BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

XI ZR 378/13

Verkündet am:
28. April 2015
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB §§ 311, 320 ff., 134
GO NRW §§ 75 ff., 90 Abs. 2 Satz 2

Swap-Geschäfte einer nordrhein-westfälischen Gemeinde, die ausschließlich der Erzielung eines Spekulationsgewinns dienen, sind weder wegen einer Überschreitung des der Gemeinde gesetzlich zugewiesenen Wirkungskreises unwirksam noch wegen eines Verstoßes gegen ein etwaiges gemeindliches Spekulationsverbot nichtig.

BGB §§ 311, 320 ff., 138 Aa

Ein Swap-Geschäft ist sittenwidrig und nichtig, wenn es darauf angelegt ist, den Vertragspartner der Bank von vornherein chancenlos zu stellen (Anschluss an Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 26, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 39 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 40).

BGB §§ 311, 320 ff., 280 Abs. 1

Die beratende Bank ist im Zweipersonenverhältnis grundsätzlich bei allen Swap-Geschäften, denen kein konnexes Grundgeschäft zugeordnet ist, verpflichtet, unter dem Gesichtspunkt eines schwerwiegenden Interessenkonflikts über die Einpreisung eines anfänglichen negativen Marktwerts und dessen Höhe aufzuklären (Fortführung von Senatsurteil vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 38).

BGB §§ 311, 320 ff., 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1 Ba, Ca

Ist Schadensereignis eine Beratungspflichtverletzung anlässlich des Abschlusses konkreter Swap-Geschäfte, können Vorteile, die aus zu anderen Zeiten geschlossenen Swap-Verträgen aufgrund einer gesonderten Beratung resultieren, auch bei Gleichartigkeit der Pflichtverletzung mangels Nämlichkeit des Schadensereignisses im Zuge der Vorteilsausgleichung keine Berücksichtigung finden. Das gilt auch, wenn den Swap-Geschäften der Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte zugrunde liegt (Fortführung von Senatsbeschlüssen vom 22. Januar 2013 - XI ZR 471/11, NJW-RR 2013, 948 Rn. 11 und - XI ZR 472/11, juris Rn. 11). Verhält sich der Vertragspartner der Bank in seiner Reaktion auf die immer gleiche Pflichtverletzung widersprüchlich, indem er an für ihn günstig verlaufenden Geschäften festhält, während er ihm nachteilige Geschäfte rückabzuwickeln sucht, ist dies bei der Prüfung der haftungsbegründenden Kausalität zu würdigen (Bestätigung von Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 50).

BGB § 280 Abs. 1, §§ 242 Ba, 249 Abs. 1 Fa, §§ 215, 853

Das Leistungsverweigerungsrecht aus §§ 242, 249 Abs. 1 BGB, mit dem der Schuldner eine Forderung des Gläubigers abwehrt, die der Gläubiger durch eine zum Schadenersatz verpflichtende Pflichtverletzung erlangt hat, verjährt außerhalb des Anwendungsbereichs des § 853 BGB mit dem zugrundeliegenden Anspruch auf Aufhebung der Forderung aus § 280 Abs. 1 BGB.

BGH, Urteil vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Joeres und Dr. Matthias sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Dauber

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 2) wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. Oktober 2013 im Kostenpunkt mit Ausnahme der Entscheidung zu den außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und im Übrigen insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten zu 2) erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin begehrt die Feststellung, der allein noch am Prozess beteiligten Beklagten zu 2) (künftig: Beklagte) aus vier Zinssatz-Swap-Verträgen nichts mehr zu schulden. Die Beklagte macht widerklagend Erfüllungsansprüche aus diesen Verträgen geltend.

2 Die Klägerin, eine Gemeinde in Nordrhein-Westfalen mit rund 30.000 Einwohnern, stand mit der (Rechtsvorgängerin der) Beklagten (künftig einheitlich: Beklagte), einer Landesbank, in ständiger Geschäftsbeziehung. Am 28. April 2006 schlossen die Parteien einen "Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte" (künftig nur: Rahmenvertrag), dem ein "Anhang für Verträge mit Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts" beigefügt war. In diesem Rahmenvertrag hieß es unter anderem:

> "**1. Zweck und Gegenstand des Vertrages**
>
> […]
>
> (2) Für jedes Geschäft, das unter Zugrundelegung dieses Rahmenvertrages abgeschlossen wird (nachstehend ‚Einzelabschluss' genannt), gelten die nachfolgenden Bestimmungen. Alle Einzelabschlüsse bilden untereinander und zusammen mit diesem Rahmenvertrag einen einheitlichen Vertrag (nachstehend der ‚Vertrag' genannt); sie werden im Sinne einer einheitlichen Risikobetrachtung auf dieser Grundlage und im Vertrauen darauf getätigt.
>
> […]
>
> **7. Beendigung**
>
> (1) Sofern Einzelabschlüsse getätigt und noch nicht vollständig abgewickelt sind, ist der Vertrag nur aus wichtigem Grund kündbar. […]
>
> (2) Der Vertrag endet ohne Kündigung im Insolvenzfall. […]
>
> (3) Im Fall der Beendigung durch Kündigung oder Insolvenz (nachstehend ‚Beendigung' genannt) ist keine Partei mehr zu Zahlungen oder sonstigen Leistungen nach Nr. 3 Abs. 1 verpflichtet, die gleichtägig oder später fällig geworden wären; an die Stelle dieser Verpflichtungen treten Ausgleichsforderungen nach Nrn. 8 und 9.
>
> **8. Schadensersatz und Vorteilsausgleich**
>
> (1) Im Fall der Beendigung steht der kündigenden bzw. der solventen Partei (nachstehend ‚ersatzberechtigte Partei' genannt) ein Anspruch auf Schadensersatz zu. Der Schaden wird auf der Grundlage von unverzüglich abzuschließenden Ersatzgeschäften ermittelt, […] Der Schaden wird unter Berücksichtigung aller Einzelabschlüsse berechnet; ein finanzieller Vorteil, der sich aus der Beendigung von Einzelabschlüssen (einschließlich solcher, aus denen die ersatzberechtigte Partei bereits alle Zahlungen oder sonstigen Leistungen der anderen Partei erhalten hat) ergibt, wird als Minderung des im Übrigen ermittelten Schadens berücksichtigt.

(2) Erlangt die ersatzberechtigte Partei aus der Beendigung von Einzelabschlüssen insgesamt einen finanziellen Vorteil, so schuldet sie vorbehaltlich Nr. 9 Abs. 2 […] der anderen Partei einen Betrag in Höhe dieses ihres Vorteils, höchstens jedoch in Höhe des Schadens der anderen Partei. […]

9. Abschlusszahlung

(1) Rückständige Beiträge und sonstige Leistungen und der zu leistende Schadensersatz werden von der ersatzberechtigten Partei zu einer einheitlichen Ausgleichsforderung in Euro zusammengefasst, […]

(2) Eine Ausgleichsforderung gegen die ersatzberechtigte Partei wird nur fällig, soweit diese keine Ansprüche aus irgendeinem rechtlichen Grund gegen die andere Partei (‚Gegenansprüche') hat. Bestehen Gegenansprüche, so ist deren Wert zur Ermittlung des fälligen Teils der Ausgleichsforderung vom Gesamtbetrag der Ausgleichsforderung abzuziehen. [...] Die ersatzberechtigte Partei kann die Ausgleichsforderung der anderen Partei gegen die nach Satz 3 errechneten Gegenansprüche aufrechnen. Soweit sie dies unterlässt, wird die Ausgleichsforderung fällig, sobald und soweit ihr keine Gegenansprüche mehr gegenüberstehen.

[…]".

3 In dem "Anhang für Verträge mit Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts" stand unter anderem:

"Ergänzend zu den Bestimmungen des Rahmenvertrags vereinbaren die Parteien […]:

1. Der Vertragspartner [gemeint: die Klägerin] wird Einzelabschlüsse ausschließlich zu den ihm nach öffentlichrechtlichen, insbesondere kommunal- und aufsichtsrechtlichen Vorschriften gestatteten Zwecken tätigen.

2. Der Vertragspartner sichert zu,

   (a) die Fähigkeit zu besitzen, Verpflichtungen nach dem Rahmenvertrag und den darunter abgeschlossenen Einzelabschlüssen rechtsverbindlich und durchsetzbar einzugehen sowie entsprechende Verfügungen vorzunehmen und

   (b) mit dem Abschluss von Einzelgeschäften nicht gegen die für ihn maßgebenden Rechtsvorschriften, insbesondere das Spekulationsverbot, zu verstoßen sowie

   (c) Einzelabschlüsse nur zur Erfüllung dieses Zwecks zu tätigen und dem Erfordernis der Konnexität des Einzelabschlusses gemäß das Volumen und die Laufzeit des Einzelabschlusses dem zugrunde liegenden Grundgeschäft anzupassen.

3. Die unter Nr. 2 dieses Anhangs erfolgte Zusicherung gilt mit und für jeden neuen Einzelabschluss als wiederholt […]."

4 Auf der Grundlage des Rahmenvertrags schlossen die Parteien am 6. Dezember 2007 einen Invers-CMS-Stufen-Swap-Vertrag mit einer Laufzeit vom 15. Dezember 2007 bis zum 15. Dezember 2014 (künftig: Invers-CMS-Stufen-Swap). Die Beklagte verpflichtete sich während der Laufzeit vierteljährlich zu einer Zahlung von Zinsen in Höhe von 3,75% p.a. auf den Nominalbetrag von 5 Mio. €. Die Klägerin schuldete jeweils bezogen auf den Nominalbetrag im ersten Jahr der Laufzeit vierteljährlich Zinsen in Höhe von 3% p.a. und ab dem 15. Dezember 2008 bis zum Laufzeitende vierteljährlich variable Zinsen. Die von der Klägerin am 15. März 2009 zu zahlenden variablen Zinsen betrugen vereinbarungsgemäß "3% plus 4,25% p.a. minus Basis-Satz" und an den nachfolgenden Zahlungsterminen bis zum Laufzeitende jeweils "variabler Satz für den unmittelbar vorangegangenen Berechnungszeitraum plus 4,25% p.a. minus Basis-Satz" auf den Nominalbetrag, jedoch höchstens 8,75% p.a und mindestens 0% p.a. Der Basis-Satz entsprach dem jeweils zwei Bankarbeitstage vor dem Ende des jeweiligen Berechnungszeitraums veröffentlichten Zehn-Jahres-Swapsatz.

5 Am 30. Januar 2008 vereinbarten die Parteien einen CHF-Plus-Swap-Vertrag mit einer Laufzeit vom 10. Februar 2008 bis zum 10. Februar 2016 (künftig: CHF-Plus-Swap). Die Beklagte verpflichtete sich während der Laufzeit vierteljährlich zu einer Zahlung von Zinsen in Höhe von 3% p.a. auf den Nominalbetrag in Höhe von 5 Mio. €. Die Klägerin hatte vierteljährlich variable Zinsen in Höhe von "2,00% + Basis-Satz", mindestens jedoch 2% p.a. auf den Nominalbetrag zu zahlen. Der vereinbarte Basis-Satz ist jeweils nach folgender Formel zu berechnen:

$$\frac{(\text{‚x‘ minus EUR/CHF Kurs})}{\text{EUR/CHF Kurs}} * 100\%$$

6 Den Wert für ‚x' legten die Parteien im ersten Jahr der Laufzeit auf 1,54 fest. Er verringerte sich mit jedem Jahr bis zum Laufzeitende um jeweils 0,01. Als "EUR/CHF Kurs" wurde der jeweils aktuelle Devisenkassakurs vereinbart.

7 Am 14. Februar 2008 schlossen die Parteien einen Flexi-EStE-Swap-Vertrag mit einer Laufzeit vom 15. Februar 2008 bis zum 30. Juni 2021 (künftig: Flexi-EStE-Swap). Die Beklagte verpflichtete sich während der Laufzeit vierteljährlich zu einer Zahlung von Zinsen in Höhe des jeweiligen Drei-Monats-Euribors. Die Klägerin hatte vierteljährlich entweder Zinsen in Höhe von 4,05% p.a. zu zahlen, falls der Drei-Monats-Euribor 6% p.a. oder weniger betrug, oder Zinsen in Höhe des jeweiligen Drei-Monats-Euribors. Der Vertrag sah in einem Anhang für die einzelnen Zinsperioden wechselnde Bezugsbeträge zwischen 1.208.434,77 € und 2.534.391,18 € vor.

8 Ebenfalls am 14. Februar 2008 schlossen die Parteien einen Flexi-StraBet-Swap-Vertrag (künftig: Flexi-StraBet-Swap) mit einer Laufzeit vom 2. Januar 2008 bis zum 30. März 2025 ab, in dem sich die Beklagte vierteljährlich zu einer Zahlung von Zinsen in Höhe des jeweiligen Drei-Monats-Euribors verpflichtete und die Klägerin vierteljährlich entweder Zinsen in Höhe von 4,10% p.a. zu zahlen hatte, falls der Drei-Monats-Euribor 6% oder weniger betrug, oder Zinsen in Höhe des jeweiligen Drei-Monats-Euribors. Der Vertrag sah in einem Anhang für die einzelnen Zinsperioden wiederum wechselnde Bezugsbeträge zwischen 11.388 € und 2.437.438 € vor.

9 Weitere Zinssatz-Swap-Verträge zwischen den Parteien sind nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

10 Bei allen vier streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträgen war der Marktwert im Zeitpunkt des Abschlusses negativ. Aus den vier Verträgen erwirtschaftete die Klägerin bis zum Jahr 2011 einen Verlust von insgesamt 575.256,80 €, während sie aus anderen Swap-Geschäften einen Gewinn von

insgesamt 695.477,78 € erzielte. Auf die streitgegenständlichen vier Zinssatz-Swap-Verträge leistet die Klägerin seit dem Jahr 2011 keine Zahlungen mehr.

11 Ihrem Antrag festzustellen, sie sei zu weiteren Zahlungen auf die streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträge nicht verpflichtet, hat das Landgericht entsprochen. Die weitergehende Klage, mit der die Klägerin Ausgleich ihres Verlustes in Höhe von insgesamt 575.256,80 € begehrt hat, hat das Landgericht abgewiesen. Abgewiesen hat es weiter die Widerklage der Beklagten, mit der sie die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von insgesamt 1.494.879,14 € aus den streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträgen beansprucht hat.

12 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten nach Parteiwechsel auf Beklagtenseite in zweiter Instanz, mit der sie sich gegen den Feststellungsausspruch und die Abweisung ihrer Widerklage gewandt hat, und die Anschlussberufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr zweitinstanzliches Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

13 Die Revision ist begründet. Sie führt, soweit die Parteien den Rechtsstreit nicht in der Revisionsinstanz bezüglich der Feststellungsanträge in Höhe von 1.494.879,14 € übereinstimmend für erledigt erklärt haben, zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

14 Das Berufungsgericht (WM 2013, 2026 ff.) hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

15 Die Beklagte schulde der Klägerin wegen der anlässlich des Abschlusses der Zinssatz-Swap-Verträge jeweils wiederholten Verletzung von Pflichten aus dem Rahmenvertrag bzw. einem vorgelagerten Beratungsvertrag Schadenersatz, weil sie die Klägerin bei Abschluss der Swap-Geschäfte nicht objektgerecht beraten habe. Sie habe es unterlassen, die Klägerin auf den anfänglichen negativen Marktwert der Swap-Geschäfte hinzuweisen. Sie habe sich, da sich ein Gewinn des einen Vertragspartners unmittelbar in einem Verlust des anderen Vertragspartners habe spiegeln müssen, bei Abschluss der Swap-Verträge, zu denen sie zugleich geraten habe, in einem schwerwiegenden Interessenkonflikt befunden. Diesen Interessenkonflikt habe sie nicht dadurch auflösen können, dass sie die Chancen und Risiken mittels Hedging-Geschäften an Dritte weitergegeben habe. Diese Hedging-Geschäfte habe sie nur abschließen können, weil sie zu Vertragsbeginn einen negativen Marktwert in die streitgegenständlichen Swaps einstrukturiert habe. Der Vorteil, den die Beklagte aus der Weitergabe des Risikos am Markt erzielt habe, bilde nicht lediglich ihre "Gewinnmarge" ab. Die Bewertung von Swap-Geschäften erfolge gerade nicht rein willkürlich ohne jeden Bezug zu Marktdaten allein zu dem Zweck, solche Geschäfte handelbar zu machen, sondern anhand anerkannter finanzmathematischer Modellrechnungen, die die Grundlage für eine vom Markt akzeptierte Einordnung und Bewertung der Chancen und Risiken bildeten und Voraussetzung für den Abschluss kalkulierbarer Grundgeschäfte seien. Damit trage die Bewertung prognostische Züge, weil sie die Erwartungen der Marktteilnehmer - wenn nicht aufgrund konkreter, auf längere Sicht nicht hinreichend verlässlicher Zinsentwicklungsprognosen, so doch aufgrund der bezeichneten Simulationsmodel-

le - abbilde. Darauf komme es indessen nicht nur für den Fall einer vorzeitigen Veräußerung, sondern auch zur Einschätzung der vom Markt erwarteten zukünftigen Zahlungspflichten und somit des eigenen Interesses des Kunden an einem solchen Geschäft an.

16 Ihre Aufklärungspflicht habe die Beklagte nicht dadurch erfüllt, dass sie erklärt habe, Swap-Geschäfte verfügten überhaupt über einen sich ändernden (positiven oder negativen) Marktwert, sie habe in die Swaps jeweils eine "Gewinnmarge" eingepreist und verdiene an der Geld-Brief-Spanne durch Hedging-Geschäfte. Alle diese Informationen hätten nichts darüber ausgesagt, wie der Markt bei Abschluss eines Swaps dessen künftige Entwicklung prognostiziere, dass diese Prognose im anfänglichen negativen Marktwert Ausdruck finde und dieser Marktwert nicht nur die Gewinnspanne der Beklagten abbilde, sondern anzeige, dass der Markt die Wahrscheinlichkeit eines Verlusts der Klägerin - wenn auch nur aufgrund finanzmathematischer Simulationsmodelle - höher als die eines Gewinns einschätze. Ebenso wenig werde deutlich, dass die Beklagte ihre Gewinnspanne gerade dadurch realisiere, dass sie das Chancen-Risiko-Profil der Swaps bewusst zu Lasten der Klägerin ausbilde. Die Aufklärungspflicht knüpfe dabei nicht an der mehr oder weniger komplexen Struktur des jeweiligen Swaps, aus der sich weitere Beratungspflichten ergeben könnten, sondern an der allen streitgegenständlichen Swap-Geschäften eigenen Bedeutung des anfänglichen negativen Marktwertes an.

17 Die Beklagte habe ihre Aufklärungspflichten zumindest fahrlässig verletzt. Die Pflichtverletzung sei für den Abschluss der Swap-Geschäfte durch die Klägerin auch ursächlich geworden. Die von der Beklagten gegenbeweislich angebotenen Zeugen seien nicht zu vernehmen gewesen, weil das Beweisanerbieten unter der von der Beklagten nachhaltig vertretenen Prämisse gestanden habe, dass der anfängliche negative Marktwert lediglich die - von der Klägerin angeblich dem Grunde nach bekannte und von ihr akzeptierte - Marge der

Beklagten abgebildet habe und im Übrigen ohne Bedeutung für den Abschluss der Geschäfte gewesen sei. Dass die Klägerin die Geschäfte auch dann abgeschlossen hätte, wenn sie darüber aufgeklärt worden wäre, dass der Markt die Wahrscheinlichkeit eines Verlustes - wenn auch nur aufgrund finanzmathematischer Simulationsmodelle - höher als die eines Gewinns einschätzte und sie somit gegen die Markterwartung agierte, trage die Beklagte, die diese Zusammenhänge gerade in Abrede stelle, selbst nicht vor, so dass ihr Beweisangebot unerheblich sei.

18 Bei der Ermittlung des Schadens der Klägerin seien die von ihr aufgrund sämtlicher nach Maßgabe des Rahmenvertrags abgeschlossenen Swap-Geschäfte erzielten Gewinne und Verluste zu saldieren. Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Rahmenvertrag hätten die einzelnen Swap-Geschäfte nur "Bausteine" im Rahmen eines übergreifenden aktiven Schuldenmanagements gebildet. Aufgrund der Verklammerung aller Einzelabschlüsse mit dem Rahmenvertrag könne ein möglicher Schaden nur in der Form ermittelt werden, dass der Gewinn oder Verlust aller mit dem Kunden abgeschlossenen Einzelgeschäfte in eine Schadensberechnung eingestellt und ein Saldo gebildet werde. Ähnlich wie bei einem Kontokorrent verlören etwaige Schadenersatzansprüche aufgrund einer unzureichenden Beratung im Zusammenhang mit dem Abschluss von Einzelgeschäften ihre rechtliche Selbständigkeit und gingen als Einzelposten in eine Gesamtsaldierung ein, die bei einem negativen Saldo zu einem einheitlichen Schadenersatzanspruch führe. Da ein so errechneter Saldo nicht negativ, sondern positiv sei, scheitere der Zahlungsantrag der Klägerin. Etwaige Ansprüche der Beklagten auf Auskehrung eines in der Vergangenheit erzielten Überschusses seien nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

19 Schadenersatzansprüche der Klägerin seien nicht nach § 37a WpHG in der bis zum 4. August 2009 geltenden Fassung (künftig: WpHG aF) i.V.m. § 43

WpHG verjährt. Aufgrund der Einheitlichkeit des Rahmenvertrags und aller Einzelabschlüsse sowie der Schadensberechnung sei der Anspruch der Klägerin erst mit dem Abschluss des letzten Swaps am 14. Februar 2008 entstanden. Die mit diesem Tag anlaufende Verjährungsfrist habe die Klägerin rechtzeitig gehemmt. Deshalb könne dahinstehen, ob die Beklagte - die Anwendung des § 37a WpHG zu ihren Gunsten ausschließend - vorsätzlich gehandelt habe.

II.

20 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

21 1. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, eine erhebliche Schädigung der Klägerin wegen einer unzureichenden Information über den anfänglichen negativen Marktwert der Zinssatz-Swap-Verträge könne hier aus der Verletzung von Pflichten aus einem vor Abschluss des Rahmenvertrags geschlossenen "selbständigen Beratungsvertrag" oder aus dem Rahmenvertrag resultieren.

22 a) Tragfähige Feststellungen zu dem Zustandekommen eines "selbständigen Beratungsvertrags" vor dem 28. April 2006, aus dem eine fortlaufende Verpflichtung zur Unterrichtung über den anfänglichen negativen Marktwert von Swap-Geschäften resultieren könnte, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

23 aa) Tritt ein Anlageinteressent an eine Bank oder der Anlageberater einer Bank an einen Kunden heran, um über die Anlage eines Geldbetrags beraten zu werden bzw. zu beraten, so wird das darin liegende Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrags stillschweigend durch die Aufnahme des Bera-

tungsgespräches angenommen (st. Rspr., vgl. Senatsurteile vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128, vom 25. September 2007 - XI ZR 320/06, BKR 2008, 199 Rn. 12 und vom 1. Juli 2014 - XI ZR 247/12, WM 2014, 1621 Rn. 21; außerdem MünchKommHGB/Nobbe/Zahrte, 3. Aufl., Anlageberatung Rn. 35; Clouth in Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 4. Aufl., Rn. 1193; ders., WuB 2015, 63, 64). Der Beratungsvertrag ist damit auf eine konkrete Anlageentscheidung bezogen. Mit der vollständigen und korrekten Erfüllung der diese Anlageentscheidung betreffenden Beratungspflichten sind die Leistungspflichten der Bank erfüllt (Senatsurteil vom 8. März 2005 - XI ZR 170/04, BGHZ 162, 306, 311; Siol in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 43 Rn. 9). Fortdauernde Überwachungs- und Beratungspflichten folgen aus einem solchen Beratungsvertrag nicht (Senatsurteil vom 21. März 2006 - XI ZR 63/05, WM 2006, 851 Rn. 9; Edelmann in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl., § 3 Rn. 43). Der Frage, ob bei Abschluss der Zinssatz-Swap-Verträge jeweils Einzelberatungsverträge zwischen den Parteien zustande kamen, ist das Berufungsgericht nicht nachgegangen.

24 bb) Das Zustandekommen eines Dauerberatungsvertrags, der es dem Kunden erlaubte, Beratungspflichten wiederholt auf derselben vertraglichen Grundlage abzurufen, und der bezogen auf ein konkretes Swap-Geschäft die Verpflichtung ergäbe, über einen anfänglichen negativen Marktwert aufzuklären, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Ein Dauerberatungsvertrag kommt nicht stillschweigend zustande, er muss ausdrücklich geschlossen werden (Siol in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 43 Rn. 9). Tragfähige Feststellungen dazu fehlen.

25 b) Etwaige Beratungspflichten resultierten entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch weder als Leistungspflichten noch als Rücksichtspflichten aus dem Rahmenvertrag.

26 aa) Reichweite und Inhalt der durch den Rahmenvertrag begründeten Pflichten kann der Senat selbst ermitteln. Der Rahmenvertrag entspricht, worauf die Revision zu Recht hinweist, dem von den Spitzenverbänden des Kreditgewerbes erarbeiteten Muster 1993 mit Änderungen 2001 (abgedruckt bei Neuhaus in Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Rn. 7/1144 [Stand: September 2010]; Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., Anhang 1 zu § 114; vgl. dazu auch die Leitlinie der Europäischen Zentralbank 2001/833/EG, ABl. EG Nr. L 310 S. 31). Die Bestimmungen des Rahmenvertrags sind Formularklauseln (Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 60), die der Auslegung durch das Revisionsgericht unterliegen (vgl. Senatsurteile vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 15 und vom 8. Oktober 2013 - XI ZR 401/12, BGHZ 198, 250 Rn. 21).

27 bb) Durch den Rahmenvertrag werden Beratungspflichten als Leistungspflichten nicht begründet. Die Annahme einer (typisierten) Beratungspflicht als Nebenpflicht des Rahmenvertrags widerspräche dem Willen der vertragschließenden Parteien. Der Rahmenvertrag zieht Bedingungen von Finanztermingeschäften, deren künftigen Abschluss die Vertragsparteien des Rahmenvertrags in Aussicht nehmen, insoweit "vor die Klammer", als sie als Standard für sämtliche Finanztermingeschäfte gelten sollen. Er verlagert dadurch die Einigung über den Inhalt von Finanztermingeschäften in bestimmtem Umfang vor. Zu einer Beratung verpflichtet er dagegen nicht. Das hängt wesentlich mit dem Umstand zusammen, dass der Rahmenvertrag für einen Markt entwickelt wurde, bei dem sich Parteien hoher Bonität - international tätige Kreditinstitute und

Unternehmen - gegenüberstehen (Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowksi, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 34). In einem solchen Verhältnis besteht kein Bedürfnis nach Beratung. Entsprechend verhält sich der Rahmenvertrag nicht zu den Vorgaben einer anleger- oder objektgerechten Beratung durch den Verwender, so dass er nicht Grundlage eines Schadenersatzanspruchs wegen der Verletzung entsprechender Pflichten sein kann (aA OLG München, Urteil vom 16. Juli 2014 - 7 U 3548/13, juris Rn. 21).

28 Anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, dass im konkreten Fall dem Rahmenvertrag ein - ebenfalls vorformulierter und daher der Auslegung durch den Senat zugänglicher - "Anhang für Verträge mit Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts" beigefügt war. Die dort genannten "Zusicherungen" des Vertragspartners des Verwenders dienten nicht der Eingrenzung dessen, was Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts im Sinne einer anlegergerechten Beratung empfohlen werden durfte. Vielmehr bekräftigten sie die Selbstverständlichkeit, dass Finanztermingeschäfte mit solchen Anstalten und Körperschaften nur im Rahmen des gesetzlich Zulässigen geschlossen werden sollten, was zu prüfen Sache der für die Anstalt oder Körperschaft verantwortlich Handelnden war.

29 cc) Schließlich verkennt das Berufungsgericht mit seinem Verweis auf eine Haftung der Beklagten aus dem Rahmenvertrag in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB, dass Beratungspflichten in dem vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Sinne keine (bloßen) Rücksichtspflichten sind (vgl. zur Unterscheidung Senatsurteil vom 19. März 2013 - XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 16 ff., 23 ff.). Die Herleitung von Beratungspflichten "aus dem Rahmenvertrag (§ 241 Abs. 2 BGB)" ist damit ebenfalls nicht tragfähig.

30 2. Das Berufungsgericht hat weiter unrichtig angenommen, eine unzureichende Unterrichtung über den anfänglichen negativen Marktwert der Zins-

satz-Swap-Verträge stelle einen Verstoß gegen das Gebot der objektgerechten Beratung dar.

31 Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils klargestellt hat, ist das Vorhandensein eines anfänglichen negativen Marktwerts eines Swap-Vertrags kein Umstand, über den die beratende Bank ihren Kunden im Rahmen der objektgerechten Beratung informieren müsste (Senatsurteil vom 20. Januar 2015 - XI ZR 316/13, WM 2015, 575 Rn. 33 ff.). Ein anfänglicher negativer Marktwert spiegelt nicht den voraussichtlichen Misserfolg des Geschäftes wider, sondern den Marktwert bei Abschluss des Vertrags, der zu diesem Zeitpunkt durch Glattstellung realisierbar wäre. Der jeweils aktuelle Marktwert wird anhand finanzmathematischer Berechnungsmodelle in der Weise ermittelt, dass - unter Berücksichtigung gegebenenfalls bestehender Optionsbestandteile und bei einem Währungsswap der Wechselkursentwicklung - die voraussichtlichen künftigen festen und variablen Zinszahlungen der Parteien gegenübergestellt und mit den an den entsprechenden Zahlungsterminen gültigen Abzinsungsfaktoren auf den Bewertungszeitpunkt abgezinst werden. Negativ wird der Marktwert, indem die Bank in diesen ermittelten "Modellwert" die Bruttomarge, ihren Nettogewinn und ihre Kosten, wie etwa zur Risikoabsicherung, Eigenkapitalunterlegung oder zur Geschäftsabwicklung, durch entsprechende Festlegung der Strukturelemente des Swaps einstrukturiert (vgl. Senatsurteile vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 35 und vom 20. Januar 2015 - XI ZR 316/13, WM 2015, 575 Rn. 36).

32 Für den Kunden bedeutet dies, dass er zunächst die einstrukturierte Bruttomarge erwirtschaften muss, um seinerseits in die Gewinnzone zu gelangen. Darin unterscheidet sich die Situation des Kunden nicht von der, in der er offen ausgewiesene Provisionen (z.B. Ausgabeaufschläge) zu zahlen hat. Zugleich muss er bei einer - allerdings von den Vertragsparteien regelmäßig nicht vorgesehenen - sofortigen Lösung vom Vertrag einen Verlust in Höhe des an-

fänglichen negativen Marktwerts tragen. Eine überwiegende Verlustwahrscheinlichkeit indiziert der anfängliche stichtagsbezogene negative Marktwert dagegen nicht. Der Erfolg des Swaps hängt letztlich allein von der Zins- und/oder Währungskursentwicklung und gegebenenfalls der Entwicklung des "Spreads" während der Vertragslaufzeit ab. Die Empfehlung eines Swap-Vertrags kann daher trotz des anfänglichen negativen Marktwerts objektgerecht sein.

33 3. Eine von der Frage der objektgerechten Beratung gelöste Verpflichtung zur Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert wegen eines schwerwiegenden Interessenkonflikts hat das Berufungsgericht - das Zustandekommen eines Beratungsvertrags unterstellt - ebenfalls nicht rechtsfehlerfrei hergeleitet.

34 a) Für das Dreipersonenverhältnis, in dem die Provision von einem Dritten (z.B. Emittenten, Initiatoren) an die beratende Bank gezahlt wird, besteht nach der Senatsrechtsprechung unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines schwerwiegenden Interessenkonflikts die Pflicht der Bank, den Anleger über Grund und Höhe der erhaltenen Provisionen aufzuklären.

35 Für die Vergangenheit hat der Senat eine solche Aufklärungspflicht nur in zwei Fallgruppen bejaht, nämlich erstens bei verdeckt geflossenen Rückvergütungen (u.a. Senatsurteile vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 22 f. und vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 17 sowie Senatsbeschlüsse vom 20. Januar 2009 - XI ZR 510/07, WM 2009, 405 Rn. 12 und vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 20) und zweitens, wenn bei der entgeltlichen Kaufkommission eine verdeckte Vertriebsprovision vom Verkäufer gezahlt wird (Senatsurteil vom 24. September 2013 - XI ZR 204/12, WM 2013, 2065 Rn. 24 ff.).

36 Diese beiden Fallgruppen hat der Senat im Urteil vom 3. Juni 2014 (XI ZR 147/12, BGHZ 201, 310 Rn. 38) mit Wirkung ab dem 1. August 2014

zusammengefasst und auf alle Provisionszuflüsse, die die beratende Bank von einem Dritten erhält, erweitert, gleich ob sie offen ausgewiesen oder im Anlagebetrag versteckt sind.

37 b) Demgegenüber gilt für das Zweipersonenverhältnis, in dem die beratende Bank zugleich Verkäuferin des empfohlenen Produkts ist, der Grundsatz, dass die Bank nicht verpflichtet ist, ihren Kunden darüber aufzuklären, dass sie mit Produkten, die sie in ihrer Beratung empfiehlt, Gewinne erzielt. Für den Kunden ist bei der gebotenen normativ-objektiven Betrachtungsweise offensichtlich, dass die Bank eigene (Gewinn-)Interessen verfolgt, sodass darauf grundsätzlich nicht gesondert hingewiesen werden muss (Senatsurteile vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 38, vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 37 und - XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 40, vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 19, vom 16. Oktober 2012 - XI ZR 367/11, NJW-RR 2013, 244 Rn. 27 ff., vom 17. September 2013 - XI ZR 332/12, WM 2013, 1983 Rn. 11, vom 1. Juli 2014 - XI ZR 247/12, WM 2014, 1621 Rn. 28 und vom 20. Januar 2015 - XI ZR 316/13, WM 2015, 575 Rn. 31). Ein Umstand, der für den Kunden im Rahmen des aufgrund der Beratung zustande gekommenen Vertragsverhältnisses offenkundig ist, lässt auch innerhalb des Beratungsvertrags seine Schutzwürdigkeit entfallen (vgl. Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 44 und - XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 47 sowie vom 1. Juli 2014 - XI ZR 247/12, WM 2014, 1621 Rn. 28).

38 Im Zweipersonenverhältnis erkennt der Senat von dieser Regel nur eine Ausnahme für den Fall einer reinen Zinswette an. Für den CMS-Spread-Ladder-Swap hat er die Aufklärungspflicht über das Gewinnerzielungsinteresse der zu einem Swap-Geschäft mit ihr selbst ratenden Bank auf die Besonderheit des konkret empfohlenen Produkts zurückgeführt, dessen Risikostruktur die Bank mittels der Einpreisung des anfänglichen negativen Marktwerts bewusst zu Las-

ten des Kunden gestaltet hatte, ohne dass der Kunde die von einer komplizierten finanzmathematischen Berechnung abhängigen einzelnen Strukturelemente überblicken und das in der Möglichkeit des "Verkaufs" des Risikos liegende Gewinninteresse der Bank erkennen konnte (Senatsurteile vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 31 ff. und vom 20. Januar 2015 - XI ZR 316/13, WM 2015, 575 Rn. 31; vgl. auch Reiner, WuB I G 1. Anlageberatung 21.11; Schmieder, WuB I G 1. Anlageberatung 16.12). Die zu einem Swap-Vertrag mit ihr selbst ratende Bank realisiert ihren Gewinn ohne Rücksicht auf die konkrete Ausgestaltung des Swaps über das Einpreisen eines anfänglichen negativen Marktwerts. Das Einstrukturieren der Bruttomarge in die Risikostruktur des Swap-Vertrags kann der Kunde, der davon ausgeht, die Bank verdiene ausschließlich bei ihr günstigem Verlauf der Zinswette in Höhe der Zinsdifferenz, bei der gebotenen normativ-objektiven Betrachtungsweise unabhängig von den Bedingungen des Swap-Geschäfts nicht erkennen.

39 c) Die Rechtsprechung zum CMS-Spread-Ladder-Swap ist, was das Berufungsgericht im Ansatz richtig erkannt hat, im Zweipersonenverhältnis auf Swap-Verträge generell übertragbar (aA Clouth, WuB 2015, 63, 64). Das Einpreisen der Bruttomarge ist kein Spezifikum des CMS-Spread-Ladder-Swaps. Es ist von der konkreten Gestaltung der Parameter, die Bank und Kunde tauschen, unabhängig. Da der schwerwiegende Interessenkonflikt, über den aufzuklären ist, allein aus dem Umstand folgt, dass der Kunde mit dem Einpreisen der Bruttomarge in die Risikostruktur des Swap-Geschäfts nicht rechnen muss (Senatsurteile vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 46, - XI ZR 355/11, BKR 2013, 17 Rn. 51, - XI ZR 259/11, juris Rn. 41 und - XI ZR 356/11, juris Rn. 50 sowie vom 24. September 2013 - XI ZR 204/12, WM 2013, 2065 Rn. 23), ist die Komplexität des Swap-Vertrags kein Kriterium, das über das Bestehen oder Nichtbestehen der Aufklärungspflicht entscheidet.

40

Andererseits ist die Bank nicht verpflichtet zu erläutern, sie realisiere die Bruttomarge aufgrund des Umstands, dass der Markt das Risiko des Kunden zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses negativ einschätzt. Ist der anfängliche stichtagsbezogene negative Marktwert keine Kennziffer für eine überwiegende Verlustwahrscheinlichkeit, sondern nur Spiegelbild der Bruttomarge der Bank, beschränkt sich die Hinweispflicht auf deren Bekanntgabe.

41 d) Die Verpflichtung zur Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert schließt - entsprechend den sonst vom Senat entschiedenen Fällen einer Aufklärungspflicht unter dem Gesichtspunkt eines schwerwiegenden Interessenkonflikts - die Verpflichtung zur Information über seine Höhe mit ein (OLG Köln, Beschluss vom 9. September 2013 - 13 U 120/12, juris Rn. 24). Nur bei Kenntnis auch der Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts kann der Kunde das eigene Interesse der Bank an der Empfehlung des Swap-Vertrags richtig einschätzen (vgl. Senatsurteile vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 24, vom 26. Februar 2013 - XI ZR 498/11, BGHZ 196, 233 Rn. 15, vom 24. September 2013 - XI ZR 204/12, WM 2013, 2065 Rn. 26, vom 4. Februar 2014 - XI ZR 398/12, BKR 2014, 200 Rn. 11 und vom 8. April 2014 - XI ZR 341/12, WM 2014, 1036 Rn. 28).

42 e) Die beratungsvertragliche Pflicht zur Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert besteht dann nicht, wenn, wie der Senat mit Urteil vom 22. März 2011 (XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 26) der Sache nach bereits entschieden hat, die beratende Bank zu Swap-Geschäften rät, die der Absicherung gegenläufiger Zins- oder Währungsrisiken aus konnexen Grundgeschäften dienen (vgl. hierzu Endler in Zerey, Finanzderivate Rechtshandbuch, 3. Aufl., § 28 Rn. 24 ff.). Existiert ein konnexes Grundgeschäft mit gegenläufigem Risiko, 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 gleich-

zeitigem Verzicht auf die Teilhabe an einer günstigen Entwicklung des Zinsniveaus.

43 f) Die Feststellungen des Berufungsgerichts erlauben keinen sicheren Schluss darauf, die Beklagte habe die Klägerin über den anfänglichen negativen Marktwert sämtlicher streitgegenständlicher Zinssatz-Swap-Verträge aufklären müssen. Für den Flexi-EStE-Swap und den Flexi-StraBet-Swap ist mangels näherer Feststellungen des Berufungsgerichts revisionsrechtlich der in den Vorinstanzen gehaltene Vortrag der Beklagten als richtig zu unterstellen, sie hätten Zinsrisiken aus konkreten variabel verzinslichen Darlehen der Klägerin abgesichert. War dies der Fall, bestand nach den oben dargelegten Grundsätzen keine Aufklärungspflicht unter dem Gesichtspunkt eines schwerwiegenden Interessenkonflikts. Der Umstand, dass mit dem Flexi-EStE-Swap und dem Flexi-StraBet-Swap keine vollständige, sondern lediglich eine partielle Absicherung gegenläufiger Zinsrisiken der Beklagten aus konnexen Grundgeschäften bis zu einem Anstieg des Drei-Monats-Euribors auf 6% verbunden war, rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Das Risiko der Klägerin, einen Zinsdienst in Höhe des Drei-Monats-Euribors jenseits der 6%-Marke leisten zu müssen, beruhte nach dem revisionsrechtlich als richtig zu unterstellenden Vortrag der Beklagten nicht auf den abgeschlossenen Flexi-Swap-Verträgen, sondern allein auf den konnexen Grundgeschäften.

44 4. Von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent hat das Berufungsgericht angenommen, die für die Klägerin streitende Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens sei nur dann widerlegt, wenn die Beklagte darlege und beweise, dass die Klägerin die Zinssatz-Swap-Verträge auch "gegen die Markterwartung" abgeschlossen hätte. Damit ist das Berufungsgericht indessen ebenfalls einem Rechtsirrtum unterlegen. Fällt der beratenden Bank eine Aufklärungspflichtverletzung nur unter dem Aspekt einer unzureichenden Unterrichtung über einen schwerwiegenden Interessenkonflikt zur Last, muss sie lediglich darlegen und

beweisen, dass der Kunde den Swap-Vertrag auch bei Unterrichtung über das Einpreisen einer Bruttomarge als solcher und über die Höhe des eingepreisten Betrags abgeschlossen hätte. Die beratende Bank muss dagegen nicht widerlegen, dass der Kunde seine Anlageentscheidung von der Art und Weise der Realisierung des Gewinns über Hedging-Geschäfte, also von der anfänglichen Marktbewertung, abhängig gemacht hätte.

45 5. Nicht frei von Rechtsfehlern ist schließlich die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte könne der Klägerin betreffend den Invers-CMS-Stufen-Swap nicht entgegenhalten, das Schadenersatzbegehren der Klägerin sei gemäß § 37a WpHG aF i.V.m. § 43 WpHG verjährt, weil der Klägerin ein "einheitlicher" Schadenersatzanspruch zustehe, der erst mit Abschluss des letzten Swap-Vertrags am 14. Februar 2008 entstanden sei, so dass die Verjährungsfrist auch nicht vor dem 14. Februar 2008 habe anlaufen können.

46 a) Richtig ist allerdings die auch von anderen Obergerichten (OLG Frankfurt am Main, NZG 2013, 1111, 1112; OLG München, Urteil vom 16. Juli 2014 - 7 U 3548/13, juris Rn. 18) vertretene Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, § 37a WpHG aF finde auf (zu Anlagezwecken getätigte) Swap-Geschäfte Anwendung. Das trifft gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c, Abs. 2b und 3 Satz 1 Nr. 9 WpHG in der zwischen dem 1. November 2007 und 25. März 2009 geltenden Fassung zu (vgl. auch Kropf, ZIP 2013, 401, 406; Zoller, BKR 2012, 405, 409 mit Fn. 44). Richtig ist weiter die Annahme des Berufungsgerichts, Empfehlungen in der Zeit zwischen dem 6. Dezember 2007 und dem 14. Februar 2008 seien vom zeitlichen Anwendungsbereich des § 37a WpHG aF erfasst.

47 b) Zu trifft außerdem die unausgesprochene Annahme des Berufungsgerichts, es komme bei der Entscheidung der Frage, ob die Klägerin einem Leistungsbegehren der Beklagten aus den Zinssatz-Swap-Verträgen eine schadensbegründende Fehlberatung entgegensetzen könne, darauf an, ob eigene Forderungen der Klägerin auf Leistung von Schadenersatz verjährt seien.

48 aa) Die Klägerin, die der Inanspruchnahme durch die Beklagte ein Leistungsverweigerungsrecht aus §§ 242, 249 Abs. 1 BGB entgegenhält, beruft sich auf eine unselbständige Einwendung, die mit dem Anspruch verjährt, aus dem sie abgeleitet wird (zur Anwendung des § 194 BGB auf unselbständige Einreden vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl., § 194 Rn. 6). Dieser Anspruch lautet auf Vertragsaufhebung nach Maßgabe der § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1 BGB (BGH, Urteile vom 20. Februar 1967 - III ZR 134/65, BGHZ 47, 207, 214 und vom 17. März 1994 - IX ZR 174/93, WM 1994, 1064, 1066). Ist Grund des Leistungsverweigerungsrechts der Klägerin der Umstand, dass der Beklagten ein schutzwürdiges Interesse an der Leistung auf die Verpflichtung aus den Zinssatz-Swap-Verträgen fehlt, weil sie zur alsbaldigen Rückgewähr verpflichtet ist (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 242 Rn. 52), steht hinter dem Einwand aus §§ 242, 249 Abs. 1 BGB also der Gedanke der Prozessökonomie (Wacke, JA 1982, 477), entfällt die Rechtfertigung der Einwendung, wenn ein zweiter Prozess auf Rückgewähr im Hinblick auf § 214 Abs. 1 BGB erfolgreich nicht mehr geführt werden könnte.

49 bb) Eine Regelung, die den Einwand aus §§ 242, 249 Abs. 1 BGB über den Ablauf der Verjährung des zugrunde liegenden Anspruchs aufrechterhielte, existiert nicht. § 215 BGB ist nach seinem Wortlaut nicht anwendbar, weil der Einwand der Klägerin, die Beklagte habe sie aufgrund der von ihr behaupteten Beratungspflichtverletzung so zu stellen, als seien die Zinssatz-Swap-Verträge nicht zustande gekommen, keine Aufrechnung mit einem gleichartigen Gegenanspruch beinhaltet. In der Einwendung der Klägerin liegt auch nicht die Gel-

tendmachung eines Zurückbehaltungsrechts im Sinne des § 215 BGB, weil Leistungen aus den Zinssatz-Swap-Verträgen - das Bestehen eines Anspruchs der Klägerin auf Vertragsaufhebung nach Maßgabe der § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1 BGB unterstellt - gerade nicht Zug um Zug gegen die Vertragsaufhebung zu erfüllen wären (OLG Nürnberg, WM 2014, 2364, 2366). Ebenfalls zugunsten der Klägerin nicht anwendbar sind die §§ 821, 853 BGB.

50 cc) Eine analoge Anwendung der §§ 215, 821, 853 BGB kommt mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht (OLG Nürnberg, WM 2014, 2364, 2366 f.; aA OLG Hamm, Urteil vom 31. März 2011 - 28 U 63/10, juris Rn. 81, 162 f.; in diese Richtung auch OLG Bremen, WM 2006, 758, 768; offen BGH, Beschluss vom 26. Januar 2012 - IX ZR 69/11, juris Rn. 11). Der Gesetzgeber hat den Erhalt der Einrede der unzulässigen Rechtsausübung über die Verjährung des zugrundeliegenden Anspruchs hinaus für den Sonderfall der deliktischen Schädigung ausdrücklich geregelt. Damit hat er zugleich zu erkennen gegeben, in anderen Fällen bleibe es bei § 214 Abs. 1 BGB. Dass die Interessenlage bei der Geltendmachung der §§ 242, 249 Abs. 1 BGB der bei der Aufrechnung entspricht (vgl. Staudinger/Looschelders/Olzen, BGB, Neubearb. 2015, § 242 Rn. 281; Wacke, JA 1982, 477 f.), genügt zur Begründung einer Analogie nicht.

51 c) Das Berufungsgericht hat aber rechtsfehlerhaft angenommen, der von ihm der Sache nach geprüfte Einwand aus §§ 242, 249 Abs. 1 BGB beruhe auf einem "einheitlichen" Schadenersatzanspruch, dessen Verjährung erst mit dem letzten haftungsbegründenden Ereignis angelaufen sei. Das trifft nicht zu:

52 aa) Die Annahme des Berufungsgerichts als richtig unterstellt, die Beklagte habe durch das Verschweigen des anfänglichen negativen Marktwerts der streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträge - wenn auch wiederholt - gegen dieselbe vertragliche Beratungspflicht aus einem Dauerberatungsvertrag

verstoßen, wäre dieser Umstand für sich doch nicht geeignet, einen "einheitlichen" Schadenersatzanspruch zur Entstehung zu bringen. Denn dadurch änderte sich nichts an dem allein maßgeblichen Gesichtspunkt, dass die - hier unterstellte - Schädigung der Klägerin auf unterschiedlichen haftungsbegründenden Ereignissen beruhte, die bei der Anspruchsentstehung je für sich zu betrachten sind (vgl. BGH, Urteil vom 15. Januar 2013 - II ZR 90/11, WM 2013, 456 Rn. 27). Die Gleichförmigkeit der vertragswidrigen Unterlassung verknüpfte die wiederholten Pflichtverletzungen nicht zu einer einheitlichen Schädigungshandlung, die sich lediglich im Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität weiterentwickelte. Vielmehr entstanden mit jeder unterstellten Schädigung der Klägerin durch den zeitlich gestaffelten Abschluss der Swap-Geschäfte selbständige Schadenersatzansprüche, die verjährungsrechtlich getrennt zu betrachten waren (vgl. Senatsurteil vom 24. März 2015 - XI ZR 278/14, Umdruck Rn. 26; BGH, Urteile vom 14. Februar 1978 - X ZR 19/76, BGHZ 71, 86, 93 f., vom 15. Oktober 1992 - IX ZR 43/92, WM 1993, 251, 255, vom 12. Februar 1998 - IX ZR 190/97, WM 1998, 786, 788, vom 14. Juli 2005 - IX ZR 284/01, WM 2005, 2106, 2107 und vom 1. Dezember 2005 - IX ZR 115/01, WM 2006, 148, 150; Clouth, WuB 2015, 63, 65).

53 bb) Überdies irrt das Berufungsgericht, wenn es der Sache nach annimmt, unterschiedliche haftungsbegründende Ereignisse seien gemäß Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 des Rahmenvertrags so miteinander verklammert, dass sie "ihre rechtliche Selbständigkeit" verlören und ein einheitliches Schadensereignis bildeten (in diese Richtung auch Stackmann, NJW 2012, 2913, 2915).

54 Das Berufungsgericht übersieht bei seiner Interpretation des Rahmenvertrags, dass, was der Senat durch eigene Auslegung ermitteln kann, die in Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 des Rahmenvertrags geregelte Zusammenfassung der einzelnen Finanztermingeschäfte zu einem "einheitlichen Vertrag" die Funktion hat, die Gesamtheit der Finanztermingeschäfte gemäß § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO zu ei-

nem gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 103, 104 InsO zu verbinden (vgl. Behrends in Zerey, Finanzderivate Rechtshandbuch, 3. Aufl., § 6 Rn. 3 f.; Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 37). Der Gesetzgeber hat diesen Gedanken bei der Schaffung des Art. 15 des Zweiten Finanzmarktförderungsgesetzes (BGBl. I 1994, S. 1749) aufgenommen (Jahn aaO; vgl. BT-Drucks. 12/7302, S. 168, BT-Drucks. 12/7303, S. 118 und BT-Drucks. 12/7918, S. 126). In diesem Zusammenhang hat er den Regelungszweck der an die formularvertragliche angelehnten gesetzlichen Bestimmung dahin beschrieben, es solle sichergestellt werden, dass im Insolvenzfall alle noch nicht erfüllten Ansprüche aus zwischen zwei Parteien bestehenden Finanzgeschäften saldiert werden könnten. Damit ist der insolvenzrechtliche Bezug offensichtlich. Zugleich dienen die Vorschriften des Rahmenvertrags, die die einzelnen Finanztermingeschäfte zusammenfassen, einer einheitlichen Risikobetrachtung und der Reduzierung des Gesamtrisikos (Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 37; Decker, WM 1990, 1001, 1010). Mit einer "Verklammerung" von Schadenersatzansprüchen wegen fehlerhafter Beratung zu einem einheitlichen Schadenersatzanspruch hat alles dies nichts zu tun (OLG Frankfurt am Main, NZG 2013, 1111, 1112; Clouth, WuB 2015, 63, 65; vgl. auch OLG München, BKR 2013, 262 Rn. 17; Kropf, ZIP 2013, 401, 406; Roller/Elster/Knappe, ZBB 2007, 345, 363 f.).

III.

55 Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

56

1. Entgegen der in den Vorinstanzen geäußerten Auffassung der Klägerin sind die vier streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträge nicht, was der Senat von Amts wegen zu berücksichtigen hätte, deswegen unwirksam, weil ihr Abschluss nicht von dem der Klägerin gesetzlich zugewiesenen Wirkungskreis umfasst wäre. Selbst unterstellt, sämtliche streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträge stünden in keinem konnexen Zusammenhang zu Grundgeschäften der Klägerin, sondern hätten ausschließlich der Erzielung eines (Spekulations-)Gewinns gedient, hätte in ihrem Abschluss keine Überschreitung des der Klägerin gesetzlich zugewiesenen Wirkungskreises gelegen.

57 a) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können juristische Personen des öffentlichen Rechts allerdings außerhalb des ihnen durch Gesetz oder Satzung zugewiesenen Aufgaben- und Wirkungsbereichs nicht wirksam rechtlich handeln. Die von ihnen außerhalb dieses Bereichs vorgenommenen Rechtsakte sind nichtig (BGH, Urteil vom 28. Februar 1956 - I ZR 84/54, BGHZ 20, 119, 122 ff.; Beschluss vom 15. Juli 1969 - NotZ 3/69, BGHZ 52, 283, 286).

58 b) Ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist (kritisch etwa Schmitt/Geier, WM 2014, 1902, 1905 ff.; Schneider/Busch, WM 1995, 326 ff.), bedarf hier keiner Entscheidung, da der Abschluss von Zinssatz-Swap-Verträgen der vorliegenden Art vom gemeindlichen Wirkungskreis umfasst ist.

59 aa) Die Frage, ob Gemeinden durch das Abschließen von Swap-Verträgen, die in keinem konnexen Zusammenhang mit Grundgeschäften stehen, den ihnen gesetzlich zugewiesenen Wirkungskreis überschreiten, wird in der Instanzrechtsprechung und der Literatur unterschiedlich beantwortet. Eine Auffassung in der Literatur stuft derartige Swap-Verträge im Hinblick auf ihren spekulativen Charakter als nichtig ein (vgl. Bader/Wilkens, wistra 2013, 81, 83; Elster, EWiR 2009, 73, 74; Kirchberg, FS Bryde, 2013, S. 393, 406; Krämer,

Finanzswaps und Swapderivate in der Bankpraxis, 1999, S. 324; Morlin, NVwZ 2007, 1159 f.; Roller/Elster/Knappe, ZBB 2007, 345, 363; Weck/Schick, NVwZ 2012, 18, 20). Die Gegenauffassung hält sie demgegenüber für wirksam, weil ihr Abschluss von dem gemäß Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich garantierten Recht der Gemeinden zur Selbstverwaltung umfasst sei (vgl. OLG Frankfurt am Main, WM 2010, 1790, 1792; LG Ulm, ZIP 2008, 2009, 2010 f.; LG Wuppertal, WM 2008, 1637, 1639 f.; LG Dortmund, NVwZ 2013, 1362, 1366; LG Köln, Urteil vom 12. März 2013 - 21 O 472/11, juris Rn. 108 ff.; Endler in Zerey, Finanzderivate Rechtshandbuch, 3. Aufl., § 28 Rn. 115; Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 110d; Lehmann, BKR 2008, 488, 489 f.; Schmitt/Geier, WM 2014, 1902, 1905 ff.; Tiedemann, NVwZ 2013, 1367 f.).

60 bb) Die zuletzt genannte Meinung ist zutreffend.

61 Der gemeindliche Wirkungskreis ist universal (BVerfGE 79, 127, 146). Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet den Gemeinden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln (sog. "Allzuständigkeit", BVerfGE 56, 298, 312; 79, 127, 146; 83, 37, 54). Der der Selbstverwaltung der Gemeinden offenstehende Aufgabenkreis ist dabei nicht sachlich-gegenständlich beschränkt, sondern umfassend, soweit ihr gebietlicher Wirkungsbereich betroffen ist (BVerfGE 83, 37, 54). Zu dem Bereich der eigenverantwortlichen Gemeindeverwaltung zählt insbesondere die Finanzhoheit, die den Gemeinden eine eigenverantwortliche Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens und eine eigenverantwortliche Verwaltung ihres Vermögens gewährleistet (BVerfGE 125, 141, 159; BVerfG, NVwZ 1999, 520, 521).

62 Demgemäß fällt die Vornahme von Finanzanlagen, zu denen auch der Abschluss von Finanztermingeschäften wie hier der streitgegenständlichen

Zinssatz-Swap-Verträge gehört, in den der Klägerin von Verfassungs wegen zugeordneten Wirkungskreis der eigenverantwortlichen Gemeindeverwaltung in der Ausprägung der eigenverantwortlichen Vermögensverwaltung. Ob die von der Klägerin abgeschlossenen Swap-Verträge ein bereits von ihr eingegangenes Marktpreisrisiko reduzieren oder ob mit ihnen ausschließlich ein separater Spekulationsgewinn erwirtschaftet werden soll, spielt für die Zuordnung der Geschäfte zum gemeindlichen Wirkungskreis keine Rolle. Die Auswahl der im Einzelnen abgeschlossenen Finanzanlagen obliegt allein der für die Verwaltung ihres Vermögens von Verfassungs wegen zuständigen Klägerin (vgl. Bücker, Finanzinnovationen und kommunale Schuldenwirtschaft, 1993, S. 156). Die Frage, ob die von ihr konkret getroffene Anlageentscheidung mit den für sie gültigen haushaltsrechtlichen Grundsätzen, wie insbesondere dem Gebot, bei Geldanlagen auf eine ausreichende Sicherheit zu achten (§ 90 Abs. 2 Satz 2 GO NRW), vereinbar ist, betrifft nicht die Reichweite des gemeindlichen Wirkungskreises, sondern die verwaltungsrechtliche Rechtmäßigkeit des klägerischen Handelns (vgl. LG Köln, Urteil vom 12. März 2013 - 21 O 472/11, juris Rn. 111; aA offenbar Maunz/Dürig/Mehde, GG, Art. 28 Rn. 79 [Stand: 2014]). Selbst wenn die Klägerin im Zusammenhang mit dem Abschluss der Swap-Verträge gegen haushaltsrechtliche Grundsätze verstoßen und damit rechtswidrig gehandelt hätte, läge darin kein Handeln "ultra vires" (vgl. OLG Köln, Urteil vom 13. August 2014 - 13 U 128/13, juris Rn. 26; Bücker, aaO, S. 190 f.; Lammers, NVwZ 2012, 12, 15; vgl. außerdem BGH, Urteil vom 23. September 1992 - I ZR 251/90, BGHZ 119, 237, 243).

63 2. Die streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträge sind auch nicht, was dem Senat ebenfalls von Amts wegen zu untersuchen obliegt (BGH, Urteil vom 20. Mai 1992 - VIII ZR 240/91, NJW 1992, 2348, 2350 aE), gemäß § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen ein etwaiges kommunalrechtliches Spekulationsverbot nichtig.

64 a) In der Literatur findet sich allerdings teilweise die Auffassung, Swap-Verträge, die keinen konnexen Zusammenhang zu bereits bestehenden Grundgeschäften aufwiesen, seien unter diesem Aspekt gemäß § 134 BGB nichtig (vgl. Bücker, Finanzinnovationen und kommunale Schuldenwirtschaft, 1993, S. 195; Krämer, Finanzswaps und Swapderivate in der Bankpraxis, 1999, S. 324; Morlin, NVwZ 2007, 1159, 1160; Träber, AG 2008, R356-R358 und AG 2010, R238-R240, R456). Die Instanzrechtsprechung dagegen verneint das Vorhandensein eines Verbotsgesetzes als Voraussetzung der Anwendung des § 134 BGB (OLG Naumburg, WM 2005, 1313, 1317; OLG Bamberg, WM 2009, 1082, 1085 f.; OLG Frankfurt am Main, WM 2010, 1790, 1792; OLG Köln, Urteil vom 13. August 2014 - 13 U 128/13, juris Rn. 30; LG Ulm, ZIP 2008, 2009, 2010 f.; LG Wuppertal, WM 2008, 1637, 1639 f.; LG Würzburg, WM 2008, 977, 979; LG Köln, Urteil vom 12. März 2013 - 21 O 472/11, juris Rn. 113; aus dem Schrifttum vgl. Endler in Zerey, Finanzderivate Rechtshandbuch, 3. Aufl., § 28 Rn. 65; Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 110d; Held/Winkel/Klieve, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl., § 90 Rn. 3; Lehmann, BKR 2008, 488, 490).

65 b) Für das nordrhein-westfälische Gemeinderecht ist die zuletzt genannte Auffassung richtig.

66 aa) Die Frage, ob der Abschluss der streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträge gegen ein Verbotsgesetz verstößt, entscheidet sich nach nordrhein-westfälischem Gemeinderecht, das der Senat selbst auslegen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Juli 2013 - V ZB 197/12, BGHZ 198, 14 Rn. 20 mwN). Auf das Gemeinderecht ausfüllende Runderlasse des nordrhein-westfälischen Innenministeriums kommt es nicht an. Gesetze im Sinne des § 134 BGB sind Gesetze im formellen Sinne, Verordnungen, Satzungen und Gewohnheitsrecht (Staudinger/Sack/Seibl, BGB, Neubearb. 2011, § 134 Rn. 16 f.; Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl., § 134 Rn. 2 unter Bezugnahme auf Art. 2 EGBGB).

Bei den Runderlassen handelt es sich um Verwaltungsvorschriften (vgl. BAGE 46, 394, 402; Lammers, NVwZ 2012, 12, 14 f.), nicht aber um Rechtsnormen im Sinne des Art. 2 EGBGB.

67 bb) Das nordrhein-westfälische Gemeinderecht enthält kein nach § 134 BGB wirksames Spekulationsverbot. Die Klägerin hatte nach den für sie geltenden Haushaltsgrundsätzen (§§ 75 ff. GO NRW) ihre Haushaltswirtschaft gemäß § 75 Abs. 1 Satz 2 GO NRW in der hier maßgeblichen, bis zum 28. September 2012 gültigen Fassung zwar "wirtschaftlich, effizient und sparsam zu führen" und bei Geldanlagen gemäß § 90 Abs. 2 Satz 2 GO NRW auf eine "ausreichende Sicherheit" zu achten. Soweit aus dem in diesen haushaltsrechtlichen Vorschriften verankerten Wirtschaftlichkeitsprinzip ein Spekulationsverbot für Gemeinden folgte (vgl. hierzu etwa Endler in Zerey, Finanzderivate Rechtshandbuch, 3. Aufl., § 28 Rn. 18 f.), band es aber allein die Klägerin im Innenverhältnis. Denn die haushaltsrechtlichen Regelungen sind reines Innenrecht. Ihr Geltungsanspruch ist auf den staatlichen Innenbereich beschränkt (BVerwGE 129, 9 Rn. 11 f.). Ihre Einhaltung ist allein durch die staatliche Rechtsaufsicht, nicht aber durch ein im Außenverhältnis wirkendes zivilrechtliches Verbotsgesetz sicherzustellen (vgl. BAGE 46, 394, 399 f. zu § 69 Abs. 2 SGB IV).

68 3. Die streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträge sind schließlich, was das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang richtig gesehen und der Senat von Amts wegen zu prüfen hat (BGH, Urteil vom 23. Januar 1981 - I ZR 40/79, NJW 1981, 1439 aE), nicht nach § 138 BGB nichtig.

69 a) Ein Rechtsgeschäft ist sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB und damit nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist (BGH, Urteile vom 19. Januar 2001 - V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 301, vom 17. Januar

2008 - III ZR 239/06, NJW 2008, 982 Rn. 11 und vom 3. April 2008 - III ZR 190/07, WM 2008, 996 Rn. 21, jeweils mwN). Maßgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts (st. Rspr., BGH, Urteile vom 9. November 1978 - VII ZR 54/77, BGHZ 72, 308, 314 und vom 10. Februar 2012 - V ZR 51/11, WM 2012, 2015 Rn. 13 mwN).

70 b) Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig und damit nichtig ist, kann nicht ohne eine konkrete Betrachtung des Geschäfts entschieden werden. Zinssatz-Swap-Verträge wie die hier streitgegenständlichen sind atypische gegenseitige Verträge (Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 75; Decker, WM 1990, 1001, 1004; Roller/Elster/Knappe, ZBB 2007, 345, 352 f.) mit aleatorischem Charakter (Roberts, DStR 2010, 1082, 1083 f.). Bei solchen Verträgen mit Spiel- oder Wettcharakter kann sich die Sittenwidrigkeit auch aus deren Inhalt ergeben (MünchKommBGB/Habersack, 6. Aufl., § 762 Rn. 17). Allerdings hat im Unterschied zum echten Austauschvertrag eine auffällige Abweichung vom Vergleichswert bei Spiel- und Wettverträgen keine indizielle Aussagekraft (vgl. Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 1994, S. 481, 484; Roberts, DStR 2010, 1082, 1083 f.). Im Besonderen ist hier die Wertung des § 37e Satz 1 WpHG in der Fassung des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes (BGBl. I 2002, S. 2010) bei der Auslegung der ausfüllungsbedürftigen Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen (dazu KK-WpHG/Roth, 2. Aufl., § 37e Rn. 31). Mit der Schaffung des § 37e Satz 1 WpHG verfolgte der Gesetzgeber das Anliegen, durch den Ausschluss des Spieleinwands gegen Finanztermingeschäfte eine sichere Rechtssphäre zu schaffen (BT-Drucks. 14/8017, S. 96). Daraus folgt, dass Finanztermingeschäfte allein wegen ihres spekulativen Charakters nicht sittenwidrig sind. Hinzukommen müssen weitere Umstände (Roth aaO). In Anlehnung an die vom Senat entwickelten Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Terminoptionsgeschäften gilt, dass ein Swap-Geschäft erst dann sittenwidrig ist, wenn es darauf angelegt

ist, den Vertragspartner der Bank von vornherein chancenlos zu stellen (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 26, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 39 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 40).

71 c) Gemessen daran sind die streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträge nicht nach § 138 BGB nichtig. Sie stellten die Klägerin nicht chancenlos. Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hätte die Klägerin mit den vier streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträgen vielmehr bei anderer Entwicklung Gewinne erzielen können.

IV.

72 Das angefochtene Urteil ist damit gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das gilt auch für den am 6. Dezember 2007 abgeschlossenen Invers-CMS-Stufen-Swap-Vertrag.

73 Zwar steht fest, dass ein Schadenersatzanspruch der Klägerin nach § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1 BGB, soweit er auf eine fahrlässige Falschberatung der Beklagten - ein unvermeidbarer Rechtsirrtum kommt nicht in Betracht (Senatsurteil vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 39; insoweit unzutreffend OLG München, Urteil vom 18. Juni 2014 - 7 U 328/13, juris Rn. 16; OLG Hamm, Urteil vom 21. Januar 2015 - 31 U 73/14, juris Rn. 37) - gestützt wird, gemäß § 37a WpHG aF verjährt ist. Die dreijährige Verjährungsfrist lief mit Abschluss des Vertrags am 6. Dezember 2007 an und am 6. Dezember 2010 ab, ohne dass sie vorher gehemmt worden wäre. Da das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - aber keine Feststellungen zu der von der Klägerin behaupteten Vorsatzhaftung getroffen hat, die ihrerseits

nicht unter die Verjährungsfrist des § 37a WpHG aF fällt (vgl. Senatsurteile vom 8. März 2005 - XI ZR 170/04, BGHZ 162, 306, 312, vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 20 und vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 18), kann der Senat die Frage der Verjährung nicht abschließend beantworten.

74 Das Berufungsgericht hat weiter - von seinem Rechtsstandpunkt aus wiederum konsequent - keine Feststellungen zu sonstigen Beratungspflichtverletzungen der Beklagten getroffen, bei denen die Beklagte gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB die Vermutung vorsätzlichen Handelns widerlegen müsste. Von der Verjährung eines Anspruchs unter dem Gesichtspunkt eines Verschweigens des schwerwiegenden Interessenkonflikts abgesehen kommen deshalb auch unverjährte Ansprüche aufgrund sonstiger Beratungsfehler in Betracht.

V.

75 Der Senat verweist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

76 1. Das Berufungsgericht wird Feststellungen zum Zustandekommen von Einzelberatungsverträgen nachzuholen haben. Sollte das Berufungsgericht das Zustandekommen von Beratungsverträgen feststellen, wird es nach Maßgabe der oben dargestellten Grundsätze zu klären haben, ob die Beklagte bei sämtlichen streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträgen eine Verpflichtung zur Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert traf und sie diese Verpflichtung erfüllt hat.

77 2. Sollte das Berufungsgericht eine Pflichtverletzung unter diesem Aspekt verneinen, wird es sich mit der Frage zu befassen haben, ob die Beratung der Beklagten anlegergerecht war. In diesem Zusammenhang wird das Berufungsgericht insbesondere der Frage nachzugehen haben, ob die vier streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträge vor dem Hintergrund der Risikobereitschaft der Klägerin als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft als für sie geeignete Finanzinstrumente anzusehen waren. Insoweit wird es auch Feststellungen zu dem Vorbringen der Beklagten zu treffen haben, die Swap-Geschäfte hätten konnexe Grundgeschäfte abgesichert. Auf das Bestehen der haushaltsrechtlichen Bindungen einer Gemeinde (hier nach den §§ 75 ff. GO NRW) musste die Beklagte als beratende Bank allerdings nicht hinweisen (vgl. Kropf, ZIP 2013, 401, 406).

78 3. Sollte das Berufungsgericht die Beratung der Beklagten als anlegergerecht ansehen, wird es weiter Feststellungen dazu zu treffen haben, ob die Beklagte gegen ihre Verpflichtung zur objektgerechten Beratung verstoßen hat. Das Berufungsgericht wird sich im Zusammenhang mit der Klärung einer objektgerechten Beratung insbesondere damit zu befassen haben, ob die Klägerin hinsichtlich des Invers-CMS-Stufen-Swaps in verständlicher Weise über die Hebelwirkung in der Zinsformel (vgl. hierzu Roller/Elster/Knappe, ZBB 2007, 345, 347 f.) aufgeklärt worden ist, die zur Folge hat, dass sich eine für die Klägerin günstige Entwicklung des Zehn-Jahres-Swapsatzes nicht sogleich in einer für sie vorteilhaften Zinslast niederschlägt, sondern erst ein in den vorangegangenen Berechnungszeiträumen entstandener hoher Zinssatz abgebaut werden muss. Hinsichtlich des CHF-Plus-Swaps wird das Berufungsgericht der Frage nachzugehen haben, ob die Beklagte der Klägerin die Konsequenzen des Fehlens einer Zinsobergrenze ("Cap") im Zusammenhang mit der vereinbarten Zinsformel anhand des Szenarios einer nicht nur unerheblichen Abwertung des Euro gegenüber dem Schweizer Franken hinreichend klar erläutert hat.

79 4. Sollte das Berufungsgericht zu einer Beratungspflichtverletzung gelangen, wird es zu untersuchen haben, ob die Beklagte die zugunsten der Klägerin streitende Kausalitätsvermutung widerlegen kann.

80 Dabei wird es sich bei der Prüfung der Ursächlichkeit einer unzureichenden Unterrichtung über den anfänglichen negativen Marktwert für den geltend gemachten Schaden im Sinne eines gegen die Kausalität der Pflichtverletzung sprechenden Indizes auch mit dem Vorbringen der Beklagten in der Klageerwiderung zu beschäftigen haben, die Klägerin habe aufgrund der Ausführungen der Beklagten Kenntnis davon gehabt, dass die Beklagte eine Bruttomarge in die Bedingungen der Zinssatz-Swap-Verträge einpreise. Denn die Kenntnis von der Realisierung einer Bruttomarge auf diesem Weg ohne Wissen um deren Umfang könnte nach den Umständen des Einzelfalls den Schluss zulassen, die Klägerin habe die Swap-Geschäfte auch im Falle einer Unterrichtung über die Höhe des eingepreisten anfänglichen negativen Marktwerts abgeschlossen (vgl. Senatsurteil vom 4. Februar 2014 - XI ZR 398/12, BKR 2014, 200 Rn. 19; Senatsbeschluss vom 15. Januar 2013 - XI ZR 8/12, BKR 2013, 203 Rn. 22).

81 Außerdem wird das Berufungsgericht bei der tatrichterlichen Würdigung des Prozessstoffs in Rechnung zu stellen haben, dass das Festhalten an wirtschaftlich günstig verlaufenden Verträgen ein Indiz dafür sein kann, dass sich der Beratungsfehler auf den Anlageentschluss nicht ursächlich ausgewirkt hat, sofern der Bank bei der Erfüllung beratungsvertraglicher Pflichten der gleiche Beratungsfehler unterlaufen ist und der Anleger trotz (nachträglicher) Kenntniserlangung von der Falschberatung nicht unverzüglich die Rückabwicklung auch solcher für ihn vorteilhafter Verträge geltend macht (vgl. Senatsurteile vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 50 und vom 15. Juli 2014 - XI ZR 418/13, WM 2014, 1670 Rn. 29).

82 5. Entgegen der Auffassung der Revision wird das Berufungsgericht dagegen keine Veranlassung haben, dem auf §§ 242, 249 Abs. 1 BGB gestützten Einwand der Klägerin in Höhe von 120.220,99 € den Erfolg zu versagen, weil die Klägerin in diesem Umfang aus anderen als den streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträgen durch Verrechnung mit ihrem rechtskräftig abgewiesenen Zahlungsantrag nicht verbrauchte Gewinne erwirtschaftet hat.

83 a) Zwar schließt es die Prozesslage grundsätzlich nicht aus, solche Gewinne im Rahmen der negativen Feststellungsklage der Klägerin zu berücksichtigen. Das auf §§ 242, 249 Abs. 1 BGB gegründete Ziel der negativen Feststellungsklage, die Klägerin möge im Wege des Schadenersatzes so gestellt werden, als hätte sie die Zinssatz-Swap-Verträge nicht abgeschlossen, ist zwar mit dem erlangten Vorteil in Gestalt etwaiger Gewinne der Klägerin nicht gleichartig. Die bei ungleichartigen Vorteilen sonst auszusprechende Zug-um-Zug-Verurteilung (Senatsurteil vom 13. November 2012 - XI ZR 334/11, WM 2013, 24 Rn. 21 mwN) könnte hier nicht erfolgen, weil eine negative Feststellung "Zug um Zug" gegen Zahlung mangels Vollstreckbarkeit des Feststellungsurteils im eigentlichen Sinne prozessual ins Leere geht (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2011 - II ZR 297/08, WM 2011, 829 Rn. 28; aA Zoller, BKR 2012, 405, 410). Den Besonderheiten einer prozessualen Situation, in der einem unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes begründeten Leistungsverweigerungsrecht ein im Wege der Vorteilsausgleichung berücksichtigungsfähiger geldwerter Vorteil gegenüber steht, könnte indessen mit einer betragsmäßigen Einschränkung der negativen Feststellung Rechnung getragen werden.

84 b) Entgegen der Auffassung der Revision unterliegen Gewinne der Klägerin aus den von der Beklagten als mit Erfolg für die Klägerin abgeschlossen benannten Swap-Geschäften aber nicht der Vorteilsausgleichung.

85 aa) Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung sind dem Geschädigten diejenigen Vorteile zuzurechnen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen (BGH, Urteile vom 15. November 1967 - VIII ZR 150/65, BGHZ 49, 56, 61 f. und vom 16. Januar 1990 - VI ZR 170/89, NJW 1990, 1360; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., Vorb v § 249 Rn. 68). Ist, wie oben dargelegt, Schadensereignis eine Beratungspflichtverletzung anlässlich des Abschlusses konkreter Swap-Geschäfte, können Vorteile, die aus zu anderen Zeiten geschlossenen Swap-Verträgen aufgrund einer gesonderten Beratung resultieren, mangels Nämlichkeit des Schadensereignisses im Zuge der Vorteilsausgleichung keine Berücksichtigung finden (vgl. Senatsbeschlüsse vom 22. Januar 2013 - XI ZR 471/11, NJW-RR 2013, 948 Rn. 11 und - XI ZR 472/11, juris Rn. 11; Illhardt/Scholz, DZWiR 2013, 512, 514; Lederer, AG 2013, R226, R227). Daran ändert auch die Gleichartigkeit der Pflichtverletzung nichts. Sämtliche von der Klägerin mit Gewinn abgewickelten Swap-Geschäfte kamen nach dem Vortrag der Beklagten zu anderen Zeiten zustande als die streitgegenständlichen.

86 bb) Aus dem Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 15. Januar 2013 (II ZR 90/11, WM 2013, 456 Rn. 27) ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision nichts anderes. Dort stand die Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft wegen pflichtwidrig abgeschlossener Zinsderivate in Rede. Der II. Zivilsenat hat die Anrechnung von Gewinnen aus in gleicher Weise vom Vorstand pflichtwidrig abgeschlossenen Zinsderivategeschäften in analoger Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung (dazu Illhardt/Scholz, DZWiR 2013, 512, 514 f.; früher schon Fleischer, DStR 2009, 1204, 1210) auf einen Schadenersatzanspruch der Gesellschaft aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG vor allem darauf gestützt, dass sich die Gesellschaft treuwidrig verhalte, wenn sie ein Organmitglied für einen Fehler ersatzpflichtig mache, aber den Gewinn behalte, wenn das Organ den gleichen Fehler erneut begehe.

Um solche aus der besonderen Natur der Organstellung folgende Treuepflichten geht es vorliegend nicht.

87 cc) Auch sonst besteht in wertender Anwendung des § 242 BGB keine Veranlassung, sinngemäß die Grundsätze der Vorteilsausgleichung über ihren eigentlichen Anwendungsbereich hinaus auf die hier zur Entscheidung stehende Fallkonstellation zu erstrecken. Verhält sich der geschädigte Kunde in seiner Reaktion auf die immer gleiche Pflichtverletzung widersprüchlich, indem er an für ihn günstig verlaufenden Geschäften festhält, während er ihm nachteilige Geschäfte rückabzuwickeln sucht, kann dem - wie unter 4. ausgeführt - Indizwirkung bei der Prüfung der haftungsbegründenden Kausalität zukommen. Ist die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens unter Berücksichtigung dieses Umstands nicht widerlegt, kann dem Kunden der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens nicht gemacht werden, wenn er einen Gewinn aus anderen Geschäften behält. Der Verzicht auf eine entsprechende Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung sichert den Anreiz, Beratungspflichten stets und immer zu genügen.

88 dd) Dass für die zwischen den Parteien geschlossenen Swap-Geschäfte die Bestimmungen des Rahmenvertrags gelten, dass die auf dessen Grundlage geschlossenen einzelnen Swap-Geschäfte einen "einheitlichen Vertrag" bilden und dass für die einzelnen Geschäfte eine einheitliche Risikobetrachtung anzustellen ist (vgl. Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 des Rahmenvertrags), rechtfertigt nicht die Anrechnung von Gewinnen aus nicht streitgegenständlichen Swap-Geschäften, die auf der Grundlage des Rahmenvertrags geschlossen wurden (aA OLG München, WM 2013, 369, 373; Stackmann, NJW 2012, 2913, 2915; Zoller, BKR 2012, 405, 410). Eine solche Anrechnung ist entsprechend dem oben Ausgeführten nicht Regelungsgegenstand der Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 des Rahmenvertrags. Um Ausgleichsforderungen nach den Nrn. 8 und 9 des Rah-

menvertrags, die einen Vorteilsausgleich vorsehen, handelt es sich bei Schadenersatzansprüchen der Klägerin ebenfalls nicht.

89 ee) Im konkreten Fall gilt nicht deshalb ausnahmsweise etwas anderes, weil das Berufungsgericht, was mangels Angriffs der Klägerin nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens ist, das Leistungsbegehren der Klägerin auf Erstattung der von ihr auf die streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträge erbrachten Zahlungen in Höhe von 575.256,79 € mit dem Argument abgewiesen hat, die Klägerin müsse sich Gewinne aus anderen Zinssatz-Swap-Verträgen in Höhe von 695.477,78 € entgegenhalten lassen. Die Begründung des Berufungsgerichts für diese Verrechnung nimmt an der Rechtskraft der klageabweisenden Entscheidung nicht teil. Sie präjudiziert damit auch nicht die zwischen den Parteien geltenden Grundsätze der Vorteilsausgleichung.

90 ff) Schließlich besteht im konkreten Fall entgegen der Auffassung der Revision kein Anlass zu einer Anrechnung wegen der von der Klägerin in der Berufungsinstanz - bezogen auf ihren rechtskräftig aberkannten Zahlungsantrag - abgegebenen Erklärung, sie akzeptiere eine Anrechnung von Gewinnen aus anderen Geschäften und stütze das Zahlungsbegehren (nur noch) auf den

Gesichtspunkt der Nichtigkeit der Zinssatz-Swap-Verträge nach § 138 BGB. Die Klägerin hat für ihr Feststellungsbegehren entsprechende Konsequenzen nicht gezogen.

Ellenberger Joeres Matthias

Menges Dauber

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 11.05.2012 - 8 O 77/11 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 07.10.2013 - I-9 U 101/12 -