prof. Dr. Ewald **Nowotny**, p.A. Österreichische Nationalbank, Otto-Wagner-Platz 3, 1090 Wien;
- p) Monika **Ottenschläger**, p.A. der beklagten Partei;
- q) Klaus **Peternell**, p.A. der beklagten Partei;
- r) Manfred **Rack**, p.A. der beklagten Partei;
- s) Christoph **Raninger**, p.A. Österreichische Volksbanken AG, Kolingasse 14-16, 1090 Wien;
- t) Mag. Philip **Reading**, p.A. Österreichische Nationalbank, Otto-Wagner-Platz 3, 1090 Wien;
- u) Ursula **Roschger**, p.A. Hafnerstraße 33/6, 4020 Linz;
- v) Carsten **Samusch**, p.A. der beklagten Partei;
- w) Mag. Robert **Schatzer**, p.A. der beklagten Partei;
- x) Mag. Alois **Steinbichler**, p.A. Kommunalkredit Austria AG, Türkenstraße 9, 1092 Wien;

3. Ergänzende Erklärung zu Urkunden der beklagten Partei

3.1. Erläuternde Hinweise

- 3.1.1. Auftragsgemäß erstattet die Stadt Linz die Urkundenerklärung schriftlich. Erläuternd merkt die Stadt Linz folgendes an: Die von der beklagten Partei vorgelegten Beilagen überschneiden sich mit zahlreichen von der Stadt Linz vorgelegten Beweisurkunden. Zur besseren Übersicht des Gerichts hat die Stadt Linz zu Punkt 2. neuerlich eine „Überkreuzungsliste“ erstellt, zu Punkt 3 folgt die Aufstellung der übrigen Urkunden der beklagten Partei samt korrespondierender Erklärung hiezu:

3.2. Überkreuzungsliste – Urkundenerklärung zu den identen Beilagen der Streitteile

- 3.2.1. Soweit die jeweilige Beweisurkunde der beklagten Partei bereits von der Stadt Linz vorgelegt wurde gesteht die Stadt Linz die **Echtheit der Urkunde** zu und verweist hinsichtlich der **Richtigkeit** auf das bisherige eigene Vorbringen.

Beilage der beklagten Partei (BAWAG P.S.K)	Beilage der Stadt Linz
Beilage ./82 - Amtsbericht vom 23.9.2002	Beilage ./TTTT
Beilage ./83 - Amtsbericht vom 29.1.1996	Beilage ./JJJJ
Beilage ./84 - Auszug aus dem Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 17.10.2002	Beilage ./UUUU
Beilage ./85 - Privatplatzierung vom 6.10.2005	Beilage ./D
Beilage ./88 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an Stadt Linz vom 4.9.2006	Beilage ./I
Beilage ./89 - E-Mail Stadt Linz an BAWAG P.S.K. vom 8.9.2006	Beilage ./J
Beilage ./90 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an Stadt Linz vom 12.9.2006	Beilage ./K;
Beilage ./91 - Präsentation "Resettable chf linked Swap" vom 22.9.2006	Beilage ./M
Beilage ./93 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an Stadt Linz vom 4.12.2006	Beilage ./P

Beilage ./94 - E-Mail Stadt Linz an BAWAG PSK vom 7.12.2006 samt Angabe über die Verzinsung	Beilage ./R
Beilage ./95 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an die Stadt Linz vom 31.1.2007	Beilage ./T; jedoch fehlt auf der vorgelegten Beilage der BAWAG die Adressleiste, sodass der Absender bzw. Empfänger nicht erkennbar sind;
Beilage ./96 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an die Stadt Linz vom 1.2.2007	Beilage ./U
Beilage ./101 - Internes E-Mail BAWAG P.S.K. vom 27.4.2007	Beilage ./FF
Beilage ./106 - Einzelabschlussbestätigung vom 30.7.2007	Beilage ./DDDDDD
Beilage ./108 - Schreiben von Mag. Penn an Dr. Dobusch bezüglich Kontoeröffnung bei Kommunalkredit vom 11.10.2007	Beilage ./II
Beilage ./116 - Internes E-Mail BAWAG P.S.K. vom 18.12.2008	Beilage ./SS
Beilage ./117 - Internes E-Mail BAWAG P.S.K. vom 28.10.2008 samt Risikoanalyse	Beilage ./OO
Beilage ./118 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Tieff) an Stadt Linz vom 5.11.2008	Beilage ./PP
Beilage ./121 - Auszug aus dem Protokoll der Finanzausschusssitzung vom 13.11.2008	Beilage ./KKK20
Beilage ./134 - Schreiben BAWAG P.S.K. (Prehofer) an Stadt Linz (Dobusch) vom 7.7.2010	Beilage ./XX
Beilage ./153 - Auszug aus dem Protokoll der 19. Sitzung des Gemeinderats vom 13.10.2011	Beilage ./EEE
Beilage ./179 - Beilagenkonvolut über Fremdwährungsfinanzierungen der 1990er Jahre	Beilage ./FFFF (Es handelt sich in Wahrheit um den Amtsbericht vom 27.11.1992)
Beilage ./183 - Auszug aus dem Wortprotokoll der 44. Sitzung des Gemeinderats vom 26.6.2008	Beilage ./YYYY bzw. ./ZZZZ
Beilage ./184 - Auszug aus dem Wortprotokoll der 53. Sitzung des Gemeinderats vom 2.7.2009	Beilage ./FFFFF bzw. ./GGGGG
Beilage ./185 - Auszug aus dem Wortprotokoll der 8. Sitzung des Gemeinderats vom 1.7.2010	Beilage ./MMMMM bzw. Beilage ./NNNNN

