



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

2 R 1 /21m

## Zwischenurteil Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Dallinger (Vorsitzender), den Richter Mag. Hofmann und den Kommerzialrat Kremser in der Rechtssache der klagenden Partei **Stadt Linz**, 4020 Linz, Altes Rathaus, Hauptplatz 1, vertreten durch Aigner Rechtsanwalts-GmbH in Wien und Wildmoser/Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH in Linz, wider die beklagte Partei **BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft**, 1100 Wien, Wiedner Gürtel 11, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien und Dorda Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen CHF 30.640.161,40 (EUR 25.185.074,30) und Zwischenantrag auf Feststellung (Streitwert EUR 100.000), über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 100.000) gegen das Zwischenurteil des Handelsgerichtes Wien vom 7.1.2020, 55 Cg 28/18f-633.3, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 6.577,32 (darin EUR 1.096,22 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt

EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

**E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Die Klägerin ist eine Stadt mit eigenem Statut (§ 1 Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992, LGBl Nr 7/1992, kurz: StL 1992). Gemäß § 78 Abs 1 StL (in der hier maßgeblichen Fassung) bedurften gewisse ihrer Maßnahmen der Genehmigung der Landesregierung, etwa (Z 2) „der Abschluss von Darlehensverträgen, wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlag des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde“.

Organe der Klägerin sind (§ 7 leg cit): 1. der Gemeinderat; 2. der (die) Bürgermeister (Bürgermeisterin); 3. der Stadtsenat (Verwaltungsausschuss); 4. die einzelnen Mitglieder des Stadtsenates; 5. der Magistrat.

Dem Gemeinderat, bestehend aus 61 Mitgliedern, vorbehalten war gemäß § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 „der Abschluss und die Auflösung sonstiger Verträge, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000 oder das jährliche Entgelt EUR 50.000 übersteigt“. Die Ausschüsse des Gemeinderates, etwa der Finanzausschuss, sind zur Vorberatung von Anträgen und zur Abgabe von Gutachten bestellt.

Der Bürgermeister (die Bürgermeisterin) ist jenes Organ der Klägerin, das die Beschlüsse des Gemeinderats zu vollziehen hat, sie nach außen vertritt und Vorstand des Magistrats ist (§§ 22, 49 StL 1992).

Der Magistrat ist jenes Organ der Klägerin, das (insbesondere) ihre Geschäfte zu besorgen hat (§ 51 Abs 1 StL 1992). Er ist gegliedert unter anderem in die Geschäftsgruppe Finanz- und Vermögensverwaltung (FVV),

geleitet vom Finanzdirektor, und die Stadtkämmerei (StK) als eine ihrer Dienststellen.

Am 3.6.2004 kam es zum Gemeinderatsbeschluss, wie im Amtsbericht der Stadtkämmerei vom Mai 2004 (verfasst von deren Amtsleiter und zugleich Finanzdirektor) beantragt:

[2.] „Die FVV wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren“.

Am 6.10.2005 begab die Klägerin (unter Einbindung einer Drittbank) eine variabel verzinsten CHF-Anleihe über CHF 195 Mio mit einer Laufzeit bis 14.10.2017.

Ab Dezember 2006 kam es zwischen dem Finanzdirektor und der Beklagten zu diversen Gesprächen und E-Mails, die schließlich zum nunmehr streitgegenständlichen „Resettable CHF Linked Swap 4175“ vom 12.2.2007 (kurz: Swap 4175) führten. Dieser enthält die Vereinbarung eines Tausches von Zinszahlungen zu halbjährlichen Fälligkeitszeitpunkten, bezogen auf ein Nominale von CHF 195 Mio, für eine Laufzeit bis 15.4.2017:

(1) die Beklagte hat variable Zinsen gemäß dem 6-Monats-CHF-LIBOR zu zahlen;

(2) die Klägerin hat Zinsen in Abhängigkeit von einem bestimmten EUR/CHF-Wechselkurs zu zahlen (EZBW-Kurs von 1,54), und zwar

(a) Fixzinsen von 0,065 % bei höherem Wechselkurs, oder - bei gleichem oder niedrigerem Wechselkurs

(b) Zinsen nach einer Formel, nämlich von  $0,065 \% + ([1,54 - EZBW] / EZBW \times 100) \%$ .

Wechselkurse über der genannten Schwelle zu den jeweiligen Fälligkeitsterminen bewirken demnach grundsätzlich (abgesehen von einer CHF-Libor-Veränderung aty-

pischen Ausmaßes) eine Differenz zugunsten der Stadt und damit eine entsprechende Zahlungspflicht der Bank. Hingegen wird die Differenz zugunsten der Bank bzw die Zahlungspflicht der Stadt umso höher, je tiefer der Wechselkurs jeweils unter die Schwelle fällt. Beispielsweise führt ein Wechselkurs von 1,2 zu einem Zinssatz von rund 28 % aus CHF 195 Mio und damit zur Zahlungspflicht von rund EUR 45,5 Mio; ein Wechselkurs von 1,0 ergibt einen Zinssatz von rund 54 % und damit eine Zahlungspflicht von rund EUR 105 Mio.

Nunmehr erheben die klagende Stadt und die beklagte Bank gegeneinander Ansprüche im Zusammenhang mit diesem Swap 4175. Die Klägerin begehrt Zahlung von rund EUR 25 Mio; die Beklagte und Widerklägerin (im unterbrochenen Verfahren 55 Cg 29/18b) begehrt Zahlung von rund EUR 418 Mio und erhebt im vorliegenden Verfahren einen entsprechenden Compensando-Einwand. Die Klägerin stützt sich (unter anderem) auf bereicherungsrechtliche Rückabwicklung. Die Beklagte und Widerklägerin macht (unter anderem) vertragliche (Nicht-)Erfüllungsansprüche infolge wirksamen Zustandekommens des Swap 4175 geltend.

Die Klägerin erhob schließlich den Zwischenantrag auf Feststellung, dass der Swap 4175 nicht wirksam zustande gekommen und daher zu keinem Zeitpunkt wirksam gewesen sei, in eventu, dass er rückwirkend aufgehoben und jedenfalls am 20.10.2011 nicht mehr gültig gewesen sei. Sie stützt sich (im Kern) auf eine schon ursprüngliche Ungültigkeit des Vertrages; insbesondere fehle es am hierfür erforderlichen Gemeinderatsbeschluss (sowie überdies an der hierfür erforderlichen aufsichtsbehördlichen Genehmigung).

Die Beklagte wendete, soweit für dieses Berufungs-

verfahren relevant, ein, das Geschäft falle weder in die Kompetenz der Aufsichtsbehörde noch des Gemeinderats; überdies habe der Gemeinderat ohnehin einen entsprechenden Beschluss gefasst und das Geschäft auch insbesondere durch Vorteilszuwendung nachträglich genehmigt. Im Übrigen kann auf die zusammenfassende Darstellung des ausführlichen wechselseitigen Vorbringens auf Seiten 4 bis 12 der erstgerichtlichen Ausfertigung verwiesen werden.

Mit dem angefochtenen Zwischenurteil nach § 393 Abs 2 ZPO stellte das Erstgericht fest, dass der Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten mit der Bezeichnung Resettable CHF linked Swap 4175 nie Bestand hatte. Es traf die auf Seiten 12 bis 41 der Ausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird. In seiner ausführlichen rechtlichen Beurteilung (Seiten 50 bis 103 der Ausfertigung) bejahte es schon das Erfordernis der - unstrittig fehlenden - aufsichtsbehördlichen Genehmigung im Sinne von § 78 StL 1992: der Swap 4175 sei zwar weder als Darlehensvertrag noch als Bürgschaft oder sonstige Haftung nach Abs 1 Z 2 und 3 *leg cit* zu qualifizieren, allerdings schlage die Genehmigungspflicht auch auf ein Geschäft durch, das - wie hier - zu derart hohen Zahlungspflichten führen könne, die ihrerseits einer genehmigungspflichtigen Fremdmittelaufnahme bedürften (eingehend Seiten 56 bis 70 der Ausfertigung). Im Übrigen fehle es auch am erforderlichen Gemeinderatsbeschluss: die Zuständigkeit des Organs Gemeinderat folge aus § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992, zumal das „Entgelt“ im Sinne dieser Norm, nämlich die halbjährliche Zahlungsverpflichtung der Klägerin von zumindest 0,065 % aus CHF 195 Mio = CHF 126.750, die Schwelle von jährlich EUR 50.000 bei realistischen Wechselkursen jedenfalls überschreite. Der

Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 („Die FVV wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren.“) habe bloßen Grundsatzcharakter, beziehe sich auf kein konkretes Geschäft und bilde somit keine unmittelbare Grundlage für den Abschluss des Swap 4175. Er biete auch keine öffentlich-rechtliche Grundlage für eine Verschiebung der Gemeinderats-Kompetenzen an ein anderes Organ. Eine zivilrechtliche Qualifizierung dieses Gemeinderatsbeschlusses als für den Swap 4175 taugliche Bevollmächtigung/Ermächtigung/Auftrag scheitere an vielschichtigen Gründen, etwa schon an der mangelnden Rechtsfähigkeit der darin genannten „FVV“ (= Geschäftsgruppe Finanz- und Vermögensverwaltung des Magistrats) und dem zwingenden Organisationsrecht, das auch im Lichte des § 867 ABGB einer Umgehung der statutengemäßen Entscheidungsfindung und Kontrollmechanismen für derart weitreichende Handlungen entgegenstehe. Hinzu komme eine Überschreitung von Auftrag/Vollmacht in Hinblick auf die Auslegung des Begriffes „Optimieren“ nach objektiven Kriterien mit dem Ergebnis, dass ein Abschluss des Swap 4175 mangels Beherrschbarkeit des Risikos und damit mangels Optimierungseignung vom Gemeinderatsbeschluss nicht umfasst gewesen sei. Für eine nachträgliche Genehmigung des sohin vollmachtslos abgeschlossenen Swap 4175 auf schlüssige Weise, durch Stillschweigen, Untätigkeit oder Vorteilszuwendung etwa durch Genehmigung der Rechnungsabschlüsse fehle es an der ausreichenden Kenntnis des Organs Gemeinderat über die maßgeblichen Umstände, insbesondere über das mit dem Swap 4175 tatsächlich verbundene Risiko; selbst wenn etwa aus den Rechnungsabschlüssen die Zahlungen aus dem Swap 4175 identifizierbar wären, fehlte

es an einer Darstellung und Verknüpfung mit dem dafür übernommenen Risiko, um den Vorteil bewerten zu können.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, das Klagebegehren abzuweisen; hilfsweise wurde ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Zur Verfahrensrüge

A. Ein primärer Verfahrensmangel iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO liegt vor, wenn das Erstgericht infolge Zurückweisung von Beweisanträgen andere als die vom Beweisführer behaupteten Tatsachen festgestellt hat (Pimmer in Fasching/Konecny<sup>3</sup>, § 496 Rz 57). Hat das Erstgericht hingegen zu gewissen Tatumständen (gar) keine Feststellungen getroffen, vermag dies von vornherein einen primären Verfahrensmangel nicht zu verwirklichen. Wären die in Rede stehenden Aspekte in rechtlicher Hinsicht doch relevant, fehlte es dem Urteil an rechtserheblichen Feststellungen, sodass gegebenenfalls (nur) ein sekundärer Feststellungsmangel vorliegen könnte, der allerdings der Rechtsrüge zugehört (vgl Pimmer aaO § 496 Rz 58).

Demnach muss der Rechtsmittelwerber, um den Erfordernissen einer gesetzmäßigen Verfahrensrüge zu genügen, in der gebotenen Klarheit jene erstgerichtliche Feststellung erkennen lassen, durch die er sich für beschwert erachtet, und die er durch das in erster Instanz übergangene Beweismittel zu widerlegen können glaubt, es sei denn, nach der Aktenlage bestünde daran kein Zweifel. Der Rechtsmittelwerber muss also nachvollziehbar aufzeigen,

in welcher Hinsicht sich bei Unterbleiben des behaupteten Verfahrensfehlers eine abweichende Sachverhaltsgrundlage ergeben hätte (RIS-Justiz RS0043039 insb T3 und T5).

B. Die Berufungswerberin lässt durchwegs offen, welche Feststellung vom jeweils monierten Verfahrensmangel denn betroffen sei. Insoweit fehlt es daher schon an einer gesetzmäßigen Verfahrensrüge. So vermisst die Berufungswerberin zum im Berufungsverfahren primär entscheidungswesentlichen Gemeinderatsbeschluss etwa diverse Zeugeneinvernahmen darüber, dass dieser entsprechend der langjährigen Praxis der Stadt Linz als zivilrechtliche Vollmacht zu verstehen sei (Punkt 4. - wovon das Berufungsgericht im Übrigen ohnehin ausgehen wird); dass der Gemeinderat den Swap „nachträglich genehmigt“ habe (Punkt 5.); dass die Klägerin „bereit gewesen sei, zur Reduktion der Zinslast [...] ein Risiko zu übernehmen und dass entsprechendes Risikobewusstsein vorhanden war“ (Punkt 6.); dass der Finanzdirektor bei Vertragsabschluss „über die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt habe, das Geschäft abzuschließen“ (Punkt 7.); dass die Klägerin über ein „taugliches Risikomanagement verfügt“ habe (Punkt 8). Alldies sind allgemeine rechtliche Wertungen; nichts davon lässt eine konkrete Feststellung erkennen, die vom relevierten Verfahrensmangel betroffen wäre.

Dasselbe gilt sinngemäß für die Beschwerde, das Erstgericht habe die „übrigen Personalbeweisanträge mangels abstrakter Relevanz“ abgewiesen (Punkt 9.); sowie für die vermissten Aufträge an die Klägerin zur Vorlage diverser Urkunden (Punkt 10.1.), denen bloß die rechtliche Hypothese zugrunde liegt, das Wissen diverser Ausschüsse sei kraft „Wissensstellvertreter“-Eigenschaft dem



Gemeinderat als eigenes Wissen zuzurechnen. Zu Punkt 10.2. tritt die Berufungswerberin den erstgerichtlichen Rechtsausführungen zum Gemeinderatsbeschluss betreffend eine „offensichtliche Unmöglichkeit und Mangelhaftigkeit im Lichte des Organisationsrechts der Klägerin“ entgegen; zu Punkt 10.3. wäre aus diversen Urkunden abzuleiten gewesen, dass auch der Bürgermeister und der Finanzausschuss-Vorsitzende „beim Abschluss des Swap miteingebunden und voll informiert“ bzw „über die Konstruktion des Swap und die damit zusammenhängende Risikostruktur vollumfassend informiert“ gewesen seien; zu Punkt 10.4. meint die Berufungswerberin, die vermisste Vorlage von Restrukturierungs- bzw Ausstiegsangeboten Dritter von Ende April/Anfang Mai 2008 hätte die „Marktüblichkeit, Beherrschbarkeit und Optimierung des Swap ergeben“. Bei alledem handelt es sich teils um bloße Rechtsbehauptungen, teils um bloß vage bleibende Pauschalbehauptungen. Nichts davon lässt eine in Zweifel gezogene konkrete Feststellung des Erstgerichts erkennen. Zu Punkt 11. kritisiert die Berufungswerberin letztlich den abschließenden Verweis des Erstgerichtes auf das „Gesamtergebnis der Sachverständigengutachten“ als bloße Scheinbegründung; eine sie deshalb beschwerende Feststellung zeigt sie wiederum nicht auf. Dies gilt auch zu Punkten 1. bis 3. zum - ohnehin letztlich irrelevanten - Aspekt der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht; diesbezügliche „Meinungen“ des Finanzdirektors (einschließlich seiner im Disziplinarverfahren geäußerten Selbsteinschätzung) und „der ganzen Stadtverwaltung“ sowie welches Zeugen auch immer über eine fehlende aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht würden an ihrem Bestehen nichts ändern.

Insgesamt muss die Verfahrensrüge daher scheitern.

Zur Beweisrüge:

A. Als Voraussetzung einer gesetzmäßigen Beweisrüge ist vorzuschicken: der Rechtsmittelwerber muss (unter anderem) zum einen angeben, welche konkrete Feststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung bekämpft wird, sowie zum anderen, welche Feststellung aufgrund richtiger Beweiswürdigung (an deren Stelle) zu treffen gewesen wäre (stRsp, vgl zB 7 Ob 166/01i; RIS-Justiz RS0041835 T5). Somit fehlt es schon im Grundsätzlichen an einer gesetzmäßig ausgeführten Beweisrüge, soweit die begehrte „Ersatzfeststellung“ gar keine Tatfrage, sondern eine rechtliche Wertung darstellt; oder soweit sie nur einen Wunschsachverhalt formuliert, der mit der bekämpften Feststellung gar nicht in Widerspruch steht, sie in Wahrheit also gar nicht ersetzen, sondern ergänzend neben sie treten soll (RS0041835).

B. Die Berufungswerberin verfehlt diese Erfordernisse weitgehend, sodass für die inhaltliche Behandlung einer gesetzmäßig ausgeführten Beweisrüge insoweit kein Raum bleibt:

Zu Punkt 1. wiederholt sie ohnehin die getroffene Feststellung über den Debattenverlauf, wie dem angeschlossenen Protokoll entnehmbar. Die angestrebte ergänzende Wertung, der Gemeinderat habe dabei was auch immer „in Kauf genommen“, lässt eine Unrichtigkeit der getroffenen Feststellung nicht erkennen. Zu Punkt 3. gilt dasselbe: festgestellter Erhalt von Angebot und sodann ange stellte Berechnungen finden sich ebenso in der „Ersatzfeststellung“; ob der Genannte darüber hinaus ein Excel-Dokument welchen Inhalts immer erstellt habe, und was er dabei gekannt und verstanden habe, zeigt keine Unrich-

tigkeit der getroffenen Feststellung auf. Zu Punkt 5. bekämpft werden Feststellungen darüber, wozu sich der Finanzdirektor unter gewissen Hypothesen für befugt erachtet hätte, nämlich, dass er - wie festgestellt - *„sich aber nicht mehr für befugt erachtet [hätte], wenn der Abschluss Geldmittel als Risikobudget benötigt hätte, die zur Verfügung gestellt werden müssen oder wenn ihm gesagt worden wäre, dass ein Ausstieg möglicherweise EUR 100 Mio oder mehr kosten könnte“*.

Ersatzweise begehrt wird die Negativfeststellung, es könne nicht festgestellt werden, *„bei welcher Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Zahlungspflichten, die Stadt Linz nicht mehr ohne Fremdfinanzierung bewältigen kann, [der Finanzdirektor] sich selbst noch für kompetent erachtet hätte, den Swap aus eigenem abzuschließen, ohne den Gemeinderat für zuständig zu sehen“*.

Die festgestellten Hypothesen betreffen zwei unterschiedliche Aspekte beim Swap-Abschluss: einerseits die hypothetische Variante eines dabei bestehenden Risikobudget-Bedarfs. Die Ersatzfeststellung nimmt hierauf aber gar nicht Bezug und zieht die Feststellung somit von vornherein nicht ausreichend in Zweifel. Andererseits geht es um die hypothetische Variante einer Mitteilung über allfällige exorbitante Ausstiegskosten in konkret bezifferter Höhe. Die Ersatzfeststellung stellt wiederum auf andere Kriterien ab, nämlich auf (wie auch immer zu quantifizierende) Wahrscheinlichkeiten für Verlusthöhen in Abhängigkeit von deren Fremdfinanzierungsbedarf. Auch insofern fehlt es somit schon an einer tauglichen Ersatzfeststellung. Zu Punkt 6. sind der Sinn von getroffener und beehrter Feststellung ohnehin derselbe, nämlich dass der schließlich erfolgte Abschluss konkret des Swap 4175

ohne (neuerliche) Befassung des Gemeinderats und ohne Einbindung der Aufsichtsbehörde erfolgte. Zu Punkt 7. stimmen die festgestellten und die ersatzweise begehrten Maximal-Beträge an Risiko und Ertrag einschließlich deren Modifizierung im Zeitverlauf ohnehin überein; inwiefern die relevierte „Unvollständigkeit“ zu einer relevanten Unrichtigkeit der bekämpften Feststellung führe, bleibt im Dunklen. Zu Punkt 8. gilt dasselbe: der Bericht über den Rechnungsabschluss 2007 wurde laut Feststellung an sieben - nach ihrer Funktion spezifizierte - Personen und die Stadtkämmerei, nicht aber an den Gemeinderat geschickt. Die ersatzweise begehrte nähere (etwa namentliche) Konkretisierung dieser sieben Personen ändert nichts an der Richtigkeit der Feststellung, an wen der Bericht geschickt sowie insbesondere auch, an wen er nicht geschickt wurde (nämlich nicht an „den Gemeinderat“). Übereinstimmung herrscht auch sonst, etwa über die Behandlung und Diskussion von Berichten in Sitzungen des „Kontrollausschusses, nicht aber im Gemeinderat“. Inwiefern das Wissen des Kontrollausschusses - wie die Berufungswerberin meint - aufgrund Wissenszurechnung auch als Wissen des Gemeinderates zu qualifizieren sei, ist keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage; die bloße Behauptung, dass „die Berichte im Gemeinderat behandelt“ worden seien, bleibt gänzlich unkonkret, und führt die Berufungswerberin auch selbst an, dass dieses Thema hier ausgeklammert werden soll (S 151 unten der Berufung). Zu Punkt 9. kann kein relevanter Unterschied dessen erkannt werden, was im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Zahlung unterblieben ist, nämlich - wie festgestellt - „eine Information des Gemeinderats“ oder - wie begehrt - „eine gesonderte formelle Information des Gemeinderats

als Kollegialorgan". Zu Punkt 10. festgestellt sind mehrere Gespräche „zwischen Vertretern der Klägerin, darunter ...“; die folgende Nennung zweier Personen ist keineswegs unrichtig, nur weil die Ersatzfeststellung noch eine weitere dritte Person ergänzt. Auch die weiters angestrebte Ergänzung zu Details der Äußerung sowie darüber, wer an diesen Gesprächen nicht beteiligt gewesen sei, lassen die Richtigkeit der getroffenen Feststellung unberührt. Zu Punkt 11. besteht auf Tatebene ohnehin Übereinstimmung, dass der Gemeinderat keine Erklärung abgegeben hat, wonach er den Swap 4175 im Zusammenhang mit der Feststellung des Voranschlags für das Rechnungsjahr 2011 nunmehr - ausdrücklich - genehmige oder ihm jetzt - nachträglich - zustimme. Auch sonst formuliert die Berufungswerberin keine taugliche Ersatzfeststellung: entgegen der getroffenen Feststellung betreffend das Kollegialorgan Gemeinderat bezieht sie sich auf Kenntnis und Verständnis von Ausschüssen als bloße Teile des Gemeinderats. Auch geht es bei der hier bekämpften Feststellung gar nicht um die von der Ersatzfeststellung angesprochene Gemeinderatssitzung vom 16.12.2010; darüber hat das Erstgericht ohnehin ausführliche gesonderte Feststellungen getroffen (S 30-32 der Ausfertigung); was der Gemeinderat „spätestens seit [dieser] Sitzung wusste“, ist aus diesen Feststellungen zu folgern und daher kein tauglicher Gegenstand einer Ersatzfeststellung zum hier bekämpften Feststellungskomplex. Zu Punkt 13. fügt die Berufungswerberin der bekämpften Feststellung bloß eine - überdies entbehrliche - ergänzende Erläuterung zum Effekt der jeweiligen Saldierung an. Zu Punkt 14. wendet sich die Ersatzfeststellung weder gegen die festgestellte Kündbarkeit der CHF-Anleihe noch gegen die (implizit) festgestellte

