

PER WEB-ERV

Handelsgericht Wien  
Marxergasse 1a  
1030 Wien

Wien, am 8.11.2011

PWM/RA BETTINA KNÖTZL  
VIE-BAWAG/LINZ  
Tel: +43 1 515 10 5200  
Fax: +43 1 515 10 66 5200  
bettina.knoetzl@wolftheiss.com

Widerklagende Partei: BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und  
Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft  
FN 205340x, Georg-Coch-Platz 2, 1018 Wien

Vertreten durch:

ADVM-Code P 130664  
FN 224135 k

Vollmacht erteilt (§ 8 Abs 1 RAO)  
Gemäß § 19a RAO wird Zahlung an WOLF THEISS begehrt

Widerbeklagte Partei: Stadt Linz  
Altes Rathaus  
Hauptplatz 1, 4041 Linz

wegen: EUR 417.737.018,29 s.A.

## WIDERKLAGE

zu 48 Cg 218/11k

*Dieser Schriftsatz wird elektronisch eingebracht.*

2-fach  
1 HS  
24 Beilagen (2-fach)  
Beilagenverzeichnis

ALBANIA AUSTRIA BOSNIA & HERZEGOVINA BULGARIA CROATIA CZECH REPUBLIC HUNGARY ROMANIA SERBIA SLOVAK REPUBLIC SLOVENIA UKRAINE

WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH; UID: ATU 61971557; DVR: 0231924; ADVM: P130664; FN 224135 k; FG: HG Wien; Sitz: Wien

Partnerliste: [www.wolftheiss.com/partnerlist](http://www.wolftheiss.com/partnerlist)

Unsere Beratungstätigkeit an den verschiedenen Standorten entspricht den Anforderungen der jeweiligen örtlichen Gesetze und Regeln der Anwaltschaft, einschließlich der Kooperation mit unabhängigen lokalen Rechtsanwälten.

102351743V17

Die Parteien dieses Verfahrens haben am 26.9.2006 einen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte ("**Rahmenvertrag 2006**", Beilage ./1) geschlossen. Unter dem Rahmenvertrag 2006 wurden mehrere Einzelabschlüsse getätigt, insbesondere:

- der Einzelabschluss vom 26.9.2006 ("**SWAP I**", vgl Einzelabschlussbestätigung vom 28.9.2006, Beilage ./2); sowie
- der verfahrensgegenständliche Einzelabschluss vom 12.2.2007 ("**SWAP II**", vgl Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007, Beilage ./3); Einzelabschlussbestätigung vom 15.10.2007 – geänderte Fassung, Beilage ./4).

Aus dem SWAP II war die widerbeklagte Partei – nach einer bestimmten, weiter unten näher beschriebenen Formel – zur Leistung von Zahlungen verpflichtet; für den Fall einer vorzeitigen Vertragsauflösung stand der widerklagenden Partei gem § 8 Abs 1 iVm § 9 Abs 1 des Rahmenvertrages 2006 eine Ausgleichsforderung in EUR gegen die widerbeklagte Partei zu.

Aufgrund des Vertragsbruchs der widerbeklagten Partei hat die widerklagende Partei ihre Ausgleichsforderung idHv EUR 417.737.018,29 mit Schreiben vom 27.10.2011 (Beilage ./5) fällig gestellt. Trotz Aufforderung zur Erfüllung dieser vertraglich vereinbarten Leistung ist die widerbeklagte Partei ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen und hat keine Zahlung geleistet.

Mit der vorliegenden Klage wird die Erfüllung der vertraglich vereinbarten Leistung bzw Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht.

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2007 (Beilage ./1);  
Einzelabschlussbestätigung vom 28.9.2006 (Beilage ./2);  
Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007 (Beilage ./3);  
Einzelabschlussbestätigung vom 15.10.2007 – geänderte Fassung (Beilage ./4);  
Zahlungsaufforderung vom 27.10.2011 (Beilage ./5);  
vorzulegende Urkunden;  
Zeuge Dr. Alexander Schall, pA der widerklagenden Partei;  
Zeugin Iris S., pA der widerklagenden Partei;  
Zeuge Herbert A. , pA der widerklagenden Partei;  
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der widerbeklagten Partei;  
namhaft zu machende Zeugen;  
PV;  
Dr. Franz Dobusch als Partei;  
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei.

## 1. Zu den Parteien

### 1.1 Widerklagende Partei

Die BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft ("**BAWAG P.S.K.**") ist ein österreichisches Kreditinstitut nach § 1 Abs 1 BWG und im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien zu FN 205340x eingetragen.

Beweis: offenes Firmenbuch.

### 1.2 Widerbeklagte Partei

Die Stadt Linz ("**Stadt Linz**") ist eine Stadt mit eigenem Statut und dem Recht auf Selbstverwaltung nach Art 116 Abs 2 B-VG. Sie hat – als professionelle Marktteilnehmerin – jahrzehntelange Erfahrung mit Kapitalmarktgeschäften, darunter auch Fremdwährungs- und Derivatengeschäften. Laut Rechnungsabschluss 2005 präsentierte sich die Stadt Linz als finanzstarke Gemeinde mit Einnahmen in der Höhe von EUR 478,3 Mio und einem außerordentlichen Haushalt von EUR 355,1 Mio. Die Finanzschulden betragen EUR 352,1 Mio und der Schuldendienst machte EUR 23 Mio aus.

Im Jahr 2009 verwaltete die Stadt Linz ein Ausleihungsvolumen von (konsolidiert) rund EUR 850 Mio (vgl Beilagenkonvolut ./6).

Das Finanzmanagement der Stadt Linz war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum (und ist nach wie vor) in ähnlicher Weise organisiert wie das eines Großunternehmens (vgl Beilage ./7): Mit der "Finanz- und Vermögensverwaltung" ("**FVV**") war bereits 2007 eine eigene, hoch spezialisierte Geschäftsgruppe des Magistrates im Sinne der Geschäftsordnung des Magistrates ("**GEOM**") mit damals 89 Mitarbeitern unter der Leitung von Herrn Mag. Werner Penn ("**Mag. Penn**") mit der umfassenden Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz befasst. Nach dem Wissenstand der BAWAG P.S.K. lag die Zuständigkeit für die Verwaltung der Finanzen innerhalb der FVV bei der Stadtkämmerei als untergeordnete Dienststelle, die mit damals 30 Mitarbeitern ebenfalls unter der Leitung von Herrn Mag. Penn stand.

Beweis: Pressemeldungen: „Heute“ vom 30.10.2009, "Die Wirtschaftskrise trifft Linz: Stadt muss Kredit aufnehmen!" und Oberösterreichische Nachrichten vom 15.12.2009, "Linzer Schulden mehr als verdoppelt" (Beilagenkonvolut ./6); Organigramm der Stadt Linz, Stand 2007 (Beilage ./7); wie bisher.

Mag. Penn war als Leiter der FVV dem zuständigen Stadtrat gem § 48 Satz 2 des Statutes der Landeshauptstadt Linz 1992 ("**StL 1992**") berichtspflichtig. Der nach der Geschäftseinteilung für den Stadtsenat für Finanzangelegenheiten und Vermögensverwaltung zuständige Stadtrat, MMag.Dr. Johann Ma-

yr, M.A. ("**Finanzstadtrat Dr. Mayr**"), ist ein ausgewiesener Fachmann mit Studien an den Universitäten Klagenfurt, Linz und Salzburg, der Fernuniversität Hagen, der London School of Economics and Political Science, der Emory Business School Atlanta/USA und Abschlüssen als Mag. rer.soc.oec. der Betriebswirtschaftslehre, Mag. rer.soc.oec. der Soziologie, M.A. der Politikwissenschaft/Volkswirtschaftslehre und Dr. phil. für Organisationsentwicklung und Gruppendynamik. Er war seit 1981 in verschiedenen Funktionen für die Finanzen der OÖ GKK zuständig, ist Mitglied (und auch Vorsitzender) zahlreicher Aufsichtsräte und seit etlichen Jahren Vorsitzender des Finanzausschusses des Gemeinderates der Stadt Linz.

Beweis: Lebenslauf Finanzstadtrat MMag. Dr. Johann Mayr, M.A. (Beilage ./8);  
wie bisher.

Beim Magistrat der Stadt Linz ist ein Kontrollamt (Stadtrechnungshof) eingerichtet, das unter der Leitung eines weisungsfrei gestellten Beamten die Gebarung der Stadt in Bezug auf die rechnerische Richtigkeit sowie auf die Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu überprüfen hat. Dessen (höchst qualifizierter und erfahrener) Leiter war zwischen 1974 und 2009 Herr FH-Prof. Univ.-Prof. Dr. Friedrich K., Univ.-Doz. an der Universität Linz mit den Arbeitsschwerpunkten und Forschungsbereichen "*Öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, öffentliches Haushalts- und Rechnungswesen, öffentliche Finanzkontrolle und Kommunalwirtschaft*", weiters gerichtlich beeideter Sachverständiger für das öffentliche Rechnungswesen, Mitglied des wissenschaftlichen Beirates des Verbandes der Öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, Mitglied des Kuratoriums des KDZ - Zentrum für Verwaltungsforschung (Wien) und Institutsleiter des Vereins Institut für Kommunalwissenschaften (Linz).

Beweis: Lebenslauf FH-Prof. Univ.-Doz. Dr. Friedrich K. (Beilage ./9);  
wie bisher.

Im Gemeinderat war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nach dem StL 1992 ein Kontrollausschuss einzurichten, dem alle Berichte des Kontrollamtes (Stadtrechnungshof) im Wege seines Vorsitzenden vorzulegen (§ 39 Abs 3) und von diesem zu beraten waren (§ 40a Abs 1; vgl auch § 15 Abs 1 der Geschäftsordnung des Gemeinderates [**GOGR**]).

Aus § 14 GOGR ergibt sich darüber hinaus, dass im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ein Finanzausschuss im Gemeinderat einzurichten war, dem bspw alle Anträge zur Vorberatung zuzuweisen waren, die eine über den Voranschlag der Stadt hinausgehende finanzielle Belastung der Stadt zur Folge haben konnten.

Somit verfügte (und verfügt) die Stadt Linz über ein äußerst kompetent und straff organisiertes Finanzmanagement mit entsprechenden Kontrollorganen.

### 1.3 Zur Geschäftsbeziehung der Parteien

Die Geschäftsbeziehung der Streitparteien reicht bis ins Jahr 1978 zurück. Die BAWAG P.S.K. – die im hier relevanten Zeitpunkt des Februar 2007 noch im Eigentum des ÖGB stand – zählte seit vielen Jahren zu den "Hausbanken" der Stadt Linz; dementsprechend gut kannten einander die nunmehrigen Streitparteien und die handelnden Personen.

Als professioneller Marktteilnehmer pflegte die Stadt Linz Geschäftsbeziehungen zu zahlreichen nationalen wie internationalen Banken und Finanzhäusern, darunter zB Sparkasse OÖ, RLB OÖ, Bank Austria, Nomura International (London), Merrill Lynch, JP Morgan usw. Sie bildete ihre Meinung zu den Entwicklungen am Finanzmarkt – wie es für professionelle Marktteilnehmer im Unterschied zu Privatkunden (Konsumenten) typisch ist – durch umfassende Analysen, laufende Marktbeobachtung (etwa über Reuters) und einen permanenten Dialog mit namhaften Finanzinstitutionen und Beratungsunternehmen.

Beweis: beizuschaffender Ermittlungsakt der StA Linz zu AZ 9 St 80/11z.

Zur Beobachtung von CHF/EUR Wechselkursrisiken hielt Mag. Penn am 14.10.2002 in diesem Sinne ausdrücklich fest: *"Die Finanzverwaltung beobachtet die in diesem Zusammenhang (nämlich mit den Wechselkursentwicklungen des Schweizer Frankens und Zinsunterschieden zwischen Euro und Franken) relevanten Märkte ständig und befasst sich auch mit den Erwartungen verschiedenster Analysten. Die daraus abgeleiteten Schlussfolgerungen können dem Finanzausschuss jederzeit zur Kenntnis gebracht werden."*

Beweis: Kronen Zeitung, 1.8.2011, "Was ist bloß im Linzer (Ex-)Finanzdirektor Mag. Werner Penn ..." (Beilage ./10);  
wie bisher.

Beratungsleistungen der Klägerin forderte und benötigte die Stadt Linz nicht. Im Gegenteil, die Stadt Linz verzichtete ausdrücklich auf Beratung (vgl zB § 12 Abs 7 des Rahmenvertrags 2006, Beilage ./1; S 3 f der Einzelabschlussbestätigung zu SWAP I, Beilage ./2; S 4 zweiter Absatz der Einzelabschlussbestätigung zu SWAP II, Beilagen ./3 und ./4). Sie zeigte sich auch nach Abschluss des gegenständlichen Geschäfts an Beratung durch die BAWAG P.S.K. nicht interessiert, sondern vertraute auf ihre eigenständige Einschätzung der künftigen Marktentwicklung (sh Punkt 3.3).

Typischerweise zeigte die Stadt Linz ihren Finanzpartnern ihren konkreten Bedarf auf und nahm nach Darstellung möglicher Produkte auf die konkrete Ausgestaltung des Produktes einschließlich seines Risikoprofils Einfluss bzw gab diese selbst aktiv vor. Zur kostengünstigen Abwicklung holte sie schließlich für das selbst definierte Finanzprodukt Angebote verschiedener Banken ein. Die jeweils bestbietende Bank kam zum Zug.

Beweis: wie bisher.

## 2. Rechtliche Grundlagen der Einzelabschlüsse

### 2.1 Gemeinderatsbeschluss 2004

Im Jahr 2004 hatte die Stadt Linz bereits ein erhebliches Ausleihungsvolumen. Unter anderem hatte die Stadt Linz im Jahr 1993 eine Anleihe im Volumen von CHF 150 Mio. begeben, die am 18. Oktober 2005 endfällig war, und eine Fremdwährungsfinanzierung in Höhe von CHF 60 Mio. bei der Bank Leu AG in Anspruch genommen (an die Stelle dieser Finanzierung trat 2003 ein bei der UniCredit Bank Austria AG aufgenommenes Fremdwährungsdarlehen in gleicher Höhe, dh CHF 60 Mio.). Sie musste daher laufend CHF-Zinsen in Millionenhöhe bezahlen. Wie zahlreiche andere professionelle Marktteilnehmer beschloss die Stadt Linz im Jahr 2004, ihr Fremdfinanzierungsportfolio besser zu bewirtschaften (wörtlich: zu "**optimieren**"). Im konkreten Fall bedeutete dies, dass die Stadt Linz nach einer Möglichkeit suchte, CHF-Einkünfte zu erzielen, um so die in CHF fälligen Zinsen aus einer CHF-Anleihe zu bedienen.

Der Gemeinderat beschloss daher am 3.6.2004 zunächst (Beschlusspunkt 1) die "*Aufnahme von Fremdmitteln zum Zwecke der Umschuldung in Höhe der zu tilgenden Finanzverbindlichkeiten*", um die Umschuldung der mit Oktober 2005 fällig werdenden Finanzierung (Anleihe) in Höhe von CHF 150 Mio. zu ermöglichen. Weiters beschloss er (Beschlusspunkt 2), "**das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren**" und ermächtigte die Finanz- und Vermögensverwaltung ("FVV") zum Abschluss dieser Geschäfte (vgl Beilage ./11).