3.3. Urkundenerklärung zu den sich nicht überschneidenden Beweisurkunden der beklagten Partei

- 3.3.1. Die Stadt Linz erklärt zu den Urkunden wie in der nachstehenden Tabelle ersichtlich. Hinsichtlich der **Richtigkeit** verweist die Stadt Linz bei allen Urkunden in erster Linie auf das eigene Vorbringen (**kurz „zReV“**). Wesentliche Aspekte der Urkunden für den Rechtsstandpunkt der Stadt Linz werden gesondert hervorgehoben. Die Stadt Linz ist im Schriftsatz auf zahlreichen Urkunden an gegebenen Stelle direkt eingegangen.

Beilage BAWAG	Urkundenerklärung
Beilage ./79 - Beilagenkonvolut zur Dokumentation der Klagsforderung	Echt; zReV insbesondere im Punkt IV. 7. der Replik

<p>Beilage ./80 - von BAWAG P.S.K. bearbeitete Zeitachse des Kontrollamtsberichts zum SWAP II (Punkte 6.1 und 6.2 der ON 126 des Strafaktes) im Überarbeitungsmodus</p>	<p>Echt; zReV; Diese „Bearbeitung“ der Zeitachse des Kontrollamtsberichts gibt nicht – wie vom Richter gewünscht - allein die Geschehnisse wieder, sondern enthält in tendenzieller Art und Weise bereits die Würdigung des Sachverhalts allein aus Sicht der beklagten Partei; näher dazu unter Punkt II.,1. der Replik. Sie ist daher zum ursprünglich intendierten Gebrauch untauglich.</p>
<p>Beilage ./81 - von BAWAG P.S.K. bearbeitete Zeitachse des Kontrollamtsberichts zum SWAP II (Punkte 6.1 und 6.2 der ON 126 des Strafaktes) in Reinversion</p>	<p>Echt; zReV; Diese „Bearbeitung“ der Zeitachse Kontrollamtsberichts gibt nicht – wie vom Richter gewünscht - allein die Geschehnisse wieder, sondern enthält in tendenzieller Art und Weise bereits die Würdigung des Sachverhalts allein aus Sicht der beklagten Partei; näher dazu unter Punkt II.,1. der Replik. Sie ist daher zum ursprünglich intendierten Gebrauch untauglich.</p>
<p>Beilage ./86 - Aktenvermerk "Aufsichtsbehördliche Genehmigung von GR-Beschlüssen" vom 26.1.2006</p>	<p>Echt; zReV, insbesondere im Punkt IV, 1.4.5.5. der Replik;</p>
<p>Beilage ./87 - BV Mag. Penn vom 4.3.2013</p>	<p>Echt; zReV;</p>
<p>Beilage ./92 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Tieff) an Stadt Linz vom 26.9.2006</p>	<p>Echt; zReV;</p>
<p>Beilage ./97 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an die Stadt Linz vom 2.2.2007</p>	<p>Echt; zReV;</p>
<p>Beilage ./98 - Excel Datei "CHF resettable.xls", erstellt am 2.2.2007 12:35 Uhr</p>	<p>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV; aus der Urkunde ergibt sich nicht, dass die Unterlagen von Mag. Penn stammen, zumal sich auf den Folgeseiten nach Seite 1 auch kein Hinweis dazu findet; sofern diese Unterlagen tatsächlich von Mag. Penn erstellt wurden – was ausdrücklich bestritten wird – ist nicht klar, zu welchem Zeitpunkt diese tatsächlich erstellt wurden, zumal auf der Seite 1 bei „Created“ (=erstellt) das Datum „2.2.2007“ angeführt ist. die folgenden Berechnungen aber erst in der Folge durchgeführt werden konnten, da am 2.2.2007 völlig andere Werte (zum späteren Swap-Geschäfts 4175) von der beklagte Partei vorgegeben wurden; die in dieser Beilage vorgelegten Dokumente können somit zu einem beliebigen Zeitpunkt im Zeitraum zwischen 2.2.2007 („Created“) und 12.5.2011 („Last Modified“) erstellt worden sein; Hinzuweise ist auch darauf, dass in Seite 2 von „14 offenen Halbjahresterminen“ die Rede ist, das Werk stammt offenkundig erst aus 2010.</p>
<p>Beilage ./99 - Telefonprotokoll der Bank Austria vom 2.2.2007</p>	<p>Echt; zReV, insbesondere in den Punkten IV.,1.3.11, 1.6.8 sowie 4.4 und 4.5. in der Replik. (Schulz kenn das Swap-Produkt</p>

