

stellt sich die Frage, ob er gleichwohl auf die übrigen Inhalte des § 579 ABGB, etwa das Erfordernis eines eigenhändigen Zeugenzusatzes (der im Anlassfall vorhanden war), gerichtet ist. Auch das ist zu verneinen. Zutr bezieht der OGH den Pauschalverweis stattdessen nur auf § 583 ABGB (*Schwarzenegger in Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht*<sup>2</sup> [2020] Rz 5.111), der für alle notariellen Testamente die Zeugenmitwirkung (abschließend) im ABGB verankert.

Gegen dieses Verständnis könnte eingewendet werden, dass dem Gesetz ein redundanter Zirkelverweis (§ 583 ABGB – § 67 NO – § 583 ABGB) nicht unterstellt werden sollte. Doch ein Blick auf § 70 NO entkräftet diesen Einwand. Dort war vor dem ErbRÄG 2015 (zum Unterschied von § 67 NO) das Gültigkeitserfordernis der Zeugenmitwirkung textlich verankert. Diese Passage wurde durch das ErbRÄG 2015 gestrichen (sodass § 70 NO nun insofern § 67 NO ähnelt). Sie werde „entbehrlich“ (Er-

läut 100/MinE 25. GP 47; ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 49), weil stattdessen in § 70 NO ein Verweis auf § 583 ABGB vorgesehen war (100/MinE 25. GP 33; RV 688 BlgNR 25. GP 37): Ein ebensolcher Zirkelverweis (§ 583 ABGB – § 70 NO – § 583 ABGB), wie ihn nun der OGH dem § 67 NO zuschreibt. Der JA hat diesen Verweis auf § 583 ABGB (so wie jenen auf § 579 ABGB) aus § 70 NO entfernt und durch einen Verweis auf die Vorschriften zum gerichtlichen Testament (wie schon vor dem ErbRÄG 2015) ersetzt. Allerdings kann ein solcher Verweis, wie der OGH zutr festhält, „nicht als zielführend angesehen werden“; bloß eine sinngemäße Beachtung der §§ 581 f ABGB („Gleichklang“) kommt bei einem notariellen Testament in Betracht. Was als Richtigstellung gedacht war (AB 718 BlgNR 25. GP 4), erweist sich als Redaktionsversehen. Wenn aber in Wahrheit ein Zirkelverweis in § 70 NO gewollt war, liegt er auch für § 67 NO nahe.

## Totalschaden des Leasingguts und Umsatzsteuer

**§ 1323 ABGB.** Bei Totalschaden eines Leasingfahrzeugs ist – im Rahmen der objektiv-abstrakten Schadensberechnung – die Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert des unbeschädigten Fahrzeugs und dem Verkaufswert des Wracks zu ersetzen. Für den geschädigten Leasingnehmer besteht der gewöhnliche Nutzen im Regelfall im Gebrauch der Sache. Das Wertinteresse bemisst sich in einem solchen Fall danach, was er aufzubringen hat, um sich den Gebrauch dieser Sache zu verschaffen. Der Geschädigte soll objektiv-abstrakt, also rechnerisch, so gestellt werden, als wäre ihm kein Nachteil entstanden. Bei Vergütung des Schätzwerts muss der Ge-

schädigte daher in die Lage versetzt werden, sich ein Ersatzstück anzuschaffen. Hätte der geschädigte Leasingnehmer dafür die Umsatzsteuer zu entrichten, ist diese auch bei Berechnung des gemeinen Werts zu berücksichtigen.

### Schadenersatzrecht

OGH 25. 10. 2022, 2 Ob 172/22s (LGZ Graz 6 R 79/21p; BG Feldbach 2 C 1104/20x)

Bruttodifferenz

EvBl 2023/25

Bearbeitet von ANDREW ANNERL

## Swap-Geschäfte mit Gemeinden

**§ 867 ABGB.** Art 119a Abs 8 B-VG sieht ausdrücklich vor, dass einzelne von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich zu treffende Maßnahmen, durch die auch überörtliche Interessen in besonderem Maß berührt werden, insb solche von besonderer finanzieller Bedeutung, durch die zuständige Gesetzgebung an eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde gebunden werden können.

Bearbeitet von JÖRG ZIEGELBAUER

### Sachverhalt

Im Mai 2004 erstattete der spätere Finanzdirektor der Stadt Linz (KI) einen Amtsbericht, wonach die Fremdwährungsverbindlichkeiten der KI aufgrund der Aufwertung des Schweizer Franken auf umgerechnet 135,45 Mio Euro angestiegen seien und die weitere Entwicklung des Devisenkurses nicht vorhersehbar sei, das Fremdwährungsrisiko aber durch den Abschluss von Finanztermingeschäften in ausländischer Währung abgesichert werden könne. Daraufhin fasste der Gemeinderat (GdRat) der KI am 3. 6. 2004 folgenden B:

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

### Schuldrecht

OGH 18. 8. 2022, 10 Ob 18/21a (OLG Wien 2 R 10/21m; HG Wien 55 Cg 28/18f)

Aufsichtsbehörde; Maßnahmen im eigenen Wirkungsbereich; Finanz- und Vermögensverwaltung

EvBl 2023/26

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

3. Die Verrechnung erfolgt auf der VASt [...] Darlehensaufnahmen Finanzunternehmen.“

**Hier setzt sich der OGH mit den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer mit einer Gemeinde abgeschlossenen Swap-Vereinbarung auseinander.**

Auf der Grundlage dieses B begab die KI am 6. 10. 2005 eine Anleihe über 195 Mio CHF mit einer Laufzeit bis 14. 10. 2017, die mit

dem Sechs-Monats-CHF-Libor zuzüglich 0,049% verzinst war. Später wollte der Finanzdirektor das mit dieser Anleihe verbundene Zinsrisiko verringern, weshalb es zu Gesprächen und Korrespondenzen mit der bekl Bank kam. Am 26. 9. 2006 unterfertigte der Bgm der Kl einen „Rahmenvertrag“, mit dem die Bedingungen für die beabsichtigten Finanztermingeschäfte festgelegt wurden, und ein „Aktuelles Unterschriftenverzeichnis der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen“, in welchem der damalige Finanzdirektor als Bevollmächtigter angeführt war. Am 12. 2. 2007 schloss der Finanzdirektor für die Kl mit der Bekl die als „**Resettable CHF Linked Swap 4175**“ (idF: Swap) bezeichnete Vereinbarung, die den Tausch von Zinszahlungen zu halbjährlichen Fälligkeitszeitpunkten bezogen auf ein Nominale von 195 Mio CHF vorsieht. Die Bekl verpflichtete sich dabei zur Zahlung von variablen Zinsen gemäß dem Sechs-Monats-CHF-Libor, die Kl hingegen zur Zahlung von Fixzinsen von 0,065%, wenn der EUR/CHF-Wechselkurs der EZB über 1,54 liegt, ansonsten von Zinsen nach der Formel  $0,065\% + ([1,54 - \text{EZB-Wechselkurs}] / \text{EZB-Wechselkurs} \times 100) \%$ . Dies bedeutet unter der Annahme eines gleichbleibenden CHF-Libor, dass ein Wechselkurs über 1,54 (1 Euro = 1,54 CHF) eine Differenz zugunsten der Kl und damit eine entsprechende Zahlungspflicht der Bekl bewirkt, während die Differenz zugunsten der Bekl und die Zahlungspflicht der Kl umso höher wird, je tiefer der Wechselkurs unter diese Schwelle fällt. Die Vereinbarung hat eine Laufzeit bis 15. 4. 2017 und ist nur aus wichtigem Grund kündbar. Erst am 26. 9. 2011 beantragte die Kl bei der Oö LReg die aufsichtsbehördliche Genehmigung der Vereinbarung, behauptete aber gleichzeitig das Fehlen eines entsprechenden GdRatsB. Die Oö LReg wies diesen Antrag als unzulässig zurück, weil der Abschluss der Vereinbarung nicht vom B des GdRats gedeckt sei.

Die Kl begehrt die Rückzahlung der bereits an die Bekl geleisteten Zahlungen von 30.640.161,40 CHF und stellte den Zwischenantrag auf Feststellung, dass der Swap nicht wirksam zustande gekommen, hilfsweise rückwirkend aufgehoben worden sei.

Die **Bekl** wandte ein, dass die Vereinbarung vom B des GdRats gedeckt sei. Darüber hinaus habe sie auf den vom GdRat geschaffenen äußeren Anschein vertrauen dürfen. IÜ liege eine nachträgliche Genehmigung vor. Da es sich um keinen Darlehensvertrag handle, habe auch keine Verpflichtung bestanden, eine aufsichtsbehördliche Genehmigung einzuholen.

Das ErstG stellte mit ZwischenU fest, dass der Swap nicht wirksam zustande gekommen sei.

Das BerG bestätigte diese Entscheidung.

Der OGH gab der Rev der Bekl nicht Folge.

