



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Spenling als Vorsitzenden, den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner sowie die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei, \*\*\*\*\* Bank \*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Mag. Günther Riess, Mag. Christine Schneider, Rechtsanwälte in Innsbruck, gegen die beklagte Partei \*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, vertreten durch Czernich Hofstädter Guggenberger & Partner, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen 2.278.895,88 EUR sA, über die Rekurse beider Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 11. Oktober 2010, GZ 4 R 168/10b-76, womit über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 20. Mai 2010, GZ 6 Cg 71/08s-71, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

1. Der Schriftsatz der beklagten Partei vom 23. März 2011 wird zurückgewiesen.

2. Dem Rekurs der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

3. Dem Rekurs der beklagten Partei wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und in der Sache selbst dahin zu Recht erkannt, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 61.098,96 EUR (darin 2.916,46 EUR USt und 43.600,20 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu bezahlen.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Die Streitteile stehen seit vielen Jahren in ständiger Geschäftsbeziehung. Im Jahr 2002 hatte die klagende Großbank der Beklagten, einer Sozialversicherungsträgerin, unwidersprochen mitgeteilt, dass sie sie als professionelle Marktteilnehmerin behandle.

Die Beklagte finanziert sich vorwiegend aus den Beiträgen ihrer Mitglieder, die zum Großteil jeweils um den 18. eines jeden Monats bei ihr einlangen. Davor muss die Beklagte ihre laufenden Ausgaben durch kurzfristige Barvorlagen zwischenfinanzieren. Vom 15. bis zum 22. eines jeden Monats ist sie in der Lage, Einnahmen zu veranlagern, um anschließend vom 20. bis zum Ultimo wieder Mittel zur Finanzierung ihrer Aufgaben aufzunehmen.

Die Beklagte verfügt über zwei Spezialfonds, in denen ihr Finanzvermögen angelegt ist und mit deren Erträgen die Kosten der Zwischenfinanzierungen zumindest größtenteils abgedeckt werden. Da die erforderlichen Barvorlagen immer weiter anstiegen, machte sich der Leiter der Finanzabteilung der Beklagten Gedanken, wie man die „Struktur“ der Beklagten absichern und verhindern könne, dass die Substanz der Spezialfonds zur Abdeckung der Barvorlagen angetastet werden müsse. Er verfiel dabei auf die Möglichkeit von Derivatgeschäften und ließ sich von der Beklagten - aber auch von anderen Bankinstituten - Angebote für Zinsabsicherungs- und Zinsoptimierungsprodukte vorschlagen. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte keine Erfahrungen mit Derivatgeschäften. Der Klägerin war bei der Erstattung ihrer Angebote die Zusammensetzung des Portfolios der Beklagten nicht bekannt, sondern nur deren kurzfristiger periodischer Finanzierungsbedarf.

Am 25. 7. 2005 unterfertigten die Streitteile einen Rahmenvertrag über den in Aussicht genommenen Abschluss von Finanztermingeschäften. Dieser Rahmenvertrag war ein Standardvertrag, den die überwiegende Zahl der Bankinstitute verwendeten und dessen Inhalt mit dem Bankenverband akkordiert war.

Er lautet auszugsweise wie folgt:

*„§ 1 Zweck und Gegenstand des Vertrages*

*1. Die Parteien beabsichtigen, zur Gestaltung von Zinsänderungs-, Währungskurs- und sonstigen Kursrisiken im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Finanztermingeschäfte abzuschließen, die den Austausch von Geldbeträgen in verschiedenen Währungen oder von Geldbeträgen, die auf der Grundlage von variablen oder festen Zinssätzen, Kursen, Preisen oder sonstigen Wertmessern, einschließlich diesbezüglicher Durchschnittswerte (Indizes), ermittelt werden oder die Lieferung oder Übertragung von Wertpapieren, anderen Finanzinstrumenten oder Edelmetallen oder ähnlichen Leistungen zum Gegenstand haben. (...)*

*2. Für jedes Geschäft, das unter Zugrundelegung dieses Rahmenvertrages abgeschlossen wird (nachstehend 'Einzelabschluss') genannt, gelten die nachfolgenden Bestimmungen. (...)*

*§ 7 Beendigung*

*1. Insofern Einzelabschlüsse getätigt und noch nicht vollständig abgewickelt sind, ist der Vertrag nur aus wichtigem Grund kündbar. (...)*

*§ 8 Schadenersatz und Vorteilsausgleich*

*1. Im Falle der Beendigung steht der kündigenden oder solventen Partei (nachstehend ersatzberechtigte Partei genannt) ein vom Verschulden der anderen Partei unabhängiger Anspruch auf Schadenersatz zu.*

*Der Schaden wird auf der Grundlage von unverzüglich abzuschließenden Ersatzgeschäften ermittelt, die*

*dazu führen, dass die ersatzberechtigte Partei alle Zahlungen und sonstigen Leistungen erhält, die ihr bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung zugestanden wären. Sie ist berechtigt, nach ihrer Auffassung dazu geeignete Verträge abzuschließen (...)*

*§ 12 besondere Vereinbarungen: (...)*

*7. Der Vertragspartner versichert, dass er über ausreichende Kenntnisse in den in § 1 des Rahmenvertrages beschriebenen Geschäften verfügt und mit den konkreten Risiken aus Einzelabschlüssen vertraut ist. Er schließt Einzelabschlüsse aufgrund seiner eigenen Entscheidung und nicht aufgrund einer Beratung der Bank ab. Der Vertragspartner wird der Bank vor Abschluss eines Geschäftes schriftlich mitteilen, wenn er im Einzelfall eine Beratung wünscht. (...)*“

Die Klägerin übermittelte der Beklagten zwei Ausfertigungen des Rahmenvertrags mit einem Begleitschreiben, in dem festgehalten wurde:

*„Zum jeweiligen Einzelgeschäft bitten wir Sie dafür Sorge zu tragen, dass die erforderlichen Beschlüsse (vgl § 446 Abs 3 ASVG) vorliegen, wenn es sich beim Einzelabschluss um kein Zinsgeschäft handelt, das nachweislich zur Absicherung bestehender Positionen dient.“*

Der Vorstand und die Kontrollversammlung der Beklagten genehmigten mit Grundsatzbeschluss vom 5. 7. 2005 die Durchführung von „Swap-Geschäften im Bereich des Zinsrisikomanagements“ und ermächtigten das Büro zum Abschluss der entsprechenden Einzelgeschäfte. Grundlage dieser Zustimmung war ein konkreter Produktvorschlag des Büros, der nicht nur eine reine Absicherung gegen steigende Zinsen, sondern auch eine gegenwärtige Zinschance versprach.

Am 18. 10. 2005 schloss die Beklagte mit der Klägerin ein anderes als das im Bericht an den Verwaltungsausschuss vorgestellte Geschäft ab, und zwar

einen Quanto-Snowball-Swap mit Anfangstermin 19. 10. 2005 und einer Laufzeit von fünf Jahren. Nur der Klägerin war bei diesem Vertrag ein vorzeitiges Kündigungsrecht eingeräumt.

Der vereinbarte Quanto-Snowball-Swap war ein hochkomplexes Produkt, bei dem auf Basis eines fiktiven Nominalbetrags von 10 Mio EUR vierteljährlich zwischen den Partnern Zinsenzahlungen „ausgetauscht“ und die jeweiligen Zahlungen gegenverrechnet wurden. Im ersten Jahr hatte die Beklagte einen Fixzinssatz von 0,75 % pa vom Nominalbetrag zu bezahlen, die Klägerin hingegen den Dreimonats-Euribor-Zinssatz, wodurch in dieser Periode aufgrund der geringen Höhe des Fixzinssatzes ein Gewinn für die Beklagte sicher war. In den Folgejahren sollte die Klägerin weiterhin jeweils den Dreimonats-Euribor-Zinssatz, die Beklagte dagegen einen vom jeweiligen Vorjahreswert und dem doppelten CHF-Libor abhängigen Zinssatz bezahlen.

Diese Form eines Swap-Geschäfts war für die Beklagte mit multiplen Risikofaktoren behaftet, nämlich dem zweifachen Zinsrisiko in EUR und CHF, einem Multiplikator, einem im Zeitablauf unterschiedlichen Abschlag zu Beginn einer Periode mit einseitig fixer Verzinsung, unterschiedlichen Zinsfeststellungszeitpunkten und dem „Snowballeffekt“ des Zinssatzes der Vorperiode.

Der Swap diente nicht der Absicherung konkreter bestehender Vermögenspositionen im Sinn des § 466 Abs 1 ASVG, insbesondere nicht der beiden Spezialfonds, vielmehr erwartete sich die Beklagte daraus einen Spekulationsgewinn, mit dem sie die steigenden Kosten der monatlichen Zwischenfinanzierungen ausgleichen wollte. Aufgrund der ihr vom „Treasury Sales“-Betreuer der Klägerin erteilten Auskünfte betrachtete sie den Swap aber als Geschäft mit beherrschbarem Risiko zur Absicherung ihrer gesamten

Finanzierungsstruktur.

Unmittelbar nach Abschluss dieses Swaps schloss die Klägerin auf dem Interbankenmarkt ein Gegen-Swap-Geschäft ab. Damit war für sie selbst das Risiko einer ungünstigen Zinsentwicklung ausgeschlossen, sodass sie kein Interesse an einer vorzeitigen Auflösung hatte und ihr insgesamt ein reines Spannungsgeschäft verblieb.

Der Finanzabteilungsleiter der Beklagten rechnete hingegen damit, dass die Klägerin bei stagnierendem Zinsniveau von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machen werde und die Beklagte dadurch insgesamt einen Gewinn lukrieren könne. In dieser Ansicht wurde er vom betreuenden Mitarbeiter der Klägerin bestärkt. Für den Fall eines steigenden CHF-Libors ging die Beklagte davon aus, gegen Ersatz des Barwerts des Geschäfts vorzeitig aussteigen zu können, aber den zu zahlenden Barwert mit den Zinsgewinnen des ersten Jahrs zumindest ausgleichen zu können.

Wie der Barwert tatsächlich errechnet wird und welche Faktoren wesentlich sind, wussten weder der „Treasury-Sales“-Mitarbeiter der Klägerin noch der Finanzabteilungsleiter der Beklagten. Beiden waren auch die relevanten Unterschiede zwischen Barwert und allfälligem Ausstiegswert sowie Gesamtergebnis nicht geläufig.

Ein Ausstiegswert war weder für die Beklagte noch für die Klägerin berechenbar, er hängt von der geforderten Prämie einer Gegenpartei für den Ausstieg ab. Um den Barwert einschließlich Kündigungsrecht zu berechnen, ist neben theoretischem Wissen ein funktionierendes Risikomanagement und Reporting mit Limits notwendig, die entsprechende Software allein reicht nicht aus.

Der Finanzabteilungsleiter hätte dem Büro der Beklagten den Abschluss des Quanto-Snowball-Swaps nicht

empfohlen, wenn er gewusst hätte, dass der Barwert binnen kurzer Zeit um eine Million EUR schwanken kann. Hätte er gewusst, dass der Ausstiegspreis für eine vorzeitige Beendigung noch ungünstiger sein könnte als der Barwert, hätte er umso mehr von diesem Geschäft Abstand genommen.

Dass der Mitarbeiter der Klägerin wusste, dass die Beklagte für den Abschluss des zunächst ins Auge gefassten Swap-Geschäfts und schließlich des Quanto-Snowball-Swaps eine ministerielle Genehmigung benötigte, war nicht feststellbar. Der Finanzabteilungsleiter der Beklagten war hinsichtlich beider Varianten der Ansicht, dass keine Genehmigung erforderlich sei, sondern nur eine Zustimmung des Vorstands und der Kontrollversammlung der Beklagten. Als der Mitarbeiter der Klägerin den Finanzabteilungsleiter der Beklagten daher fragte, ob die entsprechenden Genehmigungen vorliegen, dachte Letzterer an die internen Beschlüsse vom 5. 7. 2005 und bejahte diese Frage.

Am 21. 4. 2006 erfuhr der zuständige Mitarbeiter der Beklagten erstmals, dass der aktuelle Barwert des Swaps minus 1.325.193 EUR betrage. Diese Nachricht machte seine Vorstellungen von einem vorzeitigen Ausstieg aus dem Vertrag zunichte. Nachdem sich die Beklagte ihres Risikos bewusst geworden war, verhandelte sie mit der Klägerin um eine Bereinigung der Angelegenheit, gleichzeitig hoffte sie auf eine Erholung des negativen Barwerts, die aber nicht eintraf.

Am 15. 5. 2007 stellte die Beklagte gemäß § 446 Abs 3 ASVG beim Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend einen Antrag auf nachträgliche Genehmigung der Beschlüsse des Vorstands und der Kontrollversammlung, dem abschlägig beschieden wurde.

Daraufhin zahlte die Beklagte der Klägerin die im ersten Jahr erhaltenen Zinserträge zurück und verweigerte unter Berufung auf die Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts weitere Zahlungen.

Die Klägerin stellte am 27. 6. 2007 ihren Gegen-Swap glatt und musste dafür einen Auflösungspreis von rund 2,95 Mio EUR bezahlen.

In ihrer Klage begehrt sie diesen Betrag, abzüglich der ihr aus dem Gegen-Swap bereits zugekommenen Zinszahlungen, wegen Vertragsbruchs der Beklagten, hilfsweise auch wegen Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten. Die Beklagte habe trotz des ausdrücklichen Hinweises auf die Gesetzeslage nicht um die erforderlichen Genehmigungen angesucht und diesen Umstand verschwiegen. Hätte die Klägerin von der fehlenden aufsichtsbehördlichen Genehmigung Kenntnis gehabt, hätte sie die Verträge nicht abgeschlossen und keinen Schaden erlitten.

Die Beklagte wandte ein, die Klägerin habe sie nicht nur unzureichend über die konkreten Eigenschaften des Swap-Geschäfts aufgeklärt und während der Laufzeit schlecht betreut, sondern bezüglich wesentlicher Umstände überhaupt falsch informiert. Insbesondere habe sie sie im irrigen Glauben gelassen, das Geschäft diene einer effektiven Risikoabsicherung im Sinn des § 446 Abs 2 ASVG. Aufgrund dieser Fehlberatung sei die Beklagte der irrigen Meinung gewesen, keine aufsichtsbehördliche Genehmigung zu benötigen. Die Klägerin habe deren Fehlen daher selbst zu vertreten und der Beklagten ihrerseits alle aus dem Geschäft entstandenen Schäden zu ersetzen. Sowohl der Rahmenvertrag als auch das Einzelgeschäft seien unwirksam.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es gelangte zu

dem Ergebnis, dass der Vertrag über den Quanto-Snowball-Swap als Spekulationsgeschäft mangels der Voraussetzungen des § 446 Abs 2 ASVG von vornherein einer ministeriellen Genehmigung bedurft hätte, deren Fehlen nicht nur einen Verstoß gegen eine interne Formvorschrift darstelle, sondern die Unwirksamkeit des Vertrags zur Folge habe.

Der Beklagten sei kein schuldhafter Verstoß gegen vorvertragliche Schutzpflichten vorzuwerfen, weil sie das Erfordernis einer Genehmigung aufgrund der fehlerhaften Beratung durch die Klägerin falsch eingeschätzt habe.

Das Berufungsgericht trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf und erklärte den Rekurs an den Obersten Gerichtshof für zulässig, weil noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Aufklärungs- und Informationspflichten bei Zins-Swap-Geschäften bestehe.

Das Erstgericht sei zutreffend von der Unwirksamkeit der zwischen den Streitparteien geschlossenen Verträge ausgegangen. Bei der Genehmigungspflicht nach § 446 ASVG handle es sich ebenso wie bei jener nach § 447 ASVG nicht nur um bloße Organisationsvorschriften, sondern um eine Beschränkung des rechtlichen Könnens der Beklagten, die sich aus dem Gesetzeswortlaut ergebe und die die Klägerin gegen sich gelten lassen müsse.

Entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts sei aber der Beklagten eine Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten anzulasten, die zu einer teilweisen Haftung für den der Klägerin entstandenen Vertrauensschaden führe. Die Klägerin habe die Beklagte nämlich auf die Bestimmung des § 446 Abs 3 ASVG hingewiesen und sich erkundigt, ob die „entsprechenden Genehmigungen“ vorlägen, was ausdrücklich bejaht worden sei. Die Beklagte hätte bei

entsprechender Sorgfalt erkennen müssen, dass der Abschluss derartiger Geschäfte einer ministeriellen Genehmigung bedarf, sie habe die Klägerin jedoch nicht über die unterbliebene Antragstellung informiert.

Der Klägerin sei ein gleichteiliges Mitverschulden anzulasten. Zwar habe sie sich nach den festgestellten Umständen mit der Behauptung, es lägen alle Genehmigungen vor, zufriedengeben dürfen, sie habe aber ihrerseits Aufklärungs- und Beratungspflichten nach § 13 WAG verletzt. Diese Pflichten bestünden grundsätzlich auch gegenüber erfahrenen und versierten Kunden einer Bank, wengleich hier die Anforderungen nicht überspannt werden dürften. Auch erfahrenen Kunden dürften keine Informationen erteilt werden, die die objektiven Risiken eines Geschäfts herunterspielen oder nicht der Sach- und Rechtslage entsprechen. Die Klägerin habe gewusst, dass die Beklagte mit Derivatgeschäften keine Erfahrung habe, trotzdem habe sie sie nicht sorgfältig über Chancen und Risiken des Swap-Geschäfts aufgeklärt, sondern diese verharmlost und die Vertragspartnerin in erkennbar irrigen Vorstellungen über die Kündigungsabsichten der Klägerin und die Höhe der mit einer vorzeitigen Vertragsbeendigung verbundenen Kosten belassen.

Das Verschulden der Streitparteien sei im Zweifel gleich zu gewichten. Die Beklagte könne sich auf das Mitverschulden der Klägerin allerdings nur bis zu jenem Zeitpunkt berufen, zu dem sie die erteilte Fehlberatung erkannt habe, nämlich als ihr der negative Barwert des Geschäfts zur Kenntnis gelangte. Da sie dennoch weiter am Geschäft festgehalten habe, sei ihr - unter Einrechnung einer angemessenen Überlegungsfrist bis 30. 6. 2006 - eine allfällige Erhöhung des Schadens der Beklagten nach diesem Zeitpunkt allein zuzurechnen. Zur abschließenden Beurteilung

bedürfe es noch ergänzender Feststellungen über die Höhe des fiktiven Schadens der Klägerin zu diesem Stichtag.

Beide Streitteile erheben gegen diese Entscheidung Rekurs an den Obersten Gerichtshof. Die Klägerin strebt die Aufhebung des Beschlusses des Berufungsgerichts und Entscheidung in der Sache im klagsstattgebenden Sinn, die Beklagte die Wiederherstellung des Ersturteils an.

Der nachgereichte Schriftsatz der Beklagten war zurückzuweisen, weil jeder Partei im Rechtsmittelverfahren nur eine einzige Rechtsmittelschrift oder Rechtsmittelgegenschrift zusteht. Weitere Schriftsätze, Nachträge oder Ergänzungen sind unzulässig (RIS-Justiz RS0041666 ua).

Die Rechtsmittel der Streitteile sind aus den vom Berufungsgericht dargelegten Gründen zulässig, aber nur der Rekurs der Beklagten ist auch berechtigt.

#### 1. Rekurs der Klägerin

Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, die Einhaltung der Genehmigungsvorbehalte nach § 446 Abs 3 ASVG sei nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Geschäfts nach außen, sodass sowohl der Rahmenvertrag als auch das konkrete Swap-Geschäft wirksam zustande gekommen seien. Ein Beratungsfehler sei ihr nicht anzulasten, weil sie gegenüber der Beklagten als professionelle Marktteilnehmerin keine Verpflichtung zur Beratung und Aufklärung über Natur, Chancen und Risiken des angebotenen Geschäfts wahrzunehmen gehabt habe.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

1.1. Nach § 446 Abs 1 ASVG sind die zur Anlage verfügbaren Mittel der Versicherungsträger zinsenbringend anzulegen. Sie dürfen - kurz zusammengefasst - nur in

verzinslichen Wertpapieren, Einlagen bei Kreditinstituten, bestimmten Fonds und Immobilienfonds angelegt werden. Der Einsatz derivativer Instrumente (darunter Zins-Swaps) ist nur dann zulässig, wenn er nachweislich zur Absicherung bestehender Positionen nach § 446 Abs 1 leg cit dient. Beschlüsse der Verwaltungskörper über Vermögensanlagen, die von diesen Vorschriften abweichen, bedürfen nach § 446 Abs 3 ASVG zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung der dort genannten Ministerien.

Ein Zins-Swap, bei dem zwei Vertragspartner vereinbaren, zu bestimmten zukünftigen Zeitpunkten Zinszahlungen auf festgelegte, fiktive Nennbeträge auszutauschen, kann entweder als Sicherungsinstrument gegen Zinsschwankungen einer bestimmten Verbindlichkeit oder Veranlagung, oder ohne Verbindung mit einer bestehenden Position als reines Spekulationsinvestment benützt werden.

Die Zustimmung der Leitungsgremien eines Sozialversicherungsträgers zu Zins-Swap-Geschäften hätte nach dem Gesetzeswortlaut nur im ersteren Fall nicht der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurft, nämlich wenn der Swap ausschließlich und nachweislich zur Absicherung einer konkreten Vermögensanlage oder Kreditaufnahme durch Ausschalten des Zinsschwankungsrisikos gedient hätte.

Es liegt kein Absicherungsgeschäft vor, wenn mit einem Zins-Swap ein neues Risiko geschaffen oder ein bestehendes erhöht wird; die Inkaufnahme eines - wenn auch subjektiv als gering eingeschätzten - Risikos zur Realisierung erhoffter Gewinnchancen ist vielmehr das Charakteristikum eines Spekulationsgeschäfts. Ein Absicherungsgeschäft wirft keinen Gewinn ab, sondern verursacht in jedem Fall Kosten und verhindert dafür - ähnlich einer Versicherung - mögliche Verluste.

1.2. Aufgrund des für den Obersten Gerichtshof bindend festgestellten Sachverhalts war den Vertragsverhandlern auf beiden Seiten bereits vor dem Abschluss des Rahmenvertrags klar, dass mit dem beabsichtigten Geschäft für die Beklagte nicht nur eine Gewinnchance, sondern auch ein spekulatives Risiko verbunden war, wenn sie sich auch über dessen Ausmaß kein klares Bild verschafft hatten.

Erklärtes Ziel der Beklagten war von vornherein die Erzielung von Gewinn, um die Kapitalerträge der Fonds aufbessern und die steigenden Barvorlagenzinsen ausgleichen zu können. Ein Zins-Swap hätte nur dann der Absicherung gedient, wenn damit entweder die Sollzinsen eines Barvorlagenkredits oder die Erträge eines bestimmten Fonds auf einen Fixwert „eingefroren“ worden wären. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt ist daher die Beurteilung des streitgegenständlichen Swap-Geschäfts als Spekulationsgeschäft völlig zutreffend.

1.3. Sowohl der Klägerin als auch der Beklagten musste daher unabhängig voneinander nach ihrem jeweiligen Kenntnisstand klar sein, dass es sich beim Quanto-Snowball-Swap (so wie auch bei der davor ins Auge gefassten Variante) um kein genehmigungsfreies Derivatgeschäft iSd § 446 Abs 2 ASVG handelte. Wollte man wie die Beklagte allein schon die Chance auf einen Gewinn zur Finanzierung künftiger Ausgaben als „Absicherung bestehender Positionen“ auffassen, würde selbst das Lotteriespiel unter den Begriff „Absicherungsgeschäft“ fallen.

Auf die Kausalität einer fehlerhaften Risikoauflärung durch die Klägerin kann sich die Beklagte allerdings nicht mit Erfolg berufen, weil der Quanto-Snowball-Swap selbst nach der ungenauen

Vorstellung, die ihr Finanzabteilungsleiter davon hegte, immer noch eindeutig ein Spekulationsgeschäft war, das als solches der Zustimmung der Aufsichtsbehörde bedurfte.

1.4. Gegenstand genehmigungspflichtiger Beschlüsse nach § 446 Abs 3 ASVG sind nach dem Gesetzeswortlaut nicht nur konkrete Vermögensanlagen in einem einzelnen Fall, sondern auch durch gemeinsame Gruppenmerkmale gekennzeichnete und voraussichtlich vorzunehmende Vermögensanlagen. Bereits die Grundsatzbeschlüsse der zuständigen Gremien der Beklagten über die Zustimmung zu Derivatgeschäften im Bereich des Zinsmanagements, die Grundlage für den Rahmenvertrag der Streitteile waren, hätten zu ihrer Wirksamkeit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurft, weil sie sich nur auf einen bestimmten Typ von Derivatgeschäften bezogen, aber nicht - schon gar nicht „nachweislich“ - auf Geschäfte mit reiner Sicherungsfunktion eingeschränkt waren.

1.5. Bereits der Wortlaut des § 446 Abs 3 ASVG normiert nicht nur eine intern zu beachtende Obliegenheit der Leitungsorgane, sondern eine Voraussetzung für die Wirksamkeit des zu genehmigenden Beschlusses. Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass diese Bestimmung genauso wie § 447 Abs 1 ASVG, der Geschäfte im Zusammenhang mit Immobilien unter Genehmigungsvorbehalt stellt, das im öffentlichen Interesse gelegene Ziel der Sicherung einer sorgfältigen und umsichtigen wirtschaftlichen Gebarung des Sozialversicherungsträgers sichern soll. Die zu § 447 Abs 1 ASVG entwickelten Grundsätze der höchstgerichtlichen Rechtsprechung sind auch hier anzuwenden.

Der Genehmigungsvorbehalt nach § 446 Abs 3 ASVG ist nicht eine bloße Organisationsvorschrift der

internen Willensbildung, sondern eine Anordnung, die die Handlungsfähigkeit der vertretungsberechtigten Organe des Sozialversicherungsträgers auch im Außenverhältnis beschränkt. Eine nicht durch die erforderliche ministerielle Genehmigungen gedeckte Willenserklärung des an sich zum Vertragsabschluss zuständigen Organs der Beklagten bindet diese nicht (1 Ob 13/93).

Die Regelung des § 446 Abs 3 ASVG war auch der Klägerin vor Vertragsabschluss ausdrücklich bekannt, weshalb die Revisionsausführungen über eine allgemeine Unzumutbarkeit der Kenntnis interner Organisationsvorschriften öffentlich rechtlicher Körperschaften am konkreten Sachverhalt vorbeigehen. Eine Anscheinsvollmacht kommt im vorliegenden Fall mangels eines der Aufsichtsbehörde zurechenbaren Rechtsscheins von vorne herein nicht in Frage (ua *Apathy/Riedler* in *Schwimann*<sup>3</sup>, § 867 ABGB Rz 7).

Der von der Rekurswerberin angestellte Vergleich mit der Verletzung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, wie einer Überschreitung des Haushaltsplans oder der Missachtung einer Weisung (vgl *Thunhart*, Privatrechtlicher Vertrauensschutz und § 867 ABGB, öarr 2001, 419) und die Auswirkung von Beschlusserfordernissen in politischen Gemeinden betrifft keinen mit dem vorliegenden vergleichbaren Sachverhalt. Eine Beurteilung, ob ein Derivatgeschäft zur „Absicherung bestehender Positionen“ dient, erfordert in erster Linie das Verständnis der Struktur des Geschäfts und ist daher gerade dem Anbieter am Besten möglich, der sich auch von der Erteilung der Genehmigung durch eine bedungene Vorlage des Genehmigungsbescheids überzeugen kann, bevor er eigene Dispositionen im Vertrauen auf den wirksamen Vertragsabschluss trifft.

1.6. Das Genehmigungserfordernis des § 446 Abs 3 ASVG lässt entgegen den Rekursausführungen keine besondere Gefahr eines Missbrauchs durch die öffentlich-rechtliche Körperschaft befürchten. Gerade wenn dem Sozialversicherungsträger die Berufung auf die Unwirksamkeit eines nicht genehmigten Geschäfts versagt würde, das sich als wirtschaftlich nachteilig erweist, würde der im öffentlichen Interesse gelegene Zweck der Genehmigungspflicht, ihn vor selbstschädigenden Vermögensdispositionen zu bewahren, verfehlt. Die Funktion des Genehmigungsvorbehalts als Mittel der präventiven Kontrolle von Rechtshandlungen von öffentlich-rechtlichen Körperschaften ist nur dann gewährleistet, wenn die Wirksamkeit des zu kontrollierenden Rechtsakts von der Erteilung der Genehmigung abhängt. Anderenfalls bliebe eine Verletzung des Genehmigungsvorbehalts ohne Folgen, weil die Mittel der repressiven Verwaltungskontrolle im Falle privatrechtlicher Verträge nicht wirksam eingreifen (BGH NJW 1999, 3335).

1.7. Die im Rekurs wiederholten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen §§ 867 ABGB und 446 Abs 3 ASVG sind nicht zu teilen. Die Notwendigkeit einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung für bestimmte, (zumindest hier) auch abgrenzbare Geschäftsfälle ist in ihrer Auswirkung eine Beschränkung der Vertretungsmacht der Organe des Selbstverwaltungskörpers, die umso weniger bedenklich ist, als auch juristische Personen des Privatrechts unterschiedlichen und abgestuften Formen der Vertretung nach außen unterliegen. Die Notwendigkeit einer aufsichtsbehördlichen Zustimmung stellt ein Hemmnis für risikobehaftete Finanztransaktionen der Sozialversicherungsträger dar. Eine verfassungswidrige

Ungleichbehandlung zu Lasten Privater ist in den hier zu beurteilenden Bestimmungen aber nicht zu erkennen.

Die Vorinstanzen sind daher zutreffend von einer Unwirksamkeit sowohl des Rahmenvertrags als auch des Quanto-Snowball-Swaps ausgegangen.

1.8. Die konkrete Ausgestaltung und der Umfang der Beratungspflicht einer Bank nach § 13 WAG ergibt sich jeweils im Einzelfall in Abhängigkeit vom Kunden, insbesondere von dessen Professionalität, und vom ins Auge gefassten Anlageobjekt (RIS-Justiz RS0119752). Der Klägerin ist zuzugestehen, dass ihr Berater im vorliegenden Fall einem akademisch ausgebildeten Leiter der Finanzabteilung eines Sozialversicherungsträgers gegenüberstand, bei dem sie einen gehobenen allgemeinen Wissensstand über Anlageprodukte erwarten durfte, zumal Versicherungsträger nach § 446 Abs 4 ASVG dafür Sorge zu tragen haben, dass ihre Veranlagung durch Personen erfolgt, die dafür fachlich geeignet sind und eine entsprechende Berufserfahrung nachweisen können. Insofern kommt sowohl der Mitteilung der Klägerin, sie schätze die Beklagte als professionelle Marktteilnehmerin ein und nehme daher von einer Befragung und Beratung im Sinn des WAG Abstand, als auch den Zusicherungen der Beklagten im Rahmenvertrag, über ausreichende Kenntnisse in den beschriebenen Geschäften zu verfügen und keine Beratung zu benötigen, in erster Linie deklarative Bedeutung zu.

1.9. Auch eine hohe Professionalität des Kunden kann aber nicht ausschließen, dass er im Einzelfall bezüglich eines bestimmten Geschäfts doch einer Fehlvorstellung unterliegt. Kann der Anlageberater dies erkennen, dann hat er den Kunden speziell darüber aufzuklären, will er nicht das Geschäft der Anfechtbarkeit wegen Willensmangels aussetzen (RIS-Justiz RS0016184 [T5, T6]; RS0038122 [T6];

RS0014816). Auch ein versierter Geschäftspartner darf nicht in die Irre geführt werden.

1.10. Das Berufungsgericht hat den Vorwurf einer Verletzung der Aufklärungspflichten der Klägerin daraus abgeleitet, dass deren Mitarbeiter falsche Vorstellungen des Kunden über das bei bestimmtem Verlauf des Geschäfts zu erwartende Verhalten der Bank und über die Höhe eines Ausstiegspreises nicht korrigiert und dadurch die Risiken des Geschäfts verharmlosend dargestellt hat. Diese Beurteilung wird vom erkennenden Senat geteilt.

Die Beklagte ist nicht etwa aus eigener Initiative an die Beklagte mit dem Ansinnen herangetreten, gerade einen Quanto-Snowball-Swap abzuschließen, sondern dieses spezielle Geschäft wurde ihr - in genauer Kenntnis ihrer Erwartungen und Anforderungen - von der Klägerin vorgeschlagen. Bei der Beantwortung der konkreten Fragen, die der Vertreter der Beklagten zu diesem Produkt gestellt hat, befand sich die Klägerin in der Rolle einer Anlageberaterin, die für ihre Erklärungen einzustehen hat. Sie kann sich bezüglich erbetener Informationen und Auskünfte nicht auf formularmäßige allgemeine Beratungsverzichtserklärungen oder Vermutungen bestehender - durch die Fragestellung aber widerlegter - Sachkenntnisse berufen.

1.11. Die objektiv unrichtige Information des Beraters, die Bank werde „wohl“ bei stagnierenden Zinsen nach einem Jahr kündigen, war für den Vertragsentschluss der Beklagten ganz wesentlich, wäre sie doch in diesem Fall mit einem sicheren Gewinn aus dem Geschäft ausgestiegen, ohne länger das schwer kalkulierbare Risiko einer Zinserhöhung in den Folgejahren tragen zu müssen.

Diese Überlegungen der Beklagten waren aber auch dem Verkaufsmitarbeiter aufgrund der mit dem

Finanzabteilungsleiter geführten Gespräche offenkundig. Seine Auskunft, in Verbindung mit der (ebenfalls nicht richtigen) Angabe, dass ein Ausstieg zum kalkulierbaren Barwert möglich wäre, musste geradezu zwangsläufig bei der Beklagten die Vorstellung erwecken, dass sie nicht von der Zinsentwicklung über die ganze fünfjährige Laufzeit abhängig sein, sondern nur ein geringes, durch Marktbeobachtung lenkbares Risiko bei erheblicher Gewinnchance eingehen würde.

Tatsächlich hatte die Klägerin aber aufgrund des von ihr auf dem Interbankenmarkt geschlossenen Hedge-Geschäfts ihr eigenes Spekulationsrisiko sofort neutralisiert und daher bei jedweder Zinsentwicklung kein Interesse an einer vorzeitigen Kündigung des Swaps. Soweit die Rekursausführungen der Klägerin eine hypothetische Inanspruchnahme des Kündigungsrechts unterstellen, entfernen sie sich von den maßgeblichen Sachverhaltsfeststellungen.

1.12. Der deutsche Bundesgerichtshof hat in einer jüngst ergangenen Entscheidung über Schadenersatzansprüche eines mittelständischen Unternehmens aufgrund behaupteter fehlerhafter Anlageberatung (BGH 22. 3. 2011, XI ZR 33/10x) festgehalten, dass bei einem hochkomplex strukturierten und riskanten Produkt (dort: CMS Spread Ladder Swap) unabhängig von den Vorkenntnissen und der Risikobereitschaft des Kunden hohe Anforderungen zu stellen seien. Insbesondere müsse dem Kunden in verständlicher und nicht verharmlosender Weise klar vor Augen geführt werden, dass sein nach oben nicht begrenztes Verlustrisiko nicht nur theoretisch, sondern real und ruinös sein könne, wogegen die beratende Bank - abgesehen von Hedge-Geschäften - ihr Verlustrisiko von vornherein eng begrenzt habe.

Die Bank verletze ihre Beratungspflicht bereits dann, wenn sie den Kunden nicht auf den bereits zum Abschlusszeitpunkt für ihn negativen Marktwert des Vertrags hinweise, weil der bewusst strukturierte negative Marktwert Ausdruck eines schwerwiegenden Interessenkonflikts sei. Zwar müsse die Bank bei Vertrieb eigener Anlageprodukte nicht eigens darauf hinweisen, dass sie mit dem Produkt Gewinne erziele, weil der insofern bestehende Interessengegensatz offensichtlich sei. Die Bank sei jedoch dann aufklärungspflichtig, wenn über das reine Gewinnerzielungsinteresse hinaus besondere Umstände hinzutreten, insbesondere wenn sie die Risikostruktur eines Anlagegeschäfts bewusst zu Lasten des Anlegers gestaltet habe, um das von ihm übernommene Risiko unmittelbar im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vertrags gewinnbringend verkaufen zu können.

1.13. Diese auf die Wohlverhaltensregeln des § 31 dWpHG gestützten Erwägungen können in den Grundzügen auch für den vorliegenden Fall Beachtung finden. Auch beim Quanto-Snowball-Swap handelte es sich um ein komplex strukturiertes Produkt mit einem der Höhe nach kaum kalkulierbaren, aber schon wegen des einseitigen Kündigungsrechts asymmetrisch verteilten Risiko. Der sichere Zinsertrag im ersten Vertragsjahr vermochte einen Lockeffer auszuüben. Über den Preis dieses Vorteils, insbesondere über den (nicht festgestellten) Barwert des Geschäfts bei Vertragsabschluss wurde die Beklagte jedoch ebensowenig aufgeklärt wie über die realistischen Bedingungen eines vorzeitigen Austritts und über die hohe Volatilität des Barwerts bei relativ geringen Zinsschwankungen.

Während der Finanzabteilungsleiter der Beklagten in seiner Meinung bestärkt wurde, es liege ein

beiderseitiges Spekulationsgeschäft vor, sodass sich die Klägerin in der Folge auch dementsprechend risikoschonend verhalten und kündigen werde, hat diese - konträr zur ihr bekannten Erwartungshaltung der Kundin - das von der Beklagten eingegangene Risiko für sich selbst umgehend durch Hedging in ein reines Spannungsgeschäft umgewandelt. Welchen Wert das von der Beklagten eingegangene Risiko auf dem Interbankenmarkt für die Klägerin tatsächlich hatte, lässt sich aus dem Klagsvorbringen insofern erahnen, als die Beklagte bis zur Glattstellung des Geschäfts 261.104,12 EUR an Zinsendifferenz lukriert hat, die Klägerin selbst aus dem Gegen-Swap aber 671.104,12 EUR.

1.14. Nach § 13 WAG in der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Fassung hatte die Klägerin ihre Dienstleistungen mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse ihrer Kunden zu erbringen, sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen, dafür zu sorgen, dass bei unvermeidbaren Interessenkonflikten der Kundenauftrag unter der gebotenen Wahrung des Kundeninteresses ausgeführt wird, und ihren Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich war.

Die Klägerin wäre danach vor Vertragsabschluss verpflichtet gewesen, der Beklagten auf deren ausdrückliche Anfragen hin eine sachlich richtige Auskunft über ihr generell fehlendes wirtschaftliches Interesse an der Ausübung des Kündigungsrechts zu geben, um ihr den bestehenden Interessenkonflikt deutlich zu machen. Da ihr bekannt war, dass die Beklagte mit einem vorzeitigen eigenen Vertragsausstieg im Fall nachhaltig steigender

Zinsentwicklung spekulierte und ihre Risikoeinschätzung danach ausrichtete, hätte es die Wahrung des Kundeninteresses außerdem erfordert, ihr eine realistische Vorstellung von der möglichen exorbitanten Höhe des Ausstiegspreises zu vermitteln.

1.15. Die im Rekurs behandelte Frage einer allfälligen Verletzung von laufenden Betreuungspflichten durch die Klägerin kann im Hinblick darauf, dass überhaupt kein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist, dahingestellt bleiben.

Der Rekurs der Klägerin erweist sich damit insgesamt als nicht berechtigt.

## 2. Rekurs der Beklagten

Die Beklagte macht geltend, das Berufungsgericht habe die gravierende Verletzung vor- und nachvertraglicher Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten durch die Klägerin nicht hinreichend gewürdigt. Die Annahme eines Mitverschuldens der Beklagten sei unvertretbar, weil sie den Swap ohne die vorangegangene Fehlberatung von vornherein nicht in Betracht gezogen hätte, sodass sich die Frage einer Genehmigung erübrigt hätte. Darüber hinaus sei der eingeklagte Schaden, der aus einem eigenständigen Swap-Geschäft mit einem Dritten abgeleitet werde, schon grundsätzlich nicht ersatzfähig.

Diesen Ausführungen kommt im Ergebnis Berechtigung zu.

2.1. Der Beklagten ist die Verletzung ihrer vorvertraglichen Pflicht zur Einholung der für die Wirksamkeit des Geschäfts erforderlichen Genehmigung grundsätzlich vorzuwerfen. Eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist verpflichtet, die Genehmigung eines mangels einer solchen schwebend unwirksamen Vertrags zu

beantragen, auch der Vertragspartner kann auf eine solche Genehmigung dringen (vgl. 1 Ob 13/93, RIS-Justiz RS0014713).

In den Fällen der Unwirksamkeit eines Geschäfts wegen Fehlens besonderer Gültigkeitsvoraussetzungen nach § 867 ABGB wird in herrschender Lehre und Rechtsprechung die Möglichkeit der Haftung des Rechtsträgers für culpa in contrahendo anerkannt (RIS-Justiz RS0009178; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 867 ABGB Rz 9a; *Apathy/Riedler* aaO § 867 ABGB Rz 9 mwN; vgl. auch *Heinrichs* in *Palandt*, BGB, § 275 Rz 39; ausführlich BGH NJW 99, 3335).

Umstände, die einem gültigen Vertragsschluss entgegenstehen, sind dem anderen Vertragspartner mitzuteilen (*Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 918 ABGB Rz 15 mwN). Auch öffentlich-rechtliche Körperschaften sind verpflichtet, den Partner durch ihre Verhandlungsführer als Erfüllungsgehilfen über die Gültigkeitsvoraussetzungen des beabsichtigten Geschäfts aufzuklären, sofern diese ihrem Organ bekannt oder leichter erkennbar sind als dem Partner. Wird der Partner im guten Glauben gelassen, es bestehe keine Genehmigungsbedürftigkeit, haftet die öffentlich-rechtliche Körperschaft auf das Vertrauensinteresse, wenn die Genehmigung in der Folge nicht erteilt wird (*Wilhelm*, Die Vertretung der Gebietskörperschaften im Privatrecht, 278 f; allgemein *Rummel* aaO § 867 Rz 9a).

Schon allein aufgrund der Zielsetzung ihrer handelnden Organe, mit der in Aussicht genommenen Art von Geschäften Spekulationsgewinne zu erzielen, hätte die Beklagte selbst das Erfordernis einer ministeriellen Genehmigung nach § 446 Abs 3 ASVG erkennen müssen. Mit dem der Klägerin vorwerfbaren, erst das konkret gewählte Derivatprodukt betreffenden Aufklärungsfehler kann sie sich

insoweit nicht entlasten.

2.2. Die Frage der Schadensteilung kann aber ausnahmsweise dahingestellt bleiben, weil die Klägerin im vorliegenden Verfahren keinen ersatzfähigen Schaden geltend macht.

Auch für Schäden aus einer Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten gilt, dass nur alle adäquaten und im Rechtswidrigkeitszusammenhang stehenden Folgen vom Normzweck mit erfasst sind. Die Kausalität rechtswidrigen Verhaltens reicht allein nicht zur Haftungsbegründung aus.

Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Vertragspartner bestehen im vorvertraglichen Stadium insbesondere dann, wenn erkennbar ist, dass dieser im Vertrauen auf eine abgegebene Erklärung sich anschickt, selbst Verbindlichkeiten einzugehen. Ist ein Geschäft formal abgeschlossen worden, aber nicht wirksam zustande gekommen, gebührt dem Vertragspartner, dessen Gegenüber ein Verschulden am Scheitern trifft, der Ersatz des Vertrauensschadens. Eine Haftung besteht jedoch nur für jene Folgen eines schädigenden Verhaltens, mit denen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge abstrakt gerechnet werden muss, nicht für einen atypischen Erfolg.

Eine adäquate Verursachung ist anzunehmen, wenn das Verhalten unter Zugrundelegung eines zur Zeit der Beurteilung vorhandenen höchsten menschlichen Erfahrungswissens und unter Berücksichtigung der zum Zeitpunkt der Handlung dem Verantwortlichen oder einem durchschnittlichen Menschen bekannten oder erkennbaren Umstände geeignet war, eine Schadensfolge von der Art des eingetretenen Schadens in nicht ganz unerheblichem Grad zu begünstigen (ua 1 Ob 643/84, 644/84; zust *Koziol*,

JB1 1986/105). Ist das schädigende Ereignis für den eingetretenen Erfolg nach allgemeiner Lebenserfahrung gleichgültig und war es nur durch eine außergewöhnliche Verkettung von Umständen eine Bedingung für den Schaden, mangelt es an der Adäquanz.

2.3. Mit welchen Auswirkungen einer Unwirksamkeit des Grundgeschäfts auf Vertragsverhältnisse des Partners mit Dritten gerechnet werden konnte, kann objektiv nur aus der Position ex ante beurteilt werden. Wie weit der Kreis der Haftungsfolgen bei Verletzung einer Vertragsnorm oder einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht reicht, ist davon abhängig, welche Umstände der Schuldner bei Vertragsschluss kannte oder kennen musste (*Reischauer* aaO, § 1295 ABGB Rz 6; RIS-Justiz RS0017850).

2.4. Die Übernahme des Risikos aus einem Vertrag, der vom anderen Teil mit Dritten abgeschlossen wurde, ist nur ausnahmsweise oder bei besonderer Vereinbarung vom Schutzzweck des Grundverhältnisses erfasst (1 Ob 643/84, 644/84). Umstände, die erst nach Vertragsabschluss erkennbar waren und die der Schuldner bei Eingehen der Verpflichtung nicht berücksichtigen konnte, dürfen ihm auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks zum Verhängnis werden (*Reischauer* aaO § 1295 ABGB Rz 8b, 8c). Wenn der geschädigte Vertragsteil mit der bedungenen Leistung Interessen verfolgt, die nicht mehr in der Leistung selbst liegen und daher vom üblichen Entgelt nicht abgedeckt werden, und überdies der Eintritt des Folgeschadens noch von einem Entschluss eines Dritten abhängig ist, der häufig kaum vorhersehbar ist, muss eine Zurechnung verneint werden (5 Ob 537/84 JB1 1986/105 [zust *Koziol*]; *Harrer* in *Schwimann*<sup>3</sup>, § 1295 ABGB Rz 29).

2.5. Der im vorliegenden Verfahren zu

beurteilende Schadenersatzanspruch der Klägerin resultiert nicht aus dem bereits rückabgewickelten, unwirksamen Swap-Geschäft selbst (sie macht keine Vertragsspesen, entgangenen Zinsen oder Finanzierungskosten geltend), sondern aus den Kosten der Auflösung eines nachträglich mit einem Dritten eingegangenen Vertrags.

Der im Rekurs der Klägerin angestellte Vergleich ihres Anspruchs mit jenem eines Handwerkers, der sich mit Material zur Ausführung eines dann nicht zustande gekommenen Auftrags eindecken musste, oder mit der Weiterveräußerung einer zu liefernden Sache, muss hier fehlschlagen. Die Klägerin musste das Gegen-Swap-Geschäft durchaus nicht abschließen, um den Vertrag mit der Beklagten erfüllen zu können. Der Senat verkennt zwar nicht, dass das Hedge-Geschäft wirtschaftlich betrachtet mit einem „Weiterverkauf“ der von der Beklagten im Derivatgeschäft übernommenen geldwerten Verpflichtungen verglichen werden könnte. Eine vorzeitige Auflösung des Gegen-Swaps war - anders als bei Weiterverkauf einer vom Vertragspartner zu liefernden Ware - aber nicht notwendige Folge der Unwirksamkeit des Grundgeschäfts, handelte es sich doch um ein rechtlich selbstständiges Geschäft im Rahmen des Betriebsgegenstands der Klägerin.

2.6. Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten vor Vertragsabschluss nicht zu erkennen gegeben, dass sie aufgrund des Swaps hohe Verbindlichkeiten gegenüber Dritten eingehen werde.

Die festgestellte Auskunft über die Wahrscheinlichkeit einer Kündigung bei stagnierendem CHF-Libor musste im Gegenteil bei der Beklagten den Eindruck festigen, dass die Klägerin ihren Teil des Wetriskos genauso wie die Beklagte selbst tragen werde. Es

war der Beklagten damit aber nicht möglich, dieses zusätzliche Risiko bei ihren Vertragsverhandlungen einzukalkulieren. Sie konnte es vor allem nicht bei ihrer Prüfung, ob eine aufsichtsbehördliche Genehmigung des Geschäfts erforderlich ist, berücksichtigen, wobei es auf der Hand liegt, dass diese Prüfung zu einem anderen Ergebnis führen hätte können, wenn die Beklagte bereits vor Vertragsabschluss auf das gesamte Ausmaß drohender Folgeschäden hingewiesen worden wäre.

Die bloß allgemein gehaltene Anmerkung des Treasury-Sales-Mitarbeiters, die Klägerin werde sich absichern, ist als ein Verweis auf die Risikobegrenzungspflicht der Banken nach § 39 Abs 1 BWG verständlich, ohne dass ihm eine konkrete Bedeutung bezüglich der Art der vorgesehenen Absicherung beigemessen werden konnte. Insbesondere war daraus für die Beklagte nicht erkennbar, dass die geplante „Absicherung“ umgehend zur Ursache eines exorbitanten Schadens mutieren könnte.

Dass der Abschluss eines gegenläufigen Spekulationsgeschäfts die einzige Möglichkeit der gesetzmäßigen Risikodeckung gewesen wäre, wurde nicht behauptet. Gegenstand des Klagebegehrens ist noch dazu nicht der Betrag, den die Klägerin zur Erfüllung des Hedge-Geschäfts aufwenden hätte müssen, sondern dessen spekulativer, vom Zeitpunkt der von ihr selbst herbeigeführten vorzeitigen Auflösung abhängiger Ausstiegspreis. Dieser Schaden lag nach dem festgestellten Sachverhalt nicht mehr innerhalb der Reichweite der vorvertraglichen Schutzpflichten der Beklagten.

Dieses Ergebnis ist auch aus dem Blickwinkel des Schutzzwecks des Genehmigungsvorbehalts konsequent, käme die Beklagte doch ansonsten auf dem Umweg des

Schadenersatzes in die Lage, anstelle des nicht genehmigungsfähigen, unwirksamen eigenen Spekulationsgeschäfts das nicht weniger nachteilige Spekulationsgeschäft der Klägerin erfüllen zu müssen.

Andere Forderungen als jene aus der vorzeitigen Beendigung des Hedge-Geschäfts wurden nicht erhoben, sodass sich eine weitergehende Auseinandersetzung mit Reichweite und Grenzen der eventuell möglichen Haftungsfolgen erübrigt.

2.7. Der Oberste Gerichtshof kann gemäß § 519 Abs 2 ZPO über einen Rekurs gegen einen Beschluss des Berufungsgerichts nach § 519 Abs 1 Z 2 ZPO durch Urteil in der Sache selbst erkennen, wenn die Sache zur Entscheidung reif ist.

Dem Rekurs der Beklagten war daher Folge zu geben, der angefochtene Beschluss aufzuheben und das abweisende Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Für die Zuerkennung eines Zuschlags gemäß § 21 RATG besteht nach Umfang und Gegenstand des vorliegenden Verfahrens keine Veranlassung.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 24. Oktober 2011  
Dr. S p e n l i n g  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: