



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 152/17

Verkündet am:
19. Dezember 2017
Herrwerth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 138 Aa

Zu den Anforderungen an die Sittenwidrigkeit eines strukturierten Darlehensvertrags.

BGB § 280 Abs. 1 Satz 1

- a) Zu den Aufklärungspflichten der Bank aufgrund eines Finanzierungsberatungsvertrags bei Empfehlung eines im Hinblick auf die Verzinsung wechselkursbasierten Darlehensvertrags.
- b) Die Aufklärungspflichtverletzung aus einem Finanzierungsberatungsvertrag führt lediglich zu einem Anspruch auf Ersatz der durch die gewählte Finanzierung entstandenen Mehrkosten (Bestätigung von BGH, Urteile vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 Rn. 49 mwN, vom 20. März 2007 - XI ZR 414/04, WM 2007, 876 Rn. 42 und vom 18. März 2008 - XI ZR 246/06, WM 2008, 971 Rn. 36).

BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 - XI ZR 152/17 - KG Berlin
LG Berlin

ECLI:DE:BGH:2017:191217UXIZR152.17.0

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2017 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, den Richter Dr. Grüneberg und die Richterinnen Dr. Menges, Dr. Derstadt und Dr. Dauber

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 26. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 8. Februar 2017 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 Parteien streiten im Rahmen von Klage und Widerklage um die Wirksamkeit und die wechselseitigen Verpflichtungen aus einem zwischen ihnen im Jahr 2007 zur Ablösung eines anderen Darlehensvertrags geschlossenen, im Hinblick auf die Zinsen wechselkursbasierten Darlehens.
- 2 Die Klägerin ist eine nordrhein-westfälische Gemeinde. Die Beklagte ist eine im Bereich der Kommunalfinanzierung tätige Bank. Die Parteien unterhielten seit dem Jahr 2002 eine Geschäftsbeziehung. Ende Juni 2007 bestanden zwischen ihnen sechs Darlehensverträge mit einem Gesamtvolumen von über 20 Mio. €. Darunter befand sich das Darlehen Nr. 54 vom 4. September

2002, für das die Klägerin Zinsen in Höhe des 3-Monats-Euribor oder, solange dieser 6% p.a. nicht überschritt, einen Festzinssatz in Höhe von 4,40% p.a. zu zahlen hatte. Ab April 2007 erfolgten zwischen den Parteien mehrere Gespräche über Möglichkeiten zur Umstrukturierung des Darlehensportfolios, wobei die Beklagte der Klägerin hinsichtlich des Darlehens Nr. 54 drei Varianten vorstellte. Neben einer Fortsetzung dieses Darlehens zu aktuellen Konditionen schlug sie ihr anhand mehrerer Präsentationen und Unterlagen zum einen eine Finanzierung in Schweizer Franken zu niedrigeren fixen Zinsen für die gesamte Laufzeit ("DIGISWISS") und zum anderen die Vereinbarung eines noch niedrigeren Festzinssatzes - solange das Wechselkursverhältnis von Schweizer Franken zum Euro einen bestimmten Wert nicht unterschritt - verbunden mit einem variablen Zinssatz für den Fall des Unterschreitens dieses Wechselkurses ("DUAL") vor.

3 Die weiteren Gespräche, bei denen die Beklagte weitere Präsentationen mit angepassten Konditionen vorstellte, mündeten schließlich in die Präsentation vom 27. Juni 2007, die auf Seite 4 unter dem Stichwort "Zinszahlung" die folgenden Angaben enthielt:

"1. - 20. Jahr:	
wenn 1 EURO größer/gleich 1,43 CHF:	3,99%
wenn 1 EURO kleiner 1,43 CHF:	3,99% und die Hälfte der Wechselkursänderung* zu 1,43
21. - 38. Jahr:	3,99% Festzins

...

*Die Wechselkursänderung, dargestellt in Prozent, errechnet sich aus der Division des Referenzwechelkurses von 1,43 Schweizer Franken für 1 Euro und dem am Feststellungstag veröffentlichten Wechselkurs des Euro in Schweizer Franken, minus 1."

4 Im Anschluss enthielt die Präsentation eine Tabelle, die für Wechselkurse von 1,39 bis 1,65 den jeweiligen Zinssatz aufwies. Dieser war für Kurse von 1,43 bis 1,65 mit 3,99% angegeben und stieg ab einem Kurs von 1,42 bis zu einem Kurs von 1,39 schrittweise von 4,34% auf 5,43% an. Zwischen den Kursen von 1,43 und 1,42 war ein fettgedruckter Trennstrich eingezeichnet mit dem Hinweis "Barriere". Zu dem Wechselkurs von 1,44 erfolgte der Hinweis "Niedrigstes historisches Niveau", zu dem Wechselkurs von 1,45 der Hinweis "Untere Schwelle des Zielkorridors der SNB". Über dem Wechselkurs von 1,64 befand sich der Hinweis "Aktuelles Niveau".

5 Auf Seite 5 der Präsentation war ein Verlaufsdiagramm des Wechselkurses für den Zeitraum von Januar 1999 bis April 2007 abgedruckt mit dem an der entsprechenden Stelle in das Diagramm eingetragenen Hinweis "Terroranschläge 11.09.2001" und dem daneben angebrachten Hinweis "Wechselkurs EUR/CHF am 26.06.2007: 1 EUR = 1,6547 CHF". Darüber befanden sich folgende Angaben:

"→ Garantierte sofortige Zinsentlastung bis zum Zinsauslauf des aktuellen Darlehens

→ Profitieren Sie von den günstigen Schweizer Zinsen.

→ **Der Nominalbetrag des Darlehens unterliegt nicht dem Währungsrisiko**

→ Sie zahlen den günstigen Zins von 3,99% bis zum Niveau von 1 EUR = 1,43 CHF einschließlich.