	offenkundig nicht, muss mehrmals nachfragen und gibt an, dass bei den Berechnungen der beklagten Partei „irgendwas nicht stimmen kann“, „weil das geht sich nicht aus, das muss besser sein“.)
Beilage ./100 - Protokoll der Vorstandssitzung der BAWAG PSK vom 17.4.2007	Echt; zReV , insbesondere in den Punkten IV. 1.5.3.1, 6.1.5.; (Im Zuge der Vorstandssitzung wird auf die besonderen Genehmigungs- und Zustimmungserfordernisse sowie die rechtlichen Unsicherheiten im Zusammenhang mit spekulativen Geschäften mit Kommunen, hingewiesen; Ferner wird deren inhomogenes know-how erwähnt; Das „Projekt Hermes“ als Initiative zur Ertragssteigerung in Form von Finanzgeschäften mit Kommunen wird im letzten Satz sogar als „ wichtiger Faktor “ hervorgehoben.
Beilage ./102 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an Stadt Linz vom 16.5.2007	Echt; zReV ; Anhand eines EUR/CHF Chart seit bis 1978 informiert Iris Sahinoglu Mag. Penn über den aktuell scheinbar günstigen Einstiegszeitpunkt; (Motto: CHF war schon einmal viel schwächer nämlich bei 2,4, also super Einstiegsmöglichkeit). Hätte die beklagte Partei auch den Chart seit 1960 gezeigt, hätte Mag. Penn gesehen, dass seine im Unwissen getroffene Annahme eines „Kurskorridors“ nicht zu halten ist, der CHF laufend stärker wird und das Geschäft ein nicht beherrschbares Risiko darstellte. (vgl. VBS der Stadt Linz, S. 47 und Chart Beilage ./FFFFFF)
Beilage ./103 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Auer) an Stadt Linz vom 16.7.2007	Echt; zReV ; Beilage scheint nicht vollständig vorgelegt worden zu sein, zumal zumindest der Absendername und die Signatur abgeschnitten sind;
Beilage ./104 - Präsentation "10-Jahres USD Libor linked Swap" vom 13.7.2007	Echt; zReV ; es handelt sich um ein Zinsgeschäft ohne Fremdwährungsrisiko (nur Zinsindices)
Beilage ./105 - E-Mail Stadt Linz vom 16.7.2007 an BAWAG P.S.K.	Echt; zReV ;
Beilage ./107 - E-Mail von BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an Stadt Linz vom 17.7.2007	Echt; zReV ;
Beilage ./109 - E-Mail von BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an Stadt Linz (Rockenschau) vom 11.10.2007	Echt; zReV ;
Beilage ./110 - E-Mail Stadt Linz an BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) vom 7.1.2008	Echt; zReV , insbesondere unter den Punkten IV., 1.3.8. und 1.5.; (Trefflicher Beleg, dass Mag. Penn die wahre Struktur des Swap-Geschäfts 4175 nicht verstanden hat, was auch SV Imo bestätigt (Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2011, ON 129 des Strafaktes, S. 223). Er kannte die Bewertungsmechanik von Devisenoptionen nicht, vor allem deren Volatilitätssensitivität.
Beilage ./111 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an Stadt Linz vom 7.1.2008	Echt; zReV ; selbst Iris Sahinoglu, als Treasury Expertin, kann diese Frage des Mag. Penn (siehe oben) nicht selbstständig

	beantworten, da sie diesbezüglich erst eine Stellungnahme des Marktrisikocontrolling einholen musste;
Beilage ./112 - Aktenvermerk BAWAG P.S.K. zum Termin vom 1.2.2008	Zur Echtheit keine Erklärung; zReV , insbesondere unter den Punkten IV., 1.3.7.f sowie 1.5.3.2. (Gesprächsnotiz wurde erst am 11.7.2013 erstellt, sodass die Angaben zum Gesprächsinhalt nur auf Erinnerungen der betroffenen Personen über eine Besprechung, welche vor 5 Jahren stattgefunden hat, basieren; laut Angaben zu den Hintergründen des Gesprächs, gab es vor 2008 keine Risikoanalysen bei der Einführung neuer Produkte;). Die Urkunde wurde offensichtlich aus prozesstaktischen Gründen erst jüngst errichtet, um die gemeinsame „Linie“ schriftlich „zur Erinnerung aller“ bei allfälligen Fragen festzulegen.
Beilage ./113 - Internes E-Mail BAWAG P.S.K. vom 5.5.2008	Echt; zReV ; die beklagte Partei suchte nach neuen eigenen Ideen der Umstrukturierung des Swaps 4175, jedoch waren nur jene von Interesse, die sich für die beklagte Partei auch „rechnen“, dh mit anderen Worten, der beklagten Partei auch Gewinn bringen; verwiesen wird auch Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./114 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an Stadt Linz vom 15.5.2008	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU
Beilage ./115 - Presseartikel Oberösterreichische Nachrichten vom 9.12.2010	Echt; zReV ; vorgelegte <u>Zeitungsartikel</u> liefern in erster Linie Beweis über deren <u>Erscheinungsdatum</u> . Wenn Mag. Penn im Feb. 2007 erwartet hätte, dass der CHF Kurs auf 1,1 steigt, dann hätte er den Swap 4175 mit klarem Schädigungsvorsatz abgeschlossen. Warum sollte er das? Ihm fehlte das Fachwissen, das Swap-Geschäft 4175 richtig einzuschätzen, was die beklagte Partei schamlos ausgenützt hat.
Beilage ./119 - Aktenvermerk "Chronologie" vom 11.4.2011	Echt; zReV insbesondere unter den Punkten IV., 1.3.11.
Beilage ./120 - Stichtagsbezogener Firmenbuchauszug der Immobilien Linz GmbH zum 7.11.2008	Echt; zReV ;
Beilage ./122 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Tieff) an Stadt Linz vom 25.11.2008	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./123 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Tieff) an Stadt Linz vom 13.3.2009	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und

