



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 169/16m

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie den Richter Dr. Parzmayr und den KR Hye, in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch die Aigner Rechtsanwalts-GmbH in Wien, wider die beklagte Partei [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch Dr. Wolfgang Hirsch und Dr. Ursula Leissing, Rechtsanwälte in Bregenz, wegen zuletzt EUR 256.498,12 sowie wegen Feststellung (EUR 50.000,-) über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 256.498,12) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 18.7.2016, 17 Cg 17/14b-51, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.212,35 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist **nicht zulässig**.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Beklagte ist ein Kreditinstitut mit Lizenz für das Vollbankgeschäft. Der Kläger ist Chemiker. Er ist alleiniger Gesellschafter der [REDACTED]

[REDACTED]. Der Kläger verfügt über Erfahrung mit Kredit-

finanzierungen, jedoch nicht mit Zinsderivaten. Die Parteien stehen seit August 2007 in einer Geschäftsbeziehung. 2009 gewährte die Beklagte dem Kläger zwei auf Basis des EURIBOR variabel verzinste Kontokorrentkredite über insgesamt EUR 2,5 Mio (der Einfachheit halber wird nachfolgend bloß von einem Kreditvertrag gesprochen). Der Vorteil des Kontokorrentkredits bestand für den Kläger darin, dass dieser nicht zur Gänze ausgenutzt werden musste, sodass der Kläger über ein *flexibles* Finanzierungsinstrument verfügte. In Folge der Entwicklung der Finanzmärkte wollte sich der Kläger gegen Zinsschwankungen absichern. Die Beklagte bot ihm einen 10-Jahres-EUR-Swap an. Der Einzelabschluss des Swapgeschäfts erfolgte am 10.1.2011. Der „Bezugsbetrag“ des Swaps (also die Berechnungsbasis für die von beiden Parteien zu leistenden Zinszahlungen) wurde mit EUR 2,5 Mio vereinbart. Auf dieser Grundlage schuldete der Kläger vierteljährlich den fixen Zinssatz von 3,15%, die Beklagte im Gegenzug den 3-Monats-EURIBOR. Bisher bezahlte der Kläger (saldiert) insgesamt EUR 256.498,12 aus dem Swap an die Beklagte. Der Swap läuft nach wie vor weiter. Zu künftigen Abbuchungen vom Konto des Klägers kommt es nicht, weil dieser der Beklagten weitere Einziehungen untersagt hat.

Der **Kläger** begehrt den Ersatz der aus dem Swap-Geschäft geleisteten Zahlungen iHv EUR 256.498,12 sowie die Feststellung, dass die Beklagte dem Kläger für alle Schäden hafte, die diesem aus dem abgeschlossenen Swap-Geschäft entstehen. *In eventu* sei festzustellen, dass die Beklagte nicht mehr berechtigt sei, weitere Beträge vom Konto des Klägers einzuziehen.

Der Kontokorrentkredit sei ein Finanzierungsinstrument, bei dem ein Ausnutzungsrahmen vereinbart werde, wobei nur bei tatsächlicher Ausnutzung für den ausgenutzten Be-

trag Zinsen anfallen würden. Eine andauernde und vollständige Ausnutzung des Kreditrahmens sei vom Kläger nicht beabsichtigt gewesen. Der Kontokorrentkredit sei von der Beklagten vorgeschlagen worden. Diese habe dem Kläger, der sich vor Zinsschwankungen beim variablen (EURIBOR-gebundenen) Kontokorrentkredit schützen habe wollen, auch den Zinsswap empfohlen. Der Swap habe den Bedürfnissen des Klägers jedoch nicht entsprochen, weil der abzusichernde Kontokorrentkredit nicht dauernd und vollständig ausgenutzt werden sollte. Die (Zins-)Absicherung durch einen Swap mit einem fixen Nominalbetrag unabhängig von der Höhe der Ausnutzung des abzusichernden Kontokorrentkredits sei daher verfehlt gewesen und würde den Zweck des Kontokorrentkredits - nämlich die dadurch ermöglichte Flexibilität - *ad absurdum* führen. Das Swap-Geschäft stelle sich in seiner konkreten Ausgestaltung als massives Spekulationsgeschäft dar.

Die Beklagte habe den Swap so dargestellt, als würde dadurch die variable (indikatorgebundene) Verzinsung des Kontokorrentkredits in eine Fixverzinsung - nämlich den im Swap-Geschäft vereinbarten Fixzinssatz von 3,15 % - umgewandelt werden. Der Kläger sei daher davon ausgegangen, dass die Zahlungen für den Swap auf der jeweiligen Ausnutzung des Kontokorrentkredits basieren würden. Insofern, als die Berechnungsbasis des Zinsswaps keinen Konnex zum Grundgeschäft (also dem Kontokorrentkredit) aufweise, sondern der Swap auf einem fixen Nominale von EUR 2,5 Mio basiere, habe die Beklagte den Kläger unrichtig beraten. Sie hafte für den dadurch verursachten (Vertrauens-)Schaden. Bei richtiger Aufklärung hätte der Kläger das Swap-Geschäft nicht geschlossen, so dass keine Ausgleichszahlungen angefallen wären. Das Geschäft sei außerdem sittenwidrig und wucherisch.

Die Beklagte habe durch ihre Fehlberatung auch einen wesentlichen Geschäftsirrtum beim Kläger hervorgerufen, der ihn zur Rückabwicklung des Swap-Vertrags berechtige. Der Swap-Vertrag werde auch wegen Arglist angefochten, weil die Beklagte dem Kläger bewusst entscheidungsrelevante Tatsachen verschwiegen habe. Der im Vertragsformblatt der Beklagten enthaltene Anfechtungsverzicht sei, weil dieser versteckt formuliert und außerdem gröblich benachteiligend sei, unwirksam. Die Beklagte habe dem Kläger auch verschwiegen, dass der Marktwert des Swaps bereits bei Vertragsabschluss negativ gewesen sei.

Die **Beklagte** bestreitet, beantragt kostenpflichtige Klagsabweisung und bringt zusammengefasst vor, der Kläger sei in Finanzangelegenheiten erfahren gewesen. Aus steuerlichen Gründen habe der Kläger bei seinen Immobilienprojekten eine möglichst hohe Fremdfinanzierungsquote gewünscht. Die Beklagte habe dem Kläger sowohl Kredite mit einem fixem, als auch mit einem variablen Zinssatz angeboten. Der Kläger habe sich für ein Model mit variablem Zinssatz entschieden. Es sei deshalb ein Kontokorrentkredit anstatt eines Abstattungskredits vereinbart worden, damit dem Kläger die Kreditmittel flexibel zur Verfügung stünden. Aus steuerlichen Gründen habe der Kreditrahmen stets weitgehend ausgenutzt werden sollen.

Da es bei Kontokorrentkrediten keine fixen Zinssätze gebe und der Kläger Planungssicherheit durch einen fixen Zinssatz angestrebt habe, habe es sich beim klagsgegenständlichen Zinsswap um ein im Interesse des Klägers gelegenes Absicherungsgeschäft und nicht um ein Spekulationsgeschäft gehandelt. Der Kontokorrentkredit in Verbindung mit einem Swap sei auch billiger gewesen, als ein endfälliger Fixzinskredit in gleicher Höhe und mit gleicher Laufzeit.

Die Beklagte habe den Kläger umfassend über die Entwicklung des variablen Zinssatzes, über die mit einem allfälligen Zinsswap verbundenen Prämien sowie über einen 10-Jahres-EUR-Swap informiert. Der Zinsswap sei bei einem telefonischen Beratungsgespräch detailliert mit dem Kläger erörtert und diesem letztlich mit der Beschreibung, dass der Swap „technisch“ einen variablen Zinssatz in einen fixen Zinssatz umwandle, angeboten worden. Der Kläger sei auch darüber aufgeklärt worden, dass er unabhängig von der Ausnutzung des Kontokorrentkredits 3,15 % Zinsen vom Nominale des Swaps zu zahlen habe, wofür er von der Beklagten den 3-Monats-EURIBOR auf derselben Basis erhalte, und dass er die Kreditzinsen des Kontokorrentkredits unabhängig vom Swap-Geschäft (weiter) zu zahlen habe. Der Kläger sei auch darauf hingewiesen worden, dass der Zinsswap nicht vorzeitig kündbar und die Laufzeit des Swaps mit 10 Jahren (zunächst) länger als die der Kredite sei und dass dadurch eine Risikoposition entstünde; ebenso dass der Swap weiterlaufe, auch wenn der Kredit getilgt werde. Die Laufzeit des Kontokorrentkredits sei an die Laufzeit des Swaps angepasst worden, sodass letztlich Fristenkonvergenz bestanden habe. Es habe für die Beklagte kein Anlass bestanden, daran zu zweifeln, dass sich der Kläger aufgrund seiner Erfahrung und der umfassenden Information durch den Kundenberater der Beklagten der Risiken eines variablen Zinssatzes sowie eines Zinsswaps bewusst gewesen sei. Insgesamt habe die Beklagte den Kläger ausreichend über das Swap-Geschäft informiert und dessen Interessen bestmöglich gewahrt. Es stehe daher kein Schadenersatzanspruch zu. Auch eine Irrtumsanfechtung scheide mangels Verursachung durch die Beklagte aus. In dem zum Swap-Geschäft abgeschlossenen Rahmenvertrag finde sich unter § 11 Ziffer 9 außerdem ein Verzicht auf eine Irrtumsan-

fechtung. Das Swap-Geschäft sei auch weder sittenwidrig noch wucherisch. Arglist sei der Beklagten nicht vorzuwerfen.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht der Klage hinsichtlich des Zahlungsbegehrens statt und wies das Feststellungsbegehren ab. Über den eingangs dargestellten Sachverhalt hinaus ging es von den auf den Seiten 11 bis 18 der Urteilsausfertigung („UA“) getroffenen Feststellungen aus, auf die verwiesen wird. Rechtlich ging es davon aus, dass der Kläger darüber geirrt habe, dass der variable Zinssatz des Kontokorrentkredits durch das Zinsswap-Geschäft in einen fixen Zinssatz umgewandelt werde. Dies habe durch den Swap jedoch nicht bewerkstelligt werden können. Dieser habe vielmehr - entgegen der Annahme des Klägers - zumindest teilweise ein Spekulationsgeschäft dargestellt. Die Beratung durch die Beklagte über die Natur des Swaps und die damit verbundenen Risiken sei unzureichend gewesen. Aufgrund des beachtlichen Irrtums sei der Kläger zur Anfechtung des Swap-Vertrags berechtigt. Der Irrtum sei wesentlich, da die Parteien den Vertrag ohne den Irrtum des Klägers nicht - auch nicht anders - abgeschlossen hätten. Der Kläger habe nicht wirksam auf die Irrtumsanfechtung verzichtet. Der Rahmenvertrag sei dem Kläger erst nach Abschluss des konkreten Swap-Geschäfts übermittelt worden. Der darin vorgesehene Ausschluss der Irrtumsanfechtung verstoße sowohl gegen § 864a ABGB (Geltungskontrolle) als auch gegen § 879 Abs 3 ABGB (Inhaltskontrolle). Die Beklagte habe auch gegen die Wohlverhaltenspflichten nach dem WAG 2007 verstoßen, weil das Swap-Geschäft nach dem Kundenprofil des Klägers nicht abgeschlossen werden hätte dürfen, weshalb der Kläger auch zum Schadenersatz berechtigt sei. Das Feststellungsbegehren wies das Erstgericht ab, weil es

dem Kläger aufgrund der ex-tunc erfolgten Aufhebung des Vertrags am Feststellungsinteresse mangle.

Gegen den klagsabweisenden Teil dieses Urteils richtet sich die **Berufung der Beklagten** wegen unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung, mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im gänzlich klagsabweisenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

1. Zur Beweisrüge:

1.1. Die Beklagte bekämpft folgende Feststellung (UA S 14): „Der Kläger ging davon aus, dass mit einem solchen Geschäft ein variabel verzinsten Kredit in einen fix verzinsten Kredit umgewandelt wurde [...], es gab keine explizite Information durch [REDACTED], die den Swap als eigenständiges Geschäft offen darstellte. Auch auf das substantielle Zinsänderungsrisiko des Swaps wurde nicht gesondert hingewiesen.“

Es wird folgende Ersatzfeststellung begehrt: „Der Kläger wurde von [REDACTED] sowohl mündlich als auch schriftlich darüber aufgeklärt, dass der streitgegenständliche Zins-Swap-Vertrag ein vom Kontokorrentkredit unabhängiger eigenständiger Vertrag darstellt [ist] und der Kläger aufgrund dieses Swap-Vertrages unabhängig von der Ausnutzung des Kontokorrentkredits vom Bezugsbetrag von € 2,500.000,00 3,15 % p.a. Zinsen bis einschließlich 12. Jänner 2021 zu bezahlen hat, während die Beklagte an den Kläger für den Bezugsbetrag von € 2,500.000,00 einen von[m] 3-Monats-EURIBOR abhängigen Zinssatz bezahlt, und zwar ebenfalls bis 12. Jänner 2021. Der Kläger hat sich über das

Wesen des Zins-Swap-Vertrags in keinem Irrtum befunden.“

Diese Beweisrüge überzeugt aus nachfolgenden Erwägungen nicht:

Der Kläger gab an, er habe die Kreditlinie (also den Kontokorrentkredit) hinsichtlich der Zinsen absichern wollen, worauf ihm die Beklagte (deren Berater [REDACTED] den Zinsswap vorgeschlagen habe (ON 16 5 f). [REDACTED] habe dem Kläger den Zinsswap so erklärt, dass damit im Endergebnis ein Fixzinssatz entstehe (ON 16 S 7). Wie es sich auswirke, wenn der Rahmenkredit mehr oder weniger ausgenutzt werde, sei nicht Gegenstand der Gespräche gewesen (ON 16 S 7). Dies wurde vom Kläger damit begründet (ON 16 S 7 f), dass [REDACTED] ohnehin gewusst habe, was der Kläger wolle (Anmerkung: nämlich eine Absicherung der Zinsen aus dem Kontokorrentkredit). Ziel des Klägers sei es gewesen, dass er die Zinsen nur im Rahmen der Ausschöpfung (also der Ausnutzung des Kontokorrentkredits) bezahle (ON 16 S 12). Aus seiner Sicht hätte der Swap dies bewerkstelligen sollen, sonst hätte dieser für den Kläger keinen Sinn gehabt (ON 16 S 12). Schließlich sagte der Kläger auch aus, dass es keine Warnung zur Situation der nicht vollständigen Kreditausnutzung gegeben habe (ON 16 S 15) und dass ihm erst im Nachhinein bewusst geworden sei, dass die Belastungen aus dem Swap unabhängig von der Ausnutzung des Kredits bestünden (ON 16, S 16). Für den Kläger seien der Kredit und der Swap „eins“ gewesen (ON 16 S 16), er habe das Geschäft so verstanden, dass er die Vorteile des „Rahmens“ (also der Möglichkeit einer flexiblen Kreditausnutzung) mit einem fixen Zinssatz kombiniere.

Insgesamt ergibt sich aus der Aussage des Klägers, dass er davon ausging, mit dem Zinsswap den variabel verzinsten Kontokorrentkredit in einen fix verzinsten (Konto-

korrent-)Kredit umwandeln zu können, und dass er nicht darüber aufgeklärt wurde, dass die Verpflichtung aus dem Swapgeschäft unabhängig von der Ausnutzung des Kontokorrentkredits bestehe. Der Aussage des Klägers ist auch klar zu entnehmen, dass der Zinsswap stets vor dem Hintergrund der Absicherung des Zinsrisikos aus dem Kontokorrentkredit besprochen wurde. Die von der Berufungswerberin ins Treffen geführte Aussage des Klägers, wonach ihm der Zeuge [REDACTED] erklärt habe, dass *im Endergebnis ein Fixzinsatz entstehe, weil Zahlungen gegenverrechnet werden und durch dieses Produkt ein Fixzinssatz von 3,15 % entstehe* (ON 16 S 7), weckt keine Bedenken an der erstinstanzlichen Beweiswürdigung. Es gelingt der Berufung - etwa durch die Darstellung der Aussage des Klägers als unzureichend und „unpassend“ - auch nicht, begründete Zweifel an der persönlichen Glaubwürdigkeit des Klägers, die das Erstgericht ganz offensichtlich auch aufgrund des persönlichen Eindrucks als gegeben annahm, zu wecken. Relevante Widersprüche in der Aussage des Klägers zeigt die Berufung nicht auf.

Die Beweistrüge argumentiert aber ohnehin primär, dass sich die bekämpfte Feststellung nicht aus der Aussage des Zeugen [REDACTED] ergebe. Auch damit zeigt die Beklagte jedoch keine unrichtige Beweiswürdigung auf. Zwar ließen sich aus einzelnen Aussagen des genannten Zeugen auch Anhaltspunkte für den Standpunkt der Beklagten entnehmen, etwa wenn dieser angibt, er habe dem Kläger gesagt, dass es aus banktechnische Sicht nicht möglich sei, einen Fixzinsatz mit der gewünschten Flexibilität zu verbinden; ebenso dass er darauf hingewiesen habe, dass das Swap-Geschäft ein „separates“ Geschäft darstelle, welches auch dann wirke, wenn die Kreditlinie bei einer anderen Bank aufgenommen

werde (ON 12 S 9 f). Dass punktuelle Beweisergebnisse möglicherweise Raum für andere Feststellungen bieten, ist für sich genommen aber noch nicht geeignet, schlüssig darzulegen, warum das Erstgericht den ihm im Rahmen der freien Beweiswürdigung zukommenden Ermessensspielraum überschritten hätte (etwa OLG Wien 2 R 186/14h; 30 R 15/15v; 2 R 86/16f ua). Vielmehr liegt es gerade im Wesen der freien Beweiswürdigung, dass der Richter auf Grund widerstreitender Beweisergebnisse die Abwägung vorzunehmen hat, ob eine strittige Tatsache mit dem erforderlichen Überzeugungsgrad als wahr angenommen werden kann oder nicht (RIS-Justiz RS0043175 [T1]). Die Berufungsausführungen haben insgesamt kein ausreichend konkretes Substrat, um die Richtigkeit jener erstgerichtlichen Schlüsse in Zweifel zu ziehen, die das Erstgericht zu den bekämpften Feststellungen bewogen. Die im Rechtsmittel zitierten Aussagen des Zeugen [REDACTED] zeigen keine zwingenden Argumente gegen die bekämpfte und für die begehrte Feststellung auf. Dies gilt neben den oben genannten auch für die weiteren in der Beweisrüge angeführten Aussagen des Zeugen [REDACTED]. Insbesondere dessen Aussage zur inkongruenten Laufzeit (ON 12 S 12) legt keine Überschreitung des dem Erstgericht gemäß § 272 ZPO eingeräumten Ermessensspielraums dar. Im Übrigen ergibt sich auch aus der Einvernahme des Zeugen [REDACTED] [REDACTED], dass die Fixverzinsung des Kontokorrentkredits für den Kläger ein zentrales Thema war (etwa ON 12 S 6), dass dieser gleichzeitig einen Fixzinssatz und eine Flexibilität bei der Ausnutzung des Kredits haben wollte (ON 12 S 9), und dass es dem Kläger stets um die Absicherung der Zinsen aus dem Kontokorrentkredit ging (ON 12 S 10). Der Zeuge ging nach eigener Aussage selbst davon aus, dass hinsichtlich der Bemessungsgrundlage für die Zinsberechnung - also

hinsichtlich des Kapitals - ein Deckungsgeschäft vorliege (ON 12 S 10: „*Wir hatten zwar von der Summe ein Deckungsgeschäft [...]*“), was dafür spricht, dass eine betragliche Inkongruenz bei der Beratung nicht thematisiert wurde. Abschließend ist auch auf die teilweisen Unsicherheiten in der Erinnerung des Zeugen [REDACTED] hinzuweisen (etwa ON 12 S 10: „*Ich kann jetzt nicht mehr sagen, ob ich damals [...]*“).

Soweit die Berufungswerberin die bekämpfte Feststellung mit dem Hinweis auf während der Beratung vorgelegte Urkunden zu entkräften versucht, ist auch dies nicht geeignet, eine unrichtige Beweiswürdigung aufzuzeigen. Das in der Berufung genannte E-Mail vom 27.12.2010 (./H) betrifft lediglich unterschiedliche Laufzeiten des Kredits und des Swaps und enthält keinen expliziten Hinweis darauf, dass der Swap völlig losgelöst vom abzuschließenden Grundgeschäft (also dem Kontokorrentkredit) bestehe. Soweit die Beklagte auf das E-Mail vom 28.12.2010 (./I) Bezug nimmt, reicht der dort enthaltene Hinweis auf eine inkongruente Laufzeit ebenfalls nicht aus, um die bekämpfte Feststellung, der Kläger habe von [REDACTED] keine explizite Information zur Darstellung des Swaps als eigenständiges Geschäft erhalten, zu entkräften. Dass das Swap-Geschäft, wie dies im genannten E-Mail zum Ausdruck kommt, separat abgewickelt werden muss, bringt vor allem nicht zum Ausdruck, dass die Swap-Vereinbarung - unabhängig von der im E-Mail angesprochenen zeitlichen Inkongruenz - betraglich nicht dem jeweils schwankenden Kontokorrentkredit entspricht und unabhängig von dessen Ausnutzung stets ein (Fix-)Betrag von EUR 2,5 Mio zu verzinsen ist. Ob sich die aus dem Zinsswap ergebende fixe und unabhängig von der Ausnutzung des Kontokorrentkredits bestehende Zahlungsverpflichtung dem Swap-

Vertrag selbst entnehmen lässt, kann dahingestellt bleiben, weil dies nichts daran ändern würde, dass die Beklagte den Kläger darüber nicht aufklärt hat (nur dies ist Gegenstand der Beweisrüge). Aus den in der Berufung ebenfalls ins Treffen geführten Beilagen ./R und ./11 (Zinsfestsetzungen) musste nicht auf eine entsprechende Information durch die Beklagte geschlossen werden. Das in der Beweisrüge hervor gehobene nachvertragliche Verhalten des Klägers lässt ebenfalls keinen verlässlichen Schluss auf die Informationsgrundlage bei Abschluss des Vertrags zu und zeigt daher keine unrichtige Beweiswürdigung auf.

1.2. Die Beklagte bekämpft die im Rahmen der rechtlichen Beurteilung (UA S 21) getroffene Feststellung, der Kläger habe, nachdem ihm die wirtschaftliche Realität des Swap-Geschäfts bewusst geworden sei, umgehend Rechtsberatung gesucht und die Beklagte darüber informiert, dass er mit dem abgeschlossenen Geschäft nicht einverstanden sei. Stattdessen hätte das Erstgericht feststellen müssen, dass dem Kläger die wirtschaftliche Realität des Swap-Geschäfts von Anfang an bewusst war. Soweit darin überhaupt eine eigenständige Feststellung gesehen werden kann, weicht diese inhaltlich nicht von der oben unter Punkt 1.1 bekämpften Feststellung ab, wonach der Kläger (ganz offensichtlich gemeint: im Vertragsabschlusszeitpunkt) davon ausging, dass mit einem solchen Geschäft (nämlich dem Swap-Geschäft) ein variabel verzinsten Kredit in einen fix verzinsten Kredit umgewandelt werde. Es kann daher auf die Ausführungen zu Punkt 1.1 verwiesen werden. Im Übrigen spielt es für die rechtliche Beurteilung der Aufklärungspflichtverletzung keine Rolle, was der Kläger nach Erkennen seines Irrtums gemacht hat.

1.3. Die Beklagte bekämpft die - ebenfalls in der

rechtlichen Beurteilung enthaltene - Feststellung, dass der Kläger auch über das Zinsänderungsrisiko nicht ausreichend aufgeklärt worden sei und er daher die Natur des abgeschlossenen Geschäfts nicht vollständig verstehen habe können. Stattdessen wird die Feststellung begehrt, dass der Kläger darüber ausreichend aufgeklärt wurde und er die Natur des Geschäfts verstanden habe. Tatsächlich handelt es sich sowohl bei der Frage, ob eine *ausreichende* Aufklärung des Klägers über das Zinsänderungsrisiko erfolgte, als auch bei der Frage, ob der Kläger daher die Natur des abgeschlossenen Geschäfts vollständig verstehen habe können, jeweils um Fragen der rechtlichen Beurteilung, worauf im Rahmen der Beweisrüge nicht weiter einzugehen ist. Dass auf das substantielle Zinsänderungsrisiko nicht gesondert hingewiesen wurde, stellte das Erstgericht ausdrücklich fest (UA S 14). Auf die diesbezüglich erfolglose Beweisrüge wird verwiesen (siehe oben Punkt 1.1).

1.4. Schließlich bekämpft die Beklagte die - wiederum in der rechtlichen Beurteilung enthaltene - Feststellung, wonach der Kläger das vorliegende Geschäft bei voller Aufklärung so nicht abgeschlossen hätte und die gewünschte Variante ein Zinsswap mit variablem, von der Ausnutzung des Kontokorrentkredits abhängigem Nominale gewesen wäre. Tatsächlich ist die bekämpfte Feststellung zur Kausalität des Irrtums des Klägers für den Abschluss des Swap-Geschäfts nur in der rechtlichen Beurteilung enthalten. Die dagegen gerichtete Beweisrüge überzeugt jedoch nicht. Sie argumentiert damit, dass der Kläger ohnehin ausreichend aufgeklärt worden sei und er das Geschäft in Kenntnis der wesentlichen Umstände abgeschlossen habe. Die vom Erstgericht festgestellte Kausalität der *unzureichenden* Aufklärung (und damit auch des Irrtums des Klägers) für die Swap-Vereinbarung

wird dadurch aber nicht in Frage gestellt.

1.5. Zusammengefasst übernimmt das Berufungsgericht sämtliche Feststellungen des Erstgerichts als Ergebnis eines mängelfreien Verfahrens und einer unbedenklichen Beweiswürdigung und legt sie seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde.

2. Zur Rechtsrüge:

2.1. Zur Aufklärungspflicht der Beklagten:

2.1.1. Kreditinstitute treffen ihren Kunden gegenüber (vor-)vertragliche Aufklärungspflichten (RIS-Justiz RS0038122), insbesondere bei Geschäften, mit denen Risiken verbunden sind (RIS-Justiz RS0038122 [T5]). Die Bank hat ihre Aufklärungspflicht mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse des Kunden zu erfüllen (*Oppitz*, Aktuelle Rechtsfragen des Derivatgeschäfts, ÖBA 2013, 321 [323] mwN). Liegt die Risikoträchtigkeit eines Finanzprodukts auf der Hand, ist der Kunde richtig und vollständig über diejenigen tatsächlichen Umstände zu informieren, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind (RIS-Justiz RS0108073; 1 Ob 21/16v). Für die Geschäftsverbindung der Kreditunternehmung mit dem Kunden ist der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben wegen des bestehenden Vertrauensverhältnisses von besonderer Bedeutung (RIS-Justiz RS0038122 [T12]; 1 Ob 150/01t mwN). Zwar wird einerseits vertreten, dass die Anforderungen an die Bank nicht überspannt werden dürfen, weil dem Kunden zuzumuten ist, seine wirtschaftlichen Interessen selbst ausreichend zu wahren (RIS-Justiz RS0016182 [T1]; RS0038122 [T11]). Andererseits wird an die von der Bank anzuwendende Sorgfalt aber ein strenger Maßstab angelegt, weil der Kunde darauf vertrauen darf, dass die Bank über spezifisches Fachwissen verfügt

und sie ihn umfassend berät. Dass der Kunde selbst sachkundig ist bzw sich für sachkundig hält, schließt seine Schutzbedürftigkeit nicht aus (7 Ob 37/04y mwN). Bei spekulativen Finanzinstrumenten bestehen weitergehende Beratungspflichten des Kreditinstituts. Die Bank muss den Kunden insbesondere auf ein höheres Risiko hinweisen (*Oppitz*, ÖBA 2013, 321 [322]; *Oppitz in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht² Bd VI Rz 2/74 mwN).

2.1.2. Im vorliegenden Fall ist die Beratung beim Abschluss eines Swap-Geschäfts zu beurteilen. Dabei handelt es sich um ein derivatives Finanzinstrument (vgl § 1 Z 6 lit d WAG 2007 zu Zinsswaps; *Oppitz*, ÖBA 2013, 321; *Bösch*, *Derivate*² (2012) 205 zu Zinsswaps), bei dem die Vertragsparteien Zinszahlungsströme über einen festgelegten Zeitraum austauschen (*Bollenberger*, Fehlerhafte Beratung bei Fremdwährungskrediten und Swap-Geschäften, ÖBA 2013, 512 [513]; *Leser/Leser/Habsburg-Lothringen*, Finanzinstrumente (2013) 183; *Bösch* aaO; vgl auch 8 Ob 11/11t). Beim Swap wird kein Wertpapier ausgegeben, sondern ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen der Bank und ihrem Kunden geschlossen, aus dem entsprechende Zahlungspflichten resultieren (*Bollenberger* aaO). Dem Swap-Vertrag kommt, da der Umfang der Zahlungspflichten von ungewissen künftigen Entwicklungen bestimmter Indikatoren abhängt, der Charakter einer Wette iSd § 1270 ABGB zu (*Bollenberger* aaO 512; *Karollus*, Aufklärungspflicht über den anfänglichen negativen Marktwert bei strukturierten Finanzprodukten? ÖBA 2013, 306 [307 f]; jüngst etwa auch OLG München, WM 2016, 414: „*risikoreiches Geschäft, eine Art spekulative Wette*“). Swaps im Allgemeinen und Zinsswaps im Besonderen können zu unterschiedlichen Zwecken eingesetzt werden, nämlich einerseits zur Absicherung (beim Zinsswap gegen Zinsänderungsrisiken)

und andererseits zur Spekulation (vgl 8 Ob 11/11t: „entweder als Sicherungsinstrument [...] oder als reines Spekulationsinvestment“; *Oppitz*, ÖBA 2013, 521; *Leser/Leser/Habsburg-Lothringen* aaO 185; *Findeisen*, Haftung bei Fehlberatung zu Swapgeschäften, WM 2016, 44 uva). Bezweckt der Abschluss eines Swap-Vertrags eine Spekulation, weist dieser keine Verbindung zu einem bestehenden Geschäft (also einer bestehenden Forderung oder Verbindlichkeit) auf. Der Vertragspartner des Swaps trägt dann das diesem zu Grunde liegende Risiko (beim Zinsswap des Zinsänderungsrisikos; vgl allgemein *Kumanovich*, Swap-Geschäfte (2013) 25). Umgekehrt basiert der Abschluss eines Swaps zu Sicherungszwecken (in diesem Fall spricht man von „Hedging“) auf einem entsprechenden Grundgeschäft (idS 8 Ob 11/11t; *Oppitz*, ÖBA 2013, 321). Ein Absicherungsgeschäft wirft keinen Gewinn ab, sondern verursacht Kosten, verhindert dafür aber - ähnlich einer Versicherung - mögliche Verluste (8 Ob 11/11t).

2.1.3. Soweit ersichtlich hatte der Oberste Gerichtshof erst einmal Aufklärungspflichten beim Abschluss eines Swap-Geschäfts zu beurteilen (wiederum: 8 Ob 11/11t). Dort wurde ein komplex strukturiertes Swap-Geschäft zu Spekulationszwecken abgeschlossen. Der Oberste Gerichtshof ging zunächst davon aus, dass auch eine hohe Professionalität des Kunden eine Fehlvorstellung hinsichtlich eines bestimmten Geschäfts nicht ausschließe. Könne eine solche erkannt werden, sei der Kunde darüber aufzuklären. Auch ein versierter Geschäftspartner dürfe nicht in die Irre geführt werden. In Anlehnung an die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs (XI ZR 33/10; vgl dazu etwa *Karollus*, ÖBA 2013, 306 [311]) seien bei einem hochkomplex strukturierten und riskanten Produkt hohe Anforderungen (gemeint: an die Aufklärungspflicht) zu stellen. Dies erfordere auch

eine Aufklärung über einen im Abschlusszeitpunkt für den Kunden negativen Marktwert des Swap-Vertrags. Letztlich stützte der Oberste Gerichtshof die Aufklärungspflichtverletzung in der genannten Entscheidung aber vor allem auf andere für den (dortigen) Kunden relevante, hier jedoch nicht weiter interessierende Umstände.

2.1.4. Den Schwerpunkt der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bildet die Aufklärung des Kunden über den negativen Marktwert eines Swaps. Während das deutsche Höchstgericht in der Entscheidung XI ZR 33/10 - soweit ersichtlich - von einer grundsätzlichen Aufklärungspflicht über einen von der Bank „einstrukturierten“ (also Kosten und Gewinn einkalkulierenden) negativen Marktwert ausging, wurde dies in nachfolgenden Entscheidungen (XI ZR 316/13; XI ZR 378/13) relativiert. Zusammengefasst unterscheidet der Bundesgerichtshof zwischen konnexen (also Risiken aus einem Grundgeschäft absichernden) und nicht-konnexen (also spekulativen) Swaps, wobei - zusammengefasst - Banken, die zugleich Swap-Partner sind, hinsichtlich des anfänglichen negativen Marktwerts aufklärungspflichtig sind, soweit es sich nicht um konnexe Swapgeschäfte handelt (zusammenfassend und weiterführend etwa *Bausch*, Der anfänglich negative Marktwert in der Rechtsprechung des BGH zu Zinsswaps, WM 2016, 247 [248]; *Roberts*, Swaps, „Interessenkonflikt“ und die Rechtsprechung des BGH, BKR 2015, 330; vgl in jüngerer Zeit auch BGH XI ZR 93/15). Auf weitere Details dazu muss aber nicht eingegangen werden, weil - wie noch zu zeigen sein wird - auch unabhängig von der vom Kläger thematisierten unterlassenen Aufklärung über den negativen Marktwert eine Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten anzunehmen ist.

2.1.5. Nach den erstinstanzlichen Feststellungen wies

die Beklagte den Kläger nicht auf das mit dem Swap-Geschäft ganz grundsätzlich verbundene Zinsänderungsrisiko hin (UA S 14). Da es sich bei einem Swap - jedenfalls isoliert betrachtet - um ein besonders riskantes Geschäft handelt, wäre der Kläger, der nach den Feststellungen über keine Erfahrungen mit Zinsderivaten verfügte (UA S 11), darüber aufzuklären gewesen. Die in diesem Zusammenhang monierten sekundären Feststellungsmängel (keine Feststellung, dass dem Kläger grafische Darstellungen zu den Zinsentwicklungen [welchen?] übermittelt wurden und er die Unsicherheiten zu den Zinsentwicklungen aus der Presse kannte) liegen nicht vor. Weder eine allgemeine Darstellung von Zinsentwicklungen, noch allgemeine Presseberichte könnten die Verpflichtung zur Aufklärung über das mit einem Zinsswap ganz konkret verbundene Risiko ersetzen.

2.1.6. Vor allem aber entsprach der Swap-Vertrag ganz offensichtlich nicht dem Anlageziel des Klägers. Dieser wünschte eine Absicherung gegen Zinsschwankungen aus dem Kontokorrentkredit. Er bezweckte Planungssicherheit und keine Spekulation mit Zinsgewinnen (UA S 12). Der Kläger ging davon aus, dass mit dem Swap der bisher variabel verzinsten Kredit in einen fix verzinsten Kredit umgewandelt werde (vgl. UA S 14). Er wollte mit dem Swap wirtschaftlich dasselbe Ergebnis erreichen, wie durch eine Änderung der Zinskonditionen seines Kontokorrentkredits, ohne allerdings letzteren tatsächlich abzuändern. Es ging dem Kläger also um keinen Abschluss einer Zinswette, sondern um die „synthetische“ (also künstliche) Gestaltung seines Kredits, ohne dessen Vertragskonditionen selbst zu verändern (vgl. allgemein *Bausch*, WM 2016, 247 [252]). Der Swap-Vertrag ist zur Erreichung dieses Ziels jedoch nicht geeignet, weil die vom Kläger aus dem Swap-Vertrag geschuldeten (fixen) Zinsen

im Unterschied zum Kontokorrentkredit auf keinem - je nach Ausnutzung des Kontokorrentrahmens - variablen, sondern vielmehr auf einem fixen Kapitalbetrag basieren. Soweit der Kontokorrentkredit nicht über die gesamte Laufzeit der Swap-Vereinbarung voll ausgenutzt wird (was aber dem Zweck eines flexiblen Kredits zuwider liefe), fehlt es daher an einer Kongruenz mit dem Zinsswap, sodass letzterer in diesem Umfang - vom Kläger jedoch nicht gewollt - spekulativ ist. Erkennt die beratende Bank - wie hier - die offensichtliche Unzweckmäßigkeit des vom Kunden ins Auge gefassten Finanzprodukts, so hat sie diesen darauf aufmerksam zu machen. Dies unterließ die Beklagte jedoch, so dass ihr diesbezüglich ein entsprechender Aufklärungsfehler vorzuwerfen ist, der sich aus der Verletzung allgemeiner zivilrechtlicher Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten auf Grundlage der bestehenden Geschäftsbeziehung bzw aus *culpa in contrahendo* ergibt. Dass die Beklagte den Kläger mit E-Mail vom 27.12.2010 sowie im Angebot vom 28.12.2010 auf die - zunächst - fehlende *zeitliche* Kongruenz des Swaps mit dem Kontokorrentkredit hinwies (UA S 12 f), ändert nichts an der Verpflichtung zur Aufklärung über die fehlende Kongruenz (und die daraus resultierende spekulative Risikoposition) hinsichtlich der jeweiligen *Zinsberechnungsbasis*.

2.1.7. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass zur vergleichbaren deutschen Rechtslage zumindest in der Literatur strittig scheint, ob der Kunde darüber aufgeklärt werden muss, dass der Swap unter Fortbestand aller Rechte und Pflichten alleine dadurch einen rein oder überwiegend spekulativen Charakter erlangen könne, dass die Koppelung an das Grundgeschäft verloren geht oder der Gleichlauf gestört wird (vgl im Überblick *Findeisen*, WM

2016, 444 [448]). Für die Beurteilung des vorliegenden Falls kommt dieser Kontroverse jedoch keine Bedeutung zu, weil hier keine Aufklärungspflicht über ein *potentielles* (künftiges) Risiko zu beurteilen ist, sondern vielmehr die Aufklärung über den *konkreten* Umstand, dass das in Frage stehende Finanzinstrument (der Swap) bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ganz offensichtlich und für die Bank leicht erkennbar nicht dem vom Kunden gewünschten Anlagezweck entsprach.

2.1.8. Die bisher aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundlagen - insbesondere dem Umstand, dass der Kläger nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung über die mangelnde Eignung des Swaps für den von ihm intendierten Zweck („synthetische“ Umwandlung des variablen Kreditzinses in einen Fixzins) erwarten durfte - abgeleitete Aufklärungspflichtverletzung lässt sich auch mit den Wohlverhaltensregeln des WAG begründen. Da die Beratung und der Abschluss des Swap-Geschäfts hier nach dem 1.11.2007 erfolgte, ist das Wertpapieraufsichtsgesetz idF BGBI I 2007/60 anwendbar (im Folgenden: WAG 2007). Nach dessen § 40 Abs 1 muss der Kunde nach vernünftigem Ermessen in die Lage versetzt werden, Art und Risiko der Wertpapierdienstleistung und des speziellen Typs des Finanzinstruments zu verstehen, um so auf informierter Grundlage Anlageentscheidungen treffen zu können. Die konkrete Ausgestaltung und der Umfang der Beratungspflicht ergibt sich dabei jeweils im Einzelfall in Abhängigkeit vom Kunden, insbesondere von dessen Professionalität, sowie vom ins Auge gefassten Anlageobjekt (RIS-Justiz RS0119752 [T6]). Hier hat die Beklagte den Kläger weder über das mit dem Swap als solchem verbundene Zinsänderungsrisiko aufgeklärt, noch darüber, dass der Swap für die Zwecke des Klägers nicht geeignet sei, weil

mangels Kongruenz der Zinsbemessungsgrundlage keine künstliche Umwandlung des variablen Kontokorrentkredits in einen fix verzinsten - aber dennoch variabel ausnutzbaren - Kredit herbeigeführt werden könne.

2.1.9. Letztlich liegt aber vor allem ein Verstoß gegen das in § 44 WAG 2007 enthaltene Verbot zur Empfehlung eines ungeeigneten Produkts vor. Diese Bestimmung ist ua auf die Anlageberatung anzuwenden, wofür es auf den autonomen Begriff nach der MiFID als europarechtlicher Grundlage ankommt (*Graf in Gruber/Raschauer, WAG § 44 Rz 3 ff; Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG (2015) § 44 Rz 6*). Der EuGH legte Art 4 Abs 1 Nr 4 MiFID dahin aus (vgl. ÖBA 2013/49 mit Anmerkung Kern), *„dass es als Anlageberatung im Sinne der Begriffsbestimmung in dieser Vorschrift anzusehen ist, wenn einem Kunden ein Swap zur Deckung des Risikos von Zinsschwankungen eines Finanzprodukts, das dieser Kunde gezeichnet hat, angeboten wird, sofern die Empfehlung, die sich auf die Unterzeichnung eines solchen Swaps bezieht, an diesen Kunden in seiner Eigenschaft als Anleger gerichtet ist, als für ihn geeignet dargestellt wird oder auf eine Prüfung seiner Verhältnisse gestützt ist und nicht ausschließlich über Informationsverbreitungskanäle oder für die Öffentlichkeit gegeben wird.“* Es ist daher auch hier von einer Anlageberatung iSd § 44 WAG 2007 auszugehen und die dort normierte Pflichtenlage anzuwenden. Demnach darf der Anlageberater dem Kunden - wie bereits erwähnt - nur ein solches Geschäft empfehlen, das für diesen Kunden geeignet ist. Geeignet ist ein Produkt nach § 44 Abs 2 WAG 2007 dann, wenn es ua den Anlagezielen des Kunden entspricht. Um die Eignung beurteilen zu können, muss der Rechtsträger ua die Anlageziele des Kunden erheben. Nur dann, wenn das ins Auge gefasste Wertpapier ua auch dem An-

lageziel entspricht, darf es empfohlen werden (idS etwa 7 Ob 178/11v; 7 Ob 57/15f; *Graf*, Wie das WAG 2007 die Anlegeberaterhaftung verschärft, *ecolex* 2011, 1093 [1094]). Durch die Empfehlung des gegenständlichen Swaps verstieß die Beklagte, der die mangelnde Eignung zur Absicherung des Zinsrisikos aus dem variablen Kontokorrentkredit bekannt war, gegen diese Bestimmung. Auf wessen Initiative hin die letztlich erfolgte Empfehlung abgegeben wurde, spielt nach herrschender Ansicht keine Rolle (*Brandl/Klausberger* aaO Rz 6; idS auch *Kern*, *ÖBA* 2013, 686 [689]). Im vorliegenden Fall ergibt sich aber ohnehin aus dem Vorbringen der Beklagten, dass diese dem Kläger den Swap vorschlug (ON 3 S 5). Der Zeitpunkt, zu dem die Beklagte das Kundenprofil des Klägers ausgefüllt hat, ist hier ebensowenig entscheidungsrelevant, wie der Umstand, ob der Zinsswap der Risikobereitschaft „Klasse 20“ oder „Klasse 40“ entsprach. Insofern liegt diesbezüglich auch kein Feststellungsmangel vor.

2.2. Zur Irrtumsanfechtung:

2.2.1. Sowohl der Kläger als auch das Erstgericht begründen den Klagsanspruch primär irrtumsrechtlich. Ein Irrtum ist eine falsche (positive) oder mangelnde (negative) Vorstellung von der Wirklichkeit (*Bollenberger* in *KBB*⁴, § 871 ABGB Rz 2). Hier irrte der Kläger darüber, dass mit dem Swap-Geschäft nicht bloß der variable Zinssatz seines bestehenden Kontokorrentkredits in einen fixen Zinssatz umgewandelt - der Zinssatz also „synthetisch“ geändert - werde, sondern die Zinsen aus dem Swap-Geschäft auf Grundlage des diesem zugrundeliegenden Fixbetrags von EUR 2,5 Mio unabhängig von der Ausnutzung des Kontokorrentkredits zu bezahlen seien. Die Berufungswerberin argumentiert, dass keine der Anfechtungsvoraussetzungen des § 871 Abs 1 ABGB vorläge bzw dass diesbezüglich sekundäre Feststellungsmängel

bestünden.

2.2.2. Ein Irrtum kann auch durch Unterlassen der gebotenen Aufklärung iSd § 871 Abs 1 erster Fall ABGB verursacht werden (RIS-Justiz RS0016184 [T6]). Aus den oben unter Punkt 2.1 angestellten Erwägungen ergibt sich, dass die Beklagte den Irrtum des Klägers dadurch veranlasst hat, dass sie diesen nicht über die mangelnde Eignung des Swaps zur „synthetischen“ Änderung des Kontokorrentkredits aufgeklärt und ihm den Swap trotz mangelnder Eignung für seine Zwecke empfohlen hat. Da ein Irrtum über einen Umstand, über den der Vertragspartner aufzuklären gehabt hätte, als Irrtum über den Inhalt des Vertrags gilt (RIS-Justiz RS0042564; 8 Ob 19/12w), wäre der Kläger, für dessen Entscheidung zum Abschluss des Swap-Geschäfts der Irrtum kausal war (vgl UA S 24), grundsätzlich zur Vertragsanfechtung berechtigt.

2.2.3. Fraglich ist, ob der Kläger auf sein Recht zur Irrtumsanfechtung verzichtet hat. In § 11 Z 9 des Derivativrahmenvertrags findet sich dazu unter der Überschrift „*Verschiedenes*“ folgende Bestimmung: *„Anfechtungsverzicht: die Parteien verzichten ausdrücklich auf das Recht, diesen Rahmenvertrag oder die Einzelabschlüsse wegen Irrtums, wegen Verkürzung über die Hälfte des Wahren Werts oder einem anderen Grund (z.B. Einwand von Spiel und Wette), der den wirtschaftlichen Vertragszweck verletzen würde, anzufechten“*. Sofern sich eine solche Klausel im Vertragsformular nicht an versteckter Stelle befindet, wird diese in der Literatur (*P. Bydlinski, Die Irrtumsanfechtung von Spekulations- und Vermögensanlagegeschäften, ÖBA 2010, 646 [653]*) als wirksam angesehen. Das Berufungsgericht schließt sich dem im Ergebnis an, sodass nur mehr zu prüfen ist, ob der Kläger gemäß § 864a ABGB (diese Bestimmung gilt auch für

Unternehmer; RIS-Justiz RS0014612) mit der Klausel an der Stelle, in dem sich diese im Vertrag befand, nach den Umständen vernünftigerweise rechnen musste. Für den von der Rechtsprechung geforderten Überraschungsbzw. (sogar) Übertölpelungseffekt (RIS-Justiz RS0014646 [T1]) kommt es neben dem Inhalt der Klausel vor allem auf deren Stellung im Gesamtgefüge des Vertragstexts an (RIS-Justiz RS0014659), wobei dafür auch auf das äußere Erscheinungsbild der Urkunde abzustellen ist (RS0014646 [T13]). Sie darf im Text nicht derart „versteckt“ sein, dass sie der Vertragspartner dort nicht vermutet, wo sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte (8 Ob 132/15t; 9 Ob 56/13w ua). Ob dies der Fall ist, bemisst sich nach dem Eindruck des durchschnittlich sorgfältigen Lesers, der die Urkunde überfliegt (*Riedler in Schwimann/Kodek*⁴ § 864a ABGB Rz 40 mwN), wobei dabei auch die Überschaubarkeit der Urkunde und deren Umfang zu berücksichtigen ist (*Riedler aaO mwN*). Hier umfasst der Rahmenvertrag ./L acht Seiten, die durch fettgedruckte Überschriften zu den einzelnen vertraglichen Themenbereichen strukturiert sind, wobei auch sehr kurze Vertragsbestimmungen mit einer eigenen Überschrift versehen sind. Der mit der Überschrift „§ 11 - Verschiedenes“ bezeichnete Teil des Vertrags enthält neben dem hier zu beurteilenden Ausschluss des Anfechtungsrechts eine salvatorische Klausel, eine Rechtswahlklausel, einen Verweis auf Begriffsdefinitionen der International Swaps and Derivatives Association, ein Formgebote für Vertragsänderungen und Parteierklärungen, eine Gerichtsstandsklausel, eine Bestimmung zum Anwendungsbereich des Rahmenvertrags, eine Begriffsdefinition („Berechnungsstelle“) sowie einen Verweis auf die AGBs der Beklagten. Dass ein durchschnittlicher Leser bei oberflächli-

cher Betrachtung inmitten dieser - typischerweise am Ende eines Vertrags befindlichen - Klauseln, die mitunter durch Überschriften wie „*Sonstiges*“, „*Verschiedenes*“ oder „*Allgemeines*“ zusammengefasst werden, keinen Ausschluss der Vertragsanfechtung wegen Wurzelmängeln erwartet, erscheint vertretbar, zumal die inkriminierte Klausel mit vorangehenden und nachstehenden Bestimmungen in keinem inhaltlichen Zusammenhang steht und nicht besonders - etwa durch eine eigene Überschrift - hervorgehoben wird. Letztlich muss die Wirksamkeit des Verzichts auf die Irrtumsanfechtung aber nicht abschließend geklärt werden, weil sich das Klagebegehren nicht nur irrtumsrechtlich, sondern vor allem auch schadenersatzrechtlich begründen lässt. Insoweit kann auch die Frage der Nachteiligkeit iSd § 864a ABGB eines *beidseitigen* Verzichts dahingestellt bleiben.

2.4. Zur Haftung der Beklagten:

2.4.1. Ausgehend von der Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten ist deren Ursächlichkeit für die Disposition des Klägers und den dadurch eingetretenen Schaden zu bejahen. Das Erstgericht traf dazu die (dislozierte) Feststellung, dass der Kläger das vorliegende Geschäft bei voller Aufklärung so niemals geschlossen hätte (UA S 24). Konkret auf die unterlassene Aufklärung über das Zinsänderungsrisiko bezogen stellte das Erstgericht (wiederum disloziert; UA S 24) fest, dass der Vertrag bei Kenntnis dieses Risikos und ohne die irrtumskausale Fehlberatung nicht geschlossen worden wäre.

2.4.2. Zum Verschulden der Beklagten an der Aufklärungspflichtverletzung ist auszuführen, dass die Beklagte den Einwand mangelnden Verschuldens in erster Instanz nicht substantiiert erhoben hat. Da der Beklagten aufgrund der Verletzung vor- bzw nebenvertraglicher Schutz- und Aufklä-

rungspflichten jedoch die Behauptung und der Nachweis des mangelnden Verschuldens obliegt (vgl. RIS-Justiz RS0026091), ist bereits aus diesem Grund von zumindest leichter Fahrlässigkeit auszugehen. Auch in ihrer Berufung wendet sich die Beklagte nicht gegen ein ihr anzulastendes Verschulden.

2.4.3. Fällt der Bank eine Verletzung von Aufklärungspflichten - hier durch Nichtaufklärung über das beim gegenständlichen Swap bestehende Zinsänderungsrisiko und vor allem über die mangelnde Eignung des Swaps für die vom Kläger intendierte „synthetische“ Umwandlung des variablen Kreditzinses in einen Fixzins - zur Last, ist zu prüfen, wie der Kunde stünde, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre (RIS-Justiz RS0119753). Hätte der Bankkunde bei entsprechender Aufklärung vom Vertragsabschluss Abstand genommen, haftet die beratende Bank für das negative Vertragsinteresse (6 Ob 110/07f). Das Erstgericht stellte fest, dass der Kläger bisher EUR 256.498,12 (sohin also den eingeklagten Betrag) aus dem Swap an die Beklagte bezahlt hat. Dabei handelt es sich um die aus dem Differenzgeschäft geflossenen und bereits saldierten Ausgleichszahlungen. Hätte die Beklagte das Swap-Geschäft nicht geschlossen, hätte sie diesen Betrag nicht bezahlt. Dieser stellt daher den Vertrauensschaden (das negative Interesse) dar und ist von der Beklagten zu ersetzen (vgl. idS auch *Findeisen*, WM 2016, 444 [449]: *„Zu ersetzen ist das negative Interesse. Ersetzt verlangen kann der Kunde die Beträge, die er an den Swappartner bereits bezahlt hat (i.R.d. „netting“, andernfalls abzüglich der vom Swappartner erhaltenen Zahlungen)“*).

Die Berufung hält dem entgegen, dass der Sachverständige den „möglichen Schaden“ mit EUR 25.370,84 berechnet habe. Dass das Erstgericht „diese Schadensberechnung“ nicht festgestellt habe, begründe einen sekundären Feststellungs-

mangel. Diese Berufungsausführungen widersprechen jedoch dem Neuerungsverbot des § 482 ZPO. Die Beklagte hat den vom Kläger behaupteten, durch den Abschluss des gegenständlichen Swaps entstandenen Schaden der Höhe nach nämlich nicht substantiiert bestritten. Insbesondere hat die Beklagte nicht behauptet, dass der Differenzschaden geringer sei, weil der Kläger bei pflichtgemäßer Aufklärung einen anderen Swap-Vertrag geschlossen und dafür zumindest einen Teil der geltend gemachten Differenzzahlungen aufwenden hätte müssen.

Davon abgesehen traf das Erstgericht zum fraglichen Themenbereich ohnehin eine konkrete Feststellung, nämlich dass der Kläger bei einem *fiktiven „10-Jahres-EUR-Swap“ mit taggenau zur Ausnützung des Kontokorrentkredits identem Nominale und ohne - in der Realität aber sicherlich verrechnetem - zusätzlichen Aufschlag für die Ungewissheit auf Seiten der Bank bis zum 13.10.2014 EUR 25.370,84 weniger aus dem Swap zahlen hätte müssen* (UA S 18). Insofern liegt jedenfalls kein sekundärer Feststellungsmangel vor. Der Betrag von EUR 25.370,84 stellt jedoch nicht den ersatzfähigen Schaden dar, weil das Erstgericht auch feststellte, dass dem Anlagewunsch des Klägers nach einer Absicherung des Zinsrisikos seines Kontokorrentkredites aufgrund des vorab nicht bestimmbar zukünftig aushaftenden Kreditbetrags nicht durch ein Standardprodukt (etwa einen „Plain-Vanilla“-Zinsswap) entsprochen werden hätte können (UA S 17). Damit korrespondiert die Außerstreitstellung der Parteien, wonach ein (Alternativ-)Geschäft - nämlich das in Rz 74 des Gutachtens ON 39 angesprochene OTC-Derivat, mit dem eine Zinsabsicherung des jeweils aushaftenden Kontokorrentkredits bewirkt würde - jedenfalls als Einzelgeschäft nicht verfügbar sei (ON 49 S 5). Die Ausführungen der Berufungs-

werberin zum hypothetischen Abschluss eines alternativen Swap-Geschäfts gehen daher - unabhängig vom Verstoß gegen das Neuerungsverbot - ins Leere.

2.5. Da dem Klagsanspruch (Zahlungsbegehren) bereits auf Grundlage einer Haftung der Beklagten für die unterlassene Aufklärung über das Zinsänderungsrisiko und vor allem über die mangelnde Eignung des Zinsswaps für die Zwecke des Klägers bzw aufgrund der Empfehlung eines ungeeigneten Produkts Folge zu geben war, musste auf die übrigen Anspruchsgrundlagen - insbesondere auf die behauptete Aufklärungspflichtverletzung im Hinblick auf den zu Beginn negativen Marktwert des Swaps - nicht weiter eingegangen werden.

3. Die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren beruht auf den §§ 50 und 41 Abs 1 ZPO.

4. Die ordentliche Revision ist mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Frage nach Art und Ausmaß der aus der Geschäftsbeziehung zwischen einem Kreditinstitut und einem Kunden entspringenden Sorgfalts- und Aufklärungspflichten eine solche des Einzelfalls (6 Ob 128/14p mwN); ebenso ob der Anlageberater seine Pflichten nach dem WAG 2007 eingehalten hat (7 Ob 57/15f mwN). Auch die Frage, ob ein Vertrag aufgrund der behaupteten Verletzung von Aufklärungspflichten wegen Irrtums angefochten werden kann, ist jeweils nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beantworten, weshalb ihre Bedeutung in der Regel nicht darüber hinausreicht (RIS-Justiz RS0111165; 6 Ob 8/16v; 3 Ob 115/16g).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 29. März 2017

Dr. Klaus Dallinger

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG