



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

XI ZR 354/14

Verkündet am:  
26. Juli 2016  
Weber,  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juli 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ellenberger, die Richter Maihold und Dr. Matthias sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Dauber

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. Juni 2014 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt die Feststellung, der Beklagten, die für die W. AG bzw. P. AG in den Rechtsstreit eingetreten ist, aus drei Swap-Verträgen nichts mehr zu schulden. Die Beklagte macht widerklagend Zahlungsansprüche geltend.
- 2 Die Rechtsvorgängerin der Beklagten (künftig einheitlich: Beklagte) stand mit der Klägerin, einer Stadt in Nordrhein-Westfalen mit rund 34.000 Einwohnern, in Geschäftsbeziehungen.
- 3 Am 14. März 2005 schlossen die Parteien einen (Formular-) "Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte".

4 Auf der Grundlage dieses Rahmenvertrags schlossen die Parteien verschiedene Einzelverträge. Drei dieser Einzelverträge, die Gegenstand des Rechtsstreits sind, gestalteten sich wie folgt:

5 Am 6. März 2009 einigten sich die Parteien auf einen Zahler-Swap mit einer Laufzeit vom 30. März 2011 bis zum 30. März 2050. Die Klägerin traf die Verpflichtung, einen festen Zinssatz in Höhe von 4,1% p.a. auf einen Bezugsbetrag von anfänglich 1.936.860,15 € zu zahlen. Die Beklagte traf eine Verpflichtung zur Leistung eines variablen Zinses in Höhe des 6-Monats-Euribors auf einen Bezugsbetrag von ebenfalls anfänglich 1.936.860,15 €.

6 Am 27. August 2009 kamen die Parteien überein, miteinander einen CHF-Plus-Swap zu schließen. Dieser CHF-Plus-Swap hatte eine Laufzeit vom 30. September 2010 bis (zunächst) zum 30. März 2017. Die Klägerin verpflichtete sich zur Zahlung eines Zinses ("variabler Satz") von 3,26% zuzüglich des zweifachen "Basis-Satzes" nach der Formel

$$(1,415 - \text{€/CHF-Devisenkassakurs}) : \text{€/CHF-Devisenkassakurs} \times 100\%$$

auf einen Bezugsbetrag von anfänglich 4.425.207,22 €. Sofern der €/CHF-Devisenkassakurs größer oder gleich 1,595 oder der "variable Satz" an einem Feststellungstag kleiner oder gleich 3,26% p.a. war, sollte die Klägerin zur Zahlung eines festen Zinses in Höhe von 3,26% p.a. verpflichtet sein. Die Beklagte übernahm die Verpflichtung, einen festen Zinssatz von 3,76% p.a. auf einen Bezugsbetrag von anfänglich 4.425.207,22 € zwischen dem 30. September 2010 und dem 30. März 2015 zu zahlen. Anschließend schuldete die Beklagte Zinsen in Höhe eines variablen Zinssatzes nach Maßgabe des 6-Monats-Euribors auf den Bezugsbetrag.

7 Ebenfalls am 27. August 2009 schlossen die Parteien einen CMS-Korridor-Swap mit einer Laufzeit vom 30. September 2013 bis zum

30. September 2035. Die Klägerin verpflichtete sich zur Zahlung eines Zinses ("variabler Satz") von 3,95% zuzüglich eines Aufschlags<sub>1</sub> oder eines Aufschlags<sub>2</sub>, wobei sich der Aufschlag<sub>1</sub> nach der Formel  $\text{Aufschlag}_1 = 7 \times (\text{Basis-Satz 2} - 11\%)$  und der Aufschlag<sub>2</sub> nach der Formel  $\text{Aufschlag}_2 = 7 \times (2,75\% - \text{Basis-Satz 2})$  berechnen sollten. Der Bezugsbetrag war anfänglich 4.403.614,61 €. Der Basis-Satz 2 war definiert als "10-Jahre Swaprate, wie jeweils am zweiten TARGET Bankarbeitstag vor dem Ende des jeweiligen Berechnungszeitraumes um 11:00 Uhr Frankfurter Zeit auf Reuters Seite IS-DAFIX2 (EURIBOR Basis) veröffentlicht". Zu addieren war jeweils der höhere der beiden Aufschläge. Die Klägerin sollte in keinem Fall mehr als 12,95% p.a. schulden. Die Beklagte verpflichtete sich zur Leistung von Zinsen nach einem variablen Zinssatz in Höhe des 6-Monats-Euribors auf einen Bezugsbetrag von anfänglich ebenfalls 4.403.614,61 €.

8                    Im Zuge des Abschlusses des CHF-Plus-Swaps und des CMS-Korridor-Swaps lösten die Parteien verschiedene andere Swap-Geschäfte auf, deren aus Sicht der Klägerin negative Marktwerte sie überwiegend in den CHF-Plus-Swap und ansonsten in den CMS-Korridor-Swap einpreisten.

9                    Bei sämtlichen Swap-Verträgen war der Marktwert aus Sicht der Klägerin (unstreitig) im Zeitpunkt des Abschlusses negativ. Wie hoch der anfängliche negative Marktwert war, ist nicht festgestellt. Jedenfalls über die Höhe der von ihr eingepreisten Bruttomarge unterrichtete die Beklagte die Klägerin nicht. Die Klägerin erbrachte auf den Zahler-Swap 24.648,48 €.

10                   Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 24.648,48 € nebst Zinsen verurteilt. Außerdem hat es - den unbedingten Feststellungsantrag der Klägerin einschränkend - festgestellt, die Beklagte sei "verpflichtet [...], die Klägerin von der Verpflichtung zu weiteren Zahlungen [...] freizustellen, soweit nicht diesen Zahlungen anzurechnende Vorteile" gegenüberstünden. Die Wi-

derklage der Beklagten, mit der sie rückständige Leistungen auf den Zahler-Swap in Höhe von 22.319,11 € geltend gemacht hat, hat das Landgericht abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten, mit der sie sich gegen ihre Verurteilung gewandt und ihr Zahlungsbegehren auf 23.319,11 € beziffert hat, hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihr Begehren auf vollständige Abweisung der Klage und auf Stattgabe ihrer Widerklage weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

- 11 Die Revision ist begründet. Sie führt, soweit die Parteien den Rechtsstreit nicht in der Revisionsinstanz bezüglich der Feststellungsanträge in Höhe von 23.319,11 € übereinstimmend für erledigt erklärt haben, zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

- 12 Das Berufungsgericht (OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Juni 2014 - I-14 U 96/13, juris) hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung - im Wesentlichen ausgeführt:

- 13 Die Beklagte schulde der Klägerin wegen der anlässlich des Abschlusses der Zinssatz-Swap-Verträge jeweils wiederholten Verletzung von Pflichten aus dem Rahmenvertrag bzw. einem dem Rahmenvertrag vorgelagerten Beratungsvertrag Schadensersatz, weil sie die Klägerin bei Abschluss der Swap-Geschäfte nicht objektgerecht beraten habe. Sie habe es unterlassen, die Klägerin auf den anfänglichen negativen Marktwert der Swap-Geschäfte und des-

sen Höhe hinzuweisen. Ihre Aufklärungspflicht habe die Beklagte nicht dadurch erfüllt, dass sie erklärt habe, Swap-Geschäfte verfügten überhaupt über einen sich ändernden (positiven oder negativen) Marktwert, sie habe in die Swaps jeweils eine Gewinnmarge eingepreist und verdiene an der Geld-Brief-Spanne durch Hedging-Geschäfte. Alle diese Informationen hätten nichts darüber ausgesagt, wie der Markt bei Abschluss eines Swaps dessen künftige Entwicklung prognostiziere, dass diese Prognose im anfänglichen negativen Marktwert Ausdruck finde und dieser Marktwert nicht nur die Gewinnspanne der Beklagten abbilde, sondern anzeige, dass der Markt die Wahrscheinlichkeit eines Verlusts der Klägerin - wenn auch nur aufgrund finanzmathematischer Simulationsmodelle - höher als die eines Gewinns einschätze. Ebenso wenig werde deutlich, dass die Beklagte ihre Gewinnspanne gerade dadurch realisiert habe, dass sie das Chancen-Risiko-Profil der Swaps bewusst zu Lasten der Klägerin ausgebildet habe. Die Aufklärungspflicht knüpfe dabei nicht an der mehr oder weniger komplexen Struktur des jeweiligen Swaps, aus der sich weitere Beratungspflichten ergeben könnten, sondern an der allen streitgegenständlichen Swap-Geschäften eigenen Bedeutung des anfänglichen negativen Marktwerts an.