	Restrukturierungsangeboten“, Beilage./UUUUUUU;
Beilage ./124 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Tieff) an Stadt Linz vom 5.5.2009	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./125 - Präsentation "EUR/CHF-Resetable-Struktur der Stadt Linz – Restrukturierungsvorschläge (Mai 2009)"	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./126 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Tieff) an Stadt Linz vom 26.6.2009	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./127 - E-Mail des Wirtschaftsprüfers der Immobilien Linz GmbH & Co KG an Mag. Penn vom 11.9.2009	Echt; zReV , insbesondere unter den Punkten IV., 1.3.111., 1.6.6.:(Laut Wirtschaftsprüfer führt eine Abwertung zu keinem Geldabfluss, sondern hat lediglich Informationscharakter und ist tatsächlich kein realer Verlust; im Ergebnis der Prüfung wird auch angeführt, dass die beiden Swaps (gemeint: jene mit RLB und BAWAG) „ <i>kaum risikobehaftet</i> “ sind;)
Beilage ./128 - Präsentation "EUR-CHF-Resetable-Struktur der Stadt Linz (Oktober 2009)"	Echt , jedoch wurde Präsentation offenkundig nicht vollständig vorgelegt; zReV ;
Beilage ./129 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Sahinoglu) an Stadt Linz (Penn, Rockenschaub) vom 13.10.2009	Echt; zReV ; E-Mail stammt von Mario Tieff und nicht – wie von der beklagten Partei unrichtig bezeichnet - von Iris Sahinoglu;
Beilage ./130 - Aktenvermerk BAWAG P.S.K. (Auer) vom 23.11.2009	Echt; zReV ; insbesondere auch auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./131 - Präsentation BAWAG P.S.K. "Corporate Treasury: Analysieren, Optimieren und Steuern" vom 13.4.2010	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./132 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Tieff) an die Stadt Linz vom 26.4.2010	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./133 - Interner Aktenvermerk BAWAG P.S.K. (Auer) vom 6.7.2010	Echt; zReV , insbesondere unter den Punkten VI., 1.3.1.;
Beilage ./135 - E-Mail Stadt Linz (Schmid) an BAWAG P.S.K. vom 5.8.2010	Echt; zReV , insbesondere unter den Punkten IV., 1.4.3., 3.3.6.; (Beleg, dass die beklagte Partei vor diesem Termin offenbar nicht über den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 verfügte und daher auf diesen nicht vertrauen konnte);

Beilage ./136 -Internes Protokoll BAWAG P.S.K. zum Termin mit der Stadt Linz vom 5.8.2010	Echt; zReV;
Beilage ./137 -Internes Protokoll BAWAG P.S.K. zum Termin der Stadt Linz vom 19.8.2010	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./138 - Präsentation BAWAG P.S.K. "EURCHF-Resetable-Struktur Handlungsoptionen für die Stadt Linz" vom 18.8.2010	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./139 - E-Mail BAWAG P.S.K. (Schulz) an die Stadt Linz vom 25.8.2010	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./140 - Präsentation BAWAG P.S.K. "EURCHF-Resetable-Struktur Ergänzungen zu den Handlungsoptionen der Stadt Linz" vom 24.8.2010	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU;
Beilage ./141 - Internes Kurzprotokoll BAWAG P.S.K. zum Termin mit der Stadt Linz vom 31.8.2010	Echt; zReV ; insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU; Prehofer bestätigt: „ <i>wenig Möglichkeit für Alternativen</i> “
Beilage ./142 - Schreiben BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 27.10.2010	Echt; zReV ; Die beklagte Partei droht nach der direkten Drohung in ./134 weiterhin mit der Einforderung von Sicherheiten. „... <i>Sicherheiten von der Stadt Linz zu verlangen</i> “
Beilage ./143 - Schreiben BAWAG P.S.K. vom 17.9.2010	Echt; zReV ; Mag. Penn hat mit Schreiben vom 11.10.2010 Dr. Raninger geantwortet, und sich darauf berufen, dass es am 31.8.2010 eine Telefonkonferenz gegeben hat, und in dieser die beklagte Partei an den bisher getätigten Angeboten festgehalten hat, und die Stadt Linz diese nicht annehmen konnte (vgl. Strafact ON 160, AS 145)
Beilage ./144 - Internes E-Mail BAWAG P.S.K. vom 22.12.2010	Echt; zReV;
Beilage ./145 - Interner Aktenvermerk BAWAG P.S.K. samt Gesprächsunterlage vom 4.2.2011	Echt; zReV , insbesondere auf die Ausführungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei präsentierten „Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten“, Beilage ./UUUUUUU
Beilage ./146 - Schreiben BAWAG P.S.K. (Koren, Raninger) an Bürgermeister Dr. Franz Dobusch vom 22.2.2011	Echt; zReV;
Beilage ./147 - Interner Aktenvermerk BAWAG P.S.K. vom 14.3.2011 samt Unterlage	Echt; zReV ; laut Aktenvermerk habe die beklagte Partei das Geschäft 1:1 mit anderen Banken „abgesichert“; Damit ist neuerlich bestätigt , dass die beklagte Partei nach 2007 weiter Optionen verschrieben hat, aus denen sie hohe Prämieinnahmen lukrierte (siehe