Dem Beschluss ging eine rechtliche Vorprüfung seitens der Dienststelle "*Präsidium, Personal und Organisation*" (diese war 2007 eine Dienststelle mit 78 Mitarbeitern innerhalb der Geschäftsgruppe "Präsidialverwaltung" des Magistrates unter der Leitung des seit 1977 in verschiedenen juristischen Funktionen bei der Stadt Linz tätigen Dr. Ernst I.) sowie eine umfangreiche und kontroverielle politische Debatte im Gemeinderat voraus. Dabei wurde sämtlichen Gemeinderatsmitgliedern klar, dass mit dem Beschluss nicht nur der Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu Optimierungszwecken allgemein genehmigt, sondern auch eine weitreichende Vollmacht an die unter der Leitung von Herrn Mag. Penn stehende FVV erteilt wurde, Finanzterminkontrakte selbständig abzuschließen. Es sollte

lediglich im Anschluss an einen getätigten Abschluss eine Berichtspflicht an den Finanzausschuss vorgesehen werden.

Die sachliche Begründung für die Einräumung einer solchen weitreichenden Befugnis lag primär in der Natur eines solchen Geschäfts: "**Finanzterminkontrakte**" werden – wie es Handelsbrauch ist – innerhalb sehr kurzer Zeit und vor allem mündlich abgeschlossen. So kann ein für den Erfolg eines Geschäfts oft nur kurz vorliegendes ideales Marktumfeld ausgenützt werden. Da sich die Konditionen solcher Geschäfte bekanntlich in Sekundenschnelle ändern, wurde auch im Laufe der Diskussion im Gemeinderat begründet: "[Bgm. Dr. Dobusch:] **Es geht in erster Linie darum, dass man [...] hier Tageschäfte machen kann, was eigentlich heute üblich ist**"; "[...] **es geht darum, dass wir den aushaftenden Kreditrahmen oder Betrag hervorragend bewirtschaften können und das in kürzestmöglicher Zeit**". Auch die Risiken derartiger Geschäfte und – damit verbunden – die Notwendigkeit einer laufenden Beobachtung waren dem Gemeinderat voll und ganz bewusst: "[Finanzstadtrat Dr. Mayr:] **Dass in Fremdwährung gehen Risiken beinhaltet, ist keine Frage [...]. Derzeit ist jedenfalls die Situation eine positive.** [Zwischenruf Vizebürgermeister Dr. W. :] **Morgen kann sie eine negative sein!**" (Wortmeldungen aus der Gemeinderatssitzung vom 3.6.2004, vgl. Beilage ./11).

Ein Verbot, Finanzterminkontrakte oder beispielsweise sogenannte "Spekulationsgeschäfte" abzuschließen, bestand im Jahr 2007 nicht. Erst viel später, im Jahr 2011 fasste der Gemeinderat den Beschluss, künftig auf bestimmte Arten von Finanzgeschäften zu verzichten.

Bis zum Jahr 2011 hat die Stadt Linz gegenüber der BAWAG P.S.K. alle Pflichten aus den mit ihr auf Basis dieses Beschlusses eingegangenen Verträgen vollständig erfüllt; sie hat insbesondere bis Sommer 2010 niemals Zweifel an der Gültigkeit des Beschlusses und der darauf basierenden Geschäfte geäußert. Vielmehr hat die Stadt Linz der BAWAG P.S.K. diesen Beschluss bereits vor Abschluss des Rahmenvertrages 2006 durch den Bürgermeister und bis zum Jahr 2010 als gültige Rechtsgrundlage für den Abschluss von Derivatengeschäften ausdrücklich genannt und auch mehrmals in Kopie übermittelt.

Die Stadt Linz und insbesondere auch deren Gemeinderat war über diese Geschäfte – ua durch die laufenden Berichte im Finanzausschuss und die Prüftätigkeit des Kontrollausschusses – im Detail informiert. Auch auf Seiten der

Stadt Linz sah man bis Frühling 2011 keine Notwendigkeit, den Gemeinderat darüber hinausgehend zu informieren.

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);  
Zeuge Dr. Erich W. , pA der widerbeklagten Partei;  
Zeuge Dr. Erich W., pA der widerbeklagten Partei;  
wie bisher.

## 2.2 Rahmenvertrag 2006

Die zivilrechtliche Grundlage für die einzelnen Geschäftsabschlüsse bildet der Rahmenvertrag 2006 (Beilage ./1). Dieser wurde seitens der Stadt Linz vom Bürgermeister unterfertigt.

Der Vertragstext entspricht weitgehend dem marktüblichen Muster für die Vereinbarung von Finanztermingeschäften für Kommerzkunden, welches 1996 von einer Arbeitsgruppe österreichischer Großbanken erarbeitet worden war (vgl Beilage ./12). Der Rahmenvertrag 2006 ist damit jedenfalls marktüblich.

Die Stadt Linz stufte sich dabei und in weiterer Folge selbst als professioneller Marktteilnehmer ein und lehnte demgemäß Beratungsleistungen durch die BAWAG P.S.K. ausdrücklich ab:

*"Der Vertragspartner versichert, daß er über ausreichende Kenntnisse in den [...] Geschäften verfügt und mit den konkreten Risiken aus Einzelabschlüssen vertraut ist. Er schließt Einzelabschlüsse aufgrund seiner eigenen Entscheidung und nicht aufgrund einer Beratung der Bank ab. Der Vertragspartner wird der Bank vor Abschluß eines Geschäftes schriftlich mitteilen, wenn er im Einzelfall eine Beratung wünscht."* (vgl § 12 Abs 7 des Rahmenvertrages 2006)

Neben dem Beratungsverzicht enthielt der Rahmenvertrag 2006 in § 2 – wie es für solche Geschäfte üblich bzw Usus ist – die Ermächtigung zum formlosen Abschluss der Einzelabschlüsse. Zwar können die Vertragsparteien eine unterzeichnete Bestätigung verlangen, diese ist aber keine Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit des Einzelabschlusses.

Beweis: Rahmenvertrag 2006 (Beilage ./1);  
Österreichischer Muster Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte (Verband österreichischer Banken und Bankiers) (Beilage ./12).  
wie bisher.

## 2.3 Unterschriftenverzeichnis

Zeitgleich mit dem Rahmenvertrag 2006 wurde auch ein Unterschriftenverzeichnis (Beilage ./13) vom Bürgermeister unterfertigt. Sowohl der laufende



Ansprechpartner der BAWAG P.S.K., Finanzdirektor Mag. Penn (Leiter der FVV und der Stadtkämmerei), als auch sein Stellvertreter Dr. Christian S. wurden gegenüber der BAWAG P.S.K. als zum Abschluss von Finanztermingeschäften bevollmächtigt benannt.

Mag. Penn verhandelte auf Grundlage des Rahmenvertrages 2006 die einzelnen Geschäftsabschlüsse in seiner Eigenschaft als verantwortlicher Finanzexperte, damaliger Leiter der FVV sowie der Stadtkämmerei und damit höchster Beamter dieses Fachbereichs. Gegenüber dem zuständigen Mitglied des Stadtsenates, Stadtrat Finanzstadtrat Dr. Mayr, bestand gem § 48 Satz 2 StL 1992 eine direkte Berichtslinie im Sinne einer "**unmittelbar laufenden und rechtzeitigen Unterrichtung**". Da Finanzstadtrat Dr. Mayr gleichzeitig bereits seit vielen Jahren auch Vorsitzender des Finanzausschusses des Gemeinderates gewesen ist, war und ist davon auszugehen, dass er diesen im Rahmen der Zuständigkeiten des Gemeinderates und in Übereinstimmung mit dem Beschluss vom 3.6.2004 vollumfänglich und laufend über das gegenständliche Geschäft informiert hat.

Beweis: Unterschriftenverzeichnis (Beilage ./13);  
wie bisher.

## 2.4 Institutioneller Informationsstand

Mag. Penn war zwar der primäre Ansprechpartner und führte die Verhandlungen mit der BAWAG P.S.K., den Vorsitzenden des Finanzausschusses und den Bürgermeister hielt er jedoch schon vor Geschäftsabschluss informiert (vgl die Besprechungen vom 8.2.2007 sowie vom 9.2.2007). Den Vorgaben des Gemeinderats entsprechend berichtete Mag. Penn auch wiederholt – umfangreich – an den Finanzausschuss (vgl zB Beilage ./14 und Beilagenkonvolut ./15).

Im Jahre 2008 wurde Mag. Penn im Anschluss an den von ihm erstatteten Bericht über die Finanzterminkontrakte der Stadt Linz (mit diversen Banken) belobigt (vgl Beilage ./14).

Der Vorsitzende des Finanzausschusses, Finanzstadtrat Dr. Mayr, gab noch im Jahr 2009 zur finanziellen Belastung der Stadt Linz an, dass ihm nicht der Schuldenstand, sondern "*die Höhe der Zinszahlung*" wichtig sei (vgl Beilagenkonvolut ./6).

Beweis: Auszug Protokoll der Sitzung des Finanzausschusses vom 15.5.2008 (Beilage ./14);  
Berichte Maßnahmen des Debt-Managements (Beilagenkonvolut ./15);  
Pressemeldungen: „Heute“ vom 30.10.2009, "Die Wirtschaftskrise trifft Linz: Stadt muss Kredit aufnehmen!" und Oberösterreichische Nachrichten vom 15.12.2009, "Linzer Schulden mehr als verdoppelt" (Beilagenkonvolut ./6);  
wie bisher.

Schließlich hat das Kontrollamt (Stadtrechnungshof) der Stadt Linz – unmittelbar nach Ausflammen der Wirtschaftskrise im Herbst 2008 – die Geschäftsgebarung der Stadt Linz kritisch geprüft; in Bezug auf den SWAP II hat das Kontrollamt ausdrücklich auf die mögliche künftige Zahlungspflicht der Stadt Linz hingewiesen (vgl S 21 des Kontrollamtsberichts vom 23.9.2008, Beilage ./16). Diesen Bericht erhielt neben dem Bürgermeister ua auch der Vorsitzende des Kontrollausschusses, damit dieser ihn der Behandlung im Kontrollausschuss zuführt (vgl § 39 Abs 3 iVm § 40a Abs 1 StL 1992; § 15 Abs 1 GOGR). Somit hatte auch der für die Kontrolle der Finanzen der Stadt zuständige Ausschuss des Gemeinderates spätestens unmittelbar nach Ausbruch der globalen Finanzkrise (Stichwort: Lehman) detaillierte Kenntnis vom gegenständlichen Geschäft und dem damit verbundenen Ertrags- und (aufgrund der Finanzkrise gesteigerten) Risikopotenzial.

Beweis: Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008 (Beilage ./16);  
wie bisher.

Die maßgeblichen weiteren Vertreter und Organe der Stadt Linz waren von den einzelnen Geschäftsabschlüssen also jedenfalls informiert und haben deren Gültigkeit weder intern, noch gegenüber der BAWAG P.S.K. angezweifelt.

Erstmalig im Jahr 2010 – als die Stadt Linz öffentlich nicht mehr ohne Gesichtsverlust erklären konnte, warum sie das Risiko aus dem SWAP II nicht durch eine rechtzeitige Beendigung oder Änderung dieses Vertrages beseitigt hatte – zog sich die Stadt Linz plötzlich auf eine angeblich fehlende Autorisierung zurück.

## 2.5 Gültiges Vertragsverhältnis

Das Verhalten der Stadt Linz ist nicht nur höchst überraschend, es ist rechtlich auch nicht tragfähig. Auch und gerade für eine Stadt der Größe der Stadt Linz als professionellem Marktteilnehmer und Teilnehmer am Kapitalmarkt gilt: *pacta sunt servanda*.

Hätte die Stadt Linz das Geschäft tatsächlich nicht gewollt, so hätte sie bestimmt keine Einladung für eine Anbotslegung in Bezug auf den SWAP II an mehrere Banken übersandt. Sie hätte auch keine inhaltlich präzisen Produktangaben für gerade ein solches Geschäft vorgegeben.

Hätte die Stadt Linz – entgegen ihrer Einladung zur Anbotslegung und dem rechtswirksam erfolgten Abschluss des SWAP II – diesen dennoch nicht gewollt, so hätte sie ihn bei erster Gelegenheit zurückweisen müssen. Andernfalls wird das Vertrauen des Geschäftspartners in die Gültigkeit geschützt (vgl Pkt 5.2). Gelegenheit dazu bot sich spätestens im April und Oktober 2007, als die ersten Zahlungen der BAWAG P.S.K. aus dem SWAP II an die Stadt Linz anstanden. Statt zu vermelden, dass das Geschäft – wie *ex post* nun behauptet wird – nicht gewünscht werde, eröffnete die Stadt Linz ein CHF-Konto bei der Kommunalkredit AG (abermals mit Unterschrift des Bürgermeisters), um

die CHF-Zahlungen der BAWAG P.S.K. aus dem SWAP II möglichst bequem vereinnahmen und die Bezahlung der fälligen Zinsen aus der CHF-Anleihe rasch und direkt bewerkstelligen zu können.

So zeigt sich: Das vertragsbrüchige Verhalten der Stadt Linz ist eine nachträgliche Reaktion, mit der sie sich ihrer vertraglichen Verpflichtungen zu entledigen und aus ihrer Verantwortung zu stehlen versucht.

Hätte sie das Geschäft tatsächlich nicht gewollt, so hätte sie etwa auch dem Angebot der BAWAG P.S.K. im Juli 2007 folgen und das Geschäft schließen können, so wie sie dies auch mit dem ersten SWAP Geschäft (SWAP I) gehandhabt hat. Die vertraglichen Grundlagen wurden seitens der Stadt Linz aber nicht in Zweifel gezogen – so lange es für sie gut lief. Erst als die Stadt Linz nicht mehr damit rechnete, aus dem Geschäft erhebliche finanzielle Vorteile zu lukrieren, entschied sie sich dazu, dessen Rechtswirksamkeit mit allen erdenklichen Schutzbehauptungen zu bestreiten.

Bemerkenswert ist in dem Zusammenhang, dass die Stadt Linz die Gültigkeit des am 26.9.2006 geschlossenen SWAP I während seiner Laufzeit niemals in Frage stellte. Der SWAP I wurde im Juli 2007 auf Initiative der Stadt Linz zu einem – aus ihrer Sicht – günstigen Zeitpunkt schon vor Ende der Vertragslaufzeit im Einvernehmen mit der BAWAG P.S.K. beendet. Die Stadt Linz realisierte dabei einen Gewinn von EUR 881.000,00. Diesen hat sie vorbehaltlos vereinnahmt (vgl S 4 letzter Absatz, Beilage ./15.0).

Beweis: Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 28.8.2007 (Beilage ./15.0);  
wie bisher.

### **3. Zum SWAP II**

#### **3.1 Wirtschaftlicher Hintergrund**

Die Stadt Linz hatte 2005 zur Optimierung auslaufender Kreditlinien in Fremdwährung (diese waren bereits seit den frühen 90er Jahren in der Stadt Linz üblich) eine CHF-Anleihe mit einem Volumen von CHF 195 Mio (etwa EUR 135 Mio) begeben, wobei die Kommunalkredit AG diese abwickelte. Die Stadt Linz musste die Zinsen aus dieser Anleihe in CHF tilgen. Der Wunsch der Stadt Linz, die Zinslast dieses Geschäftes durch das Erwirtschaften von CHF-Einnahmen aus einem anderen Geschäft zu optimieren, war Grundlage der Einzelabschlüsse unter dem Rahmenvertrag 2006.

Mit dem SWAP II sollte somit – ohne Kapitaleinsatz seitens der Stadt Linz – ein Ertrag in CHF generiert werden; dieser CHF-Ertrag sollte für die Zinszahlungen aus der bestehenden CHF-Anleihe verwendet werden. Das Geschäft diente somit – im Einklang mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 – der Optimierung der Zinslast des Fremdfinanzierungsportfolios der Stadt Linz. Dies entsprach auch eindeutig dem offen kommunizierten politischen Auftrag

von Finanzstadtrat Dr. Mayr: "Es gebe eigentlich keine Grenze für die Verschuldung der Stadt, sagt Mayr: "Wichtig ist die Höhe der Zinszahlung" (vgl. Beilagenkonvolut ./6).

Derartige Geschäfte waren vollkommen marktüblich, da sich etliche österreichische Gemeinden im Rahmen ihres Finanzmanagements in den letzten zehn Jahren verschiedener derivativer Finanzprodukte bedient haben, um ihr Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren (vgl. Beilage ./17).

Beweis: Wiener Zeitung vom 19.10.2011 (Beilage ./17).

### 3.2 Geschäftsanbahnung und -abschluss

Mag. Penn, der zuvor für die Stadt Linz bereits den SWAP I abgeschlossen hatte, verhandelte im Zuge der Vergabe des SWAP II mit mehreren Bankinstituten über den verfahrensgegenständlichen Swap. Die wirtschaftlichen Eckpunkte des SWAP II – und damit auch seine Risikostruktur – gab er für die Zwecke einer Angebotslegung in den Verhandlungen vor. Die BAWAG P.S.K. bemühte sich, in diesem Vergabeverfahren der Bestbieter zu sein und ging dabei an das unterste Ende der marktüblichen Marge. Dies zeigt insbesondere das Konkurrenzangebot der Bank Austria; hier wurde das idente Produkt zeitgleich – jedoch zu einem wesentlich höheren Preis – angeboten (vgl. Beilage ./18).

Beweis: E-Mail der Bank Austria vom 12.2.2007 (Beilage ./18);  
wie bisher.

Deklariertes Zweck des SWAP II war die Optimierung des Zinsaufwandes für die CHF-Anleihe. Demgemäß entsprachen beispielsweise auch die Zinszahlungstermine des SWAP II bewusst jenen der 195 Mio CHF-Anleihe; ab Oktober 2007 flossen die Zinserlöse aus dem SWAP II auch direkt auf ein Verrechnungskonto bei der Kommunalkredit AG, der Zahlstelle der CHF-Anleihe.

Der SWAP II war – vergleichbar mit dem zuvor abgeschlossenen SWAP I – folgendermaßen strukturiert: Die Stadt Linz zahlte bezogen auf CHF 195 Mio (was als reiner Bezugsbetrag für die Berechnung der Zinsen diente und niemals als Kapitalzahlung geflossen ist) bloß einen Fixzinssatz von 0,065 %, solange der EUR-CHF-Wechselkurs nicht unter 1,54 sank. Dieser Wert wird im Fachjargon "Strike" genannt. Die BAWAG P.S.K. übernahm im Gegenzug eine Zahlungsverpflichtung von 6-Monate CHF-Libor (dh jenem Zinssatz, der im Interbankenmarkt für sechsmonatige Ausleihungen in Schweizer Franken zu bezahlen ist), was offenbar (weitgehend) den Zinspflichten der Stadt Linz aus der CHF-Anleihe entsprach. So erhielt die Stadt Linz für einen Fixzinssatz von 0,065 % von der BAWAG P.S.K. jene Zahlungen erstattet, die sie für den Zinsendienst der CHF-Anleihe benötigte. Die Stadt Linz konnte somit durch den Vertragsabschluss den Zinsendienst für CHF 195 Mio massiv minimieren und damit auch optimieren. Dieser erheblichen Optimierung des Zinsendienstes stand naturgemäß ein Risiko gegenüber; sollte der EUR-CHF Wechselkurs

den Strike von 1,54 erreichen oder unterschreiten, errechnete sich die Gegenleistung der Stadt Linz nach folgender Formel (vgl. Beilagen ./3 und ./4):

$$0,065 \% + ((1,54 - \text{EZB-Wechselkurs}) / \text{EZB-Wechselkurs}) * 100$$

Diese Formel ist simpel. Sie stellt als einzige Variable auf den EUR-CHF Wechselkurs (wie von der EZB festgestellt, daher "EZB-Wechselkurs") ab. Zweierlei geht aus ihr – bei Kenntnis von Punkt- und Strichrechnung – klar hervor: Die Parteien übernehmen ein Risiko, das sich am EZB-Wechselkurs orientiert. Und das Risiko ist bei Erreichen des Strike nach oben offen, also unbegrenzt. Es wurde auf ausdrücklichen Wunsch der Stadt Linz keine Deckelung vereinbart, denn diese hätte Kosten (in Form eines höheren Fixzinssatzes oder einer Prämie) verursacht und damit das angestrebte Ausmaß der Zinsoptimierung wie auch den politischen Auftrag zur Reduktion der Zinslast der Stadt Linz vereitelt.

Durch den SWAP II ist es der Stadt Linz im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gelungen – ohne eigenen Kapitaleinsatz – die variablen Zinsen der CHF-Anleihe auf einen fixen Zinssatz von 0,065 % zu reduzieren. Dies ist ohne Übernahme eines Risikos nicht möglich (vgl. dazu auch die Aussagen des Finanzstadtrates Dr. Mayr, Beilage ./11 und Beilagenkonvolut ./6).

### 3.3 Entwicklung des SWAP II – massive Versäumnisse der Stadt Linz

Das übernommene Risiko einer für die Stadt Linz nachteiligen Wechselkursentwicklung ließ sich freilich durch eine einvernehmliche vorzeitige Auflösung des Geschäfts stark eingrenzen.

Als ausgewiesenem Finanzexperten war Mag. Penn ebenso wie dem Finanzausschuss-Vorsitzenden Finanzstadtrat Dr. Mayr und – im Rahmen der Prüfung durch das Kontrollamt – Kontrollamtsleiter Univ.-Doz. Dr. K. sowie dem Vorsitzenden des Kontrollausschusses das Risiko bekannt. Ebenso war auch die Möglichkeit der Risiko-Begrenzung durch vorzeitige Auflösung bekannt. Von dieser Möglichkeit hatte die Stadt Linz in Bezug auf den SWAP I bereits im Juli 2007 Gebrauch gemacht. Die gleiche Möglichkeit der Auflösung bzw. einer Anpassung des SWAP II an die geänderte Marktsituation bestand auch für den SWAP II. Sie wurde seitens der BAWAG P.S.K. auch aktiv angeboten:

Spätestens ab Jänner 2008 wies die BAWAG P.S.K. – ohne dazu vertraglich verpflichtet zu sein – die Stadt Linz auf die negative Entwicklung bzw. Bewertung des SWAP II hin und bot ihrer Kundin entsprechende Absicherungen im Sinne einer Deckelung des Risikos an (vgl. Beilage ./19). Diese Angebote wurden in der Folge – auch nach Ausbruch der globalen Wirtschaftskrise 2008 – jeweils unter Hinweis auf die negative Marktbewertung mehrfach wiederholt (vgl. nur das Schreiben vom 11.11.2008, Beilage ./20, wo eindrücklich [in Fettdruck und roter Schrift] auf eine negative Bewertung von EUR -62 Mio hingewiesen und auch Finanzstadtrat Dr. Mayr cc gesetzt wurde).

Obwohl noch Mitte 2008 die Möglichkeit bestand – und seitens der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz kommuniziert wurde –, aus dem SWAP II profitabel auszusteigen (sh Punkt 4.2), hielt die Stadt Linz am SWAP II fest.

Beweis: E-Mail der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 7.1.2008 (Beilage ./19 );  
Schreiben der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 11.11.2008 (Beilage ./20);  
wie bisher.

Ebensowenig führten die Gespräche zwischen der BAWAG P.S.K. und Bürgermeister Dr. Franz Dobusch sowie Finanzstadtrat Dr. Mayr ab Sommer 2010 zu einem Umdenken seitens der Stadt Linz. Die Handhabung des SWAP II erfolgte wie die Jahre zuvor; dies gilt insbesondere für die Entscheidung, eine – zu diesem Zeitpunkt noch wesentlich kostengünstigere – Auflösung nicht vorzunehmen.

Warum sich die Stadt Linz bis Oktober 2011 mit der Entscheidung zur Auflösung des SWAP II Zeit ließ, ist der BAWAG P.S.K. nicht bekannt. Offensichtlich hoffte sie bis 2011 – entgegen der ihr kommunizierten allgemeinen Marktbewertung – auf eine Besserung des Marktumfelds. Vermutlich erhoffte sie einen für sie günstigeren EUR-CHF Wechselkurs bzw, dass der CHF nicht über seinen bisherigen Höchstkurs vom September 2001 ("9/11") steigen würde. Es war auch das Recht der Stadt Linz, am Vertrag festzuhalten. Sie muss aber auch die Konsequenzen aus ihren Entscheidungen tragen.

Der Versuch der Stadt Linz, die aufgrund ihrer eigenen Versäumnisse eingetretenen Nachteile aus dem SWAP II durch eine behauptete "Rechtsungültigkeit" der BAWAG P.S.K. anzulasten, muss folglich scheitern.

### 3.4 Gelebtes Vertragsverhältnis – Vorteilszuwendung

Bis zur vorzeitigen Auflösung des Vertragsverhältnisses seitens der Stadt Linz lebten die Streitparteien das Vertragsverhältnis über mehr als viereinhalb Jahre. In dieser Zeit vereinnahmte die Stadt Linz die Vorteile aus dem Vertragsverhältnis, also insbesondere die Zahlungen aus dem SWAP II, für sich. Dabei darf nicht vergessen werden, dass diesen Erträgen keinerlei Kapitaleinsatz der Stadt Linz gegenüber stand, wohl aber die Übernahme von Risiken aus der Wechselkursentwicklung:

Valutadatum	Betrag in CHF
16.04.2007	698.831,25
15.10.2007	2.333.960,41
15.04.2008	2.815.972,74
15.10.2008	2.828.363,36
15.04.2009	1.464.662,44
	<b>10.141.790,20</b>

Die Stadt Linz war sich des eingegangenen Risikos auch stets bewusst: So hat sie nicht nur die Vorteile für sich vereinnahmt, sondern kam auch bis vor Oktober 2011 ihren Verpflichtungen zur Zahlung an die BAWAG P.S.K. nach.

Das Geschäft wurde auch in die Bücher der Stadt Linz aufgenommen; es war damit Teil der jährlichen Rechnungsabschlüsse, welche auch die Aufsichtsbehörde kennt.

Beweis: wie bisher.

#### **4. Beendigung des SWAP II**

##### **4.1 Nichterfüllung und Kündigung**

Durch die anhaltende Verschlechterung des EUR/CHF-Wechselkurses einerseits und die nachhaltige Untätigkeit der Stadt Linz andererseits nahm der politische Druck auf die Vertreter der Stadt Linz aufgrund der selbstverschuldeten Verluste aus dem SWAP II zu. Das führte offenbar dazu, dass die Stadt Linz im Jahre 2010 erstmals und völlig überraschend die Schutzbehauptung aufstellte, dass das Geschäft nicht wirksam geschlossen worden sei.

Schließlich erklärte die Stadt Linz mit Schreiben vom 13.10.2011 – ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes – die Auflösung der Vertragsbeziehung (Beilage ./21), verweigerte die am 17.10.2011 fällige Zahlung und leistete diese auch in der Folge nicht.

Das vertragsbrüchige Verhalten der Stadt Linz ermöglichte der BAWAG P.S.K. erstmals, den Vertrag ihrerseits mit Schreiben vom 20.10.2011 aus wichtigem Grund zu kündigen (Beilage ./22). Damit konnte das durch die Wirtschaftskrise des Jahres 2008 und ihre Folgen ausgelöste Risiko endgültig eliminiert werden.

Beweis: Kündigung der Stadt Linz vom 13.10.2011 (Beilage ./21);  
Kündigung der BAWAG P.S.K. vom 20.10.2011 (Beilage ./22);  
wie bisher.

##### **4.2 Durch Versäumnisse der Stadt Linz verschuldete Kostenexplosion**

Durch das jahrelange Zögern der Stadt Linz sind die Kosten für die Stadt Linz allerdings um ein Vielfaches gestiegen. Hätte sich die Stadt Linz zB im Jahr 2008 – bereits nach Vorliegen der ersten negativen Bewertungen in Millionenhöhe – zu einem Ausstieg entschlossen, hätte die Stadt Linz sogar profitabel aus dem SWAP II aussteigen können. Selbst nach dem Aufblähen der Wirtschaftskrise im Herbst 2008 wären sowohl die Kosten einer Absicherung (vgl. das Angebot einer Deckelung des Risikos mit Schreiben vom 11.11.2008, Beilage ./20) wie auch des kompletten Ausstiegs deutlich geringer gewesen. Noch im Jahr 2010 lag die Bewertung des SWAP II weit unter der Hälfte der nun-

mehr mit der Schließung realisierten Kosten (vgl Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des SWAP" II, Beilage ./23).

Beweis: Schreiben der BAWAG P.S.K. vom 11.11.2008, (Beilage ./20);  
Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des SWAP II",  
(Beilage ./23);  
wie bisher.

Dennoch lehnte die Stadt Linz – wohl aufgrund ihrer eigenen Markteinschätzung bzw im Hinblick auf die ebenso laufend gestiegenen Kosten – eine Absicherung bzw einen Ausstieg aus dem SWAP II beharrlich ab.

#### 4.3 Höhe der Ausgleichsforderung

Nach dem Vertragsbruch und der vorzeitigen Auflösung des Vertragsverhältnisses seitens der Stadt Linz wäre die BAWAG P.S.K. gem § 8 Abs 1 des Rahmenvertrages 2006 berechtigt gewesen, bloß ein Ersatzgeschäft mit lediglich einer Gegenpartei zu schließen. Dabei wären Kosten von über EUR 500 Mio entstanden. Durch ihr ausgesprochen umsichtiges und rasches Handeln konnte die BAWAG P.S.K. die Kosten deutlich senken:

Im Zuge der Kündigung der Transaktion hat die BAWAG P.S.K. mit 24 nationalen und internationalen Banken und Niederlassungen Derivat-Geschäfte zur Schließung des währungsinduzierten Risikos vorgenommen. Alle Transaktionen wurden mit den verbleibenden elf im SWAP II definierten Fixing-Zeitpunkten synchronisiert und verursachten Kosten in Höhe von EUR 404.691.565,68.

Gleichzeitig hat die BAWAG P.S.K. die Zinskomponente des SWAP II mit ihrem Absicherungspartner glatt gestellt. Dabei wurde ein für die Stadt Linz positiv in die Forderung einfließender Ertrag von EUR 6.986.455,97 lukriert. In Summe ergeben sich damit Kosten von EUR 397.705.109,71.

Die Ausgleichsforderung der BAWAG P.S.K. gegen die Stadt Linz setzt sich aus den oben dargestellten Kosten sowie der per 17.10.2011 fälligen Rate in Höhe von EUR 20.031.908,58 zusammen; als Gesamtbetrag der Ausgleichsforderung ergibt sich somit ein Betrag von EUR 417.737.018,29 (vgl Beilage ./24).

Beweis: Kostenaufstellung vom 7.11.2011 (Beilage ./24);  
vorzulegende Urkunden:  
Zeuge Dr. Alexander Schall;  
namhaftzumachende Zeugen;  
wie bisher.



## 5. Anspruchsgrundlagen

### 5.1 Gemeinderatsbeschluss als wirksame Geschäftsgrundlage

Wie die obigen Ausführungen zeigen, hatte das Vertragsverhältnis zwischen der BAWAG P.S.K. und der Stadt Linz mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004, dem Rahmenvertrag 2006 und dem Einzelabschluss für den SWAP II eine wirksame rechtliche Basis, auf deren Grundlage die Streitparteien ihre vertragliche Beziehung auch über viele Jahre lebten.