→ Liegt der Wechselkurs unter der Barriere zahlen Sie für diese Periode, und nur für diese Periode, zusätzlich die Hälfte der Wechselkursdifferenz zu 1,43

→ Die Schweiz tätigt 2/3 ihres Außenhandels mit den Ländern der EURO-Zone, daher sind stabile Wechselkurse opportun

→ Die Schwelle von 1 EUR = 1,45 CHF ist der Interventionspunkt der Schweizerischen Nationalbank. Kurse unter diesem Niveau würden den schweizerischen Außenhandel massiv gefährden

→ **Garantierter Festzins in der zweiten Phase bis zum Laufzeitende"**

6 Auf Seite 6 enthielt die Präsentation ein Diagramm zur "Entwicklung des CHF/JPY/USD gegenüber dem EUR" für den Zeitraum Januar 1999 bis März 2007 mit folgenden Anmerkungen:

- "• der Schweizer Franken bleibt gegenüber dem Euro stabil und bewegt sich in einem **engen Korridor zwischen 1,44 und 1,65**
- dem gegenüber zeigen der **Dollar** und der **Yen** starke Schwankungen gegenüber dem Euro
- **im Schnitt** lag der Schweizer Franken gegenüber dem Euro seit seiner Einführung **bei ca. 1 EUR = 1,55 CHF**
- **zur Zeit ist der Euro** gegen allen anderen Währungen **stark**"

7 Darunter befand sich ein weiteres Diagramm zur "Währungspolitik der Schweizer Nationalbank" im Zeitraum 2000 bis 2006 mit folgenden Anmerkungen:

- "• **SNB Lower Bound** = Leitzinsen der Schweizer Nationalbank (SNB)
- **Bei einer Aufwertung des Schweizer Franken** - z.B. im Lauf der Jahrgänge 2001-2002 - hat die SNB gezielt eine **Nullzinspolitik** verfolgt, um eine Normalisierung des Wechselkursniveaus zu erreichen
- Um den Wechselkurs gegenüber dem Euro zu stabilisieren, ist die **Zinspolitik der SNB sehr stark mit der der EZB verbunden**"

8 Auf dieser Grundlage schlossen die Parteien am 28. Juni 2007 zur Ablösung des Darlehens Nr. 54 das Darlehen Nr. 82 über 3.031.165,65 €, das bis zum 30. Dezember 2044 laufen sollte. Zudem unterzeichnete die Klägerin am 2. Juli 2007 einen Schuldschein über 3.031.165,65 €. Der Darlehensvertrag enthielt unter anderem folgende Zinsvereinbarung:

"Zinssatz 1. Phase: Das Darlehen ist vom 29.06.2007 an wie folgt zu verzinsen:
Sofern der Wechselkurs des EURO in Schweizer Franken am Feststellungstag

größer/gleich 1,43 CHF für 1 Euro ist, beträgt der Darlehenszins 3,990% p.a. Sofern der Wechselkurs des EURO in Schweizer Franken am Feststellungstag kleiner als 1,43 CHF für 1 Euro ist, beträgt der Darlehenszins 3,99% p.a. zuzüglich 50% der Wechselkursveränderung des EURO in Schweizer Franken.

Die Wechselkursveränderung, dargestellt in Prozent, errechnet sich aus der Division des Referenzwechsellkurses von 1,43 Schweizer Franken für 1 Euro und dem am Feststellungstag veröffentlichten Wechselkurs des Euro in Schweizer Franken, minus 1.

Feststellungstag ist jeweils 15-Target-Tage vor Ende der zu berechnenden Zinsperiode. Diese beginnt mit dem Tag der Valutierung bzw. dem ersten Zinstag und endet mit dem nächsten Zinstermin. Basis ist Reuters Seite ECB37 (Wechselkursfixing der EZB).

Zinssatz 2. Phase: 3,9900% p.a., act/360 (gültig ab 30.06.2027)

Zinszahlung: vierteljährlich nachträglich, erstmals am 30.09.2007. ...

Tilgung: Das Darlehen ist in 129 vierteljährlichen Raten von je 23.316,66 EUR und einer Schlussrate von 23.316,51 EUR zu tilgen, ..."

9 Weiter heißt es in dem Darlehensvertrag:

"Wie wir Ihnen verdeutlicht haben, handelt es sich bei diesem Darlehen nicht ausschließlich um ein Festzinsdarlehen. Die tatsächliche Zinsbelastung hängt letztendlich von der Entwicklung des Wechselkurses EURO/CHF ab."

10 In der Folgezeit entwickelte sich der Wechselkurs des Schweizer Franken zum Euro für die Klägerin negativ und sank Ende März 2010 unter die Grenze von 1,43. Aufgrund dessen kam es zu Gesprächen der Parteien über eine Umstrukturierung des Darlehens. In den Präsentationen vom 15. Juni 2010 und 22. Juni 2010 wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es bis zum 30. Dezember 2028 keine Zinsobergrenze gebe; die Zinssimulation reichte bis zu einem Wechselkurs von 1,16 und wies dafür einen Zinssatz von 15,65% p.a. aus. Die Parteien vereinbarten gemäß Geschäftsbestätigung der Beklagten vom 25. Juni 2010 nebst Schuldschein der Klägerin vom 1. Juli 2010 unter Bei-

behaltung der übrigen Konditionen zur neuen Darlehensnummer 26 eine Fortführung der Festzinsabrede bis zum 30. Dezember 2011 und eine Verlängerung der wechselkursbasierten Zinsphase bis zum 30. Dezember 2028. Nachdem in der folgenden Zeit keine Erholung des Wechselkurses eingetreten war, vereinbarten die Parteien gemäß Geschäftsbestätigung der Beklagten vom 23. Dezember 2011 nebst Schuldschein der Klägerin vom 30. Dezember 2011 unter der neuen Darlehensnummer 20 eine nochmalige Verlängerung der Zinsfixierung um weitere zwei Jahre und der wechselkursbasierten Zinsphase um zweieinhalb Jahre bis zum 29. Juni 2031.