	auch die Beilage ./YY), von denen sie nunmehr aber nichts mehr wissen, geschweige denn drüber reden will (siehe nur Haynes gemäß Prot. der Aussage von 26.07.2013).
Beilage ./148 - Interner Aktenvermerk der BAWAG P.S.K. vom 26.3.2011 samt Unterlage	Echt , jedoch wurde der Aktenvermerk erst 2 Jahre später am 26.3.2013 nachträglich angefertigt; zReV ; Der beklagten Partei ist klar, dass der Swap 4175 nichtig ist und will sie daher explizite Gremialbeschlüsse für die Lösung. Die beklagte Partei hätte längst selbst aus dem Geschäft aussteigen können.
Beilage ./149 - Presseaussendung der Stadt Linz vom 29.3.2011	Echt; zReV ; bestätigt, dass das Swap-Geschäft 4175 vom Gemeinderatsbeschluss 3. Juni 2004 nicht gedeckt war;
Beilage ./150 - Auszug aus dem Protokoll der 15. Sitzung des Gemeinderats vom 7.4.2011	Echt; zReV ;
Beilage ./151 - Anonyme Anzeige vom 12.4.2011	Echt; zReV ;
Beilage ./152 - Presseaussendung der Stadt Linz vom 13.10.2011	Echt; zReV ;
Beilage ./154 - Einzelabschlussbestätigung – vorzeitige Schließung mit Wirkung zum 18.10.2011	Echt; zReV ; es handelte sich um eine einseitige Erklärung der beklagte Partei, eine Kündigung.
Beilage ./155 - Rechnungshofbericht vom 5.6.2013	Echt; zReV insbesondere unter Punkt IV., 1.3.13.9. sowie zur diesbezüglichen Stellungnahme der Stadt Linz, Beilagen ./SSSSSS und ./TTTTTT;
Beilage ./156 - Bisherige Cash Flows der Stadt Linz	Echt; zReV ;
Beilage ./157 - Vorschlag Mag. Werner Penn an Bgm Dr. Franz Dobusch vom 19.1.1998	Echt; zReV insbesondere unter Punkt IV., 1.3.11.; (Der Konvertierungsvorschlag betrifft nur die nächste Zinszahlung , da laut Meinung der Experten der SFR-Kurs wieder zurückgehen soll;)
Beilage ./158 - E-Mailverkehr zwischen Mag. Penn und Techcenter Linz (Techcenter EUR-Cap mit CHFLink.htm)	Echt; zReV , insbesondere unter Punkt IV., 1.3.11.;
Beilage ./159 - Beilagenkonvolut zu "EURO/SFR-PROGNOSEN" aus Mag. Penns Daten	Zur Echtheit keine Erklärung; zReV ; unklar, ob das Dokument tatsächlich von Mag. Penn erstellt wurde, zumal es vom 9.7.2013 datiert; sollte es tatsächlich von Mag. Penn erstellt worden sein – was bestritten wird – bleibt die Frage dennoch offen, wann das Dokument tatsächlich erstellt wurde; merkwürdig ist auch, dass „StK/Penn“ nur auf der ersten Seiten der Beilage abgedruckt ist, das Datum sowie die Seitenzahl jedoch durchgehend sind; Die CHF-Kurse enden jeweils 2003/2004, können also zeitlich in keinem Zusammenhang mit dem Swap-Abschluss stehen.
Beilage ./160 - "FREMDMITTEL IN CHF" aus Mag. Penns Daten	Zur Echtheit keine Erklärung; zReV ; für die Stadt Linz ist unklar, wie die beklagte Partei zu dieser Urkunde kommt, zumal diese im Strafakt (weder im GA Greifeneder, ON 160, noch ON 36 und 98, in welchen die Daten von Mag. Penn zusammengefasst sind)