Unkündbarkeit des Swap 4175, sondern nur gegen die anschließende Folgerung, dass das mit der CHF-Anleihe verbundene Risiko hiedurch [praktisch] „beschränkt war“. Ersatzweise solle das CHF-Anleihen-Währungsrisiko „theoretisch unbeschränkt“ gewesen sein. Allerdings fehlt es schon an einer Quantifizierung der „Beschränktheit“ des Risikos aus einer kündbaren Fremdwährungsanleihe, sodass die Feststellung, käme es hierauf an, ohnehin einer Präzisierung bedürfte. Auch ist die Relevanz von (ersatzweise angestrebten) Sachverhaltskonstrukten rein „theoretischer“ und damit praxisferner Natur nicht erkennbar. Letztlich geht es hier nicht um das Risiko des Swap 4175, sodass für die diesbezügliche Ersatzfeststellung von vornherein kein Raum ist. Zu Punkt 15. festgestellt ist das im Swap 4175 beinhaltete aleatorische Element. Die in der Ersatzfeststellung angesprochenen Vorteils- oder Verlustwahrscheinlichkeiten stehen dazu in keinem Widerspruch. Zu Punkt 16. begehrt die Berufungswerberin nur eine Klarstellung zu einem Swap-Teil, den das Erstgericht an anderer Stelle (S 36 unten der Ausfertigung) ohnehin präzise dargelegt hat. Zu Punkt 17. stimmt die begehrte Ersatzfeststellung über eine ganz erhebliche Tagesschwankung des Marktwertes mit der diesbezüglichen Feststellung ohnehin überein; ob dies - wie begehrt - (nur) in einem einzigen Fall stattgefunden habe, ist kein Widerspruch zur Feststellung, da diese zur Häufigkeit ohnehin keine Aussage trifft. Auch die weiters begehrten Ergänzungen, beispielsweise welche Mittel man zur täglichen Kursbeobachtung brauche und ob ein „Delta Hedge“ Zusatzkosten verursache, bringen einen Widerspruch zur bekämpften Feststellung und damit eine taugliche Ersatzfeststellung nicht zum Ausdruck. Zu Punkt 18. erkennt die Berufung -

auch vollauf in Einklang mit der Berufungsbeantwortung (S 151, Pkt 19.3.1) - zutreffend, dass es sich um eine Rechtsfrage zur Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses handelt, ob der dort verwendete Begriff des „Optimierens“ die - hier in Rede stehende - „Beherrschbarkeit des Risikos“ impliziert oder nicht. Die nur eventualiter erhobene Beweisrüge erübrigt sich daher. Zu Punkt 19. befasst sich die Ersatzfeststellung mit einem anderen Zeitbedarf als mit jenem - wie festgestellt - für eine Entscheidung im Wege einer Beschlussfassung des Gemeinderats. Allfällige andere schnellere Arten der Entscheidungsfindung stehen der Richtigkeit der getroffenen Feststellung nicht entgegen. Zu Punkt 21. beanstandet die Berufungswerberin erstgerichtliche Ausführungen im Rahmen seiner Beweiswürdigung, nämlich die Erwähnung eines Umstandes als unstrittig. Dem fehlt allerdings jede Feststellungsqualität, sodass eine Beweisrüge hiezu ausscheidet. Zu Punkten 22. bis 25. wendet sich die Berufungswerberin gegen erstgerichtliche Ausführungen im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung. In einem unzutreffenden Urteilsabschnitt „nachgetragene“ Feststellungen sind allerdings - wie die Berufungswerberin teils ohnehin auch selbst erkennt - darin nicht ersichtlich. Bei alledem handelt es sich um Wertungen und Schlüsse, deren Überprüfung - sofern relevant - im Rahmen der Rechtsrüge zu erfolgen hat.

C. Zu den verbleibenden Punkten ist auszuführen:

Zu Punkt 2. bekämpft die Berufungswerberin die Feststellung (Hervorhebungen des Berufungsgerichtes): *Zwischen Klägerin und Beklagter bestand bereits eine Geschäftsbeziehung, die Beklagte genoss „Hausbankstatus“ bei der Klägerin und war über die wirtschaftliche Lage*

der Klägerin, insbesondere ihren ordentlichen und außerordentlichen Haushalt, ihre Finanzschulden, ihren effektiven Schuldendienst und die Erfüllung der Maastricht-Kriterien laufend informiert. Diese Informationen bezog sie jährlich aus öffentlich zugänglichen Informationsquellen wie den Rechnungsabschlüssen, aber auch über die Statistik Austria.

Die begehrte Ersatzfeststellung lautet: Zwischen Klägerin und Beklagter bestand bereits eine Geschäftsbeziehung, die Beklagte war über den ordentlichen und außerordentlichen Haushalt der Klägerin, ihre Finanzschulden, ihren effektiven Schuldendienst und die Erfüllung der Maastricht-Kriterien zum Stichtag 27.9.2006 (Datum des Kreditantrags ./BJ) informiert. In der Folge bezog sie diese Informationen jährlich aus öffentlich zugänglichen Informationsquellen wie den Rechnungsabschlüssen, aber auch über die Statistik Austria.

Mit ihrer - weitgehend ähnlichen - Ersatzfeststellung wendet sich die Berufungswerberin gegen einen „Hausbankstatus“, der besondere Kenntnisse suggeriere; gegen Kenntnisse „über die wirtschaftliche Lage, insbesondere (...)“, weil dies - über die unbekämpften aufgezählten Kenntnisse hinausgehend - auch nicht aufgezählte weitere Informationen bedeuten würde; und in zeitlicher Hinsicht dagegen, dass sie über diese Informationen (seit jeher) „laufend“ verfügt habe, anstelle erst ab dem Kreditantrag vom 27.9.2006.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Ein „Genießen von Hausbankstatus“ birgt eine vielschichtige Mischung an Tat- und Rechtsfragen in sich, etwa wer anhand welcher Umstände einen solchen Status zugebilligt habe und ab welchem Zeitpunkt welche tatsäch-



lichen oder rechtlichen Folgen damit verbunden seien. Insofern fehlt es für eine bekämpfbare Feststellung von vornherein an einem ausreichend klaren Tatsachensubstrat. Dasselbe gilt für den unkonkreten ausfüllungsbedürftigen Begriff eines Informiert-Seins „über die wirtschaftliche Lage“. Im Übrigen ist ohnehin gar nicht festgestellt, dass die Beklagte diese Informationen aufgrund eines „Hausbankstatus“ erworben hätte, sondern vielmehr, dass sie diese - unmittelbar zuvor genannten - Informationen „jährlich aus öffentlich zugänglichen Quellen bezog“. Hiezu besteht somit ohnehin gar nicht jener Unterschied zwischen getroffener und ersatzweise begehrter Feststellung, durch den sich die Berufungswerberin für beschwert erachtet. Das Erstgericht hat auch gar nicht festgestellt, ab wann die Beklagte jene genannten Kenntnisse erstmals hatte, sodass auch der in der Ersatzfeststellung formulierte Stichtag keine konkrete Unrichtigkeit auf Tatebene, sondern nur einen rechtlich allenfalls erforderlichen Präzisionsbedarf aufzeigt. Insgesamt greift die Berufungswerberin in diesem Punkt somit nur Umstände auf, die allenfalls einen - der Rechtsrüge zugehörigen - sekundären Feststellungsmangel verwirklichen könnten.

Zu Punkt 4. bekämpft ist die Feststellung (Hervorhebung des Berufungsgerichtes): *Der Amtsbericht vom Mai 2004 (./C) wurde nicht veröffentlicht und ist auch nicht Teil des öffentlich zugänglichen Protokolls der GR-Sitzung vom 3.6.2004. Ob den befassten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Beklagten der Amtsbericht vor Abschluss des Swaps 4175 und der GR-Beschluss vom 3.6.2004 übergeben wurden oder diesen sonst inhaltlich bekannt waren, kann nicht festgestellt werden.*

Die begehrte Ersatzfeststellung unterscheidet sich

hievon (nur) dahingehend, dass der Gemeinderatsbeschluss vor dem Swap-Abschluss „der Beklagten bekannt“ gewesen sei. Zu diesem Streitpunkt ist auszuführen:

(4.1.) Vorauszuschicken ist die zwischen den Parteien explizit strittige Tatfrage, ob die Beklagte (im Kern) vor dem Abschluss des Swap 4175 „den Gemeinderatsbeschluss“ - präzise: den Text des Gemeinderatsbeschlusses - kannte (verbunden mit der Rechtsfrage, inwiefern sich daraus der Schluss auf ausreichend eingeräumte Befugnisse ableite); oder ob ihr eine unmittelbare eigene Textkenntnis fehlte, ihr also nur die mittelbare Auskunft vorlag, es gebe einen das Geschäft deckenden Gemeinderatsbeschluss (verbunden mit der Rechtsfrage, inwiefern mangels konkreter Kenntnis des Beschlusstextes ein darauf beruhendes Vertrauen über den Umfang der eingeräumten Befugnisse ausscheide).

Demgemäß brachte die Beklagte etwa vor, bekannt gewesen sei ihr (nur) „der Gemeinderatsbeschluss samt Diskussion (Beilage./11)“ - gemeint also: das im nachfolgenden Beweisanbot genannte (und dem Urteil angeschlossene) Protokoll über die Gemeinderatssitzung vom 3.6.2004 (Klagebeantwortung ON 7, 16); die Beklagte habe diesen Gemeinderatsbeschluss im Zeitpunkt des gegenständlichen Swap-Abschlusses gekannt und habe der Finanzdirektor bereits im Vorfeld des Abschlusses des vorhergehenden Swap ausdrücklich auf den öffentlich zugänglichen Gemeinderatsbeschluss verwiesen (Schriftsatz ON 60, 66 f).

Die Klägerin hingegen brachte etwa vor, die Beklagte habe bei Abschluss des Geschäftes den Gemeinderatsbeschluss gar nicht gekannt; für ihre Behauptung, dass ihr dieser Gemeinderatsbeschluss mehrmals in Kopie über-

mittelt worden sei, fehle jedes Dokument; vielmehr liege der Schluss nahe, dass sie sich bei Abschluss des Swap 4175 um das Vorliegen eines (ermächtigenden) Gemeinderatsbeschlusses überhaupt nicht gekümmert habe (Schriftsatz ON 59, 60 f).

(4.2.) Das Erstgericht verwies beweismäßig insbesondere auf - mit konkreten Fundstellen spezifizierte - voneinander abweichende Aussagen sowie auf jene Urkundensituation, der zufolge die Beklagte bei mehreren Gelegenheiten den Beschluss (wieder?) verlangt habe und der Grund dafür offen geblieben sei, nämlich ob sie ihn davor nicht gehabt habe oder ob sie ihn aus welchen internen Gegebenheiten immer zumindest ab April 2007 (./100) nicht habe auffinden können.

(4.3.) Die Berufungswerberin sieht zunächst einen Widerspruch zu jenen erstgerichtlichen Rechtsausführungen, wonach dieser Gemeinderatsbeschluss der Beklagten (weil er öffentlich zugänglich war) „bekannt sein musste“. Allerdings kann nicht nachvollzogen werden, warum eine Rechtsausführung zum Aspekt „Bekannt-sein-Müssen“ die Lösung der Tatfrage zum Aspekt „Bekannt-Sein“ beeinflusse.

(4.4.) Die Berufungswerberin führt weiters den Aktenvermerk des Finanzdirektors (Beil./27) sowie dessen Aussage (Beil./HA, 38) und jene des Bürgermeisters (Beil./48, 5) jeweils im Strafverfahren ins Treffen. Unverständlich sei, warum das Erstgericht davon abweiche, komme es doch einzig darauf an, ob man diesen Beweisergebnissen oder der rund 10 Jahre späteren Aussage des Finanzdirektors im Zivilverfahren mehr glauben schenke.

Zunächst ist allerdings schon hinzuweisen, dass jener genannte Aktenvermerk vom 10.2.2011 stammt, also

keineswegs in unmittelbarem Zusammenhang zeitnah zum Swap-Abschluss verfasst wurde, sondern der Finanzdirektor erst rund 4 Jahre später seine Erinnerungen darüber festgehalten hat, ob er „die Gemeinderatsvorlage samt Beschluss vom 03.06.2004 über ‚Debt-Management‘“ zur Kenntnis gebracht habe. Auch hat die Berufungswerberin etwa in ihrer Klagebeantwortung noch eingehend gegen die Richtigkeit dieses Aktenvermerks argumentiert, etwa dass das darin genannte Treffen gar nicht stattgefunden habe (ON 7, 16).

Im Übrigen setzt sich die Berufungswerberin auch mit dem Inhalt dieses Aktenvermerks selbst in Widerspruch: Der Genannte hielt fest, er habe bei seinen Sondierungsgesprächen mit verschiedenen Bankinstituten auf deren jeweilige Frage nach den Zuständigkeiten innerhalb der Stadt *immer auf die Gemeinderatsvorlage samt Beschluss verwiesen und jeweils eine Kopie dieses Gemeinderatsbeschlusses übergeben; auch bei der Besprechung mit der Beklagten im August 2006 habe er die ebenfalls auftretende Zuständigkeitsfrage durch die Übergabe einer Kopie der Gemeinderatsvorlage samt Beschluss beantwortet.*

Mit ihrer Ersatzfeststellung bringt die Berufungswerberin allerdings zum Ausdruck, dass sie das für ihren Standpunkt ins Treffen geführte Beweisergebnis selbst gar nicht für zutreffend erachte: diesen Erinnerungen des Finanzdirektors sei nur teilweise zu folgen, nämlich nur betreffend die Übergabe des auslegungsbedürftigen Beschlusses, nicht aber auch betreffend die Übergabe der - für die Auslegung bedeutsamen (näheres dazu im Rahmen der Rechtsrüge) - „Gemeinderatsvorlage“ (gemeint offensichtlich des Amtsberichtes der Stadtkämmerei vom Mai 2004). Die Berufungswerberin will also an der Nicht-Fest-

stellbarkeit ihrer Kenntnis vom (nähere Aufschlüsse über die Befugnis-Einräumung bietenden) Amtsbericht festhalten und nur den (kurzen auslegungsbedürftigen) Beschluss übergeben erhalten haben. Solches leitet sich aus dem Aktenvermerk aber keineswegs ab, da diesem zufolge beides, also sowohl der Amtsbericht als auch der Beschluss - oder wörtlich genommen (Arg „samt“) überhaupt nur der Amtsbericht samt dem darin bereits formulierten beantragten Beschlusstext übergeben worden sei. Die angestrebte Ersatzfeststellung auf Erhalt einzig und allein des (kurz gefassten) Beschlusses lässt sich also aus dem dafür ins Treffen geführten Aktenvermerk (Beil./27) keineswegs ableiten. Dasselbe gilt für die beiden weiteren Verweise der Berufungswerberin auf Protokolls-Stellen: der Bürgermeister spricht (allerdings offenbar nur vom Hörensagen ohne eigene Wahrnehmung) von „Gemeinderatsbeschluss mit Amtsbericht“ (staatsanwaltliches Protokoll vom Juni 2011, Beil./48, 5); der Amtsdirektor spricht - (nur) davon, er habe „höchstwahrscheinlich den Beschluss übergeben. Genau weiß ich das nicht“ (Hauptverhandlungsprotokoll Beil./HA, 38). Diese Aussage im Dezember 2013 erfolgte also nach inzwischen mehr als 9 (!) Jahren, blieb ohnehin nur noch vage und differenzierte offenbar gerade nicht zwischen einer Übergabe allein des Beschlusses oder dessen Übergabe einschließlich des Amtsberichtes. Die Berufungswerberin vermag mit dem Hinweis auf diese Urkunden somit keine Zweifel an der getroffenen Negativfeststellung zu wecken.

(4.5.) Die Berufungswerberin meint weiters, für ihre Kenntnis des Beschlusses komme es auf dessen Übergabe gar nicht an, weil er ohnehin öffentlich zugänglich sei. Ihre Mitarbeiterin habe demgemäß auch zeugenschaftlich ausge-

sagt, dass der Gemeinderatsbeschluss „der [Beklagten] jedenfalls bekannt“ gewesen sei, was auch mit deren Aussage im Strafverfahren übereinstimme.

Allerdings enthält keine der ins Treffen geführten Aktenstellen ein derart klares Beweisergebnis, das die erstgerichtliche Negativfeststellung in Zweifel ziehen könnte. Die von der Berufungswerberin angesprochene Zeugin erweckt insgesamt vielmehr den Eindruck, dass man sich seitens der Beklagten im zeitlichen Zusammenhang mit dem Geschäftsabschluss schlicht mit der mündlichen Auskunft des Finanzdirektors begnügte („... hat gesagt, er habe einen Vorratsbeschluss und auf Basis dessen haben wir besprochen, dass wir solche Produkte abschließen können“ - Protokoll vom 30.9.2013, ON 110, 34). Zu ihrer Aussage, laut Vorstand der Beklagten müsse für Derivatgeschäfte ein Gemeinderatsbeschluss vorliegen, blieb offen, seit wann dies der Fall gewesen sei (also bereits vor dem Swap 4175 vom Februar 2007 oder erst im Nachhinein im Sinne etwa des erst vom 17.4.2007 stammenden Vorstandprotokolls Beil./100 samt handschriftlichem Vermerk „Checklist f. einheitl Verfahren intern entwickeln“), ob dies eine zwingende Vorgabe war („Es ist offensichtlich keine Muss-Bestimmung sondern eine Kann-Bestimmung“ - Zeugin ON 110, 35), ob „Vorliegen“ auch einen bankinternen Aktenvorgang meine (in welchem Falle die geschilderte Ungewissheit über ein Ausdrucken des im Internet Recherchierten verwundert - vgl Zeugin ON 110, 35) sowie welches Dokument genau die Zeugin denn im Internet vorgefunden habe (ihrem Kollege sei das Auffinden des Gemeinderatsbeschlusses im Internet aus ihr nicht bekannten Gründen misslungen; sie habe ihn aber sehr wohl einsehen können; nachdem der Finanzdirektor gesagt habe, dass es

einen ausreichenden Gemeinderatsbeschluss gebe, könne es sein, dass sie nur drübergelesen habe; auf Vorhalt der Beilage ./11 könne dies durchaus jener Beschluss sein, den sie damals gelesen habe (Zeugin ON 110, 35). Bei Beil./11 handelt es sich allerdings nicht allein um den schlichten Beschlusstext, sondern um das Gemeinderats-Sitzungsprotokoll mit den - in der rechtlichen Beurteilung näher behandelten - mehrfachen Hinweisen auf den Amtsbericht als Verständnisgrundlage für den zu fassenden Beschlussinhalt; was genau der Zeugin aus diesem Dokument „inhaltlich bekannt“ gewesen sei, umso weniger, ob sie diese Kenntnis in zeitlicher Hinsicht (entgegen der bekämpften Feststellung) bereits vor dem Swap-Abschluss erlangt habe, blieb somit im Dunklen.

Auch aus dem Hinweis der Berufungswerberin auf die polizeiliche Einvernahme dieser Zeugin vom September 2001 ergibt sich dasselbe Bild, das die erstgerichtliche Negativfeststellung vollauf stützt: die Zeugin verweist zum Befugnisumfang des Finanzdirektors zwar - vage - auch auf „diverseste Unterlagen“, aber insbesondere auf dessen Gesprächsführung, wonach er zu diesen Abschlüssen befugt sei; er habe auf einen diesbezüglichen Gemeinderatsbeschluss und dessen öffentliche Zugänglichkeit verwiesen (Beil./43, 8). Wäre der Gemeinderatsbeschluss aber bereits im Vorfeld an die Beklagte übergeben oder von ihr sonst konkret recherchiert worden - mit anderen Worten: wäre er der Beklagten im Sinne der (Negativ-)Feststellung „inhaltlich bekannt“ gewesen, gäbe es für die Zeugin keinen Grund, einen Hinweis des Amtsdirektors auf die öffentliche Zugänglichkeit zu erwähnen.

(4.6.) Letztlich können weder der Hinweis der Berufungswerberin auf die historische Website der Stadt

(Beil./238) überzeugen, weil dies weder zeitlich noch qualitativ etwas zu einer beklagtenseitigen tatsächlichen Einsicht in diese Website besagt; noch auf die polizeiliche Einvernehmung des Mitarbeiters einer Drittbank, welcher keineswegs eine eigene Recherche, sondern - gerade im Gegenteil - darlegte, dass er sich mit der - als üblich erachteten - mündlichen Antwort des Finanzdirektors über seine Befugnisse begnügt habe und kein Anlass bestanden habe, dies zu bezweifeln oder nochmals gegenzuprüfen (Beil./31, 2).

(4.7.) Auch sonst ist kein Grund ersichtlich, warum das Erstgericht mit seiner Negativfeststellung den ihm im Rahmen der freien Beweiswürdigung eingeräumten Ermessensspielraum überschritten hätte. Etwa bezog sich die Beklagte im Verfahren erster Instanz für ihren Standpunkt auf das Protokoll über die polizeiliche Einvernahme eines ihrer führenden Mitarbeiter, nämlich ihres Leiters der Abteilung öffentliche Hand (ON 7, 16 iVm Beil./29, 4). Daraus ergibt sich allerdings, dass man seitens der Beklagten aus Anlass einer internen E-Mail-Aufforderung vom 26.4.2007 - nunmehr nachträglich - versucht habe, den Gemeinderatsbeschluss für die Akten zu bekommen - sodass ein solches Schriftstück also (vollauf im Sinne der erstgerichtlichen Ausführungen) entweder zuvor in Verstoß geraten oder nie in Händen der Beklagten gewesen ist.

Die Beweisrüge muss somit auch in diesem Punkt erfolglos bleiben.

Zu Punkt 12. hat das Erstgericht einerseits gewisse vom EUR/CHF-Wechselkurs abhängige Swaps bis 2008 als Standardprodukte am Markt festgestellt, nämlich solche, die unter Verwendung von Standardoptionen (ohne Quanto-Effekt) strukturiert werden. Andererseits traf es diesbe-



zügliche Negativfeststellungen für gewisse andere vom EUR/CHF-Wechselkurs abhängige Swaps, nämlich für jene, zu deren Konstruktion (wie auch beim Swap 4175) sehr wohl Quanto-Optionen benötigt werden: in welchem Ausmaß solche Swaps gehandelt wurden, und ob derart konstruierte Swaps im Kommunalbereich abgeschlossen wurden, war nicht feststellbar.

Die begehrte Ersatzfeststellung zielt auf die damalige ex ante-Marktüblichkeit ganz generell von derartigen vom Wechselkurs abhängigen Swaps und damit auch des gegenständlichen ab, dies also unabhängig vom Quanto-Optionen-Erfordernis.

Dem ersten Teil der Feststellung hält die Berufungswerberin somit ohnehin nichts Gegenteiliges entgegen. Zum zweiten Teil essentielle Ersatzfeststellung wäre, dass Swaps mit Quanto-Optionen-Struktur damals - entgegen der Negativfeststellung - sehr wohl „gehandelt wurden“ bzw sehr wohl „im Kommunalbereich abgeschlossen wurden“. Welche Beweisergebnisse zu Swaps mit Quanto-Optionen-Struktur vorlägen und - entgegen der erstgerichtlichen Beweiswürdigung - zu einer positiven Feststellung hätten führen müssen, kann der Berufung allerdings nicht entnommen werden. Im Dunklen bleibt, warum der Hinweis auf das Sachverständigengutachten eine taugliche Stütze sein könnte, lautet es doch gerade im Sinne der Nicht-Feststellbarkeit (Hervorhebung des Berufungsgerichtes): „(...) Grenzt man den Begriff auf genau die Eigenschaften des Swap 4175 ein, für dessen Konstruktion man Quanto-Optionen benötigt, ist uns kein weiteres gehandeltes Produkt einer Bank mit der öffentlichen Hand bekannt. Das bedeutet allerdings nicht, dass keines abgeschlossen wurde, denn derartige Geschäfte sind in aller Regel Schaltergeschäfte

(OTC), von denen nur die Vertragsparteien wissen" (S 158 der Berufung iVm SV-Gutachten ON 427, 26). Dasselbe gilt für die bloße Auflistung von Beweisergebnissen zu diversen Finanzderivaten: die Berufungswerberin lässt eine Differenzierung nach dem hier relevanten Kriterium - also einer Strukturierung mit Quanto-Optionen - vermissen, zeigt also keineswegs positiv auf, in welchen Fällen sehr wohl diese spezielle Struktur bestanden habe.

Der Berufung gelingt somit nicht aufzuzeigen, warum dem Erstgericht ein Ermessensfehler im Rahmen der ihm zukommenden freien Beweiswürdigung nach § 272 ZPO unterlaufen wäre, wenn es sich mangels positiver Beweisergebnisse zu abgeschlossenen speziellen Swaps mit Quanto-Optionen-Struktur auch zu keinen positiven Feststellungen hiezu imstande sah. Die Beweisrüge geht somit auch in diesem Punkt fehl.

Zu Punkt 20. bekämpft wird ein vielschichtiger Feststellungskomplex auf Seiten 39 und 40 der Ausfertigung; ersatzweise wird dem ein gleichermaßen vielschichtiger Sachverhaltskomplex auf Seiten 182 bis 184 der Berufung gegenübergestellt. Hintergrund alldessen ist die erstgerichtliche Rechtsauffassung zum aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernis des Swap 4175 in Analogie zu § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 (im Kern) für ein Geschäft, das zwar selbst kein solches Darlehen sei (durch dessen Aufnahme „der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde“), das aber die Möglichkeit in sich berge, allenfalls letztlich durch eine solche Darlehensaufnahme finanziert werden zu müssen.

Allerdings fehlt es auch hier wiederum weitgehend schon an der Formulierung tauglicher Ersatzfeststellun-

gen: den vorangestellten Überlegungen zum Aspekt Beherrschbarkeit steht keine damit in Widerspruch stehende Feststellung gegenüber; Swap-Entwicklungen, die ex ante - wie festgestellt - „nicht auszuschließen“ waren, bleiben unberührt von einer „Ersatz-“Feststellung, sie seien „nicht zu erwarten“ gewesen. Dasselbe gilt für die (über der Genehmigungsschwelle gelegenen) besonderen Auflösungskosten und die Frage, ob eine solche Höhe - wie festgestellt - unter der Annahme eines Erstarkens des CHF gegenüber dem EUR ex ante „nicht auszuschließen“ war; die „Ersatz-“Feststellung zielt auf einen schon im Kern anderen Sachverhalt ab, wenn sie an die von ihr vorangestellte Risiko-Beherrschbarkeit anknüpft und von der erstgerichtlichen Feststellungsprämisse (Annahme eines Erstarkens des CHF) grundlegend abweicht. Ebenso spricht die begehrte Feststellung, wonach Kosten einer Swap-Beendigung nicht zwingend anfielen, nur vermisste Ergänzungen an, nicht aber die Unrichtigkeit einer konkret getroffenen Feststellung; dasselbe gilt für die begehrten „Ersatz-“Feststellungen betreffend Möglichkeiten der Risikobeschränkung durch „Restrukturierung“ anstatt durch Auflösung des Swap.

Letztlich strebt die Berufungswerberin anstelle des festgestellten Finanzierungserfordernisses mittels Darlehensaufnahme im Falle einer Zahlungspflicht von rund EUR 31 Mio die (negative) Ersatzfeststellung an, es sei nicht feststellbar, dass die Klägerin bei derartigen Zahlungspflichten aus dem Swap jedenfalls ein Darlehen hätte aufnehmen müssen. Allerdings hält die Berufungswerberin der Feststellung von vornherein nichts Taugliches entgegen, soweit sie auf Möglichkeiten der Umstrukturierung mit dem Ziel abstellt, dass - entgegen der Feststellungs-

prämisse - eine solche einmalige Zahlungspflicht ohnehin gar nicht anfalle.

Zum verbleibenden Aspekt, inwiefern die Klägerin bei einer Zahlungspflicht ab der Höhe von rund EUR 31 Mio (wie festgestellt) jedenfalls eine Darlehensaufnahme benötigt hätte, oder ob solches (wie ersatzweise begehrt) nicht feststellbar sei, bleibt auszuführen:

Die erstgerichtliche Beweiswürdigung beschränkt sich im Anschluss an die Feststellung auf die Quelle „ZV [REDACTED] Prot ON 607, S. 17, 19 und Prot ON 608, S. 3)“.

Die Berufungswerberin moniert, die Feststellung sei unzutreffend ohne nähere Begründung getroffen; der Zeuge habe seine vom Erstgericht nur teilweise zitierte Aussage sodann relativiert: die finanzielle Lage sei damals angespannt gewesen, aber ohne sich die damaligen Zahlen noch einmal anzusehen, könne er nicht konkret sagen, ab wann eine Finanzierung ohne Darlehensaufnahme möglich gewesen wäre. Weitere Indizien gegen ein zwingendes Fremdfinanzierungserfordernis seien ein Vermögen der Klägerin von rund EUR 2,4 Mrd laut Bilanz per Ende 2014 bzw von rund EUR 5,1 Mrd (einschließlich aller Beteiligungen) laut freiwilligem „Konzernabschluss“ der Unternehmensgruppe Stadt Linz für das Jahr 2013; auch - näher dargelegte - Medienberichte zeigten, dass die Klägerin eine äußerst vermögende Stadt sei.

Die Berufungsgegnerin verteidigt die Feststellung zwar im Zusammenhang mit den Aspekten Restrukturierungsmöglichkeit und Beherrschbarkeit; ihre hier in Rede stehende Zahlungskraft für Beträge in der genannten Höhe übergeht sie aber gänzlich.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Ob ein Schuldner mit der wirtschaftlichen Potenz

einer Stadt wie der Klägerin Zahlungspflichten ab einer bestimmten Höhe (wie festgestellt) „jedenfalls über eine Darlehensaufnahme hätte finanzieren müssen“, und ob ihm demnach also - auch abhängig etwa vom Zeitrahmen und von den ihm abverlangten Maßnahmen - tatsächlich jeglicher andere Weg jedenfalls verschlossen wäre, birgt eine vielschichtige Mischung an Tat- und Rechtsfragen in sich. Somit bedarf es zunächst einer Klarstellung von Bedeutung und Reichweite der hier nur überaus kurz gehaltenen Feststellung anhand der für sie herangezogenen Aussagepassagen: Befragt zur Umsetzungsmöglichkeit eines Risikoleitfadens gab der Zeuge an, dass ihm eine Entscheidung innerhalb eines Tages möglich gewesen wäre, „allerdings ist das Problem ja dann, dass ich für die Auflösung, nämlich für deren Finanzierung, Darlehen aufnehmen muss (...)“ (ON 607, 20 = S 17 des Protokolls vom 13.5.2019). Die Frage, ob bei einer Verzinsung von 7 % ein Darlehen für eine Finanzierung erforderlich gewesen wäre, verneinte der Zeuge, weil sich, „wenn man das durchrechnet, [...] für eine Halbjahresperiode ein Zinsbetrag von 7 Mio. CHF ergeben [würde] und die [Klägerin] in der damaligen Zeit inklusive dieser Anleihe Zinszahlungen in Höhe von 10 Mio. EUR im Jahr geleistet [hat]. Das wäre also kein Problem gewesen“ (ON 607, 20 = S 19 dieses Protokolls). Befragt, „ob Auflösungskosten von beispielsweise 30 Mio. einer Darlehensaufnahme zur Finanzierung bedurft hätten“, gab der Zeuge an: „Ja, bei 30 Mio. auf jeden Fall.“ Auf Nachfrage, ob er eine Zahl nennen könne, bei der 2007 eine Finanzierung noch ohne Darlehensaufnahme möglich gewesen wäre, gab der Zeuge an: „Das kann ich jetzt so, ohne mir die damaligen Zahlen noch einmal genau anzusehen, nicht konkret sagen, was ich aber sagen kann ist,

dass die Situation angespannt war und an und für sich jede zusätzliche Ausgabe fremdfinanziert hätte werden müssen" (ON 608, 4 = S 3 des Protokolls vom 14.5.2019).

Aus alldem folgt, dass die Feststellung nur auf einer kursorischen Zeugenbefragung beruht und etwa Fragen des zur Verfügung stehenden Zeithorizonts oder der Finanzierbarkeit unvorhergesehener Zahlungspflichten mittels außergewöhnlicher Maßnahmen, wie etwa der Veräußerung von Vermögenswerten, keinerlei Thema war, sodass die allein darauf basierende Feststellung sämtliche allenfalls relevanten vielschichtigen Sachverhaltsaspekte keineswegs mitumfasst. Die Feststellung ist wohl im Umfang eines Verständnisses unbedenklich, wonach eine Zahlungspflicht ab einer Höhe von rund EUR 31 Mio die kurzfristig frei verfügbaren budgetären Mittel überschritten hätte (eine Fehlerhaftigkeit der erstgerichtlichen Beweiswürdigung nach § 272 ZPO, etwa weil der Zeuge den Grenzbetrag nach unten nicht benennen konnte, ist insoweit nicht ausreichend dargelegt; diesem eingeschränkten Bedeutungsgehalt stehen auch die Hinweise der Berufungswerberin auf das - erst zu versilbernde - Vermögen der Klägerin nicht entgegen). Ein darüber hinausgehender Feststellungsumfang wäre aber sowohl betreffend den Bedeutungsgehalt als auch betreffend die Herleitung aus den Beweisergebnissen unklar, sodass es - käme es darauf an - einer geeigneten Präzisierung bedürfte.

D. Auch die Berufungsgegnerin bekämpft Feststellungen, und zwar jene auf S 37 f der Urteilsausfertigung zum Aspekt Struktur und Eigenschaften des Swap 4175 im Zusammenhang damit, inwiefern bzw inwieweit die Beklagte ihrerseits eine „Risikoabsicherung“ durch teilweisen oder gänzlichen Weiterverkauf der Optionen vornehmen „konnte“,

auf welche Weise sie dies tatsächlich vornahm, inwiefern sie diesbezügliche offene Risikopositionen durch gegen- gleiche Geschäfte habe hedgen „müssen“, und inwiefern deshalb eine Auflösung des Swap 4175 bei ihr zu markt- abhängigen Auflösungskosten führe.

Die Berufungsgegnerin kritisiert das Unterbleiben von Beweisquellenangaben, die Verwendung von vom allge- meinen Sprachgebrauch abweichenden Begrifflichkeiten der Finanzwelt und die unrichtige Implizierung von Rechts- fragen über Absicherungsverpflichtungen der Beklagten, wofür es jedoch weder im BWG noch sonstwo eine Rechts- grundlage gebe.

Die Berufungswerberin rügt alldies in Hinblick auf eine allfällige „Bindungswirkung“ dieser Feststellungen für die Schadensermittlung im fortgesetzten Verfahren.

Entscheidungsgegenstand dieses Zwischenurteils nach § 393 Abs 2 ZPO ist allerdings nur der Zwischenantrag auf Feststellung zur Frage, ob der Swap 4175 zwischen den Parteien rechtswirksam abgeschlossen worden ist. Nur die- ser Prozessgegenstand ist rechtskraftfähig. Hingegen scheidet eine Bindung an Feststellungen zu Aspekten der Schadensermittlung von vornherein aus, sodass sich ein Eingehen auf die hiezu aufgeworfenen Kritikpunkte (Seiten 197ff der Berufungsbeantwortung) erübrigt.

E. Das Berufungsgericht legt daher die erstgerichtlichen Feststellungen im so bezeichneten Urteilsabschnitt als durch die geltend gemachten Berufungsgründe nicht stichhältig in Zweifel gezogene Ergebnisse der Verhandlung und Beweisführung seiner Entscheidung zugrunde (§ 498 Abs 1 ZPO), und zwar, soweit es sich um keine auf Tatebene präzisierungsbedürftigen Rechtsbegriffe handelt („Hausbankstatus“); betreffend den

Aspekt „Darlehen-aufnehmen-müssen“ im obdargelegten eingeschränkten Sinne; sowie in Ansehung der von der Beklagten mit Dritten abgeschlossenen Folgegeschäfte insoweit, als sie den vom Zwischenurteil umfassten Streitpunkt berühren (Wirksamkeit des Swap-Abschlusses zwischen den Streitteilen; ausdrücklich keine Übernahme erfolgt also zu Aspekten der Schadensermittlung im Sinne der Feststellungskritik der Berufungsgegnerin).

Zur Rechtsrüge:

1. Die Voraussetzungen für das vorliegende Zwischenurteil sind nicht mehr strittig. Auf die erstgerichtlichen Rechtsausführungen hiezu (Seiten 50 bis 55) kann verwiesen werden. Im Übrigen ist vor auszuschicken: die erstgerichtliche Entscheidung beruht insbesondere - jeweils ganz ausführlich - auf dem Fehlen schon einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung, und auch (hilfsweise) eines ausreichenden Verhaltens des Organs Gemeinderat. Das Berufungsgericht teilt - wie auszuführen sein wird - jedenfalls weiteren Lösungsweg. Daher werden primär die vielschichtigen Berufungsgründe zum Aspekt „fehlender Gemeinderatsbeschluss“ behandelt werden; jene zum Aspekt „aufsichtsbehördliche Genehmigung“ können hingegen dahingestellt bleiben.

2. Gemeinderats-Zuständigkeit nach Z 12 des § 46 Abs 1 StL 1992

Die Berufungswerberin meint, der Swap 4175 falle gar nicht unter die Gemeinderats-Zuständigkeit nach § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992, weil es in Hinblick auf die Saldierung zweier Zahlungsströme weder ein jährlich festgesetztes Entgelt gebe, noch die Klägerin jemals ein festgesetztes einmaliges Entgelt habe zahlen müssen. Mangels festgesetzten Entgelts könne auch keine der betraglichen



Schwellen (von EUR 100.000 an einmaligem oder von EUR 50.000 an jährlichem Entgelt) überschritten sein. Überdies sei zu VwGH 20.9.2018, Ra 2017/09/0001 bereits erkannt worden, dass Swap-Geschäfte zum gegenständlichen Abschlusszeitpunkt außerhalb des § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 lägen.

Dem ist entgegenzuhalten:

2.1. Schon das Erstgericht hat die letztgenannte Entscheidung zutreffend als nicht einschlägig erkannt (§ 72 der Ausfertigung); hierauf kann verwiesen werden (§ 500a ZPO). Vor dem VwGH zur Beurteilung stand ein Disziplinarerkenntnis wegen Dienstpflichtverletzung. Der VwGH verneinte den vorgeworfenen Verstoß gegen Z 9 leg cit, weil der Swap den dortige Begriff „Darlehen“ nicht erfülle. Diese Auslegung folge der Vorjudikatur über die Auslegung der gleichen Wortfolge in § 78 Abs 1 Z 2 Oö. StL 1992 zur Genehmigungspflicht der Landesregierung beim Abschluss gewisser Darlehensverträge. Hinzu komme, dass „auch hier erst durch die Oö Gemeinderechtsnovelle 2012 (LGBl Nr 1/2012) derartige Finanzgeschäfte ausdrücklich erfasst sind“. Auf Z 9 leg cit lasse sich ein Schuldspruch daher nicht gründen (Rz 17 bis 22 des Erkenntnisses). Auch die - hier in Rede stehende - Z 12 leg cit sei keine taugliche Grundlage für den Schuldspruch; gänzlich unterblieben sei die gebotene Auseinandersetzung mit den dort normierten Tatbestandselementen; auch fehle es an Feststellungen, ob der Zinsswap überhaupt ein solcher Vertrag sei, der ein festgesetztes Entgelt von EUR 100.000 oder einen das jährliche Entgelt übersteigenden Betrag von EUR 50.000 beinhalte (Rz 23 und 24 des Erkenntnisses).

Die Berufungswerberin greift für ihren Standpunkt

obige Zusatzerwägungen („Hinzu kommt ...“) heraus. Diese betrafen aber in aller Klarheit nur die Ausführungen in Rz 17 bis 22 zu Z 9 leg cit (Darlehen) und sprachen allein unter diesem Gesichtspunkt ein erst späteres ausdrückliches Erfassen derartiger Finanzgeschäfte an. Die weiteren Ausführungen in Rz 23 und 24 zu Z 12 leg cit lassen aber in ebensolcher Klarheit erkennen, dass eine Subsumierung des Swap unter diese Bestimmung sehr wohl in Frage kommt, wäre das Aufzeigen fehlender Feststellungen hiezu doch unverständlich, wenn der Swap ohnehin unter keinen Umständen von dieser Bestimmung umfasst wäre.

2.2. Gemäß § 46 Abs 1 StL 1992 (in der für den Geschäftsabschluss der Streitteile geltenden Fassung) fallen diverse Geschäfte über der Wertgrenze von EUR 100.000 in die Gemeinderats-Zuständigkeit, und zwar (soweit hier wesentlich) gemäß

Z 8: der Erwerb und die Veräußerung beweglicher Sachen, unbeweglicher Sachen und diesen gleichhaltener Rechte bei einem darüber gelegenen Kaufpreis (Tauschwert);

Z 9: darüber gelegene Darlehen;

Z 10: Bauvorhaben mit darüber gelegenen veranschlagten Gesamtkosten;

Z 11: der Erwerb und die Veräußerung von Wertpapieren mit darüber gelegenen Wert; sowie schließlich

Z 12: „der Abschluss sonstiger Verträge, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000 übersteigt“.

Ein Zins-Swap, bei dem zwei Vertragspartner vereinbaren, zu bestimmten zukünftigen Zeitpunkten Zinszahlungen auszutauschen, beinhaltet somit gewisse Elemente eines Tausches nach § 1045 ABGB (hier: von Anwart-

schaften auf künftige wechselseitige Forderungen und einem jeweils zu ermittelnden Überhang zugunsten einer der Parteien).

Hinzu kommt ein aleatorisches Element als zentraler Gegenstand des Geschäfts, sodass solche Swap-Geschäfte den Glücksverträgen iSd §§ 1267 ff ABGB zugeordnet und als Wette einzustufen sind (3 Ob 191/17k).

2.3. Sowohl Tausch als auch Wette, wenn - wie hier - beide Teile eine Leistung versprechen (Kärner in KBB<sup>6</sup> §§ 1267-1274 Rz 4), sind entgeltlich. Beim Swap 4175 mag es an der Festsetzung eines Geldbetrages als Entgelt fehlen, dies ist aber gerade das Wesen eines Tausches. Warum § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 die Gemeinderatszuständigkeit nur bei in Geld ausgedrücktem Entgelt schon ab einer relativ geringen Grenze festlegen sollte, nicht aber auch für Tauschgeschäfte, bei denen sich die Stadt zur Hingabe eines noch so hohen Vermögenswertes verpflichtet, kann nicht erkannt werden. Dasselbe gilt für entsprechend hochvolumige entgeltliche Glücksverträge. Somit kommt es auf die Bewertung - hier: den Marktwert - jener Rechtsposition an, die die Klägerin der Beklagten mit dem Swap 4175 einräumt, um beurteilen zu können, ob das von ihr zu erbringende und damit vertraglich festgesetzte Entgelt die Betragsgrenze für die Gemeinderatszuständigkeit nach Z 12 leg cit übersteigt.

2.4. Für die Rechtspositionen beider Parteien eines Swap lässt sich - wenn auch nach komplexen finanzmathematischen Berechnungen - jeweils ein Marktwert ermitteln (ist er anfänglich zu Lasten einer Partei negativ, kann dies allenfalls Schlüsse darüber zulassen, inwiefern der Markt eine ihr nachteilige Entwicklung für wahrscheinlicher erachtet (vgl 3 Ob 191/17k; ausführlich hiezu: Sach-

verständiger, Protokoll ON 570, 14).

Im vorliegenden Fall brachte die Klägerin unter Verweis auf diverse bisher befasste Gutachter einen für sie negativen Anfangswert des Swap 4175 von EUR 20 Mio vor; demnach habe sie den Tausch „Zinsrisiko gegen Währungsrisiko“ um einen „Preis“ von rund EUR 20 Mio erkaufte (Schriftsatz ON 59, 39 f).

Grundsätzlich ermittelt die Beklagte ebenso diverse relevante Positionen in jeweiliger Euro-Millionenhöhe und gelangt einschließlich diverser Risikokosten und Ihrer Marge letztlich zu einem ausgeglichenen Saldo (vgl. etwa Schriftsatz ON 169, 55 f, wonach sie den zu erwartenden Wert der implizierten Optionsgeschäfte, nämlich das erwartete Prämieeinkommen, kalkulatorisch mit EUR 36,5 Mio und ihren gegengleichen Zinsswap [interest rate swap - „IRS“] mit EUR 29,2 Mio angesetzt habe). Sie bestreitet damit zwar einen erheblichen Unterschied der beiden jeweiligen Endsummen, aber keineswegs im Grundsätzlichen, dass den Swap-Positionen der Streitteile ein finanzmathematisch zu berechnender Marktwert in vielfacher Euro-Millionenhöhe zukam (vgl. etwa Gutachten ON 427, 64 über anfängliche Marktwerte [an der Geldkurs-Untergrenze] einerseits des - klägerseitigen - Optionen-Teils von rund EUR 37,6 Mio und andererseits des - beklagtenseitigen - Zinsteils von rund EUR 29,5 Mio). Auch hat sie sich etwa auf ein von ihr selbst vorgelegtes Bewertungsgutachten bezogen, dem zufolge sich im Rahmen des Swap 4175 an anfänglichen Marktwerten gegenüberstanden: beklagtenseitig der Marktwert der Zinskomponente von EUR 29,59 Mio bzw. klägerseitig der Marktwert der Optionskomponente von (mindestens) EUR 31,04 Mio (ON 332, 86 iVm Privatgutachten Prof. [REDACTED], Beil./350, 3).

Besteht somit das von der Klägerin zu entrichtende Entgelt für ihre Tausch- oder Wettposition darin, dass sie ihrerseits der Beklagten eine korrespondierende Gegenposition einräumt, und kommt der von der Klägerin hingegebenen Rechtsposition anfänglich, also im Abschlusszeitpunkt, ein Marktwert in mehrfacher Millio-nenhöhe und damit von jedenfalls einem Vielfachen der in § 46 Abs 1 StL 1992 wiederholt genannten Betragsgrenze von EUR 100.000 an einmaligem Entgelt zu, so ist schon deshalb die Gemeinderatszuständigkeit für den vorliegen- den Swap 4175 wenn schon nicht für ein Tauschgeschäft nach Z 8, so jedenfalls nach der Auffangbestimmung der Z 12 zu bejahen (ob - im Sinne der erstgerichtlichen Rechtsansicht - auch die Grenze an jährlichem Entgelt von EUR 50.000 überschritten ist, kann offen bleiben).

3. Vollmachtsumfang/Auslegung des Gemeinderats- beschlusses vom 3.6.2004

Die Berufungswerberin führt aus, der Gemeinderats- beschluss sei „verstärkt objektiviert“ nach §§ 914f ABGB auszulegen; zur Wahrung der Sicherheit des Rechtsverkehrs gebiete sich dies für einen derartigen Rechtsakt, der aus der Willensbildung einer Vielzahl unterschiedlicher Per- sonen entstehe und dem Publikum durch Veröffentlichung (wie hier zB im Amtsblatt) bekannt gemacht werde. Gemäß § 915 ABGB sei bei undeutlichen Äußerungen diejenige Aus- legung heranzuziehen, die sich für die Beklagte als Erklärungsempfängerin als die günstigste herausstelle. Es komme also auf den Empfängerhorizont der Beklagten an, wie sie im Zeitpunkt des Abschlusses des Swap 4175 den Gemeinderatsbeschluss habe verstehen dürfen. Maßgeblich sei somit jedenfalls ein objektives Begriffsverständnis der Beklagten als verständiger Dritter. Anhand diverser

(näher dargelegter) finanzwirtschaftlicher Kriterien habe der Swap 4175 den objektiv zu verstehenden Optimierungsbegriff erfüllt. Daraus folge seine Deckung im Gemeinderatsbeschluss. Auf eine subjektive oder tatsächliche Optimierungseignung komme es nicht an.

Das Berufungsgericht hat in allseitiger Überprüfung der erstgerichtlichen rechtlichen Beurteilung (A. Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 471 Rz 16) erwogen, und zwar anknüpfend etwa an das Klagsvorbringen, wonach das erklärte Ziel des Gemeinderates gewesen sei, das Fremdwährungsrisiko aus der bestehenden Finanzierung abzusichern, der Swap 4175 dagegen das Fremdwährungsrisiko potenziert habe (vgl schon Klage S 39, Punkt 1.4.):

3.1. Gemäß § 867 ABGB hat derjenige, der mit einer Gemeinde einen Vertrag abschließt, die für ihre Willensbildung geltenden öffentlich-rechtlichen Beschränkungen zu beachten, und sind die in Organisationsvorschriften enthaltenen Beschränkungen der zur Vertretung berufenen Organe auch im Außenverhältnis wirksam. Allerdings besteht neben der organschaftlichen Vertretung auch die Möglichkeit der Vertretung durch sonstige Personen, die von den satzungsmäßig berufenen Organen dazu rechtsgeschäftlich bevollmächtigt wurden (stRsp, zB 1 Ob 137/03h, 6 Ob 129/10d).

Der Swap 4175 ist ein Geschäft, das - wie dargelegt - nach dem StL 1992 in die Zuständigkeit des Gemeinderats fällt. Somit ist zunächst die strittige Frage zu klären, ob der Gemeinderat mit Beschluss vom 3.6.2004 eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung erteilt hat, die auch den Abschluss dieses Swap 4175 umfasst.

3.2. Das Organ Gemeinderat hat mit seinem Beschluss

vom 3.6.2004 - soweit hier primär relevant - die Ermächtigung erteilt, „das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren“. Auslegungsbedürftig sind allerdings schon das genauere Objekt der Befugnisseinräumung: „das“ Fremdfinanzierungsportfolio kann entweder eine aktuelle konkrete Vermögensposition (eine aktuelle konkrete Fremdfinanzierungs-Verbindlichkeit) betreffen; oder es könnte auch - völlig abstrakt - sowohl jegliche aktuelle als auch jegliche künftige Fremdfinanzierung wann, von welcher Art und in welcher Höhe immer gemeint sein; sowie Art und Umfang der eingeräumten Befugnisse, ist doch ein bloß überbundenes „Optimieren“ keineswegs selbsterklärend und bedarf einer Abgrenzung zu sonstigen Tätigkeiten.

3.3. Das Bestehen und die Reichweite einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht sind durch Auslegung der vom Machtgeber abgegebenen Erklärung nach den Auslegungsgrundsätzen der §§ 914 f und §§ 1027 ff ABGB zu ermitteln. Entscheidend ist die Ermittlung des Willens des Machtgebers, wobei auch dem Umstand Bedeutung zukommt, ob die Willenserklärung gegenüber dem Vertreter (Innenbevollmächtigung) oder gegenüber dem Dritten (Außenbevollmächtigung) abgegeben wird. Vertraut der Dritte nämlich nur auf die Auskunft des Vertreters, hat er die Bevollmächtigungserklärung so gegen sich gelten zu lassen, wie sie gegenüber dem Vertreter gilt (Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1017 Rz 8 - Stand 1.4.2016, rdb.at; vgl auch RS0019363 = SZ 54/46 und RS0019615 = SZ 67/124).

3.4. Im Innenverhältnis (zwischen Gemeinderat und Befugnisempfänger) liegt auf der Hand, dass der Gemeinde-

ratsbeschluss auf dem - vom Finanzdirektor verfassten - gleichlautenden Antrag der Stadtkämmerei vom Mai 2004 beruht und sich daher Näheres aus den dortigen Darlegungen ergibt. Dies zeigt sich in aller Deutlichkeit auch anhand des Protokolls über die Gemeinderatssitzung (Beil./11, dem Ersturteil angeschlossen), dem zufolge etwa der Berichterstatter wiederholt auf den Amtsbericht Bezug nimmt und - allseits unwidersprochen - abschließend ausführt, die Beschlussfassung im Gemeinderat sei „klarerweise so zu verstehen wie im Amtsbericht angeführt“; oder „um auch hier Klarheit [zu einem gewissen Aspekt] zu schaffen: Es steht explizit auch im Amtsbericht, dass [...]“ (Protokoll-Seite 583 in Beil./11, je letzter Absatz der linken und der rechten Spalte).

Demnach bestimmt sich die Reichweite der mittels Gemeinderatsbeschluss erteilten Befugnisse nicht allein am reinen Wortlaut des Beschlusses, sondern auch unter Berücksichtigung der ihm vorangehenden Willensbildung anhand von Amtsbericht und Sitzungsprotokoll.

Zum Amtsbericht (Feststellung S 14 f der erstgerichtlichen Ausfertigung, Unterstreichungen des Berufungsgerichtes) hervorzuheben ist seine getrennte Darstellung zweier konkreter - und durchaus unterschiedlicher - Posten, nämlich

- einerseits betreffend (1) das Darlehen in inländischer Währung über rund EUR 210 Mio; sowie

- andererseits betreffend (2) die Fremdfinanzierung in ausländischer Währung, bestehend aus einer Anleihe über CHF 150 Mio und einem Darlehen über CHF 60 Mio.

Anhand der Ausführungen zu Punkt (1) betreffend Euro-Darlehen gebe es Anzeichen für Zinserhöhungen, sodass es vorteilhaft sei, das „gegenwärtige Zinsniveau



[...] längerfristig zu sichern". Dazu solle die Ermächtigung erteilt werden zu „Umstrukturierungen im bestehenden Fremdfinanzierungsportfolio hinsichtlich Finanzierungsform (Darlehen/Anleihe), Laufzeitoptimierung und Zinsindikatorbindung“, ebenso „zum Abschluss von Finanztermingeschäften“.

Grundlegend anders lauten die Ausführungen zu Punkt (2) betreffend das CHF-Portfolio: Der CHF zeige erhöhte Schwankungsbereitschaft, die jüngste Kurssteigerung bedeute eine erhebliche Aufwertung der Verbindlichkeit, nunmehr überlegenswert erscheine eine „entsprechende Kurssicherung“ und erscheine die Ermächtigung auch zum Abschluss von Finanztermingeschäften in ausländischer Währung notwendig.

Ganz im Sinne dieser Trennung einerseits nach EUR-, andererseits nach CHF-Schuld erläuterte der Berichterstatter in der Gemeinderatssitzung auch, dass es um eine Aufteilung in diese beiden unterschiedlichen Portfolios gehe, nämlich um die EUR- und die CHF-Positionen, dass die Finanzverwaltung keineswegs „aus dem jetzigen Euro-Portfolio in eine Fremdwährung geht“, dass daher das Management der beiden Positionen entsprechend geteilt sei, sowie dass es „um das Management der Euro-Positionen als Euro-Positionen und um das Management der Fremdwährungspositionen als Fremdwährungspositionen geht“ (S 583, rechte Spalte, Absätze 1, 2 und 4 in Beil./11).

Zwischenergebnis:

Der Gemeinderat hat somit den Befugnisumfang in zweierlei Hinsicht - je nach Währung - unterschiedlich definiert:

- beim Euro-Portfolio ging es um die Absicherung vor Zinserhöhungen (insbesondere mit gewissen ausdrücklich

genannten Optimierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Form [Darlehen/Anleihe], Laufzeit und Zins sowie - vage bleibenden - „Finanztermingeschäften“);

- beim CHF-Portfolio ging es um die Absicherung vor CHF-Kurssteigerungen mittels „Finanztermingeschäften auch in ausländischer Währung“.

Im Lichte dieses Befugnisumfangs, wie er sich aus dem Gemeinderatsbeschluss unter Berücksichtigung der vorangegangenen Erläuterungen in der Gemeinderatssitzung und des ihm zugrunde liegenden Amtsberichtes ergibt, handelt es sich beim Swap 4175 um ein grundlegend anders geartetes Geschäft: im Kern schließt die Klägerin damit vor allem eine hochvolumige Wette über die künftige Entwicklung eines Währungspaares darauf, dass der EUR-CHF-Kurs relativ stabil bleibe; zu den halbjährlichen Stichtagen lukriert sie sogar Einkünfte(!), wenn sich diese ihre Wettposition erfüllt; je schlechter sich allerdings der CHF-Kurs entgegen ihrer Wettposition entwickelt, je höher also der CHF steigt, um so gravierender wird ihre eigene Zahlungspflicht bis hin zu ganz eklatanten Höhen.

Dieses Geschäft beinhaltet gerade das Gegenteil dessen, wozu der Gemeinderat betreffend das Fremdwährungs-Portfolio (zu 2) ermächtigt hat, nämlich zur Absicherung vor CHF-Kurssteigerungen. Dieser Ermächtigung zuwider enthält der Swap 4175 keineswegs ein Element der Sicherung vor einer CHF-Kurssteigerung, sondern führt - gerade gegenläufig - zu umso höheren Verlusten, je höher die Steigerung ausfällt. Demnach fällt der Swap 4175 auch nicht ansatzweise unter ein - der Bevollmächtigung unterliegendes - Optimieren des Fremdwährungsportfolios durch Sicherung vor CHF-Kurssteigerungen; vielmehr handelt es sich (jedenfalls ganz überwiegend) um ein Währungs-Speku-

lationsgeschäft mit gerade gegenteiliger Wette darauf, dass erhebliche CHF-Kurssteigerungen unterbleiben werden.

Soweit der Swap 4175 auch ein Element der Sicherung vor Zinserhöhungen beinhalten mag (Fixzins in Abhängigkeit von der Wechselkurs-Wette), bleibt darauf hinzuweisen, dass schon im Kern eine Ermächtigung fraglich erscheint, auch das CHF-Portfolio vor einer CHF-Zinssteigerung abzusichern. Von einem Erfordernis einer Zinsen-absicherung war nämlich allein beim EUR-Portfolio (zu 1) die Rede; beim CHF-Portfolio (zu 2) - auf das der Swap 4175 in Hinblick auf den darin genannten CHF-Betrag von CHF 195 Mio allein abstellt - ging es hingegen ausdrücklich um die Kurssicherung. Selbst wenn man auch beim CHF-Portfolio eine CHF-Zinsensicherung (nämlich vor einem Steigen des Euribor) als von den Befugnissen an sich umfasst erachtet, könnte nur eine Maßnahme darunter fallen, die mit dem ausdrücklich anzustrebenden Ziel einer Währungssicherung in Einklang steht. Der vorliegende Swap 4175 verknüpft eine Zinsensicherung aber mit einer spekulativen Wette auf eine EUR-CHF-Stabilität. Anstelle eines Geschäftes zur Absicherung gegen ein Erstarren des CHF beinhaltet der Swap 4175 (wie schon oben dargelegt) eine Wette darauf, dass der CHF schon nicht allzu sehr erstarren werde, und steht damit in eklatantem Widerspruch zur offenliegenden Gesamtintention des Gemeinderatsbeschlusses auf Übertragung der Befugnisse zur Sicherung der beiden Portfolios einerseits gegen EUR-Zinserhöhungen und andererseits gegen CHF-Kurssteigerungen.

Aus alldem folgt somit, dass der Abschluss des Swap 4175 - für alle am Innenverhältnis Beteiligten offen liegend (§ 914 ABGB) - außerhalb der mit Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 eingeräumten Befugnisse liegt. Das

Erstgericht hat dies ebenso - und daher jedenfalls im Ergebnis - zutreffend erkannt. Die Berufungsargumente gegen seinen Begründungsweg („Optimierungs-“Begriff unter Bedachtnahme auf die Beherrschbarkeit des Risikos) können dahingestellt bleiben.

3.5. Die Beklagte hat zwar vorgebracht, dass sie vor Geschäftsabschluss den Gemeinderatsbeschluss samt Diskussion (Beilage./11) - gemeint: das Gemeinderats-Sitzungsprotokoll einschließlich den darin ersichtlichen Beschluss) - gekannt habe. In Hinblick auf die diesbezügliche Negativfeststellung hat sie dies aber nicht beweisen können. Ausgehend demnach von ihrem Swap-Abschluss allein im Vertrauen auf die vom Finanzdirektor behauptete Innenvollmacht sowie daraus folgend von der Geltung der Vollmachtserklärung auch gegenüber der Beklagten so, wie sie gegenüber dem Vertreter gilt, folgt somit, dass die dem Finanzdirektor unterlaufene Vollmachtsüberschreitung auch im Verhältnis der Streitteile zur Unwirksamkeit des Swap 4175 führt.

Selbst wenn die Beklagte schon vor dem Geschäftsabschluss das Gemeinderats-Sitzungsprotokoll gekannt hätte, würde sich daran nichts ändern. Die Unklarheiten des reinen Beschlusstextes und der Inhalt des Amtsberichtes als zentrale Auslegungsgrundlage (vgl obige Ausführungen zu Punkt 3.4.) waren anhand des - öffentlich zugänglichen - Sitzungsprotokolls auch für die Beklagte evident. Wenn sie dennoch vor einem wirtschaftlich derart komplexen hochvolumigen Geschäftsabschluss wie jenem des Swap 4175 weder die Vorlage dieses Amtsberichtes noch eine sonstige Klarstellung des Vollmachtsumfanges eingefordert hat, besteht kein Anlass für einen Schutz ihres Vertrauens in eine Auslegung streng am Beschlusstext nach

rein objektivem Verständnis. Auch ihr Hinweis auf 4 Ob 241/04a (= RS0119657) zur dort behandelten Auslegung eines Spaltungsplans kann nicht überzeugen: der Spaltungsplan bildet - neben der Selbstinformation der beteiligten Gesellschaften - die dauerhafte Rechtsgrundlage für die weiterhin bestehenden Folgerechtsbeziehungen etwa zu den Gläubigern der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft; wegen dieser seiner Bedeutung auch für die Rechtsposition der Geschäftspartner der beteiligten Gesellschaften ist er immer dort, wo der Rechtsverkehr betroffen ist, nach objektiven Kriterien unter Bedachtnahme auf den Empfängerhorizont eines verständigen Dritten auszulegen. Zum hier in Rede stehenden Vertragsabschluss mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und der Auslegung des Umfangs einer gewillkürten Vollmacht im jeweiligen Einzelfall kann eine ausreichende Parallele nicht erkannt werden.

### 3.6. Vollmacht iVm Unterschriftenverzeichnis?

Die Berufungswerberin meint weiters, die Klägerin, vertreten durch ihren Bürgermeister, habe den Finanzdirektor zivilrechtlich spätestens 2006 im Rahmenvertrag und im damit verbundenen Unterschriftenverzeichnis (Beil./13) bevollmächtigt.