11 Der Wechselkurs entwickelte sich für die Klägerin weiter negativ. Mit Anwaltsschreiben vom 28. Dezember 2012 berief sich die Klägerin auf die Nichtigkeit des Darlehens und erklärte die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen und sittenwidriger Schädigung. Zugleich forderte sie von der Beklagten Auskunft über den anfänglichen negativen Marktwert der derivativen Bestandteile des Darlehens. Dies lehnte die Beklagte ab und bezifferte die zu zahlende Vorfälligkeitsentschädigung bei vollständiger Tilgung des Darlehens auf 5,4 Mio. €. In der Folgezeit zahlte die Klägerin die vereinbarten Tilgungsraten auf das Darlehen weiter, während sie die Zinsleistungen in der zuletzt vereinbarten Höhe von 3,99% p.a. zum 31. Dezember 2013 einstellte. Aufgrund der Wechselkursentwicklung hätte die Klägerin zuletzt einen wechselkursbasierten Zinssatz von 18,99% p.a. zahlen müssen.

12 Mit der Klage begehrt die Klägerin (1.) die Rückzahlung der an die Beklagte geleisteten Zinsen in Höhe von zuletzt insgesamt 1.076.614,33 € nebst Rechtshängigkeitszinsen, (2.) die Feststellung, dass der Beklagten gegen sie keine über die Rückzahlung der Darlehensvaluta hinausgehenden Ansprüche aus dem Darlehen vom 23. Dezember 2011 nebst Schuldschein vom

30. Dezember 2011 zustünden, (3.) die Feststellung, dass ihr die Beklagte sämtliche weiteren Schäden zu ersetzen habe, die ihr im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag noch entstünden, und (4.) die Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 72.503,73 €. Sie hält den Darlehensvertrag gemäß § 138 Abs. 1 BGB für sittenwidrig und nichtig. Darüber hinaus stützt sie ihr Begehren auf eine Schadensersatzpflicht der Beklagten, weil diese in mehrfacher Hinsicht ihr obliegende Aufklärungspflichten insbesondere im Hinblick auf das Wechselkursrisiko und den anfänglichen negativen Marktwert verletzt habe. Die Beklagte verlangt im Wege der Widerklage die Zahlung rückständiger Zinsen für den Zeitraum vom 30. Dezember 2013 bis zum 30. März 2014 in Höhe von 63.181,79 € nebst Verzugszinsen und hilfswiderklagend für den Fall der Nichtigkeit des Darlehensvertrags die Zahlung von 2.867.949,03 € nebst Rechtshängigkeitszinsen.

- 13 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage mit Ausnahme der eingeklagten Verzugszinsen stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge zu Klage und Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

- 14 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

15 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (KG, WM 2017, 1403 und ZIP 2017, 559) im Wesentlichen ausgeführt:

16 Die zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Beziehungen, wie sie in den Schuldscheinen vom 2. Juli 2007, vom 1. Juli 2010 und vom 30. Dezember 2011 dokumentiert seien, stellten einen einheitlichen Darlehensvertrag dar, der nicht in ein - unentgeltliches - Darlehen und ein Swap-Geschäft oder den Erwerb von Put-Optionen aufgeteilt werden könne. Die Beklagte habe der Klägerin gemäß § 488 Abs. 1 BGB entgeltlich Kapital zur Verfügung gestellt, wofür die Klägerin zunächst einen festen Zinssatz und sodann unter bestimmten Umständen einen variablen wechsellkursbasierten Zinssatz zu zahlen gehabt habe.

17 Der Darlehensvertrag vom 28. Juni 2007 einschließlich der späteren Änderungsvereinbarungen vom 23. Juni 2010 und vom 23. Dezember 2011 sei wirksam. Insbesondere sei er nicht als wucherähnliches Rechtsgeschäft gemäß § 138 Abs. 2 BGB nichtig. Dafür fehle es bereits an einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, weil insoweit nicht auf den derzeit zu zahlenden Zinssatz, sondern auf die ursprüngliche Zinsvereinbarung und das bei Vertragsschluss absehbare Risiko abzustellen sei. Die Zinsabrede sei auch nicht deshalb sittenwidrig, weil sie einen Wettcharakter besitze. Die Swap-ähnliche Zinsvereinbarung beinhalte zwar ein höheres Risiko, führe aber nicht zu einer völligen Chancenlosigkeit der Klägerin.

18 Der Klägerin stehe gegen die Beklagte auch kein Schadensersatzanspruch wegen Aufklärungsverschuldens zu. Zwischen den Parteien sei zwar konkludent ein Finanzierungsberatungsvertrag geschlossen worden, aufgrund dessen die Beklagte verpflichtet gewesen sei, die Klägerin über die besonderen

Risiken, die mit der Vereinbarung des streitgegenständlichen strukturierten Darlehens verbunden gewesen seien, hinreichend aufzuklären. Diesen Pflichten sei sie aber nachgekommen. Dabei könne offenbleiben, ob die Zinsformel, wie sie im Schuldschein wiedergegeben worden sei, tatsächlich rechnerisch nachvollziehbar sei. Die Klägerin habe die Zinsformel jedenfalls zutreffend verstanden. Die Beklagte habe das Risiko eines deutlichen Zinsanstiegs selbst bei einer geringfügigen Überschreitung der Wechselkursschwelle von 1,43 hinreichend deutlich gemacht. Die Kursleiste habe dieses Risiko nicht verharmlost. Es habe weder eines besonders plakativen Hinweises noch eines gesonderten Hinweises auf das Fehlen einer Zinsobergrenze bedurft. Letzteres hätte die Klägerin den ihr vorgestellten alternativen Umschuldungsmöglichkeiten, die eine solche Obergrenze enthalten hätten, entnehmen können.

19 Die Beklagte habe auch keinen aufklärungspflichtigen Wissensvorsprung dahin besessen, dass während der Laufzeit des Darlehens der Wechselkurs mit Sicherheit dauerhaft unter den Wert von 1,44 fallen werde. Schließlich sei sie auch nicht verpflichtet gewesen, die Klägerin über die Einpreisung eines anfänglichen negativen Marktwerts des Geschäfts aufzuklären. Hierzu sei eine Bank zwar im Rahmen von Swap-Verträgen verpflichtet, weil sie sich - bei Fehlen eines konnexen Gegengeschäfts - in einem zu offenbarenden Interessenkonflikt zu ihrem Kunden befinde. An einem solchen fehle es hier aber, weil eine Bank bei Abschluss eines Darlehensvertrags dem Kunden nicht als scheinbar neutrale Anlageberaterin gegenübertrete. Aufgrund dessen treffe sie - bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit - auch keine Pflicht, die Klägerin darüber aufzuklären, dass sie über Refinanzierungen und Hedgings Gewinne erzielt habe.

20 Unabhängig davon sei der in der Hauptsache gestellte Zahlungsantrag selbst bei Nichtigkeit des Darlehensvertrags oder bei Bestehen eines Schadensersatzanspruchs unbegründet. Denn in diesen Fällen wäre der Darlehens-

vertrag vom 4. September 2002 wiederaufgelebt und die Klägerin wäre verpflichtet gewesen, die in diesem Vertrag vereinbarten Zins- und Tilgungsleistungen zu erbringen. Bis zum 30. September 2012 wären dies 1.078.204,52 € und damit mehr als die Klageforderung gewesen.

21 Die Widerklage sei demnach begründet, weil die Klägerin zur Zinszahlung aus dem Darlehensvertrag vom 23. Dezember 2011 verpflichtet bleibe.

II.

22 Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Prüfung in mehreren Punkten nicht stand.

23 1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der streitgegenständliche Darlehensvertrag sei wirksam zustande gekommen. Entgegen der Auffassung der Revision ist der Darlehensvertrag nicht nach § 138 BGB nichtig.

24 a) Ein Rechtsgeschäft ist sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB und damit nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist (BGH, Urteile vom 19. Januar 2001 - V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 301 und vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 69, jeweils mwN). Maßgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 9. November 1978 - VII ZR 54/77, BGHZ 72, 308, 314 und vom 28. April 2015, aaO, jeweils mwN).

25 b) Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig und damit nichtig ist, kann nicht ohne eine konkrete Betrachtung des Geschäfts entschieden werden. Bei der Prüfung der objektiven Voraussetzungen des wucherähnlichen Kreditgeschäfts kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ohne Unterschied zwischen einem reinen Privatkredit und einem gewerblichen Kredit objektiv auf das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung an (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juli 1989 - III ZR 201/88, NJW-RR 1989, 1068). Ein auffälliges Missverhältnis ist im Allgemeinen zu bejahen, wenn der effektive Vertragszins den marktüblichen Effektivzins relativ um etwa 100% oder absolut um 12 Prozentpunkte überschreitet, wobei in Einzelfällen die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB auf Grund einer Gesamtwürdigung aller weiteren Geschäftsumstände auch zu bejahen sein können, wenn die relative Zinsdifferenz nur zwischen 90% und 100% beträgt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 15. Januar 1987 - III ZR 217/85, BGHZ 99, 333, 336, vom 13. März 1990 - XI ZR 252/89, BGHZ 110, 336, 338 und vom 29. November 2011 - XI ZR 220/10, WM 2012, 30 Rn. 10 mwN). Besonderheiten eines gewerblichen Kredits können und müssen im Rahmen der Gesamtwürdigung berücksichtigt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juli 1989, aaO). Mangels grundlegender Unterschiede gelten diese Maßgaben auch bei einem Kommunaldarlehen.

26 Auch strukturierte Darlehensverträge wie der hier streitgegenständliche sind Darlehensverträge im Sinne des § 488 BGB. Die Beklagte hat der Klägerin gemäß § 488 Abs. 1 BGB entgeltlich Kapital zur Verfügung gestellt. Hinsichtlich der Höhe des Entgelts haben die Parteien einen variablen Zinssatz vereinbart, was im Kreditgeschäft als solches nicht ungewöhnlich ist. § 488 Abs. 1 BGB benennt als Entgelt für die Kapitalüberlassung lediglich den "geschuldeten Zins", der fest oder variabel sein kann. Ein variabler Zinssatz wird auch vom Gesetzgeber - was § 247 BGB belegt - nicht missbilligt. Aufgrund dessen steht es den Vertragsparteien frei, auf welche Weise sie den Darlehenszinssatz be-

stimmen und ob der Darlehenszinssatz in seiner Höhe von äußeren Faktoren wie Preisindizes oder Wechselkursentwicklungen bestimmt werden soll. Alleine die Tatsache, dass die Zinsberechnungsformel auch in Swap-Geschäften Anwendung findet, führt nicht dazu, den Charakter des streitgegenständlichen Vertrags als Darlehensvertrag in Frage zu stellen oder gar in ein - unentgeltliches - Darlehen einerseits und ein Swap- oder Optionsgeschäft andererseits aufzuteilen (so auch OLG Düsseldorf, WM 2017, 2059, 2060 f.; die dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde ist vom Senat durch Beschluss vom 12. September 2017 - XI ZR 8/17 - zurückgewiesen worden). Allerdings wohnt dem Darlehensvertrag durch die Verknüpfung des Zinssatzes mit der Wechselkursentwicklung zum Schweizer Franken ein spekulatives Element inne.

27 c) Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht eine Nichtigkeit des Darlehensvertrags nach § 138 BGB rechts- und verfahrensfehlerfrei verneint.

28 Zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses lag der Vertragszins nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts unterhalb des Marktzinses. Das Berufungsgericht hat ferner bedacht, dass zwar aufgrund der für die Klägerin nachteiligen Entwicklung des Wechselkurses der von ihr zu zahlende Zinssatz zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung auf 18,99% p.a. gestiegen war und damit den von öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu zahlenden marktüblichen Zins um ein Mehrfaches überstieg, dies aber für die Beklagte als Darlehensgeberin wie auch für die Klägerin bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar gewesen war und deshalb bei der Prüfung der objektiven Voraussetzungen des wucherähnlichen Kreditgeschäfts außer Acht zu lassen ist. Dagegen ist nichts zu erinnern.