Eine aufsichtsrechtliche Genehmigung war für den SWAP II keinesfalls erforderlich. Die Behauptung, bei einem Zinsswap handle es sich um ein im Sinne des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 genehmigungspflichtiges "Darlehen", ist schlicht absurd. Ein Swap ist ein Tauschgeschäft, bei dem die Vertragspartner Zahlungsverprechen tauschen (zB ein Vertragspartner zahlt einen fixen Satz, der andere einen variablen Satz), und kein Darlehen, wo ein Vertragspartner Kapital (oder andere fungible Sachen) gegen die Zahlung von Zinsen zur Verfügung stellt und dieses Kapital am Ende der Laufzeit zurückzuzahlen ist. Nichts davon liegt bei einem Zins- oder Währungsswap (wie dem vorliegenden) vor: Weder wird Kapital zur Verfügung gestellt, noch werden dafür Zinsen bezahlt, noch gibt es naturgemäß einen Anspruch auf Rückerstattung von Kapital. Bei Swaps werden Zahlungsströme ausgetauscht (daher der Name), nicht aber Kapital der anderen Vertragspartei überlassen. Eine über den klaren und eindeutigen Wortlaut des Gesetzes hinausgehende Interpretation verbietet sich aufgrund verfassungskonformer Auslegung im Hinblick auf das verfassungsgesetzlich garantierte Recht der Stadt Linz auf Selbstverwaltung.

### 5.2 Anschein der Genehmigung

Die Stadt Linz hat nunmehr – ebenso wie Mag. Penn im gegen ihn laufenden Ermittlungsverfahren der StA Linz – die Wirksamkeit des SWAP II in Frage gestellt. Bereits die obigen Ausführungen zeigen deutlich, dass es sich dabei um eine bloße Schutzbehauptung handelt, welche die Stadt Linz erstmalig im Jahr 2010 aufstellte, nachdem sie das Vertragsverhältnis jahrelang gelebt hatte und sich – in guten Zeiten – laufend die Vorteile zugewendet hatte.

Beweis: beizuschaffender Ermittlungsakt der StA Linz zu AZ 9 St 80/11z.

Offenbar vermeint die Stadt Linz, dem Steuerzahler/Wähler vorzumachen, sie sei tatsächlich niemals eine Zahlungsverpflichtung eingegangen, um Imageschäden bei Bekanntwerden ihrer massiven internen Versäumnisse in der Öffentlichkeit gering zu halten. Aber auch für eine Stadt gilt: Verträge sind einzuhalten.

Gerade für einen derart professionellen Marktteilnehmer wie die Stadt Linz mutet die nunmehrige Schutzbehauptung, niemand habe von dem Geschäft gewusst, Mag. Penn hätte sämtliche Berichtspflichten verletzt und alle organisationsrechtlich vorgesehenen Kontrollinstanzen hätten versagt, konstruiert

an: Entgegen aller Lebenserfahrung beruft sich die Stadt Linz nämlich nunmehr auf eine – lediglich behauptete – mehrfache und schwerwiegende Verletzung der organisationsrechtlichen Regelungen (des StL 1992 und darauf beruhender Verordnungen, die klare Berichtspflichten vorsehen) durch mehrere langjährig erfahrene, hochrangige Mitarbeiter und Organwalter der Stadt Linz.

Tatsächlich hat der Gemeinderat schon im Jahr 2004 den Abschluss von "**Finanzterminkontrakten**" zur "**Optimierung**" der Zinslast beschlossen (dies unabhängig davon, ob die damit verbundene Ermächtigung der FVV rechtswirksam ist). Dieser Beschluss wurde vom Gemeinderat nach langer, ausführlicher Diskussion, sehenden Auges gefasst.

Von "**Absicherung**" – wie es die Stadt Linz *ex post* interpretieren will – war hier keine Rede. Vielmehr ging es der Stadt Linz ausdrücklich darum, ihre Zinslast zu **optimieren**, dh zu verringern. Genau dieses Ziel verfolgte der SWAP II.

Der spätere Versuch, das ganz bewusst übernommene und in der Folge höchst nachlässig verwaltete Geschäftsrisiko – *ex post*, nach ungünstiger wirtschaftlicher Entwicklung – auf den Vertragspartner abzuwälzen, scheitert. Er scheitert selbst dann, wenn man die öffentlich-rechtliche Frage der Wirksamkeit des Gemeinderatsbeschlusses vom 3.6.2004 völlig ausblendet. Das Geschäft ist in jedem Fall wirksam, da die zuständigen Organe das Geschäft nachträglich genehmigt, jedenfalls aber mehrfach den Anschein einer Genehmigung des Geschäfts durch den Gemeinderat gesetzt haben (dieser "*Anschein muss nur objektiv erkennbar, aber dem Dritten [in concreto: der BAWAG P.S.K.] nicht bekannt sein*"; "*es kommt auf den objektiv feststellbaren Schein an und nicht darauf, welche Kenntnis der über den Beschlussinhalt der Kläger hatte*" – vgl OGH 10.7.1991, 3 Ob 551/91 = ecolex 1991, 678):

### 5.2.1 Anschein einer gültigen Genehmigung durch den Gemeinderat

Die Stadt Linz hat objektiv sowie gegenüber der BAWAG P.S.K. bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses durch ihre jeweils maßgeblichen Organe den Anschein eines wirksamen Gemeinderatsbeschlusses und Geschäftsabschlusses gesetzt. Insbesondere hat der Gemeinderat durch den Beschluss vom 3.6.2004 im Zusammenhang mit dem öffentlich zugänglichen Verhandlungsprotokoll den für einen außen stehenden Dritten klaren und eindeutigen Anschein einer ordnungsgemäßen Genehmigung erweckt. Die Berechtigung der Überzeugung des Dritten von der Vertretungsmacht des Verhandlungspartners darf nämlich "*nicht darauf hinauslaufen, dass der Verhandlungspartner sämtliche Grundsätze für die Willensbildung öffentlicher Körperschaften zu überprüfen und sein Verhalten danach einzurichten hätte*" (OGH 13.9.1990, 8 Ob 573/90 = JBI 1991, 517).

Auch im vorliegenden Fall liegt tatsächlich ein – der BAWAG P.S.K. mehrfach als Rechtsgrundlage kommunizierter – grundsätzlicher Beschluss des Ge-

meinderates vom 3.6.2004 betreffend den Abschluss von Finanzterminkontrakten zur Optimierung der Zinslast vor, womit der Gemeinderat selbst einen entsprechenden Anschein gegenüber der BAWAG P.S.K. geschaffen hat. Da die BAWAG P.S.K. auf diesen Anschein vertrauen durfte, war der Vertragsabschluss jedenfalls bereits kraft äußeren Anscheins vorhandener Abschlussbefugnis ursprünglich wirksam (vgl 3 Ob 551/91; 8 Ob 573/90). Der Abschluss des Rahmenvertrages 2006 mit dem Bürgermeister der Stadt Linz erfolgte unter ausdrücklicher Berufung auf den zugrundeliegenden Gemeinderatsbeschluss 2004.

### 5.2.2 Anschein nachträglicher Genehmigung durch den Gemeinderat

Überdies hat die Stadt Linz objektiv sowie gegenüber der BAWAG P.S.K. im Laufe der Vertragsbeziehung durch ihre jeweils maßgeblichen Organe jedenfalls den Anschein einer nachträglichen Genehmigung gesetzt. Ein derartiger Anschein ist nach der hRspr dann anzunehmen, *"wenn das beschlusslose Rechtsgeschäft den Mitgliedern des Gemeinderats nicht verborgen geblieben sein konnte und sie dennoch nicht reagierten"* (OGH 13.2.2001, 4 Ob 26/01d).

Auch im vorliegenden Fall konnte das Geschäft den Mitgliedern des Gemeinderats nicht verborgen geblieben sein. Der Stadtsenat und seine Mitglieder sind dem Gemeinderat für ihre Amtsführung verantwortlich und unterliegen dessen Kontrolle, ua in Gestalt des Finanzausschusses und des Kontrollausschusses (die jeweils fachkundig besetzt sind). Der Gemeinderat und der ihm zuzurechnende Finanzausschuss bzw Kontrollausschuss hatten aufgrund von Berichten in Übereinstimmung mit organisationsrechtlichen Vorschriften Kenntnis vom SWAP II. Sowohl im Finanzausschuss als auch im Kontrollausschuss des Gemeinderates war der SWAP II spätestens ab dem Sommer 2007 regelmäßig Gegenstand der Berichterstattung und Diskussion, ebenso wie er auch Eingang in die vom Gemeinderat zu beschließenden Jahresvoranschläge und Rechnungsabschlüsse fand. Auch im Hinblick auf die Größenordnung und die Bedeutung des SWAP II für die Finanzgebarung der Stadt Linz ist zwingend davon auszugehen, dass dieses Geschäft dem Gemeinderat *"nicht verborgen bleiben konnte"* – schon dies wäre nach der Judikatur ausreichend, da auch eine *"Vernachlässigung von Kontrollpflichten durch das zuständige Organ zur Begründung einer Duldungsvollmacht führen kann"* (vgl OGH 27.9.1989, 9 OB A 251/89 = JBI 1990, 534 mwN).

Dennoch hat über Jahre niemand reagiert, weil das Geschäft – jedenfalls so lange es gut lief – gewünscht war.

Über die Vernachlässigung von Kontrollpflichten hinaus ist den maßgeblichen Organen der Stadt Linz auch die Zuwendung des Vorteils aus dem Geschäft iSd § 1016 ABGB zuzurechnen (vgl OGH 13.2.2001, 4 Ob 26/01d, wonach eine nachträgliche Genehmigung von Zusatzaufträgen vorliege, weil sich die Beklagte den Vorteil aus der Tätigkeit des Klägers zugewendet habe).

### 5.2.3 Schlussfolgerung

Die Stadt Linz und insbesondere der Gemeinderat sowie sein Finanzausschuss und sein Kontrollausschuss als zuständige Organe haben damit in mehrfacher Weise das Geschäft nachträglich genehmigt oder – zumindest – den Anschein der bereits bei Vertragsabschluss im Februar 2007 vorliegenden bzw nachträglichen Genehmigung des Geschäftes gesetzt. Die Stadt Linz muss das Geschäft gegen sich gelten lassen.

Die höchstgerichtliche Judikatur, die dem Vertragspartner einer Kommune im Geschäftsverkehr einen – sogar auf rein objektive Umstände gegründeten (vgl OGH 10.7.1991, 3 Ob 551/91 = *ecolex* 1991, 678) – Vertrauensschutz zugesteht, steht im Einklang mit tragenden Prinzipien der Rechtsordnung. Andernfalls stünde es einer Stadt frei, ein Risiko bewusst zu übernehmen, die Geschäftsentwicklung zu beobachten und – je nach Geschäftsgang – (so lange alles gut geht) die Vorteile aus dem Geschäft einzustecken, bei möglichen Nachteilen aber den Geschäftspartner zur Kasse zu bitten. Einer solchen – durch nichts zu rechtfertigenden – Benachteiligung des Geschäftspartners schiebt die Judikatur einen Riegel vor (vgl auch die jüngste Entscheidung zu einem Fall, in dem die Stadt Linz als Galeriebetreiber die Erben einer verstorbenen Leihgeberin durch kostenlose Vereinnahmung eines – von der Stadt Linz selbst verlorenen – Schiele-Gemäldes übervorteilen wollte, OGH 18.7.2011, 6 Ob 129/10d).

### 5.3 Weitere Anspruchsgrundlagen

Überdies stützt die BAWAG P.S.K. ihren Anspruch gegen die Stadt Linz auf jeden erdenklichen Rechtsgrund, im Besonderen auch auf *culpa in contrahendo*.

Die Stadt Linz bzw die ihr zurechenbaren Vertreter haben es schuldhaft verabsäumt, die BAWAG P.S.K. über die angeblich fehlende Befugnis des Herrn Mag. Penn bzw die fehlende Vertragsgrundlage aufzuklären. Ganz im Gegenteil: Wiederholt haben die Vertreter der Stadt Linz den Gemeinderatsbeschluss 2004 als die ausreichende öffentlich-rechtliche Vertragsgrundlage für die gegenständlichen Geschäfte bezeichnet und damit die BAWAG P.S.K. (allenfalls sogar vorsätzlich) in die Irre geführt. Es war und ist der BAWAG P.S.K. als Vertragspartner nicht zuzumuten, "*sämtliche Grundsätze für die Willensbildung öffentlicher Körperschaften zu überprüfen und sein Verhalten danach einzurichten*" (OGH 13.9.1990, 8 Ob 573/90 = JBI 1991, 517).

Wäre die BAWAG P.S.K. zeitgerecht – entweder noch vor Geschäftsabschluss oder auch in der Folge – über die angeblich fehlende Befugnis des Herrn Mag. Penn bzw die fehlende Vertragsgrundlage aufgeklärt worden, wäre der geltend gemachte Schaden nicht entstanden.

Beweis: wie bisher.

## 5.4 Zum Zinsenbegehren

Es handelt sich beiderseitig um ein unternehmensbezogenes Geschäft; die Stadt Linz unterliegt als juristische Person des öffentlichen Rechts gem § 343 Abs 1 UGB dem 4. Buch des UGB. Für die Verzinsung der Ausgleichsforderung sind daher gesetzliche Verzugszinsen gem § 352 UGB in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu leisten.

Selbst für den Fall, dass das Geschäft auf Seiten der Stadt Linz kein unternehmensbezogenes Geschäft darstellen sollte, sind Verzugszinsen gem § 352 UGB in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu leisten, da juristische Personen des öffentlichen Rechts jedenfalls den Bestimmungen des 4. Buchs des UGB unterliegen, selbst wenn sie nicht unternehmerisch tätig sind. Voraussetzung ist lediglich, dass es sich um ein Geschäft des Privatrechts handelt (so ausdrücklich Kramer/Rauter in Straube zum UGB (14) §§ 343, 344 Rz 21).

## 6. Prozessuales

### 6.1 Gerichtsstand der Widerklage

Beim Handelsgericht Wien ist zu AZ 48 Cg 218/11k ein Verfahren streitanhängig, bei dem sich die Parteien der vorliegenden Widerklage in umgekehrten Rollen gegenüberstehen. Die mündliche Verhandlung (in erster Instanz) ist noch nicht abgeschlossen. Der im dortigen Verfahren als SWAP 4175 bezeichnete einzelne Vertragsabschluss ist der in der vorliegenden Widerklage als SWAP II bezeichnete Vertragsabschluss. Zwischen dem im dortigen Verfahren und dem in der Widerklage geltend gemachten Anspruch besteht ein enger tatsächlicher Zusammenhang, da beide aus dem gleichen Tatsachenkomplex abgeleitet werden. In beiden Verfahren machen die Streitparteien Ansprüche iZm bzw aus demselben Vertragsverhältnis geltend. Überdies besteht ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den gegenständlichen Verfahren, was nach stRsp genügt (*Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>7</sup> [2009] Rz 570 mwN; *Simotta* in *Fasching*<sup>2</sup> § 96 JN Rz 4).

Das angerufene Gericht ist somit gem § 96 JN auf Grundlage des Gerichtsstandes der Widerklage zuständig.

Ferner wird die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts auch auf § 51 Abs 1 Z 2 JN gestützt.

## 6.2 Entscheidung durch den Senat

Im Hinblick auf den Streitwert und die Bedeutung der Angelegenheit stellt die Klägerin gem § 7a Abs 2 JN den

### Antrag

auf Entscheidung durch einen – gem § 7 Abs 2 JN als Kausalsenat zusammengesetzten – Senat.

## 7. Urteilsbegehren

Die BAWAG P.S.K. begehrt folgendes

### Urteil:

- I. Die widerbeklagte Partei ist schuldig, der widerklagenden Partei EUR 417.737.018,29 zzgl Zinsen in Höhe von 8 % über dem Basiszinsatz seit Klageeinbringung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu zahlen.
- II. Die widerbeklagte Partei ist schuldig, der widerklagenden Partei die Kosten des Verfahrens zu Handen der Klagevertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und  
Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft

### Kostenverzeichnis:

Bemessungsgrundlage: EUR 417.737.018,29

Klage TP 3A	15.454,20
100% ES	<u>15.454,20</u>
Zwischensumme	30.908,40
20% Ust.	<u>6.181,68</u>
Zwischensumme	37.090,08
Pauschalgebühr	<u>5.015.370,00</u>
Gesamtsumme	5.052.460,08