Dem kann nicht gefolgt werden: Der Bürgermeister mag, datiert mit 26.9.2006, einen Rahmenvertrag zwischen den Streitteilen (unter anderem) betreffend beabsichtigte Finanztermingeschäfte unterfertigt und dabei den Finanzdirektor als für solche Geschäfte bevollmächtigte Person bezeichnet haben. Allerdings ist es der Gemeinderat und gerade nicht der Bürgermeister, dem der Abschluss des Swap 4175 vorbehalten war. Mangels Beschlussfassung des Gemeinderates über diesen Rahmenvertrag scheidet eine

darin gelegene wirksame Vollmacht an wen im Unterschriftenverzeichnis auch immer Genannten von vornherein aus.

### 3.6. Anscheinsvollmacht?

Die Berufungswerberin vertritt die Auffassung, sie habe auf einen vom Gemeinderat gesetzten äußeren Anschein vertrauen dürfen, dass der Swap wirksam so vereinbart werden dürfe. Der Gemeinderat habe nämlich mit seinem Beschluss vom 3.6.2004 „den Anschein der Bevollmächtigung zum Abschluss“ durch FVV, vertreten durch den Finanzdirektor als deren Leiter geschaffen, weil sowohl Form als auch Inhalt des Gemeinderatsbeschlusses grundsätzlich geeignet gewesen seien, zum Abschluss eines Geschäfts wie des Swap 4175 zu ermächtigen.

Dem sind obige Ausführungen zur Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses entgegenzuhalten. Der Inhalt des Gemeinderatsbeschlusses hat bei der Beklagten (in Hinblick auf die Negativfeststellung über ihre Kenntnis davon) weder ein geschütztes Vertrauen ausgelöst, noch war er in Hinblick auf die dargelegten Gründe (offensichtlicher Auslegungsbedarf des Beschlusstextes anhand von Sitzungsprotokoll und erkennbar essentiellen Amtsbericht) geeignet, ein Vertrauen auf eine umfassende Vollmacht zum Abschluss jeglicher Finanztermingeschäfte im Allgemeinen oder eines mit einem derart komplexen und hochvolumigen Risiko behafteten Swap wie des Gegenständlichen im Besonderen auszulösen.

4. Nachträgliche Sanierung des vollmachtslos abgeschlossenen Geschäfts?

4.1. Nachträgliche konkludente Gemeinderats-Genehmigung?

Die Berufungswerberin vertritt die Auffassung, anhand der Wortmeldungen in der Gemeinderatssitzung vom

16.12.2010 habe der Gemeinderat spätestens ab nun vom Swap 4175 und dessen grundlegender Struktur gewusst und handeln müssen. Dies habe er unterlassen und den Swap 4175 somit spätestens am 16.12.2010 genehmigt. Dem ist entgegenzuhalten:

Nach der auch für Gemeinden geltenden Regel des § 1016 1. Fall ABGB kommt eine - auch schlüssig mögliche - nachträgliche Genehmigung des ohne ausreichende Vertretungsmacht geschlossenen Geschäfts in Betracht. Da es sich bei der schlüssigen Genehmigung um einen Anwendungsfall des § 863 ABGB handelt, müssen die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sein. Maßgeblich ist somit nach der Vertrauenstheorie der Empfängerhorizont. Konklu-dente Genehmigung erfordert, dass der Vertreter oder der Dritte nach den Umständen des Falls darauf vertrauen durfte und vertraut hat, dass der vollmachtslos Vertretene ihm gegenüber zum Ausdruck bringen will, dass er mit dem ohne Vollmacht geschlossenen Geschäft einverstanden sei. Es darf also für den Vertreter oder den Dritten kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln übrig sein, dass der unwirksam Vertretene ihm gegenüber einen solchen Willen äußern wollte (3 Ob 57/15a mwN).

Gegenstand jener Gemeinderatssitzung vom 16.12.2010 war (nur) der Antrag auf Genehmigung des Voranschlags für das Jahr 2011. Der Swap 4175 mag in der Debatte von zwei Gemeinderäten angesprochen worden sein, eine ausdrückliche Beschlussfassung über ihn etwa im Sinne einer Zustimmung oder Genehmigung hat aber gerade nicht stattgefunden (Feststellungen Seiten 30 bis 32 der Urteilsausfertigung). Wer genau nunmehr ein Schweigen als schlüssige Willenserklärung im angestrebten Sinne für ein Geschäft hätte verstehen dürfen, das seit dem 15.10.2009 Zahlungs-

verpflichtungen der Klägerin ausgelöst hat, lässt die Berufungswerberin offen. Hiefür besteht im Übrigen seit dem 5.8.2010 ohnehin kein Raum mehr: seither hat der Bürgermeister gegenüber der Beklagten den Standpunkt konkretisiert, der Swap 4175 sei aus Formalgründen ungültig, nämlich vom Gemeinderatsbeschluss (Juni 2004) nicht umfasst; auch zahlte die Klägerin nur noch unter Vorbehalt der Rückforderung (Feststellungen Seite 30 der Urteilsausfertigung). Wenn das Organ Bürgermeister als Vertreter der Klägerin nach außen die Gültigkeit des Geschäftes ausdrücklich ablehnt, bestünde zu einem Willen des Organs Gemeinderat auf nunmehrige Sanierung des bislang ungültigen Geschäftes ein derartiger Zwiespalt, dass seiner bloßen Untätigkeit ein derartiger Erklärungswert keineswegs beigemessen werden kann.

4.2. Nachträgliche Genehmigung aufgrund Wissenszurechnung?

Die Berufungswerberin vertritt die Auffassung, eine nachträgliche Genehmigung ergebe sich aus - näher dargelegtem - Wissen sowohl diverser Gemeinderatsausschüsse (Finanz-, Kontrollausschuss) als auch diverser Einzelpersonen (Finanzdirektor, Finanzstadtrat, Bürgermeister), welches dem Gemeinderat zuzurechnen sei.

Allerdings hat der Oberste Gerichtshof etwa im Bereich des Oö GemO 1990 LGBI 1990/91 bereits das Verhalten eines Prüfungsausschusses als bedeutungslos und nicht als Genehmigung durch den zuständigen Gemeinderat gewertet, weil dem Prüfungsausschuss eine Vertretungsbefugnis zum Abschluss von Rechtsgeschäften nicht obliegt (5 Ob 52/11z).

Dasselbe muss auch im vorliegenden Fall für das Verhalten und/oder Wissen diverser Ausschüsse gelten, weil



auch diesen Ausschüssen nur gewisse Hilfsfunktionen, aber gerade nicht die Zuständigkeit zum Abschluss des Swap 4175 zukommt. Für eine Zurechnung von Wissen diverser Einzelpersonen besteht aus denselben Gründen umso weniger Raum.

4.3. Nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung?

Die Berufungswerberin führt aus, zunächst habe es zu den halbjährlichen Fälligkeitszeitpunkten Salden zu Gunsten der Klägerin von insgesamt rund CHF 10,1 Mio = EUR 9,3 Mio gegeben. In den Rechnungsabschlüssen der Klägerin der Jahre 2007, 2008 und 2009 zeige sich dies - wie ergänzend festzustellen sei - unter den Punkten „Zinsabsicherungsgeschäfte“, „Zinssicherungsgeschäfte“ bzw „Zinsgeschäfte“. Die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, dass der Gemeinderat die Rechnungsabschlüsse und damit auch die Einnahmen aus dem Swap 4175 statutengemäß geprüft habe. Aufgrund Genehmigung aller drei Rechnungsabschlüsse habe die Beklagte auf den vom Gemeinderat gesetzten äußeren Anschein der Vorteilszuwendung vertrauen dürfen. Hiezu ist auszuführen:

Die Vorteilszuwendung erfolgt nicht durch empfangsbedürftige Erklärung, sondern durch Willensbetätigung. Damit die Vorteilszuwendung als Genehmigung wirkt, muss der Geschäftsherr davon wissen, dass in seinem Namen kontrahiert wurde und dass der Vorteil aus diesem Geschäft stammt, das er nunmehr will. Dabei muss der Geschäftsherr den Inhalt des geschlossenen Geschäfts - zumindest in Grundzügen - kennen. Da Vertrauensschutzüberlegungen bei der Vorteilszuwendung nicht beachtlich sind, kommt es nur auf eine Genehmigungsabsicht des Gemeinderats an (3 Ob 57/15a mwN). Etwa ist bei einvernehmlicher Beendigung eines Pachtvertrages und der Befugnisüberschreitung

infolge dabei erklärten Verzichtes auf rückständige Forderungen dieser Verzicht als Eckpunkt der Vereinbarung zu werten, sodass nur bei Bekanntheit dieses Eckpunktes der Wille zur Vorteilszueignung (dort: zur Rücknahme des Bestandobjekts) als Genehmigung wirkt (3 Ob 57/15a).

Beim gegenständlichen Swap 4175 war Eckpunkt der Befugnisüberschreitung die Wette gegen ein erhebliches Erstarken des CHF, also eine Fremdwährungsspekulation dahin, dass ein relativ stabil bleibender EUR zu Gewinnen führe bzw umso höhere Verluste eintreten, je tiefer er sinke. Wie schon oben dargelegt, widerspricht dies diametral den mittels Gemeinderatsbeschlusses eingeräumten Befugnissen, das CHF-Fremdwährungsportfolio gerade gegen ein solches Sinken des EUR gegenüber dem CHF abzusichern. Auch wenn die Klägerin aus dem Geschäft zunächst Gewinne erzielt haben mag, bedarf es für eine Genehmigung durch Vorteilszuwendung des Wissens des Gemeinderates auch von diesem Eckpunkt des Geschäfts.

Festgestellt ist, dass der Finanzdirektor wohl im Finanz-, Bildungs- und Bauausschuss regelmäßig einschlägige Berichte erstattete (S 26ff der Urteilsausfertigung), eine Befassung des Gemeinderats mit diesen Berichten oder auch dem Swap 4175 allgemein oder eine Übermittlung der Berichte an den Gemeinderat war aber nicht feststellbar (S 29 der Ausfertigung). Auch diverse Kontrollamtsberichte wurden nur vom Kontrollausschuss, nicht aber im Gemeinderat behandelt. Zu den im Gemeinderat lediglich behandelten Jahresberichten war nicht feststellbar, dass aus den Salden Zahlungen aufgrund des Swap 4175 extrahiert oder identifiziert wurden (S 29 der Ausfertigung). Auch sonst ist den Feststellungen bis Mitte 2010 kein Umstand zu entnehmen, wonach der Gemeinderat jene ersten

fünf Salden, die sich von April 2007 bis April 2009 zugunsten der Stadt ergaben, mit dem Swap 4175 in Verbindung brachte, geschweige denn, dass der Gemeinderat den befugniswidrigen Eckpunkt für diese Einkünfte, nämlich die „Wette auf einigermaßen werthaltigen EUR“ (anstelle: Absicherung gegen Absinken des EUR) gekannt hätte. Auch insofern vermag die Berufung daher eine fehlerhafte rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes nicht aufzuzeigen.

5. Insgesamt hat das Erstgericht somit zutreffend die Ungültigkeit des Swap 4175 aufgrund unzureichender Einbindung des für dieses Geschäft zuständigen Gemeinderats erkannt. Die Berufung musste schon deshalb erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 50, 41 ZPO.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der Bewertung der klagenden Partei. Die zitierte jüngere höchstgerichtliche Judikatur hat zwar grundsätzlich auf den Gemeinderat in seiner Gesamtheit abgestellt (5 Ob 52/11z); sie hat aber auch auf ältere Judikatur Bezug genommen, der zufolge schon das Verhalten mehrerer „maßgeblicher“ Mitglieder des Gemeinderats ausreichend sei (8 Ob 573/90), und dies für die bloß befassten „mehrheitsführenden sozialdemokratischen Gemeindepolitiker“ letztlich offen gelassen (vgl 3 Ob 57/15a). Ob es nun auf den Gemeinderat in seiner Gesamtheit ankommt, oder welcher Teil davon für eine Willensbildung des Organs Gemeinderat schon ausreicht, ist bei der vorliegenden Involvierung gewichtiger Gemeinderatsteile aus Gründen der Rechtssicherheit eine erhebliche Rechtsfrage iSd

§ 502 Abs 1 ZPO.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 2, am 31. März 2021

**Dr. Klaus Dallinger**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG