

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.7. Banken- und Börsenrecht/Droit bancaire et droit boursier

OGer ZH LB200029-O/U: Zinsrückerstattung bei LIBOR-Hypothek

Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Urteil LB200029-O/U vom 19. Januar 2021, A. gegen B. (Schweiz) AG, Zinsrückerstattung bei negativem LIBOR und streitigem Nullzinsfloor.



FABIA STÖCKLIN*



CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT**

Enthält ein Kreditrahmen die Zinsformel «Basiszins + Zuschlag = Gesamtzins» und weicht die Bank später im Bestätigungsschreiben zu einem bestimmten Kredit von dieser Zinsberechnung ab, begründet dies zunächst nur die natürliche Vermutung für eine entsprechende individuelle Zinsvereinbarung. Ohne besondere Umstände ist indes nicht anzunehmen, dass die Parteien das Zinsänderungsrisiko asymmetrisch verteilt haben. Das spricht gegen die Annahme eines Nullzinsfloors, bei welchem ein negativer Basisatz mit 0% in den Gesamtzins einfliesst. Gleichzeitig ist ausserhalb von Geldmarkt- und Zinsderivatgeschäften auch nicht anzunehmen, dass die Parteien eine Umkehrung des Zinszahlungsstroms vereinbaren wollten, was gegen einen negativen Gesamtzins spricht. Im Zweifel führt daher ein negativer Basisatz zu einer Reduktion des Gesamtzinses auf maximal 0%.

I. Sachverhalt

Das Obergericht des Kantons Zürich beurteilte am 19. Januar 2021 einen Fall, der für die Schweizer Bankenwelt weitreichende Konsequenzen haben dürfte. Am 10. April 2012 schloss der nachmalige Kläger A. als Kunde einer Bank mit Sitz in Zürich einen Rahmenvertrag für einen Grundpfand-

kredit. Der Kontakt war über einen externen Berater, C., vermittelt worden, der schliesslich die Bank beim Vertragsabschluss vertrat.¹

Der Rahmenvertrag enthielt die folgende Zinsberechnungsformel: Basiszins + Zuschlag = Gesamtzins.² Dabei sollte der Zuschlag «die Marge der Bank sowie die Risikoerschätzung» berücksichtigen. (Im Folgenden wird zur Vereinfachung statt von Zuschlag von Marge die Rede sein und diese Marge später noch näher erläutert.)³ Der Rahmenvertrag sah weiter vor, dass die Parteien innerhalb des verfügbaren Kreditrahmens die einzelnen Kreditprodukte «formlos, insbesondere auch mündlich» vereinbaren konnten und diese Produktvereinbarungen «durch die Bank schriftlich, jedoch ohne Unterschrift bestätigt» würden.⁴ Für die «jeweiligen Zinssätze» wiederholte der Rahmenvertrag diese Bestätigungsschreiben noch separat.⁵

Tatsächlich vereinbarten Bank und Kunde als Kreditprodukt eine Rollover-Hypothek mit dem 1-Monats-LIBOR⁶ als Basiszins und einer Marge von 0,4%. Diese Konditionen hielt die Bank im Bestätigungsschreiben vom 11. April 2012 fest und fügte folgenden Satz bei: «Im Falle eines negativen LIBOR-Satzes wird ein LIBOR-Satz von 0,00% für die Berechnung verwendet.»⁷

Im Januar 2015 führte die Schweizerische Nationalbank (SNB) Negativzinsen auf den bei ihr gebuchten Giroguthaben von Geschäftsbanken ein und verschob ihr Zielband

¹ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.9 und 11.

² OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.4 (zit. Rahmenvertrag), 2. III.A.2.a.

³ III.A.2.a.

⁴ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.7 (zit. Rahmenvertrag), 1.

⁵ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.4 (zit. Rahmenvertrag), 2.

⁶ Der LIBOR (*London interbank offered rate*) ist ein Referenzzinssatz, dessen Ermittlung Ende Jahr eingestellt wird. Er basiert auf der Schätzung ausgewählter sog. Panelbanken hinsichtlich der Konditionen, zu denen sie glauben, am Geldmarkt London untereinander unbesicherten Kredit für ausgewählte Laufzeiten zwischen *overnight* und 12 Monaten zu bekommen. Er beinhaltet einerseits das Währungsrisiko der betreffenden Währung und zum andern eine (normalerweise gegen null tendierende) Prämie für das Kreditrisiko der kreditsuchenden Bank. Vgl. CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Negativzins: Vergütung für die Übernahme des Geldwertrisikos durch den Kapitalnehmer, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW) 1/2015, 350 ff., 369 f.; Bank for International Settlements (BIS), Towards better reference rate practices: a central bank perspective, March 2013, 4, Internet: <https://www.bis.org/publ/othp19.htm> (Abruf 7.6.2021); ANDREAS SCHRIMPF/VLADYSLAV SUSHKO, Nach dem LIBOR: eine Einführung zu den neuen Referenzzinssätzen, BIZ-Quartalsbericht März 2019, 6; GABRIEL RAUTERBERG/ANDREW VERSTEIN, Index Theory: The Law, Promise and Failure of Financial Indices, Yale Journal on Regulation 2013, 9 ff.

⁷ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.3–5.

* FABIA STÖCKLIN, BLaw, LL.M. (Edinburgh), Studentin in Assistenzfunktion, Universität Basel.

** CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Professorin für Privatrecht und Wirtschaftsrecht, Universität Basel.

für den Dreimonats-LIBOR in den negativen Bereich.⁸ Die Bank reagierte auf die Situation, indem sie fortan in der Zinsberechnung einen Basiszins von 0%, den sogenannten Nullzinsfloor, einsetzte.⁹ Ohne diese Reaktion hätte – trotz der Marge von 0,4% – ein negativer Gesamtzins auf der Hypothek resultiert, da der 1-Monats-LIBOR seither stets zwischen –0,904% und –0,793% oszillierte.¹⁰

Der Kunde machte geltend, dass sich ein negativer LIBOR auf seine Zinsschuld auswirke. Zwar forderte er von der Bank keine Zinszahlung an ihn selbst, sondern «lediglich[,] aber immerhin, dass der Gesamtzins auf 0% sinke»,¹¹ mithin Rückerstattung des von der Bank seit 2015 – seiner Meinung nach unrechtmässig – abgebuchten Zinses inklusive 5% Verzugszins. Im Eventualstandpunkt verlangte er Ersatz des Schadens, den er mangels Aufklärung darüber, was ein Nullzinsfloor bedeutet, erlitten habe.

Die Bank hingegen stellte sich auf den Standpunkt, dass der Kunde in der gesamten Zeit weder die entsprechenden Abbuchungen jemals beanstandet noch auf ein Bestätigungsschreiben der Bank bezüglich der angepassten Zinsberechnung reagiert habe. Damit liege eine stillschweigende Einwilligung an die angepassten Konditionen vor. Die Klage sei deswegen abzuweisen.

II. Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich

A. Konsens über den Nullzinsfloor

Das Obergericht befasste sich materiell zunächst mit der Frage, ob der zwischen den Parteien geschlossene Hypothekarvertrag, mithin die Produktvereinbarung, einen LIBOR-Nullzinsfloor vorsah oder nicht. Die Bank stellte sich mit der Vorinstanz auf den Standpunkt, dass die Parteien die genauen Zinskonditionen und namentlich den Nullzinsfloor erst im Hypothekarvertrag festgelegt hätten. Der Inhalt dieser konkretisierenden und formlosen Vereinbarungen ergebe sich aus den schriftlichen Bestätigungen,¹² denen im Sinne von kaufmännischen Bestätigungsschreiben rechts-erzeugende Kraft zukomme. Der Kunde habe ihnen nicht

widersprochen und sie damit stillschweigend akzeptiert. Das gelte namentlich für den Hinweis, wonach «im Fall eines negativen LIBOR-Satzes ein LIBOR-Satz von 0,00% für die Berechnung verwendet» werde. Eventualiter liege ein Realakzept vor, da der Kunde den Gesamtzins gestützt auf die Berechnung mit dem Nullzinsfloor über Jahre hinweg vorbehaltlos bezahlt und keine der an ihn ergangenen 88 Fälligkeits- und Belastungsanzeigen beanstandet habe. Er verhalte sich widersprüchlich, wenn er erst nach all dieser Zeit die Zinsberechnung anfechte.

Der Kunde seinerseits bestritt, dass über den Nullzinsfloor ein tatsächlicher Konsens getroffen worden sei. Denn von einem Nullzinsfloor sei nie die Rede gewesen. Er habe auch später nicht konkludent eingewilligt, was schon mangels Aufklärung durch die Bank über den Nullzinsfloor nicht möglich gewesen wäre. Zudem seien vorliegend die Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben unanwendbar, da die Hypothek privaten Zwecken diene und die Bestätigung grundlegend vom Vereinbarten abweiche. Die von der Bank abgebuchten Zinsen könnten zudem nicht als Realakzept qualifiziert werden, da er in dieser Hinsicht rein passiv geblieben und bezüglich der Grundlosigkeit dieser Buchungen unwissend gewesen sei.¹³ Also berechne sich der Gesamtzins einzig nach der Formel im eingangs erwähnten Rahmenvertrag.

Das Obergericht hatte folglich zu beurteilen, ob gestützt auf den Rahmenvertrag, aber in einem separaten Rechtsakt, der Produktvereinbarung, *überhaupt* verbindlich ein Nullzinsfloor verabredet wurde. Es hielt fest, dass eine solche Abrede aufgrund ihrer spezifischen und vom Rahmenvertrag unabhängigen Natur jedenfalls nicht als allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) zu qualifizieren sei.¹⁴ Damit einher ging die Frage, ob die Parteien eine solche Produktvereinbarung *formlos* trafen oder ob die Bank sie dem Kunden erst durch *schriftliche* Bestätigung antrug und der Kunde sie alsdann i.S.v. Art. 6 OR durch Schweigen akzeptierte, insbesondere nach den Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben oder belegt durch Realakzept in Form der widerspruchslosen Zinszahlungen. Weil der Rahmenvertrag selbst explizit zwischen (formlosen) Produktvereinbarungen einerseits und (schriftlichen) Bestätigungen andererseits unterschied, gelangte das Obergericht zum Schluss, dass letztere den Antrag nur belegen, aber nicht beinhalten konnten.¹⁵

⁸ Vgl. SNB, Medienmitteilung «Nationalbank hebt Mindestkurs auf und senkt Zins auf –0,75%», 15. Januar 2015, Internet: https://www.snb.ch/de/mmr/reference/pre_20150115/source/pre_20150115.de.pdf (Abruf 24.5.2021).

⁹ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.5.

¹⁰ Das seither stets unter –0,5% liegende Zinsband wird dargestellt, wenn auf <https://www.global-rates.com/de/zinssatze/libor/schweizerfranken/2015.aspx> (Abruf 24.5.2021) unter «Ergänzende Informationen pro Laufzeit» die Laufzeit «LIBOR CHF – 1 Monat» gewählt wird (vgl. die rechtsseitige Grafik «langfristige Zinsentwicklung»).

¹¹ Zit. OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.2.

¹² Zit. OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.8.

¹³ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.12.

¹⁴ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.10. Zur Prüfung nach Art. 8 UWG vgl. JEAN-MARC SCHALLER, Negativzins-Update #13, Fin-Blog, 25.5.2021, N 12 f. m.w.H.

¹⁵ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.10.

Folglich analysierte das Gericht die Situation primär im Hinblick darauf, dass es sich um kaufmännische Bestätigungsschreiben handeln könnte, und wies dazu auf dessen Funktionen hin:¹⁶ Prinzipiell sei es nur (aber immerhin) Beweismittel für den Abschluss oder die Abänderung eines Vertrags nach den im Schreiben statuierten Konditionen. Es erzeuge mithin eine natürliche Vermutung, die indes durch Gegenbeweis umgestossen werden könne. Darüber hinaus komme einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben ausnahmsweise konstitutive Wirkung zu:¹⁷ Weicht es nur unwesentlich vom Vereinbarten ab, liegt darin eine Änderungs-offerte, welcher der Empfänger widersprechen muss, ansonsten wird sie stillschweigend akzeptiert. Vorliegend war indes bereits der Inhalt der Produktvereinbarung streitig und daher unklar, ob die Bestätigung davon grundlegend abwich. Das Gericht brauchte daher weder zu beurteilen, ob die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben bei privaten Geschäften einschlägig sind, noch, ob das Schreiben mangels Remonstration des Kunden rechtserzeugende Wirkung hätte entfalten können.

Auch die Argumentation der Bank bezüglich eines Reakzeptes verwarf das Obergericht: Zwar seien die Zinszahlungen ohne Widerspruch des Kunden erfolgt, allerdings auch automatisch ausgelöst worden und hätten damit einen passiven Charakter gehabt. Zudem erinnerte es daran, dass Erfüllungshandlungen als sogenannte Folgetatsachen lediglich allfällige Rückschlüsse auf den tatsächlichen Vertragswillen der Parteien erlaubten,¹⁸ mithin nicht selbst als Akzept kraft schlüssigen Verhaltens zu qualifizieren seien.

Im Ergebnis befand das Obergericht, dass nicht belegt sei, dass die Parteien nach Abschluss des Rahmenvertrags überhaupt über Zinskonditionen gesprochen hätten und, falls ja, welche Einigung bezüglich des Nullzinsfloors erzielt worden sei und ob die Bestätigungsschreiben sich damit im Wesentlichen deckten oder nicht. Das habe die Vorinstanz im Rahmen eines weiteren Beweisverfahrens erst noch abzuklären, weshalb es die Sache dorthin zurückwies.¹⁹ Implizit hat das Obergericht damit auch zum Ausdruck gebracht, dass es dem Kunden zumindest einstweilen gelungen ist, die natürliche Vermutung aus den Bestätigungsschreiben durch Gegenbeweis zu entkräften.

B. Weitere Rechtsfragen

Mit weiteren Fragen befasste sich das Obergericht entweder gar nicht oder nur *obiter*. So hielt es lediglich kursorisch fest, dass der *Anspruch auf Rückerstattung* zu Unrecht belasteter Zinsen auf Vertrag beruhe und nicht bereicherungsrechtlicher Natur sei. Daher sei namentlich die von der Bank vorgetragene Einrede der irrtumsfreien Leistung nach Art. 63 Abs. 1 OR ausgeschlossen.²⁰

Zum Eventualbegehren des Kunden musste sich das Obergericht gar nicht erst äussern. Der Kunde hatte für den Fall, dass in der Hauptsache doch ein Konsens über den Zinsfloor erstellt werden sollte, geltend gemacht, daraus entstehe ihm ein *ersatzpflichtiger Zinsschaden*. Dieser beruhe darauf, dass die Bank ihn über Wesen und Tragweite des Zinsfloors *nicht vertragsgemäss aufgeklärt* habe.²¹ Da die Vorinstanz erst das Beweisverfahren zum Hauptbegehren abschliessen muss, erübrigte sich ein Entscheid zum Eventualbegehren. Indes hätten die erforderlichen Grundlagen im Rechtsmittelverfahren sowieso gefehlt, da die Ausführungen im Urteil der Vorinstanz der Begründungspflicht nicht genügten.²²

III. Anmerkungen

A. Zulässigkeit negativer Zinsen

Enthält ein Vertrag wie im vorliegenden Fall einen variablen Basiszins und eine Marge, sind in Bezug auf negative Zinsen drei Szenarien denkbar: Entweder kann die variable Zinskomponente (1) unbegrenzt in den negativen Bereich umschlagen und so einen *negativen Gesamtzins* ergeben; oder sie kann (2) in den negativen Bereich umschlagen, dies aber (mit umgekehrten Vorzeichen) nur bis zur Höhe der Marge, so dass der *Gesamtzins maximal auf 0% sinkt*; oder sie kann (3) maximal auf 0% absinken, so dass die Marge nicht bloss rechnerisch in den Gesamtzins einfließt, sondern die *effektive Auszahlung der Marge gesichert* wird. Schon hier sei betont, dass die Marge der Bank zwar nur in Variante drei effektiv zur Auszahlung gelangt, finanziell aber in allen Varianten voll berücksichtigt wird.²³

¹⁶ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.11.

¹⁷ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.10 i.f. (e contrario).

¹⁸ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.12.

¹⁹ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.13.

²⁰ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.12.

²¹ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. I.1.

²² OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. II.5.

²³ Ungenau insofern etwa BGE 145 III 241 E. 3.5.2 m.w.H., in: Pra 2020, Nr. 58, wonach Variante 3 dazu diene, «die Marge der Bank sicherzustellen» (Hervorhebung d.d.V.), denn sichergestellt wird nur ihre Auszahlung.

1. Negativer Gesamtzins

Ein Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und die Lehre zeigt, dass die Zulässigkeit negativer Gesamtzinsen mit Verweis auf die Vertragsfreiheit nicht *grundsätzlich* in Abrede gestellt wird.²⁴ Das ist richtig, denn negative Zinsen spiegeln die Konditionen, zu denen sich Akteure am Schweizer-Franken-Geldmarkt seit 2015 tagtäglich (und schon davor zeitweise) temporär Liquidität gewähren – und zwar in der zutreffenden Überzeugung, rechtlich gültige Kreditgeschäfte zu tätigen, unabhängig davon, ob diese dogmatisch als Darlehen oder als Innominatverträge qualifiziert werden.

Eine andere Frage ist es hingegen, ob ein *konkretes* Rechtsgeschäft einen negativen Gesamtzins zulässt, wenn dazu nicht ausdrücklich etwas vereinbart wurde. Lässt sich der tatsächliche Vertragswille nicht feststellen, ist der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.²⁵ Dazu sind die gesamten Umstände zu berücksichtigen; so auch die Tatsache, dass Negativzinsen ihren Ausgang schwerwichtig am Geldmarkt genommen haben und namentlich in die *interbank offered rates* (IBOR, darunter der in London ermittelte LIBOR) einfließen, welche primär das Geldwertrisiko abbilden.²⁶ Entsprechend ist die Zulässigkeit negativer Gesamtzinsen umso eher zu bejahen, je klarer ein Vertrag dem Geldmarkt zuzurechnen ist (und noch mehr, soweit er nach dem Auftreten negativer Zinsen geschlossen wurde),²⁷ sowie bei Derivaten, die typeninhärent darauf abzielen, Zinsrisiken unter den Parteien zu verteilen.²⁸

Hypothekengeschäfte fallen unter keine der genannten Kategorien. Nur schon vor diesem Hintergrund hat das Bundesgericht die Zulässigkeit eines negativen Gesamtzinses etwa im «Genfer Negativzins-Fall» zu Recht verneint. Denn schon die Laufzeit von 20 Jahren und eine Gemein-

de als Kreditnehmerin²⁹ sprachen gegen ein Geldmarktgeschäft. Zudem datierte der Vertrag von 2006 und somit aus einer Zeit, als der dort einschlägige CHF-6-Monats-LIBOR von 1,2% auf 2,2% stieg und keine der Parteien mit negativen Zinsen rechnen musste. Desgleichen hat das Bezirksgericht des Kantons Zürich mit Blick auf eine Festhypothek von 2012 zutreffend verneint, dass negative Marktzinsen in die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung einfließen dürften.³⁰ In einem weiteren, ähnlich gelagerten Fall mit einer am 16. November 2011 abgeschlossenen Festhypothek gelangte das Obergericht des Kantons Zürich zum selben Schluss.³¹

2. Nullzinsfloor (Sicherung Margenauszahlung) oder Gesamtzins von 0%?

Noch nicht höchstgerichtlich beantwortet ist die weitere Frage, ob ohne ausdrückliche Abrede ein negativer Basiszins bei Hypothekengeschäften im Sinne eines Nullzinsfloors nur mit 0% in den Gesamtzins einfließt³² oder ob er darüber hinaus den Gesamtzins auf 0% reduziert.³³ Zur Klärung ist auf die beiden Summanden des Gesamtzinses, d.h. auf die Marge und den Basiszins, kurz einzugehen.

a. Marge

Die Marge ist ökonomisch betrachtet eine *Bruttogewinnspanne* und beinhaltet mehrere Komponenten:³⁴ den Refinanzierungsaufschlag (*funding spread*), den Risikoaufschlag, Eigenkapitalkosten, die zurechenbaren Betriebskosten, die Overheadkosten sowie einen Gewinnaufschlag.

²⁴ BGE 145 III 241 E. 3.5.2 m.w.H., in: Pra 2020, Nr. 58: «Wenn auch nicht sicher ist, ob ein solcher Vertrag mit dem Wesen des Darlehensvertrages noch vereinbar ist, ist er doch nicht weniger gültig und dürfte als atypischer Darlehensvertrag oder Innominatvertrag qualifiziert werden.» Vgl. auch MARTIN PLENIO, Negativzinsen auf Girokontoguthaben bei der SNB – Eine rechtliche Betrachtung, SZW 2015, 527 ff., 528 f.; BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER, Art. 314 N 1c, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser).

²⁵ BGE 145 III 241 E. 2.3.2 und 3.5.2, in: Pra 2020, Nr. 58.

²⁶ ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 6), 369 f.

²⁷ Vgl. CORINA MOSCHEN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Negativzinsen bei Darlehen, SZW 2019, 536 ff., 544.

²⁸ ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 6), 371 f. m.w.H. Vgl. auch das Beispiel bei JEAN-MARC SCHALLER, Negativzinsen im Aktiv- und Passivgeschäft von Banken, in: Mirina Grosz/Seraina Grünwald (Hrsg.), Recht und Wandel, Festschrift für Rolf H. Weber, Zürich 2016, 250 ff., 267 f. zu Zins-Swaps.

²⁹ BGE 145 III 241 Sachverhalt A.a und E. 1, in: Pra 2020, Nr. 58.

³⁰ BezGer ZH, FV180107, 28.9.2018, E. 3.4, in: ZR 2018, 260 ff., weil erstens der Wortlaut suggerierte, dass die Bank bei einer Wiederranlage Zins einnehmen und nicht zahlen würde, zweitens die SNB erst 2015 Negativzinsen einführt und drittens eine weitere Berechnungsformel im selben Vertrag bei Libor-Hypotheken einen allfällig negativen Libor-Zinssatz explizit unberücksichtigt liess.

³¹ OGer ZH, PP190013, 22.8.2019, E. II.5.4.2 und II.5.5.

³² Für Rechtsvergleiche siehe BGE 145 III 241 E. 3.5.3, in: Pra 2020, Nr. 58. Für eine Auslegung im Sinne eines Nullzinsfloors BENEDIKT MAURENBRECHER/FABRICE ECKERT, Aktuelle vertragsrechtliche Aspekte von Negativzinsen, GesKR 2015, 367 ff., 376; BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER (FN 24), Art. 314 N 1c.

³³ Im letzteren Sinne aber jeweils die Vorinstanz in BGE 145 III 241, in: Pra 2020, Nr. 58, sowie im vorliegenden Urteil. Ebenfalls für diese Lösung SCHALLER (FN 28), 266 f.; MOSCHEN/VON DER CRONE (FN 27), 544.

³⁴ SCHALLER (FN 28), 265 f. m.w.H. ALEXANDER BLAESER, Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2011, 93, sieht in der Marge eine «Gegenleistung für das eingegangene Kreditrisiko» und eine «Entschädigung» der Bank – freilich ohne diese Entschädigung näher aufzuschlüsseln. Verkürzt auch noch ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 6), 370, und BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER (FN 24), Art. 314 N 2.

Der Refinanzierungsaufschlag spiegelt die Kosten, welche die Bank aufgrund ihres eigenen Ausfall- und Liquiditätsrisikos und der von ihr gewählten Geschäftsstruktur für die Refinanzierung des Kreditgeschäfts zusätzlich zum Basiszins bezahlen muss.³⁵ Der Risikoaufschlag hängt ab von der Bonität des Kunden und den beigebrachten Sicherheiten und deckt den erwarteten Verlust aus dem Kreditgeschäft. Die Eigenkapitalkosten entsprechen den Renditeerwartungen der Eigenkapitalgeber, welche die Bank erfüllen muss, damit sie die eigenen Mittel beschaffen kann, die sie nach Aufsichtsrecht zur Deckung unerwarteter Verluste aus dem Kreditgeschäft vorhalten muss. Die zurechenbaren Betriebskosten entstehen im Rahmen des Kreditgeschäfts, etwa durch damit befasstes Personal. Overheadkosten sind sodann erforderlich, um den Bankbetrieb insgesamt zu gewährleisten. Da sie dem Kreditgeschäft nicht direkt zurechenbar sind, werden sie via Umrechnungsschlüssel auf jedes Geschäft überwältzt. Der Gewinnaufschlag entspricht schliesslich jenem Ertragsanteil, den die Bank aus dem Kreditgeschäft als Reingewinn abschöpfen möchte.³⁶

b. Basiszins

Der Basiszins wird demgegenüber bezeichnet als *Rendite*, welche mit einer *risikolosen Anlage* für die betreffende Laufzeit erzielt werden könnte.³⁷ Jedenfalls für den LIBOR ist dies in zweierlei Hinsicht zu relativieren. Erstens ist auch dieser Basiszins nicht gänzlich risikofrei, sondern spiegelt nur, aber immerhin, das Geldwertänderungsrisiko der betreffenden Währung.³⁸ Zudem enthielt auch der LIBOR nach 2008 ein Gegenpartierisiko, da selbst die Panelbanken, welche an der Ermittlung des LIBOR mitwirkten, aufgrund ihrer Bilanzsituation nach der Finanzkrise Refinanzierungsaufschläge hinnehmen mussten (dies im Zuge des sog. Libor-Skandals aber verheimlichten, was letztlich zur Abschaffung des LIBOR führte).³⁹

c. Fazit

Welche rein ökonomischen Folgen hat nun ein negativer Basiszins für die Bank? Soweit sich die Bank laufend am Geldmarkt refinanziert, profitiert sie von den sinkenden Kosten. Refinanziert sie sich hingegen primär über Kundeneinlagen, so kann sie deren Verzinsung zwar senken, allerdings für das Gros der Kunden maximal auf null – darüber hinaus kann sie bislang höchstens neue Gebühren erheben. Hat sie sich gar mit einem Zinsswap gegen steigende (Einlagen-)Zinsen abgesichert,⁴⁰ muss sie zusätzlich zum fixen Zahlungsstrom (*fixed leg*) auch das negativ gewordene *floating leg* des Swaps sowie die Einlagenzinsen bezahlen.

Die Beispiele zeigen deutlich, wann ein negativer Basiszins die Bank wirtschaftlich nachteilig trifft: nämlich dann, wenn sie eine Refinanzierungsform wählt, die sich zum Basiszins nicht kongruent verhält, mithin die Entwicklung des von ihr festgelegten Basiszinses nicht oder nur unvollständig nachvollzieht oder ihr sogar zuwiderläuft. Dieses Risiko ist aber Teil des oben beschriebenen Refinanzierungsaufschlags – und damit bereits durch die Marge der Bank abgedeckt. Eine nochmalige Kompensation durch Veränderung des Basiszinses ist daher weder angezeigt noch gerechtfertigt. Das gilt selbst dann, wenn die Bank den Refinanzierungsaufschlag zu knapp bemessen hat. Denn die Margenkalkulation liegt einzig in ihrer eigenen Risikosphäre.⁴¹ Eine Überwälzung auf den Kunden würde voraussetzen, dass nur schon die Refinanzierungsfrage als solche im Rahmen der Vertragsverhandlung nachweislich thematisiert werden müsste. Eine ausserordentliche Anpassung wäre daher erst unter den Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* zuzulassen.

Nach dem Gesagten senkt ein negativer Basiszins den Gesamtzins eines Hypothekarkredites im Zweifel auf ma-

³⁵ Zum Refinanzierungsaufschlag vgl. etwa MARC SCHWARZ/MARTIN SPILLMANN, Die Steuerung der Bankbilanz und deren Einfluss auf das Kundengeschäft, in: Thomas K. Birrer/Markus Rupp/Martin Spillmann (Hrsg.), Corporate Treasury Management, Wiesbaden 2018, 372 ff., 379 ff. Basiszins und Aufschlag ergeben somit den sog. Refinanzierungszins.

³⁶ Vgl. etwa BERND ROLFES, Margenkalkulation, Gabler Banklexikon, 22.10.2018, Internet: <https://www.gabler-banklexikon.de/definition/margenkalkulation-59741/version-338863> (Abruf 24.5.2021).

³⁷ Vgl. etwa JOCHEN DRUKARCZYK/ANDREAS SCHÜLER, Unternehmensbewertung, 7. A., München 2016, 238.

³⁸ Risiko von Auf- oder Abwertung bzw. Inflation oder Deflation; vgl. ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 6), 369 f.

³⁹ Momentan wird auf globaler Ebene generell eine Ablösung des LIBOR durch neue Referenzzinssätze vorbereitet: Nationale Arbeitsgruppe für Referenzzinssätze in Franken (NAG), Minutes, 17th Meeting, 5. Oktober 2017, Internet: https://www.snb.ch/en/mmr/reference/minutes_20171005/source/minutes_20171005.en.pdf

(Abruf 24.5.2021). Die Veröffentlichung des LIBOR ist hingegen nur noch bis Ende 2021 gewährleistet: ANDREW BAILEY, The future of LIBOR, Referat, 27. Juli 2017, Internet: <https://www.fca.org.uk/news/speeches/the-future-of-libor> (Abruf 24.5.2021), MAURENBRECHER/ECKERT (FN 32), GesKR 2020, 402.

⁴⁰ Vgl. ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 6), 372: Zinsswaps «werden etwa von Banken geschlossen, die ihre langjährigen Festhypotheken über variabel verzinsliche Kundeneinlagen refinanzieren. Denn im Falle eines Zinsanstiegs würden die Hypothekarzinsen nicht mehr ausreichen, um die Einlagen zu verzinsen. Aus diesem Grund verswappt eine Bank ihre Position, indem sie sich für die Dauer des Hypothekarkredits verpflichtet, der Swap-Gegenpartei einen fixen Zins zu zahlen (den sie aus den Hypothekarzinsen alimentiert), während die Gegenpartei einen variablen Zins zu leisten hat, wobei hier i.d.R. der 6-Monats-Libor der betreffenden Währung maßgebend ist. So kann die Bank bei steigenden Zinsen die Einlagen aus den ebenfalls steigenden Zinsen des floating legs begleichen.»

⁴¹ Im Ergebnis ebenso SCHALLER (FN 28), 265 f. Desgleichen auch der Oberste Gerichtshof der Republik Österreich in OGH, 4 Ob 60/17b, 3.5.2017, E. 3.2–3.3.

ximal null. Eine einschränkende Auslegung des Basiszinses im Sinne eines Nullzinsfloors ist daher ohne nachweisbare Vereinbarung oder besondere Umstände nicht zulässig.

3. Auslegung im vorliegenden Fall

Das vorliegende, 2012 geschlossene Hypothekengeschäft ist weder dem Geldmarkt zuzurechnen, noch ist es als Derivat zu qualifizieren, so dass schon deshalb ein negativer Basiszins nicht ohne besondere Umstände zu einem negativen Gesamtzins führen darf. Solche Umstände fehlten vorliegend und hat der Kunde auch nicht behauptet. Er hat daher mit gutem Grund gar nicht erst versucht, einen negativen Gesamtzins geltend zu machen.⁴²

Zwar notierte der Schweizer-Franken-LIBOR, darunter der hier einschlägige 1-Monats-LIBOR, bereits im August 2011 erstmals negativ.⁴³ Darum publizierte die europäische Interessenvereinigung Loan Market Association (LMA) schon im Folgemonat u.a. eine optionale Ergänzung ihrer LIBOR-Definition, wonach ein negativer Wert als null gelten sollte.⁴⁴ Schweizer Banken nahmen entsprechende Ergänzungen ab 2012 in ihre Verträge auf.⁴⁵ Zudem fiel der 1-Monats-LIBOR erst im Dezember 2012 erneut in den negativen Bereich.⁴⁶ Der Bank waren im vorliegenden Fall die beschriebenen Entwicklungen ganz offenbar bewusst. Das ergibt sich daraus, dass schon ihr erstes Bestätigungsschreiben vom April 2012 eine Regelung wie jene der LMA enthielt.

Es erzeugt wie gesehen die natürliche Vermutung, dass die Parteien diese Regelung für die Rollover-Hypothek vorgängig formlos vereinbart haben.⁴⁷ Indessen kann der Kunde diese Vermutung mittels Gegenbeweis entkräften, indem er nur schon Zweifel darüber hervorruft beim Gericht – hier beim Obergericht, das die Sache alsdann für das Beweisverfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen hat. Im Lichte

des bereits Gesagten sind die Erfolgsaussichten für diesen Gegenbeweis intakt:

Bevor die SNB 2015 ihr Zielband massiv unter null absenkte, musste jedenfalls die breite Bevölkerung kaum damit rechnen, dass der LIBOR einmal negativ werden könnte.⁴⁸ Zudem reagieren Finanzmärkte längst nicht immer rational, besonders nicht in Krisensituationen, was eine Vorhersehbarkeit weiter erschweren bzw. verunmöglichen kann.⁴⁹ Entsprechend musste auch der Kunde diese Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht antizipieren. Aus dem Urteil ist zwar ersichtlich, dass die Bank ihn als «geschäftserfahren» bezeichnet.⁵⁰ Allerdings fehlen Hinweise darauf, dass er, anders als offenbar die Bank, über die Zinsbewegungen im August 2011 oder die Reaktion der LMA sowie gewisser Schweizer Banken im Bilde gewesen wäre. Damit bestand zwischen den Parteien ein offensichtliches *Wissensgefälle*.

Hinzu kommt, dass die Auslegung im Sinne eines Nullzinsfloors *asymmetrisch* in die vertragliche *Risikoverteilung* eingreift: Dem Kunden erwächst daraus (insb. bei einer Gegenbewegung des Basiszinses in einen höheren positiven Bereich) keinerlei Vorteil. Hingegen entlastet es Banken, die ihren Refinanzierungsaufschlag zu tief angesetzt haben, und bereichert Banken, deren Refinanzierung sich durch den negativen Basiszins sogar vergünstigt.

Eine Bank, die im April 2012 den Basiszins in diesem Sinne verstanden wissen wollte, musste daher einen entsprechenden Nullzinsfloor bereits im schriftlichen Rahmenvertrag *explizit vorbehalten – oder* den Kunden zumindest mit Blick auf die konkrete Hypothek ausdrücklich über diese asymmetrischen Folgen *aufklären*. Der Einbezug ist nicht geschehen und die Aufklärung bislang nicht erstellt. Daher ist dem Obergericht zuzustimmen, wenn es im Hinblick auf die Beweislage festhält, dass ein allfälliger Konsens über den Nullzinsfloor nicht bereits im Rahmenvertrag, sondern in einer späteren separaten Vereinbarung zu suchen sei.

B. Abänderung der Zinsberechnung durch Bestätigungsschreiben oder Realakzept

Mit Blick auf eine solche spätere Vereinbarung stellt sich namentlich die Frage, aus welchem Rechtsakt, der dem Vertragsschluss nachfolgte, sich der Konsens über den Nullzinsfloor ableiten lassen könnte.

⁴² Vgl. OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. II.2 i.f.

⁴³ Link zu den historischen Zinssätzen in FN 10; vgl. schon ZELLWEGER-GUTKNECHT (FN 6), 366. Die Finanzmärkte reagierten damit auf die historisch erstmalige Rückstufung der US-Anleihen durch die Ratinggesellschaft Standard and Poor's von AAA auf AA+.

⁴⁴ Loan Market Association (LMA), IBOR Note, 12.9.2011, Internet: https://web.archive.org/web/20111119173129/www.lma.eu.com/uploads/files/LMA_IBOR_note.pdf (Abruf 7.6.2021): «members may wish to consider proposing an amendment to the definition of LIBOR [...] that would put a floor on the relevant rate».

⁴⁵ Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2015, 25 f., Internet: https://bankingombudsman.ch/wp-content/uploads/2020/05/RZ_SBO_Jahresbericht_2015_A4_de_web.pdf (Abruf 24.5.2021). Vgl. auch BezGer ZH, FV180107, 28.9.2018, E. I., in: ZR 2018, 260 ff.

⁴⁶ Vgl. Link zu den historischen Zinssätzen in FN 10.

⁴⁷ Vgl. II.A.

⁴⁸ MAURENBRECHER/ECKERT (FN 32), GesKR 2015, 372.

⁴⁹ Vgl. auch: ROSA MARÍA LASTRA, Legal Foundations of International Monetary Stability, Oxford 2006, 114.

⁵⁰ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.3.

In Abweichung zur Zinsberechnung im Rahmenvertrag fügte die Bank in ihren Bestätigungsschreiben jeweils den Satz hinzu, dass «im Fall eines negativen LIBOR-Satzes ein LIBOR-Satz von 0,00% für die Berechnung verwendet» werde. Fraglich ist zunächst einmal, wie ein solches Bestätigungsschreiben rechtlich zu qualifizieren ist. Es könnte sich sowohl um einen Antrag zu einer Vertragsänderung mittels Individualabrede als auch um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben handeln.

Die Qualifikation als *schriftlicher Antrag* hat das Obergericht zu Recht verworfen. Denn der Rahmenvertrag unterschied explizit zwischen den (formlosen) Produktvereinbarungen einerseits und den (schriftlichen) Bestätigungen andererseits,⁵¹ so dass letztere den Antrag sinnvollerweise nur belegen, aber nicht beinhalten konnten. Davon abgesehen bildet die Zinszahlung im entgeltlichen Kreditvertrag eine Hauptleistungspflicht des Kreditnehmers. Der Zinsfloor als Kondition dieser Pflicht bedarf daher von vornherein einer Annahme – dies umso mehr, als er das Zinsänderungsrisiko wie gesehen einseitig zugunsten der Bank verschiebt (Art. 1 Abs. 1 OR). Eine Annahme durch Still-schweigen kann sodann nur fingiert werden, wenn entweder ausnahmsweise besondere Umstände gemäss Art. 6 OR⁵² oder gemäss gültigen AGB vorliegen.

Selbst die Genehmigungsfiktion kraft AGB findet aber ihre Grenze im Vertrauensprinzip:⁵³ Widerspruch gegen einen Zinsfloor ist nach Treu und Glauben von vornherein nur von einem Kunden zu erwarten, der über Wirkung und Tragweite dieser Kondition seiner Hauptleistungspflicht ausreichende Kenntnis hat.⁵⁴ Eine solche Vertragsänderung ist fundamental und müsste deswegen zumindest bei Privatkunden ausdrücklich angenommen werden, nachdem eine für sie erkennbare Offerte einging.

Kreditnehmer reagieren in der Praxis bei einseitigen Zinsanzeigen des Kreditgebers häufig gar nicht oder erst mit erheblicher Verzögerung. Dies lässt sich oftmals auf Rechtsunkenntnisse zurückführen.⁵⁵ Deshalb erscheint es allenfalls rechtsmissbräuchlich, bei einem offensichtlichen Wissensgefälle zwischen den Parteien ein Bestätigungsschreiben mit abgeänderten Vertragsbedingungen zu schicken, bei welchen hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Gegenpartei diese entweder komplett übersieht oder nicht als relevant erkennt. Das wäre zumindest dann der Fall, wenn im Vorherein keine offenen Verhandlungen stattgefunden haben.

Ein *kaufmännisches Bestätigungsschreiben* könnte sodann nur konstitutive Wirkung entfalten, wenn es keine grundlegenden Abweichungen vom Vereinbarten enthält und ihm nicht innerhalb angemessener Frist widersprochen wird.⁵⁶ Denn der Empfänger hätte die Obliegenheit, bei einem unrichtig bestätigten Inhalt dem Schreiben zu widersprechen. Doch selbst hier greift das Vertrauensprinzip,⁵⁷ so dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit einem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf, wenn das Bestätigte wesentlich vom Verhandlungsergebnis abweicht.⁵⁸ Vorliegend konnten die mögliche Abweichung und ihr Grad gar nicht erst erstellt werden, da wie erwähnt bereits strittig blieb, ob die Parteien zum Zinsfloor überhaupt eine (mündliche) Vereinbarung getroffen hatten.

Somit erzeugte das Bestätigungsschreiben vorliegend lediglich die natürliche Vermutung, dass sein Inhalt der Parteivereinbarung entsprach. Indes erbrachte die Bank bislang nicht einmal den Nachweis, dass zum Zinsfloor überhaupt Verhandlungen stattgefunden hatten. Dadurch wurde die Vermutung bereits entschieden geschwächt.⁵⁹ Zu ihrer Umstossung genügen bereits Gegenbeweise, welche begrün-

⁵¹ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.10.

⁵² Vgl. BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 24), Art. 6: Spezialnorm (N 11); den Oblaten begünstigender Antrag (N 12); Vertrauensverhältnis in bestehender Geschäftsbeziehung (N 13 f.); Vertrauensverhältnis bei Vertragsanbahnung (N 15 und 22 ff.); antizipiertes Akzept (N 16–18); Realakzept (N 19).

⁵³ So erst jüngst auch das Urteil des XI. Zivilsenats des Deutschen Bundesgerichtshofs, BGH, XI ZR 26/20, 27.4.2021: Klauseln, welche die Zustimmung des Kunden bei einer Änderung der AGB der Bank fingieren, sind unwirksam, wenn über sie (1) das Vertragsgefüge in wesentlicher Abweichung vom Grundgedanken der gesetzlichen Regelung umgestaltet oder (2) das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung erheblich zu Gunsten der Bank verschoben werden kann.

⁵⁴ Im Ergebnis ebenso JEAN-MARC SCHALLER, *Negativzins-Update #12 – Rechtsfragen im Kreditgeschäft*, N 12, FinBlog, Internet: https://www.finblog.ch/2020/11/negativzins-update-12_rechtsfragen-im-kreditgeschaefit (Abruf 24.5.2021): Er verlangt, dass eine «solch fundamentale Änderung [...] offen/erkennbar [...] offeriert werden» muss.

⁵⁵ SCHALLER (FN 54), N 10.

⁵⁶ BGE 100 II 18 E. 3a; 123 III 35 E. 2c/aa.

⁵⁷ BGE 114 II 250 E. 2 spricht, insoweit verfehlt, von «Vertrauenshaftung», die indes hier nicht gemeint sein kann, da nicht Schadenersatz, sondern Vertragsentstehung in Frage steht: BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 24), Art. 6 N 24. Die Kritik bei PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, 11. A.*, Zürich 2020, N 1166 ff. und insb. 1175, dürfte sich weitgehend auflösen, wenn die rechtsgestaltende Wirkung nicht in der Vertrauenshaftung gesucht wird, sondern (anstelle des Willensprinzips) das Vertrauensprinzip als Obligationentstehung erkannt wird: BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 24), Einl. vor Art. 1 ff. N 43c und 73 ff.

⁵⁸ BGE 114 II 250 E. 2; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 24), Art. 6 N 27 m.w.H.

⁵⁹ BGE 30 II 298 E. 3; BGer, 4C.303/2001, 4.3.2002, E. 2b, in: Pra 2002, Nr. 150; WILHELM SCHÖNENBERGER/PETER JÄGGI, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR und Art. 1–17 OR*, 3. A., Zürich 1973, Art. 6 OR N 84.

dete Zweifel zu wecken oder wachzuhalten vermögen.⁶⁰ Daher könnte den Auskünften des «externen» Beraters C., der beim Vertragsschluss offenbar die Bank vertrat, im weiteren Beweisverfahren erhebliche Bedeutung zukommen, wobei seine Aussagen gerade auch im Lichte seiner Rolle für die Bank zu werten sein werden.⁶¹

Ein *Realakzept* der veränderten Vertragsbedingungen könnte vorliegen im Hinblick auf die unwidersprochenen Zahlungen des Kunden. Das sollte indes nicht leichtfertig bejaht werden. Denn die Genehmigung des Kreditnehmers muss grundsätzlich informiert erfolgen. Dies bedeutet, dass er Genehmigungswillen besitzen muss.⁶² Das erscheint fraglich, wenn eine vertragsändernde Offerte nicht als solche gekennzeichnet ist und einem redlichen und vernünftigen Dritten in den Schuhen des Kreditnehmers nicht als solche erkennbar wäre.

Zwar können Erfüllungshandlungen als Folgetatsachen im Einzelfall durchaus Rückschlüsse auf den tatsächlichen Vertragswillen erlauben.⁶³ Das gilt aber nicht für automatische Zinsabbuchungen, an denen der Kunde nicht beteiligt ist und über deren Tragweite er sich ohne entsprechende Aufklärung und ohne finanzmarktspezifisches Wissen nicht im Klaren sein konnte und musste. Dies umso mehr, als diese Vermutung gerade abweichen würde vom Gesamtzins von 0%, der indes wie oben dargelegt im Zweifel zu vermuten ist.⁶⁴ Im Ergebnis ist damit dem Obergericht zuzustimmen, wenn es nicht von einem einwandfrei beweisbaren Konsens bezüglich der angepassten Zinsberechnung ausgeht.

C. Rechtsnatur des Anspruchs auf Zinsrückzahlung

Laut Obergericht beruht der Anspruch des Kunden auf Rückzahlung der zu viel belasteten Zinsen auf einem Vertragsverhältnis. Dem ist wiederum zuzustimmen, denn aufgrund des Rahmenvertrags bestand gerade ein vertragliches Verhältnis zwischen der Bank und dem Kunden; lediglich die genauen Konditionen des Vertrags im Einzelfall waren streitig. Soweit die Abbuchungen der Bank keine Grundlage im Vertrag finden, erfolgten sie demnach ungerechtfertigt. Der Kunde ist in einem solchen Fall indes nicht etwa auf einen Schadenersatzanspruch oder gar einen (sowieso subsidiären) Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung⁶⁵

zu verweisen». Vielmehr hat er einen *Erfüllungsanspruch* aus seinem Kontovertrag mit der Bank auf Korrektur dieser Belastung. Das gilt nicht nur, wenn die Bank die Buchung (als angeblichen Auslagenersatz i.S.v. Art. 402 Abs. 1 OR) nach einer Zahlung an einen unautorisierten Dritten tätigt,⁶⁶ sondern genauso, wenn sie die Belastung (als angebliche Zinszahlung i.S.v. Art. 313 OR) direkt auf eigene Rechnung vornimmt.

Sollte entgegen dem oben Gesagten⁶⁷ angesichts des fehlenden Widerspruchs bezüglich der 88 Fälligkeits- und Belastungsanzeigen doch eine Genehmigungsfiktion bejaht werden, könnte der Kunde diese stillschweigende Genehmigung wegen *Irrtums* innert Jahresfrist anfechten (Art. 31 OR); allenfalls bereits als Erklärungsirrtum.⁶⁸ Soweit der Kunde sich über die Rechtslage irrte, würde es sich um einen Rechtsirrtum als Sonderform des Art. 23 ff. OR handeln. Nach Lehre und Rechtsprechung gilt der Rechtsirrtum nur als wesentlicher Irrtum, wenn (1) eine objektiv komplexe Rechtslage besteht, zu welcher (2) Rechtsinformationen nicht leicht zu beschaffen sind, es (3) dem Irrenden deshalb in subjektiver Hinsicht unmöglich war, die einschlägigen Informationen zu besitzen, und (4) die mangelnde Rechtskenntnis die subjektiv vorausgesetzte Vertragsgrundlage betrifft.⁶⁹ Damit würde die Genehmigung entfallen und der vertragliche Anspruch wieder aufleben.

D. Verjährung

Fraglich ist schliesslich noch, innert welcher Frist der Anspruch auf Rückzahlung geltend gemacht werden muss, falls eine Bank dem Kunden Zins zu Unrecht belastet hat. Ist der Anspruch wie hier vertreten vertraglicher Natur, gilt grundsätzlich die Verjährungsfrist von zehn Jahren

die Zinsen abbucht. Denn nur dann müsste der Kunde belegen, dass er die Nichtschuld entweder freiwillig, aber irrtümlich, oder aber unter Zwang bezahlt hatte (Art. 63 OR). Der Irrtum braucht dabei nicht wesentlich i.S.v. Art. 24 Abs. 1 OR zu sein. Vielmehr berechtigt jede Art von Irrtum, sei es Rechts- oder Tatirrtum, zur Rückforderung: BGE 64 II 121 E. 4, 129 III 646 E. 3.2, BGer, 4C.250/2006, 3.10.2006, E. 2.3. Naheliegender erscheint indes die Annahme einer *Eingriffskondition*, so dass die Irrtumsfrage offenbleiben kann.

⁶⁶ Vgl. dazu BGE 132 III 449 E. 2; BGer, 4C.377/2000, 8.3.2001, E. 1b, in: ZR 2005, 109 ff.

⁶⁷ III.B.

⁶⁸ BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 24), Art. 6 N 21 m.w.H. Vgl. auch SCHALLER (FN 14), N 7.

⁶⁹ Vgl. BGE 80 II 152 E. 1; ablehnend hingegen: BGer, 4C.37/2004, 4.4.2004, E. 3.2; BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23–31 OR, Bern 2013, Art. 23/24 OR N 223 ff.; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich 1979, Fn 12; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2014, N 524.

⁶⁰ BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 24), Art. 6 N 30 f.

⁶¹ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.11.

⁶² SCHALLER (FN 54), N 13.

⁶³ OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.12.

⁶⁴ Vgl. III.A.1., III.A.2.c., III.A.3., jeweils insb. i.f.

⁶⁵ So offenbar der Standpunkt der Bank: OGer ZH, LB200029, 19.1.2021, E. III.12. Betreffend Kondition wäre vorab zu entscheiden, ob überhaupt eine *Leistungskondition* vorliegt, wenn die Bank

gemäss Art. 127 OR, die zudem nach Art. 130 Abs. 1 OR mit der Fälligkeit der jeweiligen Forderung – hier also mit jeder Zinsabbuchung separat – zu laufen beginnt.⁷⁰ Zwar verjähren Zinsen gemäss Art. 128 OR innert der verkürzten Frist von fünf Jahren. Für die Rückforderung von ungerechtfertigt abgebuchtem Zins gilt diese Frist indessen gerade nicht. Denn der vertragliche Erfüllungsanspruch auf Zinsrückzahlung ist – nicht anders als der auf Art. 400 OR basierende Herausgabeanspruch bei Retrozessionen⁷¹ – keine Leistung, die der Kunde aufgrund eines einheitlichen Schuldverhältnisses in periodischen Zeitabständen geltend machen könnte. Vielmehr wird jeder einzelne Erfüllungsanspruch erst durch die Abbuchung der Bank ausgelöst, ohne dass die Bank aus dem Kreditvertrag etwas zugunsten einer angeblichen Periodizität dieser Abbuchungen ableiten könnte.

IV. Ein Blick in die Zukunft

Das Urteil des Zürcher Obergerichts hat in den Medien für Schlagzeilen gesorgt. Es ist anzunehmen, dass sich weitere Hauseigentümer an ihre Banken und schliesslich an die Gerichte wenden werden, um zu viel bezahlte Zinsen zurückzufordern. Die Chancen dazu stehen grundsätzlich günstig bei Verträgen aus der Zeit vor 2015, die keine Absicherung gegen einen negativen Referenzzins enthalten. Laut Schätzungen dürfte dies auf Tausende von Kunden zutreffen.⁷² Indes sollten sie mit der Rückforderung nach Kenntnisnahme der Lage nicht allzu lange zuwarten, um keine Verjährung zu riskieren und sich nicht dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs auszusetzen.⁷³

Noch offen ist zudem die Frage, ob bzw. in welchen Konstellationen Banken ihre Kunden über das Wesen und die Tragweite eines Nullzinsfloors hätten aufklären müssen. Der Floor verlagert wie gezeigt das Äquivalenzgefüge zugunsten der Bank, sodass dem Kunden bei ausreichend tiefem Zins ein Zinersparnis entgeht und korrespondierend eine ungewollte finanzielle Einbusse entsteht. Indes hat das Bundesgericht für Kreditverhältnisse (anders als bei Vermögensverwaltung, Anlageberatung und anderen Interessenwahrungsverträgen) eine umfassende Aufklärungspflicht verneint bzw. eine Aufklärungspflicht nur punktuell

bejaht.⁷⁴ Daran dürfte sich voraussichtlich auch im Falle von Nullzinsfloors und anderen Konditionen, welche den Kunden einseitig mit einem Negativzinsrisiko belasten, nichts ändern.

⁷⁰ Siehe auch BGE 143 III 348 E. 5.3, in: Pra 2018, Nr. 131.

⁷¹ BGE 132 III 61 E. 6.1; PETER GAUCH, Periodisch geschuldete Leistungen: Gedanken zur Verjährungsbestimmung des Art. 128 Ziff. 1 OR, AJP 2014, 285 ff., 291.

⁷² MICHAEL SCHÄFER, Brisantes Urteil zu Libor-Hypotheken, Neue Zürcher Zeitung vom 27.4.2021, 1.

⁷³ BERNHARD KISLING, So könnten Hauseigentümer profitieren, Basler Zeitung vom 30.4.2021, 11.

⁷⁴ Vgl. etwa die in BGer, 4A_106/2008, 15.5.2008, E. 7.1 genannten Fälle. Vgl. auch VITO ROBERTO, Die Haftung der Bank als Kreditgeberin, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankhaftungsrecht, Basel 2006, 93 ff., 112 ff. Vgl. zur Aufklärungsfrage auch SCHALLER (FN 14), N 2 f.