

Bezirksgericht Zürich

1. Abteilung



Geschäfts-Nr. CG210020-L/U

Mitwirkend: Vizepräsident lic. iur. H. Dubach, Vorsitzender, Bezirksrichter Dr. iur. R. Pfeiffer und Bezirksrichterin lic. iur. O. Canal sowie Gerichtsschreiberin Dr. iur. B. Schaub

Urteil vom 6. November 2023

in Sachen

A. _____,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 27)

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger
(a1) CHF 116'554.60 nebst Zins zu 5 % (p.a.) seit 14. Dezember 2018,
(a2) CHF 29'152.90 nebst Zins zu 5% (p.a.) seit 7. Februar 2020,
(a3) eventualiter CHF 222'702.08 nebst Zins zu 5% (p.a.) seit 7. Februar 2020,
(b) CHF 1'040 (Kosten Schlichtungsverfahren)
zu bezahlen,
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MWST) zulasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis:

I. Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte	3
II. Grundlage des klägerischen Hauptanspruchs und Urteil des Obergerichts ...	6
II.1. Allgemeines	6
II.2. Zinsberechnungsformel im Rahmenvertrag	7
II.3. Bedeutung der Produktbestätigungen	8
II.4. Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen	9
II.5. Irrtumsfreie Leistung, Verjährung	11
III. Zum Beweisverfahren	11
III.1. Vorbemerkung: Rückweisungs-«Auftrag»	11
III.2. Ausreichende «Zweifel» an der Vereinbarung eines «Nullzinsfloors»?	12
III.3. E. _____ als Vertreter des Klägers	14
III.4. Vereinbarungen zwischen E. _____ und der Beklagten	19
III.5. Ergebnis zum rechtlichen Konsens	22
IV. Anderweitige vertragliche Bindung?	22
IV.1. Genehmigungsfiktion: Produktbestätigungen, Fälligkeits- und Belastungsanzeigen, Kontoauszüge	22
IV.2. Die «Produktbestätigungen» als kaufmännische Bestätigungsschreiben	24
V. Irrtumsanfechtung	27
VI. Eventualbegehren	30
VII. Ergebnis	32
VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen	32
VIII.1. Streitwert	32
VIII.2. Entscheidgebühr Bezirksgericht, Schlichtungskosten	32
VIII.3. Entscheidgebühr Obergericht	33
VIII.4. Kostenvorschüsse, Bezug der Entscheidgebühren	33
VIII.5. Parteientschädigung	34

Erwägungen:

I. Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte

Der Kläger war, basierend auf einem «Rahmenvertrag für Grundpfandkredit» vom 4./10. April 2012 (act. 4/3), Hypothekarkunde der Beklagten über einen Kreditrahmen von gut 7 Millionen Franken. Entsprechend verschiedenen «Produktbestätigungen» (act. 4/5a–d) – wobei ihre konkrete Bedeutung umstritten ist (vgl. nachfolgend II.3 und IV.2) – wurden ihm «LIBOR-Hypotheken» von zwischen 6 und gut 7 Millionen Franken eingeräumt, bei denen seine Zinspflicht von der Höhe des LIBOR («London Inter-Bank Offered Rate», einem Referenzzinssatz basierend auf von Londoner Banken gemeldeten Zinssätzen für Interbanken-«Blankokredite» [vgl. Wikipedia -> LIBOR]) abhing; der konkret geschuldete Zins errechnete sich aus dem jeweiligen LIBOR-Zins und einer (zu vereinbarenden) Marge. Das alles ist dem Grundsatz nach unbestritten.

Der jeweils relevante Schweizer-Franken-LIBOR für die jeweilige «Teillaufzeit» (vgl. dazu act. 4/5a–d, jeweils unter «Zinssatz», Abs. 2 – es wurden verschiedene LIBOR-Zinssätze für unterschiedliche Darlehensdauern [«Fälligkeiten»] publiziert) fiel während der Geschäftsbeziehung der Parteien unter Null und blieb es sodann (act. 2 Rz. 14, act. 16 Rz. 51). Der Kläger macht nun geltend, er habe mit der Bank jeweils eine Marge vereinbart, von der der LIBOR – weil negativ – hätte abgezogen werden sollen (bzw., arithmetisch, es hätten der negative LIBOR und die positive Marge zusammengezählt werden sollen). Die Beklagte belastete dem Kläger in jener Zeit allerdings als Zins den Betrag, der sich ergab, wenn statt des negativen LIBOR-Zinssatzes ein Zins von 0% eingesetzt wird, also das, was die Parteien als Marge vereinbart hatten (zu den Einzelheiten dazu, was unter welchen Begriffen verstanden und vereinbart wurde, nachfolgend III.4). Die Beklagte wendete also einen «Nullzinsfloor» an (vgl. nur act. 2 Rz. 18).

Der Kläger beantragt mit seinem Hauptbegehren, die Beklagte zu verpflichten, ihm den Zins, soweit er ihm aufgrund des «Nullzinsfloors» – seiner Ansicht nach –

zu Unrecht belastet wurde (der Zins betrug selbst nach Ansicht des Klägers immerhin mindestens 0%, also kein Zins zugunsten des Klägers: act. 27 Rz. 156, 163), zurückerstattet haben.

Im Eventualbegehren beantragt er, die Beklagte zu verpflichten, seine gesamten Zinszahlungen zurückzuerstatten. Denn die Beklagte hätte ihn über die genannten Risiken bei einem Negativ-LIBOR aufklären müssen, was sie aber nicht getan habe – bei richtiger Aufklärung hätte er die streitgegenständliche(n) Hypothek(en) nicht aufgenommen und hätte der Beklagten deshalb überhaupt keine Zinsen geschuldet.

Der Kläger klagte entsprechend auf Rückzahlung von Fr. 116'554.60 (zur Berechnung: act. 2 Rz. 18) nebst Zins, dies mit Klageschrift vom 20. Mai 2019 (act. 2). Diese wurde mit Klageantwort vom 16. September 2019 (act. 16) beantwortet. Am 26. November 2019 wurde eine Instruktionsverhandlung/Vergleichsverhandlung durchgeführt, die ohne Ergebnis blieb (Prot.-CG190034 S. 6). Mit Verfügung vom gleichen Tag (act. 26) wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Mit Replik vom 7. Februar 2020 (act. 27) erhöhte der Kläger seine Rückerstattungsforderung um Fr. 29'152.90 (ebenfalls nebst Zins) für ihm seither belastete Zinsen (vgl. act. 27 Rz. 2) auf Fr. 145'707.50 (act. 27 Rz. 4) und stellte sodann das erwähnte Eventualbegehren auf Bezahlung von Fr. 222'702.08 nebst Zins als Schadenersatz wegen Verletzung der Aufklärungspflicht. Die Beklagte duplizierte mit Eingabe vom 12. Mai 2020 (act. 36); der Kläger nahm mit Eingabe vom 28. Mai 2020 (act. 42) erneut Stellung. Die Parteien verzichteten auf die Durchführung einer Hauptverhandlung, vorbehältlich Beweisverfahren (act. 39–41).

Mit Urteil vom 30. Juni 2020 (act. 44) wies das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, die Klage ab (Verfahren CG190034-L). Auf Berufung des Klägers hob das Obergericht Zürich, II. Zivilkammer, das bezirksgerichtliche Urteil mit Berufungsentcheid vom 19. Januar 2021 (act. 48; Verfahren LB200029 – nachfolgend «Urteil Obergericht») auf und wies die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid an das Bezirksgericht zurück. Der Fall wurde neu der 1. Abteilung zugeteilt.

Es erging am 19. Mai 2021 ein Beweisbeschluss (act. 50). Am 13. September 2022 wurde der Kläger als Partei befragt und es wurden die Herren C._____ und D._____, beides Mitarbeiter der Beklagten, die an der Hypothekenvergabe an den Kläger beteiligt waren, als Zeugen einvernommen, ebenso E._____, der als externer Vermögensverwalter «zwischen» den Parteien stand (Prot.-CG210020 S. 8 f., act. 80–83) – seine konkrete Rolle blieb umstritten (vgl. dazu nachfolgend III.3).

Nach Erstattung der schriftlichen (vgl. dazu act. 72) Schlussvorträge (act. 84; act. 92 und 94) wurde eine weitere Referentenaudienz durchgeführt, die ohne Erfolg blieb (Prot.-CG210020 S. 11 ff.). Daraufhin konnten die Parteien zu den Schlussvorträgen schriftlich Stellung nehmen (act. 100), was sie mit Eingabe vom 15. August 2023 (act. 102) bzw. vom 1. September 2023 (act. 104) taten. Auf weitere Fristansetzung an die Parteien (act. 106) nahm die Beklagte mit Eingabe vom 14. September 2023 (act. 108) erneut Stellung. Der Kläger erhielt das «Recht zum letzten Wort» (act. 109), das er innert Frist bis zum 16. Oktober 2023 (vgl. act. 110/1) nicht wahrnahm. Das Verfahren ist spruchreif.

Die Klage ist erneut abzuweisen:

- Das Hauptbegehren ist aus mehreren, alternativen Gründen abzuweisen. Zunächst, weil die Parteien in «Einzelvereinbarungen» übereinkamen, dass ein «Nullzinsfloor» zu Anwendung gelange, wobei der Kläger durch E._____ vertreten wurde (nachfolgend III.3.+4.). Weiter, weil die Zinsbelastungen und damit der diesen zugrundeliegende «Nullzinsfloor», jedenfalls bis zum klägerischen Schreiben vom 7. März 2018, dadurch genehmigt wurden, dass der Kläger sämtliche «Kontodokumente» erhalten, dagegen aber nicht protestiert hat (nachfolgend IV.1.). Sodann, weil die Produktbestätigungen – die der Kläger ebenfalls erhielt – kaufmännische Bestätigungsschreiben mit rechtserzeugender Wirkung waren (nachfolgend II.3. und IV.2.). Es liegt auch kein Verstoss gegen Art. 8 UWG oder andere AGB-Regeln vor (nachfolgend II.4.). Eine Irrtumsanfechtung gelingt nicht (nachfolgend V.).
- Das Eventualbegehren ist abzuweisen, weil die Beklagte keine Aufklärungspflicht traf, weil sie diese ohnehin erfüllt hätte und weil die Kausalität zwischen

der geltend gemachten Aufklärungspflicht-Verletzung und dem geltend gemachten Schaden nicht ausreichend dargelegt ist (nachfolgend VI.).

