

---

**Datum:** 22.12.2016  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 6. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-6 U 57/16  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2016:1222:I6U57.16.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Kleve, 4 O 401/13

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 16.02.2016 verkündete Grund- und Teilurteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Kleve abgeändert.

Es wird festgestellt, dass der Feststellungsantrag der Klägerin, wonach sie nicht verpflichtet ist, aus dem Kommunaldarlehen mit der Darlehensnummer ... Zahlungen an die Beklagte zu leisten, soweit diese über einen Betrag von 146.771,25 € hinausgehen, in der Hauptsache erledigt ist.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, falls nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

---

**Gründe:**

- |                                                                                                                                                                                |   |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| I.                                                                                                                                                                             | 1 |
| Die Parteien streiten im Rahmen von Klage und Widerklage letztlich um die Verpflichtung der Klägerin zur Abnahme der am 13.02.2015 zur Auszahlung fälligen Darlehensvaluta aus | 2 |
|                                                                                                                                                                                | 3 |

einem am 25./29.05.2007 geschlossenen Forwarddarlehen. Während die Klägerin die Feststellung begehrt, dass sich ihr ursprünglicher Antrag, der auf die Feststellung gerichtet war, aus dem genannten Darlehen nicht zur Leistung von Zahlungen verpflichtet zu sein, soweit diese 146.771,25 € übersteigen, in der Hauptsache erledigt hat, verlangt die Beklagte mit ihrer Widerklage die Zahlung von Schadensersatz nach außerordentlicher Kündigung des in Rede stehenden Darlehensvertrages mit Schreiben vom 09.02.2015 wegen der Nichtabnahme des Darlehens.

Das Darlehen in Höhe von 2.973.441,51 € sollte am 13.02.2015 ausbezahlt werden. Hierfür sollte ein Zins in Höhe von 3,050 % gezahlt werden. Sofern der Wechselkurs des Euro in Schweizer Franken (CHF) am Fixingtag kleiner als 1,43 sein sollte, sollte der Darlehenszins 3,050 % zuzüglich 50 % der Wechselkursveränderung des Euro in CHF betragen. Bis zur Auszahlung des Darlehens sollte die Beklagte der Klägerin zudem auf zwei abzulösende Darlehen ratierlich sogenannte Zinssubventionen in Höhe von insgesamt 170.412,41 € zahlen (Anlage K1). 4

Wegen der tatsächlichen Feststellungen erster Instanz wird des Weiteren auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 5

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die Widerklage dem Grunde nach einschließlich Rechtshängigkeitszinsen für gerechtfertigt erklärt. 6

Es hat dies, soweit für die Berufung von Relevanz, damit begründet, die Klage sei zulässig, jedoch unbegründet, weil sich die negative Feststellungsklage nicht in der Hauptsache erledigt habe, da sie von vornherein unbegründet gewesen sei. 7

Die Widerklage sei zulässig und dem Grunde nach gerechtfertigt. Die Beklagte habe gegen die Klägerin gemäß §§ 281, 280 Abs. 3, 488 ff., 249 ff. BGB, 354 HGB i.V.m. Nr. 4 S. 2 des Schuldscheins vom 06.06.2007 Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihr durch die Nichtabnahme des Darlehens entstanden sei. Der Vertrag der Parteien vom 25./29.05.2007 sei ein Darlehensvertrag und kein Währungsswap-Vertrag. Diesbezüglich bedürfe es nicht der Einholung eines Sachverständigengutachtens, weil es sich hierbei um eine Frage der rechtlichen Einordnung handle. Die Tatsache, dass die Parteien ein Darlehen mit einem variablen Zinssatz vereinbart hätten und dieser Zinsvariabilität ein spekulatives Element innewohne, da dessen Höhe durch das Verhältnis des Wechselkurses des Euros zum Schweizer Franken mitbestimmt werde, mache den Darlehensvertrag nicht zu einem Währungsswap. Kennzeichen für Swaps sei, dass Darlehen und Swap zwei eigenständige Verträge seien, deren Parteien identisch sein könnten, aber nicht identisch sein müssten. Dass die wirtschaftlichen Folgen des Vertrages denen ähneln oder entsprechen mögen, die eingetreten wären, wenn die Klägerin statt des streitgegenständlichen Vertrags ein Festzinsdarlehen und zusätzlich einen separaten Swapvertrag abgeschlossen hätte, ändere an dieser Bewertung nichts. 8

Der Darlehensvertrag sei wirksam geschlossen worden. Die Klägerin sei bei Vertragsschluss wirksam vertreten gewesen, weil die Vorgaben der §§ 53, 64 GO NRW eingehalten worden seien. Der Vertrag sei entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht deshalb nichtig, weil die Organe der Klägerin wegen eines Verstoßes gegen das gemeinderechtliche Spekulationsverbot „ultravires“ gehandelt hätten. Ein Handeln ihrer Organe außerhalb ihres Aufgabenkreises habe im Streitfall nämlich nicht vorgelegen. Nach der Rechtsprechung der BGH hätte ein solches Handeln selbst dann nicht vorgelegen, wenn die Klägerin einen Zinsswapvertrag ausschließlich zu Spekulationszwecken abgeschlossen hätte. Dies gelte erst recht bei einer Darlehensaufnahme mit einem variablen Zinssatz, der auch von 9

spekulativen Elementen abhängig ist. Auch sei der Vertrag nicht nach § 134 BGB nichtig, weil die §§ 75 ff. GO NRW keine Verbotsgesetze im Sinne des §§ 134 BGB seien.

Der Vertrag sei auch nicht nach § 138 BGB nichtig. Er sei weder sittenwidrig noch wucherisch. Für die Beurteilung seien die Umstände bei Vertragsschluss maßgebend, nicht die im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtswirkungen. Bei Vertragsschluss Ende Mai 2007 sei der vereinbarte Zins nicht überhöht gewesen. Die hohen Zinsen resultierten aus dem später im Zusammenhang mit der erst 2010 offenkundig gewordenen Euro-Griechenland-Krise erfolgten sogenannten „Frankenschock“. Dass die Beklagte bereits bei Vertragsschluss vom Eintritt des „Frankenschocks“ ausgegangen wäre, behaupte die Klägerin letztlich nicht. 10

Der Vertrag sei auch nicht gemäß § 142 BGB wegen der von der Klägerin erklärten Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig. Die Beklagte habe die Klägerin nicht über die kommunalrechtliche Zulässigkeit des abgeschlossenen Vertrags getäuscht, weil dieser kommunalrechtlich zulässig sei. 11

Die Beklagte habe den Darlehensvertrag mit Schreiben vom 09.02.2015 gemäß § 314 BGB i.V.m. Nr. 4 des Schuldscheins vom 06.06.2007 wirksam außerordentlich gekündigt. Es habe ein wichtiger Grund zur Kündigung bestanden, weil die Klägerin die Abnahme der Darlehensvaluta unberechtigt verweigert habe. Die Aufzählung der Kündigungsgründe in Nr. 4 S. 1 des Schuldscheins sei nicht abschließend. Durch eine unberechtigte Weigerung des Darlehensnehmers, die Valuta abzunehmen, beeinträchtige dieser die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags. 12

Die Klägerin sei zur Abnahme der Darlehensvaluta verpflichtet gewesen, weil die Parteien ein verzinsliches Darlehen vereinbart gehabt hätten. Die Klägerin habe die Abnahme der Valuta auch ernsthaft und endgültig verweigert, wie sich der Korrespondenz eindeutig entnehmen lasse. Die Abnahmeverweigerung der Klägerin sei unberechtigt gewesen. Sie habe dem Abnahmeverlangen der Beklagten nicht nach § 242 BGB einen Schadensersatzanspruch entgegenhalten können, der auf Vertragsaufhebung gerichtet sei. 13

Ein Schadensersatzanspruch bestehe nicht wegen eines Beratungsfehlers aus einem Anlageberatungsvertrag, weil die Parteien einen solchen weder ausdrücklich noch stillschweigend geschlossen hätten. Gegenstand der Besprechung der Parteien sei der Finanzbedarf der Klägerin gewesen sowie die Kosten der Finanzierung dieses Bedarfs. Der Wunsch, die Zinslast niedrig zu halten oder zu senken, mache aus einer Darlehensaufnahme keine Geldanlage. Die Aufnahme eines Darlehens mit einer Valuta von nahezu 3 Millionen € durch die Klägerin, auch wenn diese in Gestalt eines sogenannten „Forward-Darlehens“ erfolgt sei, sei keine Vermögensanlage. Eine Kreditaufnahme sei auch keine Kapitalanlage. 14

Die Klägerin habe gegen die Beklagte auch keinen Schadensersatzanspruch wegen eines Beratungsfehlers aus einem Finanzierungsberatungsvertrag, weil die Beklagte keine Aufklärungspflichten aus dem Finanzierungsberatungsvertrag verletzt habe. Die Beklagte habe nicht darüber aufklären müssen, dass der Vertrag „de facto“ einer „Kombination aus einem Festzinsdarlehen einerseits mit einem Bündel von 76 gekauften Euro Verkaufsoptionen mit Laufzeiten zwischen acht und 27 Jahren“ gleiche. Es könne dahinstehen, ob dies überhaupt der Fall sei. Eine entsprechende Aufklärung hätte der Klägerin keinen entscheidungsrelevanten Erkenntnisgewinn gebracht, da es sich um ein bloßes finanzmathematisches Berechnungsmodell handele. Maßgebend könne für die Klägerin objektiv nur gewesen sein, welche Zinslast ihr erwachsen würde. Dies lasse sich aber der im Darlehensvertrag abgedruckten Zinsformel eindeutig entnehmen. 15

Dem Vorbringen der Klägerin lasse sich kein Beratungsfehler der Beklagten im Hinblick auf diese Zinsformel entnehmen. Deren Berechnungsparameter ließen sich dem Vertragsdokument zweifelsfrei und vollständig entnehmen. Dass ein theoretisch unbegrenzt großes Wechselkursrisiko bei jeder Fremdwährung bestehe, sei allgemein bekannt und daher nicht gesondert aufklärungspflichtig. Die Beklagte habe dieses Risiko nicht unzulässig verharmlost und insbesondere auch nach dem Vorbringen der Klägerin nicht behauptet, es gebe kein Wechselkursrisiko. Dem Vorbringen der Klägerin lasse sich lediglich entnehmen, dass die Beklagte im Jahre 2007 das Wechselkursrisiko als niedrig eingeschätzt habe. Die genannten Angaben zum Außenhandel, zum Interesse der Schweiz an stabilen Wechselkursen und zur Interventionsschwelle der A.seien im Beratungszeitpunkt zutreffend gewesen, was auch die Klägerin letztlich nicht infrage stelle. Die daraus gefolgerte und angeblich geäußerte Einschätzung der Beklagten, dass die „eingebettete Schwelle von 1,43 der Klägerin eine hinreichende Sicherheit biete“ sei daher ex ante vertretbar und damit nicht beraterfehlerhaft gewesen.

Es habe insbesondere auch keiner Aufklärung über einen angeblichen „anfänglich negativen Marktwert“ des Vertrags bedurft. Ein Darlehen habe einen solchen nicht, auch wenn es variabel verzinst werde, weil ein Darlehen keine Geldanlage des Darlehensnehmers sei. 17

Selbst wenn man davon ausginge, die Beklagte hätte die Klägerin im Rahmen des Finanzierungsberatung fehlerhaft beraten, würde dies im Streitfall nichts an der Abnahmeverpflichtung der Klägerin ändern. Diese könne dem Anspruch der Beklagten keine Gegenansprüche aus dem zuvor stillschweigend geschlossenen Finanzierungsberatungsvertrag entgegenhalten, weil sie durch den Schuldschein vom 06.06.2007 wirksam ein deklaratorisches Schuldanerkennntnis abgegeben habe. Denn der Schuldschein enthalte ausdrücklich den Text, dass die S. anerkenne, der Bank die Darlehensvaluta (zu schulden), sowie anschließend (zum Teil den Text des Darlehensvertrags wiederholend) die Vertragsbedingungen. In Nr. 6 Abs. 2 des Schuldscheins habe die Klägerin gegenüber der Beklagten ausdrücklich „uneingeschränkt auf jeder Aufrechnung, sowie die Geltendmachung von Pfandrechten, Zurückbehaltungsrechten und sonstigen Rechten, durch welche diese Forderungen beeinträchtigt werden können“ verzichtet. Damit habe die Klägerin gegenüber der Beklagten darauf verzichtet, Ansprüchen aus dem Darlehensvertrag Einwendungen aus einer fehlerhaften Finanzierungsberatung entgegenhalten zu können, ohne dass es darauf ankäme, ob ihr diese bekannt oder unbekannt gewesen seien. Ein solcher Verzicht sei möglich, wenn er in der Erklärung unmissverständlich zum Ausdruck komme. Da Streit über etwaige Schadensersatz auslösende Beratungsfehler bei Finanzierungsberatungsverträgen stets zu gewärtigen sei, habe zwischen den Parteien eine subjektive Ungewissheit bestanden, die hinreichenden Anlass für ein deklaratorisches Schuldanerkennntnis gegeben habe. Einen solchen Anlass hätten vorliegend überdies die Regelung der §§ 86, 77 ff. GO NRW in Bezug auf etwa notwendige Genehmigungen des Vertrags durch die Kommunalaufsichtsbehörde gegeben. Es könne auch dahinstehen, ob es sich bei Nr. 6 Abs. 2 des Schuldscheins um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten handele, weil die Klägerin hierdurch nicht unangemessen im Sinne des § 307 BGB benachteiligt werde. 18

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin, mit der diese ihre Anträge erster Instanz weiterverfolgt. 19

Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte habe ihr ein von ihr selbst konstruiertes Produkt empfohlen, das im Ergebnis aus einem Darlehen und einem Währungsswap bestehe. Die an Swapverträge gestellten Beratungsanforderungen habe die Beklagte dabei nicht beachtet. 20

Die Klägerin behauptet, die Beklagte sei 2005 mit dem Vorschlag an sie herangetreten, sie im Hinblick auf den Abschluss von Finanzprodukten zu beraten, durch die ihre, der Klägerin, Zinsbelastungen aus bestehenden Kreditverbindlichkeiten reduziert werden könnten. Mit Präsentation vom 23.05.2007 habe die Beklagte vorgeschlagen, ihre, der Klägerin, Zinsbelastung aus den Darlehen mit den laufenden Nr. ... und ... zu sichern und zu reduzieren. Zu diesem Zweck sei das streitgegenständliche Forward-Geschäft empfohlen und abgeschlossen worden. Im Einzelnen sehe das Geschäft für den Zeitraum vom 14.09.2007 bis zum 13.02.2015 zunächst die Zahlung von sogenannten „Zinssubventionen“ durch die Beklagte vor, während die eigentliche Laufzeit des Geschäft erst im Jahr 2015 habe beginnen sollen. Ihre Zahlungspflicht habe aus dem festgesetzten Festzins sowie der variablen Komponente bestehen sollen. Bei der vorgenannten Formel für diese Komponente handele es sich um ein sogenanntes eingebettetes Derivat, konkret ein eingebettetes Währungsswap-Geschäft. Dies habe zur Folge, dass ein Teil der Cashflows des zusammengesetzten Finanzinstruments den gleichen Schwankungen unterliege wie ein freistehendes Derivat. Dies wiederum habe ihrer Ansicht nach zwangsläufig zur Folge, dass es sich nicht um eine bloße Finanzierung, sondern um Anlageberatung handele.

21

Im Rahmen des Beratungsgesprächs habe Herr C. unzutreffend behauptet, der streitgegenständliche Abschluss bzw. das in diesem Abschluss eingebettete Derivat ermögliche es ihr, der Klägerin, ihre künftigen Zinslasten zu reduzieren. Tatsächlich bestehe ein Zusammenhang allein in rechtlicher Hinsicht, in dem der Darlehensvertrag einerseits und das eingebettete Derivat andererseits, das fremdwährungsbezogen sei, zu einer vertraglichen Einheit verschmolzen worden seien. Eine finanzwirtschaftliche Einheit habe demgegenüber in keinsten Weise existiert. Der von der Beklagten stets behauptete Zusammenhang zwischen den Kreditverbindlichkeiten einerseits und dem fremdwährungsbezogenen Derivat andererseits existiere tatsächlich nicht.

22

Herr C. habe des Weiteren in der Beratung behauptet, das streitgegenständliche Produkt sei mit einem Fremdwährungsdarlehen vergleichbar, welches sie, die Klägerin, und andere Kommunen in der Vergangenheit bereits häufiger aufgenommen hätten. Auch dies sei in finanzwirtschaftlicher Hinsicht unzutreffend, weil der niedrige Frankenzins am Markt für das Darlehen praktisch keine Rolle spiele, sondern dieser sich allein günstig auf die Höhe der Optionsprämie für die Hedge-Geschäfte der Bank auswirke. Tatsächlich handele es sich also keineswegs um ein mit einem Fremdwährungskredit vergleichbares Geschäft, sondern um ein eingebettetes Derivatgeschäft mit überwiegendem Wettcharakter, ohne dass die Beklagte ihr dies offenbart habe.

23

Eine Risikoauflärung sei vollständig unterblieben. Ihr sei nicht erläutert worden, dass ihr Zinsrisiko aus dem Geschäft nach oben unbegrenzt sei. Stattdessen heiße es in der Präsentation lediglich, dass sie, die Klägerin, wenn der Wechselkurs unter der Barriere liege, für diese Periode zusätzlich die Hälfte der Wechselkursdifferenz zu 1,42 zahle. Ihr sei also nicht vor Augen geführt worden, dass es sich bei dem Produkt um ein Geschäft handele, das in seiner Funktionsweise und seinem Risikoausmaß mit Aktienoptionen, Rohstoffoptionen, Wetterderivaten oder gar Sportwetten bzw. Glücksspielen vergleichbar sei, was jedoch tatsächlich der Fall sei. Tatsächlich habe sich der Wechselkurs aus ihrer Sicht im weiteren Verlauf derart ungünstig entwickelt, dass dieser zum Zeitpunkt der Kündigung durch die Beklagte im Jahr 2015 bei ca. 20 % p.a. gelegen habe. Dies belege, dass die tatsächlich mit dem Geschäft verbundenen Risiken verniedlicht und verharmlost worden seien, zumal die Beklagte in Präsentationsgesprächen stets behauptet habe, die A. werde durch ihre Interventionspolitik eine starke Aufwertung des Schweizer Frankens gegenüber dem Euro sicher verhindern. Diese Aussage werde durch den Inhalt der Präsentationsunterlagen

24

gestützt. An keiner Stelle sei der Hinweis enthalten, dass es einen in irgendeiner Weise rechtlich verankerten Interventionspunkt, der eine sichere Begrenzung des Risikos dargestellt hätte, nicht gegeben habe. Eine solche Abschwächung des vorhandenen Risikos durch Beratungsaussagen begründe eine Beratungspflichtverletzung.

Herr C. habe ferner unzutreffend suggeriert, einziges Entscheidungskriterium für die Frage, ob der angebotene Vertrag abgeschlossen werden solle, sei ihre, der Klägerin, „subjektive Meinung“ über die künftige Entwicklung des Wechselkurses. Das Vorhandensein und die Ergebnisse von Währungsprognosen seien ihr nicht mitgeteilt worden. Ebenso wenig habe die Beklagte offenbart, dass es als weitere Grundlage für die eigene Entscheidungsfindung finanzmathematische Bewertungsmodelle gebe. 25

Das in den Geschäftsabschluss eingebettete Derivat habe zum Abschlusszeitpunkt über einen anfänglichen negativen Marktwert verfügt, was ihr im Vorfeld des Abschlusses zu keinem Zeitpunkt erläutert worden sei. 26

Ihr stehe gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Anlageberatung vor Abschluss des streitgegenständlichen Geschäfts zu. Mit der Beratung sei zwischen den Parteien ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen. Unzutreffend sei die Rechtsauffassung des Gerichts, wonach es sich bei dem streitgegenständlichen Geschäft lediglich um einen Darlehensvertrag handele. Die Begründung verkenne, dass es sich bei strukturierten Finanzprodukten der vorliegenden Art um Kapitalanlagen handele, die die Kombination aus einem Basisinstrument (hier: der Darlehensvertrag) mit einem oder mehreren derivativen Finanzinstrumenten darstelle (hier: das Swap-Element). Selbstverständlich stellten die beiden Teile eines solchen Vertrags eine rechtliche und wirtschaftliche Einheit dar. Unzutreffend sei der Schluss, dies führe dazu, dass nur die Regeln über den Darlehensvertrag bzw. über die Finanzierungsberatung Anwendung fänden. Stattdessen entspreche es bei sogenannten Mischverträgen allgemeiner Auffassung, dass die Frage, welche Vorschriften jeweils Anwendung fänden, davon abhängig zu beantworten sei, welcher Vertragsteil betroffen sei. Dementsprechend seien auch im vorliegenden Fall im Hinblick auf denjenigen Bestandteil des Vertrages, bei dem es sich um ein (eingebettetes) Derivat handele, die Regeln über die Kapitalanlageberatung anzuwenden. 27

Die Richtigkeit dieser Überlegung ergebe sich auch aus Folgendem: Wende man die von der Rechtsprechung herausgebildeten Grundsätze für die ordnungsgemäße (Anlage-) Beratung vor Abschluss von Anlageprodukten nur dann an, wenn diese isoliert abgeschlossen würden, nicht aber bei Kombinationsverträgen bzw. Verträgen, in die eine Kapitalanlage, wie etwa ein Derivat, eingebettet sei, wäre einer Umgehung der Rechtsprechungsgrundsätze zur ordnungsgemäßen Kapitalanlageberatung Tür und Tor geöffnet. 28

Die Beklagte habe ihre Pflichten aus dem Anlageberatungsvertrag in mehrfacher Hinsicht verletzt. Insbesondere habe sie weder den vorhandenen Interessenkonflikt offenbart noch ordnungsgemäß über Risiken und Eigenschaften des Geschäfts aufgeklärt. 29

Die Beklagte habe über den anfänglichen negativen Marktwert des Geschäfts beraten müssen. Es mache keinen Unterschied, ob die anlageberatende Bank ein Derivat/ Swapgeschäft für einen bereits bestehenden Darlehensvertrag vorstelle und empfehle oder ob sie das Swapgeschäft unmittelbar mit der Darlehensstruktur in einem einheitlichen Vertrag verbinde. Der Sachverständige B. habe festgestellt, dass in das streitgegenständliche Geschäft Options- bzw. Stillhaltergeschäfte eingebettet seien, deren korrespondierender Prämienertag zu einem beträchtlichen Teil zur Margendeckung der Beklagten verwendet worden sei, ohne dass die Beklagte das ob und die Höhe ihrer Marge aus dem eingebetteten 30

Derivat offenbart hätte. Stattdessen habe die Beklagte suggeriert, dass es sich bei dem variablen Zinselement um eine „zinsoptimierende“ Maßnahme handele, die in einem wirtschaftlichen Zusammenhang zum Schuldenportfolio der S. stehe, was nicht zutreffe. Aus dem Gutachten des Sachverständigen B. ergebe sich, dass das Verhältnis von Chancen und Risiken asymmetrisch sei und der einzige Unterschied zu einem Swapvertrag darin bestehe, dass im vorliegenden Fall das Darlehen und das Swap-Element zu einem einheitlich Vertrag verbunden worden seien. Im Hinblick auf die Beratungspflichten insbesondere die Pflicht zur Offenlegung des Interessenkonflikts in Form des anfänglichen negativen Marktwerts könne dies jedoch keinen Unterschied machen.

Die Beklagte habe sie auch nicht anlegergerecht beraten. Sie unterliege als Kommune dem Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit und habe auch im Übrigen ein sicherheitsorientiertes Risikoprofil. Diese Umstände habe die Beklagte bei ihrer Beratung offenkundig missachtet. Die Beklagte habe ihr, der Klägerin, Risikoprofil zu keinem Zeitpunkt ermittelt. Sie habe sie lediglich auf die Möglichkeit von Wechselkursschwankungen hingewiesen, ohne den Inhalt des Risikos und seine möglichen Auswirkungen in irgendeiner Weise zu konkretisieren und zu beschreiben. Eine ordnungsgemäße Anlageberatung hätte demgegenüber vorausgesetzt, dass ihr als Kundin vermittelt werde, dass das Risiko nicht nur theoretisch bestehe, sondern sehr real sei, da Wechselkurse besonders volatil seien. Einen solchen Hinweis habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben. Vielmehr habe die Beklagte stets suggeriert, der zu zahlende Zinssatz würde selbst bei ungünstigster Wechselkursentwicklung nicht über 5 % bis 6 % steigen. In der Präsentation vom 23.05.2007 werde dies in einem Chart weiter untermauert. Auf Seite 8 der Präsentation werde der Hinweis gegeben, dass die Schwelle von 1,45 €/CHF-Wechselkurs als Interventionspunkt der A. zu sehen sei und diese spätestens bei dieser Schwelle zur Aufrechterhaltung des Außenhandels einschreiten und eine weitere Aufwertung des Schweizer Franken zum Euro verhindern werde. Hierdurch habe die Beklagte die Wechselkursrisiken verharmlost und verniedlicht.

31

Auch ansonsten sei die Beratung nicht anlegergerecht gewesen, weil das Produkt in Form des eingebetteten Derivats mit seinen unbeschränkten Verlustrisiken ohnehin nicht zum Anlageprofil einer Kommune passe.

32

Die Beratung sei auch nicht anlagegerecht gewesen, weil es an einer ordnungsgemäßen Risikoauflärung fehle. Die Beklagte habe sie nicht über die Konsequenzen des Fehlens einer Zinsobergrenze (Cap) aufgeklärt und keine Darstellung anhand des worst-case Szenarios vorgenommen. Auch habe die Beklagte nicht darüber aufgeklärt, dass bei einem anhaltenden Wechselkursverfall Zahlungen in unbegrenzter Höhe, die sich während der Laufzeit auch summierten und aufgrund der langen Laufzeit möglicherweise ruinöse Auswirkungen besäßen, auf den Anleger zukommen könnten.

33

Entgegen der Auffassung des Landgerichts hätte die Beklagte sie, die Klägerin, ferner darüber aufklären müssen, dass in das streitgegenständliche Geschäft ein Derivat eingebettet worden sei, welches aus Stillhaltergeschäften in Devisenoptionen bestehe. In rechtlicher Hinsicht habe das Landgericht verkannt, dass bei Stillhalteroptionsgeschäften eine gesteigerte Aufklärungspflicht sogar dann bestehe, wenn es sich nicht um eine Anlageberatung, sondern lediglich um eine Anlagevermittlung handele.

34

Darüber hinaus sei die landgerichtliche Entscheidung auch deshalb fehlerhaft, weil ihr, der Klägerin, selbst dann ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zustünde, wenn zwischen den Parteien kein Anlageberatungsvertrag, sondern lediglich ein Finanzierungsberatungsvertrag zustande gekommen sei. Im Rahmen eines solchen Vertrages habe die beratende Bank zu prüfen, ob die empfohlene Finanzierung

35

gegebenenfalls zu untragbaren Belastungen für den Kunden führe. Vor diesem Hintergrund hätte die Beklagte ihr den Abschluss der streitgegenständlichen Finanzgeschäfte zu keinem Zeitpunkt empfehlen dürfen. Dabei sei zu beachten, dass es sich bei ihr um eine Kommune handle, die den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit unterworfen sei. Tatsächlich handle es sich bei dem vorliegenden Geschäft aber um ein extrem riskantes Produkt, was insbesondere dadurch deutlich werde, dass sich der Wechselkurs nach Klageerhebung derart entwickelt habe, dass sie zum jetzigen Zeitpunkt Zinsen in Höhe von ca. 20 % p.a. zu zahlen hätte.

Ferner habe die beratende Bank dem Kunden stets alle für seine Zwecke in Betracht kommenden Finanzierungsmodelle darzustellen und zwar unter Hinweis auf Ihre Chancen und Risiken. Die Beklagte habe es jedoch unterlassen, sie auf alternative Finanzierungsformen hinzuweisen und dabei Vor- und Nachteile realistisch darzustellen. Um welches „toxisches“ Produkt es sich vorliegend handle, werde dadurch klar, dass der Beklagten - angeblich - ein Schaden i.H.v. 7,8 Mio. € dadurch entstanden sein solle, dass sie, die Klägerin, den Anspruch der Beklagten auf Zinszahlung aus einem Betrag i.H.v. 2,9 Mio. € nicht erfüllt habe. 36

Sie sei auch nicht daran gehindert, die ihr zustehenden Schadensersatzansprüche dem widerklagend geltend gemachten Anspruch einredeweise entgegenzuhalten. Dabei komme es nicht darauf an, ob es sich bei der Regelung in Nr. 6 Abs. 2 des Schuldscheins um ein deklaratorisches Schuldanerkennnis handle, weil ein solches lediglich alle Einwendungen tatsächlicher und rechtlicher Art für die Zukunft ausschließe, die der Schuldner bei der Abgabe gekannt oder mit denen er mindestens gerechnet habe. Da sie, die Klägerin, die Falschberatung durch die Beklagte zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrags nebst „Schuldschein“ selbstverständlich nicht gekannt und sie damit auch nicht gerechnet habe, könne ein etwaig darin zu sehendes deklaratorisches Schuldanerkennnis auch keine anspruchsbeschränkende Wirkung entfalten. Im Übrigen sei, soweit in der entsprechenden Passage des Schuldscheins ein Ausschluss von Aufrechnungsmöglichkeiten bzw. Zurückbehaltungsrechten geregelt sei, dieser Ausschluss gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da es sich bei dem Schuldschein um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handle, welche von der Beklagten gestellt worden sei. 37

Die Klägerin beantragt (sinngemäß), 38

unter Abänderung des angefochtenen Urteils 39

1. 40

festzustellen, dass ihr Feststellungsantrag, wonach sie nicht verpflichtet ist, aus dem Kommunaldarlehen mit der Darlehensnummer ... Zahlungen an die Beklagte zu leisten, soweit diese über einen Betrag von 146.771,25 € hinausgehen, in der Hauptsache erledigt ist, 41

2. 42

die Widerklage abzuweisen, 43

hilfsweise, 44

das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen. 45

Die Beklagte beantragt,

46

die Berufung zurückzuweisen.

47

Die Beklagte behauptet, die Klägerin, die bei ihr im September 2005 zwei strukturierte Darlehensverträge abgeschlossen gehabt und bei anderen Banken drei Festzinsdarlehen aufgenommen habe, deren Zinsbindung zwischen März 2014 und Februar 2015 endeten, sei daran interessiert gewesen, ihre Zinsbelastung kurzfristig zu reduzieren und sich langfristig für die Anschlussfinanzierung von ihr als attraktiv angesehene Finanzierungsbedingungen zu sichern. Im Beratungsgespräch am 12.04.2007 habe sie, die Beklagte, zwei Finanzierungsformvarianten vorgestellt, zunächst das Modell „Multi-Optima Schuldschein“, bei dem ein Darlehen während einer ersten Phase von 3 Jahren mit 3,52 % p.a. fest und danach nach Wahl der Bank mit 3,52 % p.a. oder dem Marktzins für die Restlaufzeit zu verzinsen gewesen sei, wobei die Kreditnehmerin ein entschädigungsfreies Recht zur vorfälligen Tilgung gehabt hätte. Ferner sei das Finanzierungsmodell "DUAL" vorgestellt worden, bei dem es sich um ein Forward-Darlehen, gehandelt habe. Die Klägerin habe über eine Dauer von etwa sieben Jahren als garantierten Zinsvorteil eine Zahlung von ihr, der Beklagten, erhalten sollen, die der Differenz der von der Klägerin auf das Altdarlehen mit 4,03 % p.a. zu leistenden Zinszahlungen gegenüber einem Zinssatz von 3,19 % p.a. entsprochen habe. In der zweiten Phase ab Valutierung habe die Klägerin ein Euro-Darlehen aufnehmen sollen, das mit einem festen Zinssatz zu verzinsen gewesen sei, solange der €/CHF-Wechselkurs einen bestimmten Barrierewert nicht unterschritt, andernfalls sei die Verzinsung variabel gewesen. Der Informationsunterlage sei ein Wechselkurschart für die Zeit von Januar 1999 bis Januar 2007 beigelegt gewesen. Auch sei dem Rechenbeispiel zu entnehmen gewesen, dass der Zinssatz für das Darlehen bei einem €/CHF-Wechselkurs von mindestens 1,43 konstant gewesen wäre und bei einem darunter liegenden Wechselkurs ansteigen würde. In einem weiteren Gespräch am 23.05.2007 habe sie der Klägerin eine weitere Möglichkeit für eine Anschlussfinanzierung für die festverzinslichen Altdarlehen vorgestellt und zur Ablösung der Altdarlehen Nr. ... und ... ebenfalls Finanzierungen mit dem Finanzierungsmodell "DUAL" vorgeschlagen.

48

Zweck des Darlehens mit der Koppelung an den Euro/CHF-Wechselkurs sei es gewesen, Finanzierungsvorteile gegenüber einem Euro-Festzinsdarlehen oder auch einem Fremdwährungsdarlehen in Schweizer Franken zu erzielen. Die Zinsen in der Schweiz hätten über einen langen Zeitraum unter denen im Euro Raum gelegen. Dieser Zinssatz habe von den Marktteilnehmern genutzt werden können, um Finanzierungsvorteile zu klassischen DM- oder später Euro-Darlehen zu erzielen, indem ein Darlehen in Schweizer Franken aufgenommen wurde. Ein solches Vorgehen sei in der Vergangenheit keineswegs unüblich gewesen. Auch der Einsatz derivativer Finanzinstrumente habe zur kommunalen Finanzierungspraxis gehört. Das DUAL-Darlehen habe sich von einem echten Fremdwährungsdarlehen darin unterschieden, dass die Darlehensvaluta in Euro vereinbart und damit keinem Wechselkursrisiko ausgesetzt gewesen sei, und dass die Zinszahlung konstant gewesen sei, solange der CHF innerhalb des historisch vorgezeichneten Korridors geschwankt habe und den Wert von 1,42 nicht unterschritt. Dem habe das Risiko gegenübergestanden, dass die Klägerin mit einem erheblichen Anstieg ihrer Zinskosten rechnen musste, falls es zu einer starken Aufwertung des Schweizer Franken gegenüber dem Euro kommen würde. Damit habe das strukturierte Schuldscheindarlehen die Möglichkeit geboten, von den geringeren Zinsen im Schweizer Franken zu profitieren. Diese Möglichkeit habe die Klägerin nutzen wollen. Die Risikostruktur des DUAL-Darlehens sei dabei einfach zu erfassen gewesen. Damit sei die Klägerin vor die einfache Wahl gestellt worden, ob sie den höheren aber dafür konstanten Finanzierungsaufwand eines Euro-

49

Festzinsdarlehens wollte, den potentiell geringeren, aber mit dem Wechselkurs stets schwankenden Finanzierungsaufwand eines CHF-Festzinsdarlehens oder das DUAL-Verzinsungsmodell, bei dem der Finanzierungsaufwand bis zum Erreichen des Barrierewerts geringer, aber mit dem Risiko eines deutlichen Anstiegs bei Durchbrechen des Barrierewerts verbunden gewesen sei. Die tatsächliche Wechselkursentwicklung, die seit Beginn der sogenannten Euro-Krise im Jahr 2010 eingetreten sei, habe im Mai 2007 keine Bank erwartet.

Die Beklagte ist der Auffassung, die Parteien hätten allein einen Darlehensvertrag abgeschlossen. Dass die variable Verzinsung wechselkursabhängig gewesen sei, begründe kein neben dem Darlehen bestehendes zweites Rechtsgeschäft, sondern stelle lediglich die Zinsvereinbarung dar. Für Darlehen finde eine Barwertsteuerung üblicherweise nicht statt, sie hätten daher keinen Marktwert. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass finanzmathematisch eine differenziertere Betrachtung möglich sei. Ebenso sei ohne Bedeutung, welche Absicherungsinstrumente eine Bank intern einsetze, um einem Kunden ein bestimmtes Geschäft anbieten zu können. 50

Die Beklagte ist der Auffassung, sie sei berechtigt gewesen, nach der endgültigen Abnahmeverweigerung der Klägerin das Darlehen zu kündigen und Schadensersatz in Form einer Nichtabnahmeentschädigung geltend zu machen. Zur näheren Begründung werde auf den Schriftsatz vom 29.04.2015 verwiesen. 51

Die Beklagte ist der Auffassung, keine Beratungspflichten aufgrund des Darlehensvertrags gehabt zu haben. Ein Beratungsvertrag sei nicht zustande gekommen. Für die Bejahung eines Kreditberatungsvertrags müssten gewichtige Indizien, wie etwa eine besondere Vereinbarung vorliegen. Zur Begründung eines Finanzierungsberatungsvertrags genüge insbesondere nicht, dass Verhandlungen darüber erfolgt seien, wie der Kredit zinsgünstig beschafft werden könne. Sie habe lediglich drei mögliche Angebote und ihren Inhalt vorgestellt, was für die Annahme eines Beratungsvertrags nicht genügen könne. 52

Es sei nicht zu beanstanden, dass das Landgericht einen Beratungsvertrag zwischen den Parteien - dessen Zustandekommen unterstellt - als Finanzierungsberatungsvertrag und nicht als Anlageberatungsvertrag angesehen habe. Denn Gegenstand einer Anlageberatung sei die Investition von Finanzmitteln durch den Anleger. Stehe indes eine Finanzierung und nicht die Anlage eines Geldbetrags in Rede, könne nach der Rechtsprechung des BGH eine konkludent vereinbarte Beratungsleistung nur die Beschaffung von Finanzmitteln und nicht die Anlage von Kapital zum Gegenstand haben. Daher spiele es auch keine Rolle, welche Finanzinstrumente sie bankintern eingesetzt habe, um der Klägerin die konkrete Finanzierung anzubieten. 53

Die Beklagte ist der Auffassung, ihre Pflichten aus dem Finanzierungsberatungsvertrag erfüllt zu haben. Eine Übertragung der Bond-Rechtsprechung auf diesen Vertrag komme nicht in Betracht. Sie habe insbesondere die Risikobereitschaft der Klägerin berücksichtigt. Sie habe der Klägerin zwei Finanzierungsalternativen angeboten, denen gemein gewesen sei, dass sie der Klägerin die Chance geboten hätten, sich zu einem unter den damaligen Marktverhältnissen liegenden Festzinssatz zu finanzieren, die zugleich aber mit dem Risiko verbunden gewesen seien, dass die Klägerin bei einer für sie ungünstigen Marktentwicklung einen höheren Zinssatz habe zahlen müssen. Einen variablen Zinssatz und damit ein Zinserhöhungsrisiko habe nur der DUAL-Kredit beinhaltet, für den sich die Klägerin entschieden habe. Dadurch habe sie zu erkennen gegeben, dass sie bereit gewesen sei, zur Erzielung hoher Vorteile auch entsprechende Risiken einzugehen. Sie habe die Klägerin, der als Kommune vielfältige Möglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten, ihren 54

Finanzierungsbedarf zu decken, nicht auf alle diese Möglichkeiten hinweisen müssen.

Sie habe auch das Wechselkursrisiko deutlich benannt, das in der Präsentationsunterlage vom 12.04.2007 klar verständlich dargestellt sei. Kommunalrechtliche Vorgaben hätten nur die Klägerin selbst binden, aber nicht auf das Beratungsverhältnis der Parteien ausstrahlen können. Das kommunalrechtliche Spekulationsverbot sei abwägender Natur. Die dabei bestehenden Beurteilungsspielräume könnten durch eine Bank nicht ausgeübt werden. So könne auch nur die Kommune selbst beurteilen, ob im Sinne des § 77 GO NRW eine andere Finanzierung nicht möglich oder wirtschaftlich unzweckmäßig wäre. Auch habe sie, die Beklagte, der Klägerin zu keiner Zeit suggeriert, der Zinssatz werde in keinem Fall über 5 % oder 6 % steigen. Ein worst-case Szenario habe nicht genannt werden können, da für einen Wechselkurs keine Grenzen existierten. Auch könne ihr nicht vorgeworfen werden, die Berechnungsszenarien für ungünstige Wechselkursentwicklungen seien nicht weit genug gegangen. Der Prognose einer zukünftigen Entwicklung dürfe sogar eine optimistische Erwartung zugrunde gelegt werden, solange die die Erwartung rechtfertigenden Tatsachen sorgfältig ermittelt seien und die Prognose aus damaliger Sicht vertretbar gewesen sei. In der Darstellung möglicher Szenarien habe sie eine Bandbreite abgedeckt, die über den historischen Wechselkurs hinausgegangen sei. Auch die Prognosen anderer relevanter Marktteilnehmer hätten im Jahr 2007 innerhalb der dargestellten Bandbreite gelegen. 37 Banken hätten zum 25.05.2007 bis zum Jahr 2011 keinen unter 1,52 liegenden €/CHF-Wechselkurs erwartet, nur eine Bank für das Jahr 2011 einen Wechselkurs von 1,38 €/CHF. Dieser Wert sei in der Informationsunterlage vom 12.04.2007 abgedeckt gewesen. Dem stehe nicht entgegen, dass die spätere Entwicklung einen anderen Verlauf genommen habe.

55

Auch die Beratung in Bezug auf das Darlehensgeschäft sei nicht zu beanstanden. Sie habe keinen Hinweis darauf geschuldet, dass die Klägerin angeblich zwei Geschäfte – ein Darlehen und ein Derivat – abschließe, weil die Klägerin dies nicht getan habe. Es habe sich um ein variabel verzinstes Darlehen gehandelt. Welche anderen finanzmathematischen Betrachtungen theoretisch möglich gewesen seien, habe sie, die Beklagte, nicht erläutern müssen, weil sich daraus kein Erkenntnisgewinn für die Klägerin ergeben hätte. Auch habe sie nicht darlegen müssen, welche bankinternen Absicherungsmaßnahmen sie eingesetzt habe. Sie habe auch nicht über eine asymmetrische Risikostruktur aufklären müssen, weil dies bei einem Darlehen nicht passe. Die Klägerin habe Kapital erhalten und hierfür Zinsen zahlen müssen. Die Chance, Zinsen zu erhalten, habe sie nicht gehabt.

56

Ein schwerwiegender Interessenkonflikt ihrerseits habe nicht vorgelegen. Selbst im Rahmen der Anlageberatung gelte für das Zweipersonenverhältnis, dass die Bank grundsätzlich nicht verpflichtet sei, ihren Kunden darüber aufzuklären, dass sie mit Produkten, die sie empfehle, Gewinne erziele. Eine Ausnahme davon sei vom BGH nur für den Fall der reinen Zinswette gemacht worden. Für den Bereich der Kreditberatung könne eine Aufklärungspflicht über Gewinnmargen der Bank nicht angenommen werden, weil dem Darlehensnehmer bewusst sei, dass die Zinszahlung entsprechend der getroffenen Zinsvereinbarung stets eine Marge enthalte. Auch habe die Klägerin nur unsubstantiiert behauptet, dass die „Werthaltigkeit“ des Darlehens nachhaltig durch übermäßige Kosten- und Gewinnbestandteile beeinträchtigt worden sei. Sie sei nicht von vornherein chancenlos gestellt worden. Zudem sei die Klägerin wegen des Margeninteresses nicht aufklärungsbedürftig gewesen, weil dem Bürgermeister der Klägerin als Vorsitzendem des Verbandsvorstands des D. bekannt gewesen sei, dass Sparkassen, wie andere Banken auch, Darlehensverträge abschließen, um daran Geld zu verdienen.

57

Im Übrigen würde sie, die Beklagte, im Falle der Annahme einer Aufklärungspflichtverletzung kein Verschulden treffen, weil sie bezüglich einer vermeintlichen Pflicht zur Aufklärung über einen anfänglichen Barwert ohne Vorsatz gehandelt habe. Wegen eines nicht vermeidbaren Rechtsirrtums falle ihr auch kein Fahrlässigkeitsvorwurf zur Last.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen. 59

II. 60

Die Berufung ist zulässig und begründet. 61

1. 62

Die Widerklage ist unbegründet. Die Beklagte hat gegen die Klägerin keinen Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde nach wegen Nichtabnahme des Darlehens gemäß §§ 281, 280, 488 ff., 249 ff. BGB i.V.m. dem Schuldschein. Zwar ist der Darlehensvertrag zwischen den Parteien wirksam geschlossen worden (1.1), doch steht der Beklagten mangels Abnahmeverpflichtung der Klägerin kein Schadensersatzanspruch zu, weil die Klägerin ihrerseits wegen Falschberatung einen Anspruch auf Rückabwicklung des Darlehensvertrags hat (1.2). 63

1.1 64

Das Landgericht hat zutreffend begründet, dass der zwischen den Parteien geschlossene Darlehensvertrag wirksam zustande gekommen und auch nicht nichtig ist. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung nicht mehr. 65

1.2 66

Die Beklagte hat diesen Darlehensvertrag aber nicht wirksam gekündigt und kann nicht gestützt auf eine solche Kündigung mit Erfolg dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch geltend machen, weil eine Abnahmeverpflichtung der Klägerin nicht bestand. 67

Zwar ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagten ein wichtiger Grund zur Kündigung zugestanden hätte, wenn die Klägerin sich unberechtigt geweigert hätte, das Darlehen zum vereinbarten Zeitpunkt abzunehmen. Insoweit wird auf die Begründung des Landgerichts Bezug genommen (UA S. 10). 68

Ein Kündigungsgrund ist jedoch nicht gegeben. Zwar hat die Klägerin die Abnahme des Darlehens ernsthaft und endgültig verweigert. Sie war aber nicht zur Abnahme des Darlehens verpflichtet, weil ihr gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch auf Rückabwicklung des Vertrags wegen Falschberatung zugestanden hat (a)), der auch nicht im Hinblick auf die Regelung der Nr. 6 Abs. 2 des von ihr unterzeichneten Schuldscheins ausgeschlossen ist (b)). 69

a) Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Vertragsaufhebung wegen Verletzung der Beratungspflichten aus einem Finanzierungsberatungsvertrag nach § 280 Abs. 1 BGB, weil zwischen den Parteien ein solcher Beratungsvertrag zustande gekommen ist (aa)), die Beklagte ihre daraus resultierenden Aufklärungspflichten verletzt hat (bb)), die Falschberatung kausal für den Vertragsabschluss geworden ist (cc)), die Beklagte schuldhaft gehandelt hat (dd)) und die Klägerin dadurch einen Schaden erlitten hat, dass sie den Vertrag 70

abgeschlossen hat (ee)).

aa) Zwischen den Parteien ist ein Beratungsvertrag zustande gekommen, der als Finanzierungsberatungsvertrag, nicht jedoch als Anlageberatungsvertrag zu qualifizieren ist.

71

Nach der BGH-Rechtsprechung ist regelmäßig davon auszugehen, dass zwischen den Parteien ein Anlageberatungsvertrag stillschweigend zustande kommt, wenn ein Anlageinteressent an eine Bank oder der Anlageberater einer Bank an einen Kunden herantritt, um über die Anlage eines Geldbetrags beraten zu werden, bzw. zu beraten (Bond-Entscheidung, BGH Urt. v. 06.07.1993, XI ZR 12/82, juris Rz. 11 = BGHZ 123, 126 ff.; Urt. v. 01.07.2014, XI ZR 247/12, juris Rz. 21 = WM 2014, 1621 ff.). Gegenstand einer Anlageberatung ist mithin die Investition von Finanzmitteln durch den Anleger (BGH Urt. v. 01.07.2014, XI ZR 247/12, juris Rz. 21 = WM 2014, 1621 ff.). Hingegen kommt ein Finanzierungsberatungsvertrag zustande, wenn der Kunde an die Bank herantritt, um ein Bauprojekt zu finanzieren, m.a.W. es um die Beschaffung von Finanzmitteln geht (BGH a.a.O., Rz. 22), und das in diesem Zuge ihm vermittelte Finanzprodukt (im dem vom BGH entschiedenen Fall eine Lebensversicherung) ausschließlich Teil des Finanzierungskonzepts ist, auf das sich die Beratung der Bank bezieht (BGH a.a.O., Rz. 23). ). Dabei wird der Abschluss eines Finanzierungsberatungsvertrags dann angenommen, wenn entweder der Kunde die Bank in Bezug auf eine Finanzierung um Rat, d.h. um eine fachmännische Bewertung, bittet und die Bank dem nachkommt oder die Bank von sich aus einen Rat erteilt (Buck-Heeb, Kreditberatung, Finanzierungsberatung, BKR 2014, 221, 228; vgl. LG Berlin, Urt. v. 19.02.2015, 37 O 24/14, juris Rz. 89 = Städte- und Gemeinderat 2015 Nr. 4, 31).

72

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist zwischen den Parteien ein Finanzierungsberatungsvertrag zustande gekommen.

73

Die Beklagte hat die Klägerin darüber beraten, wie sie die Ablösung bereits laufender Darlehensverträge finanzieren kann. Unbestritten hat die Beklagte die Klägerin bereits im Jahr 2005 aufgesucht, um Möglichkeiten zur Senkung der Finanzierungskosten zu besprechen und dieser entsprechende Angebote zu unterbreiten. Bei den neuerlichen Gesprächen im Jahr 2007 ging es ebenfalls um die Umstrukturierung des Darlehensportfolios der Klägerin und die Reduzierung der Zinsbelastung. Die Beklagte hat dabei die Klägerin anhand der Präsentationen, die zum Abschluss des streitgegenständlichen Vertrags geführt haben, fachmännisch beraten und diese Beratung wurde von der Klägerin auch nachgefragt. Dabei ging es in erster Linie darum, dass die Klägerin durch das letztlich abgeschlossene Forward-Darlehen ihren Finanzierungsbedarf im Jahr 2015 decken wollte, was auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Parteien keinen gesonderten Swapvertrag abgeschlossen haben, sondern das in die Zinsformel einstrukturierte variable Element Gegenstand des Finanzierungskonzepts war.

74

Die Parteien haben einen Forward-Darlehensvertrag geschlossen, durch den sich die Beklagte verpflichtet hat, der Klägerin am 13.05.2015 ein Darlehen über 2.973.441,51 € zur Verfügung zu stellen und ihr bis zur Abnahme des Darlehens garantierte „Zinssubventionen“ in Höhe von insgesamt 170.412,41 € zu zahlen. Die Klägerin hat sich verpflichtet, einen Zinssatz von 3,050 % sowie einen Zinsaufschlag von 50 % der Wechselkursveränderung des Euro in Schweizer Franken (im Folgenden: CHF) zu zahlen, sofern der Wechselkurs des € in CHF am Feststellungstag kleiner ist als 1,43. Zweck dieses Vertrags war es zum einen unstreitig, der Klägerin langfristig günstige Finanzierungsbedingungen für die Zukunft zur Ablösung der Altdarlehen zu sichern. Zum anderen sollte ihr die Differenz zwischen dem (höheren) Zinssatz des Altdarlehens und dem angebotenen Zinssatz als „Zinssubvention“ bis zum Zinsanpassungstermin (= Auszahlung des Darlehensbetrags) gezahlt werden. Durch

75

diese Subventionen konnte die Klägerin unter dem Strich den von ihr für die Altdarlehen gezahlten Zinssatz bis zu deren geplanter Ablösung senken.

Der Darlehensvertrag enthält damit zwar auch Elemente, die üblicherweise Gegenstand von Swapverträgen sind. Da aber die Parteien keinen gesonderten Swapvertrag, sondern einen einheitlichen Darlehensvertrag geschlossen haben, bei dem lediglich die Gegenleistung in Form eines variablen Zinssatzes für die Darlehensüberlassung und die damit verbundenen, vor dem Zinsanpassungstermin an die Klägerin zu leistenden Zahlungen, von einem spekulativen Element abhängig gemacht worden sind, das Teil des Finanzierungskonzepts ist, handelt es sich nicht um einen Anlageberatungsvertrag im eigentlichen Sinn (LG Berlin, Urt. v. 19.02.2015, 37 O 24/14, juris Rz. 85 = Städte- und Gemeinderat 2015 Nr. 4, 31). 76

bb) Die Beklagte hat die ihr aus diesem Finanzierungsberatungsvertrag obliegenden Beratungspflichten aber verletzt, weil sie die Klägerin nicht hinreichend klar über die Konsequenzen des Fehlens einer Zinsobergrenze im Zusammenhang mit der vereinbarten Zinsformel aufgeklärt hat. 77

Da nach der Art des geschlossenen Vertrags die Finanzbeschaffung in der Zukunft im Vordergrund stand, können die Grundsätze zu den Aufklärungspflichten im Falle der Anlageberatung zumindest nicht direkt angewendet werden. Welche Aufklärungs- und Hinweispflichten der Bank aufgrund eines Finanzierungsberatungsvertrags obliegen, lässt sich nur aus den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls beurteilen (Buck-Heeb, a.a.O., BKR 2014, 221, 230; BGH Urt. v. 16.05.2006, XI ZR 6/04, juris Rz. 41 = NJW 2006, 2099 ff.). Die Bank schuldet jedenfalls die Aufklärung über die vertragsspezifischen Besonderheiten eines Darlehens (BGH Urt. v. 18.01.2005, XI ZR 17/04, juris Rz. 24 = WM 2005, 415). (1) Es kann dahinstehen, ob eine analoge Anwendung der Aufklärungspflichten zur Anlageberatung und der Grundsätze der sogenannten Bond-Rechtsprechung in Betracht kommt, soweit die Interessenlage der Kunden und der Bank infolge der Verwendung derivativer Elemente im Darlehensvertrag mit denjenigen der Kunden und der Bank bei Abschluss eines gesonderten Swapvertrags und gegebenenfalls dessen Zuordnung zu einem bestehenden oder abzuschließenden Darlehen vergleichbar ist, denn die Beklagte hat bereits die ihr aus dem Finanzierungsberatungsvertrag obliegenden Hinweis- und Aufklärungspflichten verletzt (s.u. (2)). Insoweit kann auch dahinstehen, ob die Interessenlage der Beteiligten vorliegend jedenfalls bezogen auf die Frage des Vorhandenseins eines Interessenkonflikts mit der vergleichbar ist, die bestanden hätte, wenn die Klägerin mit der Beklagten einen separaten Swapvertrag zur Zinsoptimierung geschlossen hätte. Auf die von den Parteien aufgeworfene Frage, ob die Beklagte wegen der Koppelung des variablen Zinssatzes an die Wechselkursveränderungen des Euro in Schweizer Franken, worin ein typisches Element eines Swapvertrages liegt, über einen etwa vorhandenen negativen Marktwert bzw. negativen Barwert hätte aufklären müssen, kommt es daher ebenfalls nicht an. 78

(2) Die Beklagte hat die ihr aufgrund des Finanzierungsberatungsvertrags obliegende Pflicht, die Klägerin über die Zinsstruktur und die daraus resultierenden besonderen Risiken des Darlehensvertrags aufzuklären, verletzt. 79

Die Zinsformel ist, wovon das Landgericht zutreffend ausgegangen ist, hinreichend im Vertrag erläutert (Anlage K 1) und unschwer mathematisch nachvollziehbar. 80

Die Beklagte hat die Klägerin jedoch nicht hinreichend über das sich aus der Zinsformel ergebende Wechselkursrisiko und die besonderen Konsequenzen aufgeklärt, die sich im Hinblick auf die Zinsformel und das Fehlen einer Zinsobergrenze („Cap“) ergeben. Die 81

Klägerin rügt insoweit zu Recht, dass die Beklagte – unstreitig - nicht erläutert hat, dass ihr, der Klägerin, Zinsrisiko nach oben unbegrenzt ist.

Der BGH ist im Zusammenhang mit einem CHF-Plus-Swap davon ausgegangen, dass über die Konsequenzen des Fehlens einer Zinsobergrenze im Zusammenhang mit der vereinbarten Zinsformel anhand des Szenarios einer nicht nur unerheblichen Abwertung des Euro gegenüber dem Schweizer Franken hinreichend klar aufzuklären ist (BGH Urt. v. 28.04.2015, XI ZR 378/13, juris Rz. 78 = WM 2015, 1273 ff.). Eine solche Aufklärungspflicht besteht ausweislich der genannten Entscheidung auch bei Geschäften mit einer Kommune. Diese Aufklärungspflicht gilt hier ebenfalls, weil vorliegend als ein Spezifikum der gewollten Finanzierung aufgrund der gewählten Zinsformel das gleiche Risiko vorhanden ist, dass der Zinssatz bei einer nicht nur unerheblichen Abwertung des Euro bzw. Aufwertung des Schweizer Franken mangels Vereinbarung einer Zinsobergrenze theoretisch fast unbegrenzt ansteigen kann. Die Erläuterungen der Beklagten in den Präsentationen waren unter Berücksichtigung aller Umstände nicht geeignet, der Klägerin dieses Risiko hinreichend vor Augen zu führen.

82

In den Präsentationen hat die Beklagte allerdings darauf hingewiesen, dass die Verzinsung des Darlehens variabel und von der Entwicklung des Wechselkurses €/CHF abhängig ist. Dies ist insbesondere aus der Skala auf S. 15 der Präsentation vom 12.04.2007 (Anlage B4) ersichtlich, auf der die Barriere eingezeichnet ist und sich ergibt, dass der Zinssatz umso höher wird, je weniger Schweizer Franken man für einen Euro bekommt, m.a.W. je höher die Aufwertung des Schweizer Franken ausfällt. Entsprechendes ist auf S. 5 der Präsentation vom 23.05.2007 dargestellt (Anlage K2), die Grundlage des Vertragsschlusses war. Diese zeigt in der Skala als unteren Wert einen Zinssatz von 5,26 % auf, wenn der Wechselkurs bei 1 € zu 1,37 CHF liegt. Hierdurch war für die Klägerin das Risiko durch die Koppelung an den Wechselkurs im Falle einer Aufwertung des Schweizer Franken grundsätzlich erkennbar, auch wenn dieses Risiko angesichts der Begrenzung der Skala bei 1,37 nicht plakativ vor Augen geführt wurde.

83

Es hätte insoweit jedoch eines ausdrücklichen Hinweises der Beklagten darauf bedurft, dass ohne Cap ein theoretisch unbegrenztes Wechselkursrisiko und dadurch ein theoretisch unbegrenztes Zinsrisiko besteht. Entgegen der Auffassung des Landgerichts war diese Aufklärung nicht schon deswegen entbehrlich, weil allgemein bekannt ist, dass ein theoretisch unbegrenzt großes Wechselkursrisiko bei jeder Fremdwährung besteht und auch die Klägerin nicht behauptet, dass ihr ein solches Risiko grundsätzlich unbekannt gewesen wäre. Vielmehr ist entscheidend, ob dieses Risiko der Klägerin im Zusammenhang mit dem konkret vorgeschlagenen Geschäft und seinen besonderen Risiken unter Berücksichtigung aller Umstände noch einmal hätte vor Augen geführt werden müssen.

84

Es kommt entgegen der im Schriftsatz vom 05.12.2016 sowie in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung der Beklagten insoweit nicht entscheidend darauf an, ob die für die Klägerin handelnden Personen, insbesondere ihr Kämmerer, die Zinsformel intellektuell verstanden haben und sich deswegen bewusst waren, dass im Falle einer Aufwertung des Schweizer Franken der Zinssatz steigt und wegen der fehlenden Zinsobergrenze das dann bestehende Risiko für die Klägerin nahezu unbegrenzt ist. Insoweit bedarf es auch keiner Beweisaufnahme dazu, ob die für die Klägerin handelnden Personen verstanden haben, dass bei der Zinsformel der Wert des Quotienten steigt, wenn der Nenner kleiner wird und dass dieser Wert theoretisch gegen Unendlich strebt, wenn der Nenner gegen Null geht. Denn es war auch in diesem Fall ein gesonderter Hinweis auf dieses nahezu unbegrenzte Risiko erforderlich, weil die Beklagte unter Berücksichtigung der unstreitigen Umstände der

85

Beratung das gegebene Risiko verharmlost hat.

Aus der Entscheidung des BGH vom 28.04.2015 (XI ZR 378/13, juris Rz. 78 = WM 2015, 1273 ff.) ergibt sich, dass ein bloßer Hinweis darauf, dass bei einer Änderung des Wechselkurses der variable Zinssatz steigen kann, wie er hier durch die Skala auf S. 5 der Präsentation (Anlage K2) erfolgt ist, für sich genommen nicht ausreichend ist. Vielmehr ist die Konsequenz des Fehlens eines Caps im Zusammenhang mit der Zinsformel anhand des Szenarios einer nicht nur unerheblichen Abwertung des Euro zu erläutern. Ein solcher Hinweis ist an keiner Stelle der Präsentation vorhanden. Die genannte Skala enthält eine solche Information nicht, weil sie nur eine unerhebliche Aufwertung des Schweizer Franken bis zu einem Kurs von 1 € = 1,37 CHF darstellt. Unstreitig ist ein solcher Hinweis auch mündlich nicht erteilt worden. 86

Vor diesem Hintergrund ist durch die Präsentation der Beklagten der Eindruck entstanden, dass die Gefahr eines unbegrenzten Zinsrisikos eher fernliegend ist. Aufgrund der von der Beklagten gegebenen Darstellung der Entwicklung des Schweizer Franken sowie der Währungspolitik der D. und der von der Beklagten versprochenen Zinssubventionen wurde das besondere Risiko eines nicht durch einen Cap begrenzten Wechselkurses verharmlost und die Gefahr begründet, dass die Klägerin dieses Risiko bei ihrer Abwägung, ob sie diesen Darlehensvertrag abschließen soll, nicht hinreichend wahrnimmt. 87

Die Beklagte hat das Geschäft durch Bezugnahme auf die historische Entwicklung des Wechselkurses (Anlage K 2) damit beworben, dass der Wechselkurs €/CHF bis zum Jahr 2007 nicht unter den Schwellenwert von 1,43 gesunken war und seit Ende 2004 gestiegen ist. Die Klägerin stellt zwar, worauf das Landgericht zutreffend verwiesen hat, selbst nicht in Frage, dass die Prognose der Beklagten, wonach das Wechselkursrisiko aus damaliger Sicht für die Folgejahre als niedrig einzustufen war, angesichts der damaligen Marktverhältnisse vertretbar war. Unbestritten haben 37 Banken bis zum Jahr 2011 keinen unter 1,52 liegenden Kurs erwartet und nur eine Bank für das Jahr 2011 einen Wechselkurs von 1,38 prognostiziert. Auch hat die Klägerin nicht dargelegt, dass der Hinweis der Beklagten auf die vom Außenhandel geprägte Geldpolitik der D., aufgrund derer sich eine Schwelle von 1 € = 1,45 CHF als Interventionspunkt ergebe (Präsentation Anlage K2, GA 45) falsch gewesen sei. Der Hinweis darauf, dass die Schweiz 2/3 ihres Außenhandels mit den Ländern der EURO-Zone tätigt und daher stabile Wechselkurse opportun seien, war - ebenfalls unstreitig - aus damaliger Sicht ebenfalls nicht falsch. 88

Diese Angaben der Beklagten haben jedoch das vorhandene nahezu unbegrenzte Zinsrisiko verharmlost, weil diese Angaben das Risiko zum einen nicht deutlich herausgestellt und zum anderen den Eindruck erweckt haben, dass vor dem Hintergrund der von der Beklagten gegebenen Informationen eine seriöse Risikoabwägung über die gesamte Laufzeit des Darlehens möglich ist, was tatsächlich jedoch nicht der Fall war. 89

Gerade weil das Darlehen erst im Jahr 2015 ausbezahlt werden sollte und die Zinszahlungen erst am 25.05.2015 beginnen und bis zum 15.02.2034 (Darlehensende) geschuldet sein sollten, war die Beklagte zu besonders deutlichen und auch klar erkennbaren Hinweisen auf das spezielle Risiko einer Bindung des Zinssatzes an den Wechselkurs ohne eine Begrenzung verpflichtet. Denn die von der Beklagten aufgestellte Prognose, die aufgrund der dafür gegebenen Begründung immanent beinhaltete, dass es zu einer Aufwertung des Schweizer Franken in den nächsten Jahren aller Wahrscheinlichkeit nicht kommen würde, konnte naturgemäß aufgrund der verfügbaren Wirtschaftsdaten allenfalls für die nächsten Jahre seriös sein, wobei schon fraglich ist, ob eine seriöse Prognose über den von der Beklagten nach eigenen Angaben in den Blick genommenen Zeitraum von fast fünf Jahren 90

überhaupt möglich ist. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, dass der von der Beklagten zur Begründung der Prognose herangezogene historische Wechselkurs gerade einmal einen Zeitraum von acht Jahren umfassen konnte, wenn man in Rechnung stellt, dass der Euro erst 1999 als Buchgeld eingeführt worden ist. Die Aussagekraft der historischen Entwicklung war damit eher gering. Das Darlehen erfasste aber einen Zeitraum bis 2034, weswegen abgewogen werden musste, ob diese Prognose des Wechselkurses über einen Zeitraum von 27 Jahren trägt und ob das Risiko eines solchen Darlehensvertrags mit einem an den Wechselkurs ohne Begrenzung gekoppelten variablen Zins angesichts dessen tragbar ist. Eine seriöse Prognose war angesichts eines solchen Zeitraums, innerhalb dessen sich in der Weltwirtschaft einiges ereignen kann (und ereignet hat), nicht möglich. Durch den Verweis in der Präsentation auf die Politik der A. wurde jedoch der Eindruck erweckt, dass es bei dieser Politik für die Laufzeit des Darlehensvertrags bleiben wird, obwohl eine seriöse Prognose für den Zeitraum der Laufzeit des Darlehens überhaupt nicht möglich war. Selbst wenn man unterstellt, dass aufgrund der genannten Umstände ein Risiko für die unmittelbaren Folgejahre vertretbar verneint werden konnte, weil es aus damaliger Sicht wegen der bekannten Wirtschaftsdaten unwahrscheinlich war, dass der Schweizer Franken eine so starke Aufwertung, wie dann erfolgt, erfährt, ist durch diese Hinweise jedoch verschleiert worden, dass auf die Dauer der Laufzeit gesehen nicht nur ein theoretisches, sondern ein reales nahezu unbegrenztes Risiko bestand.

Insoweit hätte es eines gesonderten Hinweises der Beklagten darauf bedurft, dass ohne Cap bei einer erheblichen Aufwertung des Schweizer Franken (bzw. einer erheblichen Abwertung des Euro) das Risiko einer fast unbegrenzten Zinssteigerung zu Lasten der Klägerin besteht, weil die Beklagte zum einen über die besseren Fachkenntnisse verfügte und zum anderen aufgrund ihrer Präsentation das bestehende besondere Risiko für die Klägerin nicht auf der Hand lag. Dies gilt insbesondere deswegen, weil die Beklagte das Produkt zudem mit einer Zinsoptimierung und einer garantierten sofortigen Zinsentlastung bis zum Zinsauslauf der aktuellen Darlehen (Anlage K 22, GA 45) beworben hat. Hierdurch wurde nicht nur der Eindruck erweckt, dass diese Entlastungen einer dauerhaften Ersparnis gleichkommen, was nur dann erreichbar war, wenn es über die gesamte Laufzeit des Darlehens nicht zu einer starken Aufwertung des Schweizer Franken kommen würde, sondern auch der Blick dafür verstellt, dass das fast unbegrenzte Zinsrisiko im Hinblick auf die Laufzeit des Darlehens ein reales Risiko darstellt. Zudem hat die Beklagte den Darlehensvertrag mit einer Zinswette verknüpft und dadurch erst das besondere Risiko geschaffen, das einem normalen Darlehensvertrag nicht immanent ist. 91

cc) Die Beklagte hat die zugunsten der Klägerin streitende Kausalitätsvermutung, dass diese bei entsprechender Aufklärung über das Risiko einer Zinsvereinbarung ohne Cap den Vertrag nicht geschlossen hätte, nicht widerlegt. 92

Aufgrund der bei der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzung geltenden Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die auch gilt, wenn eine Interessenkollision pflichtwidrig nicht offengelegt wurde (BGH Urt. v. 22.03.2011, XI ZR 33/10, juris Rz. 40 = NJW 2011, 1949 ff.), ist davon auszugehen, dass die Pflichtverletzung der Beklagten für die Anlageentscheidung der Klägerin ursächlich geworden ist. Es ist Sache desjenigen, der die Aufklärungspflicht verletzt hat, diese Kausalitätsvermutung durch konkreten, auf das Verhalten des betreffenden Kunden abstellenden Vortrag zu widerlegen (BGH Beschl. v. 09.03.2011, XI ZR 191/10, juris Rz. 34 = WM 2011, 925 ff.). Solche Umstände, die geeignet sind, diese Vermutung zu widerlegen, hat die hierfür darlegungs- und beweispflichtige Beklagte auch nach Hinweis des Senats in ihrem Schriftsatz vom 05.12.2016 nicht dargetan. 93

dd) Die Beklagte hat als Aufklärungspflichtige im Hinblick auf die Vermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB darzulegen und zu beweisen, dass sie eine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (BGH Urt. v. 22.03.2011, XI ZR 33/10, juris Rz. 39 = NJW 2011, 1949 ff.). Dies hat die Beklagte trotz des Hinweises des Senats vom 01.12.2016 ebenfalls nicht dargelegt.

ee) Der Klägerin ist durch die nicht hinreichend klare Aufklärung über die Konsequenzen des Fehlens des Caps ein Schaden in Form des Vertragsabschlusses entstanden. Dies hat zur Folge, dass die Klägerin gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB auf Rückabwicklung des Vertrags hat und damit die Abnahme des Darlehens nicht schuldete. Die Beklagte hat deswegen keinen Schadensersatzanspruch wegen Nichtabnahme des Darlehens. 95

b) Die Klägerin ist entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht wegen der in Nr. 6 Abs. 2 des Schuldscheins (Anlage B22, GA 523 f.) enthaltenen Regelung daran gehindert, sich gegenüber dem seitens der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruch auf den ihrerseits bestehenden Schadensersatzanspruch zu berufen. Denn der darin geregelte Verzicht auf die Geltendmachung von Rechten beinhaltet kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis durch das die Einwendungen aus einer Falschberatung ausgeschlossen worden wären (aa)). Vielmehr wäre eine solche Regelung nach § 307 BGB unangemessen und deswegen unwirksam (bb)). 96

aa) Im Schuldschein ist zwar in Nr. 6 Abs. 2 hinsichtlich der Forderungen aus dem Schuldschein ein Verzicht auf jede Aufrechnung sowie auf die Geltendmachung von Pfandrechten, Zurückbehaltungsrechten und sonstigen Rechten, durch welche die Forderungen beeinträchtigt werden könnten, enthalten. Gleichwohl kann nicht davon ausgegangen werden, dass durch diese Erklärung auch etwaige Ansprüche auf Rückabwicklung des Vertrags wegen einer Falschberatung ausgeschlossen werden sollten. 97

Wie weitreichend ein Schuldanerkenntnis ist, hängt vom Inhalt der Vereinbarung ab und ist Auslegungsfrage. Entsprechend seinem Zweck werden durch ein deklaratorisches Anerkenntnis in der Regel alle Einwendungen tatsächlicher und rechtlicher Natur für die Zukunft ausgeschlossen, die der Schuldner bei der Abgabe kannte oder mit denen er zumindest rechnen musste. Dabei ist ein Verzicht auf unbekannte und künftige Einwendungen möglich, aber regelmäßig nur dann anzunehmen, wenn dies in der Erklärung des Schuldners für diesen auch unmissverständlich zum Ausdruck kommt. Auch ist zu berücksichtigen, wie der Empfänger die Erklärung unter Berücksichtigung der ihm bekannten Interessen des Schuldners verstehen muss (Palandt-Sprau, BGB, 75. Auflage 2016, § 781 Rz. 4). 98

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht davon ausgegangen werden, dass von diesem Verzicht der Klägerin für diese ersichtlich auch Ansprüche aus Falschberatung erfasst werden sollten, aufgrund derer ein Rückabwicklungsanspruch bestand. Sinn und Zweck eines solchen Schuldscheindarlehens ist es zwar, die Abtretbarkeit der Forderung aus dem Darlehensvertrag zu erleichtern, indem die Forderung aus dem Darlehensvertrag anerkannt wird. Insoweit ist es im Interesse des Gläubigers, dass Einwendungen gegen die Forderung möglichst ausgeschlossen werden. Deswegen ist es für den Schuldner ersichtlich, dass er durch die Erklärung über den Verzicht auf Aufrechnung, Zurückbehaltungsrechte und sonstige Rechte, die gegen die Forderung geltend gemacht werden könnten, auf die Geltendmachung von Rechten verzichtet, die ihm in Zukunft gegen die Forderung aufgrund der Durchführung des Darlehensvertrags entstehen könnten. 99

Da ein Schuldanerkenntnis im Regelfall aber nur vorliegt, wenn zwischen den Parteien eine subjektive Ungewissheit über das Bestehen der Schuld bestand und durch das Anerkenntnis Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten über den Anspruch beendet werden sollten (Palandt-Sprau, a.a.O., § 781, Rz. 3), konnte die Klägerin die Erklärung nicht dahingehend verstehen, dass auch Einwendungen ausgeschlossen werden sollten, die aus einem Verhalten der Beklagten im Vorfeld des Vertragsabschlusses bzw. bei dessen Abschluss resultieren. Denn bei Abschluss des Vertrags gingen beide Parteien davon aus, dass der Durchführung des Vertrags keine Rechtsgründe im Wege stehen und bestanden keine Zweifel über das Bestehen des Anspruchs an sich. Durch die Erklärung im Schuldschein sollte aus Sicht der Parteien lediglich gewährleistet werden, dass für die Zukunft die Geltendmachung von Gegenansprüchen, die entstehen könnten, ausgeschlossen werden. Die bloße theoretische Möglichkeit, dass ein Vertrag nichtig sein könnte bzw. wegen einer Falschberatung ein Anspruch auf Vertragsaufhebung bestehen könnte, reicht angesichts dessen nicht aus anzunehmen, dass die Klägerin mit solchen Einwendungen zumindest gerechnet hat, und konnte die Beklagte nicht davon ausgehen, dass die Klägerin auch auf solche Einwendungen verzichten wollte.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ergibt sich eine Ungewissheit für die Notwendigkeit eines Schuldanerkenntnisses, das auch den wirksamen Abschluss des Vertrags oder Einwendungen dagegen betrifft, nicht daraus, dass nach §§ 86, 77 ff. GO NRW Regelungen über etwa notwendige Genehmigungen von Verträgen bestehen. Gerade weil die Beklagte sich als Kommunalbank bezeichnet und darauf spezialisiert ist, Finanzierungen für Kommunen vorzunehmen, konnte sie nicht annehmen, dass die Klägerin durch die Erklärung im Schuldschein auch auf den etwaigen Einwand verzichten wollte, dass ihr notwendige Genehmigungen zu einem Vertrag nicht erteilt worden sind. 101

bb) Die in Nr. 6 Abs. 2 des Schuldscheins enthaltene Regelung ist auch nach § 307 BGB unwirksam, wenn man die Erklärung auch auf Einwendungen erstrecken würde, die aus dem Verhalten der Beklagten im Vorfeld des Vertragsabschlusses bzw. bei Vertragsabschluss resultieren. 102

Eine Allgemeine Geschäftsbedingung liegt nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB bei allen für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen vor, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt. Vertragsbedingungen im Sinne dieser Vorschrift sind alle Regelungen, die den Vertragsinhalt gestalten sollen. Da die Beklagte der Klägerin vorgegeben hat, den Schuldschein zu unterzeichnen, hat sie die darin enthaltenen Regelungen der Klägerin vorgegeben und zur Bedingung des Vertragsschlusses gemacht. Dies reicht für die Annahme einer Allgemeinen Geschäftsbedingung aus, auch wenn die Klägerin allein den Schuldschein unterzeichnet hat. 103

Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB daraufhin zu überprüfen, ob es mit den wesentlichen Grundgedanken des § 779 BGB zu vereinbaren ist. Zwar fehlt es bei einem deklaratorischen Schuldanerkenntnis - anders als bei einem Vergleich - an einem gegenseitigen Nachgeben; vielmehr liegt wegen des einseitigen Nachgebens an sich ein „einseitiger Feststellungsvertrag“ vor, durch den die Parteien ihre materiellen Beziehungen regeln. Da der Zweck eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses aber darin besteht, das Schuldverhältnis insgesamt oder in einzelnen Punkten dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien zu entziehen und es insoweit endgültig festzulegen, hat es vergleichsähnlichen Charakter mit der Folge, dass § 779 BGB auf das deklaratorische Schuldanerkenntnis entsprechend anwendbar ist (BAG, Urt. v. 21.04.2016, 8 AZR 474/14, juris Rz. 73 = BB 2016, 104

2427 ff.). § 779 BGB setzt regelmäßig voraus, dass die Parteien den Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis „im Wege gegenseitigen Nachgebens“ beseitigen. Diesem Modell würde eine einseitig vorgegebene Umgestaltung eines Rechtsverhältnisses durch Allgemeine Geschäftsbedingungen widersprechen. Soweit durch Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Rechtsverhältnisse im Wege des deklaratorischen Schuldanerkenntnisses entsprechend der einseitigen Festsetzung des Verwenders umgestaltet werden, kann dies zur Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB führen (BAG a.a.O., juris RZ. 74).

Dem wird teilweise entgegengehalten, dass dann dieses nach § 311 Abs. 1 BGB zulässige Rechtsgeschäft nur noch durch eine Individualvereinbarung geschlossen werden könnte, was nicht ohne besondere Begründung angenommen werden dürfe (Staudinger-Marburger, 2015, § 780 Rz. 20). 105

Letztlich kann dahinstehen, ob ein deklaratorisches Anerkenntnis durch AGB überhaupt möglich ist. Denn geht man davon aus, dass der hier ausgesprochene Verzicht auch Einwendungen umfasst, die aus dem Verhalten der Beklagten im Vorfeld des Vertragsabschlusses bzw. bei Vertragsabschluss resultieren, wird die Darlehensnehmerin unangemessen benachteiligt. Die unangemessene Benachteiligung ergibt sich daraus, dass in dem hier vorliegenden Fall ohne einen konkreten Anhaltspunkt für einen bereits bei Vertragsschluss gegebenen Streitpunkt über die Wirksamkeit oder Durchführbarkeit des Vertrags ein ausnahmsloser Verzicht auf die Geltendmachung von Gegenansprüchen von der Darlehensnehmerin verlangt wird, dieser Verzicht aber nicht in einem Austauschverhältnis steht, weil eine Gegenleistung der Beklagten dafür nicht erkennbar ist. 106

## 2. Klage 107

Da der Schadensersatzanspruch der Klägerin gegeben ist, ist der Antrag, die Erledigung des Klageantrags festzustellen, begründet. 108

Die negative Feststellungsklage der Klägerin war zulässig. Insoweit wird auf die zutreffende Begründung des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. 109

Eine Unzulässigkeit war auch nicht deswegen gegeben, weil die Klägerin den Zusatz gemacht hatte, sie begehre die Feststellung, nicht zur Leistung verpflichtet zu sein, soweit diese über 146.771,25 € hinausgeht. Denn ihr stand ein Schadensersatzanspruch auf Rückabwicklung des Vertrags zu, der zugleich beinhaltete aus dem Vertrag nicht in Anspruch genommen zu werden, d.h. das Darlehen nicht abnehmen und entsprechend auch keine Zinszahlungen aus dem Vertrag erbringen zu müssen. Da die Klägerin unbestritten aber zum Zeitpunkt der Kündigung bereits Zinssubventionen in der genannten Höhe erhalten hatte, die sie bei Rückabwicklung des Vertrags zurückzahlen muss und auf die sich der Zusatz bezieht, ist die Fassung des Antrags nicht zu beanstanden. 110

Da der Klägerin der Schadensersatzanspruch zusteht, ist ihr Feststellungsantrag durch Erhebung der Widerklage im Nachhinein unbegründet geworden und ist ihr Antrag auf Feststellung der Erledigung begründet. 111

## 3. 112

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 113

Ein begründeter Anlass die Revision zuzulassen, ist nicht gegeben (§ 543 ZPO). Der Rechtsstreit hat, soweit es um die Rechtsfrage der Reichweite der Aufklärungspflicht bei einem Finanzierungsberatungsvertrag geht, keine grundsätzliche Bedeutung, weil der Senat insoweit nicht von den hierzu entwickelten Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweicht.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 7.890.351,03 € festgesetzt.

115