



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XI ZR 425/14

Verkündet am:  
22. März 2016  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 311, 320 ff., 280 Abs. 1

Zu den Voraussetzungen der Konnexität von Grundgeschäft und Gegengeschäft bei Abschluss von Zinnsatz-Swap-Verträgen (Fortführung von Senatsurteilen vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 26 und vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 42).

BGH, Urteil vom 22. März 2016 - XI ZR 425/14 - OLG Köln  
LG Köln

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Joeres und Dr. Matthias sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Dauber

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teilverzichts- und Schlussurteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 13. August 2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 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 rund 16.000 Einwohnern, stand mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (künftig einheitlich: Beklagte), einer Landesbank, in ständiger Geschäftsbeziehung. Am 5. September 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. November 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. Januar 2014 bis zum 30. Juli 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. Januar 2014. Die Klägerin erlangte bislang aus dem Vertrag 36.973,48 €. Sie selbst leistete keine Zahlungen an die Beklagte.

4 Am 12. März 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. März 2008 bis zum 15. März 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 in Höhe von 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 in Höhe von 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 in Höhe von 45.000 €, während sie an die Beklagte insgesamt 207.375 € zu zahlen hatte. Davon steht ein Teilbetrag in Höhe von 29.625 € noch offen.

5 Am 16. November 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. Dezember 2009 bis zum

30. Dezember 2019 haben. Nach diesem Vertrag war die Beklagte zur Zahlung eines festen Zinses in Höhe von 3% p.a. verpflichtet. Die Klägerin schuldete 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" Nettozahlungen in Höhe von 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 in Höhe von mindestens rund 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 Landgericht in Höhe von 1.357.435,82 € zuzüglich 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 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.

Entscheidungsgründe:

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 Bundesgerichtshofs kann sich eine Beschränkung der Revisionszulassung auch aus den Urteilsgründen ergeben (Senatsurteil vom 1. Juli 2014 - XI ZR 247/12, WM 2014, 1621 Rn. 13; Senatsbeschlüsse vom 8. Mai 2012 - XI ZR 261/10, WM 2012, 1211 Rn. 6 und vom 22. September 2015 - XI ZR 116/15, NJW 2015, 3441 Rn. 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 (Senatsurteil vom 29. November 2011 - XI ZR 370/10, WM 2012, 164 Rn. 8 mwN), auf die von ihm formulierte Rechtsfrage beschränken zu wollen. Die von der Beklagten vorsorglich erhobene Nichtzulassungsbeschwerde ist damit gegenstandslos (Senatsurteil vom 10. Mai 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 in Höhe von 1.357.435,82 € zuzüglich 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 Beklagten 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. November 2009 geschlossenen "CHF-Plus-Swap" sei § 37a WpHG in der bis zum 4. August 2009 geltenden Fassung (künftig: aF) in Verbindung mit § 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. November 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 § 37a WpHG aF 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 im Sinne eines vorsätzlichen Organisationsverschuldens vorzuwerfen und damit noch keine Verjährung nach § 37a WpHG aF 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 (Senatsurteile vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128, vom 22. März 2011

- XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 19 und vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 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 (Senatsurteile vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 30 ff. und vom 20. Januar 2015 - XI ZR 316/13, WM 2015, 575 Rn. 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 gegebenenfalls 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 (Senatsurteile vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 31 ff., vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 33 ff. und vom 20. Januar 2015 - XI ZR 316/13, WM 2015, 575 Rn. 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 gemäß § 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 unstrittig. 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. Ausgangs- 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 mindestens im Sinne einer partiellen Absicherung gegenläufiger Zinsrisiken (Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 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 ge-

schuldeten 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 Rn. 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/Mülbert/Wittig, Bankrechtstag 2015, S. 163, 179 ff.; Cramer/Lang/Schulz, BKR 2015, 380, 382; Ludwig/Clouth, NZG 2015, 1369, 1375; Kräfft, 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 Klageerwiderung 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 im Sinne 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. Januar 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 (Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 44).
- 35 Das Vorbringen der Beklagten, die für die Klägerin verantwortlich Handelnden hätten in Kenntnis des Einpreisens 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 abschlossen, weil sie die Verluste aus früheren Ge-

schäften 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 Vorgesäfte 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 Bundesgerichtshofs kann der Informationspflichtige dem Geschädigten grundsätzlich nicht nach § 254 Abs. 1 BGB entgegenhalten, er habe den Angaben nicht vertrauen dürfen und sei deshalb für den entstandenen Schaden mitverantwortlich (Senatsurteil vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 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 (Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 85 mwN).

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 verbleiben, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind (vgl. Senatsurteile vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 85, vom 13. November 2012 - XI ZR 334/11, WM 2013, 24 Rn. 21 und vom 23. Juni 2015 - XI ZR 536/14, WM 2015, 1461 Rn. 22 mwN). 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 (Senatsurteil vom 28. Januar 2014 - XI ZR 42/13, BKR 2014, 247 Rn. 15). Derartige Vorteile können auch in der Vermeidung anderweitiger Verluste liegen, die der Geschädigte ohne das schadenstiftende Ereignis erlitten hätte (vgl. Senatsurteil vom 23. Juni 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 rückabzuwi-

ckelnden Geschäft steht, kann sich daraus ein vom Schädiger darzulegender und zu beweisender (Senatsurteil vom 23. Juni 1992 aaO) 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 schuldhafte 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 gemäß 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, § 37a WpHG aF 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. Oktober 2004 und dem 19. Januar 2007 geltenden Fassung (künftig: aF) waren zu Spekulationszwecken geschlossene Zinssatz-Swap-Verträge Derivate im Sinne der Begriffsbestimmungen des Wertpapierhandelsgesetzes und damit Finanzinstrumente gemäß § 2 Abs. 2b Satz 1 WpHG aF. Die Beratung bei der Anlage in solche Swap-Geschäfte war Wertpapiernebendienstleistung gemäß § 2 Abs. 3a Nr. 3 WpHG aF (vgl. nur KölnKommWpHG/Versteegen, 2007, § 2 Rn. 51). Eine Pflichtverletzung bei der Beratung unterfiel dem Anwendungsbereich des § 37a WpHG aF.

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 Prozessöko-

nomie, entfällt die Rechtfertigung der Einwendung, wenn ein zweiter Prozess auf Rückgewähr im Hinblick auf § 214 Abs. 1 BGB erfolgreich nicht mehr durchgeführt werden könnte (Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 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 im Sinne des § 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 (Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/15, BGHZ 205, 117 Rn. 49 f. mwN).

### 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 (Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 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, gemäß § 37a WpHG aF verjährt ist. Die dreijährige Verjährungsfrist lief mit Abschluss des Vertrags am 9. November 2006 an und am 9. November 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 Vorsatzhaftung getroffen, die ihrerseits nicht unter die Verjährungsfrist des § 37a WpHG aF fällt. Damit kann der Senat zur Verjährung nicht durcherkennen (vgl. Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 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. Senatsurteile vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 50, vom 28. April 2015 - XI ZR 378/15, BGHZ 205, 117 Rn. 81 und vom 15. Juli 2014 - XI ZR 418/13, WM 2014, 1670 Rn. 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 - gegebenenfalls in der Zusammenschau

mit weiteren Umständen - dafür spricht, die Klägerin hätte das Einpreisen einer Bruttomarge wegen der mit den Auflösungsverträgen verbundenen Vorteile hingenommen.

Ellenberger

Joeres

Matthias

Menges

Dauber

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 12.03.2013 - 21 O 472/11 -

OLG Köln, Entscheidung vom 13.08.2014 - 13 U 128/13 -