
Datum: 07.10.2013
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-9 U 101/12
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2013:1007.I9U101.12.00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten zu 2) und die Anschlussberufung der Klägerin gegen das am 11.05.2012 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf in Verbindung mit dem Berichtigungsbeschluss des Landgerichts vom 20.08.2012 werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass mit der „Beklagten“ die Beklagte zu 2) gemeint ist.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) tragen diese selbst zu 93 % und die Klägerin zu 7 %. Die übrigen Kosten beider Rechtszüge werden der Klägerin zu 7 % und der Beklagten zu 2) zu 93 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung des jeweiligen Gegners durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen

I-9 U 101/128 O 77/11LG Düsseldorf		Verkündet am 07.10.2013 L..... als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
------------------------------------	--	--

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

2

IM NAMEN DES VOLKES

3

URTEIL

In dem Rechtsstreit

4

pp

5

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 08.07.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht M.... und die Richter am Oberlandesgericht R... und S...

6

für **R e c h t** erkannt:

7

Die Berufung der Beklagten zu 2) und die Anschlussberufung der Klägerin gegen das am 11.05.2012 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf in Verbindung mit dem Berichtigungsbeschluss des Landgerichts vom 20.08.2012 werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass mit der „Beklagten“ die Beklagte zu 2) gemeint ist.

8

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) tragen diese selbst zu 93 % und die Klägerin zu 7 %. Die übrigen Kosten beider Rechtszüge werden der Klägerin zu 7 % und der Beklagten zu 2) zu 93 % auferlegt.

9

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

10

Die Parteien dürfen die Vollstreckung des jeweiligen Gegners durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

11

Die Revision wird nicht zugelassen.

12

G r ü n d e

I.

13

14

Die Klägerin begehrt - nach Parteiwechsel auf Beklagtenseite - von der Beklagten zu 2) die Rückzahlung von ihr geleisteter Zahlungen auf Swap-Geschäfte sowie die Feststellung, dass sie nicht verpflichtet ist, vier Swap-Geschäfte weiter zu erfüllen. Mit der Widerklage verlangt die Beklagte zu 2) von der Klägerin weitere Zahlungen auf die vier Swap-Geschäfte.

Auf der Grundlage des Rahmenvertrages vom 07./28.04.2006 (Anlage K 1) schloss die Klägerin mit der Beklagten zu 1), die damals als W... AG firmierte, u. a. folgende Swap-Geschäfte: 15

am 06.12.2007 einen Invers-CMS-Stufen-Swap (Anlage KV 1), 16

am 30.01.2008 einen CHF-Plus-Swap (Anlage KV 2), 17

am 14.02.2008 einen Flexi-EStE-Zinsswap (Anlage KV 3) und ebenfalls 18

am 14.02.2008 einen Flexi-StraBet-Zinsswap (Anlage KV 4). 19

Bei allen vier Swaps war der anfängliche Marktwert negativ. Darüber klärte die Beklagte zu 1) die Klägerin nicht ausdrücklich auf. 20

Die Klägerin erlitt mit diesen Swaps Verluste in Höhe von insgesamt 575.256,80 € (vgl. Bl. 51 GA). Mit weiteren (nicht streitgegenständlichen) Swap-Geschäften mit der Beklagten zu 1) erzielte sie Gewinne in Höhe von insgesamt 695.477,78 €. Der Marktwert der vier streitgegenständlichen Swaps ist bis heute negativ. 21

Wegen des Sachverhalts im Übrigen einschließlich der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils in Verbindung mit dem Berichtigungsbeschluss vom 20.08.2012 Bezug genommen. 22

Das Landgericht hat den Feststellungsanträgen stattgegeben und den Klageantrag auf Rückzahlung sowie die Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: 23

Die Swaps seien weder wegen Verstoßes gegen das Spekulationsverbot für Kommunen nichtig noch sittenwidrig. Die Beklagte zu 1) sei aber schadensersatzpflichtig, weil sie die Klägerin nicht objektgerecht beraten habe. Sie habe die Klägerin nicht darüber aufgeklärt, dass alle vier Swap-Geschäfte einen anfänglichen negativen Marktwert hatten. Der Hinweis der Beklagten zu 1) auf ihre Gewinnmarge genüge nicht. Die Beklagte zu 1) habe auch schuldhaft gehandelt; ein eventueller Verbotsirrtum sei jedenfalls vermeidbar gewesen. Die Kausalität der Pflichtverletzung für den Abschluss der Swap-Geschäfte werde vermutet. Eine Verjährung nach § 37 a WpHG a. F. sei nicht eingetreten, weil die Beklagte zu 1) die Pflichtverletzung aus Organisationsverschulden vorsätzlich begangen habe. Zur Schadensberechnung seien aufgrund des Rahmenvertrages vom 07./28.04.2006 die Vor- und Nachteile aller Swap-Geschäfte zu saldieren. Dies führe dazu, dass die Feststellungsanträge berechtigt, der Klageantrag auf Rückzahlung geleisteter Zahlungen und die Widerklage aber unbegründet seien. 24

Ergänzend wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 25

Zunächst hat die Beklagte zu 1) mit ihrer Berufung die vollständige Abweisung der Klage angestrebt und ihre Widerklageanträge weiterverfolgt. Zur Begründung hat sie das erstinstanzliche Vorbringen vertieft und insbesondere vorgetragen: Sie habe der Klägerin vor Abschluss der Swap-Geschäfte erläutert, dass diese einen sich ändernden (positiven oder negativen) Marktwert hätten. Auch habe sie die Klägerin darüber aufgeklärt, dass sie in die 26

Swaps eine Gewinnmarge eingepreist habe und über ihre Hedging-Gegengeschäfte die Geld-Brief-Spanne ausschöpfe. Die von ihr einstrukturierte Marge sei mit dem anfänglichen negativen Marktwert der Swaps identisch. Insgesamt habe sie der Klägerin alle möglichen Interessenkonflikte offenbart. Das sogenannte Swap-Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22.03.2011 (NJW 2011, 1949 ff.) sei hier nicht anwendbar, weil es um einfacher strukturierte Swaps gehe. Eine etwaige Pflichtverletzung habe sie jedenfalls nicht zu vertreten, weil sie sich gegebenenfalls in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden habe, da es bis zum Abschluss der Swap-Geschäfte keine Rechtsprechung gegeben habe, die eine Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert von Swaps verlangt habe. Eine etwaige Pflichtverletzung sei auch nicht kausal für den Abschluss der Swap-Geschäfte geworden, weil die Klägerin die Einstrukturierung einer Gewinnmarge in die Swaps ausdrücklich gewollt habe, damit sie die Beratungsleistung der Beklagten zu 1) nicht gesondert habe vergüten müssen. In jedem Fall hätte das Landgericht den Feststellungsausspruch um den erzielten Gewinnüberschuss der Klägerin in Höhe von 120.220,98 € aus der Saldierung der Vor- und Nachteile aller zwischen den Parteien geschlossenen Swap-Geschäfte kürzen müssen.

Die Beklagte zu 1) hat während des Berufungsverfahrens bestimmte Geschäftsbereiche auf die Beklagte zu 2) abgespalten, darunter auch die Rechte und Pflichten aus den hier streitgegenständlichen Geschäften mit der Klägerin. Die Beklagte zu 2) hat diese Geschäfte übernommen. Die Parteien haben daraufhin mit Zustimmung aller drei Parteien in der mündlichen Schlussverhandlung des Senats einen Parteiwechsel dahin vollzogen, dass die Beklagte zu 2) insgesamt an die Stelle der Beklagten zu 1) getreten ist. 27

Die Beklagte zu 2) beantragt, 28

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 11.05.2012 die Klage abzuweisen und die Klägerin auf die Widerklage zu verurteilen, an die Beklagte zu 2) 1.494.879,14 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz 29