29 Anders als die Revision meint, folgt aus dem spekulativen Element der Zinsvereinbarung nichts anderes. Für Finanztermingeschäfte als typische Verträge mit Spiel- oder Wettcharakter hat der Senat entschieden, dass diese allein wegen ihres spekulativen Charakters nicht sittenwidrig sind, sondern weitere Umstände hinzukommen müssen (vgl. Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 70 mwN). In Anlehnung an die vom Senat entwickelten Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Terminoptionsgeschäften hat er des Weiteren entschieden, dass ein Swap-Geschäft erst dann sittenwidrig ist, wenn es darauf angelegt ist, den Vertragspartner der Bank von vornherein chancenlos zu stellen (vgl. nur Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 26 und vom 28. April 2015, aaO mwN). Gemessen daran ist der streitgegenständliche Darlehensvertrag nicht nach § 138 BGB nichtig. Er stellte die Klägerin nicht chancenlos. Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hätte die Klägerin bei dem streitgegenständlichen Darlehensvertrag vielmehr bei anderer Entwicklung des Wechselkurses nur einen niedrigeren Zinssatz als den bei Vertragsschluss üblichen Marktzins zahlen müssen und sich damit besser gestellt als bei Fortführung des umgeschuldeten Darlehens.

30 2. Zutreffend und von der Revision nicht mehr in Zweifel gezogen hat das Berufungsgericht ferner angenommen, dass der Darlehensvertrag nicht deswegen unwirksam ist, weil sein Abschluss nicht von dem der Klägerin gesetzlich zugewiesenen Wirkungskreis umfasst wäre; dies ist nicht der Fall (vgl. dazu Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 56 ff.). Ebenso wenig ist der Darlehensvertrag gemäß § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen ein etwaiges kommunalrechtliches Spekulationsverbot nichtig. Wie der Senat bereits entschieden und im Einzelnen begründet hat, enthält das nordrhein-westfälische Gemeinderecht kein Spekulationsverbot, das nach § 134 BGB zur Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrags führt (vgl. Senatsurteil vom

28. April 2015, aaO Rn. 63 ff.). Für § 86 Abs. 1 Satz 2 GO NRW gilt nichts anderes.

31 3. Dagegen hält das Berufungsurteil rechtlicher Überprüfung nicht stand, soweit das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Aufklärungspflichtverletzung des Finanzierungsberatungsvertrags, den sie zugleich auch dem mit der Widerklage verfolgten Zahlungsanspruch der Beklagten entgegensetzen kann, verneint hat.

32 a) Nach den unangegriffenen und rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts ist zwischen den Parteien zumindest stillschweigend ein Finanzierungsberatungsvertrag geschlossen worden. Das Berufungsgericht ist bei der Qualifizierung des zwischen den Parteien zustande gekommenen Beratungsvertrags zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei dem den Beratungsgegenstand bildenden Darlehen nicht um eine Kapitalanlage gehandelt hat und folglich der von den Parteien konkludent geschlossene Beratungsvertrag nicht als Kapitalanlageberatungsvertrag, sondern als Vertrag über eine Finanzierungsberatung einzuordnen ist.

33 Nach der Rechtsprechung des Senats ist Gegenstand einer Kapitalanlageberatung die Investition von Finanzmitteln durch den Anleger (vgl. nur Senatsurteil vom 1. Juli 2014 - XI ZR 247/12, WM 2014, 1621 Rn. 21). Die von der Klägerin nachgefragte Beratung durch die Beklagte betraf dagegen eine Finanzierung - nämlich hier in Form einer Umschuldung eines noch laufenden Darlehens - und nicht die Anlage eines Geldbetrags. Die Klägerin trat an die Beklagte heran, um zum einen ihre laufenden Zinsbelastungen aus dem am 4. September 2002 abgeschlossen Darlehen Nr. 54 zu senken und zum anderen eine Anschlussfinanzierung für dieses Darlehen zu erlangen. Die Klägerin wurde von der Beklagten über verschiedene Finanzierungsmöglichkeiten

beraten und entschied sich sodann für das streitgegenständliche Darlehen. Die konkludent vereinbarten Beratungsleistungen der Beklagten hatten somit nicht die Anlage von Kapital der Klägerin zum Gegenstand, sondern die Beschaffung einer Anschlussfinanzierung nebst einer Herabsetzung der laufenden Zinsen.

34 b) Nach der Rechtsprechung des Senats trifft die Bank bei einem Finanzierungsberatungsvertrag gegenüber dem Darlehensnehmer die Verpflichtung zur Aufklärung über die spezifischen Nachteile und Risiken und die vertragspezifischen Besonderheiten der empfohlenen Finanzierungsform (vgl. Senatsurteil vom 18. Januar 2005 - XI ZR 17/04, WM 2005, 415, 418, in BGHZ 162, 20 nicht abgedruckt). Entgegen der Auffassung der Revision sind dabei die Grundsätze zu den Aufklärungspflichten einer anlageberatend tätigen Bank, wie etwa über von ihr vereinnahmte Rückvergütungen oder die Risiken eines Swap-Geschäfts, auf Finanzierungsberatungen durch eine Bank nicht übertragbar (vgl. Senatsurteile vom 29. November 2011 - XI ZR 220/10, WM 2012, 30 Rn. 39 und vom 1. Juli 2014 - XI ZR 247/12, WM 2014, 1621 Rn. 20). Vielmehr ist unabhängig davon zu prüfen, ob die empfohlene Finanzierung als ein für den Darlehensnehmer geeignetes Finanzierungsinstrument anzusehen war und ob die Bank den Darlehensnehmer über die spezifischen Nachteile und Risiken und die vertragspezifischen Besonderheiten der empfohlenen Finanzierungsform hinreichend aufgeklärt hat. Inhalt und Umfang der Beratungspflichten hängen dabei von den Umständen des Einzelfalls ab.

35 c) Nach diesen Maßgaben kann die Verletzung einer Aufklärungspflicht der Beklagten nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden.

36 aa) Zu den vertragspezifischen Besonderheiten der vorliegend empfohlenen Finanzierungsform gehören vor allem die Abhängigkeit der Zinshöhe von

der Entwicklung des Wechselkurses EUR/CHF und das Fehlen einer Zinsobergrenze. Darüber hinaus ist auch zu berücksichtigen, dass die Bank das Wechselkursrisiko nur in einem begrenzten Umfang trägt, weil zu ihren Gunsten eine Mindestverzinsung von 3,99% p.a. besteht und diese auch bei einem Wechselkurs von (deutlich) mehr als 1,43 nicht sinkt.

37 Aufgrund dessen war die Beklagte aus dem Finanzierungsberatungsvertrag verpflichtet, die Klägerin hinreichend darüber aufzuklären, welche Risiken mit der Anbindung des Vertragszinses an die Wechselkursentwicklung des Schweizer Franken zum Euro verbunden sind und wie sich Wechselkurschwankungen auf den Umfang ihrer Zinszahlungsverpflichtung auswirken können, um es der Klägerin als Darlehensnehmerin zu ermöglichen, die Gesamtkosten des Kredits einzuschätzen und auf dieser Grundlage die Kreditentscheidung zu treffen (vgl. dazu auch EuGH, WM 2017, 1974 Rn. 45 ff. für Fremdwährungskredit eines Verbrauchers). Insbesondere musste die Beklagte der Klägerin die Konsequenzen des Fehlens einer Zinsobergrenze anhand des Szenarios einer nicht nur unerheblichen Aufwertung des Schweizer Franken gegenüber dem Euro hinreichend klar erläutern und dabei auch gegebenenfalls weitere mit der Zinsformel verbundene Effekte verdeutlichen (so auch OLG Düsseldorf, WM 2017, 2059, 2061; siehe auch Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 78 für Swap-Geschäft). Dieser Verpflichtung ist die Beklagte nicht hinreichend nachgekommen.

38 bb) Die Abhängigkeit von Wechselkurs und Zinshöhe war zwar aus dem Vertrag ohne weiteres erkennbar. Dies gilt auch für die zu Gunsten der Beklagten eingezogene Zinsuntergrenze. Die in der Kreditbestätigung der Beklagten vom 28. Juni 2007 und im Schuldschein vom 2. Juli 2007 wie auch auf Seite 4 der Präsentation vom 27. Juni 2007 verbal erläuterte Zinsformel ist allerdings nicht ohne weiteres zu erfassen, wenngleich die Klägerin diese nach den unan-

gegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts richtig verstanden hat. Dagegen wird aus der Wechselkurs-/Zinssatztablelle auf Seite 4 der Präsentation nicht deutlich, dass der Zinssatz bei Wechselkursen unterhalb von 1,43 nicht linear, sondern leicht progressiv steigt. Bis zu dem in der Tabelle angegebenen niedrigsten Wechselkurs von 1,39 steigt der Zinssatz um 0,35 Prozentpunkte (bei einem Wechselkurs von 1,42), sodann um jeweils 0,36 Prozentpunkte (bei Wechselkursen von 1,41 und 1,40) und schließlich um 0,37 Prozentpunkte (bei einem Wechselkurs von 1,39), was für den unbefangenen Leser indes auch auf Rundungsdifferenzen beruhen könnte, tatsächlich aber nicht der Fall ist.

39 Die Wechselkurs-/Zinssatztablelle bricht bei einem Wechselkurs von 1,39 ab und weist einen im Juni/Juli 2007 noch durchaus akzeptablen Zinssatz von 5,43% p.a. aus; dieser liegt nach der Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank nur geringfügig über dem damaligen Zinssatz für Wohnungsbaukredite an private Haushalte mit einer Laufzeit von über 10 Jahren. Im Hinblick auf die Verpflichtung zur Zahlung eines wechselkursbasierten Zinssatzes bis zum 29. Juni 2027, also 20 Jahre nach Vertragsschluss, hätte das Zinsszenario aber noch ausgeweitet werden müssen. Bei einem Wechselkurs von 1,32 beträgt der Zinssatz 8,16% p.a., bei 1,27 bereits 10,29% p.a. und bei 1,20 schon 13,57% p.a. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts betrug der Zinssatz im September 2016 sogar 18,99% p.a. In diesem Zusammenhang hätte die Beklagte auch verdeutlichen müssen, dass eine Zinsobergrenze fehlt. Dieser Umstand ergibt sich zwar mittelbar aus den Präsentationsunterlagen, indem - jeweils auch optisch durch Fettdruck hervorgehoben - darauf hingewiesen wird, dass der Nominalbetrag des Darlehens nicht dem Währungsrisiko unterliege und der Festzins in der zweiten Phase bis zum Laufzeitende garantiert sei. Durch diese Hervorstellung der Vorteile des Darlehens wurde die Klägerin aber auch zugleich von dem Nachteil, dem Fehlen einer Zinsobergrenze, abgelenkt. Vor diesem Hintergrund ist durch die Präsentation der Beklagten der Eindruck

entstanden, dass die Gefahr eines unbegrenzten Zinsrisikos eher fernliegend und allenfalls nur "theoretisch" ist, was indes im Hinblick auf die lange Laufzeit der ersten - wechselkursabhängigen - Zinsphase des Darlehens mangels menschlicher Erkenntnismöglichkeiten unvertretbar ist.

40 cc) Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass es sich bei ihren Angaben lediglich um Prognosen gehandelt hat.

41 Prognosen können allerdings - anders als Tatsachen - nicht wahr oder unwahr sein, weil die Bewertung der künftigen Wechselkursentwicklung subjektiven Maßstäben unterliegt. Aufgrund dessen muss die Bewertung und Empfehlung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände und der sich abzeichnenden Risiken ex ante betrachtet lediglich vertretbar sein (vgl. Senatsurteil vom 27. Oktober 2009 - XI ZR 337/08, WM 2009, 2303 Rn. 19). Das Risiko, dass sich die Entscheidung für ein wechselkursbasiertes Darlehen im Nachhinein als falsch erweist, trägt der Darlehensnehmer, hier also die Klägerin.

42 Die Prognose der Beklagten zum künftigen Wechselkurs des Schweizer Franken zum Euro war zwar - was das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat und von der Revision als solches auch nicht angegriffen wird - für das Jahr 2007 und die Folgejahre durchaus vertretbar. Für den langen Zeitraum bis Juni 2027 trägt sie aber nicht mehr. Diese an sich auch für die Klägerin verständliche Folgerung wird durch die Angaben in der Präsentation zu der bisherigen Wechselkursentwicklung für einen - im Hinblick auf die Vertragslaufzeit - nur kurzen Zeitraum von 1999 bis 2007 und zur Zinspolitik der Schweizerischen Nationalbank verharmlost, weil diese Umstände letztlich für die Zeit bis 2027 ohne Aussagekraft sind.

43 Bei diesen Angaben handelt es sich auch nicht um bloße werbemäßige Anpreisungen, auf deren Richtigkeit ein Darlehensnehmer nicht vertrauen darf.

Vielmehr wird diesen Angaben in der Präsentation der Stellenwert von nahezu sicheren und unumstößlichen Tatsachen beigemessen. So wird etwa auf Seite 5 der Präsentation ohne jede Einschränkung in zeitlicher oder sachlicher Hinsicht hervorgehoben, dass die Schwelle von 1 Euro gleich 1,45 Schweizer Franken der Interventionspunkt der Schweizerischen Nationalbank sei, deren Unterschreiten den schweizerischen Außenhandel massiv gefährden würde. Im Zusammenhang mit der weiteren Angabe auf Seite 6 der Präsentation, dass der Schweizer Franken gegenüber dem Euro stabil sei und sich in einem engen Korridor zwischen 1,44 und 1,65 bewege, und der Auflistung der möglichen Zinersparnis für die gesamte Laufzeit des Darlehens wird suggeriert, dass ein stabiler Wechselkurs zumindest während der gesamten Dauer der wechselkursbasierten Zinsphase zu erwarten sei.

44 dd) Demgegenüber sind zu Gunsten der Klägerin die zum Vertragsbeginn eingetretenen Zinserleichterungen durch die Herabsetzung des Festzinses von 4,40% p.a. auf zunächst 3,99% p.a. zu berücksichtigen, was nach der Berechnung der Beklagten auf Seite 7 der Präsentation zu jährlichen Zinersparnissen von anfänglich 6.154,14 € und bis zum Jahr 2044 von insgesamt 180.988,25 € führen sollte. Im Hinblick auf das "Verlustrisiko" fällt dieser Betrag, der im Übrigen unterhalb der auf das Darlehen zu erbringenden Jahreszins- und -tilgungsleistungen liegt, allerdings nicht ins Gewicht, zumal schon bei einem geringfügigen Unterschreiten der Barriere, nämlich bereits bei einem Wechselkurs von 1,41, der dann zu zahlende Zinssatz von 4,70% p.a. den Vertragszins des abgelösten Darlehens überstiegen hätte.

45 ee) Bei der gebotenen Gesamtschau fällt entscheidend ins Gewicht, dass die Beklagte in den Präsentationsunterlagen die Risiken der von der Klägerin übernommenen wechselkursbasierten Zinszahlungsverpflichtung nicht hinreichend deutlich gemacht hat, indem sie weder auf das Fehlen einer Zins-

obergrenze ausdrücklich hingewiesen noch im Hinblick auf die lange Laufzeit des Darlehens die zinsrelevanten Folgen einer nicht nur unerheblichen Aufwertung des Schweizer Franken gegenüber dem Euro ausreichend deutlich beschrieben hat. Ganz im Gegenteil hat sie das Wechselkursrisiko durch die deutlich hervorgehobenen Hinweise auf die Politik der Schweizerischen Nationalbank und das Wechselkursniveau der vergangenen Jahre im Hinblick auf die lange Laufzeit des Darlehens verharmlost und diesen Eindruck durch die einseitige Darstellung der Vorteile des empfohlenen Darlehens im Vergleich zu einer Fortführung des bestehenden Darlehens noch verstärkt (ebenso OLG Düsseldorf, WM 2017, 2059, 2062).

46 ff) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts waren diese Risikohinweise nicht deshalb entbehrlich, weil die Vertragsverhandlungen seitens der Klägerin von deren hauptamtlichen Kämmerer geführt wurden, der - eingestuft in die Besoldungsstufe A 13 - zumindest die fachlichen Voraussetzungen für den höheren Verwaltungsdienst erfüllen muss, was ein finanzwirtschaftliches Grundverständnis voraussetzt.

47 Wie der Senat bereits in anderem Zusammenhang entschieden hat, reicht auch im Rahmen einer Finanzierungsberatung die berufliche Qualifikation des Kunden oder Verhandlungspartners der Bank allein nicht aus, um Kenntnisse und Erfahrungen mit finanzwirtschaftlichen Fragen zu unterstellen, solange keine konkreten Anhaltspunkte bestehen, dass er diese im Zusammenhang mit der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit tatsächlich erworben hat (vgl. Senatsurteile vom 24. September 1996 - XI ZR 244/95, WM 1997, 309, 311, vom 21. Oktober 2003 - XI ZR 453/02, ZIP 2003, 2242, 2244 f., vom 28. September 2004 - XI ZR 259/03, WM 2004, 2205, 2206 f. und vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 25). Dass dies hier der Fall war, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden.

- 48 d) Entgegen der Auffassung der Revision musste die Beklagte die Klägerin dagegen nicht darüber informieren, dass der empfohlene Darlehensvertrag - wie sie meint - dem haushaltsrechtlichen Spekulationsverbot unterlag. Denn dabei handelt es sich um reines Innenrecht, dessen Einhaltung allein durch die staatliche Rechtsaufsicht sicherzustellen ist (vgl. Senatsurteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 67). Im Außenverhältnis durfte die Beklagte von der Klägerin dessen Beachtung ohne weiteres erwarten, ohne darauf gesondert hinweisen zu müssen. Für § 86 Abs. 1 Satz 2 GO NRW gilt nichts anderes.
- 49 e) Soweit das Berufungsgericht eine Aufklärungspflicht der Beklagten im Hinblick auf die Entwicklung des Wechselkurses verneint hat, hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision stand. Der Senat hat die insoweit erhobenen Verfahrensrügen geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).
- 50 f) Anders als die Revision meint, hat das Berufungsgericht mit zutreffenden Gründen eine Verpflichtung der Beklagten verneint, die Klägerin über die in den Darlehensvertrag eingepreiste Gewinnmarge aufzuklären.
- 51 Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine Bank grundsätzlich nicht verpflichtet, ihren Kunden darüber aufzuklären, dass sie mit Produkten, die sie in ihrer Beratung empfiehlt, Gewinne erzielt. Es ist nämlich für den Kunden bei der gebotenen normativ-objektiven Betrachtungsweise offensichtlich, dass die Bank eigene (Gewinn-)Interessen verfolgt, so dass darauf nicht gesondert hingewiesen werden muss (vgl. nur Senatsurteile vom 1. Juli 2014 - XI ZR 247/12, WM 2014, 1621 Rn. 28 und vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 37, jeweils mwN). Dabei lässt ein Umstand, der für den Kunden im Rahmen des aufgrund der Beratung zustande gekommenen Vertragsverhältnisses - hier

des Darlehensvertrags - offensichtlich ist, auch innerhalb des Finanzierungsberatungsvertrags seine Schutzwürdigkeit entfallen. Dass eine Bank bei Abschluss eines Darlehensvertrags einen Zinsgewinn erzielt, ist offensichtlich und nicht gesondert aufklärungspflichtig. Daran ändert die Vereinbarung eines variablen, wechselkursabhängigen Zinssatzes nichts.

52 4. Nicht frei von Rechtsfehlern ist das Berufungsgericht des Weiteren davon ausgegangen, dass der in der Hauptsache gestellte Zahlungsantrag auch bei Bestehen eines Schadensersatzanspruchs unbegründet sei, weil dann der Darlehensvertrag vom 4. September 2002 wiederaufgelebt und die Klägerin verpflichtet gewesen wäre, die in diesem Vertrag vereinbarten Zins- und Tilgungsleistungen zu erbringen. Das Berufungsgericht hat dabei verkannt, dass im Rahmen eines Finanzierungsberatungsvertrags eine Aufklärungspflichtverletzung eine Rückabwicklung des Darlehensvertrags grundsätzlich nicht rechtfertigt.

53 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt eine Aufklärungspflichtverletzung aus einem Finanzierungsberatungsvertrag lediglich zu einem Anspruch auf Ersatz der durch die gewählte Finanzierung entstandenen Mehrkosten (vgl. BGH, Urteile vom 9. März 1989 - III ZR 269/87, WM 1989, 665, 667, vom 20. Mai 2003 - XI ZR 248/02, WM 2003, 1370, 1373, vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 419, vom 20. Januar 2004 - XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524, vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 Rn. 49, vom 20. März 2007 - XI ZR 414/04, WM 2007, 876 Rn. 42 und vom 18. März 2008 - XI ZR 246/06, WM 2008, 971 Rn. 36). Denn eine etwaige schuldhaftige Aufklärungspflichtverletzung der Bank kann nach allgemeinen Grundsätzen nur zum Ersatz des Schadens führen, dessen Eintritt die Einhaltung der Pflicht verhindern sollte. Diese Pflicht soll nach ihrem Schutzzweck den Darlehensnehmer aber lediglich vor den durch die empfohlene ungünstige

Finanzierung entstandenen Mehrkosten bewahren, nicht aber vor der Finanzierung als solcher (vgl. Senatsurteile vom 20. Mai 2003, aaO, und vom 20. Januar 2004, aaO).

54 b) Der ersatzfähige Schaden der Klägerin besteht daher in der Differenz zwischen den von ihr aufgewendeten und denjenigen Kreditkosten, die ihr bei Abschluss desjenigen Darlehensvertrags entstanden wären, der zwischen den Parteien im Falle einer ordnungsgemäßen Finanzierungsberatung zustande gekommen wäre. Dazu fehlt es an Feststellungen des Berufungsgerichts, weil es rechtsfehlerhaft von einem Wiederaufleben des abgelösten Darlehensvertrags ausgegangen ist. Es hätte vielmehr prüfen müssen, ob die Klägerin im Falle ordnungsgemäßer Finanzierungsberatung, d.h. bei Nichtabschluss des streitgegenständlichen Darlehensvertrags, den bestehenden Kreditvertrag zu unveränderten oder an die Marktlage angepassten Bedingungen hätte fortführen können und auch fortgeführt hätte oder stattdessen einen anderen Folgevertrag geschlossen hätte. Im zweiten Fall kann nur dieser Vertrag in den Vermögensvergleich einbezogen werden. Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, obwohl hierzu im Hinblick auf die von der Beklagten unterbreiteten Vertragsvarianten Anlass bestanden hätte. Soweit die Klägerin bei einem solchen Vermögensvergleich in den ersten Monaten oder Jahren der Laufzeit des streitgegenständlichen Darlehensvertrags eine geringere Zinslast zu tragen gehabt hätte, müssen diese Vermögensvorteile im Wege der Vorteilsausgleichung auf spätere Nachteile angerechnet werden (§ 249 BGB).

III.

55 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur weiteren Sachaufklä-

rung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird, nachdem die Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag erhalten haben, die erforderlichen ergänzenden Feststellungen zu einer Haftung der Beklagten aus Beratungsverschulden und gegebenenfalls zur Schadenshöhe zu treffen haben.

56 Die von der Klägerin vorsorglich erhobene Nichtzulassungsbeschwerde ist gegenstandslos (Senatsurteil vom 22. November 2016 - XI ZR 434/15, WM 2017, 427 Rn. 6 mwN).

Ellenberger

Grüneberg

Menges

Derstadt

Dauber

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 19.02.2015 - 37 O 24/14 -

KG Berlin, Entscheidung vom 08.02.2017 - 26 U 32/15 -