

BKR

Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht

Herausgeber:

Paul H. Assies

Dr. Heiko Beck

Dr. Helmut Bruchner

Prof. Dr. Petra Buck-Heeb

Dr. Jürgen Ellenberger

Dr. Markus Escher

Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann

Prof. Dr. Mathias Habersack

Dr. Uwe Jahn

Ralf Josten

Prof. Dr. Jens Koch

Prof. Dr. Hans-Michael Krepold

Dr. Volker Lang

Prof. Dr. Katja Langenbacher

Klaus M. Löber

Dr. Rainer Metz

Dr. h. c. Gerd Nobbe

Prof. Dr. Andreas Pfingsten

Dr. Patrick Rösler

Prof. Dr. Frank A. Schäfer

Hartmut Strube

Dr. Hanno Teuber

Dr. Jürgen Vortmann

Dr. Wolfgang Weitnauer

Dr. Stefan Werner

Dr. Hans-Peter Löw/Anja Glück

**Sound Remuneration Policies – Die neuen
EBA-Guidelines und ihre Konsequenzen für
die Vergütungssysteme bei Banken****265**

Felix Gehler

**Die Neuregelung des Delistings – Angemessener
Aktionärsschutz oder „Dolchstoß“?****273**

Dr. Nicholas Lütgerath

**Die Auswirkungen der Bail-in-Instrumente
des SAG auf das Aktienrecht sowie auf bank-
und wertpapieraufsichtsrechtliche Kontroll-
verfahren****279**

Oliver Seggewiß/Dr. Angela Weber

**Begrenzt § 218 BGB das „ewige Widerrufsrecht“
des Darlehensnehmers?****286**

BGH, Urt. v. 22.3.2016 – XI ZR 425/14

**Konnexität beim Swap-Vertrag mit Anmerkung
von RA Dr. Stephan Bausch, D.U., Köln****291**

BGH, Urt. v. 26.4.2016 – XI ZR 108/15

Zu den Grenzen der Wissenszurechnung**299**

LG Hildesheim, Urt. v. 19.1.2016 – 6 O 87/15

**Immobilienfonds als Baustein zur Altersvor-
sorge; Risikoauflärung bei Swap-Geschäften****303****bkr.beck.de****BKR**
Bank- und
Kapitalmarktrecht**7/2016**

16. Jahrgang

Seite 265 bis 308, 22. Juli 2016



[27] Bei den streitigen Verpflichtungen der Beklagten handelt es sich um Geldschulden. Umstände, nach denen sich auf eine bestimmte örtliche Präferenz schließen lassen würde, sind vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich, so dass es in Einklang mit der Regelung des § 270 Abs. 4 BGB dabei zu bleiben hat, dass die Geldschuld am Sitz der beklagten Darlehensgeberin als Schuldnerin zu erfüllen ist.

[28] cc) Die Rechtsauffassung der Kammer steht nicht nur in Einklang mit der Rechtsprechung des LG Braunschweig (Beschl. v. 2.11.2015 – 6 O 1184/15, n.v.), des LG Hannover (Beschl. v. 19.10.2015 – 3 O 287/15, n.v.), des LG Darmstadt (Beschl. v. 15.10.2015 – 4 O 138/15, n.v.) und des LG Koblenz (Beschl. v. 25.9.2015 – 3 O 345/15, n.v.), sondern entspricht auch einer in diesem Zusammenhang bislang nicht beachteten Entscheidung des BGH (NJW 2002, 2029): Mit Urteil vom 9.4.2002 hatte der BGH über einen Rechtsstreit zu befinden, in welchem die Darlehensnehmer als Kläger nach einem durch sie erklärten Widerruf von ihrer kreditgewährenden Bank die Rückerstattung erbrachter Zinsleistungen und entstandener Aufwendungen sowie die Feststellung begehrt, dass dieser aus dem Darlehensvertrag keine Ansprüche mehr zustünden. Der Sache nach ging es primär um die Frage, ob die Gerichtsstandsregelung des § 7 Abs. 1 HWiG a. F. Anwendung finden könne, obwohl der streitgegenständliche Realkreditvertrag i. S. d. § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a. F. zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts i. S. d. § 1 Abs. 1 HWiG a. F. erfülle. Anlässlich der dahingehenden Entscheidung, dass dies gerade nicht der Fall sei, stellte der BGH fest – und das ist hier entscheidend –, die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Instanzgerichts ergebe sich auch nicht aus anderen Vorschriften, also auch nicht aus § 29 ZPO.

[29] b) Des Weiteren ergibt sich eine örtliche Zuständigkeit des LG Freiburg für den Antrag Ziff. 1 nicht aus § 29 c ZPO. Nach dieser Vorschrift ist für Klagen aus Haustürgeschäften das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Verbraucher zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz hat.

[30] Voraussetzung hierfür wäre eine Klage aus einem Haustürgeschäft (§ 312 BGB a. F.). Ein solches liegt jedoch bereits mangels persönlichen Kontakts zwischen den Vertragsparteien nicht vor. Die Kommunikation über Fernkommunikationsmittel – wie im Streitfall – genügt hierfür nicht (vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 312 b RdNr. 4).

[31] c) Ein Gerichtsstand lässt sich auch nicht aus § 21 ZPO begründen. Dies würde voraussetzen, dass die Beklagte eine Niederlassung im hiesigen Gerichtssprengel unterhalte, von der aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden und dass die Klage zu dem Geschäftsbetrieb der Niederlassung einen Bezug hat. Beides ist nicht vorgetragen.

[32] 2. Auch für den Zahlungsantrag Ziff. 2 ist das LG Freiburg örtlich nicht zuständig. Insbesondere ist ein Gerichtsstand nach § 29 ZPO nicht begründbar: Der maßgebliche Erfüllungsort der Geldschuld liegt nach §§ 269, 270 ZPO am Sitz der Beklagten. Auch nach § 29 c ZPO oder § 21 ZPO ergibt sich aus den vorstehenden Gründen keine Zuständigkeit des LG Freiburg.

[33] 3. Eine örtliche Zuständigkeit des LG Freiburg besteht ebenso wenig für den Klageantrag zu Ziff. 3, mit dem die Kläger die Feststellung begehren, dass sich die Beklagte im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses im Annahmeverzug befinde. Es handelt um einen bloßen Annex zur eigenen Leistungsklage Zugum-Zug. Aus diesem Grund zweifelt auch das Bayerische Oberste Landesgericht (Beschl. v. 18.2.2002 – 1Z AR 4/02, BeckRS 2002, 32819) an der Anwendbarkeit von § 29 ZPO. Ohnedies aber wären jedwede Mitwirkungshandlungen der Beklagten – ob ihr solche tatsächlich obliegen, kann dahingestellt bleiben –, mit der sie sich

im Annahmeverzug befinden könnte, an ihrem Sitz vorzunehmen (vgl. zur Annahme des Gläubigers als streitiger Verpflichtung i. S. v. § 29 ZPO: RGZ 55, 423, 425), so dass sich ein Gerichtsstand nach § 29 ZPO für das angegangene Gericht nicht ergibt, weil der Ort der streitigen Verpflichtung am Sitz der Beklagten liegt.

[34] Dass sich nach § 29 c ZPO und § 21 ZPO keine örtliche Zuständigkeit des LG Freiburg ergibt, ist bereits dargelegt worden.

[35] 4. Für den Zahlungsantrag zu Ziff. 4 und den Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Schäden gelten hinsichtlich der auch insoweit anzunehmenden Unzuständigkeit des LG Freiburg die Ausführungen unter Ziff. 2 entsprechend.

Kapitalmarktrecht

Konnexität beim Swap-Vertrag

§§ 311, 280 Abs. 1, 320 ff. BGB

Leitsatz des Gerichts:

Zu den Voraussetzungen der Konnexität von Grundgeschäft und Gegengeschäft bei Abschluss von Zinssatz-Swap-Verträgen (Fortführung von Sen.Urt. v. 22.3.2011 – XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 RdNr. 26 und v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 RdNr. 42).

BGH, Urt. v. 22.3.2016 – XI ZR 425/14 (Vorinstanzen: OLG Köln, LG Köln)

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung und Feststellung nach Abschluss von Swap-Verträgen in Anspruch.

[2] Die Klägerin, eine Gemeinde in Nordrhein-Westfalen mit rd. 16 000 Einwohnern, stand mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (künftig einheitlich: Beklagte), einer Landesbank, in ständiger Geschäftsbeziehung. Am 5.9.2005 schlossen die Parteien einen „Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte“ (künftig: Rahmenvertrag). Auf der Grundlage dieses Rahmenvertrags einigten sich die Parteien auf verschiedene Zinssatz-Swap-Verträge, von denen drei Gegenstand des Rechtsstreits sind.

[3] So vereinbarten die Parteien am 9.11.2006 einen „Kündbaren Zahler-Swap“ mit der Nr. 4 D und einem Bezugsbetrag von 3 779 573,89 €. Der „Kündbare Zahler-Swap“ sollte eine Laufzeit vom 30.1.2014 bis zum 30.7.2032 haben. Die Klägerin verpflichtete sich zur Zahlung eines festen Zinses von 6,44 % p. a. Die Beklagte übernahm die Zahlung eines Zinses in Höhe des 3-Monats-Euribors und sicherte sich ein einmaliges Kündigungsrecht zum 22.1.2014. Die Klägerin erlangte bislang aus dem Vertrag 36 973,48 €. Sie selbst leistete keine Zahlungen an die Beklagte.

