

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB200029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

## Urteil vom 19. Januar 2021

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ (Schweiz) AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 2. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. Juni 2020; Proz. CG190034**

**Rechtsbegehren:**

(act. 27 S. 2)

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.

**Urteil des Bezirksgerichtes:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 14'000.–.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen bzw. nachgefordert.

Die bereits beim Kläger bezogenen Kosten für das Schlichtungsverfahren in der Höhe von Fr. 1'040.– werden diesem ebenfalls definitiv auferlegt.

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 22'300.– zzgl. 7.7% MwSt. zu bezahlen.
- 5./6. (Mitteilungen und Rechtsbelehrung)

**Berufungsanträge:**

des Klägers und Berufungsklägers (act. 49 S. 2):

1. In Gutheissung der Berufung und Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils vom 30. Juni 2020 (CG190034) 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) eventuell CHF 222'702.08 nebst Zins zu 5% (p.a.) seit 7. Februar 2020,

(b) CHF 1'040 (Kosten Schlichtungsverfahren)  
zu bezahlen.

2. Subeventuell sei das vorinstanzliche Urteil in Gutheissung der Berufung aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen [Rechtsmittelinstanz und Vorinstanz] (zzgl. 7.7% MWST) zulasten der Beklagten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 57 S. 2):

Es sei die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zulasten des Klägers.

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Beklagte ist eine Bank mit Sitz in Zürich. Der Kläger ist ein Kunde der Beklagten. Er hatte bei der Beklagten im Jahr 2012 eine Hypothek abgeschlossen, deren Zins an den LIBOR (London Interbank Offered Rate) geknüpft war. Der Streit der Parteien dreht sich darum, ob ein negativer LIBOR auf den zu bezahlenden Zins durchschlägt, wie der Kläger geltend macht, oder ob dieser Wert nie negativ wird und bei einem negativen LIBOR für die Zinsberechnung immer von einem Basiswert von 0 (sog. Nullzinsfloor) ausgegangen wird, wie die Beklagte geltend macht. Der Kläger verlangt im Hauptstandpunkt die Rückerstattung des von der Beklagten seiner Meinung nach zu Unrecht belasteten Zinses bzw. im Eventualstandpunkt Schadenersatz in der Höhe des insgesamt belasteten Zinses wegen Verletzung der Aufklärungspflicht.

2. Mit Klagebewilligung vom 20. Februar 2019 und Eingabe vom 20. Mai 2019 reichte der Kläger die eingangs genannte Klage bei der Vorinstanz ein. Die Beklagte beantwortete die Klage mit Eingabe vom 16. September 2019. Eine gerichtliche Vergleichsverhandlung am 26. November 2019 führte zu keiner Einigung. Daraufhin wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Die Replik datiert vom 7. Februar 2020 und die Duplik vom 12. Mai 2020. Auf die Durchführung

einer Hauptverhandlung verzichteten die Parteien. Mit Urteil vom 30. Juni 2020 wies die Vorinstanz die Klage ab.

3. Mit Eingabe vom 24. August 2020 erhob der Kläger gegen das vorinstanzliche Urteil vom 30. Juni 2020 (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) rechtzeitig Berufung. Der dem Kläger auferlegte Vorschuss für die Kosten des Berufungsverfahrens wurde rechtzeitig geleistet. Die Beklagte beantwortete die Berufung mit Eingabe vom 7. Oktober 2020 (act. 57).

## II.

1. Der Kläger macht geltend, das vorinstanzliche Urteil sei nur schon deshalb aufzuheben, weil die Vorinstanz ihre Begründungspflicht verletzt habe (act. 49 S. 3 ff.). Für die Beklagte hingegen "(ist) die konzise Begründung der Vorinstanz bundesrechtskonform (...) und verletzt die Begründungspflicht nicht" (act. 57 S. 6 Rz 8). Auf dieses Thema ist vorab einzugehen.

2. Die Begründungspflicht ergibt sich aus Art. 238 lit. g i.V.m. Art. 239 Abs. 2 ZPO sowie aus Art. 29 Abs. 2 BV und ist ein Ausfluss des rechtlichen Gehörs. Zwar hat die urteilende Behörde sich nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinanderzusetzen und nicht jedes Vorbringen ausdrücklich und ausführlich zu widerlegen, sondern sie kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss aber so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheides Rechenschaft geben und ihn *en connaissance de cause* an die höhere Instanz weiterziehen kann. Es müssen daher wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Zur Begründung gehören auch die Parteistandpunkte, die zwar nicht ausufernd aber doch so vollständig wiedergegeben werden sollten, dass die Parteien erkennen können, dass das Gericht sie zur Kenntnis genommen hat (KuKo ZPO-Naegeli / Mayhall, Art. 239 N 5 f.).

3. Schon auf den ersten Blick fällt der geringe Umfang der vorinstanzlichen Erwägungen zur Sache von 3 ½ Seiten (act. 51 S. 3 Mitte bis S. 6 unten) auf, vor

allem wenn man den Umfang der vorinstanzlichen Rechtsschriften damit vergleicht (vgl. act. 49 S. 6 Ziff. 19). Doch das muss keinen Mangel darstellen, sondern kann auch positiv verstanden werden, denn grundsätzlich ist es zu begrüssen, wenn komplexe Probleme knapp und konzis (vgl. act. 57 S. 6 Rz. 8) abgehandelt und auf den Punkt gebracht werden. Eine äusserliche Betrachtung zeigt weiter, dass die Wiedergabe der Parteistandpunkte im vorinstanzlichen Urteil fehlt, was die zitierten Vorgaben an die Begründung verletzt. Das allein führt allerdings noch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides und wird im Übrigen auch nicht beanstandet.

4. Der Kläger sieht die Begründungspflicht in erster Linie mit Bezug auf sein Eventualbegehren verletzt, das die Vorinstanz übersehen habe (act. 49 S. 4 ff.). Es trifft zu, dass die Vorinstanz das Eventualbegehren bei der Wiedergabe des klägerischen Rechtsbegehrens nicht aufführte (vgl. act. 51 S. 2 oben). Wie der Kläger erwähnt (act. 49 S. 5 f. Ziff. 15), hatte sie dieses allerdings zweifellos zur Kenntnis genommen, wie der Umstand zeigt, dass sie den Vorschuss seinerwegen nachträglich erhöhte und bei der Bemessung der Gerichtsgebühr auf den (höheren) Streitwert des Eventualbegehrens abstellte (vgl. act. 51 S. 7).

Die (pauschale) Abweisung der Klage in Ziffer 1 des Urteilsdispositivs könnte vom Wortlaut her nicht nur das Haupt- sondern auch das Eventualbegehren betreffen. Dass die Vorinstanz das Eventualbegehren bei der Wiedergabe des Rechtsbegehrens nicht erwähnt, spricht zwar dagegen. Dabei könnte es sich aber auch um einen redaktionellen Fehler (act. 57 S. 15 Rz. 34) bzw. um ein Versehen handeln. Mit der Erwägung, es sei nicht einzusehen, worüber der Kläger aufzuklären gewesen wäre - das Eventualbegehren stützt sich auf eine Verletzung der Aufklärungspflicht (vgl. act. 27 S. 49 ff. Ziff. 179 ff.) - greift die Vorinstanz das Eventualbegehren in der Begründung zumindest andeutungsweise auf, wie auch der Kläger bemerkt (act. 49 S. 5 Fn. 7).

5. Das kann man so verstehen, dass die Vorinstanz mit der Erwähnung der Aufklärungspflicht auch das Eventualbegehren erledigen wollte, was das Fehlen des Eventualbegehrens im Rechtsbegehren als Versehen erscheinen lässt. Die entsprechende Begründung der Vorinstanz, es fehle an entsprechenden Sach-

verhaltensvorbringen, wobei zum Beleg auf die klägerischen Rechtsschriften verwiesen wird ("zur Aufklärungspflicht act. 2 N 80 f.; act. 27 N 179 ff."), vermag allerdings den Anforderungen an die Begründungspflicht nicht zu genügen.

Der zweite Aktenverweis - auf act. 27 N 179 ff. - bezieht sich auf mehrere Seiten und Ziffern in der Replik. Der Kläger äusserte sich dort insbesondere auf rund einer halben Seite zur Verletzung der Aufklärungspflicht und offerierte mehrere Beweise (act. 27 S. 50 Ziff. 184), so dass der Vorwurf der fehlenden Substanziierung nicht selbsterklärend ist, sondern einer näheren Begründung bedarf. Hinzu kommt, dass der Kläger eine fehlende Aufklärung und damit ein Negativum geltend machte, was sich auf die Anforderungen an die Substanziierung auswirkt. Der Vorwurf der fehlenden Substanziierung fällt daher auf die Vorinstanz zurück.

Auch wenn man zugunsten der Vorinstanz annimmt, dass sie das klägerische Eventualbegehren behandelte, verletzte sie die Begründungspflicht, da ihre stichwortartige Begründung mit dem - nicht konkretisierten - Fachbegriff der fehlenden Substanziierung dem Kläger eine sinnvolle Auseinandersetzung nicht erlaubt.

6. Vor der Behandlung der klägerischen Einwände zur Sache steht daher bereits fest, dass das vorinstanzliche Urteil aufzuheben ist. Wurde ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt, was der Fall ist mit Bezug auf das klägerische Eventualbegehren, dessen Abweisung nicht begründet wurde, sofern es überhaupt behandelt wurde, ist das Verfahren grundsätzlich zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO; vgl. BSK ZPO-Spühler Art. 318 N 5).

Da sich dieser Mangel des vorinstanzlichen Urteils auf ein Eventualbegehren bezieht, ist zunächst zu prüfen, ob die Abweisung des klägerischen Hauptbegehrens durch die Vorinstanz im Ergebnis zu schützen ist, da davon abhängt, ob das Eventualbegehren überhaupt zum Tragen kommt. Ist das Hauptbegehren hingegen (allenfalls auch nur teilweise) gutzuheissen, fällt nämlich das Eventualbegehren dahin und kann auf eine Rückweisung zur Behandlung des Eventualbegehrens verzichtet werden (vgl. act. 49 S. 4 Ziff. 8 und S. 7 Ziff. 21).

### III.

1. Die Vorinstanz erwog als Ausgangslage, der Kläger sehe im Rahmenvertrag aus dem Jahr 2012 eine verbindlich vereinbarte Zinsberechnungsformel: LIBOR + Marge = Zins. Dem widerspreche die Beklagte. Mit Blick auf den Zweck eines Rahmenvertrags, die Rahmenbedingungen für den Abschluss zukünftiger Verträge festzusetzen und das Wirtschaftsleben zu rationalisieren, hält die Vorinstanz die Auffassung des Klägers nicht für überzeugend.

Die jeweiligen Zinssätze ergäben sich gemäss dem Wortlaut des Rahmenvertrags aus den Bestätigungen der Bank, die den Zinssatz erstmals konkret nannten. Hier finde sich der klare Hinweis auf die Berechnung samt Rundungszuschlag, wobei eben "im Fall eines negativen LIBOR-Satzes ein LIBOR-Satz von 0.00% für die Berechnung verwendet" werde. Dieser Satz konkretisiere den Rahmenvertrag. Die Bestätigung sei dem Kläger zugegangen und er habe sie durch sein Still-schweigen angenommen. Damit sei ein verbindlicher Vertrag zustande gekommen.

Der Rahmenvertrag stelle keine AGB dar. Zudem räume der Kläger selbst ein, dass bereits vor Zustandekommen des Rahmenvertrags über Basissatz und Marge individuell verhandelt worden sei. Ungewöhnlich wäre die entsprechende Klausel jedenfalls nicht. Auch von einem ungewöhnlichen Nachschub könne keine Rede sein.

Es sei weder einzusehen, worüber sich der Kläger geirrt haben könnte, noch worüber er zusätzlich aufzuklären gewesen sei. Es fehle denn auch an entsprechenden substanziierten Sachverhaltsvorbringen. Es gehe nicht an, dass der Kläger Rechte aus dem Rahmenvertrag ableiten wolle und ihn bzw. die daraus folgenden Bestätigungen gleichzeitig eventualiter wegen Irrtums anfechten wolle. Dass er die Marge der Bank im Hauptstandpunkt ausdrücklich anerkenne, stelle eine Genehmigung dar.

2. Auf die formellen Einwendungen des Klägers wurde bereits eingegangen (vgl. oben II. zur Verletzung der Begründungspflicht mit Bezug auf das Eventualbegehren). Mit Bezug auf sein Hauptbegehren macht der Kläger mit der Berufung

geltend, die Vorinstanz verkenne Bedeutung und Tragweite der Regeln des Obligationenrechts zum Zustandekommen und zur Verbindlichkeit vertraglicher Abreden. Sie verkenne, dass mit der zitierten Abrede betreffend den Zinssatz zwar unstreitig nicht der Kreditzins als solcher im Rahmenvertrag verbindlich festgelegt wurde, jedoch die Berechnungsformel, die wie folgt laute: "Basissatz + Marge = Kreditzins".

Die Vorinstanz übergehe, dass die Parteien bereits vor oder spätestens bei Vertragsschluss unstreitig nicht irgendeine Hypothek mit irgendeinem Zinssatz, sondern eine "Libor"-Hypothek vereinbaren wollten. Ebenso sei man sich über die Marge in Höhe von 0.4% einig gewesen. Die Vereinbarung der Berechnungsformel sei verpflichtend. Die Beklagte habe weder von der vereinbarten Formel noch vom vereinbarten Basissatz LIBOR abweichen dürfen.

Die Vorinstanz messe der einseitigen, nachvertraglichen Bestätigung der Beklagten, die von der Berechnungsformel abweiche, indem sie einen LIBOR-0%-Floor enthalte, über welchen zuvor weder gesprochen noch verhandelt worden sei, offenbar die Bedeutung einer Individualabrede zu und leite daraus ein Zustandekommen des Vertrags erst auf diesen Zeitpunkt ab, was falsch sei.

Die Bank habe sich an die Zinsberechnungsformel gemäss Rahmenvertrag zu halten und habe kein Recht, von dieser abzuweichen und einen anderen Zinssatz zu bestätigen. Ein LIBOR-0%-Floor sei nicht vereinbart gewesen. Es sei vereinbart gewesen, den Kreditzins nach der Formel LIBOR + Marge (0.4%) zu berechnen. Solche Vereinbarungen seien einzuhalten. Von einem tatsächlichen Konsens darüber, dass im Falle eines negativen LIBORS in jedem Fall der Bank die Marge als Hypothekarzins zu bezahlen sei, könne jedenfalls nicht die Rede sein.

Der Kläger betont, ein "Hypothekendarlehen" sei selbst bei negativem Basissatz entgeltlich, solange der Kreditzins insgesamt über dem Referenzzinssatz der Zentralbank liege, was seit Januar 2015 konstant der Fall gewesen sei. Der Kläger verlange von der Beklagten keine Zinszahlung an ihn selbst. Er verlange lediglich aber immerhin, dass der Gesamtzins auf 0% sinke.



3. Die Beklagte verweist in der Berufungsantwort auf die Vorinstanz, die "- entgegen den weitschweifigen Rügen des Klägers - mit überzeugender Begründung festgestellt hat, dass zwischen den Parteien ein "Nullzinsfloor" vereinbart wurde und der Klägerin in jedem Fall die Marge als Hypothek zu bezahlen hat". Das sei ein "tatsächlicher Konsens aufgrund von Produktbestätigungen", "wonach im Falle eines negativen LIBOR (die) Marge als Hypothekarzins zu bezahlen ist" (act. 57 S. 7 Überschriften und Rz. 9).

Zu diesem Fazit sei die Vorinstanz aufgrund ihrer "zutreffenden Feststellungen" gelangt, welche die Beklagte auszugsweise zitiert (act. 57 S. 7 f. Rz. 10). "Diesen klaren und eindeutigen Ausführungen" vermöge der Kläger nichts entgegen zu setzen, sondern er wiederhole einfach seine von der Vorinstanz verworfenen Argumente. Die Beklagte schliesst, der Kläger habe "keinen Anspruch auf eine Grathypothek auf seiner Luxusimmobilie" (act. 57 S. 8 Rz. 11).

Die Beklagte betont, sie habe substantiiert bestritten, dass sich die Parteien vor oder spätestens mit Abschluss des Rahmenvertrags darauf geeinigt hätten, dass der Kläger eine Hypothek ohne Nullzinsfloor erhalten solle. Auch wenn die Parteien bereits vor oder bei Abschluss des Rahmenvertrags über die erste einjährige ... Rollover Hypothek verhandelt hätten, ergäben sich deren konkrete Konditionen erst aus der Produktbestätigung vom 11. April 2012. Aus diesen (Vor-) Verhandlungen einen (impliziten) Ausschluss eines Nullzinsfloors für die erste Hypothek abzuleiten, sei abwegig. Der geschäftskundige Kläger habe den Nullzinsfloor stillschweigend akzeptiert, indem er nicht gegen die Produktbestätigungen protestiert habe (act. 57 S. 8 f. Rz. 13).

Ein tatsächlicher Konsens ergebe sich sodann auch aufgrund Realakzepts des Nullzinsfloors zufolge vorbehaltloser Bezahlung der gestützt auf einen Nullzinsfloor berechneten Hypothekarzinsen durch den Kläger. Der Kläger und seine Berater hätten für alle streitgegenständlichen Zinszahlungen eine Fälligkeits- und eine Belastungsanzeige erhalten. Aufgrund dieser insgesamt 88 Fälligkeits- und Belastungsanzeigen hätten der Kläger und seine Berater gewusst, welche Zinsen gestützt auf welche Berechnung die Beklagte belastete. Der Kläger habe dem

Nullzinsfloor auch deshalb zugestimmt. Die Beklagte bezeichnet sein Gebaren als widersprüchlich (act. 57 S. 10 f. Rz. 16 ff.).

4. Der "Rahmenvertrag für Grundpfandkredit" enthält neben dem Ingress "Zinssatz" für die hier interessierende ...-Rollover-Hypothek folgende Bestimmung (act. 4/3 S. 2):

Bei Kreditprodukten mit einer Gesamtlaufzeit wird der Zinssatz aus dem zu vereinbarenden Basissatz (z.B. LIBOR) für die betreffende Währung und die jeweilige Teillaufzeit berechnet. Der Basissatz erhöht sich um einen vereinbarten Zuschlag, welcher die Marge der Bank sowie die Risikoeinschätzung berücksichtigt. Im Falle einer automatischen Verlängerung ist der für die betreffende Währung und die neue Teillaufzeit gültige Basissatz massgebend. Die Bank ist bei jeder Verlängerung berechtigt, diesen Zuschlag aufgrund einer neuen Risikoeinschätzung anzupassen.

Die jeweiligen Zinssätze werden von der Bank schriftlich, jedoch ohne Unterschrift bestätigt.

Die "Bestätigungen ...-Rollover-Hypothek (gemäss Rahmenvertrag für Grundpfandkredit vom 10.04.2012)" nennen als Zinssatz in der ersten Zeile einen Wert von 0.5% (act. 4/5a, c und d) oder 0.45% pro Jahr netto und fahren wie folgt fort (act. 4/5a und b):

Dieser Zinssatz basiert auf dem LIBOR (London Interbank Offered Rate) für CHF und für die oben erwähnte Teillaufzeit (Basisatz) zuzüglich einem Zuschlag von 0.4%, aufgerundet auf die nächsten 0.05%. Im Falle eines negativen LIBOR-Satzes wird ein LIBOR-Satz von 0.00% für die Berechnung verwendet.

In den beiden letzten Bestätigungen (act. 4/5c und d) beträgt der Zuschlag 0.5% und ist der letzte Satz abgesetzt.

5. Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, seit Januar 2015 bewege sich der LIBOR in sämtlichen Laufzeiten im deutlich negativen Zinsbereich. Der hier relevante CHF 1M-LIBOR oszilliere zwischen -0.904% im Januar 2015 und -0.793% im April 2019 und liege damit deutlich tiefer im Minus als die Bankmarge von 0.4% bzw. 0.5% (act. 2 S. 7 Ziff. 14).

Dennoch habe die Beklagte ab Januar 2015 einen Zins von 0% zur Anwendung gebracht und hierauf, anstatt auf den vereinbarten, unterdessen negativ gewor-

denen Basissatz LIBOR, ihre Bankmarge addiert. Das habe zu folgenden, von der Beklagten auf dem Konto des Klägers zu Unrecht eigenmächtig und in Verletzung des Vertrags vorgenommenen Zins-Abbuchungen geführt (act. 2 S. 8 Ziff. 18):

2015	CHF 26'076.45
2016	CHF 29'660.20
2017	CHF 30'803.15
2018	CHF 30'014.80
<u>Summe:</u>	CHF 116'554.60

Mit seinem Hauptbegehren verlangt der Kläger die Rückzahlung dieser Summe zuzüglich Zins, in der Replik zuzüglich der im Jahr 2019 abgebuchten Kreditzinsen von CHF 29'152.90 (act. 29 S. 4 Ziff. 2).

6. Mit der Berufung macht der Kläger unter Verweis auf die Replik zur Begründung seines Hauptanspruchs geltend, die Parteien hätten bereits vor oder spätestens bei Vertragsschluss nicht irgendeine Hypothek mit irgendeinem Zinssatz, sondern eine LIBOR-Hypothek vereinbaren wollen. Ebenso sei man sich über die Marge in Höhe von 0.4% einig gewesen. Diese Vereinbarung über die Berechnungsformel sei damit gültig zustande gekommen und die Beklagte habe davon nicht abweichen dürfen. Dass die Vorinstanz der nachvertraglichen Bestätigung der Beklagten, die davon abweiche, indem sie einen Nullzinsfloor enthalte, die Bedeutung einer Individualabrede zumesse und daraus ein Zustandekommen des Vertrags per dann ableite, sei falsch. Der Rahmenvertrag sei bereits zuvor zustande gekommen (act. 49 S. 8).

7. Die Beklagte bestreitet sowohl vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren, dass sich die Parteien bereits vor der Unterzeichnung des Rahmenvertrags mündlich über den dort beispielhaft genannten LIBOR als Basissatz und über die Marge geeinigt hätten (vgl. act. 36 S. 5 Ziff. 18 f. m.H. auf act. 27 S. 8 Ziff. 11 ff.; act. 57 S. 8 f. Rz. 13).

Die Beklagte stützt sich demgegenüber auf den Wortlaut des Rahmenvertrags, verbunden mit den einzelnen Produktbestätigungen. Unter dem Titel "Benützung" stelle der Rahmenvertrag klar, dass eine Kreditgewährung nicht auf dem Rah-

menvertrag selbst basiere, sondern auf einer jeweiligen besonderen Vereinbarung (vgl. act. 4/3 S. 1):

Der Kreditnehmer und die Bank vereinbaren innerhalb des verfügbaren Kreditrahmens gemeinsam ein oder mehrere Kreditprodukte und, falls vorgesehen, zudem deren feste Laufzeit. Bei einzelnen Kreditprodukten kann die feste Laufzeit aus einer Gesamtlaufzeit bestehen, welche in mehrere Teillaufzeiten unterteilt wird.

Die entsprechenden Vereinbarungen können formlos, insbesondere auch mündlich, erfolgen, und werden durch die Bank schriftlich, jedoch ohne Unterschrift bestätigt.

Der Rahmenvertrag sei nicht selbst der Kreditvertrag, vielmehr könnten unter dem Rahmenvertrag einzelne, voneinander unabhängige Kreditverträge (Kreditprodukte) abgeschlossen werden (act. 16 S. 13 Ziff. 27 f.).

8. Die Beklagte beruft sich damit auf eine Reihe von formlosen Vereinbarungen, die gestützt auf den Rahmenvertrag erfolgten und deren Inhalt sich aus den schriftlichen Bestätigungen ergebe. In der Berufungsantwort verweist sie darauf, dass die Vorinstanz "mit überzeugender Begründung" einen tatsächlichen Konsens aufgrund der Produktbestätigungen festgestellt habe, wonach im Falle eines negativen LIBOR die Marge als Hypothekarzins zu bezahlen sei (vgl. act. 57 S. 7 Titel und Rz. 9 m.H. auf act. 51 S. 5).

Ein tatsächlicher Konsens ergebe sich sodann auch aufgrund Realakzepts des Nullzinsfloors zufolge vorbehaltloser Bezahlung der gestützt auf einen Nullzinsfloor berechneten Hypothekarzinsen durch den Kläger. Der Kläger und seine Berater hätten für alle streitgegenständlichen Zinszahlungen eine Fälligkeits- und eine Belastungsanzeige erhalten. Aufgrund dieser insgesamt 88 Fälligkeits- und Belastungsanzeigen hätten der Kläger und seine Berater gewusst, welche Zinsen gestützt auf welche Berechnung die Beklagte belastete. Der Kläger habe dem Nullzinsfloor auch deshalb zugestimmt (act. 57 S. 10 f. Rz. 16; vgl. auch (act. 16 S. 16 Ziff. 37 und S. 18 Ziff. 41).

9. Die Beklagte räumt ein, dass es keinen direkten Kontakt zwischen Mitarbeitern der Beklagten und dem Kläger gegeben habe. Der Kontakt zum Kläger sei über einen externen Berater, C.\_\_\_\_\_, vermittelt worden. Diesem sei bekannt

gewesen, dass die Beklagte bei einer ...-Rollover-Hypothek immer vereinbarte, dass bei einem negativen LIBOR-Satz ein LIBOR-Satz von 0% für die Berechnung des Zinssatzes verwendet werde, und er habe gewusst, dass das nicht verhandelbar sei. Die Beklagte "nimmt an und macht geltend, dass C.\_\_\_\_\_ diese Umstände mit dem Kläger besprochen hat, wahrscheinlich vor Abschluss der ersten ...-Rollover-Hypothek". Als Beweis bietet sie das Zeugnis von C.\_\_\_\_\_ an (act. 16 S. 12 f.).

Der Kläger bestreitet diese offensichtlich "aufs Geratewohl" erfolgte Darstellung und hält fest, die Parteien hätten nie über einen Nullzinsfloor gesprochen oder über einen solchen verhandelt und es sei keine Aufklärung darüber erfolgt, was ein solcher Nullzinsfloor sei. Als Beweis offeriert er ebenfalls das Zeugnis von C.\_\_\_\_\_ sowie seine eigene Parteibefragung bzw. Beweissaussage (act. 2 S. 10; act. 27 S. 55 Ziff. 206).

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. Wenn ja, erfolgten die vorgenommenen Belastungen zurecht, was zur Abweisung der Rückforderung des Klägers führen würde.

10. Eine solche spezifische, vom Rahmenvertrag unabhängige Produktvereinbarung stellt von vornherein keine allgemeine Geschäftsbedingung dar. Auf die Ausführungen der Vorinstanz (act. 51 S. 5 f.) und der Parteien (act. 49 S. 14 ff.; act. 57 S. 11 ff.) zu diesem Thema muss daher hier nicht eingegangen werden.

Die Beklagte bezeichnet die Bestätigungen als kaufmännische Bestätigungsschreiben, denen rechtserzeugende Kraft zukomme (act. 16 S. 31 ff.). Der Kläger hält diese Rechtsfigur nicht für einschlägig und weist insbesondere darauf hin, dass bei grundlegenden Abweichungen der Bestätigung vom Vereinbarten Schweigen nach Treu und Glauben nicht mehr als Akzept gelte (act. 2 S. 13 ff.).

Wie das Zitat weiter oben zeigt, unterscheidet der Rahmenvertrag zwischen den formlosen Produktvereinbarungen und den schriftlichen Bestätigungen. Die Be-

stätigungen sind also keine Offerten, die der Kläger (allenfalls stillschweigend) annehmen konnte, sondern sie dokumentieren eine unabhängig davon geschlossene Vereinbarung. Sie verkörpern damit nicht selbst die Vereinbarung, sondern sind nur (aber immerhin) ein Beweismittel für deren Inhalt. Dieser Unterschied zwischen der Vereinbarung und ihrer (einseitigen, nachträglichen) Dokumentierung wird von der Beklagten verkannt oder zumindest verkürzt, wenn sie schreibt, die konkreten Konditionen würden sich erst aus der Produktbestätigung ergeben (act. 57 S. 8 f. Rz. 13).

Es trifft zu, dass bei grundlegenden Abweichungen vom Vereinbarten ein Bestätigungsschreiben auch im kaufmännischen Verkehr keine rechtserzeugende Wirkung hat (act. 2 S. 13 ff.; vgl. BSK OR I-Zellweger-Gutknecht, Art. 6 N 27 m.H. auf BGE 114 II 250 E. 2). Um zu beurteilen, ob eine grundlegende Abweichung zum Vereinbarten vorliegt, müsste allerdings der Inhalt der Vereinbarung bekannt sein, was nicht der Fall ist. Dieses Argument hilft daher nicht weiter und führt nicht an der Feststellung des Inhalts der Vereinbarung vorbei.

11. Die Beklagte behauptet, dass sie - vertreten durch C. \_\_\_\_\_ - mit dem Kläger vereinbart habe, dass bei einem negativen LIBOR-Satz für die Berechnung des Zinssatzes von einem Wert von 0% ausgegangen werden sollte. Wie sie in der Berufungsantwort geltend macht, bestreitet sie damit die klägerische Darstellung substantiiert (vgl. act. 57 S. 8 Rz. 13).

Dabei handelt es sich um eine strittige Tatfrage, über die ein Beweisverfahren durchzuführen ist. Die Bestätigungsschreiben begründen eine natürliche Vermutung, dass ihr Inhalt der Vereinbarung der Parteien entspricht, der allerdings durch einen Gegenbeweis entkräftet werden kann, wofür bereits Zweifel genügen (BSK OR I-Zellweger-Gutknecht, Art. 6 N 30 f.). Darauf zielt die Darstellung des Klägers, die Parteien hätten nie über einen Nullzinsfloor gesprochen geschweige denn einen solchen vereinbart und es sei auch keine Aufklärung darüber erfolgt, wofür er neben seiner Parteibefragung / Beweisaussage das Zeugnis von C. \_\_\_\_\_ offeriert (act. 2 S. 10).

Gelingt es dem Kläger nicht, die auf die Bestätigungen gestützte Vermutung zu entkräften, kann die Beklagte ihren Anspruch, den sie der Forderung des Klägers entgegenhält, unmittelbar mit der Vereinbarung der Parteien begründen und muss sich nicht auf die rechtserzeugende Kraft eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens stützen. Ob die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Rechtsfigur erfüllt sind (vgl. dazu oben 10), was der Kläger wegen des privaten Zwecks des Geschäfts bestreitet (act. 2 S. 13 Ziff. 38), könnte dann definitiv offen bleiben.

12. Im Berufungsverfahren leitet die Beklagte einen tatsächlichen Konsens neu auch aus der vorbehaltlosen Bezahlung der Zinsen durch den Kläger ab, die sie als Realakzept bezeichnet (act. 57 S. 10 Rz. 16 ff.).

Dazu hielt der Kläger vor Vorinstanz fest, dass die Zinszahlungen erfolgten, indem die Beklagte den entsprechenden Betrag von seinem Konto abbuchte, so dass nur ein passives Verhalten vorliegt. Zudem betonte er, dass ihm die Rechtslage nicht bewusst gewesen sei und er von der Grundlosigkeit der Zinszahlungen bzw. von seinem Anspruch gegen die Beklagte keine Ahnung gehabt habe (act. 27 S. 33 Rz. 123).

Erfüllungshandlungen werden als Folgetatsachen bezeichnet, die Rückschlüsse auf den tatsächlichen Vertragswillen erlauben (vgl. Jäggi / Gauch, ZK, Art. 18 OR N 308). Der unbestrittene Umstand, dass die Zinsbelastungen durch die Beklagte ohne Widerspruch des Klägers erfolgten, fliesst daher in die Würdigung ein. Das bestätigt die oben erwähnte Vermutung, dass diese Belastungen einvernehmlich erfolgten, ohne ihre Widerlegung jedoch auszuschliessen. An der Notwendigkeit eines Beweisverfahrens ändert sich demnach nichts.

Vor Vorinstanz hatte die Beklagte die vorbehaltlose Zinszahlung einem bereicherungsrechtlichen Anspruch des Klägers entgegengehalten, indem sie geltend machte, der Kläger könne eine freiwillig bezahlte Nichtschuld nach Art. 63 Abs. 1 OR nur zurückfordern, wenn die Leistung irrtümlich erfolgt sei, was nicht der Fall gewesen sei (act. 16 S. 34 f. Rz. 104 ff.). Der Kläger bestreitet demgegenüber nicht nur die irrtumsfreie Leistung, sondern wies auch auf die vertragliche Natur seines Anspruchs hin (act. 27 S. 33 Rz. 123 und S. 61 Ziff. 234).

Der Kläger verlangt die Rückerstattung von (seiner Meinung nach) zu Unrecht belasteten Zinsen. Dieser Anspruch beruht auf dem Vertragsverhältnis, das dem Konto zugrunde liegt, auf dem die beanstandete Zinsbelastung erfolgte. Gegen diese Anspruchsgrundlage ist die bereicherungsrechtliche Verteidigung der Beklagten in der Tat unwirksam, so dass sich weitere Ausführungen erübrigen.

13. Die von der Beklagten zustimmend zitierte Schlussfolgerung der Vorinstanz, es bestehe ein rechtsverbindlicher tatsächlicher Konsens darüber, dass im Falle eines negativen LIBORS in jedem Fall der Bank die Marge als Hypothekarzins zu bezahlen ist (vgl. 51 S. 5; act. 57 S. 7 Rz. 9), erweist sich somit als vorschnell. Ob der Nullzinsfloor Gegenstand einer Vereinbarung zwischen den Parteien war, ist eine strittige Tatfrage, über die ein Beweisverfahren durchzuführen ist, was die Vorinstanz unterlassen hat. Das Verfahren ist daher auch in Bezug auf das Hauptbegehren noch nicht spruchreif.

Wie oben festgehalten wurde, hätte mit Bezug auf das Eventualbegehren ohnehin eine Rückweisung zu erfolgen. Es drängt sich unter diesen Umständen umso mehr auf, das Beweisverfahren zum Hauptbegehren nicht im Rechtsmittelverfahren nachzuholen, sondern das Verfahren (auch) zu diesem Zweck an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### IV.

1. Mit dieser Entscheidung ist auch die Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und nach der Rückweisung von der Vorinstanz neu vorzunehmen. Sollte dabei erneut eine Parteientschädigung für die Beklagte resultieren, so wäre zu beachten, dass die Beklagte nur einen Mehrwertsteuerersatz von 5.42% verlangte und nicht einen solchen von 7.7%, wie ihn die Vorinstanz zugesprochen hatte (vgl. act. 49 S. 17 Ziff. 69 m.H. auf act. 16 S. 51 Ziff. 178).

2. Da das Verfahren mit der Rückweisung nicht erledigt wird und der (für die Kosten- und Entschädigungsfolgen ausschlaggebende) Prozessausgang somit noch nicht feststeht, ist für das Berufungsverfahren nur die Entscheidungsgebühr fest-



zusetzen und deren Verteilung sowie der Entscheid über die Parteientschädigung dem Endentscheid der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass mit Bezug auf das Eventualbegehren eine Rückweisung erfolgt, weil der erstinstanzliche Entscheid ungenügend begründet war, ist das Eventualbegehren bei der Bemessung der Entscheidgebühr nicht zu berücksichtigen, sondern nur auf den (tieferen) Streitwert des Hauptbegehrens abzustellen (BSK ZPO-Spühler, Art. 318 N 11).

**Es wird erkannt:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. Juni 2020 wird aufgehoben und die Sache wird an die erste Instanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
3. Die Festsetzung einer Parteientschädigung und die Verteilung der Prozesskosten für das Berufungsverfahren wird der Vorinstanz überlassen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort (act. 57), sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.  
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt  
Fr. 222'702.08.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

i.V. der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: