BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 33/10

Verkündet am:
22. März 2011
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 280

WpHG § 31 Abs. 1 Nr. 2

a) Eine Bank muss bei der Anlageberatung vor der Abgabe einer Empfehlung die Risikobereitschaft des Anlegers erfragen, es sei denn, diese ist ihr aus einer langjährigen Geschäftsbeziehung oder dem bisherigen Anlageverhalten des Anlegers bereits bekannt. Die berufliche Qualifikation einer Mitarbeiterin des Anlegers als Diplom-Volkswirtin lässt für sich allein weder den Schluss auf deren Kenntnis von den spezifischen Risiken des CMS Spread Ladder Swap-Vertrages zu, noch kann allein aus etwaigen vorhandenen Vorkenntnissen auf die konkrete Risikobereitschaft des Anlegers geschlossen werden.

b) Bei einem so hochkomplexen Anlageprodukt wie dem CMS Spread Ladder Swap-Vertrag muss die Aufklärung gewährleisten, dass der Anleger im Hinblick auf das Risiko des Geschäfts im Wesentlichen den gleichen Kenntnis- und Wissensstand hat wie die ihn beratende Bank, weil ihm nur so eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber möglich ist, ob er die ihm angebotene Zinswette annehmen will.

c) Bei einem CMS Spread Ladder Swap-Vertrag muss die beratende Bank über den negativen Marktwert aufklären, den sie in die Formel zur Berechnung der variablen Zinszahlungspflicht des Anlegers einstrukturiert hat, weil dieser Ausdruck ihres schwerwiegenden Interessenkonflikts ist und die konkrete Gefahr begründet, dass sie ihre Anlageempfehlung nicht allein im Kundeninteresse abgibt.

d) Eine Bank, die eigene Anlageprodukte empfiehlt, muss grundsätzlich nicht darüber aufklären, dass sie mit diesen Produkten Gewinne erzielt. Der insofern bestehende Interessenkonflikt ist derart offenkundig, dass auf ihn nicht gesondert hingewiesen werden muss, es sei denn, es treten besondere Umstände hinzu. Solche besonderen Umstände liegen beim CMS Spread Ladder Swap-Vertrag vor, weil dessen Risikostruktur von der Bank bewusst zu Lasten des Anlegers gestaltet worden ist, um unmittelbar im Zusammenhang mit dem Abschluss des Anlagegeschäfts das Risiko verkaufen zu können, das der Kunde aufgrund ihrer Beratungsleistung übernommen hat.

BGH, Urteil vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10 - OLG Frankfurt am Main
LG Hanau

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Februar 2011 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Dr. Matthias

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 30. Dezember 2009 aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Hanau vom 4. August 2008 wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 541.074 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5. Februar 2008 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und werden die weitergehenden Rechtsmittel zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt die beklagte Bank auf den Ausgleich erlittener Verluste wegen einer fehlerhaften Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Abschluss eines - von der Beklagten konstruierten - CMS Spread Ladder Swap-Vertrages im Jahr 2005 in Anspruch.

2 Bereits im Februar und Juli 2002 schloss die Klägerin, die ein mittelständisches Unternehmen auf dem Gebiet der Waschraumhygiene betreibt, mit einer anderen Bank zwei Zinssatz-Swap-Verträge ab, durch die sich die Bank verpflichtete, bezogen auf einen Nominalbetrag von jeweils 1.000.000 € einen variablen Zinssatz (Sechs-Monats-EURIBOR bzw. Drei-Monats-EURIBOR) an die Klägerin zu zahlen, wohingegen sich die Klägerin im Austausch verpflichtete, aus diesem Bezugsbetrag an die Bank einen festen Zinssatz in Höhe von 5,25% bzw. 5,29% zu zahlen. Beide Verträge wurden für eine Laufzeit von zehn Jahren abgeschlossen.

3 In zwei Gesprächen am 7. Januar und 15. Februar 2005, an denen für die Klägerin ihr Geschäftsführer und ihre Prokuristin - eine Diplom-Volkswirtin - teilnahmen, beriet die Beklagte die Klägerin mittels einer schriftlichen Präsentation über die Möglichkeit, die Zinsbelastungen aus den beiden laufenden Zinssatz-Swap-Verträgen zu reduzieren. Da das Zinsniveau zwischenzeitlich deutlich gesunken war, wiesen die beiden Verträge zum Beratungszeitpunkt negative Marktwerte in Höhe von 124.700 € bzw. 130.825 € auf, was die Beklagte in den Beratungsgesprächen darlegte. Die Beklagte empfahl auf Grundlage ihrer Prognose, dass sich die damals bei 1,02 Prozentpunkten liegende Differenz (Spread) zwischen dem Zwei-Jahres-Zinssatz und dem Zehn-Jahres-Zinssatz künftig voraussichtlich deutlich ausweiten wird, einen CMS Spread Ladder Swap-Vertrag, den die Parteien am 16. Februar 2005 abschlossen. Danach

verpflichtete sich die Beklagte, an die Klägerin aus dem Bezugsbetrag von 2.000.000 € für die Laufzeit von fünf Jahren halbjährlich Zahlungen in Höhe eines festen Zinssatzes von 3% p.a. zu erbringen, wohingegen sich die Klägerin verpflichtete, zu denselben Zeitpunkten aus dem Bezugsbetrag im ersten Jahr Zinsen in Höhe von 1,5% p.a. an die Beklagte zu zahlen und danach einen variablen Zinssatz, der mindestens bei 0,0% liegt und sich abhängig von der Entwicklung des "Spreads" (Basis-Satz A_1 - Basis-Satz A_2) ausweislich der Vertragsurkunde wie folgt berechnet:

> "Für den Berechnungszeitraum vom 20. Februar 2006 bis zum 18. August 2006:
> 1,50% p.a. plus 3 x [1,00% p.a. minus (Basis Satz A_1 minus Basis-Satz A_2)].
>
> Für den Berechnungszeitraum vom 18. August 2006 bis zum 19. Februar 2007:
> den vorangegangenen variablen Satz plus 3 x [1,00% p.a. minus (Basis-Satz A_1 minus Basis-Satz A_2)].
>
> Für den Berechnungszeitraum vom 19. Februar 2007 bis zum 18. August 2007:
> den vorangegangenen variablen Satz plus 3 x [0,85% p.a. minus (Basis-Satz A_1 minus Basis-Satz A_2)].
>
> Für den Berechnungszeitraum vom 18. August 2007 bis zum 18. Februar 2008:
> den vorangegangenen variablen Satz plus 3 x [0,85% p.a. minus (Basis-Satz A_1 minus Basis-Satz A_2)].
>
> Für den Berechnungszeitraum vom 18. Februar 2008 bis zum 18. August 2008:
> den vorangegangenen variablen Satz plus 3 x [0,70% p.a. minus (Basis-Satz A_1 minus Basis-Satz A_2)].
>
> Für den Berechnungszeitraum vom 18. August 2008 bis zum 18. Februar 2009:

den vorangegangenen variablen Satz plus 3 x [0,70% p.a. minus (Basis-Satz A_1 minus Basis-Satz A_2)].

Für den Berechnungszeitraum vom 18. Februar 2009 bis zum 18. August 2009:
den vorangegangenen variablen Satz plus 3 x [0,55% p.a. minus (Basis-Satz A_1 minus Basis-Satz A_2)].

Für den Berechnungszeitraum vom 18. August 2009 bis zum Enddatum:
den vorangegangenen variablen Satz plus 3 x [0,55% p.a. minus (Basis-Satz A_1 minus Basis-Satz A_2)].

Bestimmung des Basis-Satzes A_1:	10-Jahres-Swap-Mittelsatz (…) auf "EURIBOR-Basis" (…)
Bestimmung des Basis-Satzes A_2:	2-Jahres-Swap-Mittelsatz (…) auf "EURIBOR-Basis" (…)"

4 Nach dem am selben Tag zwischen den Parteien geschlossenen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte wurde die Saldierung der wechselseitigen Zinszahlungen vereinbart, so dass nur die Partei, die zu den jeweiligen Fälligkeitsterminen den höheren Betrag schuldete, die Differenz zwischen den geschuldeten Beträgen zu zahlen hatte. Eine einseitige Vertragsbeendigung war ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes für beide Parteien erstmals nach dreijähriger Laufzeit und nur gegen Ausgleichszahlung in Höhe des aktuellen Marktwertes des Vertrages möglich. In den beim Beratungsgespräch verwendeten Präsentationsunterlagen hatte die Beklagte die Klägerin hinsichtlich der "Risiken" unter anderem darauf hingewiesen, dass - wenn die Zinsdifferenz stark absinkt - sie, die Klägerin, höhere Zinszahlungen zu leisten hat als sie empfängt. Die Beklagte bezeichnete das Verlustrisiko der Klägerin als "theoretisch unbegrenzt". Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hatte der CMS Spread Ladder Swap-Vertrag einen von der Beklagten bewusst eingerechneten negati-

ven Marktwert in Höhe von ca. 4% der Bezugssumme (ca. 80.000 €), worauf die Beklagte die Klägerin nicht hinwies.

5 Ab Herbst 2005 nahm die für die Berechnung der Zinszahlungspflicht der Klägerin relevante Zinsdifferenz - entgegen der Prognose der Beklagten - fortlaufend ab, so dass sich nach Ablauf des ersten Jahres eine überwiegende Zinszahlungspflicht der Klägerin ergab. Am 26. Oktober 2006 erklärte die Klägerin die Anfechtung des CMS Spread Ladder Swap-Vertrages wegen arglistiger Täuschung, die die Beklagte zurückwies. Am 26. Januar 2007 wurde das Swapgeschäft gegen Zahlung eines Ausgleichsbetrages durch die Klägerin in Höhe des aktuellen negativen Marktwertes von 566.850 € aufgelöst.

6 Die Klägerin ist der Auffassung, der mit der Beklagten abgeschlossene Swap-Vertrag sei unwirksam, da er gegen die guten Sitten verstoße (§ 138 BGB) und das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht einhalte. Zudem sei sie von der Beklagten arglistig getäuscht (§ 123 BGB) und fehlerhaft beraten worden, weil diese sie nicht ausreichend über die Risiken des Swaps aufgeklärt habe und die Empfehlung eines solchen Geschäfts nicht ihrer Risikobereitschaft und ihren Anlagezielen entsprochen habe.

7 Mit am 5. Februar 2008 zugestellter Klage nimmt die Klägerin die Beklagte unter Anrechnung der im ersten Jahr der Vertragslaufzeit erhaltenen Zinsleistungen auf Rückzahlung von 541.074 € nebst Zinsen in Anspruch. Hilfsweise für den Fall des vollständigen oder teilweisen Obsiegens hat sie ursprünglich begehrt, die Beklagte zu verurteilen, auch alle weiteren Schäden zu ersetzen, die dadurch entstehen, dass Verluste aus dem Swapgeschäft von der Finanzverwaltung möglicherweise nicht als abzugsfähige Betriebsausgaben anerkannt werden. In der Berufungsinstanz hat sie stattdessen hilfsweise beantragt festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, sämtliche weiteren, zukünftigen

Schäden zu ersetzen, die aus dem am 16. Februar 2005 geschlossenen CMS Spread Ladder Swap noch entstehen. Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Soweit sich die Revision gegen die Abweisung des Hauptantrages wendet, ist sie begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und - da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind (§ 563 Abs. 3 ZPO) - unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung insoweit zur Verurteilung der Beklagten. Soweit die Revision den auf Feststellung gerichteten Hilfsantrag weiterverfolgt, hat sie keinen Erfolg.

I.

9 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in ZIP 2010, 921 ff. veröffentlicht ist, hat Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche der Klägerin verneint und zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

10 Der von den Parteien abgeschlossene CMS Spread Ladder Swap-Vertrag sei nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB unwirksam. Die Privatautonomie lasse es zu, risikoreiche Geschäfte abzuschließen. Aus Sicht der Klägerin stelle sich das Geschäft als eine Art spekulative Wette dar, die den Vorteil habe, kein Eigenkapital einsetzen zu müssen, und bei realistischer Betrachtung Ertrag bringen könne. Ein risikoreiches Geschäft verstoße nicht gegen die guten Sitten, auch wenn ein Gewinn nur unter günstigen Umständen zu erzielen gewesen sei.

11 Selbst wenn man davon ausgehe, dass es sich bei den vertraglichen Regelungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handele, wogegen spreche, dass die exakte Formulierung der Berechnungsformel individuell ausgehandelt und die Kündigungsregelung modifiziert worden sei, verstoße die Regelung über die Berechnung der von der Klägerin an die Beklagte zu leistenden Zahlungen nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es sei nicht ersichtlich, dass im vorliegenden Fall eine wesentlich einfachere Darstellung des komplizierten Modells möglich gewesen wäre, zumal ein geschäftserfahrenes Unternehmen insoweit nicht in gleichem Maße schutzbedürftig sei wie ein Verbraucher.

12 Eine arglistige Täuschung der Beklagten, die der Klägerin das Recht gebe, den Vertrag gemäß § 123 BGB anzufechten, komme nur durch ein bedingt vorsätzliches Verschweigen aufklärungsbedürftiger Tatsachen in Betracht. Da zwischen den Parteien jedoch ein Beratungsvertrag bestanden habe, sei die Frage des Umfangs von Aufklärungspflichten primär unter vertraglichen Gesichtspunkten zu prüfen.

13 Die Pflichten aus dem Beratungsvertrag habe die Beklagte indes nicht verletzt. Die Beratung sei anlegergerecht erfolgt. Zwar müsse die - zwischen den Parteien streitige - Risikogeneigtheit des Kunden als wesentlicher Bestandteil des Anlageziels grundsätzlich von der beratenden Bank erfragt werden. Eine Erkundigungspflicht sei aber nicht gegeben, wenn der Kunde nicht schutzbedürftig sei, da er entsprechende Erfahrungen und Kenntnisse habe. Zwar möge der Umstand, dass die Klägerin vor dem streitgegenständlichen Vertrag bereits zwei andere Zins-Swap-Geschäfte geschlossen habe, die nach ihrem Vorbringen allein dazu gedient hätten, die Risiken eines Grundgeschäfts abzusichern, in diesem Zusammenhang kein entscheidendes Argument sein. Es sei jedoch durchaus von Bedeutung, dass an den Gesprächen neben dem Ge-

schäftsführer auch eine Diplom-Volkswirtin teilgenommen habe, von der zu erwarten sei, dass sie die Struktur von Swap-Verträgen und die verwendeten mathematischen Formeln verstehe, so dass die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, die allgemeine Bereitschaft der Klägerin zur Übernahme hoher Risiken zu thematisieren.

14 Die Beratung sei auch objektgerecht gewesen. Soweit die Klägerin behaupte, die Mehrheit von Fachleuten habe im Februar 2005 mit einer Reduzierung des "Spreads" gerechnet, könne dies offen bleiben, da es sich insoweit um nicht verifizierbare Erwartungen gehandelt habe. Aus der Unsicherheit der künftigen Entwicklungen folge zwangsläufig, dass man hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten könne, was die Beklagte nicht besonders habe erwähnen müssen. Da es unmöglich sei, die Zinsentwicklung über Jahre im Voraus auch nur halbwegs sicher zu prognostizieren, seien dahingehende Prognosen von untergeordneter Bedeutung und nicht aufklärungsbedürftig. Dass die Beklagte den Vertrag ausdrücklich zur "Zinsoptimierung" angeboten habe, sei sprachlich missglückt, weil sich ein CMS Spread Ladder Swap-Vertrag strukturell nicht zur Absicherung bestimmter Kreditverbindlichkeiten eigne. Dieser in der Präsentation verwendete Begriff sei jedoch nicht mit finanzwissenschaftlichen Maßstäben zu messen. Im weitesten Sinne eigne sich jede Finanzanlage, die im Falle einer günstigen Entwicklung zu Erträgen führe, dazu, bestehende Zinslasten zu reduzieren. Die Beklagte habe auch nicht darauf hinweisen müssen, dass der von den Parteien geschlossene Kontrakt zum Zeitpunkt des Abschlusses einen negativen Marktwert aufgewiesen habe. Dieser Wert gebe an, was der Kunde im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung als Ausgleich an die Bank zu zahlen habe und stelle damit einen vorläufig rein theoretischen Betrag dar, der überdies der permanenten Veränderung unterliege und auch als "Momentaufnahme" bezeichnet werden könne. Aufgrund der zuvor mit einer anderen Bank abgeschlossenen Swap-Geschäfte könne davon ausgegangen werden, dass der

Klägerin bekannt gewesen sei, dass Swap-Verträge unterschiedliche Startchancen in der Form beinhalteten, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein ausgeglichener Marktwert vorliege. Es sei üblich, dass derjenige, der einen Vertrag vorzeitig beenden möchte, dafür eine finanzielle Gegenleistung zu erbringen habe, so dass der einer Vorfälligkeitsentschädigung vergleichbare negative Marktwert nicht gesondert aufklärungsbedürftig gewesen sei.

15 Es komme hinzu, dass der Geschäftsführer der Klägerin in seiner Anhörung angegeben habe, er habe dem Vertrag zugestimmt, obwohl er das ihm zugrunde liegende Modell nicht verstanden habe. Wenn sich die Klägerin auf ein Geschäft mit bedeutender wirtschaftlicher Tragweite einlasse, ohne dass sich die verhandlungs- und vertretungsberechtigte Person von den potentiellen Konsequenzen überzeugt habe, gehe sie bewusst ein Risiko ein, das sie nicht später ihrer Vertragspartnerin anlasten dürfe.

II.

16 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

17 1. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Vertrag der Parteien gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 BGB), das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) verletzt ist oder die Anfechtung der Klägerin wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) durch die Beklagte wirksam ist und deswegen ein Bereicherungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte besteht.

18 2. Jedenfalls ist das auf Zahlung von 541.074 € nebst Zinsen gerichtete Klagebegehren deshalb gerechtfertigt, weil ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen einer Beratungspflichtverletzung der Beklagten besteht.

19 a) Nach den unangegriffenen und rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts ist zwischen den Parteien ein Beratungsvertrag geschlossen worden.

20 b) Danach ist die Beklagte als beratende Bank zur anleger- und objektgerechten Beratung der Klägerin verpflichtet (vgl. Senatsurteil vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 f.). Inhalt und Umfang der Beratungspflichten hängen dabei von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgeblich sind einerseits der Wissensstand, die Risikobereitschaft und das Anlageziel des Kunden und andererseits die allgemeinen Risiken, wie etwa die Konjunkturlage und die Entwicklung des Kapitalmarktes, sowie die speziellen Risiken, die sich aus den Besonderheiten des Anlageobjekts ergeben (Senatsurteile vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 f., vom 7. Oktober 2008 - XI ZR 89/07, BGHZ 178, 149 Rn. 12, vom 9. Mai 2000 - XI ZR 159/99, WM 2000, 1441, 1442 und vom 14. Juli 2009 - XI ZR 152/08, WM 2009, 1647 Rn. 49). Während die Aufklärung des Kunden über die für die Anlageentscheidung wesentlichen Umstände richtig und vollständig zu sein hat, muss die Bewertung und Empfehlung eines Anlageobjekts unter Berücksichtigung der genannten Gegebenheiten ex ante betrachtet lediglich vertretbar sein. Das Risiko, dass sich eine aufgrund anleger- und objektgerechter Beratung getroffene Anlageentscheidung im Nachhinein als falsch erweist, trägt der Anleger (Senatsurteile vom 21. März 2006 - XI ZR 63/05, WM 2006, 851 Rn. 12, vom 14. Juli 2009 - XI ZR 152/08, WM 2009, 1647 Rn. 49 und vom 27. Oktober 2009 - XI ZR 337/08, WM 2009, 2303 Rn. 19).

21 c) Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte ihrer Pflicht zu einer anlegergerechten Beratung der Klägerin nachgekommen ist. Bei dem empfohlenen CMS Spread Ladder Swap-Vertrag handelt es sich nach den Feststellungen des Be-

rufungsgerichts um ein risikoreiches Geschäft, eine "Art spekulative Wette". Ob die Klägerin bereit war, entsprechend hohe Risiken zu übernehmen, ist zwischen den Parteien umstritten. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, darauf komme es nicht an, weil an den Verhandlungen auf Seiten der Klägerin ihre Prokuristin - eine Diplom-Volkswirtin - teilgenommen habe, von der zu erwarten sei, dass sie die Struktur von Swap-Verträgen und deren mathematische Formeln angesichts der in den Präsentationsunterlagen verwendeten Beispielsrechnungen verstehe, so dass die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, die allgemeine Bereitschaft der Klägerin zur Übernahme hoher Risiken zu thematisieren. Dies hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

22 aa) Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die beratende Bank nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verpflichtet ist, vor Abgabe ihrer Anlageempfehlung den Wissensstand, die Erfahrungen und die Anlageziele, zu denen der Anlagezweck und die Risikobereitschaft gehören, zu erfragen (Senatsurteil vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 129). Diese Pflicht ist für Wertpapierdienstleistungsunternehmen - wie die Beklagte - aufsichtsrechtlich auch normiert (§ 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WpHG aF bzw. § 31 Abs. 4 WpHG nF). Die Erkundigungspflicht entfällt nur dann, wenn der beratenden Bank diese Umstände, beispielsweise aus einer langjährigen Geschäftsbeziehung mit dem Kunden oder dessen bisherigem Anlageverhalten, bereits bekannt sind (Senat aaO, S. 129; Hannöver in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 110 Rn. 32; Lang/Balzer in Festschrift Nobbe, 2009, S. 639, 644; zu § 31 WpHG: Braun/Lang/Loy in Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 3. Aufl. Rn. 256; Koller in Assmann/Schneider, WpHG, 5. Aufl., § 31 Rn. 49; Lang, Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen, § 9 Rn. 16).

23 bb) Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe ihre Risikobereitschaft nicht ermittelt. Die Beklagte meint, dies sei angesichts der konkreten Beratungssituation und des bisherigen Anlageverhaltens der Klägerin auch nicht erforderlich gewesen. Dies trifft nicht zu.

24 (1) Auch wenn die beratende Bank - wie hier - Risiken des Produkts anhand von Berechnungsbeispielen schildert und auf ein "theoretisch unbegrenztes" Verlustrisiko hinweist, kann sie bei einem so hoch komplex strukturierten Finanzprodukt wie dem hier in Rede stehenden CMS Spread Ladder Swap-Vertrag nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass ein Kunde, der das Geschäft abschließt, auch bereit ist, hohe Risiken zu tragen. Es ist gerade die Aufgabe des Anlageberaters, ausschließlich Produkte zu empfehlen, die mit den Anlagezielen des Kunden - Anlagezweck und Risikobereitschaft - tatsächlich übereinstimmen. Erkundigt er sich nicht bereits - wie von der Rechtsprechung und aufsichtsrechtlich gefordert - vor seiner Anlageempfehlung nach der Risikobereitschaft des Kunden, so kann er seiner Pflicht zu einer anlegergerechten Empfehlung nur dadurch entsprechen, dass er sich noch vor der Anlageentscheidung seines Kunden die Gewissheit verschafft, dass dieser die von ihm geschilderten Risiken des Finanzprodukts in jeder Hinsicht verstanden hat. Andernfalls kann er nicht davon ausgehen, dass seine Empfehlung der Risikobereitschaft des Kunden entspricht. Hierfür hätte die Beklagte sicherstellen müssen, dass sich die Klägerin bewusst ist, dass ihr Verlustrisiko - anders als das Verlustrisiko der Beklagten - der Höhe nach nicht begrenzt ist und nicht nur theoretisch besteht, sondern bei entsprechender Entwicklung der Zinsdifferenz eine durchaus realistische Möglichkeit ist. Feststellungen hierzu fehlen.

25 (2) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts spielt es in diesem Zusammenhang keine Rolle, dass an der Beratung auf Seiten der Klägerin eine Diplom-Volkswirtin teilgenommen hat. Zum einen hat der Bundesgerichtshof

bereits mehrfach entschieden, dass die berufliche Qualifikation des Kunden allein nicht ausreicht, um Kenntnisse und Erfahrungen im Zusammenhang mit Finanztermingeschäften zu unterstellen, solange keine konkreten Anhaltspunkte bestehen, dass er diese im Zusammenhang mit der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit tatsächlich erworben hat (Senatsurteile vom 24. September 1996 - XI ZR 244/95, WM 1997, 309, 311, vom 21. Oktober 2003 - XI ZR 453/02, ZIP 2003, 2242, 2244 f. und vom 28. September 2004 - XI ZR 259/03, WM 2004, 2205, 2206 f.), was vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden ist. Die Tätigkeit als Prokuristin eines mittelständischen Unternehmens für Waschraumhygiene legt Kenntnisse über die spezifischen Risiken des hier in Rede stehenden Anlageprodukts auch nicht nahe. Zum anderen hat das Berufungsgericht verkannt, dass aus den Fachkenntnissen des Kunden nicht auf dessen Risikobereitschaft geschlossen werden kann. Entsprechende Vorkenntnisse lassen die vom Berater übernommene Pflicht, die Anlageziele des Kunden zu ermitteln und ein dafür geeignetes Produkt zu empfehlen, unberührt (vgl. Braun/Lang/Loy in Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 3. Aufl. Rn. 255; Koller in Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 49, jeweils zu "professionellen Kunden" im Sinne des § 31a Abs. 2 WpHG nF).

26 (3) Eine dem empfohlenen CMS Spread Ladder Swap-Vertrag entsprechende, hohe Risikoneigung der Klägerin konnte die Beklagte auch nicht aus deren bisherigem Anlageverhalten ableiten. Die beiden bereits im Jahr 2002 mit einer anderen Bank abgeschlossenen Zinssatz-Swap-Verträge weisen eine deutlich einfachere Struktur auf und sind hinsichtlich der Risiken nicht vergleichbar. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Klägerin - wie sie vorträgt - diese Verträge als Sicherungsgeschäfte im Hinblick auf einen variabel verzinslichen Kredit abgeschlossen hat. Existiert ein solches konnexes Grundgeschäft mit gegenläufigem Risiko, so dient ein Zinssatz-Swap-Vertrag nicht der spekulativen Übernahme einer offenen Risikoposition, sondern bezweckt allein den

"Tausch" einer variabel verzinslichen Mittelaufnahme in eine festverzinsliche Verschuldung unter gleichzeitigem Verzicht auf die Teilhabe an einer günstigen Entwicklung des Zinsniveaus (vgl. dazu Clouth in Ellenberger/Schäfer/ Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 3. Aufl. Rn. 1030 ff.; Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 114 Rn. 3). Selbst wenn die Klägerin die Swap-Verträge im Jahr 2002 aber ohne einen entsprechenden Grundgeschäftsbezug abgeschlossen haben sollte, ist sie mit diesen Verträgen - im Gegensatz zum CMS Spread Ladder Swap-Vertrag - kein unbegrenztes Verlustrisiko eingegangen. Ihre Zahlungen berechnen sich dort nach festen Zinssätzen, so dass ihr maximales Risiko auf die Differenz zwischen diesen Zinssätzen - 5,25% bzw. 5,29% - und "Null" beschränkt ist. Dem Umstand, dass die beiden Verträge aus dem Jahr 2002 zum Zeitpunkt der Beratung der Beklagten negative Marktwerte in Höhe von 124.700 € bzw. 130.825 € hatten, worauf die Beklagte in diesem Zusammenhang hinweist, kommt daher keine maßgebliche Bedeutung zu.

27 cc) Zur Klärung der noch offenen Risikobereitschaft der Klägerin, die nach ihrem Vorbringen "sicherheitsorientiert" anlegen wollte, müsste der Senat die Sache nach Aufhebung des Berufungsurteils an das Berufungsgericht zurückverweisen. Dessen bedarf es jedoch nicht, weil bereits aus einem anderen Grunde feststeht, dass die Beklagte ihrer Beratungspflicht nicht entsprochen hat.

28 d) Die Beklagte hat die Klägerin nicht objektgerecht beraten.

29 aa) Die Anforderungen, die insoweit an die beratende Bank zu stellen sind, sind bei einem so komplex strukturierten und riskanten Produkt wie dem CMS Spread Ladder Swap-Vertrag hoch. Die Risiken dieser Zinswette sind entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht nur annähernd allein dadurch zu

erfassen, dass die Rechenschritte zur Berechnung der variablen Zinszahlungspflicht nachvollzogen werden können. Vielmehr muss die beratende Bank dem Kunden in verständlicher und nicht verharmlosender Weise insbesondere klar vor Augen führen, dass das für ihn nach oben nicht begrenzte Verlustrisiko nicht nur ein "theoretisches" ist, sondern abhängig von der Entwicklung des "Spreads" real und ruinös sein kann. Dazu sind nicht nur eingehende Erläuterungen aller Elemente der Formel zur Berechnung des variablen Zinssatzes (Multiplikationsfaktor, "Strike", Anknüpfung an den Zinssatz der Vorperiode, Mindestzinssatz des Kunden von 0%) und ihrer konkreten Auswirkungen (z.B. Hebelwirkungen, "Memory-Effekt") bei allen denkbaren Entwicklungen des "Spreads" erforderlich, sondern insbesondere auch eine eindeutige Aufklärung des Kunden darüber, dass das Chance-Risiko-Profil zwischen den Teilnehmern der Zinswette unausgewogen ist: Während das Risiko des Kunden unbegrenzt ist, ist das der Bank - unabhängig von deren "Hedge-Geschäften" - von vornherein dadurch eng begrenzt, dass sich durch die Kappung der variablen Zinsen bei 0% (sog. Floor) keine negative Zinszahlungspflicht des Kunden errechnen kann, die die auf 3% p.a. festgeschriebene Zinszahlungspflicht der Bank erhöhen könnte. Ohne Schilderung all dieser Faktoren kann die beratende Bank nicht davon ausgehen, dass der Kunde die Risiken des Geschäfts verstanden hat. Die Aufklärung, die in ihrer Intensität von den Umständen des Einzelfalls abhängt, muss auch bei einem so hoch komplexen Produkt gewährleisten, dass der Kunde im Hinblick auf das Risiko des Geschäfts im Wesentlichen den gleichen Kenntnis- und Wissensstand hat wie die ihn beratende Bank, weil ihm nur so eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber möglich ist, ob er die ihm angebotene Zinswette annehmen will.

30 Die Beantwortung der Frage, ob die Beklagte diesen hohen Anforderungen an eine objektgerechte Beratung gerecht geworden ist, zu der weitere tat-

richterliche Feststellungen erforderlich sind, kann offen bleiben, weil die Beklagte eine weitere Beratungspflichtverletzung begangen hat.

31 bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat die Beklagte ihre Beratungspflicht dadurch verletzt, dass sie die Klägerin nicht darüber aufgeklärt hat, dass der von ihr empfohlene Vertrag zum Abschlusszeitpunkt einen für die Klägerin negativen Marktwert in Höhe von ca. 4% der Bezugssumme (ca. 80.000 €) aufwies. Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, eine entsprechende Aufklärung habe nicht erfolgen müssen, weil der negative Marktwert lediglich den - für den Kunden zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses rein theoretischen - Betrag angebe, der im Falle vorzeitiger Vertragsbeendigung als Ausgleichzahlung zu erbringen sei. Das erfasst die Bedeutung des für den Kunden negativen Anfangswertes nicht. Diesem kommt vielmehr maßgebliche Bedeutung für die Beurteilung der in Rede stehenden Zinswette durch die Klägerin zu, da er Ausdruck eines schwerwiegenden Interessenkonfliktes der Beklagten ist.

32 (1) Mit dem Beratungsvertrag übernimmt die Bank die Pflicht, eine allein am Kundeninteresse ausgerichtete Empfehlung abzugeben. Sie muss daher Interessenkollisionen, die das Beratungsziel in Frage stellen und die Kundeninteressen gefährden, vermeiden bzw. diese offen legen (Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 23, Beschlüsse vom 20. Januar 2009 - XI ZR 510/07, WM 2009, 405 Rn. 12 f. und vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 Rn. 5). Dieser zivilrechtliche Grundsatz ist aufsichtsrechtlich für den Bereich der dem Wertpapierhandelsgesetz unterfallenden Geschäfte in § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG normiert (Senat, Beschluss vom 20. Januar 2009, aaO Rn. 12).

33 (2) Danach musste die Beklagte die Klägerin über den von ihr bewusst strukturierten negativen Anfangswert des CMS Spread Ladder Swap-Vertrages aufklären (ebenso Roller/Elster/Knappe, ZBB 2007, 345, 357; im Ergebnis auch OLG Stuttgart, WM 2010, 756, 762 f. und WM 2010, 2169, 2173 ff.; aA OLG Bamberg, WM 2009, 1082, 1095; OLG Frankfurt am Main, WM 2009, 1563, 1564 f.; OLG Celle, WM 2009, 2171, 2174; OLG Frankfurt am Main, WM 2010, 1790, 1795 f.; OLG Hamm, BKR 2011, 68, 73; Clouth in Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 3. Aufl. Rn. 1066 Fn. 1258; Hoffmann-Theinert/Tiwisina, EWiR 2011, 9, 10; Jaskulla, WuB I G 1. - 3.10; Koller, WuB I G 1. - 4.08; Langen, DB 2009, 2710 f.; Lehmann, BKR 2008, 488, 496; Wolf, EWiR 2009, 763, 764; gegen eine entsprechende Aufklärungspflicht wohl auch Weber, ZIP 2008, 2199, 2201).

34 (a) Bei der Empfehlung des CMS Spread Ladder Swap-Vertrages, bei dem der Gewinn der einen Seite der spiegelbildliche Verlust der anderen Seite ist, befindet sich die Beklagte als beratende Bank in einem schwerwiegenden Interessenkonflikt. Als Partnerin der Zinswette übernimmt sie eine Rolle, die den Interessen des Kunden entgegengesetzt ist. Für sie erweist sich der "Tausch" (engl. Swap) der Zinszahlungen nur dann als günstig, wenn ihre Prognose zur Entwicklung des Basiswertes - das Ausweiten der Zinsdifferenz - gerade nicht eintritt und die Klägerin damit einen Verlust erleidet. Als Beraterin der Klägerin hingegen ist sie verpflichtet, die Interessen der Klägerin zu wahren. Sie muss daher auf einen möglichst hohen Gewinn der Klägerin bedacht sein, was einen entsprechenden Verlust für sie selbst bedeutet.

35 Die Beklagte meint, diesen Interessenkonflikt dadurch zu lösen, dass sie ihre Rolle als "Wettgegnerin" der Klägerin nicht für die vertraglich vereinbarte Laufzeit beibehält, sondern ihre Risiken und Chancen des Geschäfts sofort durch "Hedge-Geschäfte" an andere Marktteilnehmer weiter gibt. Dies trifft nicht

zu. Nach Abschluss der "Hedge-Geschäfte" kann der Beklagten die weitere Entwicklung des "Spreads" über die Laufzeit des Swap-Vertrages nur deshalb gleichgültig sein, weil sie durch diese Gegengeschäfte bereits ihre Kosten gedeckt und ihren Gewinn erzielt hat. Dies hat die Beklagte dadurch ermöglicht, dass sie die Konditionen des Swap-Vertrages bewusst so strukturiert hat, dass dieser zu Vertragsbeginn einen für die Klägerin negativen Marktwert in Höhe von 4% der Bezugssumme (ca. 80.000 €) aufwies. Wie die Beklagte darlegt, wird der jeweils gültige Marktwert des Vertrages anhand finanzmathematischer Berechnungsmodelle nämlich in der Weise ermittelt, dass - unter Berücksichtigung gegebenenfalls enthaltener Optionsbestandteile - die voraussichtlichen künftigen festen und variablen Zinszahlungen der Parteien gegenübergestellt und mit den an den entsprechenden Zahlungsterminen gültigen Abzinsungsfaktoren auf den Bewertungszeitpunkt abgezinst werden. Da der Verlauf des variablen Zinssatzes naturgemäß unbekannt ist, werden die künftigen Zahlungspflichten des Kunden dazu mittels eines Simulationsmodells errechnet, das auf den im Bewertungszeitpunkt rechnerisch ermittelten Terminzinssätzen basiert. Bewertet der "Markt" - nach den zur Verfügung stehenden Simulationsmodellen - zum Abschlusszeitpunkt das Risiko, das die Klägerin übernimmt, in Höhe von ca. 4% des Bezugsbetrages negativ, bedeutet dies für die Beklagte, dass ihre Chancen in dieser Höhe positiv bewertet werden. Diesen Vorteil konnte sie sich durch die "Hedge-Geschäfte" abkaufen lassen.

36 (b) Der von der Beklagten einstrukturierte anfängliche negative Marktwert ist damit Ausdruck ihres schwerwiegenden Interessenkonflikts und geeignet, die Interessen der Klägerin zu gefährden. Wenn die beratende Bank daraus Vorteile zieht, dass der Markt das Risiko, das der Kunde mit dem von ihr empfohlenen Produkt übernimmt, derzeit in Höhe eines Betrages von ca. 80.000 € negativ sieht, so besteht die konkrete Gefahr, dass sie ihre Anlageempfehlung nicht allein im Kundeninteresse abgibt. Auch wenn die Prognose, der "Spread" werde

sich ausweiten, zum Beratungszeitpunkt vertretbar war, so dass Verluste aus dem Swap-Geschäft nicht vorhersehbar waren, so erscheint die Anlageempfehlung aus Sicht des Kunden in einem anderen Licht, wenn er weiß, dass die überaus komplexe Zinsberechnungsformel für seine Zahlungen so strukturiert wurde, dass derzeit der Markt seine Risiken negativer sieht als die gegenläufigen Risiken seiner - ihn beratenden - Vertragspartnerin. Dabei spielt es entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung keine Rolle, ob die einstrukturierte Gewinnmarge der Beklagten marktüblich ist und die Erfolgschancen des Kunden nicht wesentlich beeinträchtigt. Maßgeblich ist allein, dass die Integrität der Beratungsleistung der Beklagten dadurch in Zweifel gezogen wird, dass sie sich ein zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach den Berechnungsmodellen überwiegendes Verlustrisiko des Kunden "abkaufen" lässt, das dieser gerade aufgrund ihrer Anlageempfehlung übernommen hat.

37 (c) Anders als die Revisionserwiderung meint, entfiel die Aufklärungsbedürftigkeit der Klägerin nicht deshalb, weil diese vom negativen Marktwert zum Abschlusszeitpunkt Kenntnis gehabt habe. Eine dahingehende Feststellung hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Soweit es angenommen hat, es könne davon ausgegangen werden, der Klägerin sei das Anlagekonzept, das anfängliche negative Marktwerte beinhalte, aufgrund der im Jahr 2002 mit einer anderen Bank abgeschlossenen Swap-Verträge bekannt gewesen, so dass sie auch gewusst habe, dass Swap-Verträge keine ausgeglichenen Startchancen beinhalteten, handelt es sich um eine rechtliche Schlussfolgerung, die revisionsrechtlicher Prüfung nicht standhält. Selbst wenn, was nicht festgestellt ist, die beiden anderen Swap-Verträge zum Abschlusszeitpunkt ebenfalls für die Klägerin negative Marktwerte aufgewiesen hätten, so ist nicht dargetan oder sonst ersichtlich, dass die Klägerin darüber von der anderen Bank aufgeklärt worden wäre. Ihr war aufgrund der Präsentationsunterlagen der Beklagten lediglich bekannt, dass die Marktwerte dieser Verträge zum Zeitpunkt der Beratung der

Beklagten Anfang des Jahres 2005 negativ geworden waren, weil das Zinsniveau zwischenzeitlich gesunken war.

38 (d) Zutreffend hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass eine Bank, die - wie hier - eigene Anlageprodukte empfiehlt, grundsätzlich nicht verpflichtet ist, darüber aufzuklären, dass sie mit diesen Produkten Gewinne erzielt. Dies ist in einem solchen Fall für den Kunden offensichtlich (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2010 - III ZR 196/09, BGHZ 185, 185 Rn. 12). Der insofern bestehende Interessenkonflikt ist derart offenkundig, dass auf ihn nicht gesondert hingewiesen werden muss, es sei denn, es treten besondere Umstände hinzu. Der hier aufklärungspflichtige Interessenkonflikt besteht weder in der generellen Gewinnerzielungsabsicht der Beklagten noch in der konkreten Höhe der von ihr einkalkulierten Gewinnmargen. Zu einer Aufklärungspflicht führt allein die Besonderheit des von ihr konkret empfohlenen Produkts, dessen Risikostruktur sie bewusst zu Lasten des Kunden gestaltet hat, um unmittelbar im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss das Risiko "verkaufen" zu können, das der Kunde aufgrund ihrer Beratungsleistung übernommen hat. Dies kann der Kunde - anders als die generelle Gewinnerzielungsabsicht der Bank - gerade nicht erkennen. Dass - worauf die Beklagte hinweist - die Chancenverschiebung in den Konditionen des Swap-Vertrages "offen lag", ändert hieran nichts. Wie sie selbst einräumt, setzt die Festlegung der einzelnen Strukturelemente des Swaps eine mehr oder weniger komplizierte finanzmathematische Berechnung voraus, zu der normalerweise nur die Bank und nicht auch der Kunde in der Lage ist.

39 e) Dass die Beklagte nicht über den von ihr einstrukturierten negativen Anfangswert aufgeklärt hat, hat sie auch zu vertreten. Nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB muss der Aufklärungspflichtige darlegen und beweisen, dass er eine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (vgl. BGH, Urteile vom 18. Januar 2007

- III ZR 44/06, WM 2007, 542 Rn. 18 und vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 17; Senatsbeschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 Rn. 3). Umstände, die diese Vermutung entkräften könnten, sind von der Beklagten nicht vorgetragen worden.

40 f) Nach der bei Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen im Kapitalanlagerecht geltenden Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens (vgl. BGH, Urteile vom 5. Juli 1973 - VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118, 122 f., vom 16. November 1993 - XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151, 159 f., vom 7. Mai 2002 - XI ZR 197/01, BGHZ 151, 5, 12, vom 2. März 2009 - II ZR 266/07, WM 2009, 789 Rn. 6 und vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 22), die grundsätzlich für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters gilt, insbesondere auch dann, wenn - wie hier - eine Interessenkollision pflichtwidrig nicht offen gelegt wurde (vgl. Senatsurteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 22), steht fest, dass die Pflichtverletzung der Beklagten für die Anlageentscheidung der Klägerin ursächlich war. Umstände, die dieser Vermutung entgegenstehen oder sie widerlegen könnten, hat die dafür darlegungs- und beweispflichtige Beklagte ebenfalls nicht dargetan. Der Vortrag der Beklagten, es sei nichts dafür ersichtlich, dass die Klägerin den Swap-Vertrag in Kenntnis des anfänglichen negativen Marktwertes nicht abgeschlossen hätte, genügt nicht den Anforderungen an die Darlegung konkreter Umstände zur Widerlegung der Vermutung.

41 g) Anders als die Beklagte meint, ist der Schadensersatzanspruch auch nicht deshalb wegen Mitverschuldens der Klägerin gemäß § 254 BGB zu kürzen, weil der Geschäftsführer der Klägerin in seiner mündlichen Anhörung durch das Berufungsgericht angegeben hat, er habe dem Vertrag zugestimmt, obwohl er das ihm zugrunde liegende Modell nicht verstanden habe. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Informations-

pflichtige dem Geschädigten grundsätzlich nicht nach § 254 Abs. 1 BGB entgegenhalten, er habe den Angaben nicht vertrauen dürfen und sei deshalb für den entstandenen Schaden mitverantwortlich. Die gegenteilige Annahme stünde im Gegensatz zum Grundgedanken der Aufklärungs- und Beratungspflicht, nach dem der Anleger regelmäßig auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm erteilten Beratung vertrauen darf (BGH, Urteile vom 13. Januar 2004 - XI ZR 355/02, WM 2004, 422, 425 und vom 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, WM 2010, 1493 Rn. 21 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Danach kommt eine Anspruchskürzung hier nicht in Betracht. Die Entscheidung der Klägerin, die Anlage zu tätigen, ohne das Anlagekonzept verstanden zu haben, ist gerade Ausdruck dieses besonderen Vertrauensverhältnisses, das den Anleger dazu bringt, sich in erster Linie an der Empfehlung "seines" Beraters zu orientieren, und ihn davon abhält, weitere Nachfragen zu stellen oder Nachforschungen anzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - III ZR 203/09, WM 2010, 1690 Rn. 15).

42 h) Die von der Klägerin auf 541.074 € bezifferte Schadenshöhe ist unstreitig.

43 3. Der Hilfsantrag, mit dem die Klägerin für den Fall des (teilweisen) Obsiegens begehrt festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, weitere Schäden zu ersetzen, hat indes keinen Erfolg. Wie die Beklagte bereits in der Berufungsinstanz zutreffend geltend gemacht hat, fehlt es schon an einem entsprechenden Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO), so dass die Klage unter Zurückweisung der Rechtsmittel insoweit abzuweisen ist. Bei reinen Vermögensschäden hängt die Zulässigkeit der Feststellungsklage von der Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadenseintritts ab (Senatsurteil vom 24. Januar 2006 - XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 Rn. 27 mwN). Daran fehlt es hier. Zur Darlegung eines möglichen weiteren Schadens hat die

Klägerin lediglich ausgeführt, dass gemäß der steuerlichen Regelung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG Verluste aus Termingeschäften grundsätzlich nicht mit Gewinnen verrechnet werden dürfen, so dass ihr ein weiterer Schaden dahingehend drohe, dass die Finanzverwaltung die Verluste aus dem CMS Spread Ladder Swap-Vertrag nicht als abzugsfähige Betriebsausgaben anerkenne. Dies ist kein Nachteil, der ursächlich auf die Pflichtverletzung der Beklagten zurückzuführen ist. Zum einen kann die Klägerin gemäß § 249 Abs. 1 BGB nur verlangen, so gestellt zu werden, als habe sie die auf der pflichtwidrigen Beratung beruhende Anlageentscheidung nicht getroffen, so dass die Möglichkeit einer Verlustverrechnung ohnehin nicht bestanden hätte. Zum anderen beruht die Tatsache, dass die Verluste aus dem streitgegenständlichen Geschäft

grundsätzlich nicht mit Einkünften aus Gewerbebetrieb oder anderen Einkunftsarten verrechnet werden dürfen, allein auf der gesetzlichen Anordnung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG.

Wiechers Joeres Mayen

Ellenberger Matthias

Vorinstanzen:
LG Hanau, Entscheidung vom 04.08.2008 - 9 O 1501/07 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 30.12.2009 - 23 U 175/08 -