[4] Am 12.3.2008 einigten sich die Parteien auf einen „Digitalen Zinsumfeld-Swap“ mit der Nr. 2 D und einem Bezugsbetrag von 3 Mio. €. Der „Digitale Zinsumfeld-Swap“ sollte eine Laufzeit vom 15.3.2008 bis zum 15.3.2018 haben. Die Klägerin schuldete zunächst einen festen und sodann einen Zins von entweder 2,25 % p. a. oder 6,95 % p. a., wobei die Zahlungspflicht davon abhing, ob eine „Digitalbedingung“ erfüllt war. Die Beklagte verpflichtete sich zur Zahlung eines festen Zinses i. H. v. 3 % p. a. Zugleich mit dem Abschluss des Zinssatz-Swap-Geschäfts einigten sich die Parteien darauf, einen „Digitalen Differenz-Stufen-Swap“ aufzulösen. Sie kamen überein, die Klägerin müsse eine Restschuld i. H. v. 157 000 € aus dem „Digitalen Differenz-Stufen-Swap“ nicht begleichen. Sie berücksichtigten diesen Umstand bei der Gestaltung der Vertragsposition der Beklagten im Rahmen des „Digitalen Zinsumfeld-Swaps“. Die Klägerin erlangte bislang aus dem „Digitalen Zinsumfeld-Swap“ Zahlungen i. H. v. 45 000 €, während sie an die Beklagte insgesamt 207 375 € zu zahlen hatte. Davon steht ein Teilbetrag i. H. v. 29 625 € noch offen.

[5] Am 16.11.2009 schlossen die Parteien einen „CHF-Plus-Swap“ mit der Nr. 94 D/92 D und einem Bezugsbetrag von 8 Mio. €. Der „CHF-Plus-Swap“ sollte eine Laufzeit vom 30.12.2009 bis zum 30.12.2019 haben. Nach diesem Vertrag war die Beklagte zur Zahlung eines festen Zinses i. H. v. 3 % p. a. verpflichtet. Die Klägerin schuldeten einen variablen Zins, der ausgehend von einem EUR/CHF-Wechselkurs von 1,4350 an dessen weitere Entwicklung gekoppelt war. Unterschritt der Wechselkurs zu bestimmten Stichtagen diese Grenze, ergab sich ein Aufschlag auf den in jedem Fall zu zahlenden Zinssatz von 2,5 % p. a. Zeitgleich lösten die Parteien einen „CHF Digital Swap“ ab. Sie kalkulierten bei der Gestaltung der Vertragsposition der Beklagten im Rahmen des „CHF-Plus-Swaps“ ein, dass die Klägerin der Beklagten aus dem „CHF Digital Swap“ zu einer Ausgleichszahlung verpflichtet gewesen wäre. Die Klägerin leistete der Beklagten bislang aus dem „CHF-Plus-Swap“ Nettzahlungen i. H. v. 1 224 685,82 €.

[6] Sämtliche Zinssatz-Swap-Verträge dienten der „Zinsoptimierung“ überwiegend bei anderen Banken bestehender Kreditverbindlichkeiten. Bei allen drei streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträgen war der Marktwert bei Abschluss aus Sicht der Klägerin i. H. v. mind. rd. 2,9 % des jeweiligen Bezugsbetrags negativ. Jedenfalls über die Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts unterrichtete die Beklagte die Klägerin nicht.

[7] Der Klage auf Zahlung hat das LG i. H. v. 1 357 435,82 € zzgl. Zinsen entsprochen. Außerdem hat es zugunsten der Klägerin festgestellt, es bestünden keine weiteren Ansprüche der Beklagten gegen die Klägerin aus dem „Digitalen Zinsumfeld-Swap“ und dem „CHF-Plus-Swap“. Den weitergehenden Zahlungsantrag und den „Kündbaren Zahler-Swap“ betreffenden Feststellungsantrag hat es abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht ergänzend festgestellt, die Beklagte habe gegen die Klägerin auch keine weiteren Ansprüche aus dem „Kündbaren Zahler-Swap“. Zugleich hat es durch Teilverzichts Urteil den weitergehenden Zahlungsantrag der Klägerin abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hat es zurückgewiesen.

[8] Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihr Begehren auf vollständige Abweisung der Klage weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

A.

[9] Die Revision ist insgesamt statthaft (§ 543 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Zwar hat das Berufungsgericht seine Entscheidung, die Revision zuzulassen, in den Entscheidungsgründen damit gerechtfertigt, es sei in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstritten, „ob eine Aufklärungspflicht über eine[n] anfänglichen negativen Marktwert eines Swaps auch dann“ bestehe, „wenn der Anleger den betreffenden Vertrag nicht zu (reinen) Spekulationszwecken, sondern im Hinblick auf ein bestehendes Grundgeschäft abschließt“. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann sich eine Beschränkung der Revisionszulassung auch aus den Urteilsgründen ergeben (Sen.Urt. v. 1.7.2014 – XI ZR 247/12, WM 2014, 1621 RdNr. 13; Senatsbeschl. v. 8.5.2012 – XI ZR 261/10, WM 2012, 1211 RdNr. 6 und vom 22.9.2015 – XI ZR 116/15, NJW 2015, 3441 RdNr. 3). Das Berufungsgericht hat indessen in den Urteilsgründen lediglich den für sämtliche streitgegenständlichen Swap-Geschäfte relevanten Anlass der Revisionszulassung mitgeteilt, ohne die revisionsrechtliche Nachprüfung, was unzulässig gewesen wäre (Sen.Urt. v. 29.11.2011 – XI ZR 370/10, WM 2012, 164 RdNr. 8 m. w. Nachw.), auf die von ihm formulierte Rechtsfrage beschränken zu wollen. Die von der Beklagten vorsorglich erhobene Nichtzulassungsbeschwerde ist damit gegenstandslos (Sen.Urt. v. 10.5.2005 – XI ZR 128/04, BB 2005, 1470, 1471).

B.

[10] Die Revision ist begründet. Sie führt, soweit das Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten erkannt hat, zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

[11] Das Berufungsgericht (BeckRS 2014, 17035) hat – soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung – im Wesentlichen ausgeführt:

[12] Die Beklagte sei der Klägerin i. H. v. 1 357 435,82 € zzgl. Zinsen zur Zahlung verpflichtet. Zwar ergebe sich ein Zahlungsanspruch nicht aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung, weil die zwischen den Parteien geschlossenen Zinssatz-Swap-Verträge weder an der insoweit mangelnden Rechtsfähigkeit der Klägerin scheiterten noch wegen eines Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften oder gegen die guten Sitten nichtig seien.

[13] Der Klägerin stehe jedoch ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte wegen der Verletzung beratungsvertraglicher Aufklärungspflichten zu. Zwar habe sich die Beklagte keinen Beratungsfehler wegen einer unzureichenden Aufklärung über die kommunalrechtliche Zulässigkeit von Swap-Geschäften zu Schulden kommen lassen. Sie habe die Anlageziele hinreichend exploriert und berücksichtigt. Auch habe sie die wirtschaftliche Bedeutung der Verträge für die Klägerin hinreichend dargestellt.

[14] Der Beklagten falle jedoch ein Beratungsfehler zur Last, weil sie die Klägerin nicht über den anfänglichen negativen Marktwert sämtlicher Zinssatz-Swap-Verträge aufgeklärt habe. Der Verpflichtung der Beklagten zur Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert habe nicht entgegengestanden, dass die von der Klägerin abgeschlossenen Verträge nicht als reines Spekulationsgeschäft, sondern zur Zinsoptimierung abgeschlossen worden seien. Zwar sei einem Kunden, dem die Bank ein Swap-Geschäft zur „Zinsoptimierung“ eines mit ihr bestehenden Grundgeschäfts empfehle, das Gewinninteresse der Bank bewusst. Allein dieses Gewinninteresse der Bank sei jedoch nicht der Kerngehalt des anfänglichen negativen Marktwerts, so dass eine Aufklärungspflicht der Beklagten gleichwohl zu bejahen sei.

[15] Soweit die Beklagte behaupte, bereits zu Beginn der Geschäftsbeziehung der Klägerin erläutert zu haben, sie verdiene nicht an der Gegenposition des Wettgeschäftes, sondern erziele ihren Verdienst durch die Einpreisung einer Marge in dessen Konditionen, die sie am Interbankenmarkt durchreiche, sei dieses Vorbringen – zumal von der Klägerin bestritten – unbeachtlich. Entsprechende Hinweise reichten zur Unterrichtung über den anfänglichen negativen Marktwert nicht aus. Denn der anfängliche negative Marktwert spiegele nicht allein das Gewinninteresse der Bank wider, sondern beinhalte eine Risikoverschiebung zulasten des Kunden, die offen zu legen sei.

[16] Die unterbliebene Aufklärung der Beklagten über den anfänglichen negativen Marktwert sei kausal für den Schaden geworden. Die Beklagte habe zur Widerlegung der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht erheblich vorgetragen. Das gelte auch, wenn ihre Behauptung als wahr unterstellt werde, der Klägerin sei das Verdienstinteresse der Beklagten an den Zinssatz-Swap-Geschäften bewusst gewesen, ohne dass sie dies von deren Abschluss abgehalten habe. Das Wissen um das Gewinninteresse der Beklagten habe der Klägerin keinen Aufschluss über die Bedeutung des anfänglichen negativen Marktwerts geben können, die darin liege, dass die Bank das Produkt bewusst so strukturiert habe, dass der Markt die Chancen und die Position des Kunden schlechter bewerte, als die der Bank. Der Wunsch der Klägerin, bei Abschluss der Restrukturierungsgeschäfte liquiditätswirksame Verluste aus politischen und/oder haushaltsrechtlichen Gründen zu vermeiden, spreche zwar zunächst für die von der Beklagten behauptete Alternativlosigkeit des Verhaltens der Klägerin. Eine solche Sichtweise lasse jedoch unzulässig außer Acht, dass Verluste, deren Realisierung die Klägerin habe vermeiden wollen, jeweils aus Vorgängergeschäften resultiert hätten, bei denen die Klägerin von der Beklag-

ten ebenfalls fehlerhaft nicht über den anfänglichen negativen Marktwert aufgeklärt worden sei.

[17] Die Beklagte habe die Beratungspflichtverletzung zu vertreten. Ein Mitverschulden müsse sich die Klägerin nicht entgegenhalten lassen. Bis Juni 2007 habe die Klägerin nach eigenem Vortrag der Beklagten weder Kenntnis noch auch nur ein Problembewusstsein hinsichtlich des Umstands gehabt, dass die Swap-Verträge möglicherweise haushaltsrechtlich unzulässig seien und daher ihre Auflösung betrieben werden müsse. Für den Zeitraum ab Juni 2007 sei unstreitig, dass die Beklagte den Abschluss der Verträge empfohlen habe. Sie habe deutlich gemacht, dass sie die Produkte generell als für die Zwecke der Klägerin geeignet angesehen habe. Entsprechend könne die Beklagte den an die Klägerin gerichteten Vorwurf eines Verschuldens gegen sich selbst nicht aus dem Umstand herleiten, dass die Klägerin nicht unter Missachtung der mit der Anlageempfehlung verbundenen Einschätzung der Beklagten eine kommunalrechtliche Überprüfung veranlasst habe.

[18] Zahlungsansprüche der Klägerin seien nicht verjährt. Für den am 16.11.2009 geschlossenen „CHF-Plus-Swap“ sei § 37 a WpHG in der bis zum 4.8.2009 geltenden Fassung (künftig: a. F.) i. V. m. § 43 WpHG nicht anwendbar. Für den „Digitalen Zinsumfeld-Swap“ habe die Beklagte die Einrede der Verjährung nicht aufrechterhalten.

[19] Die Klägerin habe überdies Anspruch auf die Feststellung, dass der Beklagten aus den drei streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträgen weitere Forderungen nicht zustünden. Das gelte auch, soweit sich die Klägerin gegen ihre Inanspruchnahme aus dem „Kündbaren Zahler-Swap“ vom 9.11.2006 wende. Die Beklagte habe ihre Pflichten aus dem Beratungsvertrag schuldhaft verletzt, indem sie die Klägerin nicht wie geboten über die Einpreisung eines anfänglichen negativen Marktwerts aufgeklärt habe. Diese Pflichtverletzung sei für den schadensbegründenden Vertragsschluss kausal geworden. Ob ein Anspruch der Klägerin auf Leistung von Schadensersatz nach § 37 a WpHG a. F. verjährt gewesen sei, weil die Verjährungsfrist bereits mit Vertragsschluss und nicht erst mit dem Fixing der gegenseitigen Ansprüche zu laufen begonnen habe, oder ob der Beklagten eine bedingt vorsätzliche Pflichtverletzung i. S. eines vorsätzlichen Organisationsverschuldens vorzuwerfen und damit noch keine Verjährung nach § 37 a WpHG a. F. eingetreten sei, könne dahinstehen. Denn selbst dann, wenn der Schadensersatzanspruch der Klägerin verjährt sei, könne sie ihn der Beklagten nach § 215 BGB einredeweise entgegenhalten.

II.

[20] Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

[21] 1. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, im Zusammenhang mit dem Abschluss der drei Zinssatz-Swap-Verträge seien durch die Aufnahme von Beratungsgesprächen zwischen den Parteien stillschweigend Kapitalanlageberatungsverträge geschlossen worden (Sen.Urt. v. 6.7.1993 – XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128, vom 22.3.2011 – XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 RdNr. 19 und vom 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 RdNr. 23).

[22] 2. Im Ergebnis – wenn auch nicht in der Begründung – zutreffend hat das Berufungsgericht weiter erkannt, die Beklagte habe ihre Pflicht verletzt, die Klägerin über das Einpreisen eines anfänglichen negativen Marktwerts als solches und dessen Höhe aufzuklären.

[23] a) Unrichtig ist allerdings die auf seiner unzutreffenden Umschreibung des anfänglichen negativen Marktwerts gründende Annahme des Berufungsgerichts, eine Bank, die auf den anfänglichen negativen Marktwert eines mit ihr selbst geschlossenen Swap-Geschäfts nicht hinweise, verstoße gegen das Gebot der objektgerechten Beratung. Das Einpreisen einer Bruttomarge ist kein Umstand, über den die beratende Bank im Rahmen der objektgerechten Beratung informieren müsste (Sen.Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 RdNr. 30 ff. und vom 20.1.2015 – XI ZR 316/13, WM 2015, 575 RdNr. 33 ff.). Der anfängliche negative Marktwert spiegelt nicht den voraussichtlichen Erfolg und Misserfolg des Geschäfts wider, sondern den Marktwert bei Abschluss des Vertrags, der zu diesem Zeitpunkt durch Glattstellung des Vertrags realisierbar wäre. Eine überwiegende Verlustwahrscheinlichkeit indiziert der anfängliche stichtagsbezogene negative Marktwert dagegen nicht. Der Erfolg des Swaps hängt letztlich allein von der Zins- und/oder Währungskursentwicklung und ggf. der Entwicklung des „Spreads“ während der Vertragslaufzeit ab. Die Empfehlung eines Swap-Vertrags kann daher trotz des anfänglichen negativen Marktwerts objektgerecht sein.

[24] Die Verpflichtung, bei Swap-Verträgen im Zweipersonenverhältnis anlässlich einer vertraglich geschuldeten Beratung das Einpreisen einer Bruttomarge zu offenbaren, sofern es wie hier an konnexen Grundgeschäften fehlt, folgt vielmehr aus dem Gesichtspunkt eines schwerwiegenden Interessenkonflikts (Sen.Urt. v. 22.3.2011 – XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 RdNr. 31 ff., vom 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 RdNr. 33 ff. und vom 20.1.2015 – XI ZR 316/13, WM 2015, 575 RdNr. 31). Das Einstrukturieren der Bruttomarge in die Risikostruktur des Swap-Vertrags kann der Kunde, der davon ausgeht, die beratende Bank verdiene ausschließlich bei ihr günstigem Verlauf der Zinswette in Höhe der Zinsdifferenz, bei der gebotenen normativ-objektiven Betrachtungsweise unabhängig von den Bedingungen des Swap-Geschäfts nicht erkennen.

[25] b) Trotz seines unzutreffenden Ausgangspunkts ist das Berufungsgericht indessen zu einem richtigen Ergebnis gelangt. Dabei hat es entgegen der gem. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO ausgeführten Rüge der Revision entscheidungserhebliches Vorbringen der Beklagten nicht übergangen. Die Beklagte hat nicht vorgebracht, sie habe der Klägerin jeweils auch die Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts mitgeteilt. Vielmehr ist das Gegenteil unstreitig. Die Beklagte hat damit die Erfüllung ihrer Aufklärungspflicht nicht behauptet.

[26] c) Die Pflicht der Beklagten, über die Einpreisung des anfänglichen negativen Marktwerts aufzuklären, entfiel, wie das Berufungsgericht im Ergebnis ebenfalls richtig gesehen hat, auch nicht unter dem Aspekt einer konnexen Verknüpfung der Zinssatz-Swap-Verträge mit Darlehen als Grundgeschäften.

[27] aa) Ist die zu einem Zinssatz-Swap-Vertrag mit ihr selbst ratende Bank zugleich Darlehensgeberin des Kunden, muss sie nicht offenbaren, dass sie in einen Zinssatz-Swap-Vertrag eine Bruttomarge eingepreist hat, sofern Zinssatz-Swap-Vertrag und Darlehensvertrag konnex sind. In diesem Fall und unter den unter bb) näher ausgeführten Voraussetzungen verändern Bank und Kunde durch die Vereinbarung eines Zinssatz-Swap-Vertrags wirtschaftlich lediglich die Konditionen des Darlehensvertrags. Ist die beratende Bank zugleich Vertragspartner des Darlehensvertrags, muss der Kunde bei normativ-objektiver Betrachtung damit rechnen, dass die Bank als Darlehensgeberin nicht nur mit dem Darlehensgeschäft, sondern auch mit dem wirtschaftlich einer Änderung der Bedingungen des Darlehensvertrags gleichkommenden Zinssatz-Swap-Geschäft eigennützige Interessen verfolgt.

[28] bb) Daraus folgt, dass über den in der Einpreisung des anfänglichen negativen Marktwerts liegenden schwerwiegenden Interessenkonflikt ausnahmsweise nicht aufzuklären ist, wenn es bei wirtschaftlicher Betrachtung ausschließlich darum geht, die Parameter eines konkreten Kreditverhältnisses abzuändern. Aus-

gangs- und Bezugspunkt müssen ein bei der beratenden Bank unterhaltener, bestehender oder zeitgleich abgeschlossener (*Meuschke*, AG 2013, R 25) Darlehensvertrag und dessen Bedingungen sein. Der Bezugsbetrag des Zinssatz-Swap-Vertrags muss der zur Rückzahlung ausstehenden Valuta dieses Darlehensvertrags als konnexem Grundgeschäft entsprechen oder darf sie jedenfalls nicht übersteigen. Bei variabel verzinslichen Darlehen muss die Laufzeit des Zinssatz-Swap-Vertrags der des Darlehensvertrags und bei Festzinsdarlehen die Laufzeit des Zinssatz-Swap-Vertrags der der Zinsbindung gleichstehen oder darf sie jedenfalls nicht überschreiten. Die Zahlungspflichten der Bank aus dem Zinssatz-Swap-Vertrag müssen sich mit dem vom Kunden in dem zugeordneten Darlehensvertrag übernommenen variablen oder festen Zins mind. i. S. einer partiellen Absicherung gegenläufiger Zinsrisiken (Sen.Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 RdNr. 43) decken. Die Bank muss jeweils zum gleichen Stichtag entweder den auf denselben Basiswert, etwa einen Referenzzinssatz, bezogenen variablen Zinssatz des Kunden aus dem Darlehensvertrag im Tausch gegen einen festen Zins übernehmen oder dem Kunden den von ihm aus dem Darlehensvertrag geschuldeten Festzins gegen einen variablen Zins zahlen. Die Parteien müssen mithin wirtschaftlich betrachtet zumindest partiell entweder ein variabel verzinsliches Darlehen in ein synthetisches Festzinsdarlehen (vgl. *Endler*, in: *Zerey*, Finanzderivate, 4. Aufl., Kap. 30 RdNr. 25 ff.; *Hinrichs*, AG 2013, R 4; *Lederer*, AG 2013, R 319 f.; *Meuschke*, AG 2012, R 157; *Stupp/Mucke*, BKR 2005, 20, 25 f.) oder ein Festzinsdarlehen in ein synthetisch variabel verzinsliches Darlehen umwandeln (vgl. *Bausch*, WM 2016, 247, 252 f.; *Kewenig/Schneider*, WM Sonderbeil. 2/1992, S. 10; für ein weiteres Verständnis des Begriffs der Konnexität dagegen *Clouth*, in: *Grüneberg/Habersack/Mülbelt/Wittig*, Bankrechtstag 2015, S. 163, 179 ff.; *Cramer/Lang/Schulz*, BKR 2015, 380, 382; *Ludwig/Clouth*, NZG 2015, 1369, 1375; *Kräft*, GWR 2015, 323; in anderem rechtlichen Kontext auch *Bücker*, Finanzinnovationen und kommunale Schuldenwirtschaft, 1993, S. 122 ff.).

[29] cc) Dass die Parteien die Zinssatz-Swap-Verträge in diesem Sinne als konnexe Gegengeschäfte vereinbart hätten, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und die Beklagte nicht vorgetragen.

[30] Das Berufungsgericht hat festgehalten, der Klägerin sei es darum gegangen, ohne Inanspruchnahme weiteren Eigenkapitals die Zinslast aus bestehenden Darlehensverträgen zu „optimieren“. Eine (zumindest partielle) Umwandlung variabel verzinslicher Darlehen in synthetische Festzinsdarlehen oder von Festzinsdarlehen in synthetisch variabel verzinsliche Darlehen hat es nicht festgestellt.

[31] Die Beklagte hat schon in der Klageerwidlung ausgeführt, die Parteien hätten „vorliegend mit Rücksicht auf die hohe Anzahl relativ niedrigvolumiger Kredite der Klägerin ausdrücklich vereinbart, Zinsoptimierungsgeschäfte zunächst auf ein konstantes Nominalvolumen zu beziehen und die Zuordnung auf konkrete Darlehen im Nachgang vorzunehmen“. Die „konkrete Zuordnung der Swapgeschäfte zu bestimmten Krediten“ sei „originäre Aufgabe der Klägerin im Rahmen des von ihr betriebenen Schuldenmanagements“ gewesen. Die Beklagte habe hierzu „in Absprache mit der Klägerin lediglich Vorschläge unterbreiten“ können und „dies auch getan“. Dies habe umso mehr gegolten, „als der genaue Kreditbestand und dessen Veränderungen – etwa durch vorzeitige Tilgungen etc. – allein der Klägerin bekannt“ gewesen sei. Die Beklagte hat mithin selbst nicht behauptet, Ausgangspunkt der Beratungsgespräche zwischen den Parteien sei ein konkretes Kreditgeschäft und dessen Anpassung an wirtschaftliche Veränderungen i. S. einer Fortschreibung eines Finanzierungskonzepts gewesen. Vielmehr sollten die Swap-Geschäfte (bloß) das wirtschaftliche Leistungsvermögen der Klägerin steigern.

[32] Das gilt auch für den „Kündbaren Zahler-Swap“, der in erster Linie dem „Risikoabbau“ eines früheren Swap-Geschäfts diene. Die Parteien haben diesem Zinssatz-Swap-Vertrag im November 2006 nach dem Vorbringen der Beklagten zwar als Bezugsgröße die auf den 30.1.2014 prognostisch fortgeschriebenen „Rest-Nominalbeträge“ von sechs Darlehensverträgen zugrunde gelegt. Darlehensverträge mit dritten Darlehensgebern scheiden aber nach oben Gesagtem (siehe oben bb) als konnexe Grundgeschäfte aus. Im Übrigen entsprach die von der Beklagten übernommene Verpflichtung, auf den Bezugsbetrag einen variablen Zinssatz in Höhe des 3-Monats-Euribors p. a. zu zahlen, keiner der – auch untereinander uneinheitlichen – festen Zinszahlungspflichten der Klägerin aus den Darlehensverträgen.

[33] 3. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe zur Widerlegung der zugunsten der Klägerin streitenden „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ nicht erheblich vorgetragen.

[34] a) Von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent hat das Berufungsgericht angenommen, die für die Klägerin streitende „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ sei nur dann widerlegt, wenn die Beklagte darlege und beweise, dass die Klägerin die Zinssatz-Swap-Verträge auch „gegen die Markterwartung“ abgeschlossen hätte. Damit ist das Berufungsgericht freilich einem hier auch ergebnisrelevanten Rechtsirrtum unterlegen. Klärt die beratende Bank den Kunden nicht darüber auf, dass sie in das mit ihr geschlossene Swap-Geschäft eine Bruttomarge eingepreist hat, muss sie zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung darlegen und beweisen, dass der Kunde den Swap-Vertrag auch bei Unterrichtung über das Einpreisen einer Bruttomarge als solcher und über die Höhe des eingepreisten Betrags abgeschlossen hätte. Die beratende Bank muss dagegen nicht widerlegen, dass der Kunde seine Anlageentscheidung von der Art und Weise der Realisierung des Gewinns über Hedging-Geschäfte, also von der anfänglichen Marktbewertung, abhängig gemacht hätte (Sen.Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 RdNr. 44).

[35] Das Vorbringen der Beklagten, die für die Klägerin verantwortlich Handelnden hätten in Kenntnis des Einpreizens eines anfänglichen negativen Marktwerts als solchem die Zinssatz-Swap-Verträge mit der Beklagten abgeschlossen, ohne an dessen konkreter Höhe interessiert zu sein, war daher erheblich. Wie die Revision in Übereinstimmung mit § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO ausführt, wären damit die von der Beklagten benannten Bediensteten der Klägerin einschließlich des früheren Bürgermeisters zu dieser Behauptung zu vernehmen gewesen.

[36] b) Auch unter einem weiteren Aspekt war der Vortrag der Beklagten beachtlich: Sofern, wie von ihr behauptet, der frühere Bürgermeister und der Kämmerer der Klägerin die Zinssatz-Swap-Geschäfte ohne Rücksicht auf eine eingepreiste Bruttomarge abgeschlossen, weil sie die Verluste aus früheren Geschäften nicht publik machen wollten, ist, worauf die Revision richtig hinweist, die Kausalitätsvermutung widerlegt. Entsprechendem Vorbringen der Beklagten hätte das Berufungsgericht mithin nachgehen müssen. Das galt selbst dann, wenn die verantwortlich Handelnden der Klägerin solche Erwägungen lediglich deshalb durchgreifen ließen, weil sie durch Aufklärungsmängel der Beklagten veranlasste Vorgeschäfte wegen der Verjährung schadensersatzrechtlicher Rückabwicklungsansprüche anders nicht mehr hätten auflösen können. Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Beratungsfehler – hier: das Verschweigen des anfänglichen negativen Marktwerts des Neugeschäfts – ursächlich für die Anlageentscheidung geworden ist, kommt es nur darauf an, ob er die Willensentschließung ausschlaggebend beeinflusst hat. Waren andere Motive entscheidend, ist

ohne Rücksicht auf deren Entstehungsgrund der Beratungsfehler nicht kausal.

[37] 4. Erfolglos greift die Revision dagegen die Einschätzung des Berufungsgerichts an, die Klägerin müsse sich ein Mitverschulden der für sie verantwortlich Handelnden nicht entgegenhalten lassen. Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Informationspflichtige dem Geschädigten grds. nicht nach § 254 Abs. 1 BGB entgegenhalten, er habe den Angaben nicht vertrauen dürfen und sei deshalb für den entstandenen Schaden mitverantwortlich (Sen.Urt. v. 22.3.2011 – XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 RdNr. 41). Selbst unterstellt, verantwortlich Handelnde der Klägerin hätten Verstöße gegen Haushaltsvorschriften mittels des fortgesetzten Abschlusses von Zinssatz-Swap-Verträgen aus politischem Kalkül überdecken wollen, wäre auch dies kein Aspekt, der nach § 254 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen wäre. Er spielt vielmehr, wie oben ausgeführt, ausschließlich bei der Kausalität der Pflichtverletzung eine Rolle.

[38] 5. Wiederum nicht frei von Rechtsfehlern ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, die Klägerin müsse sich im Wege der Vorteilsausgleichung generell nicht Vorteile anrechnen lassen, die ihr aus anderen mit der Beklagten geschlossenen Verträgen entstanden seien.

[39] a) Richtig hat das Berufungsgericht allerdings eine Anrechnung erzielter Vorteile insoweit verneint, als sie die Klägerin aus Zinssatz-Swap-Verträgen erlangt hat, deren Abschluss oder Auflösung nicht auf eine fehlerhafte Beratung im Zuge des Abschlusses des „Kündbaren Zahler-Swaps“, des „Digitalen Zinsumfeld-Swaps“ und des „CHF-Plus-Swaps“ zurückzuführen ist. Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung sind dem Geschädigten diejenigen Vorteile zuzurechnen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Ist Schadensereignis eine Beratungspflichtverletzung anlässlich des Abschlusses konkreter Swap-Geschäfte, können Vorteile, die aus zu anderen Zeiten geschlossenen Swap-Verträgen aufgrund einer gesonderten Beratung resultieren, schon mangels Nämlichkeit des Schadensereignisses im Wege der Vorteilsausgleichung keine Berücksichtigung finden. Daran ändert auch die Gleichartigkeit der Pflichtverletzung nichts (Sen.Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 RdNr. 85 m. w. Nachw.).

[40] b) Eine Vorteilsausgleichung in Höhe des negativen Ablösungswerts von Altverträgen im Zeitpunkt ihrer Auflösung kam aber, was das Berufungsgericht übersehen hat, in Betracht, soweit die Klägerin aufgrund der von ihr als fehlerhaft gerügten Beratung zugleich mit dem Neuabschluss streitgegenständlicher Zinssatz-Swap-Verträge andere, für sie nachteilig verlaufene ältere Geschäfte im Einverständnis mit der Beklagten beendete.

[41] aa) Zwar verhielt sich die Klägerin – unterstellt, die zu ihren Gunsten streitende Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens war nicht widerlegt – nicht widersprüchlich, wenn sie nur die Rückgängigmachung der jeweils neuen Geschäfte verlangte. In diesem Fall fand auch § 139 BGB keine Anwendung. Das Rückgängigmachen der neuen Verträge führte mithin nicht ohne weiteres zur Aufhebung der Auflösungsverträge, was zur Folge gehabt hätte, dass der Klägerin ein anrechenbarer Vorteil dauerhaft nicht verblieben wäre (zur Unanwendbarkeit des § 139 BGB vgl. *Geibel*, Der Kapitalanlegerschaden, 2002, S. 249).

[42] bb) Der der Klägerin aus der Auflösung nachteiliger Altgeschäfte erwachsene Vorteil war aber unter bestimmten Bedingungen, deren Vorhandensein das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerfrei ausgeschlossen hat, im Wege der Vorteilsausgleichung von Amts wegen anzurechnen.

[43] Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dürfen dem Geschädigten neben einem Ersatzanspruch nicht die Vorteile ver-

bleiben, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind (vgl. Sen.Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 RdNr. 85, vom 13.11.2012 – XI ZR 334/11, WM 2013, 24 RdNr. 21 und vom 23.6.2015 – XI ZR 536/14, WM 2015, 1461 RdNr. 22 m. w. Nachw.). Solche Vorteile sind schadensmindernd zu berücksichtigen, die in einem adäquat-ursächlichen Zusammenhang mit dem Schadensereignis stehen und deren Anrechnung dem Zweck des Schadensersatzes entspricht sowie weder den Geschädigten unzumutbar belastet noch den Schädiger unbillig entlastet (Sen.Urt. v. 28.1.2014 – XI ZR 42/13, BKR 2014, 247 RdNr. 15). Derartige Vorteile können auch in der Vermeidung anderweitiger Verluste liegen, die der Geschädigte ohne das schadenstiftende Ereignis erlitten hätte (vgl. Sen.Urt. v. 23.6.1992 – XI ZR 247/91, WM 1992, 1599, 1600). Verursacht der Aufklärungsmangel äquivalent- und adäquat-kausal den Abschluss eines günstigen weiteren Geschäfts mit dem Schädiger, das in innerem Zusammenhang mit dem im Wege des Schadensersatzes rückabzuwickelnden Geschäft steht, kann sich daraus ein vom Schädiger darzulegender und zu beweisender (Sen.Urt. v. 23.6.1992 a. a. O.) anrechenbarer Vorteil ergeben.

[44] In Anwendung dieser Grundsätze kann ein Vorteil anzurechnen sein, der daraus resultiert, dass der geschädigte Anleger aufgrund eines auf dem nämlichen Beratungsfehler beruhenden Willensentschlusses zugleich mit dem und wegen des Abschlusses eines (neuen) Zinssatz-Swap-Vertrags, bei dem er nicht über das Einpreisen eines anfänglichen negativen Marktwerts unterrichtet worden ist, einen anderen ihm nachteiligen Swap-Vertrag ablöst. Dieser Vorteil ist vom Anleger äquivalent- und adäquat-kausal erlangt. Die Vorteilsausgleichung führt, sofern nicht schon der Abschluss des abgelösten Swap-Vertrags auf einer pflichtwidrigen Willensbeeinflussung des Anlegers beruhte, weder zu einer unzumutbaren Belastung des Anlegers noch zu einer unbilligen Entlastung der beratenden Bank.

[45] Unter Wertungsgesichtspunkten anders zu entscheiden ist freilich dann, wenn, was nach allgemeinen Grundsätzen darzulegen und zu beweisen ist, der Anleger schon zum Abschluss des Altgeschäfts durch eine schuldhaftige Pflichtverletzung der beratenden Bank veranlasst worden ist. Kompensiert der Schädiger mittels der Auflösung eines solchen Altgeschäfts der Sache nach einen in Bezug auf dieses Geschäft bestehenden Schadensersatzanspruch, liegt bei wertender Betrachtung kein anrechnungsfähiger Vorteil vor. Der Schädiger schafft nur wieder den Zustand, den herzustellen der Geschädigte von ihm beanspruchen konnte. Das gilt gem. dem § 214 Abs. 2 Satz 1 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken auch, wenn der Geschädigte bei der Ablösung des Altgeschäfts einen darauf bezogenen Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrags wegen Verjährung nicht mehr hätte durchsetzen können.

[46] 6. Rechtsfehlerhaft ist schließlich die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte könne der Klägerin, soweit sie beantrage festzustellen, aus dem „Kündbaren Zahler-Swap“ nichts zu schulden, die Einrede der Verjährung nicht entgegenhalten, weil die Klägerin sich auf § 215 BGB berufen könne.

[47] a) Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, § 37 a WpHG a. F. finde sachlich auf im Jahr 2006 zu Anlagezwecken getätigte Swap-Geschäfte Anwendung. Schon nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 WpHG in der zwischen dem 30.10.2004 und dem 19.1.2007 geltenden Fassung (künftig: a. F.) waren zu Spekulationszwecken geschlossene Zinssatz-Swap-Verträge Derivate i. S. d. Begriffsbestimmungen des Wertpapierhandelsgesetzes und damit Finanzinstrumente gem. § 2 Abs. 2 b Satz 1 WpHG a. F. Die Beratung bei der Anlage in solche Swap-Geschäfte war Wertpapierneben dienstleistung gem. § 2 Abs. 3 a Nr. 3 WpHG a. F. (vgl. nur

KölnKommWpHG/*Versteegen*, 2007, § 2 RdNr. 51). Eine Pflichtverletzung bei der Beratung unterfiel dem Anwendungsbereich des § 37 a WpHG a. F.

[48] b) Von Rechtsfehlern beeinflusst ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin könne sich gegen die Einrede der Beklagten, Schadensersatzansprüche seien verjährt, auf § 215 BGB berufen.

[49] Die Klägerin, die auf §§ 242, 249 Abs. 1 BGB verweist, macht ihrerseits eine unselbständige Einwendung geltend, die mit dem Anspruch verjährt, aus dem sie abgeleitet wird. Dieser Anspruch lautet auf Vertragsaufhebung nach Maßgabe der § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1 BGB. Ist Grund des Leistungsverweigerungsrechts der Klägerin der Umstand, dass der Beklagten ein schutzwürdiges Interesse an der Leistung auf die Verpflichtung aus den Zinssatz-Swap-Verträgen fehlt, weil sie zur alsbaldigen Rückgewähr verpflichtet ist, steht hinter dem Einwand aus §§ 242, 249 Abs. 1 BGB also der Gedanke der Prozessökonomie, entfällt die Rechtfertigung der Einwendung, wenn ein zweiter Prozess auf Rückgewähr im Hinblick auf § 214 Abs. 1 BGB erfolgreich nicht mehr durchgeführt werden könnte (Sen.Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 RdNr. 48). Das ist der Fall, wenn der Anspruch auf Vertragsaufhebung, aus dem die unselbständige Einwendung der Klägerin abgeleitet wird, selbst verjährt ist.

[50] Eine Regelung, die den Einwand aus §§ 242, 249 Abs. 1 BGB über den Ablauf der Verjährung des zugrundeliegenden Anspruchs aufrecht erhielt, existiert, wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils klargestellt hat, nicht. § 215 BGB ist nach seinem Wortlaut nicht anwendbar, weil der Einwand der Klägerin, die Beklagte habe sie aufgrund der von ihr behaupteten Beratungspflichtverletzung so zu stellen, als sei der „Kündbare Zahler-Swap“ nicht zustande gekommen, keine Aufrechnung mit einem gleichartigen Gegenanspruch beinhaltet. In der Einwendung der Klägerin liegt auch nicht die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts i. S. d. § 215 BGB, weil Leistungen aus dem „Kündbaren Zahler-Swap“ – das Bestehen eines Anspruchs der Klägerin auf Vertragsaufhebung nach Maßgabe der § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1 BGB unterstellt – gerade nicht Zug-um-Zug gegen die Vertragsaufhebung zu erfüllen wären. Ebenfalls zugunsten der Klägerin weder direkt noch analog anwendbar sind die §§ 821, 853 BGB (Sen.Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/15, BGHZ 205, 117 RdNr. 49 f. m. w. Nachw.).

III.

[51] Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Ein Zahlungsanspruch und ein das negative Feststellungsbegehren rechtfertigender Einwand der Klägerin ergeben sich nicht aufgrund des Umstands, dass die Zinssatz-Swap-Verträge nichtig wären. Insoweit hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (Sen.Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 RdNr. 56 ff.) sowohl den Wirkungskreis der Klägerin nicht für überschritten erachtet als auch die Anwendung der §§ 134, 138 BGB verneint.

IV.

[52] Das angefochtene Urteil ist mithin aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Insbesondere kann der Senat nicht darüber erkennen, ob die Beklagte gegen den den „Kündbaren Zahler-Swap“ betreffenden Feststellungsantrag erfolgreich die Einrede der Verjährung erheben kann. Zwar steht fest, dass ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1 BGB, soweit er auf eine fahrlässige Falschberatung der Beklagten gestützt wird, gem. § 37 a WpHG a. F. verjährt ist. Die dreijährige Verjährungsfrist lief

mit Abschluss des Vertrags am 9.11.2006 an und am 9.11.2009 ab, ohne dass sie vorher gehemmt worden wäre. Das Berufungsgericht hat – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – aber keine Feststellungen zu der von der Klägerin behaupteten Vorsachhaftung getroffen, die ihrerseits nicht unter die Verjährungsfrist des § 37 a WpHG a. F. fällt. Damit kann der Senat zur Verjährung nicht durcherkennen (vgl. Sen.Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 RdNr. 73).

V.

[53] Der Senat verweist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

[54] Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin: Das Festhalten an wirtschaftlich günstigen Verträgen in Kenntnis des Umstands, dass die Beklagte einen anfänglichen negativen Marktwert eingepreist hat, kann ein Indiz dafür sein, dass sich der Beratungsfehler auf den Anlageentschluss nicht ursächlich ausgewirkt hat (vgl. Sen.Urt. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 RdNr. 50, vom 28.4.2015 – XI ZR 378/15, BGHZ 205, 117 RdNr. 81 und vom 15.7.2014 – XI ZR 418/13, WM 2014, 1670 RdNr. 29). Entsprechend wird das Berufungsgericht nicht nur zu erwägen haben, ob das Festhalten der Klägerin an sonst günstig verlaufenen Swap-Geschäften die Kausalitätsvermutung widerlegt. Es wird auch zu prüfen haben, ob das Beharren auf den zusammen mit streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Geschäften geschlossenen Auflösungsverträgen – ggf. in der Zusammenschau mit weiteren Umständen – dafür spricht, die Klägerin hätte das Einpreisen einer Bruttomarge wegen der mit den Auflösungsverträgen verbundenen Vorteile hingenommen.

Anmerkung von RA Dr. Stephan Bausch, D.U., Köln

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.3.2016 – XI ZR 425/14

I. Einleitung

Auf den Tag genau – fünf Jahre nach der Verkündung seines ersten Swap-Urteils – hat der XI. Senat des BGH am 22.3.2016 sein viertes Swap-Urteil verkündet. Im Fokus stand dieses Mal die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Grundgeschäft mit einem Swap-Vertrag als „konnex“ gelten kann. Darüber hinaus haben sich die Bundesrichter vertieft mit der Frage der Vorteilsanrechnung befasst.

Im Ausgangspunkt wiederholt der Senat den bisherigen Stand seiner „Marktwert-Rechtsprechung“: Danach müssen beratende Banken über den anfänglich negativen Marktwert eines Swap-geschäfts aufklären, wenn sie zugleich Swap-Vertragspartner sind. Die Aufklärungspflicht besteht nach Auffassung des BGH indes nicht, sofern Swap- und Kreditvertrag „konnex“ sind (vgl. schon BGH, Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BKR 2015, 371-380).

Als zentralen Grund für die Aufklärungspflicht wiederholt der BGH seine fragwürdige Prämisse, wonach der Kunde davon ausgehe, dass die beratende Bank bei für sie günstigem Verlauf der Zinswette in Höhe der Zinsdifferenz verdiene. Daher könne der Kunde das Einstrukturieren der Bruttomarge in die Risikostruktur des Swap-Vertrags bei der gebotenen normativ-objektiven Betrachtungsweise unabhängig von den Bedingungen des Swap-Geschäfts nicht erkennen.

Es fehlt auch im aktuellen BGH-Urteil jedwede Erläuterung für die vom Senat zu Grunde gelegte normativ-objektive Betrachtungsweise. Es bleibt daher nicht nachvollziehbar, weshalb ein Kunde

annehmen sollte, dass die ihn beratende Bank gegen ihn „zockt“ und damit ihren Ertrag nur im (ungewissen) Falle eines Verlustes des Kunden erzielt. Bei einer solchen Annahme des Kunden müsste dieser – bei normativ-objektiver Betrachtungsweise – offenkundig von einem sehr schwerwiegenden Interessenkonflikt der Bank ausgehen. Entweder müsste der Kunde annehmen, dass die Beratung seiner Bank schlecht war und diese ihm ein verlustbringendes Finanzinstrument empfohlen hat – wie sonst hätte die Bank bei der vom BGH unterstellten normativ-objektiven Betrachtungsweise einen Ertrag erzielen sollen? Oder aber der Kunde müsste annehmen, dass die Bank ihn gegen ihre eigenen Interessen beraten hat, indem sie ihm ein Erfolg versprechendes Finanzinstrument empfohlen hat, welches bei der vom BGH unterstellten normativ-objektiven Betrachtungsweise für die beratende Bank dann allerdings zu Verlusten führen müsste. Die zweite Alternative kommt bei der gebotenen normativ-objektiven Betrachtungsweise nicht ernsthaft in Betracht, weil Kunden nicht annehmen werden, dass Banken gegen ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen beraten. Damit verbleibt unter Berücksichtigung der vom BGH zugrunde gelegten Prämisse nur die erste Alternative, bei welcher der Kunde auch bereits ohne Aufklärung über den anfänglich negativen Marktwert von einem schwerwiegenden Interessenkonflikt der Bank ausgeht. Einer Pflicht zur Aufklärung über anfänglich negative Marktwerte zur Information des Kunden über einen vermeintlich schwerwiegenden Interessenkonflikt der Bank bedürfte es in diesem Fall konsequenterweise nicht mehr (Bausch, WM 2016, S. 247, 251).

Im Ergebnis ist allerdings schon die Grundprämisse des BGH, welche die Aufklärungspflicht rechtfertigen soll, nicht belastbar. Näher hätte bei normativ-objektiver Betrachtungsweise die Annahme des Kunden gelegen, dass die Bank ihren Ertrag durch die Gestaltung der Vertragsparameter erzielt, wie dies auch bei jedem Darlehensvertrag der Fall ist.

II. Ausnahme von der Aufklärungspflicht: „Konnexität“

Bereits mit Urteil vom 28.4.2015 (Az. XI ZR 378/13, BKR 2015, 371-380) hatte der XI. Senat beratende Banken ausnahmsweise dann nicht für verpflichtet gehalten, den Kunden über den anfänglich negativen Marktwert eines mit ihnen selbst vereinbarten Swapgeschäfts aufzuklären, welches der Absicherung gegenläufiger Zins- oder Währungsrisiken aus konnexen Grundgeschäften dient. Unsicherheit bestand nach Verkündung dieses Urteil allerdings im Hinblick auf die Frage, wann eine die Aufklärungspflicht ausschließende hinreichende Konnexität zwischen Swapgeschäft und zu Grunde liegendem Darlehensvertrag besteht. Doch wird auch das jüngste Urteil vom 22.3.2016 trotz weiterer Konkretisierungen letzte Zweifel nicht beseitigen können.

Im Grundsatz besteht nach Auffassung der Bundesrichter dann eine hinreichende Konnexität zwischen Swap-Vertrag und Darlehensvertrag, wenn es bei wirtschaftlicher Betrachtung ausschließlich darum geht, die Parameter eines konkreten Kreditverhältnisses abzuändern, wobei Ausgangs- und Bezugspunkt ein bei der beratenden Bank unterhaltener, bestehender oder zeitgleich abgeschlossener Darlehensvertrag und dessen Bedingungen sein müssen (BGH, Ur. v. 22.3.2016 – XI ZR 425/14, Rz. 28).

Diese erste Bedingung für die Konnexität – Identität zwischen Swap-Vertragspartner und Kreditgeber – überrascht. Denn der XI. Senat spricht damit von vornherein sämtlichen Swapgeschäften eine Konnexität zu Kreditverträgen ab, die nicht mit der den Vertrag abschließenden (und beratenden) Bank vereinbart wurden. Eine Begründung hierfür sucht man in dem Urteil vergeblich. Dabei ist diese Beschränkung der Konnexität sehr erklärungsbedürftig. Sie

steht in diametralem Widerspruch zum Sinn und Zweck von Derivaten, als rechtlich selbständige Finanzinstrumente flexibel und insbesondere unabhängig von dem Kreditvertragspartner abgeschlossen und eingesetzt werden zu können. Es ist völlig üblich, dass Kunden bei einer Bank Kreditverbindlichkeiten abschließen und – teils unter Ausschreibung – mit anderen Banken sodann Swap-Verträge vereinbaren.

Insbesondere auch unter Berücksichtigung der zentralen, allerdings schon im Ausgangspunkt sehr fragwürdigen Prämisse des XI. Senats für die Aufklärungspflicht in Bezug auf anfänglich negative Marktwerte ist die Beschränkung der Konnexität auf die Identität zwischen Swap-Vertragspartner und Kreditgeber nicht nachvollziehbar. Ein Kunde, der sich zwecks synthetischer Umwandlung eines bestimmten Festzinskredits in einen variabel verzinslichen Kredit an seine Beraterbank wendet, soll bei Identität zwischen Kreditgeber und Swap-Vertragspartner davon ausgehen, dass die Bank ihren Ertrag über eine Bruttomarge verdient, nicht aber ausschließlich bei einem für sie günstigen Verlauf der Zinswette. Dies lässt die Pflicht zur Aufklärung über den anfänglich negativen Marktwert des Swapgeschäfts entfallen. Weshalb aber sollte derjenige Kunde, der sich mit genau demselben Ziel der synthetischen Kreditumwandlung an seine Beraterbank wendet, die nicht zugleich Vertragspartnerin des Kreditgeschäfts ist, nun annehmen, die ihn beratende Bank realisiere einen Ertrag aus den Verlusten des Kunden, was die Grundprämisse des BGH für die Aufklärungspflicht ist?

Auch bei Divergenz zwischen Swap-Vertragspartner und Kreditbank geht der beratene Kunde, der die synthetische Gestaltung eines oder mehrerer bestimmter Kreditverbindlichkeiten mittels Swapvertrags wünscht, bei normativer-objektiver Betrachtungsweise nicht von einer Zinswette aus. Im Vordergrund steht vielmehr der Abschluss eines Swapvertrags, welcher zu demjenigen Kreditvertrag passt, für welchen der Kunde die (synthetische) Änderung wünscht. Dieses konkrete Ziel steht – bei normativer-objektiver Betrachtungsweise des Kunden – der Annahme einer Zinswette diametral entgegen. Auf die Identität zwischen Swap-Vertragspartner und Kreditbank kommt es insoweit nicht maßgeblich an.

Über die Identität zwischen Swap-Vertragspartner und Kreditbank hinaus verlangt der XI. Senat für die Annahme einer Konnexität des Weiteren, dass es bei wirtschaftlicher Betrachtung ausschließlich darum geht, die Parameter eines konkreten Kreditverhältnisses abzuändern (Rz. 28). Diese Voraussetzung ist als Ausnahmetatbestand von der grds. bestehenden Aufklärungspflicht über anfänglich negative Marktwerte durch die beratende Bank nachvollziehbar. Denn wenn ein beratener Kunde nach dem Verständnis des BGH im Ausgangspunkt annimmt, die ihn beratende Bank erziele einen Ertrag nicht im Wege einer Handelsspanne, sondern durch die Verluste des Kunden, dürfte ein verständiger Kunde von einer solchen „Zinswette“ jedenfalls dann nicht mehr ausgehen, wenn es um die synthetische Gestaltung eines Kreditvertrags geht (Bausch, WM 2016, 247, 252).

Insoweit dürfte der vom BGH konkretisierte Ausnahmetatbestand auch dann Anwendung finden, wenn der Kunde durch ein einziges Swapgeschäft eine synthetische Gestaltung für mehrere Darlehen vornimmt, solange die vom BGH in Rz. 28 seines Urteils vom 22.3.2016 aufgestellten Kriterien nach wie vor erfüllt sind (hinsichtlich Bezugsbetrag, Laufzeit/Zinsbindung, Zinssatz). Da der BGH richtigerweise auch im Falle einer partiellen Absicherung eine Konnexität annimmt, lässt sich eine solche bei richtiger Abstimmung des Swapgeschäfts auf mehrere Darlehen in der Praxis auch umsetzen.

Die vom BGH aufgestellten Grundsätze für die Annahme von Konnexität lassen sich ohne weiteres auch auf Fallgestaltungen anwenden, bei denen der Kunde ein in Euro valutierendes Darlehen

in der Vergangenheit synthetisch in ein Fremdwährungsdarlehen umgewandelt hat, um an dem niedrigeren Zinsniveau für die Fremdwährung zu partizipieren. Dies war für zahlreiche Euro/Schweizer Franken Cross Currency Swaps der Fall. Auch insoweit geht ein Kunde, wenn das Swapgeschäft hinreichend auf einen konkreten oder mehrere konkrete Kredite abgestimmt ist, nicht von einer Zinswette aus, sondern von der synthetischen Gestaltung eines Kreditvertrags.

Wengleich in Rz. 28 des BGH-Urteils die Rede davon ist, dass Ausgangs- und Bezugspunkt für die wirtschaftliche Betrachtung einer synthetischen Kreditgestaltung ein Darlehensvertrag sein müsse, dürften die vom XI. Senat entwickelten Grundsätze für eine Konnexität auch dann anwendbar sein, wenn ein Kunde bereits eine synthetische Kreditgestaltung vorgenommen hat und diese durch den Abschluss eines weiteren Derivats modifiziert. Dies wäre bspw. der Fall beim nachträglichen Kauf eines Zins-Caps für einen Festzinskredit, der zuvor mittels Festzinsempfänger-Swaps synthetisch in einen variabel verzinslichen Kredit umgewandelt worden war. Selbiges würde aber auch dann gelten, wenn ein Kunde einen solchen, synthetisch gestalteten variabel verzinslichen Kredit durch den Abschluss eines passenden Festzinszahler-Swaps wirtschaftlich wieder in ein Festzinsdarlehen umwandelt („Derivat auf Derivat“). Solange durch eine entsprechende Gestaltung der betreffenden Vertragsparameter sichergestellt ist, dass auch ein weiteres Derivat zu einer jedenfalls partiellen synthetischen Kreditgestaltung führt, wäre auch das weitere Derivat als konnex zu bezeichnen.

Schließlich stellt sich nach dem jüngsten BGH-Urteil die Frage, wer – Kunde oder beratende Bank – die Darlegungs- und Beweislast für die Konnexität zwischen Derivat und Kreditvertrag tragen soll. Einige Formulierungen im Urteil deuten darauf hin, dass es sich bei der Konnexität um einen Ausnahmetatbestand handelt, für den die beratende Bank darlegungs- und beweisbelastet ist (bspw. Rz. 26 des Urteils: *„Die Pflicht der Beklagten, über die Einpreisung des anfänglichen negativen Marktwerts aufzuklären, entfiel... auch nicht unter dem Aspekt einer konnexen Verknüpfung...“*; Rz. 28 des Urteils: *„Daraus folgt, dass über den in der Einpreisung des anfänglichen negativen Marktwerts liegenden schwerwiegenden Interessenkonflikt ausnahmsweise nicht aufzuklären ist...“*). Demgegenüber behandelt der XI. Senat das Fehlen konnexer Grundgeschäfte in Rz. 24 seines Urteils als Tatbestandsvoraussetzung für die Aufklärungspflicht (*„Die Verpflichtung,... das Einpreisen einer Bruttomarge zu offenbaren, sofern es wie hier an konnexen Grundgeschäften fehlt, folgt vielmehr...“*).

Unter Berücksichtigung der Begründung der Bundesrichter für die Aufklärungspflicht ist richtigerweise der Kunde für die mangelnde Konnexität zwischen Swapvertrag und Kreditvertrag darlegungs- und beweisbelastet. Denn die Aufklärungspflicht folgt aus einem schwerwiegenden Interessenkonflikt, der nach der Auffassung des BGH dadurch bedingt ist, dass der Kunde bei nicht-konnexen Swap-Geschäften bei der gebotenen normativ-objektiven Betrachtungsweise von einer Zinswette ausgeht. Die mangelnde Konnexität ist damit zwingend Tatbestandsvoraussetzung für die Aufklärungspflicht. Beweiserleichterungen bzw. eine sekundäre Darlegungslast kommen im Hinblick auf die mangelnde Konnexität nicht in Betracht, weil der Kunde anhand der ihm typischerweise vorliegenden Vertragsunterlagen ohne weiteres selbst in der Lage ist, zur mangelnden Konnexität vorzutragen.

III. Zur Vorteilsausgleichung

Die vom BGH in seinem Urteil vom 22.3.2016 konkretisierten Grundsätze für die Vorteilsanrechnung sind nicht überraschend. Da

eine Vorteilsausgleichung nicht mit dem Argument vorgenommen werden kann, dass mehrere Swapgeschäfte unter ein und demselben Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte abgeschlossen wurden, müssen die allgemeinen Grundsätze der Vorteilsanrechnung zur Anwendung kommen.

Praktisch relevant sind diejenigen Fälle, in denen ein Kunde ein mit einem negativen Marktwert belastetes Swapgeschäft vorzeitig beendet und zugleich ein neues abschließt, wobei der Auflösungspreis für das Altgeschäft mit dem neuen Geschäft „verrechnet“ wird. Die Tücke liegt hier allerdings im Detail. Soweit das Altgeschäft nicht an einem Beratungsfehler krankt, steht einer Vorteilsanrechnung nichts im Wege. Für das sensible Thema der Marktwertaufklärung wird es in den meisten Fällen allerdings so sein, dass die beratende Bank eine entsprechende Aufklärung auch bei dem aufzulösenden Swapgeschäft nicht vorgenommen hat. Ob der Bank die Vorteilsanrechnung nun aber versagt wird, hängt von der rechtlichen Ausgestaltung der Auflösung des Altgeschäfts und des Abschlusses des Neugeschäfts ab. Einigen sich Kunde und Bank bei der Auflösung des mit einem negativen Marktwert belasteten Altgeschäfts auf eine Auflösung ohne Zahlung des Auflösungspreises durch den Kunden, kommt eine Vorteilsanrechnung unter Zugrundelegung der Ausführungen des BGH in Rz. 45 des Urteils nicht in Betracht. Anders dürfte freilich zu entscheiden sein, wenn Kunde und Bank das Altgeschäft zu dem negativen Auflösungspreis beenden und der Kunde zur Zahlung dieses negativen Auflösungspreises die Anfangszahlung („up front Zahlung“) des Neugeschäfts verwendet, die ihm die Bank zuvor ohne rechtliche Bindung an einen konkreten Zweck überwiesen hat. Denn in diesem Fall handelt es sich rechtlich um zwei getrennte Vorgänge: das Altgeschäft endet für den Kunden mit der Zahlung des negativen Auflösungspreises. Ob er hierfür von der Bank wegen eines ursprünglichen Beratungsfehlers noch Schadensersatz verlangen kann, richtet sich u. a. nach dem allgemeinen Verjährungsrecht. Das Neugeschäft hingegen ist schadensrechtlich unter Berücksichtigung der saldierten Zahlungen aus dem Neugeschäft zu berücksichtigen. Hierzu zählt selbstverständlich auch eine Anfangszahlung, die ein Kunde deshalb erhält, weil das Neugeschäft einen über die übliche Bruttomarge hinausgehenden anfänglichen negativen Marktwert aufweist, der letztlich nur den Sinn hatte, die anfängliche Zahlung zu ermöglichen. Dass diese Art der wirtschaftlichen Gestaltung des Neugeschäfts dem Kunden im Ergebnis die Zahlung des negativen Auflösungspreises aus dem Altgeschäft ermöglichen soll, ändert nichts daran, dass eine Anwendung des Rechtsgedankens von § 214 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht möglich ist. Denn die Zahlung der Bank erfolgt in diesem Fall eindeutig auf den Rechtsgrund „Neugeschäft“. Sie ist geschuldet wegen einer eigenständigen Swapvereinbarung, welche diese Zahlung ausdrücklich vorsieht.

IV. Fazit

Mit seinem vierten Swap-Urteil lichten sich die zahlreichen Diskussionspunkte in Sachen Aufklärungspflicht über anfänglich negative Marktwerte wieder ein wenig. Für die Praxis überraschend dürfte die vom BGH erstmals aufgestellte Voraussetzung einer Identität zwischen Swap-Vertragspartner und Darlehensgeber sein, um von konnexen Swapgeschäften sprechen zu können, die nicht der Pflicht zur Aufklärung über anfänglich negative Marktwerte unterliegen. Diese Anforderung ist nicht gerechtfertigt. Sie dürfte in den überwiegenden Fallkonstellationen nicht erfüllt sein. Für noch nicht rechtshängige Fälle dürfte sich hieraus dennoch kein ernsthaftes Haftungsrisiko mehr für die Banken ergeben. Denn bei den meisten Kunden – dies gilt erst Recht für Unternehmen und Kom-

munen – dürfte sich aufgrund der ausführlichen Presseberichterstattung über zahlreiche Rechtsstreitigkeiten zu Swapgeschäften schon vor Jahren herumgesprochen haben, dass Swapgeschäfte im Zeitpunkt ihres Abschlusses in aller Regel einen anfänglich negativen Marktwert haben. Für Kunden, die seit dem ersten Swap-Urteil des BGH im Jahr 2011 nicht verjährungshemmend tätig geworden sind, dürfte es schon unter Anwendung des allgemeinen Verjährungsrechts (§§ 195, 199 BGB) heute zu spät sein.

Zu den Grenzen der Wissenszurechnung

§§ 166, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB; 93 Abs. 1 Satz 3, 116 Satz 1 AktG

Leitsätze des Gerichts:

1. Einer Bank kann das Wissen ihres Prokuristen, das dieser als Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft erlangt hat und das dessen Verschwiegenheitspflicht gem. § 116 Satz 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG unterliegt, nicht zugerechnet werden.

2. Ein Mitglied eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft kann nicht im Vorhinein für einen bestimmten Themenbereich generell von der Schweigepflicht entbunden werden.

3. Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft ist nicht befugt, über die Offenbarung vertraulicher Angaben und Geheimnisse zu befinden.

BGH, Urte. v. 26.4.2016 – XI ZR 108/15 (Vorinstanzen: OLG München, LG München)

Zum Sachverhalt:

[1] Die Kläger begehren von der Beklagten Schadensersatz wegen behaupteter fehlerhafter Anlageberatung durch Mitarbeiter der inzwischen insolventen A AG.

[2] Die Kläger beantragten am 2.8.2006 über das Wertpapierhandelshaus D AG, der Rechtsvorgängerin der A AG (nachfolgend einheitlich: A AG), bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten, einer Direktbank (nachfolgend: Beklagte), die während des Revisionsverfahrens auf die Beklagte verschmolzen worden ist, die Eröffnung eines „Depotkontos unter Einschluss eines Finanzdienstleisters“ (sog. Zins-Plus-Konto). Am selben Tag unterzeichneten die Kläger eine Transaktionsvollmacht zugunsten der A AG. Bei dem Zins-Plus-Konto handelte es sich um ein Tagesgeldkonto mit einer jährlichen Verzinsung der Einlage von 4,5 %, das zwingend mit einem Depotvertrag zur etwaigen Einbuchung von Wertpapieren verbunden war. Der Vertragszins von 4,5 % lag über dem Marktzins. Zwischen der A AG und der Beklagten war vereinbart, dass in ihrem Verhältnis die Beklagte lediglich den Marktzins zu zahlen hatte und die A AG die Differenz zu den an die Kunden zu zahlenden 4,5 % an die Beklagte zahlen musste. Im Kontoeröffnungsantrag vom 2.8.2006 heißt es auszugsweise:

„V. Ausschluss der Anlageberatung

Die ... bank erfüllt lediglich ihre gesetzlichen Aufklärungs- und Erkundigungspflichten und führt Aufträge aus. Die ... bank spricht weder Empfehlungen für den Kauf oder Verkauf von Wertpapieren aus noch bietet die Bank Beratungsleistungen.“

[3] In der der A AG eingeräumten Transaktionsvollmacht vom gleichen Tag heißt es weiter:

„1. Ausschluss der Anlageberatung durch die ... bank; keine Prüfung von Transaktionen des/der Bevollmächtigten.

Im Rahmen dieser Geschäftsbeziehung erfüllt die ... bank lediglich ihre gesetzlichen Aufklärungs- und Erkundigungspflichten und führt Aufträge aus. Die ... bank gibt weder Empfehlungen für den Kauf oder Verkauf von Wertpapieren noch bietet sie Beratungsleistungen. Auf Beratungsleistungen und Anlageentscheidungen des/der Bevollmächtigte/n hat die ... bank keinen Einfluss; die im Rahmen der Rechtsbeziehung Kunde-Bevollmächtigte/r gemachten Angaben und Vorgaben kennt die ... regelmäßig nicht.

Die ... bank kontrolliert daher nicht die Einhaltung von Anlagevorgaben des/der Kunden gegenüber dem/der Bevollmächtigten. Die ... bank ist an Anlageentscheidungen und Vermögensdispositionen nicht beteiligt; sie kann die Einhaltung von Vereinbarungen zur Art und Weise der Vermögensanlage nicht überprüfen.

3. Rechtsstellung des/der Bevollmächtigten

Der/die Bevollmächtigte ist nicht zur Abgabe von Erklärungen im Namen der ... bank berechtigt, er/sie wird nicht im Auftrag der ... bank tätig.“

[4] Am 2.8.2006 schlossen die Kläger mit der A AG einen Vermögensverwaltungsvertrag, den sie am 7.4.2008 wieder kündigten. Vor Abschluss des Vertrages wurden die Kläger durch einen Mitarbeiter der A AG beraten.

[5] In der Zeit vom 16.8.2006 bis zum 16.1.2009 kaufte die A AG für die Kläger Wertpapiere für insgesamt 34 752,64 €, u. a. die folgenden:

- Inhaber-Teilschuldverschreibungen der H im Nennwert von 4 000 € am 7.4.2008 zu 3 911,15 €
- Inhaber-Teilschuldverschreibungen der Ko AG im Nennwert von 4 000 € am 7.4.2008 zu 4 027,87 €
- Inhaber-Genussscheine der D AG im Nennwert von 4 200 € am 7.4.2008 zu 4 496,60 €

[6] Nach zwischenzeitlichem Verkauf eines Teils der Wertpapiere für 16 151,26 € verlangen die Kläger unter Anrechnung von Ausschüttungen i. H. v. 849,83 € im Wege des Schadensersatzes zuletzt noch Zahlung von 17 751,55 € nebst Zinsen Zug-um-Zug gegen Übertragung der dazugehörigen Wertpapiere, die Zahlung entgangener Anlagezinsen i. H. v. 3 339,85 € nebst Zinsen sowie die Feststellung des Annahmeverzugs. Hierbei berufen sie sich auf Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen der A AG, für die die Beklagte ihrer Ansicht nach aus verschiedenen Rechtsgründen einzustehen habe.

[7] Das LG hat die ursprünglich umfangreichere Klage insoweit durch Teilurteil abgewiesen. Im Berufungsverfahren haben die Kläger die vom LG nicht beschiedenen Anträge und einen Teil der Berufung zurückgenommen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 11 855,69 € nebst Zinsen Zug-um-Zug gegen Rückübertragung der betroffenen Wertpapiere verurteilt, den diesbezüglichen Annahmeverzug der Beklagten festgestellt und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen.

[8] Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

A.

I.

[9] Das Verfahren ist nicht unterbrochen. Da die Rechtsvorgängerin der Beklagten durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten war, trat die Beklagte aufgrund der Verschmelzung als Gesamtrechtsnachfolgerin gem. § 246 Abs. 1 ZPO ohne Unterbrechung des Verfahrens kraft Gesetzes in den Prozess ein (vgl. BGH, Urte. v. 1.12.2003 – II ZR 161/02, BGHZ 157, 151, 154 f.). Die Aussetzung des Verfahrens ist nicht beantragt worden.

II.

[10] Die Revision ist zulässig, insbesondere gem. § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO aufgrund der Zulassung durch das Berufungsgericht statthaft. Dieses hat die Revision entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht nur beschränkt auf die depotvertragliche Haftung der Beklagten kraft Wissenszurechnung zugelassen.

[11] 1. Eine Beschränkung der Revision auf einzelne Rechtsfragen oder Anspruchselemente ist unzulässig. Anerkanntermaßen hat das Berufungsgericht aber die Möglichkeit, die Revision nur hinsichtlich eines tatsächlich und rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teils des Gesamtstreitstoffs zuzulassen, auf den auch die Partei selbst die Revision beschränken könnte (st. Rspr.; vgl. nur Sen. Urte. v. 16.10.2012 – XI ZR 368/11, juris RdNr. 18 und vom 4.3.2014 – XI ZR 178/12, BKR 2014, 245 RdNr. 21; BGH, Beschl. v. 16.12.2010 – III ZR 127/10, WM 2011, 526 RdNr. 5; jeweils m. w. Nachw.).

[12] Voraussetzung hierfür ist eine Selbständigkeit des von der Zulassungsbeschränkung erfassten Teils des Streitstoffs in dem