	abgelegt ist, zumindest soweit ersichtlich; bei sämtlichen in dieser Beilage vorgelegten Urkunden fehlt zudem ein eindeutiger Hinweis auf das Erstellungsdatum; Die Daten stammen aber offenbar aus 2010 („Bewertung per 20.04.2010, Seite 1“)
Beilage ./161 - "Finanzierungsangebote – Stand 05.03.2008" aus Mag. Penns Daten	Zur Echtheit keine Erklärung; zReV; für die Stadt Linz ist unklar, wieso das von der beklagten Partei vorgelegte Dokument, nicht jenem im Strafact (ON 98, Teil3, AS 293) entspricht, zumal der Pfad unterschiedlich lautet und auch die Zahlen zu den 10-Y-Swap bzw. 5-Y-Swap lt. Hypo einander nicht entsprechen;
Beilage ./162 - "Variable endfällige Anleihe über CHF 195 Mio 2005 -201 aus Mag. Penns Daten	Zur Echtheit keine Erklärung; zReV; unklar ist auch bei diesem Dokument, wann es erstellt wurde; zudem wurde im entsprechenden Dokument im Strafact (ON 98, Teil 3, AS 347) der Passus unten „Erstellt von Werner Penn“ durchgestrichen;
Beilage ./163 - Gutachten der Frankfurt School of Finance & Management vom 11.12.2012	Echt; zReV; Die beklagte Partei hat ab 2009 weitere Optionen aus der Formel verschreiben können und damit wegen der hohen Volatilitäten im CHF auch hohe Prämien vereinnahmt, welche allfällige „Finanzierungskosten“ bei weitem überwiegen . Der Gutachter lässt den Millionenertrag allein in der Zinskomponente des Swap (vgl. Imo, Seite 196) komplett unter den Tisch fallen. Die „Anlage 4“ bestand offenbar nur aus „Inhouse Swaps“ (siehe nur die Seite 36), also keinen echten Transaktionen ; der Gutachter wurde offenkundig auch falsch informiert.
Beilage ./164 - Artikel "Oberösterreichische Nachrichten" vom 24.1.2012	Echt; zReV; Zeitungsberichte liefern Beweis über ihr Erscheinen zu einem bestimmten Tag.
Beilage ./165 - "RLB Bewertung Swaption 061229" aus Mag. Penns Daten	Echt; zReV, insbesondere unter Punkt IV., 1.3.11. ; eine „Swaption“ ist eine reines Zinsgeschäft ohne Währungsbezug.
Beilage ./166 - Auflistung von Fachliteratur zur Darstellung und Bewertung von Finanz-(Termin)Geschäften aus Mag. Penns Daten	Zur Echtheit keine Erklärung; zReV; der Ersteller des Dokuments ist nicht ersichtlich; Auch hochrangige Mitarbeiter der beklagten Partei hatten große Probleme mit dem Verständnis der Bewertungen (siehe die Beilage ./SS: Herbert Auer: <i>Ich versteh nämlich nicht, ...warum ... die Bewertung bei minus 100 mio€ liegt!</i>)
Beilage ./167 - Historischer Firmenbuchauszug der ILG vom 11.7.2013	Echt; zReV;
Beilage ./168 - Zeugenvernehmung Dr. Erich Watzl vom 28.6.2011	Echt; zReV; ua wird bestätigt, dass die Rechnungsabschlüsse nicht ins Detail genau besprochen werden;
Beilage ./169 - Aufstellung diverser Finanztransaktionen der Stadt Linz und ihr zuzurechnender Unternehmen	Echt; zReV;
Beilage ./170 - Stellungnahme und Urkundenvorlage von BAWAG P.S.K. vom	Echt; zReV;

2.7.2012	
Beilage ./171 - Auszug aus der Mitschrift der Gemeinderatssitzung vom 18.4.2013 von Kerschbaum Partner Rechtsanwälte GmbH	Echt; zReV; es handelt sich um kein offizielles Protokoll der Gemeinderatssitzung;
Beilage ./172 - E-Mail Werner Pöchinger (Kronen Zeitung) an Mag. Penn vom 27.5.2011	Echt; zReV, insbesondere unter Punkt IV., 1.6.4.;
Beilage ./173 - Auszug Rechnungsabschluss 2007	Echt; zReV; insbesondere unter Punkt IV., 1.6.5. (der durch die beklagte Partei markierte Satz zu den Einnahmen aus „erstmalig getätigten Zinssicherungsgeschäften“ befindet sich auf Seite 421 des Rechnungsabschlusses, eines somit sehr umfassenden Dokuments; Schon aufgrund dieses Umfanges kann unmöglich jede einzelne Position vom Gemeinderat besprochen werden, was in der Praxis auch nicht gemacht wird, (vgl. Aussage Bürgermeister Dr. Dobusch vom 19.8.2013))
Beilage ./174 - Auszug Rechnungsabschluss 2008	Echt; zReV; insbesondere unter Punkt IV., 1.6.5. (der durch die beklagte Partei markierte Satz zu den Einnahmen aus „Zinssicherungsgeschäften“ befindet sich auf Seite 413 des Rechnungsabschlusses; siehe auch zu ./173
Beilage ./175 - Auszug Rechnungsabschluss 2009	Echt; zReV; insbesondere unter Punkt IV., 1.6.5. (der durch die beklagte Partei markierte Satz zu den Einnahmen aus „Zinsgeschäften“ befindet sich auf Seite 409 des Rechnungsabschlusses; siehe auch zu ./173
Beilage ./176 - Kontrollamtsbericht zum SWAP II vom 18.9.2012	Echt; zReV; gemäß Überschrift ist lediglich von „Zinsabsicherungsgeschäften“ die Rede, es wird auch kein einzelnes Geschäft angeführt, sondern nur die Gesamtsumme aller „Zinssicherungsgeschäfte“ angeführt; im Übrigen ist auch laut Bundes-Rechnungshofbericht, Serie Bund 2013/1, der Swap 4175 keineswegs ein „Zinsabsicherungsgeschäft“; Der Kontrollamtsbericht ging auch nur an die Mitglieder des Finanzausschusses;
Beilage ./177 - Aussage Dr. Mayr vom 1.6.2011	Echt; zReV;
Beilage ./178 - Rechtfertigungsschriftsatz von Dr. Mayr vom 6.3.2013	Echt; zReV;
Beilage ./180 - Artikel der "Oberösterreichische Nachrichten" vom 11.7.2013	Echt; zReV; Eine bankfachliche Ausbildung zu strukturierten Derivaten wie dem Swap Geschäft 4175 ist nicht ersichtlich;
Beilage ./181 - Brief Dr. Ludwig Scharinger an Bürgermeister Dr. Franz Dobusch vom 6.4.2004	Echt; zReV, insbesondere unter Punkt IV., 1.6.8.; (Dies entspricht auch den Ausführungen im Amtsbericht vom 13. Mai 2004, demgemäß die FVV dazu ermächtigt werden soll, bei bestehenden Finanzierungen durch Abschluss von Finanzgeschäften eine Optimierung des bestehenden Fremdfinanzierungsportfolios hinsichtlich Finanzierungsform, Laufzeit und Zinssätzen

