
Datum:	17.06.2013
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	31. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	31 U 49/13
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2013:0617.31U49.13.00

Vorinstanz:	Landgericht Münster, 114 O 106/11
--------------------	-----------------------------------

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 114. Zivilkammer des Landgerichts Münster vom 05.02.2013 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht zuvor die Beklagte Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

(§ 540 ZPO)

A)

Die Parteien streiten darüber, ob der Klägerin wegen eines von ihr aus wichtigem Grund am 08.12.2010 gekündigten Zinsswap-Vertrags vom 19.05.2006 Schadensersatzansprüche zustehen. Vor Abschluss des Swap-Vertrags hatte der Beklagte am 06.04.2006 einen Rahmenvertrag mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin (zukünftig) Klägerin geschlossen. 1

Der Beklagte hatte am 15.12.1998 einen Darlehensvertrag mit der M Bank über ein Annuitäten-Darlehen von 3.175.000 DM geschlossen, wobei sich die vom Beklagten zu zahlenden Zinsen auf 4,81% beliefen. Die Zinsbindung lief zum 31.12.1998 aus. Das Darlehen diente der Finanzierung des Objektes C-Straße in C2. Der Zinsswap-Vertrag, der eine Laufzeit bis zum 02.07.2018 hatte, diente dazu, den Beklagten bereits im Jahr 2006 vor höheren Zinsen für das Darlehen nach Ablauf der Zinsbindungsfrist zu schützen. Aus diesem Grund war das Anfangsdatum des Zinsswap-Vertrags auf den 02.01.2009 datiert. Inhaltlich sah der Zinsswap-Vertrag vor, dass der Beklagte sich verpflichtete, auf den jeweiligen Bezugsvertrag 4,68% zu zahlen. Im Gegenzug sollte der Beklagte von der Klägerin eine auf den jeweiligen Bezugsbetrag bezogene Zahlung in Höhe des jeweiligen 3-Monats-Euribor erhalten, wobei nur der nach einer Verrechnung der jeweiligen Ansprüche höhere Differenzbetrag zur Auszahlung gelangen sollte. Tatsächlich nahm der Beklagte dann nach Ablauf der Zinsbindung ein ihm von der Klägerin vorgelegtes Angebot zur Prolongation des Darlehens nicht an, sondern ließ es variabel weiter laufen und zahlte die Restvaluta noch 2009 zurück, da er das Objekt C-Straße 2009 wieder veräußerte, was 2006 noch nicht geplant war. Die am 02.10.2009 fällige Zahlung von 12.846,75 €, die am 04.01.2010 fällige Zahlung von 14.312,46 €, die am 06.04.2010 fällige Zahlung von 14.115,82 €, die am 02.07.2010 fällige Zahlung von 13.491,99 € und die 04.10.2010 fällige Zahlung von 14.016,83 € leistete der Kläger nicht. 2

Der Kläger ist Architekt, der als Geschäftsführer einer GmbH tätig ist. Er betreibt seit über 20 Jahren eine Planungsgesellschaft mit mehr als 20 Mitarbeitern und beschäftigt sich mit der Immobilienentwicklung. Er erwirbt über Projektgesellschaften, teils zusammen mit Partnern Grundstücke, die er dann neu bebauen lässt, um die erstellten Objekte anschließend im Eigenbestand zu haben und zu vermieten oder um sie weiterzuverkaufen. Weil der Beklagte seine Projekte in Eigenregie betreibt, hat er stets erheblichen Finanzbedarf, weshalb es im Jahr 1998 zum Kontakt zu Klägerin gekommen war. 3

Die Klägerin hat vom Beklagten erstinstanzlich die Zahlung der noch offenen Positionen aus dem Zinsswap-Vertrag und – unter Bezugnahme auf Nummer 8 des Rahmenvertrags - eine Forderung in Höhe von 179.500 € als Schadensersatz für die vorzeitige Beendigung des Zinsswap-Vertrags verlangt. Soweit sich der Beklagte auf Beratungspflichtverletzungen berufen hat, hat die Klägerin die Einrede der Verjährung erhoben. 4

Der Beklagte ist der Klage entgegen getreten. 5

Wegen des weiteren Tatsachenvortrags der Parteien einschließlich der genauen Fassung der zuletzt gestellten Sachanträge nimmt der Senat Bezug auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung. 6

Das Landgericht hat den Beklagten angehört (GA 109 ff.) und die Zeugen X (GA 112 ff.), Y (GA 116 ff.), Z (GA 198 ff.) und Q (GA 200 ff.) vernommen.

Sodann hat das Landgericht den Beklagten verurteilt, 254.893,53 € nebst Zinsen an die Klägerin zu zahlen. 8

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der dieser seinen auf Klageabweisung gerichteten Sachantrag weiterverfolgt 9

Der Beklagte behauptet, er haben den mit der Klägerin 1998 geschlossenen Darlehensvertrag zur Finanzierung des Objekts C-Straße in C2 als Verbraucher geschlossen. 10

Er habe den ihm am 16.12.2008 angebotenen Immobiliendarlehensvertrag, der einen variablen Zins (jeweiliger Dreimonats Euribor + 2,6% Nominalzuschlag) mit jeweils 3 Monaten Zinsbindung nicht angenommen, weil er davon ausgegangen sei, mit der Klägerin bereits einen abschließende Regelung in dem Swap-Vertrag vom 19.05/23.05.2006 getroffen zu haben. Der Beklagte ist der Ansicht, ihm stehe gegen die Klägerin ein Schadensersatzanspruch zu, den er der Klageforderung mit dem dolo-agit Einwand entgegenhalten könne. Zwischen ihm und der Klägerin sei ein Beratungsvertrag zustande gekommen, weil die Klägerin ihn auf die Möglichkeit zum Abschluss eines Swap-Vertrags hingewiesen habe, nachdem die Zeugin Y eine Kundenexploration durchgeführt und in Form eines persönlichen Analysebogens dokumentiert habe. Er sei schon deshalb aufklärungsbedürftig gewesen, weil in dem Persönlichen Analysebogen vermerkt sei, dass er über keine Erfahrungen mit einem Swap verfügt habe und Sicherheitsorientiert sei. 11

Er sei nicht ordnungsgemäß beraten worden, weil die Klägerin ihn nicht darauf hingewiesen habe, dass bei einer möglichen Kündigung des Darlehensvertrags der Zinssatzswap bestehen bleibt und dass sich, wenn er nicht ebenfalls gekündigt wird, der Charakter des Absicherungsgeschäfts ohne offene Risikoposition in ein spekulatives Geschäft mit offener Risikoposition wandelt, was er nie gewollt habe. Anders als bei einem Forwarddarlehen mit variabler Verzinsung, bei dem der Darlehensnehmer gemäß § 489 II BGB ein jederzeitiges Kündigungsrecht mit einer Frist von 3 Monaten habe, stelle sich die Struktur bei einem Zinssatzswap dar. Während der Darlehensnehmer in dem genannten Fall den Darlehensvertrag kündigen könne, ohne eine Vorfälligkeitsentschädigung zahlen zu müssen, bleibe nach der Kündigung des Darlehensvertrags der Zinssatzswap bestehen. In diesem Fall wandle sich der Charakter des Swaps von einem Absicherungsgeschäft ohne offene Risikoposition in ein spekulatives Geschäft mit einer offenen Risikoposition. Der Anleger sei daher von der Bank zwingend darüber zu informieren, dass er bei einer Kündigung des Darlehensvertrags zwar auch den Zinssatzswap kündigen könne, er in diesem Fall aber den Auflösungspreis aufbringen müsse. Ansonsten sei er darauf hinzuweisen, dass sich der Charakter des Swaps ändere und es sich um ein spekulatives Geschäft handle, das ein effektives Risikomanagement erfordere, zu dem der Kunde nicht in der Lage sei. Zudem sei der Kunde darauf hinzuweisen, wie wahrscheinlich Risiken und Chancen für ihn seien. Sei dies nicht möglich, sei der Kunde darauf hinzuweisen, dass er sich an einem Glücksspiel beteilige. Dass eine derartige Beratung erfolgt sei, habe die Klägerin nicht dargelegt und ergebe sich auch nicht aus den Angaben der insoweit vernommenen Zeugen. 12

Bereits aus der ihm vom Zeugen X übersandten Übersicht mit dem Titel „Voraussichtliche Darlehensentwicklung Vorschlag Tilgungsstruktur“ ergebe sich, dass der Darlehensvertrag das Grundlagengeschäft für den Swap-Vertrag habe bilden sollen. Denn dort sei von einer Gesamtlaufzeit des Ursprungsdarlehens von ca. 30 Jahren die Rede. Im Übrigen belege auch die vollständige Konnexität der Parameter des Swap-Vertrags mit dem ihm per Fax vom 13

11.04.2006 übersandten Tilgungsvorschlag und dem ihm mit Schreiben vom 16.12.2008 übersandten Entwurf für eine Vereinbarung über die Änderung des Immobiliendarlehensvertrags vom 15.12.1998, dass es sich bei dem Darlehensvertrag um das Grundlagengeschäft für den Swap-Vertrag vom 19.05./23.05.2006 habe handeln sollen.	
Jedenfalls sei er nicht anlegergerecht beraten worden. Er habe sich ausdrücklich als sicherheitsorientiert bezeichnet. Aus diesem Grunde seien Finanztermingeschäfte für den Kunden ungeeignet, jedenfalls dann, wenn sich der Charakter des Swaps von einem Absicherungsgeschäft in ein spekulatives Geschäft wandle.	14
Zudem liege ein Interessenkonflikt der Klägerin vor, da der Gewinn des einen den Verlust des anderen darstelle. Dass sie ihn hierauf hingewiesen habe, habe die Klägerin selber nicht hat dargelegt.	15
Ferner rügt der Beklagte die Beweismwürdigung des Landgerichts. Die Schilderung der Zeugen wirke so abstrakt schulmäßig, dass Zweifel an dem dargestellten Beratungsinhalt bestünden.	16
Schließlich seien seine Ansprüche auch nicht verjährt. Denn die Berater der Klägerin hätten vorsätzlich gehandelt. Denn die Bank habe gewusst, dass er nicht in der Lage gewesen sei, Verlustrisiken und das erforderliche Risikomanagement zu erfassen. Dass sie nicht vorsätzlich gehandelt habe, habe die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht behauptet.	17
Der Beklagte ist ferner der Ansicht, ihm stehe ein Widerrufsrecht gemäß § 495 BGB zu. Bei dem Immobiliendarlehensvertrag handele es sich nämlich um einen Verbrauchervertrag. Entgegen den Ausführungen des Landgerichts sei er kein Kaufmann. Dies folge auch nicht aus seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der E mbH. Gesellschafterin sei die GmbH, nicht aber er selbst. Den Darlehensvertrag habe er geschlossen, weil er das Darlehen für den Erwerb der Immobilie C-Straße in C2 benötigt habe. Da der Swap-Vertrag zur Folge habe, dass seine Pflicht zur Zahlung eines festen Zinses in eine Pflicht zur Zahlung eines variablen Zins getauscht worden sei, stelle der Swap-Vertrag vom 19.05/23.05.2006 eine formbedürfte Neuvereinbarung des Immobiliendarlehensvertrags dar, weshalb die Klägerin verpflichtet gewesen sei, ihn gemäß § 495 BGB zu belehren. Dies habe sie unterlassen. Deshalb könne er seine auf den Abschluss eines Swap-Vertrags gerichtete Willenserklärung noch widerrufen, weil es sich bei dem Swap-Vertrag um ein Umgehungsgeschäft handele.	18
Die Klägerin begehrt die Zurückweisung der Berufung des Beklagten. Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Sachvortrag.	19
Wegen des weiteren Sachvortrags beider Parteien nimmt der Senat Bezug auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.	20
B)	21
Die Berufung des Beklagten ist unbegründet . Die Klage ist begründet.	22
I. Unstreitig ist zwischen den Parteien am 19.05.2006 in einem Telefonat ein Zinssatzswap-Vertrag zustande gekommen, den die Klägerin dem Beklagten noch am selben Tag schriftlich (GA 15 ff.) bestätigt hat, wobei der Beklagte seinerseits diese Bestätigung durch seine Unterschrift gegengezeichnet hat. Aufgrund dieser Vereinbarung steht der Klägerin gemäß Nr. 8 I 4 des Rahmenvertrags vom 06.04. / 19.05.2006 ein in der Berufung der Höhe nach nicht streitiger Schadensersatzanspruch von 259.546,48 € zu, da die Klägerin den Zinsswap-	23

Vertrag aufgrund des Zahlungsverzugs des Beklagten mit Schreiben vom 08.12.2010 wirksam aus wichtigem Grund gekündigt hatte.

II. Dem Beklagten stehen gegen die Klägerin keine Schadensersatzansprüche zu, so dass der von ihm erhobene „dolo-agit-Einwand“ nicht greift. 24

1. Es lässt sich keine Pflichtverletzung der Klägerin feststellen. 25

a) Der Beklagte kann sich bereits dem Grunde nach nicht auf die Bond-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs berufen. Nach dieser Rechtsprechung ist in den Fällen, in denen ein Anlageinteressent an eine Bank oder der Anlageberater einer Bank an einen Kunden herantritt, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden bzw. zu beraten, regelmäßig davon auszugehen, dass das darin liegende Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrages stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs angenommen wird (st. Rspr. vgl. nur BGH, Urteil vom 06.07.1993, XI ZR 12/93, Juris Rz. 13). Ein solcher Sachverhalt liegt hier nicht vor. Denn dem Beklagten ging es beim Abschluss des Zinsswap-Vertrags gerade nicht um eine Anlageentscheidung, sondern der Beklagte wollte sich durch den Zinsswap-Vertrag gegen steigende Zinsen schützen. Der Umstand, dass sich das Zinssicherungsgeschäft in ein reines Spekulationsgeschäft wandelte, indem der Beklagte den mit der Klägerin am 15.12.1998 geschlossenen – Annuitäten-Darlehensvertrag – mit einer anfänglichen Zinsbindung bis zum 31.12.2008 vorzeitig, wie zunächst nicht geplant, beendete, beruht letztlich auf einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Beklagten. 26

Soweit der Beklagte erstinstanzlich darauf hingewiesen hat, er sei nicht darüber aufgeklärt worden, dass der Zinsswap-Vertrag auch nach Rückführung des Darlehensvertrags weiterlaufe, hat das Landgericht über die diesbezügliche Behauptung des Beklagten Beweis erhoben und auf der Grundlage der Aussagen der Zeugen Y und X die gegenteilige Feststellung getroffen, nämlich dass die Angaben des Beklagten unglaubhaft, wohingegen die Aussagen der Zeugen Y und X, die übereinstimmend bestätigt haben, dass dem Beklagten während der Gespräche am 06.04.2006 verdeutlicht worden sei, dass es sich beim Darlehensvertrag und bei dem Zinssatzswap-Vertrag um eigenständige Verpflichtungen handelt, uneingeschränkt glaubhaft sind. 27

Soweit der Beklagte diese Beweiswürdigung in der Berufung angreift, indem er darauf verweist, die Sachverhaltsschilderung der Zeugen sei schulbuchmäßig gewesen und die Schilderung des Ablaufes des Beratungsgesprächs habe konstruiert gewirkt, handelt es sich hierbei um bloße Worthülsen. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des Landgerichts begründen und aus diesem Grund erneute Feststellungen tatsächlicher Art gebieten würden, trägt der Beklagte dagegen nicht vor. 28

Letztlich erschöpft sich der Vortrag des Beklagten darin, das Beweiswürdigungsergebnis des Landgerichts in prozessual unzulässiger Weise durch sein eigenes Beweiswürdigungsergebnis zu ersetzen. Dem zu folgen sieht der Senat keine Veranlassung. Mit dem Landgericht hält der Senat die Angaben der Zeugen für glaubhaft und die Angaben des Beklagten für unglaubhaft. Insbesondere folgt dies daraus, dass der Beklagte angegeben hat, dass er nicht gewusst habe, dass er einen Zinssatzswap-Vertrag schließe, sondern dass er von einem Forwarddarlehen ausgegangen sein will, und dass er von den schriftlichen Unterlagen keine Notiz genommen habe. Die schriftliche Bestätigung des mündlich abgeschlossen Swapgeschäfts vom 19.05.2006 ist auf der ersten Seite unübersehbar in Fettschrift mit „Zinssatzswap“ überschrieben. Ebenfalls auf Seite 1 der Bestätigung ist als Anfangsdatum des Swaps der 02.01.2009 und als Enddatum der 02.07.2018 genannt, so 29

dass für den Beklagten ohne weiteres zu ersehen war, dass der Swapvertrags eine eigenständige Laufzeit haben sollte.

b). Unbegründet ist die Rüge, die Beratung sei fehlerhaft gewesen, weil er nicht darauf hingewiesen worden sei, dass im Falle einer Darlehensvertragskündigung sich der Charakter des Swaps von einem Absicherungsgeschäft ohne offene Risikoposition in ein spekulatives Geschäft mit einer offenen Risikoposition wandelt. Daher habe man ihn darüber informieren müssen, dass er bei einer Kündigung des Darlehensvertrags auch den Zinssatzswap kündigen müsse und er in diesem Fall den Auflösungspreis aufbringen müsse. Ansonsten hätte man ihn informieren müssen, dass es sich um eine spekulatives Geschäfts handle, das ein effektives Risikomanagement erfordere, zu dem der Kunde nicht in der Lage sei. 30

Mit diesem erstmals in der Berufung behaupteten, von der Klägerin bestrittenen und vom Beklagten ohnehin nicht unter Beweis gestellten Sachverhalt ist der Beklagte mangels nicht erfolgter Darlegung eines Zulassungsgrundes gemäß §§ 529 I Nr. 2, 531 II 1 ZPO ausgeschlossen. 31

Im Übrigen ist der Beklagte nach den Feststellungen des Landgerichts auch zutreffend beraten worden. Denn dem Beklagten ist mitgeteilt worden, dass es sich bei dem Darlehen und dem Zinsswap um zwei verschiedene Geschäfte handelt. Ebenso hat der Zeuge X darauf hingewiesen, dass dem Beklagten erläutert worden ist, dass bei einer Darlehensvertragsauflösung auch der Zinsswap aufgelöst werden könne und dass dann – anders als bei einem Forwarddarlehen – er keinen Zinsmargenschaden ersetzen müsse, er allerdings je nach den Umständen im Falle einer Auflösung des Swaps je nach der Zinsentwicklung etwas herausbekäme oder zahlen müsse. Auch die Zeugin Y hat angegeben, dass Funktionsweise und Risiken des Swaps sehr detailliert besprochen wurden. Dabei sei dem Beklagten erläutert worden, dass es sich bei dem Darlehensvertrag und dem Swap-Vertrag um unterschiedliche Verträge handelt. Ebenfalls sei der Beklagte darauf hingewiesen worden, was passiert, wenn der Swap vorzeitig aufgelöst wird, dass nämlich in diesem Fall je nach Marktentwicklung Chancen und Risiken bestünden. Insbesondere sei dem Beklagten die Ermittlung des Auflösungspreises beschrieben und anhand von Zahlenbeispielen erläutert worden. 32

c) Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte darauf, bei der Klägerin habe ein Interessenkonflikt vorgelegen, da der Gewinn des einen den Verlust des anderen darstelle und die Klägerin ihn hierauf nicht hingewiesen habe. Denn mit dieser von der Klägerin bestrittenen und erstmals in der Berufung aufgestellten Behauptung ist der Beklagte gemäß §§ 529 I Nr. 2, 531 II 1 ZPO ausgeschlossen. Der Senat hat nach den vorstehenden Ausführungen davon auszugehen, dass die Zeugen X und Y den Beklagten ordnungsgemäß über die Funktionsweise und die Risiken des Swaps beraten haben. In diesem Fall war dem Beklagten danach hinreichend deutlich vor Augen geführt, dass er immer dann Zahlungen an die Klägerin würde erbringen müssen, wenn der 3-Monats-Euribor Zins unterhalb eines Zinses von 4,68% liegen würde und zwar gleichgültig, ob der Beklagte den Zinsswap-Vertrag für die Anschlussfinanzierung nutzen oder ob er diesen Vertrag selbständig weiterlaufen lassen würde. Ebenfalls war dem Beklagten das Risiko erläutert worden, dass er je nach Marktentwicklung im Falle einer Auflösung des Swap-Vertrags möglicherweise erhebliche Leistungen an die Klägerin zu erbringen haben würde. 33

d) Schließlich beruft sich der Beklagte ohne Erfolg darauf, dass ihm fehlerhaft der Zinsswap-Vertrag vorgeschlagen worden sei, obwohl er bei seiner Exploration durch die Zeugin Y angegeben habe, dass er keinerlei Kenntnisse von Anlagen welcher Art auch immer gehabt habe und sicherheitsorientiert sei, wobei er Wert auf regelmäßige Einnahmen und 34

langfristigen Wertzuwachs lege. Der Beklagte erkennt insoweit, dass es ihm gerade nicht um eine bloße Geldanlage, sondern um den Abschluss eines Zinssicherungsgeschäfts ging und der Abschluss des Zinsswapvertrages somit seiner Sicherheitsorientierung in Bezug auf unkalkulierbar ansteigende Zinsen entgegen entsprach.

2. Selbst wenn man trotz der vorstehenden Ausführungen gleichwohl von einer Pflichtverletzung der Beklagten ausginge, wären die Ansprüche des Beklagten verjährt, nachdem die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben hat (§ 214 I BGB). Gemäß § 37a WpHG a.F., der nach § 43 WpHG auf das vorliegende Verfahren noch Anwendung findet, verjährt der Anspruch des Kunden auf Schadensersatz gegen ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen wegen Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einer Wertpapierleistung oder Wertpapiernebenleistung in 3 Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. Entstanden ist der Anspruch des Beklagten am 19.05.2006, so dass die Ansprüche des Beklagten mit Ablauf des 19.05.2009 verjährt waren. 35

Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte darauf, die Klägerin habe ihn vorsätzlich falsch beraten. Abgesehen davon, dass der Beklagte mit dieser erstmals zweitinstanzlich aufgestellten und von der Klägerin bestrittenen Behauptung mangels nicht erfolgter Darlegung eines Zulassungsgrundes ausgeschlossen ist (§§ 529 I Nr. 1, 531 II 1 ZPO), lässt sich auch in der Sache ein vorsätzliches Handeln der Mitarbeiter der Klägerin nicht feststellen. Zwar trifft es zu, dass die Klägerin gemäß § 280 I 2 BGB darlegungs- und beweispflichtig dafür ist, dass ihre Mitarbeiter den Beklagten nicht vorsätzlich falsch beraten haben (BGH, XI ZR 586/07, Urteil vom 12.05.2009, Juris Rz. 17). Der Beklagte erkennt allerdings, dass sich aus dem Vortrag zur objektiven Pflichtverletzung des Anlegers Indizien dafür ergeben müssen, dass die Bank ihre Pflichten – obwohl sie regelmäßig pflichtgerecht beraten will – vorsätzlich verletzt hat. Denn allein ein objektiver Beratungsfehler begründet keine Vermutung eines vorsätzlichen Verhaltens (OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.03.2011, 23 U 69/10; OLG Stuttgart, Urteil vom 10.10.2012, 9 U 87/12, WM 2013, 377 f.). Gemessen an diesen Kriterien fehlte nicht nur erst, sondern fehlt auch weiterhin zweitinstanzlich ausreichender Vortrag des Beklagten für eine vorsätzliche Falschberatung. Dies gilt erst Recht, wenn man berücksichtigt, dass sich eine Beratungspflichtverletzung objektiv gerade nicht feststellen lässt 36

3. Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte darauf, er könne den Zinsswap-Vertrag gemäß § 495 BGB widerrufen, da der Vertrag eine Widerrufsbelehrung nicht enthalte, er als Verbraucher gehandelt habe und § 495 BGB anwendbar weil, weil es sich bei dem Zinsswap-Vertrag um ein Umgehungsgeschäft im Sinne des § 506 BGB handle. Letzteres trifft nicht zu. Der selbständige Zinsswap-Vertrag stellt ein Zinssicherungsgeschäft und keinen Vertrag dar, durch den die Klägerin dem Beklagten einen entgeltlichen Zahlungsaufschub oder eine sonstige Finanzierungshilfe gewährt hätte, so dass § 506 I 1 BGB nicht anwendbar ist. Ein Widerrufsrecht des Beklagten bestand damit nicht. 37

III. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 I, 708 Ziffer 10, 711 ZPO. Die Revision hat der Senat nicht zugelassen, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 543 II ZPO nicht vorliegen. 38