II. Grundlage des klägerischen Hauptanspruchs und Urteil des Obergerichts

II.1. Allgemeines

Die Zinsen, deren Rückzahlung der Kläger verlangt, gründen (nach Darstellung der Beklagten; nach Darstellung des Klägers bestand eben gerade keine Rechtsgrundlage) auf dem Rahmenvertrag (act. 4/3), den Produktbestätigungen (act. 4/5a–d) und allenfalls geschlossenen Einzelvereinbarungen (vgl. nachfolgend II.2.1) über die «Flex-Rollover-Hypotheken».

Es muss nicht mehr der Rückerstattungsanspruch des Klägers – bzw. der «Behaltensanspruch» der Beklagten – in seiner Gesamtheit abgehandelt werden, weil es sich um einen Entscheid nach einer Rückweisung handelt. Es war, wie im Rückweisungsentscheid angeordnet, ein Beweisverfahren durchzuführen und zu beurteilen, ob das Beweisergebnis einen anderen Entscheid über die Klage herbeizuführen vermag als die Klageabweisung vom 30. Juni 2020. Weil der Hauptanspruch erneut abzuweisen ist, ist zudem über den Eventualanspruch des Klägers zu entscheiden (vgl. dazu Urteil Obergericht, Erw. II.4 f.), der aber ebenfalls abzuweisen ist.

Ein Rückweisungsentscheid ist verbindlich, ebenso Erwägungen des ersten Urteils, die unangefochten blieben oder im Berufungsverfahren bestätigt wurden. Weil die Tragweite dieser Bindungswirkung im konkreten Einzelfall umstritten sein mag, sind dennoch gewisse Hinweise zu den an sich bereits «erledigten» Themen angebracht.

II.2. Zinsberechnungsformel im Rahmenvertrag

II.2.1. Urteil Obergericht

Die Parteien sind sich einig, dass im Rahmenvertrag, zumindest ausdrücklich, ein «Nullzinsfloor» nicht vorgesehen war (act. 2 Rz. 15–18; act. 16 Rz. 26 ff.). Der

Kläger macht aber geltend, die Parteien hätten mit dem Rahmenvertrag eine verbindliche Zinsberechnungsformel vereinbart (z.B. act. 2 Rz. 7, 12 ff., insb. 18; act. 27 Rz. 5 Bst. b), in die die jeweils vereinbarte Marge lediglich noch hätte «eingesetzt» werden dürfen. Das Obergericht führte dazu aus: «Die Entscheidung hängt damit davon ab, ob der Beklagten der Beweis gelingt, dass sich die Parteien, *gestützt auf den Rahmenvertrag, aber in einem separaten Akt*, auf eine Produktvereinbarung mit einem Nullzinsfloor einigten» (Urteil Obergericht, Erw. III.9 letzter Absatz, Hervorhebung hinzugefügt; auch Erw. III.10 Abs. 3 S. 14: «eine unabhängig davon [sc. von den Produktbestätigungen] geschlossene Vereinbarung»). Damit ist entschieden, dass sich – entgegen der Ansicht des Klägers – aus dem Rahmenvertrag nicht ergibt, dass *kein* «Nullzinsfloor» vereinbart wurde (aber umgekehrt auch nicht, dass ein solcher vereinbart wurde). Das Obergericht verlangte also jeweils – es gab vier «Produktbestätigungen» – einen «separaten Akt», aus dem sich der «Nullzinsfloor» ergeben müsse; diese werden nachfolgend als «Einzelvereinbarungen» bezeichnet (vgl. den Rahmenvertrag, «Benützung», Abs. 2, wo von «entsprechenden Vereinbarungen» die Rede ist). Aus der zitierten Stelle ergibt sich auch, dass der «Nullzinsfloor» nicht mit den Produktbestätigungen als solchen vereinbart wurde, wie die Beklagte annimmt (dazu nachfolgend II.3; zur vertragsrechtlichen Bedeutung derselben aber nachfolgend IV.2), sondern eben «Einzelvereinbarungen» nötig waren.

II.2.2. Inhalt und Auslegung des Rahmenvertrags

Aber auch wenn man diesbezüglich eine Bindungswirkung des Rückwirkungsentscheids verneinen wollte, wäre es nicht anders.

Schon aus dem Begriff «*Rahmenvertrag*» ergibt sich, dass er die Rechtsbeziehung der Parteien nicht abschliessend regeln soll. Auch die Formulierung, dass «der Zinssatz aus dem *zu vereinbarenden Basissatz* (z.B. LIBOR)» errechnet werde, schliesst das Verständnis nicht aus, dass dieser Basissatz in der – gemäss Rahmenvertrag klarerweise noch zu tätigenen separaten Vereinbarung – mit einem «Nullzinsfloor» versehen bzw. durch Null ersetzt werden kann. Und jedenfalls verbietet ein Rahmenvertrag den Parteien nicht, in einer Einzelvereinba-

zung vom Rahmenvertrag abzuweichen. Darum gehen auch die zahlreichen Ausführungen des Klägers, wonach die Beklagte den Rahmenvertrag verletzt habe (z.B. act. 2 Rz. 10, 19), an der Sache vorbei: Wenn man annehmen sollte, dass im Rahmenvertrag etwas zum «Nullzinsfloor» geregelt wäre, sich aber – wie zu zeigen sein wird – aus den Einzelvereinbarungen und Produktbestätigungen etwas anderes ergibt, so wäre das nicht eine (unzulässige) Verletzung des Rahmenvertrags, sondern eine (zulässige) Änderung des darin Vereinbarten. Ein Rahmenvertrag bezweckt nämlich nicht die Selbstbindung der Parteien, sondern soll ihnen, ähnlich wie das dispositive Recht, ersparen, stets an jedes Detail zu denken. Wenn sie einzelne Details aber regeln wollen (auch und gerade abweichend vom Rahmenvertrag), so ist ihnen das unbenommen.

II.3. Bedeutung der Produktbestätigungen

Unbestritten und aktenkundig ist, dass die Beklagte vier «Produktbestätigungen» ausstellte, in denen ein «Nullzinsfloor» erwähnt ist (act. 2 Rz. 20, act. 4/5a–d, zur Frage, ob der Kläger diese erhalten habe, nachfolgend IV.1).

Die Beklagte ging noch in der Duplik davon aus, dass die Produktbestätigungen «den Rahmenvertrag konkretisierende Anträge [sind], die der Kläger durch Still-schweigen annehmen konnte und auch angenommen hat» (act. 36 Rz. 4). Dies in der Meinung, der Rahmenvertrag habe die Konsens-Regeln so modifiziert, dass das Schweigen auf eine Produktbestätigung das darin Vorgesehene zur Geltung bringt (act. 36 Rz. 3, mit Literatur-Verweisen). Eine solche Modifizierung der Konsensregeln mag in einem Rahmenvertrag für künftige Geschäfte grundsätzlich möglich sein (vgl. die von der Beklagten zitierten Literatur-Stellen); *in casu* war das aber nicht der Fall (Urteil Obergericht, Erw. III.10 Abs. 3 S. 13 f.). Dass die Beklagte diese Ansicht, die sich als unzutreffend erwies, vertrat, schadet ihr aber nicht. Denn es wird sich zeigen, dass (zumindest) ein normativer Konsens über einen «Nullzinsfloor» bestand; ob und wie ein normativer Konsens zustande kam, ist aber eine Rechtsfrage, die das Gericht von Amtes wegen zu klären hat (Art. 57 ZPO; vgl. auch nachfolgend III.4). Zudem hat die Beklagte auch behauptet, dass Einzelvereinbarungen geschlossen wurden (dazu nachfolgend III.2).

II.4. Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen

Das Obergericht erwog, die Produktbestätigungen seien keine AGB (Urteil Obergericht, Erw. III.10 S. 13). Damit scheitert die Berufung auf Art. 8 UWG (act. 2 Rz. 62 f.; dagegen act. 16 Rz. 120 ff.; wiederum act. 27 Rz. 127 ff.) sowie auf die Ungewöhnlichkeits- und die Unklarheitenregel (act. 2 Rz. 64 ff.) bereits daran.

Auch hier ergänzend – sollte man eine diesbezügliche Verbindlichkeit des Rückweisungsentscheids verneinen wollen –, was folgt:

- Der Kläger führte wiederholt aus, er habe die Hypothek gar nicht nötig gehabt (act. 27 Rz. 187 Spiegelstrich 2, dazu act. 36 Rz. 69). Dann muss aber angenommen werden, dass er die aufgenommene Liquidität für anderweitige Geschäfte einsetzte. War dies der Fall, so handelt es sich nicht mehr um ein Konsumentengeschäft, denn es kann dann nicht einfach darauf ankommen, dass die Liegenschaft, die der Kläger als Sicherheit bot, privat bewohnt war, sondern entscheidend ist, wozu das Darlehen verwendet wurde (wozu nichts behauptet ist).
- In BGE 145 III 241 (Pra 109/2020 Nr. 58) erwog das Bundesgericht, es sei eine Frage der Vertragsauslegung, ob – wo eine Vereinbarung betreffend «Nullzinsfloor», anders als hier, fehlt – ein Nullzins oder gar eine Umkehr des Zinsflusses stattfindet. Die Auslegung erfolgt nach Treu und Glauben (Art. 18 Abs. 1 OR, Art. 2 ZGB). Wenn also nach Treu und Glauben ein «Nullzinsfloor» denkbare Auslegungsergebnis ist, so kann ein solcher, wenn wie hier vereinbart, nicht gleichzeitig «*in Treu und Glauben verletzender Weise* [...] ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis» bedeuten, wie es Art. 8 UWG verlangt.
- Ein «Nullzinsfloor» wird auch nicht dadurch missbräuchlich, dass die Beklagte sich hätte zu Negativzinsen refinanzieren können (dazu act. 16 Rz. 42 ff., act. 27 Rz. 168 ff.). Denn zunächst ergibt sich aus dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse, dass der Kläger nichts zu seinen Gunsten daraus ableiten kann, was die Beklagte möglicherweise mit Dritten vereinbarte oder hätte vereinbaren können. Sodann lassen sich die Hypotheken, die die Beklagte dem Kläger einräumte, auch nicht einfach mit Interbanken-Darlehen (LIBOR = London *Inter-Bank* Offered Rate) vergleichen, die die Beklagte hätte

aufnehmen können. Solche sind – so glaubte man zumindest bis zur Banken-Liquiditäts-Krise – weitgehend risikolos und ihre Einräumung bzw. ihr Bezug dürften weitestgehend formlos auf elektronischem Wege ablaufen, also kaum administrative Kosten verursachen. Demgegenüber sind Darlehen von 6 bis 7 Millionen Franken an einen – wenn auch wohlhabenden – Privaten nie risikolos, und selbst wenn die Darlehen grundpfandgesichert sind, so ist nicht garantiert, dass das Grundpfand ausreicht und es ist auch notorisch, dass die Verwertung eines Grundpfandes aufwändig und teuer sein kann. Zudem gibt es zahlreiche administrative Kosten für Hypotheken. Aus dem gleichen Grund ist ein «Nullzinsfloor» auch nicht ungewöhnlich im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel. Zudem wäre eine Refinanzierung zu Negativzinsen aus dem Einlagengeschäft (vgl. act. 16 Rz. 44) nur bei einem kleinen Teil der Kunden möglich gewesen, da die Banken – was notorisch ist – Negativzinsen erst ab hohen Einlagen von Fr. 100'000.–, Fr. 500'000.– oder noch höher belasteten.

- Auch das Argument, die Beklagte hätte das dem Kläger geliehene Geld sonst bei der Nationalbank zu einem Negativzins anlegen müssen (act. 27 Rz. 163), bleibt schon aufgrund des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse ohne Bedeutung. Es setzt zudem voraus, dass die Beklagte nur die Alternative hatte, das Geld dem Kläger oder der Nationalbank zu überlassen. Zweifellos (und notorischerweise) gab es zahlreiche andere denkbare Anlagemöglichkeiten für die Beklagte. Abgesehen davon hätte die Beklagte das dem Kläger überlassene Geld nicht zwingend anderweitig anlegen müssen. Vielmehr können Banken – im Rahmen des aufsichtsrechtlich Zulässigen – durch Kreditvergabe Geld «schaffen», das ansonsten gar nicht existiert hätte, also auch nirgends Negativzinsen «gekostet» hätte.
- Dazu kommt, dass der Zinsnachteil von 0.5% (vgl. act. 2 Rz. 75) auch gar nicht als erheblich (Art. 8 UWG) anzusehen ist. Das bestätigt auch ein Blick auf die absoluten Zahlen: Bei einer Hypothek von jeweils zwischen 6 und 7 Millionen Franken beträgt der Zinsnachteil aus dem «Nullzinsfloor» gemäss Berechnung des Klägers gut 100'000 Franken. Dafür hat der Gesetzgeber – wie die Beklagte zu Recht vorbringt (act. 16 Rz. 133) – die *Missbrauchsschwelle* von Art. 8 UWG nicht aufgestellt und sie ist nicht erreicht.

II.5. Irrtumsfreie Leistung, Verjährung

Handelte es sich beim Anspruch des Klägers, wie die Beklagte geltend macht, um einen Bereicherungsanspruch (Art. 62 ff. OR), wäre die Frage zu klären, ob diesem die Einrede der irrtumsfreien Zahlung (Art. 63 Abs. 1 OR; act. 16 Rz. 103 ff.) oder der Verjährung (act. 2 Rz. 58 f.; act. 16 Rz. 107 ff.) – sei es aufgrund der früheren oder der seit 2020 dreijährigen Verjährungsfrist – entgegenstehen. Es handelt sich allerdings um einen vertraglichen Anspruch des Klägers (Urteil Obergericht, Erw. III.12 Abs. 5 S. 16).

III. Zum Beweisverfahren

III.1. Vorbemerkung: Rückweisungs-«Auftrag»

Das Obergericht führte in seinem Rückweisungsentscheid aus: «Die Entscheidung hängt [...] davon ab, ob der Beklagten der Beweis gelingt, dass sich die Parteien, gestützt auf den Rahmenvertrag, aber in einem separaten Akt, auf eine Produktvereinbarung mit einem Nullzinsfloor einigten. Wenn ja, erfolgten die vorgenommenen Belastungen zurecht, was zur Abweisung der Rückforderung des Klägers führen würde.» (Urteil Obergericht, Erw. III.9 S. 13). Dabei «begründen [die Bestätigungsschreiben – d.h. die «Produktbestätigungen»] eine natürliche Vermutung, dass ihr Inhalt der Vereinbarung der Parteien entspricht, der allerdings durch einen Gegenbeweis entkräftet werden kann, wofür bereits Zweifel genügen» (Urteil Obergericht, Erw. III.11 S. 14). Die Vermutung wird verstärkt durch die unbeanstandet gebliebenen Zinsbelastungen (Urteil Obergericht, Erw. III.12 S. 15).

III.2. Ausreichende «Zweifel» an der Vereinbarung eines «Nullzinsfloors»?

Der Kläger behauptet, die Parteien hätten nie über einen «Nullzinsfloor» gesprochen und einen solchen nie vereinbart (und er sei darüber nicht aufgeklärt worden) (act. 2 Rz. 25, 30). Es ist also zu prüfen, ob nach durchgeführtem Beweisverfahren ausreichende Zweifel daran bestehen, dass die Parteien vereinbarten, «dass bei einem negativen LIBOR-Satz für die Berechnung des Zinssatzes von einem Wert von 0% ausgegangen werden sollte» (Urteil Obergericht, Erw. III.11 S. 14), dass sie also einen «Nullzinsfloor» vereinbarten.

Es wird sich zeigen, dass die Parteien, spätestens ab 2013, einen «Nullzinsfloor» positiv (wenn auch allenfalls lediglich normativ) vereinbart hatten. Deshalb muss sich die Beklagte nicht auf Vermutungen – die sich aus den Produktbestätigungen und den unbeanstandet gebliebenen Zinsabbuchungen ergeben – stützen. Das wiederum hat zur Folge, dass nicht im Einzelnen zu prüfen ist, ob der Kläger ausreichende Zweifel an diesen Vermutungen säen kann, denn es ist eben bewiesen, dass es anders (nämlich so, wie die Beklagte behauptete) war. Ein solches Vorgehen ist durch den Rückweisungsentscheid nicht ausgeschlossen: Das Obergericht erwog lediglich, dass die Beklagte nicht den vollen Beweis für ihren Anspruch erbringen *müsse*, sondern sich auf die genannten Vermutungen stützen könne. Damit schloss es aber nicht aus, dass die Beklagte – sollte es ihr gelingen – den vollen Beweis erbringen *dürfe*.

Ausgangslage des Beweisverfahrens sind die strittigen Tatsachenbehauptungen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Bereits in der Klageschrift führte der Kläger aus: «Die Parteien haben im Rahmen einer LIBOR-Hypothek die Formel für die Berechnung des Zinssatzes (Kreditzins) vertraglich vereinbart [...]. Die dort vereinbarte Berechnung lautet «Basissatz (LIBOR) + Zuschlag (Marge) = Zinssatz (Kreditzins)» (act. 2 Rz. 7); und weiter: «Nicht vereinbart haben die Parteien demgegenüber, dass bei einer Unterschreitung des vereinbarten Basissatzes (= CHF-LIBOR) unter die Nullzinsgrenze (= negativer CHF-LIBOR) die Bankmarge [...] nicht zu diesem Basissatz, sondern, gemäss Auffassung der Beklagten, zu 0% addiert [...] werden soll» (act. 2 Rz. 8).

Die Beklagte führte dagegen aus:

- Zur «Flex-Rollover-Hypothek» vom 11. April 2012 (vgl. act. 4/5a): «Nachdem E. _____ der B. _____ mitgeteilt hatte, dass der Kläger mit den von der B. _____ offerierten Konditionen *einverstanden war*» (act. 16 Rz. 34, Hervorhebung hinzugefügt).
- Zu den «Flex-Rollover-Hypotheken» vom 5. April 2013 (vgl. act. 4/5b), vom 8. April 2016 (vgl. act. 4/5c) und vom 31. März 2017 (vgl. act. 4/5d): «Im Hinblick auf das Auslaufen der ersten [bzw. bisherigen] Flex-Rollover-Hypothek

übermittelte E._____ der B._____ den *Wunsch des Klägers*, eine neue Flex-Rollover-Hypothek zu den gleichen Konditionen *abschliessen zu wollen*» (act. 16 Rz. 48, 64 und 70, Hervorhebungen hinzugefügt).

- Zur «Flex-Rollover-Hypothek» vom 31. März 2017 zudem: «Am 31. März 2017 wurde, wiederum *nach vorgängiger Besprechung* mit E._____, ein Kredit [...] bestätigt» (act. 16 Rz. 71, Hervorhebung hinzugefügt).

Die Beklagte hat also (von den Produktbestätigungen separate) Einzelvereinbarungen behauptet. Gleichzeitig war von vornherein unbestritten, dass der Kläger nicht persönlich mit Angestellten der Beklagten Einzelvereinbarungen (mit oder ohne «Nullzinsfloor») getroffen hatte – nur der Rahmenvertrag war vom Kläger persönlich unterzeichnet. Dass die Beklagte nie mit dem Kläger über einen «Nullzinsfloor» gesprochen habe (act. 92 Rz. 4–8), ist also unbestritten – allerdings, wie sich zeigen wird, unerheblich.

Ein Vertrag kann auch durch «übereinstimmende Willensäusserung» (Art. 1 Abs. 1 OR) eines Dritten zustande kommen (Art. 32 Abs. 1 OR). Um die Frage zu beantworten, ob *die Parteien* einen Nullzinsfloor vereinbarten (vgl. schon act. 58 Rz. 4, 10 und 14; act. 67, insb. Erw. 3.2), ist deshalb zunächst zu zeigen, dass der Kläger dabei rechtswirksam vertreten wurde, und zwar durch E._____ (was der Kläger in Abrede stellt, zuletzt act. 92 Rz. 9 ff. und 13 ff.).

III.3. E._____ als Vertreter des Klägers

Die Beklagte bezeichnete E._____ als Vertreter des Klägers (act. 16 Rz. 15), während der Kläger E._____ als «Mann der [Beklagten]» (act. 27 Rz. 67, auch Rz. 5 Bst. e) oder als reinen Vermittler bezeichnete (act. 27 vor Rz. 65, Rz. 67; vgl. auch die Ergänzungsfragen des Rechtsvertreters des Klägers an E._____: act. 81 S. 11). Ähnlich wie ein Versicherungsbroker (dazu STUDER, Die Rechtsstellung des Versicherungsbrokers in der Schweiz, Diss. Zürich 2000, S. 219) wäre ein «Hypotheken-Broker» zur Vertretung der Bank nicht befugt gewesen.

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass der Streit der Parteien sich darum dreht, ob E. _____ persönlich Vertreter des Klägers gewesen sei. Betrachtet man die Vollmacht für die Vermögensverwaltung (act. 17/9 – zu deren Bedeutung nachfolgend), so ist aber nicht E. _____, sondern die F. _____ AG als Vertreterin aufgeführt. So oder anders geht es aber darum, ob das Wissen von E. _____ und die Erklärungen, die zwischen E. _____ und der Beklagten ausgetauscht wurden, dem Kläger zuzurechnen sind, sei es «unmittelbar», weil E. _____ persönlich Vertreter des Klägers war, sei es «mittelbar», weil E. _____ als Arbeitnehmer oder Organ der G. _____ AG bzw. der F. _____ AG (vgl. dazu act. 16 Rz. 10) handelte (und damit diese vertrat) und erst diese formell als Vertreterin des Klägers anzusehen ist.

Der Kläger verweist auf eine Erwägung des Obergerichts, wonach «[d]ie Beklagte [...] – vertreten durch E. _____ – mit dem Kläger» etwas vereinbart habe (Urteil Obergericht, Erw. III.11 S. 14). Er leitet daraus ab, das Obergericht habe verbindlich festgehalten, dass E. _____ Vertreter der Beklagten und nicht des Klägers war. Die vom Obergericht zitierte Behauptung der Beklagten findet sich zumindest in den erstinstanzlichen Rechtsschriften nirgends. Es dürfte sich deshalb schlicht um eine missverständliche Formulierung handeln (vgl. auch act. 104 Rz. 13). Es wäre allzu formalistisch, daraus nun abzuleiten, das Obergericht habe entschieden, dass E. _____ der Vertreter der Beklagten (und nicht des Klägers) gewesen sei. Dazu kommt, dass die obergerichtliche Erwägung auch nicht entscheidend war – vielmehr hat das Obergericht die Sache ja gerade zurückgewiesen mit dem Auftrag, zu klären, was die Parteien vereinbarten.

Es ist allerdings nicht ohne Weiteres einleuchtend, weshalb die Beklagte annahm oder annehmen durfte, E. _____ handle nicht nur betreffend Vermögensverwaltung, sondern auch im Zusammenhang mit der Hypothek als Vertreter des Klägers. Aus der bereits erwähnten, unstreitigen (act. 16 Rz. 10) schriftlichen Vollmacht (act. 17/9), die *nota bene* von der Beklagten vorformuliert ist, ergibt sich dies wohl nicht. Sie ist überschrieben mit «Beschränkte Vollmacht für externe Vermögensverwalter (mit Ermächtigung zu Derivat- und Termingeschäften und zur

Kreditaufnahme)». Die Vollmacht war also beschränkt (eben auf die Vermögensverwaltung). Und die «Ermächtigung [...] zur Kreditaufnahme» umfasste die Bevollmächtigung, «für die Verwaltung seiner [sc. des Klägers] Vermögenswerte Kredite aufzunehmen» (Hervorhebung hinzugefügt) und dazu *Faustpfandverschreibungen* zu unterzeichnen; sie umfasste also nicht die Vollmacht, *irgendwelche* Kredite mit *irgendwelchen* Zwecken aufzunehmen und auch nicht, dazu Hypotheken (*Grundpfandverschreibungen* oder *Schuldbriefe* [vgl. dazu act. 4/3 S. 3, «Grundpfandsicherheit(en)»]) einzugehen.

Auch die Aussagen des Zeugen E. _____ bestätigen den Standpunkt der Beklagten nicht ohne Weiteres. So führte E. _____ auf die Frage: «Vermitteln Sie auch Hypotheken mit anderen Banken als der Beklagten?» aus, «[w]ir [gemeint wohl: seine Arbeitgeberin] arbeiten als unabhängige *Berater* mit allen bedeutenden Banken der Schweiz zusammen» (act. 81 S. 4, Hervorhebung hinzugefügt). Und die Frage: «Haben Sie jemals etwas unterschrieben im Namen des Klägers?» verneinte er – «Verpflichtungen [müsse] der Kunde unterschreiben» (act. 81 S. 10), wohingegen «es in der Vermögensverwaltung anders aus[sehe]»: «Dort handeln wir für die Kunden und haben entsprechende Vollmachten» (act. 81 S. 10). Auch die Frage: «Hatten Sie vom Kläger eine Vollmacht?» verneinte er (vgl. aber S. 13 betreffend *Vermögensverwaltungsvollmacht*) – «aber wir haben auch keine Anlagen getätigt, sondern nur die Hypothek» (act. 81 S. 10). Auf Ergänzungsfragen des Rechtsvertreters des Klägers blieb E. _____ unklar, ob er die Hypothek nur «vermittelt» habe und was genau er selbst darunter verstand: «Es bedeutet, dass ich für den Kunden mit der Bank eine Lösung suche» (act. 81 S. 11). Ebenso führte er aus, dass er «keinen Kreditvertrag [für den Kunden] selber unterzeichnen [dürfe]» (act. 81 S. 16).

Der Kläger selbst führte aus, E. _____ habe keine Vollmacht gehabt, Dinge für ihn zu unterschreiben, und dass er angenommen habe, E. _____ arbeite für die Beklagte (act. 80 S. 7).

Es lässt sich damit nicht erstellen, dass der Kläger E. _____ zur Stellvertretung auch in Bezug auf die Hypothek «ermächtigt» (Art. 32 Abs. 1 OR) hätte; und auch nicht, dass der Kläger der Beklagten klar «mitgeteilt» (Art. 33 Abs. 3 OR) hätte,

E._____ sei sein Stellvertreter auch in Bezug auf die Hypothek (vgl. aber act. 94 Rz. 42). Die Beklagte durfte aber trotzdem davon ausgehen, dass dies so war:

Daraus, dass «Ansprechpartner» des Klägers immer E._____ gewesen sei (act. 80 S. 5 unten) und dass er (der Kläger) nie – bzw. nur einmal in anderem Zusammenhang – mit der Beklagten direkten Kontakt hatte (act. 80 S. 8), lässt sich wenig gewinnen. Einerseits war dem Kläger bewusst, dass es E._____ war – wer sonst? –, der für ihn mit der Beklagten verkehrte. Andererseits konnte der Kläger diese Situation auch so verstehen, dass die Beklagte ihm gegenüber durch E._____ – durch wen sonst? – auftrat. Dadurch, dass die Beklagte den Rahmenvertrag nicht von E._____ (für den Kläger), sondern vom Kläger persönlich unterzeichnen liess, brachte sie denn gerade zum Ausdruck, E._____ diesbezüglich nicht als Vertreter des Klägers zu betrachten. Gleichzeitig wird in der Vollmacht (act. 17/9) erwähnt, dass der unabhängige Vermögensverwalter «weder Angestellter noch Beauftragter der Bank ist» (erster Absatz).

Obwohl der Kläger teilweise geltend machte, E._____ sei nur Vermittler gewesen, machte er auch geltend, E._____ sei gerade Vertreter der Beklagten gewesen (vgl. soeben). Das hiesse, E._____ hätte für ein Geschäft (die Vermögensverwaltung) den Kläger gegenüber der Beklagten vertreten, für ein anderes (die Hypothek) die Beklagte gegenüber dem Kläger. Das wäre höchst ungewöhnlich, weshalb der Kläger nicht annehmen durfte, dass es sich so verhalten habe. Es ist auch fraglich, ob dies mit den zivilrechtlichen Treuepflichten (Art. 398 Abs. 2 OR – Grundlage einer Vertretung ist regelmässig ein Auftrag [vgl. Art. 396 Abs. 2 OR]) oder den aufsichtsrechtlichen Pflichten eines Vermögensverwalters vereinbar wäre, was ebenfalls dagegen spricht, dass der Kläger von dieser Sach- und Rechtslage ausgehen durfte. Zudem ist die Darstellung des Klägers insofern – war E._____ Vermittler oder Vertreter der Beklagten? – widersprüchlich, liegt also gar keine prozessrechtskonforme Tatsachendarstellung vor.

Sodann führte der Kläger selbst in der Parteibefragung aus, E._____ habe für eine Beratungsgesellschaft gearbeitet (act. 80 S. 3). Dann kann er aber nicht gleichzeitig der Meinung gewesen sein, E._____ arbeite für die Beklagte. Weiter führte der Kläger aus, E._____ habe wohl mit verschiedenen Banken gesprochen

(act. 80 S. 3, auch S. 7 – davon geht auch E._____ aus: act. 81 S. 3 f.). Der Kläger konnte aber nicht annehmen, dass ein «Mann der Beklagten» für ihn (den Kläger) auch Geschäfte mit anderen Banken in Betracht gezogen hätte. Denn auch dann hätte E._____ eine Treuepflicht gegenüber der Beklagten gehabt (sei es als Beauftragter, sei es als Arbeitnehmer, sei es als Organ), die ihm wohl verboten hätte, für den Kläger Geschäfte mit Drittbanken in die Wege zu leiten oder nur schon vorzuschlagen.

E._____ war als unabhängiger Vermögensverwalter tätig (act. 16 Rz. 9 f.), was der Kläger wusste (oder zumindest mit wenig Aufwand hätte in Erfahrung bringen können). Schon der Begriff «unabhängig» legt nahe, dass ein solcher Vermögensverwalter nicht für die Bank, sondern für den Kunden tätig ist.

Nebst dem Ausgeführten musste der Kläger und durfte die Beklagte aber auch aufgrund des «Mechanismus», den der Rahmenvertrag vorsah, davon ausgehen, dass E._____ den Kläger vertreten hat:

Der Rahmenvertrag – den der Kläger persönlich unterzeichnete, dessen Inhalt ihm also nicht nur mittels einer (hier strittigen) Vertretung bzw. Zurechnung bekannt war – sah vor, dass weitere «Vereinbarungen» zu schliessen seien und dass diese schriftlich bestätigt würden (act. 4/3 S. 1, «Benützung», Abs. 2). Es war also offensichtlich (und ist auch vom Kläger zugestanden, z.B. act. 2 Rz. 13), dass der Rahmenvertrag *allein* nicht genügte, um die Hypothek(en) und insbesondere den geschuldeten Zins zu bestimmen.

Der Kläger hat alle «Kontodokumente» erhalten (nachfolgend IV.1.), also auch die Produktbestätigungen. Der Kläger wusste aufgrund des Rahmenvertrags um die Bedeutung der Produktbestätigungen. Wenn er solche erhielt, ohne dass er – wie er geltend macht – eine Einzelvereinbarung geschlossen hat, so wäre dies Anlass gewesen, bei der Beklagten oder zumindest bei E._____ nachzufragen, warum denn etwas bestätigt werde, das er nicht vereinbart habe.

Selbst wenn der Kläger, wie er geltend macht, nur die Kontoauszüge (und keine sonstigen «Kontodokumente») erhalten haben sollte, so hätte er spätestens nach

deren Erhalt nachfragen sollen, wie es denn zu diesen Zinsbelastungen – die allein im Rahmenvertrag keine Rechtsgrundlage hatten, was der Kläger auch wusste oder jedenfalls wissen musste – gekommen sei.

Aber auch wenn der Kläger, wie in den Rechtsschriften teilweise behauptet (nachfolgend IV.1.), überhaupt keine Kontodokumente oder jedenfalls keine Produktbestätigung erhalten hätte, wäre es nicht anders. Die Beklagte hat die Darlehensvaluta unstreitig ausbezahlt, was sie nicht getan hätte ohne eine Einzelvereinbarung. Das hätte den Kläger erst recht dazu veranlassen müssen, nachzufragen, warum denn ohne einen Rechtsgrund – der Rahmenvertrag genügte dafür eben nicht – eine Darlehensvaluta von mehreren Millionen Franken ausbezahlt wurde (vgl. dazu auch Art. 7 Abs. 2 der AGB [act. 17/16]).

Bei einer solchen Nachfrage hätte der Kläger erfahren, dass die Beklagte annahm, sie habe die Einzelvereinbarung mit dem Kläger geschlossen, und zwar über dessen Vertreter E._____. Er hätte dann Gelegenheit gehabt, klarzustellen, dass E._____ nicht sein Vertreter sei. Damit begründete das Verhalten (Nichtintervenieren) des Klägers zumindest eine externe Duldungsvollmacht. Ob daraus, dass der Kläger nicht nachfragte, abzuleiten ist, dass der Kläger gerade damit einverstanden war, dass E._____ ihn diesbezüglich gegenüber der Beklagten verrete, dass also eine tatsächliche Vollmacht vom Kläger an E._____ angenommen werden muss, kann offen bleiben.

Angesichts des Ausgeführten spielt es keine entscheidende Rolle, ob E._____ «mit der [Beklagten] eine Vermittlungs- oder Provisionsvereinbarung» hatte (act. 27 Rz. 70; vgl. auch act. 81 S. 11). Dies ist (auch unter dem heutigen, im Vergleich zu 2012 strengeren Aufsichtsrecht) grundsätzlich zulässig (Art. 26 FIDLEG) und kann schon deshalb keinen Einfluss auf die Beurteilung haben.

Ob E._____ wirklich bevollmächtigt war, die Einzelvereinbarungen abzuschliessen (act. 92 Rz. 20 ff.), spielt also gar keine Rolle – die Beklagte durfte jedenfalls nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass dies der Fall war (vgl. auch act. 94 Rz. 53). Und weil dies der Fall war, muss sich der Kläger auch das einschlägige Fachwissen von E._____ anrechnen lassen (vgl. dazu z.B. act. 94 Rz. 46).

Es bleibt zu zeigen, dass die Beklagte mit E. _____ einen «Nullzinsfloor» vereinbarte.

III.4. Vereinbarungen zwischen E. _____ und der Beklagten

Schon die erste «Flex-Rollover-Hypothek» sei nach Rücksprache mit E. _____ geschlossen worden (act. 16 Rz. 34). E. _____ habe gewusst, dass die Beklagte einen «Nullzinsfloor» will (act. 16 Rz. 23). Er sagte denn auch in der Zeugeneinvernahme aus, man habe das «akzeptiert» (act. 80 S. 8 f.).

Der Zeuge C. _____ sagte auf die Frage: «Haben Sie aufgrund des Rahmenvertrags diese Bestätigung [die «Produktbestätigung» vom 11. April 2012] ausgelöst»: «Aufgrund des Auftrags von E. _____ habe ich diese Bestätigung ausgelöst mit dem abgemachten Zins.» (act. 82 S. 8). Auf die Frage: «Haben Sie mit E. _____ über Nullzinsen gesprochen?» sagte er: «Wir haben vor allem über die Marge gesprochen.» (act. 82 S. 9). Auch auf verschiedene Ergänzungsfragen des Rechtsvertreters der Beklagten schilderte der Zeuge C. _____ von Gesprächen mit E. _____ (act. 82 S. 10 ff.). E. _____ führte aus, dass «[d]ie Konditionen fallweise verhandelt» wurden und dass es vor der Vertragsverlängerung «eine kurze Anfrage bei mir» gegeben habe, «ob alles verlängert werden soll», es habe «Kommunikation» gegeben und die Bank sei «wohl auf mich zugekommen und hat nachgefragt, ob das verlängert werden könne» (act. 81 S. 14). Es ergibt sich also aus dem Beweisverfahren, dass die Beklagte – handeln durch Herrn C. _____ – und der Kläger – vertreten durch E. _____ (dazu soeben III.3) – die Ausgestaltung der einzelnen «Produkte» besprachen. Der Zeuge D. _____ führte aus, sein Vorgesetzter habe mit E. _____ die Zinsen besprochen (act. 83 S. 4). Er sagte weiter, E. _____ sei der «Nullzinsfloor» bekannt gewesen (act. 83 S. 6) und man habe darüber gesprochen, als der Zins negativ wurde (act. 83 S. 7). Er führte weiter aus, dass die «Verlängerungen» jeweils mit E. _____ besprochen worden seien (act. 83 S. 11) und diesem sei der «Nullzinsfloor» bekannt gewesen (act. 83 S. 12).

Es ergibt sich damit aus dem Beweisverfahren klar, dass Mitarbeiter der Beklagten mit E. _____ jeweils vor «Ausstellung» der Produktvereinbarungen über die

Konditionen sprachen. Es wurde auch von keiner Seite geltend gemacht, die Zeugen C._____ oder D._____ hätten nicht die Wahrheit gesagt. Zuzugeben ist, dass sich aus dem Beweisverfahren wohl nicht ergibt, dass einer der Beteiligten – Kläger; Beklagte oder deren Mitarbeiter; E._____ – je ausdrücklich dem andern einen «Nullzinsfloor» vorgeschlagen und der andere sich damit ausdrücklich einverstanden erklärt hat (vgl. nur act. 92 Rz. 9 ff., Rz. 18) – die Frage kann aber offen bleiben, da ohnehin ein ausreichender (normativer) Konsens über den «Nullzinsfloor» zustande kam.

Der Rückweisungsentscheid enthält den Auftrag, zu klären, was die Parteien tatsächlich sagten. Darüber, wie das Gesagte rechtlich zu würdigen ist, enthält der Rückweisungsentscheid keine Vorgaben oder Einschränkungen. Das entspricht auch Sinn und Zweck des Rückweisungsentscheids, mit dem das Verfahren eben in das Stadium der Tatsachenfeststellung zurückversetzt wurde, an das die rechtliche Würdigung dieser Tatsachen erst anschliesst. Es gilt deshalb die allgemeine Regel, dass «gegenseitige Willensäusserung[en]» (Art. 1 Abs. 2 OR) nach Treu und Glauben auszulegen sind (Art. 18 Abs. 1 OR, Art. 2 Abs. 1 ZGB).

Schon die erste Produktbestätigung (act. 4/5a) enthielt den Hinweis auf einen «Nullzinsfloor». Spätestens nach deren Erhalt (dazu nachfolgend IV.1) musste dem Kläger bekannt sein, dass die Beklagte einen solchen vereinbaren möchte (und, nach ihrer Ansicht, schon für die erste Hypothek vereinbarte, worauf es aber nicht ankommt, weil der LIBOR erst ab 2015, unter «Geltung» der zweiten Produktvereinbarung, negativ wurde [act. 16 Rz. 51] und der Kläger mit seinem Hauptbegehren entsprechend nur eine Rückerstattung von Zinsen für die Jahre 2015–2018 verlangt [act. 2 Rz. 4, 10]).

Beim Abschluss der «Flex-Rollover-Hypothek», die zur «Produktbestätigung» vom 5. April 2013 (act. 4/5b) führte, wusste der Kläger bzw. sein Vertreter (E._____) – eben wegen der «Produktbestätigung» vom 11. April 2012 (act. 4/5a) –, dass die Beklagte bei einem allfällig negativen LIBOR diesen für die Zinsberechnung mit Null einsetzen wollte; und die Beklagte wusste, dass der Kläger dies wusste. Die Beklagte durfte also nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Kläger mit seiner Erklärung (abgegeben durch E._____), er wolle erneut eine

«Flex-Rollover-Hypothek» abschliessen, sein Einverständnis zu einem «Nullzinsfloor» gab. So sagte denn auch der Zeuge C._____, er habe mit E._____ besprochen, dass die Bank nicht bereit sei, die Marge «herauszugeben» (act. 82 S. 10).

Die Beklagte durfte die Erklärungen des Klägers – abgegeben durch E._____ – also nach Treu und Glauben als Zustimmung zu einem «Nullzinsfloor» verstehen.

An diesem Ergebnis ändert nichts, dass regelmässig über die Marge, aber nicht über den Zins gesprochen wurde (z.B. act. 92 Rz. 14): C._____ sagte aus, man habe vor allem über die Marge gesprochen (act. 82 S. 5), so im Rahmen der Einzelvereinbarungen von 2013 und von 2017 (act. 82 S. 11). Weiter führte er aus: «Wir haben nur immer über die Marge gesprochen, also über den Zinssatz» und «Für mich ist die Marge der Zinssatz» (act. 82 S. 12). Es ergibt sich aus dem Ausgeführten, dass die Beklagte darauf vertrauen durfte, dass der Kläger mit dem «Nullzinsfloor» einverstanden war. Aufgrund der gesamten Kommunikation zwischen den Parteien und insbesondere den Produktbestätigungen musste dem Kläger klar sein, dass die Mitarbeiter der Beklagten «Marge» und «Zins» (im Negativzins-Umfeld) als Synonyme verwendeten, auch wenn dies der Terminologie, die die Beklagte selbst mit dem Rahmenvertrag geschaffen hatte – wo übrigens auch noch von einem «Zuschlag», umfassend u.a. die Marge, die Rede ist –, widersprach.

Es bestand also zumindest ein normativer Konsens über den «Nullzinsfloor» (aber act. 16 Rz. 89 f. und act. 94 Rz. 9 ff., wo die Beklagte gar auf einen tatsächlichen Konsens schliesst).

III.5. Ergebnis zum rechtlichen Konsens

E._____ war Vertreter des Klägers und sein Wissen und seine Erklärungen sind dem Kläger zuzurechnen. Er besprach mit der Beklagten jeweils die zu schliessenden «Flex-Rollover-Hypotheken», wobei nach Treu und Glauben – spätestens in der zweiten Einzelvereinbarung – ein Konsens zustande kam darüber, dass ein negativer LIBOR als 0% eingesetzt werde.

IV. Anderweitige vertragliche Bindung?

IV.1. Genehmigungsfiktion: Produktbestätigungen, Fälligkeits- und Belastungsanzeigen, Kontoauszüge

Nach Ansicht der Beklagten besteht auch deshalb kein Rückforderungsanspruch des Klägers, weil der Kläger die von ihr vorgenommenen Zinsbelastungen genehmigt habe, dies aufgrund der Genehmigungsfiktion in ihren AGB (act. 16 Rz. 100 ff.). Während das Obergericht die Ansicht der Beklagten, aus der Zahlung der Zinsen – der Kläger hat diese eben nicht «aktiv» gezahlt, sondern die Beklagte hat sie ihm belastet – ergebe sich ein tatsächlicher Konsens, verwarf (Urteil Obergericht, Erw. III.12), schloss es nicht aus, dass die *Bestätigungen* dieser Belastungen im Rahmen der Genehmigungsfiktion berücksichtigt werden dürfen.

Art. 7 Abs. 4 der AGB der Beklagten (act. 17/16) lautet: «Beanstandungen von Konto- oder Depotauszügen haben innerhalb eines Monats zu erfolgen. Nach unbenütztem Ablauf dieser Frist gelten die Auszüge als genehmigt.»

Eine Genehmigung setzt grundsätzlich die Zustellung der Kontodokumente voraus. Die Beklagte behauptet teilweise nur relativ pauschal, dass der Kläger alle «Bankdokumente» (Produktbestätigungen, Fälligkeits- und Belastungsanzeigen, Kontoauszüge) erhalten habe, ohne zu jedem detailliert zu behaupten, dass und wann der Kläger diese erhalten habe (z.B. act. 16 Rz. 34, 38-40, lediglich implizit in Rz. 94, 98, 102). Der Kläger führt dagegen zunächst aus, dass und weshalb er gegen die Produktbestätigungen nicht reklamiert habe (act. 27 Rz. 27 f.), was impliziert, dass er sie erhalten hatte. Sodann führt er aus, er könne nicht «bestätigen», dass er die Bankkorrespondenz erhielt (act. 27 Rz. 201, 211, 215 und 218). Damit behauptete er nicht, dass er sie *nicht* erhalten hätte. Es liegt deshalb, entgegen seiner nach Novenschluss vertretenen Ansicht (act. 42 Rz. 15, auch Rz. 19), keine Bestreitung der Darstellung der Beklagten vor. Damit ist unbestritten geblieben, dass der Kläger alle Kontodokumente (Produktbestätigungen, Fälligkeits- und Belastungsanzeigen, Kontoauszüge) erhalten hat.

Im Beweisverfahren führte der Kläger zunächst aus, er habe nie etwas erhalten (act. 80 S. 2, S. 4), sagte dann aber auch, er habe die Kontoauszüge erhalten

(act. 80 S. 5). Danach räumte er wiederum ein, dass womöglich sein Family Office die Belege erhalten habe (act. 80 S. 6 – das müsste der Kläger sich anrechnen lassen). Andernorts bleibt er unklar, es sei sogar möglich, dass Dinge einfach entsorgt worden seien (act. 80 S. 10). Selbst wenn also, entgegen dem soeben Ausgeführten, davon ausgegangen würde, dass der Kläger den Erhalt gewisser Kontodokumente bestritten hat, so blieben seine Aussagen im Beweisverfahren widersprüchlich, weshalb sie nicht glaubhaft erscheinen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass er alle «Kontodokumente» erhalten hat – bezüglich der Kontoauszüge hat er es sogar anerkannt.

Dazu kommt, dass die Beklagte berechtigt war, die Belege per «gewöhnlicher» Post an die ihr bekannte Adresse des Klägers zu senden (vgl. act. 94 Rz. 86). Dass sie dies getan habe, blieb unbestritten, und das genügt. Sodann wäre auch hier anzunehmen gewesen, dass der Kläger nach Jahren einmal reklamiert hätte (vgl. dazu auch Art. 7 Abs. 2 der Bank-AGB [act. 17/16]). Das tat er nicht, weshalb anzunehmen ist, dass er sämtliche Korrespondenz erhalten hat und selbst wenn nicht, die Beklagte davon ausgehen durfte, dass dies der Fall war.

Zuletzt erhielten E._____ (act. 81 S. 13), der sie auch online abrufen konnte (act. 16 Rz. 13), und teilweise das Family Office des Klägers die Belege (act. 16 Rz. 55; act. 80 S. 10). Sie gelten also als ihm zugegangen.

Die Genehmigung setzt weiter voraus, dass keine Beanstandung erfolgte. Dass der Kläger die «Produktbestätigungen» nie beanstandete, anerkennt er selbst (act. 2 Rz. 21).

Damit greift die Genehmigungsfiktion und der Kläger kann nicht mehr geltend machen, der «Nullzinsfloor», wie er in den Produktbestätigungen erwähnt ist und wie er sich aus zahlreichen Fälligkeits- und Belastungsanzeigen ergab, sei nicht vereinbart worden – jedenfalls nicht bis zu seinem Schreiben vom 7. März 2018 (act. 2 Rz. 45).

Es kann somit offen bleiben, ob die Genehmigungsfiktion nur zu einer Beweislastumkehr führe (vgl. nur act. 104 Rz. 67 ff.), weil der Gegenbeweis – dass die

Belastungen unrechtmässig waren, weil «kein Nullzinsfloor» vereinbart worden sei – dem Kläger nicht gelingt (vorn III.4).

Weil das «zu Genehmigende» nach dem Ausgeführten dem Vereinbarten entsprach – es wich jedenfalls nicht erheblich davon ab, sondern es wurde eine unklare Frage («Wie geht man mit einem Negativ-LIBOR um?») klargestellt –, gehen auch die Hinweise des Klägers, dass die Genehmigungsfiktion nicht greife, wenn die Bank treuwidrig handelt und absichtlich nicht Vereinbartes bestätigt oder ausführt (act. 92 Rz. 53 ff.), an der Sache vorbei.

IV.2. Die «Produktbestätigungen» als kaufmännische Bestätigungsschreiben

Nach Ansicht der Beklagten besteht auch deshalb kein Rückforderungsanspruch des Klägers, weil die «Produktbestätigungen», die der Kläger nicht (rechtzeitig) beanstandet hat, kaufmännische Bestätigungsschreiben mit rechtserzeugender Wirkung seien (act. 16 S. 31 ff.).

Zunächst ist auch hier zu klären, ob nicht eine verbindliche Vorgabe des Obergerichts besteht. Das ist nicht der Fall. Das Obergericht liess ausdrücklich offen, ob ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben mit rechtserzeugender Wirkung vorliegt (Urteil Obergericht, Erw. III.11. Abs. 3 am Ende S. 15).

Ein solches liegt immer dann vor, wenn die Gegenpartei «geschäftsgewandt und mit den Bräuchen des kaufmännischen Verkehrs vertraut» ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. I, 10. A., 2014, N 1166; KRAMER, Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben und rechtsgeschäftlicher Vertrauensgrundsatz, recht 1990, 106).

Die Beklagte brachte vor, der Kläger sei Unternehmer in der Sicherungs-/Schliesstechnik (gewesen) und habe im Jahr 2010 einen 70%-Anteil von H._____ AG für 70 Millionen Euro verkauft (act. 16 Rz. 3). Der Kläger bringt dagegen vor, allein die Tatsache, dass jemand vermögend sei, mache ihn noch nicht geschäftsgewandt (act. 27 Rz. 59). Das mag an sich richtig sein. Doch anerkennt der Kläger selbst, dass er zwar heute «nur» noch als Investor und «Privatier» tätig

sei, aber davor in der Sicherungs- und Schliesstechnik tätig gewesen sei (act. 27 Rz. 60). Er war also nicht einfach Eigentümer/Aktionär eines Unternehmens, sondern selbst in einem solchen «tätig». Auch mag richtig sein, dass der Kläger deshalb nicht als «Finanzspezialist» betrachtet werden kann (act. 27 Rz. 58 f.), doch kommt es darauf nicht an – relevant ist allein, ob er für die Frage «geschäftsgewandt» war, dass es im Geschäftsverkehr üblich ist, gemachte Vereinbarungen schriftlich zu bestätigen und dass es ebenso üblich ist, bei fehlendem Einverständnis zu widersprechen. Insofern war der Kläger geschäftsgewandt.

Nichts anderes ergibt sich aus dem Gegenargument des Klägers, er sei als Eigenkapitalgeber tätig, investiere aber nicht Fremdkapital oder Kredite, und sei deshalb mit (LIBOR-)Hypotheken nicht vertraut (act. 27 Rz. 60 f.). Auch das mag an sich zutreffen, geht aber ebenfalls an der Sache vorbei: Denn auch hier kommt es allein darauf an, ob von jemandem, der als «Investor» und «Privatier» tätig ist, erwartet werden kann, dass er mit den Gebräuchen betreffend «kaufmännischen Bestätigungsschreiben» vertraut ist. Das ist zu bejahen, weshalb der Kläger auch insoweit als geschäftsgewandt zu betrachten ist. Er war zudem an einem grossen Immobilienprojekt beteiligt (act. 16 Rz. 94, act. 36 Rz. 45). Es spielt auch keine Rolle, dass der Kläger «als Privatperson» auftrat, um eine Hypothek für sein privat bewohntes Wohnhaus aufzunehmen (act. 2 Rz. 38): Auch in BGer 4A_555/2014 (Pra 2016 Nr. 25 Erw. 3) ging es um «gewöhnliche» Konsumenten. Daraus ergibt sich, dass das kaufmännische Bestätigungsschreiben nicht nur im «kaufmännischen Verkehr» in einem allzu eng verstandenen Sinne zur Anwendung gelangt.

Das Bundesgericht stützt die rechtserzeugende Kraft des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auf eine analoge Anwendung von Art. 6 OR (BGE 114 II 250): Ist «wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird» (Art. 6 OR). Weil es um eine analoge Anwendung geht, nämlich auf Fälle, in denen der Ab-

sender gerade keinen Antrag machen wollte, sondern nur eine Bestätigung versendet, gehen die Vorbringen des Klägers, die Bestätigungen seien keine Offerten (act. 2 Rz. 32–36), an der Sache vorbei.

Aus der «besonderen Natur des Geschäftes» kann die Beklagte hier nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es kommt also darauf an, ob (in der Zahl und/oder in der Qualität) ausreichende «Umstände» vorliegen, aufgrund derer das, was die Beklagte in den Produktbestätigungen festhielt – hier namentlich: der «Nullzinsfloor» – auch dann zwischen den Parteien Geltung erlangte, wenn es nicht vorab mündlich (oder in einer anderen Form) vereinbart worden sein sollte. Es liegen zahlreiche und insgesamt ausreichende «Umstände» vor:

- Der Rahmenvertrag (act. 4/3, S. 2, «Zinssatz», Abs. 4) sieht vor: «Die jeweiligen Zinssätze werden von der Bank [= Beklagten] schriftlich, jedoch ohne Unterschrift, bestätigt.» Es musste also beiden Parteien klar sein, dass entsprechende Schreiben (nämlich die «Produktbestätigungen») versandt werden. Damit diese im Rahmenvertrag enthaltene Vereinbarung nicht eine leere Formalie bleibt, kann sie nur den Sinn und Zweck haben, dass die Parteien ein gewisses Vertrauen darin haben durften, dass die andere Partei sich melden würde, falls sie mit dem, was in einer Produktbestätigung festgehalten wird, nicht einverstanden sein sollte.
- Es ist im Bankverkehr – wie auch sonst im Massen-Geschäftsverkehr – üblich, dass Vereinbarungen schriftlich bestätigt werden. Dies ist schon deshalb berechtigt, weil in einem arbeitsteiligen Unternehmen und bei teilweise automatisierten Abläufen nicht stets völlig sichergestellt werden kann, dass für einen Kunden auch genau das «aufgesetzt» wird, was er mit Vertretern des Unternehmens vereinbart (im Sinne von Art. 1 OR) hat.
- Mit Art. 7 der AGB – die der Kläger angenommen hat – hat die Beklagte gerade klargestellt, dass sie sich darauf verlassen werde, dass das, was schriftlich festgehalten wurde, grundsätzlich gilt.

Die «Produktbestätigungen» sind deshalb kaufmännische Bestätigungsschreiben mit rechtserzeugender Wirkung. Selbst wenn angenommen würde, dass die Parteien nicht einen bestimmten Zinssatz unter Geltung eines Zinsfloors vereinbart haben, so kam eine entsprechende Vereinbarung dadurch zustande, dass der Kläger den «Produktbestätigungen» nicht widersprach.

V. Irrtumsanfechtung

Der Kläger macht geltend, er habe die Bestätigungen «etc.» der Beklagten mit Schreiben vom 7. März 2018 wegen Grundlagen- und Rechtsirrtums angefochten (act. 2 Rz. 57; act. 4/7; ausführlich nach dem Beweisverfahren: act. 92 Rz. 67 ff.).

Der Kläger macht im Anfechtungsschreiben (act. 4/7, S. 2) geltend, «[e]inem «Einfrieren» bei 0% hätte [er] nicht zugestimmt». Soweit er damit den Rahmenvertrag anfechten will, geht die Anfechtung ins Leere, weil dieser – wie der Kläger ja selbst ausführt – gar kein «Einfrieren» vorsah.

Der Kläger macht weiter geltend, er habe bis Dezember 2017 – erst damals sei er durch seinen Rechtsvertreter aufgeklärt worden (act. 2 Rz. 59) – gemeint, die Beklagte dürfe einen «Nullzinsfloor» «einziehen» (act. 92 Rz. 78, 88 ff.).

Das schlägt aber nicht durch. Denn es ist kein Szenario denkbar, unter dem eine Irrtumsanfechtung berechtigt wäre:

Die *erste* Variante wäre, dass der Kläger stets, also bereits bei Abschluss des Rahmenvertrags, der Ansicht gewesen ist, die Beklagte dürfe einen «Nullzinsfloor» «einziehen». War er aber beim Abschluss des Rahmenvertrags (und bei der kurz darauf erfolgten ersten Einzelvereinbarung) dieser Meinung, so bestand über den «Nullzinsfloor» sogar ein *tatsächlicher* Konsens, womit gar kein Irrtum bestand.

Die *zweite* Variante wäre, dass der Kläger stets der Meinung gewesen sei, die Beklagte dürfe keinen «Nullzinsfloor» «einziehen». Dann hätte er schon die erste Produktbestätigung (bzw. die dieser zugrundeliegende Einzelvereinbarung) vom

April 2012 anfechten müssen. Dafür war die Jahresfrist am 7. März 2018 längst verstrichen.

Denkbar wäre eine *dritte* Variante. Sie würde voraussetzen, dass der Kläger den Rahmenvertrag schloss in der Annahme, es gäbe keinen Nullzinsfloor, (erst) später aber zur Meinung kam, die Beklagte dürfe einen solchen doch «einziehen» (worauf er schliesslich, dank der Aufklärung durch seinen Rechtsvertreter, wieder zur Meinung gelangte, dass ein «Nullzinsfloor» doch nicht zulässig sei). Zunächst hätte der Kläger das so ausführen und konkret begründen müssen, was ihn wann genau zu seinem ersten Meinungswechsel brachte. Ohnehin muss aber auch diese Variante scheitern: Wenn nämlich der Kläger irgendwann zur Meinung kam, die Beklagte dürfe einen «Nullzinsfloor» einziehen und in dieser Meinung eine weitere Einzelvereinbarung schloss, so entstand dannzumal kraft – nun erneut: natürlichen – Konsenses genau dieser Vertrag.

Sodann hätte es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum gehandelt, denn es geht einzig darum, welche Rechtslage der Kläger sich vorstellte (vgl. BGer 4A_461/2016 Erw. 4.3.2.).

Die Berufung auf den Irrtum ist zudem missbräuchlich. In der Replik wurde geltend gemacht, der Kläger wisse nicht, ob er, E. _____ oder das Family Office irgendwelche Korrespondenz erhalten habe (act. 27 Rz. 201). Weiter sagte der Kläger selbst aus, wenn es etwas Wichtiges gegeben hätte, hätte er es unterschrieben (act. 80 S. 10). Es waren aber «formlose» Einzelvereinbarungen im Rahmenvertrag vorgesehen, die bestätigt werden sollten, ohne dass der Kläger etwas unterschreiben musste. Zudem führte der Kläger aus, es ginge um einen auf 10 Jahre geschlossenen Vertrag mit einem «festen Satz, nämlich ihrer Marge» (act. 80 S. 10 und 11). Beides stimmt nicht und dass der Zins nicht fix war, wusste der Kläger nach eigener Aussage selbst (act. 80 S. 4). Und schliesslich führte er aus, dass er «vier Jahre überhaupt nicht über den Kredit nachgedacht» habe (act. 80 S. 11) und: «Nein, ich habe mich wirklich nicht darum [den LIBOR] gekümmert» (act. 80 S. 12). Wer aber eine LIBOR-Hypothek abschliesst, der muss sich darum kümmern, wie sich dieser Referenzzinssatz bewegt, umso mehr, wenn – wie allgemein bekannt war – die Zinsen ins Negative gehen, was

historisch ganz aussergewöhnlich war. Das gleiche Bild – der Kläger kümmerte sich gar nicht recht darum, was er mit der Beklagten vereinbart hatte – zeigt sich im Zusammenhang mit den Produktbestätigungen: Der Kläger macht geltend, weil diese jeweils nur eine Laufzeit von einem Monat gehabt hätten, habe er nicht reklamiert (act. 27 Rz. 28). Es handelte sich um «*Rollover-Hypothecken*» und es stand in den Produktbestätigungen klar, dass sie sich verlängern, dass sie also nicht nur eine Laufzeit von einem Monat hatten.

Der Kläger kann nun nicht die Folgen seines eigenen Desinteresses über eine Irrtumsanfechtung der Beklagten anlasten.

Und zuletzt kommt man auch im Irrtumsrecht nicht um eine Abwägung herum. Es geht darum, die richtige Balance zu finden zwischen den Interessen des Klägers, nicht an einen Vertrag gebunden zu sein, den er – nach seiner Darstellung – so nicht gewollt habe, und den Interessen der Beklagten, sich auf Vereinbartes und Bestätigtes verlassen zu dürfen. Denn «[d]iese Antwort [auf die Frage, welcher Rechtsirrtum beachtlich ist,] darf sich nicht auf ein dogmatisches dictum beschränken. Sie ist keine Begriffs-, sondern eine Bewertungsfrage» (SCHMIDLIN, Berner Kommentar Art. 23–31 OR, 1995, Art. 23/24 N 322). Auf der einen Seite stehen die zahlreichen, das Vertrauen der Beklagten begründenden Umstände und das gestützt darauf abgewickelte Geschäft im Umfang von mehreren Millionen Franken. Auf der anderen Seite steht das – fast schon nachlässige – Verhalten des Klägers im Hinblick auf seine vertraglichen Rechte und Pflichten, der mit wenig Aufwand hätte klären können, wieviel Zinsen er der Beklagten aus welchem Grund schuldete, wieviel sie ihm belastete, und bei Nicht-Einverständnis mit Produktbestätigungen oder Belastungsanzeigen problemlos hätte intervenieren können. Auch deshalb ist die Berufung auf einen Irrtum abzulehnen.

VI. Eventualbegehren

In seiner Klage verzichtete der Kläger darauf, einen Anspruch wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht geltend zu machen (act. 2 Rz. 80 f.). In der Replik fordert der Kläger dann aber einen Schadenersatz von Fr. 222'702.08 (act. 27 S. 2, Rz. 179 ff. [insb. Rz. 188]).

Der Kläger anerkennt selbst, dass die Beklagte grundsätzlich keine Aufklärungspflicht traf (act. 27 Rz. 181; vgl. dazu heute und primär für aufsichtsrechtliche Pflichten: Art. 3 Bst. c FIDLEG). Er leitet die Aufklärungspflicht aus einem Wissensvorsprung ab (act. 27 Rz. 181 ff.):

- Die Beklagte habe bereits vor Abschluss des Rahmenvertrags die Absicht gehabt, «die Nullzinsfloor-Klausel [...] einzusetzen» (act. 27 Rz. 181). Das scheitert bereits daran, dass jeder, bevor er einen bestimmten Vertrag eingeht, sich Rechenschaft darüber gibt (oder jedenfalls geben sollte), was er denn wie vertraglich geregelt haben möchte. Genügte allein das, um einen Wissensvorsprung – der dann wiederum eine Aufklärungspflicht begründet – zu begründen, so gäbe es gar keine «aufklärungsfreien» Geschäfte, was es aber gemäss der herrschenden Lehre und Rechtsprechung und gemäss FIDLEG ganz offensichtlich gibt.
- Weiter begründet der Kläger die Aufklärungspflicht damit, dass die Beklagte schon vor April 2012 gewusst habe oder hätte wissen müssen, dass gewisse Zentralbanken bereits Negativzinsen eingeführt hatten (act. 27 Rz. 181). Der Kläger war fachkundig (vertreten und damit) beraten (oder jedenfalls durfte die Beklagte davon ausgehen [vorn III.3]), weshalb für die Beklagte keine Aufklärungspflicht bestand. Dazu kommt noch dies: Wer eine Hypothek (oder sonst irgendein Geschäft) abschliesst, das von einem Referenzzins abhängt, muss sich minimale Rechenschaft geben darüber, wie das aktuelle «Zinsumfeld» aussieht und wie es sich entwickeln könnte. Es wäre dem Kläger ein Leichtes gewesen, sich auf den gleichen «Wissensstand» zu bringen wie die Beklagte. Wer minimalste eigene Abklärungen unterlässt, kann nicht der Gegenpartei eine Verletzung der Aufklärungspflicht vorwerfen.
- Es wurde nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich, dass und weshalb ein «besonderes Vertrauensverhältnis», das eine Aufklärungspflicht hätte begründen können (OSER/WEBER, Basler Kommentar OR I, 7. A. 2020, Art. 398 N 30 Spiegelstrich 5 [Stichwort «Bank»]), vorlag.

Es bestand deshalb keine Aufklärungspflicht.

Das Ausgeführte wird bestätigt durch das seit dem 1. Januar 2020 geltende FIDLEG. Es sieht für Hypothekengeschäfte grundsätzlich keine Aufklärungspflichten vor, weil es sich gar nicht um eine «Finanzdienstleistung» handelt (Art. 3 Bst. c i.V.m. Art. 7 Abs. 1 FIDLEG *e contrario*; Art. 10 ff. FIDLEG *e contrario*). Weil das FIDLEG zeitlich nicht anwendbar ist und das Eventualbegehren ohnehin abzuweisen ist, kann aber offen bleiben, inwiefern sich aus ihm überhaupt zivilrechtliche Regeln ergeben.

Sollte die Beklagte aber dennoch eine Aufklärungspflicht gehabt haben, so ist sie dieser nachgekommen. In zahlreichen (Vertrags-) Dokumenten wies sie auf den «Nullzinsfloor» hin, sodass dieser dem Kläger problemlos bekannt war oder hätte bekannt sein können. Die «technischen» Folgen eines «Nullzinsfloors» – es bleibt selbst bei Negativzinsen eine «Marge» geschuldet – sind banal, weshalb hierzu keine weitere Aufklärung nötig war (so aber act. 27 Rz. 184). Das gleiche gilt für das finanzielle Risiko, das mit dem «Nullzinsfloor» zusammenhängt. Mithin musste dem Kläger gerade klar sein, «was passiert, wenn der vereinbarte Basisatz LIBOR die Nullzinsgrenze unterschreiten sollte» (act. 27 Rz. 184).

Sein Schadenersatzanspruch scheidet auch an der Kausalität. Der Kläger offeriert zwei alternative Kausalverläufe: Entweder hätte er die Hypothek ohne einen «Nullzinsfloor» abgeschlossen, oder er hätte sie überhaupt nicht abgeschlossen (act. 27 Rz. 187). Es wäre aber am Kläger, zu behaupten (und nötigenfalls zu beweisen), wie er sich denn bei «richtiger Aufklärung» verhalten hätte. Er kann nicht eine Auswahl von Möglichkeiten behaupten.

Und wenn der Kläger schon zwei Varianten offeriert, dann wäre es genauso – als dritter möglicher Kausalverlauf – wahrscheinlich, dass er eine «klassische» Hypothek (sei es eine Fix- oder eine variable) Hypothek abgeschlossen hätte, die insgesamt viel mehr Zinsen gekostet hätte, womit überhaupt kein Schaden eingetreten wäre.

Ohnehin erscheint fraglich, ob der Kläger sich bei «richtiger Aufklärung» anders verhalten hätte (vgl. act. 36 Rz. 102): Der Kläger hatte die Hypothek nach eigener Darstellung gar nicht nötig. Es ist also anzunehmen, dass er sie abschloss, weil

sie günstig war und er das Geld anderweitig einsetzen wollte. Dann ist aber fraglich, ob er wegen 0.5% mehr, was immernoch sehr günstig war, ganz auf die Hypothek verzichtet hätte; dazu hätte er mehr ausführen müssen, z.B. darüber, wozu er denn die Hypothek aufnahm.

VII. Ergebnis

Wie gezeigt ist die Klage sowohl im Haupt- wie auch im Eventualbegehren, also *vollumfänglich*, abzuweisen.

VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

VIII.1. Streitwert

Das Eventualbegehren ist mit Fr. 222'702.08 höher als das (auch in der Replik erhöhte) Hauptbegehren. Der Streitwert beträgt deshalb Fr. 222'702.08 (act. 29; ZR 121/2022 Nr. 42 Erw. 3.5).

VIII.2. Entscheidgebühr Bezirksgericht, Schlichtungskosten

Beim Streitwert von Fr. 222'702.08 beträgt die «Grundgebühr» Fr. 13'700.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Es wurde ein Beweisverfahren durchgeführt, auf das ausführliche Schlussvorträge und mehrere Stellungnahmen dazu erfolgten, zudem zwei Referentenaudienzen. Es rechtfertigt sich daher, die Entscheidgebühr zu erhöhen, doch ein «Ausnahmefall» (§ 4 Abs. 2 GebV OG) liegt nicht vor. Die Entscheidgebühr ist deshalb um einen Drittel zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG), also auf Fr. 18'300.–.

Die Entscheidgebühr ist ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ausgangsgemäss sind auch die Schlichtungskosten von Fr. 1'040.– definitiv dem Kläger aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 2 Bst. a, Art. 106 Abs. 1 Satz 1, Art. 207 Abs. 2 ZPO).

Die Zeugen beanspruchten keine Entschädigungen (Prot.-CG210020. S. 9), so dass insofern keine Kosten für das Beweisverfahren anfielen.

VIII.3. Entscheidgebühr Obergericht

Das Obergericht legte die Entscheidgebühr für sein Verfahren auf Fr. 5'000.– fest (act. 48 Dispositiv-Ziffer 2). Es überliess die Verteilung dem bezirksgerichtlichen Entscheid (act. 48 Dispositiv-Ziffer 3). Auch sie ist ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

VIII.4. Kostenvorschüsse, Bezug der Entscheidgebühren

Der Kläger leistete, entsprechend der Verfügung vom 31. Mai 2019 (act. 8), einen Kostenvorschuss von Fr. 9'412.–, entsprechend der Verfügung vom 10. Februar 2020 (act. 29) einen weiteren Kostenvorschuss von Fr. 4'500.–. Sodann leistete er einen Kostenvorschuss für das Beweisverfahren von Fr. 300.– (act. 50 Dispositiv-Ziffer 3). Beim Obergericht leistete der Kläger gemäss telefonischer Anfrage bei der dortigen Gerichtskasse einen Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– (vgl. act. 111). Er leistete also insgesamt Kostenvorschüsse von Fr. 24'212.– (= Fr. 9'412.– + Fr. 4'500.– + Fr. 300.– + Fr. 10'000.–).

Dem Kläger sind Kosten von Fr. 23'300.– (= Fr. 18'300.– + Fr. 5'000.–) aufzuerlegen (abgesehen von den Schlichtungskosten, die nicht aus den Gerichtsvorschüssen zu beziehen sind), die aus den von ihm geleistete Vorschüssen zu beziehen sind (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Im Übrigen werden ihm die geleisteten Vorschüsse (vorbehältlich des Verrechnungsrechts des Staates) zurückerstattet.

Die Beklagte leistete einen Kostenvorschuss für das Beweisverfahren von Fr. 200.– (act. 50 Dispositiv-Ziffer 3). Sie hat keine Kosten zu tragen, weshalb ihr der Vorschuss (vorbehältlich des Verrechnungsrechts des Staates) zurückzuerstatten ist.

VIII.5. Parteientschädigung

Beim Streitwert von Fr. 222'702.08 beträgt die «Grundgebühr» Fr. 16'700.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Es wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt und die Beklagte erstattete einen Schlussvortrag sowie eine weitere längere (act. 104) und eine kurze Stellungnahme dazu (act. 108). Es wurden zwei Referentenaudi-

enzen und eine Beweisverhandlung durchgeführt, dafür fand keine Hauptverhandlung statt (was zwar per se keine Reduktion gibt: OGer ZH, RB200012 Erw. 3.6/b S. 8 f.). Insgesamt rechtfertigt es sich, die Erhöhungsmöglichkeit voll auszuschöpfen und einen Zuschlag von rund 100% vorzunehmen, doch ein aussergewöhnlicher Fall (§ 11 Abs. 3 AnwGebV: «in der Regel») liegt nicht vor. Damit ist die Parteientschädigung für das bezirksgerichtliche Verfahren auf Fr. 34'000.– festzusetzen.

Es rechtfertigt sich auch, der Beklagten für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. act. 48 Dispositiv-Ziffer 3; § 13 AnwGebV). Für die Entscheidgebühr berücksichtigte das Obergericht allein den Streitwert des Hauptbegehrens (Urteil Obergericht, Erw. IV.2. Abs. 2) von rund Fr. 150'000.– und reduzierte die dabei resultierende Grundgebühr von Fr. 10'590.– auf rund die Hälfte. Für die Parteientschädigung ist analog vorzugehen (es liegt auch keiner der in § 13 Abs. 2–4 AnwGebV geregelten Sonderfälle vor): Beim Streitwert von rund Fr. 150'000.– allein für das Hauptbegehren beträgt die Grundgebühr Fr. 13'700.–. Sie ist auf rund die Hälfte zu reduzieren, also auf Fr. 7'000.–.

Gesamthaft ist der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 41'000.– (= Fr. 34'000.– + Fr. 7'000.–) zuzusprechen.

Darauf ist der Beklagten ein Mehrwertsteuerzuschlag zu gewähren. Sie machte in der Klageantwort einen MWSt-Anspruch von 5.42% geltend (act. 16 Rz. 178), zuletzt einen solchen von 6.26% (act. 94 Rz. 167 f.), was unbestritten blieb (vgl. dazu das Kreisschreiben des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). Damit beträgt die Parteientschädigung also Fr. 43'566.60 (= Fr. 41'000.– * 1.0626).

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr für das bezirksgerichtliche Verfahren wird festgesetzt auf Fr. 18'300.–. Sie wird dem Kläger auferlegt.
3. Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 5'000.– wird dem Kläger auferlegt.
4. Die gesamte Entscheidgebühr von Fr. 23'300.– wird aus den vom Kläger geleisteten Kostenvorschüssen bezogen.
5. Die Schlichtungskosten werden dem Kläger auferlegt.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das gesamte Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 43'566.60 zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung
 - an die Parteien sowie
 - an die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Laupenstrasse 27, 3003 Bern (Art. 41a Abs. 1 FINMAG).
8. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen** ab dessen Zustellung im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammern, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH
1. Abteilung

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. H. Dubach

Dr. iur. B. Schaub