14 Die Beklagte habe ihre Aufklärungspflichten zumindest fahrlässig verletzt. Die Vermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB habe sie nicht widerlegt. Insbesondere habe das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht, dass sich die Beklagte in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum befunden habe.

15 Die Pflichtverletzung sei für den Abschluss der Swap-Geschäfte durch die Klägerin auch ursächlich geworden. Soweit die Beklagte anderes behauptete, trage sie ins Blaue hinein vor. So lasse die Rechtsverteidigung der Beklagten zur Kausalitätsfrage bereits offen, auf wessen Einschätzung und Willensbildung es bei der Prüfung der für den Geschäftsabschluss relevanten Umstände ankommen solle. Die Klägerin entscheide und handele im Rahmen kommunaler Selbstverwaltung durch ihre Gremien sowie "durch hierarchisch strukturierte

Entscheidungsträger und Weisungsempfänger in der Verwaltung". Deshalb könne auch "der Anlageentschluss nicht schlechthin auf die Willensbetätigung einzelner Personen und deren subjektive Kenntnisse, Erfahrungen und Wertungen zurückgeführt werden". Das Vorbringen der Beklagten stehe, soweit es um die wirtschaftlichen Zusammenhänge und Auswirkungen gehe, unter der nachdrücklich vertretenen Prämisse, dass der anfängliche negative Marktwert lediglich die der Klägerin angeblich dem Grunde nach bekannte und von ihr akzeptierte Marge abbilde. Dies sei jedoch nicht der Fall. Dass die Klägerin die Geschäfte auch dann abgeschlossen hätte, wenn sie darüber aufgeklärt worden wäre, dass der Markt die Wahrscheinlichkeit eines Verlustes - wenn auch nur aufgrund finanzmathematischer Simulationsmodelle - höher als die eines Gewinns eingeschätzt und sie damit gegen die Markterwartung agiert habe, trage die Beklagte, die diese Zusammenhänge gerade in Abrede stelle, nicht vor. Die Beklagte habe durchaus auch günstigere Konditionen angeboten. Dass die Klägerin nicht (sofort) auch die für sie günstig verlaufenen Geschäfte unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes rückabzuwickeln versucht habe, widerlege die Kausalitätsvermutung ebenfalls nicht. Die Beklagte, die dies anführe, lasse "auch in diesem Zusammenhang unberücksichtigt, dass sich die Bedeutung des anfänglichen negativen Marktwerts nicht in einer gleichsam geschäftsneutralen Marge" erschöpfe, "sondern dass der Klägerin nicht hinreichend deutlich gemacht" worden sei, "dass und in welchem Umfang sie gegen die im anfänglichen negativen Marktwert abgebildeten Erwartungen des Marktes" agiere.

16 Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin sei nicht nach § 37a WpHG in der bis zum 4. August 2009 geltenden Fassung (künftig: a.F.) in Verbindung mit § 43 WpHG verjährt. Aufgrund der Einheitlichkeit des Rahmenvertrags und aller Einzelabschlüsse sowie der Schadensberechnung sei der Anspruch der Klägerin erst mit dem Abschluss (Unterzeichnung) des letzten Swaps 2009 entstan-

den. Der Rahmenvertrag habe alle Einzelgeschäfte zu einer Vertragseinheit verklammert.

II.

17            Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

18            1. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, eine erhebliche Schädigung der Klägerin wegen einer unzureichenden Information über den anfänglichen negativen Marktwert der Swap-Verträge könne hier aus der Verletzung von Pflichten aus einem vor Abschluss des Rahmenvertrags vom 14. März 2005 geschlossenen Beratungsvertrag oder aus dem Rahmenvertrag resultieren. Das trifft nicht zu. Insoweit verweist der Senat auf seine Ausführungen in seinem Urteil vom 28. April 2015 (XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 21 ff.).

19            2. Das Berufungsgericht hat weiter unrichtig angenommen, eine unzureichende Unterrichtung über den anfänglichen negativen Marktwert der Swap-Verträge stelle einen Verstoß gegen das Gebot der objektgerechten Beratung dar. Das Vorhandensein eines anfänglichen negativen Marktwerts eines Swap-Vertrags ist kein Umstand, über den die beratende Bank ihren Kunden im Rahmen der objektgerechten Beratung informieren müsste (näher Senatsurteile vom 28. April 2015 - XI ZR 278/13, BGHZ 205, 117 Rn. 30 ff. und vom 20. Januar 2015 - XI ZR 316/13, WM 2015, 575 Rn. 33 ff.). Die Verpflichtung, bei Swap-Verträgen im Zweipersonenverhältnis anlässlich einer vertraglich geschuldeten Beratung das Einpreisen einer Bruttomarge zu offenbaren, 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 aaO Rn. 33 ff., vom 20. Januar 2015 aaO Rn. 31 und vom 22. März 2016 - XI ZR 425/14, WM 2016, 821 Rn. 24). Diese Verpflichtung schließt - wie vom Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt und entsprechend den sonst vom Senat entschiedenen Fällen einer Aufklärungspflicht unter dem Gesichtspunkt eines schwerwiegenden Interessenkonflikts - die Verpflichtung zur Information über die Höhe der eingepreisten Bruttomarge ein (Senatsurteil vom 28. April 2015 aaO Rn. 41).

20                    3. Das Berufungsgericht hat außerdem die Anforderungen an die Erheblichkeit des Vortrags der Beklagten zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung überspannt. Dem Vorbringen der Beklagten war die Behauptung zu entnehmen, die verantwortlich Handelnden der Klägerin, nämlich ihr früherer Bürgermeister und drei weitere ihrer Mitarbeiter, hätten die Swap-Verträge auch in Kenntnis von Grund und Höhe des von der Beklagten eingepreisten anfänglichen negativen Marktwerts abgeschlossen. Damit hat die Beklagte die entscheidungserhebliche Tatsache - Fehlen der haftungsbegründenden Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden - unmittelbar selbst zum Gegenstand des Beweisantrags gemacht. Stellte sich der Sachvortrag in der Beweisaufnahme als richtig heraus, stünde die fehlende Kausalität der Pflichtverletzung fest. Weitere Einzelheiten oder Erläuterungen sind zur Substantiierung des Beweisantrags grundsätzlich nicht erforderlich (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 39).

21                    Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, es könne bei der Prüfung der Frage, ob die "Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens" widerlegt sei, nicht schlechthin auf die Willensbildung einzelner Personen und deren subjektive Kenntnisse, Erfahrungen und Wertungen ankommen, geht es von einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab aus. Es kommt nach § 166 Abs. 1 BGB nicht darauf an, ob "Gremien" und "hierarchisch strukturierte Entscheidungsträger" der Klägerin die Swap-Verträge auch dann geschlossen hätten, wenn sie

Kenntnis von Grund und Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts gehabt hätten. Vielmehr hätte das Berufungsgericht auf den Entschluss der für die Klägerin bei Abschluss der Swap-Verträge handelnden Vertreter abstellen müssen.

22           4. Nicht frei von Rechtsfehlern ist schließlich die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte könne der Klägerin - nur für den Zahler-Swap vom 6. März 2009 relevant - nicht entgegenhalten, das Schadensersatzbegehren der Klägerin sei gemäß § 37a WpHG a.F. i.V.m. § 43 WpHG verjährt, weil der Klägerin ein einheitlicher Schadensersatzanspruch zustehe, der erst mit Abschluss des letzten, auf dem Rahmenvertrag vom 14. März 2005 gründenden Swap-Vertrags habe anlaufen können. Auch insoweit verweist der Senat auf seine Ausführungen in seinem Urteil vom 28. April 2015 (XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 45 ff.).

### III.

23           Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Insbesondere sind die von den Parteien geschlossenen Swap-Verträge nicht nichtig (Senatsurteile vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 56 ff. und vom 22. März 2016 - XI ZR 425/14, WM 2016, 821 Rn. 51).

### IV.

24           Das angefochtene Urteil ist mithin aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

- 25           1. Gemäß den Grundsätzen, die der Senat nach Erlass des Berufungsurteils mit Urteilen vom 22. März 2016 (XI ZR 425/14, WM 2016, 821 Rn. 26 ff.) und vom 12. Juli 2016 (XI ZR 150/15, Umdruck Rn. 25) aufgestellt hat, sind die Swap-Verträge nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts und dem Vortrag der Beklagten nicht konnex mit einem Darlehen verknüpft gewesen, so dass eine Pflicht zur Belehrung über das Einpreisen eines anfänglichen negativen Marktwerts bestanden hat.
- 26           2. Entgegen der Rechtsauffassung der Revision kommt ein das Verschulden ausschließender unvermeidbarer Rechtsirrtum der Beklagten nicht in Betracht (Senatsurteile vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 39 und vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 73).
- 27           3. Der Senat kann auch nicht dahin erkennen, die Beklagte könne sich erfolgreich auf die Einrede der Verjährung berufen. Die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs der Klägerin nach § 37a WpHG a.F. käme überhaupt nur für den am 6. März 2009 geschlossenen Zahler-Swap und auch dann nur in Betracht, wenn der Beklagten lediglich eine fahrlässige Falschberatung zur Last fiele. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin indessen eine zugunsten der Beklagten unterstellt am 6. März 2012 ablaufende Verjährungsfrist durch das Anhängigmachen ihrer Klage am selben Tag, die der Beklagten innerhalb der darauf folgenden vierzehn Tage und damit demnächst zugestellt worden ist, in jedem Fall noch fristgerecht nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 167 ZPO gehemmt.
- 28           4. Im Übrigen hat das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus wiederum konsequent - keine Feststellungen getroffen, die eine Haftung wegen sonstiger Beratungspflichtverletzungen ausschließen (vgl. Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 74).

V.

29 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

30 Sollte das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten nach Maßgabe der oben dargestellten Grundsätze für unbegründet erachten, wird es zugleich die Entscheidungsformel des Landgerichts klarzustellen haben. Die Klägerin hat neben der Zahlungsklage eine negative Feststellungsklage erhoben. Entsprechend hätte das Landgericht - die teilweise Begründetheit der Klage unterstellt - auf (negative) Feststellung und nicht auf "Freistellung" erkennen müssen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 22. Januar 2013 - XI ZR 471/11, NJW-RR 2013, 948 Rn. 13 und - XI ZR 472/11, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 22. Oktober 2015 - III ZR 265/14, juris Rn. 33). Im Übrigen ist der Zusatz "soweit nicht diesen Zahlungen anzurechnende Vorteile gegenüberstehen" - anders als der Antrag der Klägerin - nicht hinreichend bestimmt, weil er offen lässt, um welche wie zu ermittelnden Vorteile es sich genau handeln soll, und sich das mit der Entscheidungsformel Gemeinte auch nicht aus den Entscheidungsgründen des landgerichtlichen Urteils erschließen lässt. Entsprechend wird das Berufungsgericht, sofern es nach nochmaliger Überprüfung die Berufung der Beklagten für (teilweise) unbegründet erachten sollte, weil es nach Maßgabe der mit Senatsurteil vom 22. März 2016 (XI ZR 425/14, WM 2016, 821 Rn. 39 ff.) zusammengefassten Grundsätze zulasten der Klägerin konkrete Vorteile anrechnen will, die Verurteilung der Beklagten dahin zu präzisieren haben, es werde festgestellt, dass

der Beklagten aus den näher bezeichneten Swap-Verträgen eine einen konkreten Betrag übersteigende Forderung nicht zustehe (zur betragsmäßigen Einschränkung des Feststellungsbegehrens Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 83).

Ellenberger

Maihold

Matthias

Menges

Dauber

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.03.2013 - 8 O 43/12 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.06.2014 - I-14 U 96/13 -