aus 128.512,50 € seit dem 10.02.2011, 30

aus 62.500 € seit dem 15.03.2011, 31

aus 17.997,42 € seit dem 30.03.2011, 32

aus 234.270 € seit dem 10.05.2011, 33

aus 62.500 € seit dem 15.06.2011, 34

aus 36.395,88 € seit dem 30.06.2011, 35

aus 489.459,43 € seit dem 10.08.2011, 36

aus 62.500 € seit dem 15.09.2011, 37

aus 31.909,34 € seit dem 30.09.2011, 38

aus 275.338,75 € seit dem 10.11.2011, 39

aus 62.500 € seit dem 15.12.2011 und 40

aus 30.995,82 € seit dem 30.12.2011 41

zu zahlen. 42

Die Klägerin beantragt,	43
die Berufung der Beklagten zu 2) zurückzuweisen,	44
sowie mit der Anschlussberufung,	45
das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 11.05.2012 abzuändern und die Beklagte zu 2) weiterhin zu verurteilen, an die Klägerin 575.256,79 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.03.2011 zu zahlen.	46
Die Beklagte zu 2) beantragt,	47
die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen.	48
Die Klägerin tritt der Berufung entgegen und verfolgt mit ihrer Anschlussberufung den Zahlungsanspruch des ersten Rechtszuges weiter. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und trägt ergänzend vor, aufgrund der Einheit aller Swap-Geschäfte (Nr. 1 (2) des Rahmenvertrages vom 07./28.04.2006, Anlage K 1) sei das Vertragsverhältnis erst mit Abschluss des letzten Swap-Geschäfts am 14.02.2008 vollendet worden. Daher sei auch ein auf Fahrlässigkeit beruhender Schadensersatzanspruch nicht gemäß § 37 a WpHG a. F. verjährt.	49
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen und die Sitzungsniederschriften beider Rechtszüge Bezug genommen.	50
II.	51
Die Berufung der Beklagten zu 2) und die Anschlussberufung der Klägerin sind zulässig, haben jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die Feststellungsanträge sind begründet, die Klage auf Zahlung und die Widerklage dagegen unbegründet.	52
1.	53
Der Parteiwechsel auf Beklagtenseite ist gemäß §§ 263, 533 ZPO zulässig. Alle drei Parteien haben darin eingewilligt. Der Parteiwechsel kann auch auf Tatsachen gestützt werden, die der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO). Er beruht auf der erst während des laufenden Berufungsverfahrens erfolgten Abspaltung der hier streitgegenständlichen Geschäfte mit der Klägerin auf die Beklagte zu 2). Eine Nachlässigkeit einer Partei bei ihrem erstinstanzlichen Vortrag kommt damit von vornherein nicht in Betracht (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO).	54
2.	55
Die Beklagte zu 2) ist der Klägerin aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB schadensersatzpflichtig, weil die Beklagte zu 1) die Klägerin vor Abschluss der vier Swap-Geschäfte nicht objektgerecht beraten hat. Die Beklagte zu 1) war vor Abschluss des Rahmenvertrages vom 07./28.04.2006 (Anlage K 1) aus einem selbständigen Beratungsvertrag, insbesondere aber auch vor Abschluss der vier Swap-Geschäfte jeweils als Nebenpflicht aus dem Rahmenvertrag (§ 241 Abs. 2 BGB) zu einer anlagegerechten Beratung der Klägerin verpflichtet. Gleichwohl hat die Beklagte zu 1) es jeweils unterlassen, die Klägerin darauf hinzuweisen, dass die Swap-Geschäfte einen anfänglichen negativen Marktwert hatten.	56

a)

Die Beklagte zu 1) hätte die Klägerin über den anfänglichen negativen Marktwert der Swaps aufklären müssen. Bei der Empfehlung eines Swap-Vertrages, bei dem der Gewinn der einen Seite den spiegelbildlichen Verlust der anderen Seite darstellt, befindet sich die beratende Bank in einem schwerwiegenden Interessenkonflikt. Sie übernimmt eine Rolle, die den Interessen des Kunden entgegengesetzt ist. Für sie erweist sich der „Tausch“ (englisch: swap) der Zinszahlungen nur dann als günstig, wenn die ihrer Empfehlung zugrunde liegende Prognose zur Entwicklung des Basiswerts gerade nicht eintritt und der Kunde damit einen Verlust erleidet. Als Beraterin des Kunden hingegen ist sie verpflichtet, dessen Interessen zu wahren. Sie muss daher auf einen möglichst hohen Gewinn des Kunden bedacht sein, was einen entsprechenden Verlust für sie selbst bedeutet (vgl. BGH NJW 2011, 1949, 1952, Rdnr. 34). 58

Dieser Interessenkonflikt wird nicht dadurch aufgelöst, dass die Beklagte zu 1) nicht für die Dauer der Swap-Geschäfte in ihrer so gekennzeichneten Rolle verblieb, sondern die Risiken und Chancen der Geschäfte alsbald durch „Hedge-Geschäfte“ an andere Marktteilnehmer weitergab. Das war nur möglich, weil sie zu Vertragsbeginn einen negativen Marktwert in die streitgegenständlichen Swaps einstrukturiert hatte. Der jeweilige Marktwert eines Swap-Vertrages wird anhand finanzmathematischer Berechnungsmodelle in der Weise ermittelt, dass die voraussichtlichen künftigen festen und variablen Zinszahlungen der Parteien gegenübergestellt und mit den an den entsprechenden Zahlungsterminen gültigen Abzinsungsfaktoren auf den Bewertungszeitpunkt abgezinst werden. Da der Verlauf des variablen Zinssatzes naturgemäß unbekannt ist, werden die künftigen Zahlungspflichten des Kunden dazu mittels eines Simulationsmodells errechnet, das auf den im Bewertungszeitpunkt rechnerisch ermittelten Terminzinssätzen basiert. Bewertet der „Markt“ - nach den zur Verfügung stehenden Simulationsmodellen - zum Abschlusszeitpunkt das Risiko, das der Kunde übernimmt, negativ, bedeutet dies für die Bank, dass ihre Chancen in entsprechender Höhe positiv bewertet werden. Diesen Vorteil lässt sich die Bank durch die „Hedge-Geschäfte“ abkaufen (vgl. BGH NJW 2011, 1949, 1952 f., Rdnr. 35). Im Anschluss kann ihr die weitere Entwicklung des „Spreads“ über die Laufzeit der Swap-Geschäfte zwar gleichgültig sein, weil sie durch diese Gegengeschäfte bereits ihre Kosten gedeckt und ihren Gewinn erzielt hat. Der maßgebliche Interessengegensatz wird dadurch aber nicht ausgeschlossen, sondern nur auf die Gegengeschäfte konzentriert, denn je höher der einstrukturierte negative Marktwert ausfällt, desto leichter und ertragreicher lassen sich Gegengeschäfte am Markt platzieren. 59

Entgegen der Darstellung der Beklagten zu 2) kann der anfängliche negative Marktwert eines Swap-Geschäftes auch nicht mit einer nicht aufklärungsbedürftigen Marge der Bank gleichgesetzt werden. Es mag zutreffen, dass die zur Wertermittlung eingesetzten finanzmathematischen Simulationsmodelle nicht die Aussagekraft volkswirtschaftlicher Zinsentwicklungsprognosen besitzen. Das bedeutet aber nicht, dass sie für den Kunden - jedenfalls einen solchen, der den Swap ohne Veräußerungsabsicht zur langfristigen Sicherung oder Optimierung seiner Zinsbelastung abschließt - ohne jede Bedeutung wären. Die Bewertung von Swap-Geschäften erfolgt gerade nicht rein willkürlich ohne jeden Bezug zu Marktdaten allein zu dem Zweck, solche Geschäfte handelbar zu machen, sondern anhand anerkannter finanzmathematischer Modellrechnungen, die die Grundlage für eine vom Markt akzeptierte Einordnung und Bewertung der Chancen und Risiken bilden und Voraussetzung für den Abschluss kalkulierbarer Gegengeschäfte sind. Damit trägt die Bewertung durchaus prognostische Züge, weil sie die Erwartungen der Marktteilnehmer - wenn nicht aufgrund konkreter, auf längere Sicht nicht hinreichend verlässlicher 60

Zinsentwicklungsprognosen, so doch aufgrund der bezeichneten Simulationsmodelle - abbildet. Darauf kommt es indes nicht nur für den Fall einer vorzeitigen Veräußerung, sondern auch zur Einschätzung der vom Markt erwarteten zukünftigen Zahlungspflichten und somit des eigenen Interesses des Kunden an einem solchen Geschäft an. Diese auch vom Bundesgerichtshof seiner Entscheidung vom 22.03.2011 zugrunde gelegten Zusammenhänge erschließen sich ohne Weiteres aus der Natur der streitgegenständlichen Geschäfte und den Gesetzen der Logik, so dass es der Einholung der von der Beklagten zu 2) beantragten Sachverständigengutachten nicht bedarf. Sie erschöpfen sich nicht in der Erkenntnis einer von der Beklagten zu 1) einstrukturierten Marge, sondern sind notwendige Grundlage für eine eigenverantwortliche Entscheidung des Kunden über den Abschluss von Swap-Geschäften.

Diesen Erwägungen kann die Beklagte zu 2) nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Beklagte zu 1) habe der Klägerin stets nur solche Swap-Geschäfte vorgeschlagen, deren volkswirtschaftliche Prognose aus ihrer Sicht besser als die den Swaps zugrunde liegenden finanzmathematischen Bewertungen ausgefallen sei. Damit setzt sie sich bereits zu ihrer Verteidigungslinie in Widerspruch, wonach solche langfristigen Prognosen nicht seriös möglich sind und gerade deshalb auf finanzmathematische Simulationsmodelle zurückgegriffen wird. Im Übrigen hätte eine ordnungsgemäße Aufklärung in diesem Fall auch den deutlichen Hinweis umfassen müssen, dass und in welcher Höhe der Markt den Swap-Geschäften abweichend von den volkswirtschaftlichen Prognosen der - in einem schwerwiegenden Interessenkonflikt befangenen - Beklagten zu 1) einen negativen Marktwert zuordnete, so dass die Klägerin hätte entscheiden können, ob sie das Risiko solcher Prognosen der Beklagten zu 1) übernehmen wollte. Eine ausdrückliche Aufklärung über diese Bedeutung der anfänglichen negativen Marktwerte ist aber unterblieben. 61

Soweit die Beklagte zu 2) geltend macht, die Beklagte zu 1) habe die Klägerin jedenfalls der Sache nach über die maßgeblichen Zusammenhänge unterrichtet, genügen diese - von der Klägerin zum Teil bestrittenen - Hinweise nicht den Anforderungen an eine objektgerechte Beratung. Insbesondere reichte es nicht aus, zu erklären, dass Swap-Geschäfte überhaupt einen sich ändernden (positiven oder negativen) Marktwert haben, dass die Beklagte zu 1) in die Swaps jeweils eine Gewinnmarge eingepreist hatte und dass sie an der Geld-Brief-Spanne durch Hedging-Geschäfte verdiente. Alle diese Informationen sagen nichts darüber aus, wie der Markt bei Abschluss eines Swaps dessen künftige Entwicklung prognostiziert, dass diese Prognose im anfänglichen negativen Marktwert Ausdruck findet und dieser Marktwert nicht nur die Gewinnspanne der Beklagten zu 1) abbildet, sondern anzeigt, dass der Markt die Wahrscheinlichkeit eines Verlustes der Klägerin - wenn auch nur aufgrund finanzmathematischer Simulationsmodelle - höher als die eines Gewinns einschätzt. Ebenso wenig wurde durch die behaupteten Hinweise deutlich, dass die Beklagte zu 1) ihre Gewinnspanne gerade dadurch realisierte, dass sie das Chancen-Risiko-Profil der Swaps bewusst zu Lasten der Klägerin ausbildete. 62

Im Ergebnis ist die Beklagte zu 1) ihren Aufklärungspflichten in Bezug auf den anfänglichen negativen Marktwert der streitgegenständlichen Swap-Geschäfte nicht nachgekommen. Dabei ist unerheblich, ob die Klägerin wusste, dass die Beklagte zu 1) ihren Gewinn nicht allein aus den Gegengeschäften erzielte, und ob ihr bekannt und aus haushaltsrechtlichen Gründen sogar daran gelegen war, dass die Beklagte zu 1) keine gesonderte Beratungsvergütung erhob, sondern ihre Unkosten und ihren Gewinn in die Swaps selbst einstrukturierte. Entscheidend ist vielmehr, dass die Beklagte zu 1) der Klägerin nicht die Erkenntnis vermittelte, dass und in welchem Umfang sie gegen die im anfänglichen negativen Marktwert abgebildeten Erwartungen des Marktes agierte. Dass diese Erwartungen nicht auf 63

konkreten Zinsentwicklungsprognosen, sondern auf finanzmathematischen Simulationsmodellen beruhen, hat dabei keine Bedeutung. Ebenso ist unerheblich, dass der anfängliche negative Marktwert der einzelnen Swap-Geschäfte zugleich die Marge der Beklagten zu 1) repräsentierte. Auch wenn der Vertragspartner einer Bank in der Regel damit rechnen muss, dass diese aus dem Geschäft Gewinn erzielen will, unterscheidet sich die vorliegende Konstellation doch dadurch vom Fall einer nicht aufklärungspflichtigen bloßen Gewinnspanne, dass die Beklagte zu 1) gegenläufige Interessen vertrat und sich als Beraterin der Klägerin somit in einem schwerwiegenden Interessenkonflikt befand, dessen Auswirkungen die Klägerin nur bei Offenlegung der im anfänglichen negativen Marktwert abgebildeten Markterwartung erfassen und ihrer Abschlussentscheidung zugrunde legen konnte.

Diese Grundgedanken der „Swap-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs vom 22.03.2011 (NJW 2011, 1949 ff.) gelten uneingeschränkt auch für den vorliegenden Fall von Swap-Geschäften mit Kommunen und unabhängig von der Struktur der abgeschlossenen Swaps. Die hier verletzte Aufklärungspflicht knüpft nicht an die mehr oder weniger komplexe Konstruktion des jeweiligen Swaps, aus der sich weitere Beratungspflichten ergeben können, sondern an die allen Streitgegenständlichen Swap-Geschäften eigene Bedeutung des anfänglichen negativen Marktwertes an. Eine kommunale Gebietskörperschaft ist dabei nicht weniger aufklärungs- und schutzbedürftig als ein - im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall beteiligtes - mittelständisches Unternehmen, denn auch bei den mit kommunalen Haushaltsfragen befassten Personen und Gremien können keine vertieften Kenntnisse der Funktionsweise und Bewertung von Swap-Geschäften vorausgesetzt werden. Gerade deshalb entfaltete die Beklagte zu 1) umfangreiche Informations- und Beratungsaktivitäten, für die sie - in Gestalt eines Honorars oder einer einstrukturierten Vergütung - auch eine Gegenleistung erwartete.

b) 65

Die Beklagte zu 1) hat auch schuldhaft gehandelt. Sie hat ihre Aufklärungspflicht zumindest fahrlässig verletzt. Die Beklagte zu 2) hat die Vermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht widerlegt. Insbesondere lässt sich nicht feststellen, dass die Beklagte zu 1) sich in einem (unvermeidbaren) Verbotsirrtum befunden hätte. Ob sie regelmäßig die Rechtsprechung zu Aufklärungspflichten bei Anlagegeschäften beobachtete und auswertete und es bis zum Abschluss der vier Swaps keine Rechtsprechung gab, nach der über den anfänglichen negativen Marktwert aufgeklärt werden musste, ist dabei unerheblich, denn ein Verschulden ist nicht erst dann anzunehmen, wenn die Rechtsprechung die Pflichten einer Partei in einer bestimmten Konstellation bereits zuvor konkretisiert und ausdrücklich festgestellt hat, sondern schon dann, wenn die Partei ihre Pflichten bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen. Das war hier aber der Fall: 66

Der Beklagten zu 1) war die Bedeutung des anhand finanzmathematischer Simulationsmodelle ermittelten Marktwertes als Maßstab für die Einschätzung des Chancen-Risiko-Profiles eines Swaps bekannt. Dies war geradezu Voraussetzung für die Einstrukturierung einer Marge und die erfolgreiche Platzierung von Gegengeschäften im Markt. Sie hätte damit auch die Bedeutung dieses Marktwertes für die Abschlussentscheidung der Klägerin erkennen können und müssen. Ebenso musste ihr der aus den wechselseitigen Zinszahlungsverpflichtungen und ihrer Rolle als Beraterin der Klägerin resultierende Interessenkonflikt bewusst sein. Die Beklagte zu 1) hätte deshalb damit rechnen und ihr Handeln danach ausrichten müssen, dass die Rechtsprechung eine umfassende Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert und dessen Bedeutung 67

verlangen würde, um dem Vertragspartner der Bank eineigenständiges Urteil, ob deren Empfehlung in seinem Interesse liegt und er die mit der Abweichung von der Markteinschätzung verbundenen Risiken eingehen will, zu ermöglichen. Tragfähige Gründe, warum die Beklagte zu 1) an diesen Schlussfolgerungen hätte gehindert sein sollen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere gab es im fraglichen Zeitraum keine gesicherte höchst- oder obergerichtliche Rechtsprechung, die eine solche Verpflichtung verneint hätte.

c)

68

Die Pflichtverletzung der Beklagten zu 1) war für den Abschluss der Swap-Geschäfte durch die Klägerin auch ursächlich. Die (beweisbelastete, vgl. BGH NJW 2011, 1949, 1953, Rdnr. 40) Beklagte zu 2) hat nicht hinreichend dargelegt, dass die Klägerin sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert der Swap-Geschäfte nicht aufklärungsrichtig verhalten hätte. Sie behauptet zwar und stellt diesen Vortrag unter Zeugenbeweis, dass die Klägerin die Geschäfte auch abgeschlossen hätte, wenn sie auf den anfänglichen negativen Marktwert hingewiesen worden wäre. Dieses Vorbringen und Beweisanerbieten steht jedoch unter der von der Beklagten zu 2) nachhaltig vertretenen Prämisse, dass dieser Marktwert lediglich die - der Klägerin angeblich dem Grunde nach bekannte und von ihr akzeptierte - Marge der Beklagten zu 1) abbildete und im Übrigen ohne jede Bedeutung für den Abschluss der Geschäfte war. Gerade dies ist indes 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 einschätzte und sie somit gegen die Markterwartung agierte, trägt die Beklagte zu 2), die diese Zusammenhänge gerade in Abrede stellt, dagegen selbst nicht vor. Davon kann auch nach den Umständen nicht ausgegangen werden. Selbst wenn der Klägerin daran gelegen gewesen sein sollte, ihre künftige Zinsbelastung von kurzfristigen Marktentwicklungen abzukoppeln und damit längerfristig kalkulierbar zu halten, und sie bereit war, der Beklagten zu 1) für diese Sicherheit eine gewisse Marge zuzugestehen, bedeutet das nicht, dass sie die Geschäfte um dieser Sicherheit willen auch dann abgeschlossen hätte, wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass der Markt zum jeweiligen Abschlusszeitpunkt eher von der Klägerin nachteiligen Geschäften ausging. Besondere Anhaltspunkte für eine so hohe Gewichtung des Sicherheitsaspektes legt die Beklagte zu 2) nicht dar und sind auch nicht ersichtlich. Dass die Klägerin, die selbst bis zur Klageerhebung per saldo noch einen Überschuss erzielte, nach einzelnen Verlusten noch bis Februar 2008 neue Swap-Geschäfte einging, lässt keinen solchen Schluss nicht zu.

69

d)

70

Für die Ermittlung des Schadens der Klägerin sind alle Vor- und Nachteile, die ihr aus sämtlichen aufgrund des Rahmenvertrages vom 07./28.04.2006 (Anlage K 1) eingegangenen Swap-Geschäften erwachsen sind, in eine einheitliche Schadensberechnung einzustellen. Der Senat schließt sich insoweit den zutreffenden Erwägungen des Landgerichts (Seite 35 bis 39 oben UA, Bl. 392 bis 394 oben GA) an.

71

Für eine einheitliche Schadensbetrachtung spricht darüber hinaus insbesondere die Vereinbarung der Parteien in Nr. 1 (2) Satz 2 des Rahmenvertrages, die wie folgt lautet:

72

„Alle Einzelabschlüsse bilden untereinander und zusammen mit diesem Rahmenvertrag einen einheitlichen Vertrag ...; sie werden im Sinne einer einheitlichen Risikobetrachtung auf dieser Grundlage und im Vertrauen darauf getätigt.“

73

74

Durch diese Regelung wird der Rahmenvertrag mit allen Einzelgeschäften zu einer Vertragseinheit „verklammert“. Da eine „einheitliche Risikobetrachtung“ angestellt werden soll, ist stets die gesamte Vermögenslage des Kunden in den Blick zu nehmen. Allein dies entspricht auch dem vertraglichen Gesamtkonzept, wonach die einzelnen Swap-Geschäfte nur „Bausteine“ im Rahmen eines übergreifenden „aktiven Schuldenmanagements“ bilden. Aufgrund der „Verklammerung“ aller Einzelabschlüsse mit dem Rahmenvertrag kann ein möglicher Schaden nur in der Form ermittelt werden, dass der Gewinn oder Verlust aller mit dem Kunden abgeschlossenen Einzelgeschäfte in eine Schadensberechnung eingestellt und ein Saldo gebildet wird. Ähnlich wie bei einem Kontokorrent führt die Klausel dazu, dass etwaige Schadensersatzansprüche aufgrund einer unzureichenden Beratung im Zusammenhang mit dem Abschluss von Einzelgeschäften ihre rechtliche Selbständigkeit verlieren und als Einzelposten in eine Gesamtsaldierung eingehen, die bei negativem Saldo zu einem einheitlichen Schadensersatzanspruch führt.

Bei der Saldierung der Vor- und Nachteile der Klägerin aus allen Swap-Geschäften stehen Verluste in Höhe von 575.256,80 € Gewinnen in Höhe von 695.477,78 € gegenüber (vgl. Anlage B 32). Einen Zahlungsanspruch hat die Klägerin daher nicht. Ihr ist gleichwohl ein Schaden entstanden, weil die vier Swaps bis heute negative Marktwerte aufweisen, die sich zum 31.01.2011 auf 7.392.900 € summierten. Damit haben die Feststellungsanträge Erfolg. Diese sind nicht um den überschießenden Gewinn der Klägerin in Höhe von 120.220,98 € zu kürzen. Nach § 280 Abs. 1 BGB ist die Klägerin so zu stellen, als hätte sie die Swap-Geschäfte nicht abgeschlossen. Dann muss sie keine weiteren Zahlungen auf die Swaps an die Beklagte zu 2) mehr leisten. Aus demselben Grund ist auch die Widerklage auf weitere Swap-Zahlungen unbegründet. Etwaige Ansprüche auf Auskehrung eines in der Vergangenheit erzielten Überschusses sind nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

e) 76

Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ist nicht gemäß § 37 a WpHG a. F. verjährt. Nach dieser Vorschrift verjähren die dort bezeichneten Ansprüche in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem sie entstanden sind. Aufgrund der Einheitlichkeit des Rahmenvertrages und aller Einzelabschlüsse (vgl. Nr. 1 (2) Satz 2 des Rahmenvertrages) sowie der Schadensberechnung ist der Anspruch der Klägerin erst mit dem Abschluss des letzten Swaps am 14.02.2008 entstanden. Die Verjährungsfrist wäre demnach am 14.02.2011 abgelaufen. Hier hat die Beklagte zu 1) jedoch mit Anwaltsschreiben vom 26.01.2011 (Anlage K 1.7) bis zum 28.02.2011 auf die Einrede der Verjährung verzichtet. An diesem Tag ist die vorliegende Klage bei Gericht eingegangen (Bl. 1 GA). Seither ist die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt, da die Klageschrift „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO zugestellt worden ist. Insbesondere hat die Klägerin alles Erforderliche für eine zügige Zustellung der Klage getan. Sie hat der Klageschrift drei Verrechnungsschecks in Höhe des Gerichtskostenvorschusses beigelegt. Nach deren Einlösung hat das Landgericht die Zustellung der Klage unter dem 16.03.2011 verfügt. Sie ist der Beklagten zu 1) sodann am 22.03.2011 (Bl. 57 GA) zugestellt worden.

Da der Schadensersatzanspruch der Klägerin aufgrund fahrlässigen Verhaltens der Beklagten zu 1) infolge der einheitlichen Schadensbetrachtung nicht verjährt ist, kommt es in diesem Zusammenhang auf Vorsatz der Beklagten zu 1) (bei dem § 37 a WpHG a. F. nicht anwendbar wäre) nicht an.

3. 79

80

Die Klägerin kann ihren Zahlungsanspruch schließlich nicht mit Erfolg auf ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alternative BGB) stützen, weil alle vier Swap-Geschäfte von Beginn an nichtig gewesen wären. Ein solcher Bereicherungsanspruch scheidet bereits daran, dass auch insoweit bei Gesamtbetrachtung der Vermögenslage der Klägerin die Verluste und Gewinne, die die Klägerin mit allen Swap-Geschäften gemacht hat, zu saldieren sind, was dazu führt, dass die Klägerin insgesamt einen überschießenden Gewinn in Höhe von 120.220,98 € erzielt hat.

Im Übrigen hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der mündlichen Verhandlung des Senats vom 21.01.2013 klargestellt, dass die Klägerin insoweit eine Nichtigkeit der Swap-Geschäfte nur noch aus § 138 BGB herleitet. Die Swaps waren aber nicht sittenwidrig gemäß § 138 Abs. 1 BGB (eine Sittenwidrigkeit wegen Wuchers gemäß § 138 Abs. 2 BGB kommt ohnehin nicht in Betracht). Es lässt sich nicht feststellen, dass die vier Swap-Geschäfte ausschließlich einseitig zu Lasten der Klägerin konstruiert worden wären. Selbst wenn ihr Verlustrisiko größer als dasjenige der Bank war, war es nach der Struktur auch dieser Swaps nicht ausgeschlossen, dass die Klägerin mit ihnen Gewinne hätte erzielen können. Das schließt eine sittenwidrige Übervorteilung der Klägerin aus. 81

4. 82

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 97 Abs. 1 ZPO und - soweit die Beklagte zu 1) durch den Parteiwechsel aus dem Prozess ausgeschieden ist - auf § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO in entsprechender Anwendung. Der Parteiwechsel beruht hier auf der Abspaltung auch der streitgegenständlichen Swap-Geschäfte auf die Beklagte zu 2), also einem Umstand, der nicht in der Sphäre der Klägerin liegt. Das eröffnet die entsprechende Anwendung des § 91 a ZPO auf die außergerichtlichen Kosten der ausgeschiedenen Beklagten zu 1) (vgl. BGH NJW 2006, 1351, 1354) und führt insoweit zu einer Kostenverteilung, die derjenigen im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) entspricht, weil die Beklagte zu 1) ohne die Abspaltung in gleichem Maße unterlegen wäre. 83

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 84

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen. Insbesondere kommt eine Revisionszulassung unter dem Gesichtspunkt der Divergenz (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 2. Alternative ZPO) nicht in Betracht. Der Senat folgt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22.03.2011 (NJW 2011, 1949 ff.), die aus den dargelegten Gründen auch auf den vorliegenden Fall übertragbar ist. Soweit die Beklagte zu 2) auf abweichende Entscheidungen anderer Gerichte verweist, sind die entsprechenden Punkte zur Überzeugung des Senats durch das Urteil des Bundesgerichtshofs bereits hinreichend geklärt, so dass es einer erneuten Entscheidung des Revisionsgerichts nicht bedarf. 85

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf 7.968.156,79 € festgesetzt (für die Berufung: 7.392.900 €, das ist der negative Marktwert der vier Swaps; für die Anschlussberufung: 575.256,79 €). 86

M.... R.... S.... 87