	vorzunehmen und somit negativen Entwicklungen entgegenzutreten.)
Beilage ./182 - Auszug aus einer Mitschrift von RA Dr. Kurt Retter aus der (Sonder-)Gemeinderatssitzung vom 27.6.2013	Echt; zReV , insbesondere unter Punkt IV., 3.3.6.;
Beilage ./186 - Präsentation Österreichischer Städtebund "Schuldenmanagement und Optimierungsmaßnahmen" vom 4.2.2004	Echt; zReV , insbesondere unter Punkt IV., 4.1.; es handelte sich in Wahrheit um eine Präsentation der TEF;
Beilage ./187 - Vertraulicher Projektbericht des BMF "Kommunales Risikomanagement und aufsichtsbehördliche Kontrolle in Österreich" vom 27.4.2009	Echt; zReV insbesondere unter Punkt IV., 4.1.;
Beilage ./188 - Memo "Kommunalwissenschaftliche Literatur" (samt Fundstellen)	Echt; zReV insbesondere unter Punkt IV., 4.4.; „resettable Swaps“ wie Swap 4175 werden nicht erwähnt;
Beilage ./189 - Beilagenkonvolut Hofkirchen	Echt; zReV insbesondere unter Punkt IV., 4.1.;
Beilage ./190 - Bericht des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung über die Gebarungseinschau bei der Stadt Waidhofen an der Ybbs vom 26. März 2009	Echt; zReV insbesondere unter Punkt IV., 4.4.5.;
Beilage ./191 - Bericht über die öffentlichen Finanzen 2005	Echt; zReV ;
Beilage ./192 - Anfrage der oberösterreichischen Landesregierung betreffend "Finanzspekulationsgeschäfte der oberösterreichischen Gemeinden" vom 26.5.2011 samt Beilage	Echt; zReV ; siehe das Ergebnis in ON 66 und die daraus abzuleitenden Schlussfolgerungen zur „Marktüblichkeit“ in Punkt IV. 4.1ff
Beilage ./193 - Präsentation einer österreichischen Bank für eine österreichische Marktgemeinde vom 16.11.2006	Echt; zReV , insbesondere unter Punkt IV., 4.4.; es handelt sich um eine Präsentation der RLB NÖ-Wien.
Beilage ./194 - Der Standard vom 30.6.2013	Echt; zReV ; die Wiener Stadthalle hat keine Resettable Swaps.
Beilage ./195 - Die Presse vom 14.5.2013 "St. Pölten gegen Raiffeisen"	Echt; zReV ;
Beilage ./196 - Gutachten Mag. Rudolf Nikolaus Kellermayr vom 14.4.2013	Echt; zReV ; die Ausführungen sind von geringer bankfachlicher Tiefe und in vielen Punkten inkonsistent. Der SV versucht ohne entsprechende Qualifikation auch juristisch zu qualifizieren (s. etwa 13). Die beklagte Partei hat das Risiko entgegen der Annahme des SV im Übrigen gar nicht voll geschlossen, sie hat gegen den Kunden gewettet (siehe nur Imo, Seite 196 und 197 sowie Memorandum Beilage ./YY)
Beilage ./197 - Historische Bloomberg CHF-Libor Kurve vom 14.2.2007	Echt; zReV insbesondere unter den Punkten IV., 4.8. und 4.10. sowie Beilagen ./FFFFFF und ./QQQQQQ sowie das diesbezügliche Vorbringen der Stadt Linz in ihrem VBS, S.42f;
Beilage ./198 - Tatsächliche Entwicklung des CHF 6 Monats-Libor	Echt; zReV ; insbesondere unter den Punkten IV., 4.8. und 4.10. sowie Beilagen ./FFFFFF und ./QQQQQQ sowie das diesbezügliche Vorbringen der Stadt Linz in ihrem VBS, S.42f;

<p>Beilage ./199 - Bericht des OÖ Landesrechnungshofes über eine Sonderprüfung zur "Direktion Inneres und Kommunales. Gemeindeaufsicht und Bedarfszuweisungen", LRH-140024/39-2012-HE</p>	<p>Echt; zReV; Aus der Beilage./199 ist für den Rechtsstandpunkt der beklagten Partei nichts zu gewinnen. Zum einen wird ua. festgehalten, dass das auf den Gemeinden vorhandene Know-How mit der zunehmenden Komplexität der Finanzmarktprodukte nicht Schritt hält (S. 41); andererseits wurde von Experten festgestellt, dass vereinzelt der Preis von abgeschlossenen Geschäften nicht „fair bzw. marktgerecht“ war. Dasselbe hat der SV Imo in seinem Gutachten (ON 129 des Strafaktes) beim Swap-Geschäft 4175 festgestellt;</p>
<p>Beilage ./200 - Schreiben der IKD vom 14.3.2012 an den Landesrechnungshof</p>	<p>Echt; zReV; Dass wie vom IKD festgehalten, dieser „Zinsabsicherungsgeschäften offen gegenübersteht“ (S. 6) steht auch im Einklang des Vorbringens der Stadt Linz, wonach Derivatgeschäft zur Optimierung des eigenen Finanzportfolios prinzipiell geeignet sein, sofern es sich um „einfache Produkte“ handelt, diese Planungssicherheit schaffen und dem Grundsatz der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entsprechen und vor allem das Risiko begrenzt ist.</p>
<p>Beilage ./201 - <i>Grossmann/Hauth</i>, Kommunales Risikomanagement und aufsichtsbehördliche Kontrolle in Österreich (Studie im Auftrag des Staatsschuldenausschusses; April 2009)</p>	<p>Echt; zReV; Aus der Beilage./201 ist für den Rechtsstandpunkt der beklagten Partei ebenfalls nichts zu gewinnen. Wie aus der Tabelle 7, Seite 33 ersichtlich, wurden dort Veranlagungen in Finanzderivate und strukturierte Produkte als aktivseitige Rechtsgeschäfte erfasst. Dabei geht es um Veranlagungen, also die Investition von vorhandenem Geld. Dem gegenüber ist das Swap-Geschäft 4175 eindeutig als passives Rechtsgeschäft zu identifizieren, zumal damit in die Struktur des Darlehens eingegriffen wurde. Daraus ergibt sich auch primär die Genehmigungspflicht (siehe auch Bericht des Bundesrechnungshof). Dass die Sachlage anders ist, soweit eine Finanzveranlagung mit dem Einsatz von überschüssigem Kapital erfolgt, liegt auf der Hand. So führen auch die Autoren aus, dass der Schwerpunkt der genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfte auf der Passivseite liegt. Dieser ist auch der Swap 4175 zuzuordnen.</p>
<p>Beilage ./202 - Arbeitsunterlage der Direktion Verfassungsdienst des Landes Oberösterreich vom 8.9.2011</p>	<p>Echt; zReV;</p>
<p>Beilage ./203 - Excel-Auflistung der Zuständigkeiten</p>	<p>Echt; zReV, insbesondere auf den Punkt IV.,6. der Replik;</p>
<p>Beilage ./204 - Organigramm der BAWAG P.S.K. Februar 2007</p>	<p>Echt; zReV, insbesondere auf den Punkt IV.,6. der Replik;</p>
<p>Beilage ./205 - Organigramm der für den SWAP II relevanten Einheiten in der</p>	<p>Echt; zReV, insbesondere auf den Punkt IV.,6. der Replik; das Organigramm</p>

BAWAG P.S.K. samt Austrittsdaten	verschweigt offenkundig jene Personen, die das Produkt kalkuliert und marktseitig eingedeckt haben und für die Hedgestruktur verantwortlich zeichnen.
Beilage ./206 - Formular zur "Einführung neuer Produkte im Handels- und Bankbuch"	Echt; zReV , insbesondere auf den Punkt IV.,6. der Replik;
Beilage ./207 - Riedl, Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden (RFG 04/2009)	Echt; zReV ; die S. 11ff entsprechen Beilage ./RRR; Prof. Felderer gesteht im Geleitwort zu, dass Fachkenntnisse, die zur Bewertung des Risikos von oft sehr komplizierten Finanzgeschäften in der Regel notwendig sind, nicht vorausgesetzt werden können; das traf erkennbar auch auf Mag. Penn zu.

4. Vorlageanträge der Stadt Linz nach den §§ 303 ff ZPO

Wie bereits unter Punkt IV., 6. angeführt, r e g t die Stadt Linz an, der beklagten Partei seitens des Gerichts zur Klarstellung aufzutragen, sich darüber zu deklarieren, ob für das Swap-Geschäft 4175 überhaupt eine eigene, tatsächlich passende, Produktbeschreibung korrespondierend zur Beilage ./206 erstellt wurde und wenn ja, diese gemäß dem in der Verhandlung vom 24. Mai 2013 erteilten Gerichtsauftrag vorzulegen.

5. Zustimmung zur Urkundenverlesung

Die Stadt Linz ist mit der Verwertung bestehender Protokolle iSd § 281a ZPO einverstanden, unter der Voraussetzung der Möglichkeit, im Rahmen einer Einvernahme vor Gericht zusätzliche Fragen zu deponieren. Hinsichtlich folgender Personen verzichtet die Stadt Linz - basierend auf ihrem derzeitigen Kenntnisstand - auf eine zusätzliche Einvernahme durch das erkennende Gericht:

- a) Silvia Fellermayr (ON 92 des Strafaktes)
- b) Herbert Weiss (ON 92 des Strafaktes)
- c) Mag. Daniel Jakowitsch (ON 43 des Strafaktes)
- d) Silvia Schüller (ON 43 des Strafaktes)

Stadt Linz
(vertreten durch den Bürgermeister)