## Aus den Entscheidungsgründen

### [ Gültigkeit eines von einer Gemeinde abgeschlossenen Vertrags ]

Bei der Frage der Gültigkeit eines von einer Gemeinde (Gd) abgeschlossenen Vertrags kommt es nach § 867 ABGB entscheidend auf die Bestimmungen der GdO an. Die in Organisationsvorschriften von jur Personen des öff Rechts enthaltenen Handlungsbeschränkungen der zur Vertretung berufenen Organe sind auch im Außenverhältnis wirksam und sollen die Interessen der jur Person schützen. Nach § 49 Abs 1 des Statuts für die Landeshauptstadt Linz (StL [1992]) vertritt der Bgm die Stadt nach außen. Nach § 46 Abs 1 Z 8 StL ist dem GdRat aber der Erwerb und die Veräußerung beweglicher und unbeweglicher Sachen sowie diesen gleichhaltener Rechte vorbehalten, wenn der Kaufpreis

oder Tauschwert € 100.000,- übersteigt. Die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, dass das Fehlen eines **hinreichenden GdRatsB** zur Unwirksamkeit des Swaps führen würde. Ist eine Beschlussfassung durch den GdRat erforderlich, dann ist das ohne eine solche Beschlussfassung vom Bgm abgeschlossene Rechtsgeschäft nach stRsp für die Gd nicht verbindlich. Damit sind jene Bestimmungen der GdO, die bestimmte Rechtsgeschäfte dem GdRat vorbehalten, keine bloß internen Organisationsvorschriften, sondern eine Beschränkung der allg Vertretungsbefugnis des Bgm.

### [ Beschränkte Vertretungsmacht des Bgm ]

Eine derartige Beschränkung der Vertretungsmacht des Bgm ist naturgemäß mit einer erheblichen **Belastung des Geschäftsverkehrs** verbunden, zumal der Vertragspartner der Gd idR keinen Einblick in gemeindeinterne Beschlussfassungen hat. Die hL geht deshalb entgegen der stRsp davon aus, dass die Zuständigkeiten des GdRats keine außenwirksamen Beschränkungen der Vertretungsmacht des Bgm bedeuten, sondern dass es sich um bloß interne Pflichtbindungen handelt, welche die Wirksamkeit eines vom Bgm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts grds unberührt lassen (*Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde [1981] 75 ff; *Wilhelm*, Die Vertretung der Gebietskörperschaften im Privatrecht [1981] 118 ff; *Thunhart*, Eigenmächtige Vertragsabschlüsse des Bürgermeisters und die Notwendigkeit von Vertrauensschutz im Gemeinderecht, JBl 2001, 69 [75 ff]; [...]; anders jedoch *Burtscher/Spitzer*, Vertretungskonzepte juristischer Personen zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz, SPRW 2014, 201 [214]). Die Rsp mildert die mit einer beschränkten Vertretungsmacht des Bgm verbundene Belastung des Geschäftsverkehrs ab, indem sie dem Vertragspartner der Gd eine Ber auf den Schutz des **Vertrauens auf den äußeren Tatbestand** erlaubt, wenn der GdRat den Anschein erweckt hat, die Vertretungshandlung sei durch seine Beschlussfassung gedeckt. Der OGH nimmt in solchen Fällen eine **Duldungs- oder Anscheinsvollmacht** an, welche die ausnahmsweise Wirksamkeit des eigenmächtigen Vertragsabschlusses rechtfertigt. Mitunter geht die Rsp auch von einer **schlüssigen Genehmigung** des vollmachtlosen Handelns des Bgm durch den GdRat aus. Der Schutz des Vertrauens auf die Wirksamkeit des vom Bgm oder einem anderen Gemeindeorgan eigenmächtig abgeschlossenen Rechtsgeschäfts setzt allerdings voraus, dass der GdRat jenes Verhalten gesetzt hat, aus dem der Vertragspartner auf eine Zustimmung des GdRats schließen konnte. IÜ kann ein vom Bgm oder einem anderen Gemeindeorgan eigenmächtig abgeschlossenes Rechtsgeschäft nach der auch für Gd geltenden Regel des § 1016 ABGB auch **nachträglich genehmigt** und geheilt werden, indem sich die Gd den aus dem Geschäft entstandenen Vorteil zuwendet. Voraussetzung einer derartigen Genehmigung ist aber, dass dem GdRat bekannt war, dass das Rechtsgeschäft im Namen der Gd abgeschlossen wurde und der Vorteil, den sich die Gd angeeignet hat, aus diesem Geschäft stammt.

### [ Zum Wesen von Swaps ]

Ob die Missachtung der Zuständigkeit des GdRats zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führt und sich die Bekl auf den Schutz des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand oder eine nachträgliche Genehmigung des Swaps berufen kann, muss hier nicht beantwortet werden, weil ein B des GdRats der Kl vorliegt. **Zins-Swaps** sind Vereinbarungen zweier Vertragsparteien über den Austausch zukünftiger Zinszahlungen in einer bestimmten Währung während eines festgelegten Zeitraums. Zins-Swaps zäh-

len damit zu den **Finanztermingeschäften**. Zins-Swaps sind ein auf den Finanzmärkten seit den 1980er-Jahren weit verbreitetes Instrument, das es den Vertragsparteien ermöglicht, bestehende Zinsrisiken zu steuern und an die individuellen Zinserwartungen anzupassen. Zins-Swaps werden dementsprechend zur Spekulation, aber auch zur Absicherung gegen Zinsänderungsrisiken genutzt. Da ein Zins-Swap es bei einem erwarteten Zinsanstieg ermöglicht, eine variabel verzinsliche in eine festverzinsliche Verbindlichkeit umzuwandeln und dadurch die Höhe der künftigen Zinsbelastung zu begrenzen, handelt es sich auch um ein Instrument zur „Optimierung“ von Finanzierungsstrukturen. Häufig wird eine Festzinsverpflichtung gegen eine variable Zinsverpflichtung getauscht (Plain Vanilla Swap); es sind aber auch andere, komplexere Ausgestaltungen des Zins-Swaps gebräuchlich. IdP kommen auch **Kombinationen aus Währungs- und Zins-Swaps** in unterschiedlichen Ausgestaltungen vor.

#### [ Zur Auslegung des GdRatsB im konkreten Fall ]

Der GdRatsB ist **objektiv** nach dem Aussagewert des Textes, dem Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung und im Zusammenhalt mit dem zugrunde gelegenen Geschäftszweck **auszulegen**. Durch die Ermächtigung zur „Optimierung“ des Fremdfinanzierungsportfolios ist daher auch der Abschluss von Finanzgeschäften gedeckt, die bloß auf eine Verminderung der Zinsbelastung der Kl abzielen. Ob ein Rechtsgeschäft der Gd von einem bereits gefassten B des GdRats gedeckt ist, muss immer nach dem **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** beurteilt werden. Dem ErstG ist dahin zuzustimmen, dass der B des GdRats kein konkretes Rechtsgeschäft betrifft, sondern eine **allg Ermächtigung** zum Abschluss marktüblicher Finanzgeschäfte zur Optimierung der Fremdwährungsverbindlichkeiten enthält. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass der Abschluss des Swaps nicht vom B des GdRats gedeckt wäre. Der GdRat hat mit B die Ermächtigung zum Abschluss marktüblicher Finanzgeschäfte zur Optimierung der bestehenden Verbindlichkeiten erteilt und die Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung solcher Verträge damit der FVV überlassen. Da Zins-Swaps unter Einbeziehung von Wechselkursindikatoren marktübliche Finanzgeschäfte zur Optimierung von Fremdwährungsverbindlichkeiten waren, hat die FVV die ihr vom GdRat eingeräumten Befugnisse nicht überschritten, weshalb sich die Kl nicht auf das Fehlen eines das konkrete Geschäft betreffenden GdRatsB berufen kann.

#### [ Zur fehlenden aufsichtsbehördlichen Genehmigung des Swaps ]

Nach § 78 Abs 1 Z 2 StL bedarf der „Abschluss von Darlehensverträgen“ der Genehmigung der LReg, wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde. Im Jahr 2007 entsprach dies einer Wertgrenze von € 31.391.415,-. Nach § 983 ABGB zeichnet sich der **Darlehensvertrag** dadurch aus, dass der Darlehensgeber vertretbare Sachen übergibt und sich der Darlehensnehmer dazu verpflichtet, dem Darlehensgeber spätestens nach Vertragsende ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzustellen. Der VwGH hat deshalb in einer Disziplinarsache bereits darauf hingewiesen, dass der Swap nicht als Darlehensvertrag iSd § 983 ABGB anzusehen ist (VwGH Ro 2015/09/0014; Ra 2017/09/0001). Der VwGH hat in diesen Erk aber ausdrücklich offengelassen, ob der Begriff des „Darlehens“ iSd § 78 Abs 1 Z 2 StL angesichts des Regelungszwecks, nämlich die Verschuldung der Gd zu überwachen, über die Definition

des § 983 ABGB hinaus auch andere, einer Kreditaufnahme gleichzuhaltende Geschäfte erfasst. Da nach der getroffenen Vereinbarung keine Darlehensvaluta ausgezahlt, sondern nur die Differenz zwischen dem variablen Sechs-Monats-CHF-Libor und einem vom jeweiligen Devisenkurs der EZB abhängigen Zinssatz gezahlt werden sollte, liegt ein sogenanntes **Differenzgeschäft** vor. Solche Verträge werden zivilrechtlich als Wette qualifiziert und zählen zu den **Glücksverträgen**. Es stellt sich die Frage, ob die für Darlehensverträge geltenden Genehmigungsvorbehalte nach § 78 Abs 1 Z 2 StL auf solche Vereinbarungen zumindest **analog** anzuwenden sind. Die Bkl verweist darauf, dass der VwGH eine „ausdehnende Auslegung“ der gemeinderechtlichen Genehmigungsvorbehalte mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlich garantierte Gemeindeautonomie abgelehnt hat. Art 119a Abs 8 B-VG sieht aber ausdrücklich vor, dass einzelne von der Gd im eigenen Wirkungsbereich zu treffende Maßnahmen, durch die auch überörtliche Interessen in bes Maß berührt werden, insb solche von bes finanzieller Bedeutung, durch die zuständige Gesetzgebung an eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde gebunden werden können. **Voraussetzung der Analogie** ist freilich, dass sie nicht einer vom G gewollten Beschränkung widerspricht. Dabei vertritt der VwGH die Auffassung, dass das Fehlen einer bestimmten Regelung im Bereich des öff Rechts im Zweifel als beabsichtigt anzusehen sei. Gerade die Einführung der Genehmigungspflicht für „sonstige Finanzgeschäfte“ mit der Oö Gemeinderechts-Nov 2012 zeigt aber, dass eine Beschränkung des aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalts auf Darlehensverträge iSd § 983 ABGB nicht beabsichtigt war. IÜ geht der Landesgesetzgeber selbst von der Zulässigkeit eines Analogieschlusses aus, indem er die Neuregelung, die insb den Abschluss von Swap-Geschäften betrifft, als „Klarstellung der bisher bereits bestehenden aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflichten“ bezeichnet.

In der öLit wurde die Frage, ob Zins-Swap-Vereinbarungen den Vorschriften für Darlehensverträge unterliegen und deshalb einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen, bislang offengelassen. Aus wirtschaftlicher Sicht zählen Differenzgeschäfte zu den Derivaten, weil ihr Preis von anderen Marktwerten – im vorliegenden Fall vom Referenzzinssatz und dem Devisenkurs – abhängt. Derivate machen es möglich, Preisänderungsrisiken bei Zinsen, Devisen, Aktien oder Waren vom zugrundeliegenden Wirtschaftsgut abzuspalten und getrennt zu handeln. Zins-Swaps wurden dementsprechend zur Optimierung der Zinsbelastung aus bestehenden Kreditverbindlichkeiten eingesetzt. Auch im vorliegenden Fall sollte der Swap die Zinsbelastung der Kl aus den bestehenden Fremdwährungsverbindlichkeiten verändern, ohne dass ein neuer Darlehensvertrag abgeschlossen werden musste, wie dies sonst im Fall einer Umschuldung erforderlich gewesen wäre. Die aufsichtsbehördliche Genehmigung von Darlehen soll verhindern, dass durch die Verzinsung und Tilgung der eingegangenen Verbindlichkeit die dauernde Leistungsfähigkeit der Gd überschritten wird. Eine **analoge Anwendung** der für Darlehensverträge geltenden Genehmigungsvorbehalte auf Zins-Swap-Vereinbarungen ist schon deshalb **geboten**, weil solche Vereinbarungen geeignet sind, die mit einem genehmigungspflichtigen Darlehen übernommene Zinsbelastung nachträglich in einer für die Gd nachteiligen Weise zu verändern, und deshalb – schon um den Zweck der aufsichtsbehördlichen Genehmigung nicht zu unterlaufen – auch selbst einem Genehmigungsvorbehalt unterliegen müssen. Da § 78 Abs 1 Z 2 StL für den Abschluss von Darlehensverträgen eine aufsichtsbehördliche Genehmigung verlangt, wenn durch die übernommenen Verbindlichkeiten der

jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15% der Einnahmen übersteigen würde, gilt dies auch für den Abschluss von Zinsderivaten, die diese Schuldengrenze überschreiten. Die Genehmigungsbedürftigkeit eines Geschäfts kann nicht davon abhängen, ob die Überschreitung der Wertgrenze bereits feststeht oder aber nur mehr oder weniger wahrscheinlich ist, weil sonst der Zweck der Vorschrift, nämlich eine Überbelastung des Gemeindehaushalts zu vermeiden, nicht mehr gewährleistet wäre. Eine Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts besteht deshalb schon dann, wenn eine Überschreitung der Wertgrenzen **möglich** ist. Dies gilt umso mehr, wenn – wie im vorliegenden Fall – trotz der Unvorhersehbarkeit der künftigen Entwicklung von Leitzinsen und Devisenkursen langjährige vertragliche Verpflichtungen eingegangen werden, von denen sich die Gd ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes auch nicht vorzeitig lösen kann.

Nach § 78 Abs 3 StL werden genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte Dritten gegenüber erst mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung rechtswirksam. Die Bkl kann sich hier auch nicht auf den Schutz ihres Vertrauens auf die Ermächtigung des Finanzdirektors berufen, weil es sich um eine Beschränkung der Verpflichtungsfähigkeit der Gd handelt, die sich schon aus dem G ergibt. Die Funktion des aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalts als Mittel der präventiven Kontrolle von Rechtshandlungen öff-rechtlicher Körperschaften kann nur gewährleistet werden, wenn eigenmächtige Vertragsabschlüsse unwirksam sind. Wer mit einer Gd einen Vertrag abschließt, muss die geltenden öff-rechtlichen Beschränkungen beachten und auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie nicht gekannt haben sollte. Ob damals bei den Gd und Aufsichtsbehörden die Meinung vorherrschte, dass solche Geschäfte nicht genehmigungspflichtig wären, ist deshalb nicht entscheidungswesentlich.

[Hinweis des Bearbeiters: Ergebnis dieser hier aus Platzgründen gekürzt wiedergegebenen Entscheidung ist, dass der Abschluss des konkreten Swaps durch den Finanzdirektor der Kl nicht wirksam zustandekam, weil entgegen § 78 Abs 1 Z 2 StL **keine aufsichtsbehördliche Genehmigung** der Oö LReg eingeholt wurde. Seit 1. 4. 2012 sind gem § 58 StL neben dem Abschluss von Darlehensverträgen auch „sonstige Finanzgeschäfte“ bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen einem aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalt unterstellt, wodurch nunmehr auch derivative Finanzinstrumente wie Optionen, Futures oder Swaps einer Genehmigung bedürfen (AB 507 Blg oöLT 27. GP 2).]

#### Anmerkung



Univ.-Prof. Dr. STEFAN PERNER ist Vorstand des Instituts für Zivil- und Zivilverfahrensrecht an der WU Wien.

Der OGH entschied den – auch medial ausgetragenen – Rechtsstreit über die Wirksamkeit eines zwischen der Stadt Linz und der BAWAG abgeschlossenen Swap-Vertrags. Die Vereinbarung hatte sich für die Stadt bekanntlich sehr ungünstig entwickelt. Linz berief sich in der Folge auf die Unwirksamkeit des Vertrags. Der Vertretungsmangel ergab sich ihr zufolge aus der „Verfassung [...] und den politischen Gesetzen“ der Stadt Linz (§ 867 ABGB). Mit dieser Argumentation entfachte sie zugleich auch wieder einen alten Streit um die Vertretung von Körperschaften öffentlichen Rechts (umfassend jüngst *A. Vonkilch/Walch* in *Klang*<sup>3</sup> § 867 Rz 1–53).

Obwohl der OGH in der Sache entscheidet, trifft er keine abschließende Aussage zu § 867 ABGB. Er bewegt sich vielmehr insofern in (von allen) anerkannten Bahnen, als er den Vertrag mangels notwendiger aufsichtsbehördlicher Genehmigung für unwirksam hält. § 78 Abs 3 des Statuts für die Landeshauptstadt Linz sieht diese Rechtsfolge ja ausdrücklich vor (Rz 50). Nach dem zum Vertragsabschlusszeitpunkt anwendbaren § 78 Abs 1 Z 2 waren zwar nur „Darlehensverträge“ zu genehmigen, nicht Swap-Geschäfte, die der OGH nicht als Darlehen einordnet (Rz 44ff). Allerdings gelangt das Höchstgericht über eine am Gesetzeszweck orientierte Analogie zur Genehmigungspflicht (Rz 47).

Dem Geschäftspartner, der die aufsichtsbehördlichen Genehmigungserfordernisse auf Punkt und Beistrich liest und sich vermeintlich an das Gesetz hält, wird also später eine Rechtsfortbildung entgegengehalten, für die es eine ausführlich begründete höchstgerichtliche Entscheidung braucht. Das ist bemerkenswert (s hingegen *Graf*, ZFR 2022/259 unter 2.). Übersieht das Land einen regelungsbedürftigen Fall der Genehmigungspflicht, sollte dieser Fehler wie auch sonst im Geschäftsverkehr – um den es ja geht – zu Lasten desjenigen gehen, der ihn gemacht hat. Das ist das Land (keine Mitwirkungsmöglichkeit) und indirekt auch die Stadt, bei der es ohnehin keinen Grund gibt, sie vom Fehlen der Genehmigung eines Vertrags profitieren zu lassen, den sie selbst wollte.

Damit ist man bei einem erfreulicheren Teil der Entscheidung, der in seiner Bedeutung über den speziellen Einzelfall hinausreicht: Dem OGH (Rz 23ff) reicht die Willensbildung in der Stadt aus, weil der Rahmenbeschluss des Gemeinderats, „das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren“, den Abschluss des Swaps gedeckt habe (aA *Graf*, ZFR 2022/259 unter 9.: keine Eignung zur Optimierung). Daher kam der entscheidende Senat – anders als die Vorinstanzen, die bereits hier ausgestiegen waren – ja erst zur Frage, ob eine aufsichtsbehördliche Genehmigung notwendig war. Die Auffassung des OGH ist in diesem Punkt sachgerecht: Das Beurteilungsrisiko, ob ein Vertrag marktüblich oder optimierungsgerecht war, sollte in Zweifelsfällen bei demjenigen sein, der es durch seine Formulierung erst geschaffen hat.

Durch seine Ansicht zur Reichweite des Gemeinderatsbeschlusses „erspart“ sich das Höchstgericht die Klärung der oben angesprochenen Streitfrage, die sich bei allen einschlägigen Landesgesetzen stellt (vgl dazu die Nachw in Rz 17): Kommt es überhaupt auf den – nach dem Stadtstatut erforderlichen – Gemeinderatsbeschluss an oder hat der Bürgermeister Formalvollmacht, womit er auch den Finanzdirektor wirksam bevollmächtigen und dieser den Vertrag abschließen konnte (vgl Rz 2)?

Die Lösung liegt für den unbefangenen Betrachter darin, dass der Bürgermeister Stadt oder Gemeinde nach den Landesgesetzen vertritt. Das erinnert an das Gesellschaftsrecht: Das zur Geschäftsführung berufene Organ vertritt die Körperschaft. Beschränkungen gibt es zwar (vgl für die AG zB § 95 Abs 5 AktG), sie wirken aber nur intern. Dieses sachgerechte Konzept der Formalvollmacht führt dazu, dass Fehler der Willensbildung der juristischen Person weitgehend ihr Risiko bleiben und nicht auf den Geschäftspartner überwält werden können.

Während also die fehlende Zustimmung des Aufsichtsrats die Vertretung durch den Vorstand nicht hindert, ist das Rechtsgeschäft des Bürgermeisters nach der Rsp (vgl die RS in Rz 16) mangels Zustimmung von Gemeinderat (-vorstand, -aufsicht)

unwirksam. Dafür wird auf § 867 ABGB recurriert. Der Verweis auf die Verfassung und die politischen Gesetze hat jedoch keinen normativen Inhalt (s A. Vonkilch/Walch in *Klang*<sup>3</sup> § 867 Rz 12f) und trägt die Begründung daher nicht: Wer über die Vertretung einer Gesellschaft Bescheid wissen will, muss im Gesetz (AktG, GmbHG etc) nachsehen. Gleiches gilt für die Vertretung der Ge-

meinde (Stadt), nur muss man eben in die Gemeindeordnung oder ins Stadtstatut blicken. Nicht der Verweis zählt also, sondern was in der verwiesenen Norm steht: Das Leitungsorgan vertritt die juristische Person. Ob die handelnden Akteure Bürgermeister und Stadt sind oder Geschäftsführungsorgan und Gesellschaft, ist nicht entscheidend.

## Zurücknahme der Schiedsklage und Zulässigkeit des Rechtswegs

**Art 34 Wr Regeln 2018; § 608 ZPO. Art 34 Wr Regeln 2018** sieht für die Beendigung des Schiedsverfahrens infolge Rücknahme der Schiedsklage entweder einen förmlichen Beschluss des Schiedsgerichts oder eine ausdrückliche Erklärung des Generalsekretärs über die Beendigung des Schiedsverfahrens vor.

Bearbeitet von JÖRG ZIEGELBAUER

### Sachverhalt

Die Kl brachte eine **Schiedsklage** beim International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber („VIAC“) gegen die L GmbH ein. Im Mai 2021 beantragte sie auch die Einbeziehung der Bekl durch Schiedsklage in das von ihr angestrebte Schiedsverfahren. Die Schiedsklage samt verfahrenseinleitender Mitteilung mit der Aufforderung, an der Bestellung der Schiedsrichter mitzuwirken, wurde der Bekl zugestellt. Mit Schreiben v 29. 7. 2021 zog die Kl ihren Antrag auf Einbeziehung der Bekl zurück.

**Hier setzt sich der OGH mit der Frage auseinander, wann ein Schiedsverfahren im Fall der Zurücknahme der Schiedsklage beendet ist.**

Der **Kl** begehrt mit der am 30. 7. 2021 beim ErstG eingebrachten Klage von der Bekl die Zahlung von € 2.595.085,38.

Die **Bekl** erhob den Einwand der Schiedsanhängigkeit und beantragte primär die Zurückweisung der Klage.

Das ErstG wies die Klage wegen Schiedsanhängigkeit zurück.

Das RekG bestätigte diesen B.

Der OGH gab dem RevRek der Kl nicht Folge.

### Aus der Begründung

[ Die Wiener Regeln 2018 ]

Vorzustellen ist, dass die ZPO die Verfahrensgestaltung des schiedsgerichtlichen Verfahrens weitgehend der **Privatautonomie** überlässt (7 Ob 67/01 f). Auf die vom VIAC administrierten Schiedsverfahren sind unstrittig die **Wiener Regeln (WR)** – hier 2018 – anzuwenden. Diese lauten auszugsweise:

„**Einleitung des Schiedsverfahrens**

**Schiedsklage**

**Art 7**

[1] Das Schiedsverfahren wird durch Einbringung einer Schiedsklage eingeleitet. Das Verfahren beginnt an dem Tag, an dem die Schiedsklage beim Sekretariat des VIAC oder bei einer der Wirtschaftskammern des Landes [Landeskammern] in Papierform oder elektronischer Form einlangt [Art 12 Abs 1]; damit ist das Verfahren anhängig. [...]

### Zivilverfahrensrecht

OGH 29. 6. 2022, 7 Ob 79/22a (OLG Linz 3 R 40/22f; LG Linz 4 Cg 98/21 f)

Schiedsverfahren; Rücknahme der Schiedsklage; Schiedsanhängigkeit; Streitabhängigkeit

**EvBl 2023/27**

### Einbeziehung Dritter und Verfahrensverbindung

#### Einbeziehung Dritter

**Art 14**

[1] Über die Einbeziehung einer Drittperson in ein Schiedsverfahren sowie über die Art ihrer Teilnahme entscheidet über Antrag einer Partei oder einer Drittperson das SchiedsG nach Anhörung aller Parteien und der einzubeziehenden Drittperson sowie unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände.

[2] [...]

[3] Wird die Einbeziehung einer Drittperson mit Schiedsklage beantragt,

3.1 ist dieser Antrag beim Sekretariat einzureichen. Die Bestimmungen der Art 7ff sind sinngem anzuwenden. [...]

#### Arten der Verfahrensbeendigung

**Art 34**

Das Schiedsverfahren wird beendet.

[1] Mit der Erlassung des Schiedsspruchs (Art 36 und 37 Abs 1); oder

[2] mit B des SchiedsG, wenn

2.1 der Kl seine Schiedsklage zurücknimmt, [...];

[...]; oder

[3] durch Erklärung des Generalsekretärs (GenS),

3.1 [...];

3.2 in den Fällen des Abs 2 Z 2.1–Z 2.3, wenn der Fall noch nicht an das SchiedsG übergeben wurde.“

### [ Streitabhängigkeit ]

Nach § 233 Abs 1 ZPO hat die **Streitabhängigkeit** die Wirkung, dass während ihrer Dauer über den geltend gemachten Anspruch weder bei demselben noch bei einem anderen G ein Rechtsstreit durchgeführt werden darf. Eine während der Streitabhängigkeit wegen des nämlichen Anspruchs eingebrachte Klage ist auf Antrag oder von Amts wegen zurückzuweisen. Derselbe („nämliche“) Anspruch liegt nach stRsp vor, wenn nicht nur die Parteien ident sind, sondern der in der neuen Klage geltend gemachte prozessuale Anspruch sowohl im Begehren als auch im rechts-erzeugenden Sachverhalt mit jenem des Vorprozesses übereinstimmt (RS0039347). Nach ö Zivilprozessrecht ist das Hindernis der Streitabhängigkeit in jeder Lage des Verfahrens **von Amts wegen** wahrzunehmen. Es führt zur Zurückweisung der späteren Klage. Ein Verstoß gegen das Prozesshindernis verwirklicht einen Nichtigkeitsgrund (RS0039233).