

recht

2/25

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

43. Jahrgang

Inhalt

- 65 *Benjamin Stückelberger*
Die automatische Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung der Kantone
- 76 *Marc Grüninger/Martina Reber*
Negativzinsen im Bankgeschäft: bisherige Rechtsprechung
- 87 *Aleksandra Möckli*
Schicksal bankbezogener Untersuchungsberichte im Kontext der Siegelung und der Rechtshilfe
- 106 *Peter V. Kunz*
Historie und Megatrends beim neuen Aktienrecht

Bemerkenswerte Urteile

- 123 *Roland Fankhauser/Isabel Szinnai*
Gewinnherausgabe bei persönlichkeitsverletzender Boulevardberichterstattung

Im Fokus

- 130 *Andreas Bucher*
Irrlichter aus dem Bundeshaus
- 137 *Nicolas von Werdt*
Eine Anregung an den Gesetzgeber

online+

Ihre Vorteile
auf einen Blick:
Seite 141



Stämpfli
Verlag

Impressum

Kontakt Verlag: Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
E-Mail: recht@staempfli.ch

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Nutzung unserer Werke für Text- und Data-Mining behalten wir uns explizit vor. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2025

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 262.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 191.–

Ausland: Europa CHF 272.–
Welt CHF 288.–

Onlineabo: CHF 216.–

Einzelheft: CHF 68.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,6% MWST.
Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
zeitschriften@staempfli.ch

Inserate:

Tel. 031 300 63 82, mediavermarktung@staempfli.ch
© Stämpfli Verlag AG Bern 2025
Gesamtherstellung: Stämpfli Kommunikation, Bern
Printed in Switzerland
ISSN 0253-9810 (Print), e-ISSN 2504-1487 (Online)



Der Schreiber steht für unseren Anspruch, gemeinsam mit unseren Autorinnen und Autoren relevante und herausragende Inhalte zu produzieren.

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

TANJA DOMEJ

Professorin für Zivilprozessrecht, Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Zürich

SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und Bankrecht, Universität Bern

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Zürich

ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht, Universität Zürich

STEFAN MAEDER

Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Fribourg

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Universität Luzern

MARKUS KERN

Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht, Universität Bern

BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht und öffentliches Prozessrecht, Universität Basel

MARC GRÜNINGER/MARTINA REBER

Negativzinsen im Bankgeschäft: bisherige Rechtsprechung

Die Einführung von Negativzinsen im Januar 2015 verkehrte vermeintliche Gewissheiten in ihr Gegenteil: Grossen Sparern wurden Zinsen belastet statt gutgeschrieben. Umgekehrt verzeichneten manche Kreditschuldner Gutschriften statt Belastungen. Und Zinsswaps verwandelten sich vom Sicherheitsnetz zur Schlinge. Vor dem Hintergrund, dass aktuelle Medienberichte eine erneute Negativzinsära prophezeien, beleuchtet dieser Beitrag die bislang ergangene Rechtsprechung zu Negativzinsen im Bankgeschäft.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Negativzinsen im Einlagengeschäft
 1. Konfliktlinien in der Doktrin
 2. Ergangene Rechtsprechung
 3. Würdigung
- III. Negativzinsen und Darlehensmarge
 1. Konfliktlinien in der Doktrin
 2. Ergangene Rechtsprechung
 3. Würdigung
- IV. Negativzinsen und Vorfälligkeitsentschädigungen
 1. Konfliktlinien in der Doktrin
 2. Ergangene Rechtsprechung
 3. Würdigung
- V. Negativzinsen und Swap-Hypotheken
 1. Konfliktlinien in der Doktrin
 2. Ergangene Rechtsprechung
 3. Würdigung
- VI. Fazit und Ausblick

I. Einleitung

Wer Geld spart und zur Bank bringt, erhält darauf einen Zins. Auf diesem Prinzip, ja sogar auf der allgemeinen Erwartung eines Zinszuflusses für die freiwillige oder unfreiwillige¹ Überlassung von Geld, basieren wesentliche Teile unserer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung.

Im Januar 2015 führte die Schweizerische Nationalbank (SNB) sogenannte Negativzinsen²

ein.³ Wesentliche Folge war, dass sich die Geldmarktsätze, insbesondere der LIBOR, in den negativen Bereich verlagerten.⁴

Mit der Zinswende verkehrten sich vermeintliche Gewissheiten in ihr Gegenteil: Grossen Sparern – allen voran den Pensionskassen – wurden plötzlich keine Zinsen mehr gutgeschrieben, sondern solche belastet.⁵ Umgekehrt erhielten manche Kreditschuldner von ihren Gläubigerinnen Zinsgutschriften.⁶ Und der Zinsswap⁷ erwies sich nicht als das erhoffte Sicherheitsnetz, sondern als Schlinge.⁸

Die Negativzinsen und ihre Auswirkungen auf das Aktiv- und Passivgeschäft von Banken beschäftigen auch die juristische Doktrin, die bei gewissen Fragen diametral entgegengesetzte Positionen vertritt.

Zu einigen dieser Fragen ist inzwischen Rechtsprechung ergangen. Auch wenn sich der Leitzins der SNB seit dem 22. 9. 2022 wieder im positiven

³ Vgl. Medienmitteilung der SNB vom 15. 1. 2015, «Nationalbank hebt Mindestkurs auf und senkt Zins auf –0,75%», abrufbar unter: <https://www.snb.ch/de/publications/communication/press-releases/2015/pre_20150115>, zuletzt besucht am 24. 2. 2025.

⁴ Abrufbar z. B. unter <<https://data.snb.ch/de/topics/ziredev/cube/zimoma>>, zuletzt besucht am 24. 2. 2025.

⁵ Vgl. von den zahlreichen Medienberichten statt vieler NZZ Nr. 106 vom 9. 5. 2016, S. 36 («SNB-Negativzinsen belasten Pensionskassen»).

⁶ Gemäss Entscheidsachverhalt von BGE 145 III 241 soll die Kreditnehmerin von verschiedenen Kreditgebern, mit denen sie LIBOR-Hypotheken abgeschlossen hatte, Negativzinsen vergütet erhalten haben (vgl. Sachverhalt A. f. S. 243). Vgl. auch z. B. Handelszeitung vom 23. 7. 2019 («Erste Kantonalbanken gewähren Kredite mit Negativzinsen»).

⁷ Ein Zinsswap ist ein Zinsaustauschgeschäft, mit dem sich eine Partei verpflichtet, der Gegenpartei während einer bestimmten Laufzeit auf einem bestimmten Nominalbetrag einen festen Zins zu bezahlen, und sich die Gegenpartei im Gegenzug zur Zahlung eines variablen Zinses verpflichtet. Damit verfolgen Kreditschuldner variabler Hypotheken häufig das Ziel, sich gegen steigende Zinsen abzusichern. Siehe z. B. BENEDIKT MAURENBRECHER/FABRICE ECKERT, Aktuelle vertragsrechtliche Aspekte von Negativzinsen, in: GesKR 2015, 379 f.; JEAN-MARC SCHALLER, Negativzinsen im Aktiv- und Passivgeschäft von Banken, in: Grosz/Grünwald (Hrsg.), Recht und Wandel, Festschrift für Rolf H. Weber, Zürich 2016, 267 ff.; THOMAS WERLEN, in: Arpagaus/Stalder/Werlen (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. A. Zürich 2021, Rz. 2243.

⁸ Wird der Referenzzinssatz negativ, schuldet die Kundin der Bank neben dem festen Zins nämlich auch den negativ gewordenen variablen Zins. SCHALLER spricht von einem «Draufzahlgeschäft», vgl. SCHALLER (Fn. 7), 268. Illustrativ auch BGE 2C_1107/2018 vom 19. 9. 2019 (steuerrechtlicher Entscheid).

MARC GRÜNINGER, Rechtsanwalt, M.C.J., Partner und Co-Head der Practice Group Banking and Finance bei valfor
MARTINA REBER, Dr. iur., Rechtsanwältin bei valfor, Lehrbeauftragte an der Universität Bern

Die Autoren danken Anina Frutiger, BLaw, für ihre wertvolle Unterstützung bei der Rechtsprechungsrecherche.

Ein grosses Dankeschön gebührt auch Niwes Michelotti, MLaw, und Vakhtang Marjanidze, MLaw, für die wertvolle Unterstützung bei der Finalisierung und Formatierung dieses Beitrages.

¹ Vgl. die Verzugszinspflicht bei Geldschulden nach Art. 104 OR.

² Zur fehlenden rechtlichen Genauigkeit dieses Begriffs siehe CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, «Negativzins» und Bilanzsituation der SNB aus monetärrechtlicher Sicht, in: Jusletter 9. 2. 2015, Rz. 39 f. Vgl. auch MARTIN PLENIO, Negativzinsen auf Girokontoguthaben bei der SNB – Eine rechtliche Betrachtung, SZW 2025, 528 f. Siehe ferner RETO ARPAGAU, in: Arpagaus/Stalder/Werlen (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. A. 2021, Rz. 1039 ff.

Bereich befindet und die Negativzinsära damit (vorherst) vorbei ist, lohnt sich ein Blick auf diese Gerichtsurteile. Immerhin ist nicht ausgeschlossen, dass die Zinsen künftig wieder in den negativen Bereich fallen.⁹

II. Negativzinsen im Einlagengeschäft

1. Konfliktlinien in der Doktrin

Die Auswirkungen von Negativzinsen auf das Einlagengeschäft¹⁰ von Banken werden in der Doktrin kontrovers diskutiert. Umstritten ist insbesondere, unter welchen Voraussetzungen Banken den Spareinlagen bestehender Kundinnen und Kunden Negativzinsen belasten dürfen. Einigkeit besteht immerhin darüber, dass dies nicht gestützt auf herkömmliche Zinsanpassungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) geschehen kann, da Negativzinsen keine Zinsen im Rechtsinne¹¹ darstellen.¹² Strittig ist demgegenüber, ob Banken die Belastung von Negativzinsen auf die Gebührenanpassungsklauseln in ihren AGB stützen können. Ein Teil der Lehre bejaht dies unter der Voraussetzung, dass dem Kunden ein Kündigungs- oder Widerspruchsrecht eingeräumt wird.¹³ Ein anderer Teil der Lehre ist der Ansicht, dass solche Klauseln nur die Anpassung bereits bestehender Gebühren zulassen, nicht hingegen die Einführung neuer Gebühren wie Negativzinsen.¹⁴

Das Mittel der Wahl diverser Banken stellte die Aufnahme einer ausdrücklichen Negativzinsklausel¹⁵ in ihre AGB dar. Diese stützten sie oftmals auf ein einseitiges Änderungsrecht¹⁶ in ihren AGB: Dem Kunden wird die beabsichtigte AGB-Änderung mitgeteilt und die Möglichkeit zugestanden, derselben innert einer bestimmten Frist zu widersprechen. Schweigt er, erachten die Banken die AGB-Ände-

rung als genehmigt (Genehmigungsfiktion). Darüber, ob die Vertragsänderung bei einem solchen Vorgehen tatsächlich zustande kommt, gehen die Meinungen auseinander. MAURENBRECHER/ECKERT bejahen dies.¹⁷ SCHALLER erachtet die Genehmigungsfiktion in solchen Fällen demgegenüber als wirkungslos. Seiner Ansicht nach sind Spareinlagen als Darlehen zu qualifizieren.¹⁸ Der Konsens richte sich ausschliesslich auf eine positive Verzinsung. Die Erhebung von Negativzinsen würde eine Änderung des Vertragstypus hin zur entgeltlichen Hinterlegung bewirken, was nicht mehr von Konsens gedeckt sei. Mithin werde zulasten des Kunden eine neue Hauptleistungspflicht eingeführt.¹⁹ Entsprechend dürfe die Bank das Schweigen des Kunden nicht als Zustimmung werten.²⁰

2. Ergangene Rechtsprechung

Für Deutschland wurde die Frage, ob Negativzinsen im Einlagengeschäft zulässig sind oder nicht, bereits höchstrichterlich beantwortet: Mit Entscheidung vom 4.2.2025 verneinte der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) die Zulässigkeit von Negativzinsen auf Tagesgeldkonten. Auf Girokonten erachtet er Negativzinsen hingegen für zulässig, sofern sie aus den entsprechenden Vertragsbestimmungen transparent hervorgehen.²¹

Für die Schweiz liegt, soweit ersichtlich, nur kantonale Rechtsprechung vor. Das Bezirksgericht Meilen und das Obergericht Zürich hatten zu beurteilen, ob eine Bank dem Kontokorrentkonto ihrer Kundin berechtigterweise Negativzinsen belastet hatte.²² Das betreffende Konto wies ein Guthaben von rund CHF 1 Mio. auf. Unter Berücksichtigung eines Freibetrags in Höhe von CHF 250 000.00 belastete die Bank diesem Konto im Jahr 2021 Negativzinsen in Höhe von 0,75%.²³

Die Bank stützte ihre Negativzinsbelastungen auf eine Klausel in ihren AGB, die sie dazu berechnete, «sämtliche Konditionen (einschliesslich Negativ- und Überzugszinsen und Guthabengebühren) jederzeit, insbesondere bei veränderten Marktverhältnissen oder aus anderen sachlichen Gründen,

⁹ Siehe NZZ Online vom 14.4.2025 («Der Handelskrieg kostet die Nationalbank schon jetzt 25 Milliarden Franken – erneut drohen Negativzinsen») sowie vom 5.5.2025 («Inflation fällt auf 0,0 Prozent – Negativzinsen rücken damit immer näher»).

¹⁰ Zu den verschiedenen Arten von Einlagen (Sichteinlagen, Termineinlagen und Spareinlagen) siehe z. B. MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 7), 370; SCHALLER (Fn. 7), 251.

¹¹ Siehe zum Zinsbegriff z. B. SCHALLER (Fn. 7), 249 ff.; CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Negativzins: Vergütung für die Übernahme des Geldwertrisikos durch den Kapitalnehmer, ZfPW 2015, 365 ff.

¹² Vgl. MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 7), 372; SCHALLER (Fn. 7), 259, mit Hinweisen auf das deutsche Recht. Ebenso BGE 145 III 241 E. 3.3 S. 245 f.

¹³ Siehe MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 7), 372 ff.; BENEDIKT MAURENBRECHER/HEINZ SCHÄRER, Art. 314 OR N 1c, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. A. Basel 2020.

¹⁴ SCHALLER (Fn. 7), 259, 263.

¹⁵ Exemplarisch folgender Auszug aus Ziff. 7 AGB Raiffeisen 2024: «Die Bank bestimmt die auf dem Konto angewendeten Zinsen (einschliesslich Negativ- und Überzugszinsen). [...]»

¹⁶ Eingehend MILVOJE MITROVIC, Einseitige Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. St. Gallen, Zürich 2022.

¹⁷ MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 7), 375; Ebenso BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER (Fn. 13), Art. 314 N 1c.

¹⁸ SCHALLER (Fn. 7), 253 ff. Differenzierend MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 7), 370 f., die von einem Innominatvertrag mit Elementen des Darlehens, des Hinterlegungsvertrags und des Auftrags ausgehen.

¹⁹ Zum Ganzen SCHALLER (Fn. 7), 257.

²⁰ SCHALLER (Fn. 7), 262.

²¹ Siehe BGH, Urteile vom 4.2.2025, XI ZR 61/23, XI ZR 65/23, XI ZR 161/23 und XI ZR 183/23. Siehe auch die Pressemitteilungen der Süddeutschen Zeitung Online vom 4.2.2025 («Negativzinsen waren unzulässig») und von Zeit Online vom 4.2.2025 («Banken dürfen keine Negativzinsen auf Spareinlagen erheben»).

²² Siehe BezGer Meilen, FV210060 vom 29. April 2022, bestätigt in OGer ZH, PP220018-O vom 16. August 2022.

²³ BezGer Meilen, FV210060 vom 29. April 2022 E. 6.2.4.

einseitig anzupassen». Über die Änderungen sei «*auf geeignete Weise (Aushang in der Bank, schriftlich oder elektronisch)*» zu informieren.²⁴

Das Bezirksgericht Meilen kam zum Schluss, dass die Bank aufgrund dieser Klausel «*vertraglich dazu berechtigt [war], einseitig Negativzinsen einzuführen*». ²⁵ Den Einwand der Kundin, nicht über die Einführung der Negativzinsen informiert worden zu sein, wies es mit folgendem Argument zurück: «*Selbst wenn die Klägerin weder das Schreiben vom 1. März 2021 noch andere von der Beklagten vorgebrachte Schreiben, mit welchen die Beklagte die Einführung der Negativzinsen anzeigte, erhielt – wie es die Klägerin behauptet –, erlangte sie spätestens im Moment der erstmaligen Belastung im Juni 2021 Kenntnis von den Negativzinsen.*»²⁶

Das Obergericht Zürich bestätigte diese Ausführungen und ergänzte, dass die Kundin ihre behauptete Rüge der Negativzinsbelastungen nicht nachgewiesen habe.²⁷

Zusammenfassend erachteten die Zürcher Gerichte die Belastung eines Kontokorrentkontos mit Negativzinsen gestützt auf die obgenannte AGB-Klausel für zulässig.

3. Würdigung

Weder das Bezirksgericht Meilen noch das Obergericht Zürich setzten sich im Einzelnen mit der AGB-Bestimmung, die der Bank als Grundlage für die Negativzinsbelastungen diene, auseinander. Dies soll vorliegend nachgeholt werden.

Einseitige Änderungsklauseln sind typischerweise entweder als Gestaltungsrechte oder als Erklärungsfiktionen ausgestaltet.²⁸ Ein Gestaltungsrecht ist die «*Befugnis, durch einseitige Willenserklärung die Rechtsstellung eines anderen (ohne dessen Mitwirkung) zu verändern*». ²⁹ Demgegenüber fingiert die Rechtsfigur der Erklärungsfiktion einen Konsens, indem sie statuiert, dass das Schweigen des Kunden auf einen Änderungsantrag der Bank als Annahme desselben gelten soll.³⁰

Die vorliegend strittige Klausel ermächtigte die Bank, «*sämtliche Konditionen*» des Kontokorrentkontos jederzeit einseitig anzupassen.³¹ Über die Änderung wird lediglich «*auf geeignete Weise*» informiert, wobei die Bank auch den Aushang der

geänderten AGB in ihren Räumlichkeiten als geeignete Information zu erachten scheint.³² Ein Widerspruchs- oder Kündigungsrecht der Kundin ist nicht vorgesehen.

Die Änderungsklausel weist somit die Form eines Gestaltungsrechts auf.

An die Vereinbarung von Gestaltungsrechten stellen Lehre und Rechtsprechung besondere Voraussetzungen.³³ Zunächst müssen *Anlass* und *Umfang* der Änderungen hinreichend bestimmt sein. Das Bundesgericht hielt in seinem Leitscheid BGE 135 III 1 E. 2.5 fest: «*Damit Anpassungsklauseln aber überhaupt gültig sind, müssen regelmässig sowohl das erwartete Ereignis als auch der Umfang der Anpassung vertraglich bestimmt werden; denn ein Vertrag kommt nur zu-stande, wenn Leistungsinhalt sowie -umfang mindestens bestimmbar sind und so auch erfüllt werden können. Ein undefiniertes Gestaltungsrecht zur einseitigen Abänderung vertraglicher Leistungspflichten widerspräche der Natur und dem Zweck des Vertrags, mit dem Rechte und Pflichten jeder Vertragspartei gerade definiert werden sollen.*»³⁴

Die streitgegenständliche AGB-Klausel ist weit davon entfernt, diese Bestimmtheitsanforderungen zu erfüllen. Sie scheitert bereits daran, das erwartete *Ereignis* hinreichend konkret zu definieren. Stattdessen hält sie generalklauselartig fest, dass Änderungen «*jederzeit, insbesondere bei veränderten Marktverhältnissen oder aus anderen sachlichen Gründen*», erfolgen können. Auch der *Gegenstand* der Änderungen ist sehr weit gefasst: «*sämtliche Konditionen (einschliesslich Negativ- und Überzugszinsen und Guthabengebühren)*». Der *Umfang* der erlaubten Änderung bleibt gänzlich offen.

Damit erfüllt die streitgegenständliche Negativzinsklausel die Bestimmtheitsanforderungen des Bundesgerichts nicht. Sie war deshalb von vornherein nicht konsensfähig.

Unerheblich ist vor diesem Hintergrund, ob die Kundin den Zinsbelastungen fristgerecht widersprach oder nicht – und zwar ungeachtet des Vorliegens einer Genehmigungsfiktion.³⁵ Die Rechtsfigur der Genehmigungsfiktion basiert dogmatisch auf dem Vertrauensprinzip, das zugleich ihre Grenze darstellt.³⁶ Verfügt eine Bank nicht über das Recht, einseitig Negativzinsen zu erheben, darf

²⁴ BezGer Meilen, FV210060 vom 29. April 2022 E. 7.3.2.

²⁵ BezGer Meilen, FV210060 vom 29. April 2022 E. 7.3.3.

²⁶ BezGer Meilen, FV210060 vom 29. April 2022 E. 7.3.3.

²⁷ OGer ZH, PP220018-O vom 16. August 2022 E. 4.

²⁸ Eingehend MITROVIC (Fn. 16), Rz. 94 ff.

²⁹ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zwei Bände, 11. A., Zürich 2020, Rz. 65.

³⁰ Siehe MITROVIC (Fn. 16), Rz. 100 ff.

³¹ Vgl. BezGer Meilen, FV210060 vom 29. April 2022 E. 7.3.2.

³² Vgl. BezGer Meilen, FV210060 vom 29. April 2022 E. 7.3.2.

³³ Siehe z. B. ARNOLD F. RUSCH/CLAIRE HUGUENIN, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008, 37 ff.

³⁴ BGE 135 III 1 E. 2.5 S. 10 (Hervorhebungen hinzugefügt).

³⁵ Genehmigungsfiktionen sind in Banken-AGB verbreitete Vereinbarungen, wonach Mitteilungen der Bank (z. B. Kontoauszüge) als genehmigt gelten, sofern ihnen der Kunde nicht innert einer bestimmten Frist widerspricht.

³⁶ Eingehend TOBIAS AGGTELEKY/ROBIN GRAND, Zur Genehmigungsfiktion in Banken-AGB – eine kritische Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, SZW 2023, 664.

sie in guten Treuen nicht davon ausgehen, dass das Schweigen des Kunden auf entsprechende Belastungen Zustimmung bedeutet.

In der juristischen Doktrin wird regelmässig ein griffigeres Instrumentarium gegen die Verwendung missbräuchlicher AGB gefordert.³⁷ Dieser Fall zeigt, dass die Gerichte selbst das bestehende Instrumentarium teilweise nur ungenügend ausschöpfen. Angesichts des Grundsatzes *iura novit curia* (Art. 57 ZPO) sowie des Bestehens klarer höchstrichterlicher Rechtsprechung zu den Bestimmbarkeitsanforderungen an Gestaltungsrechte erstaunt, dass keines der mit diesem Fall befassten Gerichte die Wirksamkeit dieser Klausel auch nur hinterfragte.

III. Negativzinsen und Darlehensmarge

1. Konfliktlinien in der Doktrin

Das nächste Themenfeld bilden Kredite, deren Zins sich aus der Summe eines bestimmten Referenzzinssatzes und einer Marge der Bank zusammensetzt (Zins = Referenzzinssatz + Marge).³⁸ Wird der Referenzzinssatz negativ, stellt sich die Frage, was mit der Marge der Bank geschieht. Hierzu gibt es drei unterschiedliche Lehrmeinungen:

Lehrmeinung Nr. 1 ist der Auffassung, dass ein negativer Referenzzinssatz bei der Berechnung des Darlehenszinses vollumfänglich zu berücksichtigen sei, was im Extremfall dazu führe, dass die Bank dem Kunden Zinsen auszurichten habe. Diese Umkehr des Zinsflusses erachtet diese Lehrmeinung als folgerichtig angesichts des Umstands, dass mit dem Darlehen Kaufkraft vorübergehend an den Kreditnehmer überlassen werde und der Referenzzinssatz die zwischenzeitlich eingetretene Kaufkraftverminderung reflektiere.³⁹

Diametral entgegengesetzt ist *Lehrmeinung Nr. 2*, wonach die Bank ihren Anspruch auf die gesamte Marge behalte, da diese die Bank für die Risiken und Aufwendungen der Kreditgewährung entschädige.⁴⁰

Einen Mittelweg stellt *Lehrmeinung Nr. 3* dar, wonach ein negativer Referenzzinssatz zwar die Marge der Bank verringere («auffresse»), jedoch nur bis zu einem Wert von Null. Eine Umkehr der Zinszahlungspflicht sei mit der Begründung abzulehnen, dass diese zu einer Änderung des Vertragstyps führen würde.⁴¹

2. Ergangene Rechtsprechung

Zum angesprochenen Themenkomplex ergingen ein bundesgerichtlicher Leitentscheid (a), ein Genfer Fall (b), ein Zürcher Fall (c), ein Bündner Fall (d) und ein Thurgauer Fall (e).

a) Der bundesgerichtliche Leitentscheid

Die Kundin hatte 2006 mit der Bank einen Darlehensvertrag über CHF 100 Mio. abgeschlossen. Der halbjährlich auszurichtende Zins setzte sich aus dem 6-Monats-LIBOR-CHF zuzüglich einer fixen Marge in Höhe von 0,0375% zusammen. Nachdem der Referenzzinssatz negativ geworden war, klagte die Kundin gegen die Bank auf Auszahlung der Differenz zwischen Referenzzinssatz und Marge. Zuvor hatte sie einen Antrag der Bank auf Vertragsänderung betreffend die Einführung eines Mindestzinssatzes für den 6-Monats-LIBOR von 0% abgelehnt.

Das Bundesgericht führte im Wesentlichen aus, dass der Darlehensvertrag im kaufmännischen Verkehr grundsätzlich entgeltlicher Natur sei (Art. 313 Abs. 1 OR)⁴² und dass das Schweizerische Obligationenrecht von einem positiven Zinsbegriff ausgehe, weshalb Negativzinsen keine Zinsen im Rechtssinne darstellen würden.⁴³ Aufgrund der Privatautonomie sei es den Parteien unbenommen, für den Fall des Negativwerdens des Gesamtzinssatzes eine Umkehr der Zinszahlungspflicht vorzusehen.⁴⁴ Ob ein solcher Vertrag noch als Darlehen im Sinne von Art. 312 ff. OR zu qualifizieren wäre oder doch eher als atypisches Darlehen oder Innominatkontrakt, könne offengelassen werden, da die entsprechende Vereinbarung in jedem Fall gültig sei.⁴⁵

Fände sich im Vertrag keine ausdrückliche Regelung und könne kein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien bewiesen werden, sei der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.⁴⁶

³⁷ Siehe z. B. MITROVIC (Fn. 16), Rz. 608 ff.

³⁸ Siehe dazu z. B. BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER (Fn. 13), Art. 314 N 1c.

³⁹ ZELLWEGER-GUTKNECHT (Fn. 11), 374. MOSCHEN/VON DER CRONE stimmen dieser Lehrmeinung zu, sofern der entsprechende Referenzzinssatz bereits bei Vertragsabschluss negativ war oder ein solcher für die Parteien voraussehbar war, siehe CORINA MOSCHEN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Negativzinsen bei Darlehen, Bundesgerichtsurteil 4A_596/2018 vom 7. 5. 2019 (Publikation vorgesehen), SZW 2019, 542. Siehe auch die Nachweise auf Lehrmeinungen zum ausländischen Recht in BGE 145 III 241 E. 3.5.3 S. 250.

⁴⁰ So MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 11), 376; BSK OR I-MAURENBRECHER/SCHÄRER (Fn. 13), Art. 314 N 1c. Siehe auch die Nachweise auf Lehrmeinungen zum ausländischen Recht in BGE 145 III 241 E. 3.5.3 S. 250.

⁴¹ SCHALLER (Fn. 7), 265 f. Siehe auch die Nachweise auf Lehrmeinungen zum ausländischen Recht in BGE 145 III 241 E. 3.5.3 S. 251.

⁴² BGE 145 III 241 E. 3.2 S. 245.

⁴³ BGE 145 III 241 E. 3.3 S. 245 f.

⁴⁴ BGE 145 III 241 E. 3.5.2 S. 250.

⁴⁵ BGE 145 III 241 E. 3.5.2 S. 250.

⁴⁶ BGE 145 III 241 E. 3.5.2 S. 250.

Vorliegend enthalte der Vertrag keine ausdrückliche Umkehr der Zinszahlungspflicht.⁴⁷ Entsprechend legte das Bundesgericht den Vertrag nach dem Vertrauensprinzip aus.

Angesichts des Umstands, dass die Parteien den Darlehensvertrag im Jahr 2006 und damit acht Jahre vor Einführung der Negativzinsen abgeschlossen hatten, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass nach dem Vertrauensprinzip nicht davon ausgegangen werden könne, sie hätten eine Umkehr der Zinszahlungspflicht beabsichtigt.⁴⁸

Da die Bank im vorliegenden Fall keine Widerklage auf Bezahlung ihrer Marge erhoben hatte, konnte das Bundesgericht offenlassen, ob sich die Marge infolge der Negativzinsen auf 0% absenkte oder weiterhin in vollem Umfang geschuldet war. Die Vorinstanz war von Ersterem ausgegangen: Aufgrund des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung sei weder von einer Umkehr der Zinszahlungspflicht noch von einer Margengarantie zugunsten der Bank auszugehen. In einem *obiter dictum* wies das Bundesgericht immerhin darauf hin, dass eine Margengarantie gleichermassen vertretbar wäre, zumal 1) ein entgeltlicher Vertrag vorliege, 2) die Marge basierend auf dem Kreditrisiko und nicht in Abhängigkeit von der Entwicklung des Referenzzinssatzes festgelegt werde und 3) die Parteien im Jahr 2006 mutmasslich nicht vorausgesehen hätten, dass die Marge künftig durch einen negativen Referenzzinssatz gefährdet sein könnte.⁴⁹

Zusammenfassend verneinte das Bundesgericht jedenfalls eine Umkehr der Zinszahlungspflicht in dem Sinne, dass die Bank dem Hypothekarkunden den negativ gewordenen LIBOR-Zinssatz schulden würde. Die Frage, ob die Marge der Bank nach wie vor voll geschuldet war oder sich um den Betrag des negativ gewordenen LIBOR verringerte, konnte das Bundesgericht jedoch offenlassen.

b) Der Genfer Fall

Im Gegensatz zum Bundesgericht hatte die *Cour de justice* des Kantons Genf die Frage zu beantworten, ob die Bank bei negativem LIBOR von einem Nullzinsfloor ausgehen durfte oder nicht. Im konkreten Fall hatte die Bank der Kundin im Jahr 2009 ein Darlehen gewährt, dessen Zins sich aus der Summe des 6-Monats-LIBOR-CHF, Liquiditätskosten von maximal 2,5% sowie einer Marge in Höhe von 1,5% zusammensetzen sollte. Nach Negativwerden des LIBOR belastete die Bank der Kundin die volle Marge, wogegen sich diese vor Gericht wehrte.

Da kein übereinstimmender wirklicher Wille bewiesen war, legte die *Cour de justice* den Vertrag nach dem Vertrauensprinzip aus.⁵⁰ Sie führte aus, dass die Parteien vorliegend halbjährliche Zinsberechnungen und -zahlungen vereinbart hätten. Beabsichtigt sei, dass die Bank halbjährlich eine Gegenleistung erhalten soll. Vor diesem Hintergrund sei vernünftigerweise nicht davon auszugehen, dass ein negativer Referenzzinssatz zum Wegfall der Marge führen sollte – zumal der Vertrag dann seinen entgeltlichen Charakter verlöre. Dies gelte umso mehr, als die Marge das eingegangene Kreditrisiko abgelte und nicht von der Entwicklung des Referenzzinssatzes abhängt.⁵¹ Diese Überlegungen führten die Genfer *Cour de justice* zum Schluss, dass der negative LIBOR die Marge der Bank nicht tangierte, diese mit anderen Worten berechtigterweise von einem Nullzinsfloor ausgegangen war.

c) Der Zürcher Fall

Zum selben Ergebnis gelangten die Gerichte auch im Zürcher Fall – indessen erst nach einem Ritt durch die Instanzen und mit anderer Begründung.

Eine Bank hatte mit einem Kunden einen Rahmenvertrag für einen Grundpfandkredit abgeschlossen, der dem Kunden einen Kreditrahmen in Höhe von CHF 7 Mio. einräumte. Gestützt auf diesen Rahmenvertrag konnten verschiedene voneinander unabhängige Kreditverträge abgeschlossen werden. Der Rahmenvertrag sah vor, dass die konkreten Kreditprodukte formfrei vereinbart werden konnten und jeweils durch die Bank schriftlich bestätigt werden sollten.⁵² In den Bestätigungsschreiben war jeweils vermerkt, dass für die Zinsberechnung im Falle eines negativen LIBOR-Satzes von einem LIBOR-Satz von 0% auszugehen sei. Entsprechend ging die Bank bei ihren Zinsbelastungen von einem Nullzinsfloor aus, wogegen sich der Kunde vor Gericht wehrte.

Das Bezirksgericht Zürich bejahte die gültige Vereinbarung eines Nullzinsfloors, da der Kunde die in den Produktbestätigungen bekanntgegebenen Konditionen jeweils durch Stillschweigen angenommen habe.⁵³

Das Obergericht Zürich hob diesen Entscheid auf und wies die Streitsache an die Vorinstanz zurück. Dies mit der Begründung, dass die Produktbestätigungen keine Offerten darstellen würden, sondern blosser Beweismittel für den Inhalt allfälliger

⁴⁷ BGE 145 III 241 E. 3.5.4 S. 252.

⁴⁸ BGE 145 III 241 E. 3.5.4 S. 253.

⁴⁹ Zum Ganzen BGE 145 III 241 E. 3.5.5 S. 254.

⁵⁰ Zum Ganzen CJ GE, ACJC/1404/2023 vom 23.10.2023, E. 6.2.1.

⁵¹ Zum Ganzen CJ GE, ACJC/1404/2023 vom 23.10.2023, E. 6.2.1.

⁵² OGer ZH, LB2000 29 vom 19.1.2021 E. III./7.

⁵³ BezGer Zürich, CG190034 vom 30.6.2020.

liger separater Vereinbarungen.⁵⁴ Ob die Parteien eine tatsächliche Vereinbarung eines Nullzinsfloors abgeschlossen hätten, sei eine Tatfrage, über die das Bezirksgericht ein Beweisverfahren durchzuführen habe.⁵⁵

Im Entscheid nach der Rückweisung nahm das Bezirksgericht Zürich das verlangte Beweisverfahren vor. Dieses führte zum Schluss, dass sich der Stellvertreter des Kunden mit der Bank über einen Nullzinsfloor geeinigt hatte, was dem Kunden zuzurechnen sei.⁵⁶ Nach Ansicht des Bezirksgerichts bestand somit eine tatsächliche Willenseinigung der Parteien. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip war somit – anders als im Genfer Fall – nicht nötig.

Zusammenfassend kam das Gericht zum Schluss, dass die Bank bei ihren Zinsbelastungen aufgrund eines tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillens berechtigterweise von einem Nullzinsfloor ausgegangen war.

d) Der Bündner Fall

Im bundesgerichtlichen Leitentscheid, im Genfer Fall sowie im Zürcher Fall waren es jeweils die Kundinnen und Kunden, die gegen die Banken vor Gericht zogen. Im Bündner Fall waren die Rollen vertauscht.

Eine Bank hatte einem Ehepaar mehrere Hypotheken zur Finanzierung verschiedener Liegenschaften gewährt. 2016 wurden die bestehenden Kreditverträge unter einem Rahmenkreditvertrag zusammengefasst. Nachdem die Kredite mehrfach nicht mehr genügend bedient worden waren, kündigte die Bank sämtliche Kreditverträge und leitete Betreibung gegen das Ehepaar ein. Streitgegenstand vor den Bündner Gerichten bildete die Frage, ob der Bank die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen war.

Die Ehegatten brachten vor, die Bank sei bei ihrer Zinsberechnung unzulässigerweise von einem Nullzinsfloor ausgegangen. Sie führten das oben dargelegte Urteil des Obergerichts Zürich vom 19. 1. 2021 an, aus dem hervorgehe, dass «Negativzinsen bei LIBOR-Hypotheken grundsätzlich dem Bankkunden gehörten».⁵⁷

Das Kantonsgericht Graubünden stellte klar, dass sich dies aus dem fraglichen Urteil keineswegs ab-

leiten lasse. Vielmehr seien die Parteien eines Hypothekarvertrages in der Bestimmung der Zinshöhe grundsätzlich frei. Im vorliegenden Fall sei eine Nullzinsfloorklausel im schriftlichen Rahmenvertrag enthalten, den die Ehegatten unterzeichnet hätten.⁵⁸ Vor diesem Hintergrund gewährte es der Bank die provisorische Rechtsöffnung und schützte im Ergebnis die Zinsbelastungen mit Nullzinsfloor.

Trotz der vertauschten Parteirollen blieb das materielle Ergebnis somit dasselbe wie in den anderen Fällen.

e) Der Thurgauer Fall

Den bisher betrachteten Fällen lag jeweils ein blosser Konsensstreit zugrunde: Es ging um die Frage, ob zwischen den jeweiligen Parteien eine Nullzinsfloorvereinbarung zustande gekommen war. Im Thurgauer Fall war der Konsens über den Nullzinsfloor hingegen nicht strittig. Der Kunde bestritt einzig das gültige Zustandekommen der entsprechenden Klausel.⁵⁹

Auch hier bestand zwischen der Bank und dem Kunden ein Hypothekarkreditverhältnis. Der Zins sollte sich aus dem 3-Monats-LIBOR-CHF-Satz zuzüglich einer Marge in Höhe von 0,9% zusammensetzen. Für den Fall eines negativen Basiszinssatzes war in den Produktvereinbarungen jeweils ein Nullzinsfloor vorgesehen; das heisst, der Kunde sollte der Bank in diesem Fall die Marge in Höhe von 0,9% entrichten.

Vor Gericht machte der Kunde geltend, diese Vereinbarung verletze Art. 8 UWG, da sich die Bank darin einseitig einen Nullzinsfloor ausbedinge, ohne im Gegenzug einen Zinscap vorzusehen. Dies stelle eine asymmetrische, ungleiche und treuwidrige Verteilung von Rechten und Pflichten dar.⁶⁰ Rechtsfolge eines Verstosses gegen Art. 8 UWG wäre die Widerrechtlichkeit und damit die Nichtigkeit der entsprechenden Bestimmung (Art. 2 UWG i. V. m. Art. 20 OR).⁶¹

Das Obergericht des Kantons Thurgau führte aus, dass Art. 8 UWG auf die streitgegenständlichen Produktvereinbarungen nicht anwendbar sei, da diese keine AGB, sondern individuell ausgehandelte Vereinbarungen darstellen würden.⁶² Selbst wenn es sich um AGB handeln würde, könnte der Nullzinsfloor nicht Gegenstand einer AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG bilden, da die

⁵⁴ OGer ZH, LB200029 vom 19. 1. 2021 E. III./10.

⁵⁵ OGer ZH, LB200029 vom 19. 1. 2021 E. III./13. Siehe zu diesem Entscheid FABIA STÖCKLIN/CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Urteil LB200029-O/U vom 19. Januar 2021, A. gegen B. (Schweiz) AG, Zinsrückstattung bei negativem LIBOR und streitigem Nullzinsfloor, AJP 2021, 947–955; NZZ vom 27. 4. 2021, S. 24 («Ein Urteil mit Sprengkraft. Das Obergericht Zürich entzieht Banken die Grundlage für ein jahrelanges Vorgehen bei Libor-Hypotheken»).

⁵⁶ BezGer Zürich, CG210020 vom 6. 11. 2023 E. III. 5.

⁵⁷ KGer GR, KSK 21 93 vom 19. 12. 2022 E. 3.

⁵⁸ Zum Ganzen KGer GR, KSK 21 93 vom 19. 12. 2022 E. 6.

⁵⁹ OGer TG, ZBR.2024.1 vom 29. 8. 2024 E. 4.

⁶⁰ OGer TG, ZBR.2024.1 vom 29. 8. 2024 E. 1.2.

⁶¹ Siehe statt aller GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, 11. A., Rz. 1155.

⁶² OGer TG, ZBR.2024.1 vom 29. 8. 2024 E. 7.5.

Hauptleistungspflichten eines Vertrages der AGB-Kontrolle nicht zugänglich seien.⁶³

Das Gericht verneinte somit die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG und schützte den Nullzinsfloor.

3. Würdigung

Bei der Beurteilung der Frage, wie sich Negativzinsen auf die Kreditmarge der Bank auswirken, wenden die Gerichte folgende Methodik an: Zuerst prüfen sie, ob der Vertrag diese Frage ausdrücklich regelt oder ein übereinstimmender wirklicher Wille nachweisbar ist. Ist dies nicht der Fall, prüfen sie, wie der Kunde die einschlägigen Vertragsbestimmungen nach dem Vertrauensprinzip verstehen durfte und musste. Letztlich handelt es sich somit um einen blossen Konsensstreit.

In Anwendung dieser Methodik gelangten die Gerichte in den dargelegten Fällen zu folgenden Ergebnissen: Im Zürcher Fall und im Bündner Fall bejahten die Gerichte jeweils eine ausdrückliche Vereinbarung eines Nullzinsfloors. Das bedeutet: Die Marge der Bank blieb jeweils unangetastet.

In den übrigen Fällen legten die Gerichte die Verträge nach dem Vertrauensprinzip aus. Das Bundesgericht kam dabei zum Schluss, dass die Negativzinsen im zu beurteilenden Fall nicht zu einer Umkehr der Zinslast führten, konnte aber offenlassen, ob sie die Marge der Bank verringerten oder nicht.

Die Genfer *Cour de justice* verneinte eine Verringerung der Marge der Bank. Dabei liess sie sich insbesondere von dem Argument leiten, dass das Darlehen seinen entgeltlichen Charakter verlöre, wenn sich die Negativzinsen auf die Marge der Bank auswirkten. Das Bundesgericht tönte diese Überlegungen immerhin an, liess die Frage aber letztlich offen.

Dies wirft die Frage auf, was «entgeltlich» eigentlich bedeutet. Wie MOSCHEN/VON DER CRONE zutreffend ausführen, ist ein Darlehen auch dann entgeltlich, wenn der durch die Kreditnehmerin geschuldete Zins zwar negativ ist, aber – dank Einpreisung der Marge der Bank – immer noch über dem Referenzzinssatz liegt.⁶⁴

STÖCKLIN/ZELLWEGE-GUTKNECHT geben zudem zu bedenken, dass in die Margenberechnung der Bank namentlich der Refinanzierungsaufschlag (*funding spread*)⁶⁵ einfliesst. Entsprechend sei das Risiko eines negativen Basiszinssatzes somit be-

reits in die Marge der Bank eingepreist.⁶⁶ Mit der Annahme eines Nullzinsfloors würde die Bank für dieses Risiko ein zweites Mal entschädigt.⁶⁷

Mit Blick auf diese ökonomischen Gegebenheiten sollte ein Nullzinsfloor im Rahmen einer Auslegung nach Vertrauensprinzip somit nur zurückhaltend angenommen werden.

Ist die Konsensfrage geklärt, stellt sich die Frage, ob die entsprechende Vertragsbestimmung auch *gültig* zustande gekommen ist. Dazu darf kein Gültigkeitshindernis bestehen. Insbesondere darf ein Vertrag nicht widerrechtlich im Sinne von Art. 20 OR sein. Widerrechtlich und damit nichtig sind insbesondere AGB, die gegen Art. 8 UWG verstossen (vgl. Art. 2 UWG).⁶⁸ Im Thurgauer Fall scheiterte die Berufung des Kunden auf Art. 8 UWG daran, dass die fragliche Vereinbarung eines Nullzinsfloors nicht in AGB, sondern in einer individuell ausgehandelten Vereinbarung enthalten war.

IV. Negativzinsen und Vorfälligkeitsentschädigungen

1. Konfliktlinien in der Doktrin

Bankverträge sehen regelmässig vor, dass bei vorzeitiger Rückzahlung von Festhypotheken eine Vorfälligkeitsentschädigung geschuldet ist.⁶⁹ Diese wird vom Bundesgericht als Wandelpön im Sinne von Art. 160 Abs. 3 OR qualifiziert:⁷⁰ Statt seine Zinszahlungspflicht bis zum Ende der Laufzeit zu erfüllen,⁷¹ kann der Kunde den Vertrag durch Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung auflösen.⁷²

Bei der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung wird praxisgemäss der sogenannte Wiederanlagesatz berücksichtigt: Die Bank muss sich den Betrag anrechnen lassen, den sie durch eine Wiederanlage des zurückbezahlten Betrags auf dem Geld- oder Kapitalmarkt erzielen könnte.⁷³

In der Lehre ist strittig, wie sich ein negativer Referenzzinssatz auf den Wiederanlagesatz auswirkt: Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass eine

⁶⁶ STÖCKLIN/ZELLWEGE-GUTKNECHT (Fn. 55), 951.

⁶⁷ Ebenda.

⁶⁸ Siehe statt aller GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, 11. A., Rz. 1155.

⁶⁹ FABIEN LIÉGEAIS, Indemnité pour résiliation anticipée d'un prêt hypothécaire à taux fixe, SJZ 120/2024, 802; SILVIA HAFFNER/PETER REICHART, Die Vorfälligkeitsentschädigung im Hypothekengeschäft, AJP 2015, 1401.

⁷⁰ Z.B. BGer 4A_567/2013 vom 31.3.2014 E. 5.2.3; BGer 4A_229/2007 vom 7.11.2007 E. 4.1.

⁷¹ Zur Qualifikation des Zinsanspruchs der Kreditgeberin als Erfüllunganspruch BGer 4A_229/2007 E. 4.1.

⁷² HAFFNER/REICHART (Fn. 69), 1402.

⁷³ HAFFNER/REICHART (Fn. 69), 1400; LIÉGEAIS (Fn. 69), 803.

⁶³ OGer TG, ZBR.2024.1 vom 29.8.2024 E. 8.2.1.

⁶⁴ MOSCHEN/VON DER CRONE (Fn. 39), 543.

⁶⁵ Weitere Margenbestandteile sind der Risikoaufschlag, die Eigenkapitalkosten, die zurechenbaren Betriebskosten, die Overheadkosten sowie der Gewinnaufschlag. Siehe zum Ganzen STÖCKLIN/ZELLWEGE-GUTKNECHT (Fn. 55), 950 f.

vollumfängliche Berücksichtigung der Negativzinsen bei der Berechnung des Wiederanlagesatzes gerechtfertigt sei, «weil damit der Bank effektiv entstehende Nachteile abgegolten werden».⁷⁴ Dies hätte zur Folge, dass die Vorfälligkeitsentschädigung im negativen Zinsumfeld höher sein könnte als die Summe der durch den Kunden bis zum Ende der Darlehenslaufzeit geschuldeten Zinsen.⁷⁵ Nach einer anderen Lehrmeinung ist zu überprüfen, wie der Bankkunde die fragliche Klausel zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vernünftigerweise und angesichts seines Wissens- und Erfahrungshorizonts verstehen durfte und musste.⁷⁶

2. Ergangene Rechtsprechung

Zur Frage, ob Negativzinsen bei der Berechnung des Wiederanlagesatzes zu berücksichtigen sind oder nicht, ergingen zwei Entscheide des Bezirksgerichts Zürich, von denen einer an das Obergericht Zürich weitergezogen und von diesem bestätigt wurde.

Die Zürcher Gerichte führten aus, dass für die Beurteilung, ob Negativzinsen bei der Berechnung des Wiederanlagesatzes zu berücksichtigen sind, in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien massgeblich sei. Lasse sich kein solcher ermitteln, seien die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.⁷⁷ In beiden Fällen konnte kein übereinstimmender wirklicher Wille bewiesen werden, weshalb die Gerichte die entsprechenden Vertragsbestimmungen nach dem Vertrauensprinzip auslegten.

Die Kreditreglemente der Banken umschrieben den Wiederanlagesatz als den «*bei Beendigung des Vertrages erzielbaren Zinssatz für eine Anlage am Geld- oder Kapitalmarkt mit der entsprechenden Restlaufzeit*»⁷⁸ bzw. den «*erzielbaren Zinssatz für eine Anlage am Geld- und Kapitalmarkt mit entsprechender Restlaufzeit*».⁷⁹

Die Gerichte führten aus, dass «erzielbar» klar positiv konnotiert sei.⁸⁰ Zudem definiere das Schweizerische Obligationenrecht den Zins als positiv und kenne keine Negativzinsen.⁸¹ Auch der

Umstand, dass von der Differenz zwischen dem vereinbarten und dem auf dem Geld- und Kapitalmarkt erzielbaren Zins die Rede sei, weise darauf hin, dass höchstens der gesamte bis zum Ende der Laufzeit geschuldete Zins zu bezahlen sei.⁸² Zusätzlich sei zu berücksichtigen, dass die Verträge vor Einführung der Negativzinsen abgeschlossen worden waren und die Kunden daher nicht mit der Auferlegung von Negativzinsen rechnen mussten.⁸³ Die Negativzinsen seien somit bei der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung nicht zu berücksichtigen.

Die Gerichte führten weiter aus, dass die Unklarheitenregel angesichts dieses eindeutigen Auslegungsergebnisses nicht zur Anwendung gelange.⁸⁴ Wäre dies der Fall, wären nach dem Grundsatz *in dubio contra stipulatorem* ebenfalls keine Negativzinsen zu berücksichtigen.⁸⁵

3. Würdigung

Das Vorgehen der Zürcher Gerichte ist methodisch korrekt, und dem Ergebnis ist zuzustimmen.

V. Negativzinsen und Swap-Hypotheken

1. Konfliktlinien in der Doktrin

Bei Zinsswaps⁸⁶ sehen die einschlägigen Musterverträge vor, dass diejenige Partei, die den fixen Zinssatz bezahlt (*Payer*), derjenigen Partei, die den variablen Zinssatz zahlt (*Receiver*), bei Negativwerden des variablen Zinssatzes beide Zinssätze schuldet, sofern nichts anderes vereinbart wurde.⁸⁷ In der Lehre wird diese Rechtslage mit Blick auf den wirtschaftlichen Zweck des Swaps, der entgeltlichen Überwälzung des Zinsänderungsrisikos, als folgerichtig erachtet.⁸⁸

SCHALLER vertritt die Ansicht, dass die Bank eine vorvertragliche Aufklärungspflicht hinsichtlich der mit der Swap-Hypothek verbundenen Negativzins-

⁷⁴ Haffner/Reichart (Fn. 69), 1408.

⁷⁵ Haffner/Reichart (Fn. 69), 1408.

⁷⁶ Schaller (Fn. 7), 269.

⁷⁷ OGer ZH PP190013 vom 22. 8. 2019 E. 4.4.2.2; BezGer Zürich FV180107 vom 28. 9. 2018 E. 3.4.

⁷⁸ So die entsprechende Klausel in BezGer Zürich FV180094 vom 30. 1. 2019 E. 1.1.

⁷⁹ So die entsprechende Klausel in BezGer Zürich FV180107 vom 28. 9. 2018 E. 3.1.

⁸⁰ Vgl. BezGer Zürich FV180107 vom 28. 9. 2018 E. 3.4; FV180094 vom 30. 1. 2019 E. 3.3.1, bestätigt in OGer ZH PP190013 vom 22. 8. 2019 E. 5.3.2.

⁸¹ OGer ZH PP190013 vom 22. 8. 2019 E. 5.3.2, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

⁸² Vgl. BezGer Zürich FV180107 vom 28. 9. 2018 E. 3.4; FV180094 vom 30. 1. 2019 E. 3.3.1, bestätigt in OGer ZH PP190013 vom 22. 8. 2019 E. 5.4.2.

⁸³ Vgl. BezGer Zürich FV180107 vom 28. 9. 2018 E. 3.4; FV180094 vom 30. 1. 2019 E. 3.3.2, bestätigt in OGer ZH PP190013 vom 22. 8. 2019 E. 5.5.1 f.

⁸⁴ BezGer Zürich FV180107 vom 28. 9. 2018 E. 3.4; FV180094 vom 30. 1. 2019 E. 3.4, bestätigt in OGer ZH PP190013 vom 22. 8. 2019 E. 5.6.

⁸⁵ BezGer Zürich FV180107 vom 28. 9. 2018 E. 3.4; FV180094 vom 30. 1. 2019 E. 3.4.

⁸⁶ Zum Begriff siehe Fn. 7.

⁸⁷ Siehe ausführlich Maurenbrecher/Eckert (Fn. 7), 379 f.

⁸⁸ Maurenbrecher/Eckert (Fn. 7), 379; Zellweger-Gutknecht (Fn. 11), 369 f.

risikos treffe. Dies begründet er mit der Banknähe dieser Geschäftskombination und dem Wissensvorsprung der Bank. Weiter kann gemäss SCHALLER bei vorbestehender, langjähriger Bankbeziehung ein gesteigertes Vertrauensverhältnis vorliegen, aus dem heraus der Bankkunde allenfalls auch ungefragt Beratung und Warnung erwarten dürfe.⁸⁹ STÖCKLIN/ZELLWEGER-GUTKNECHT gehen sogar noch weiter und bejahen eine Aufklärungspflicht selbst dann, wenn keine Swap-Hypothek, sondern «nur» eine Hypothek mit Nullzinsfloor vereinbart werden soll, da eine solche Vereinbarung «asymmetrisch in die vertragliche Risikoverteilung eingreift».⁹⁰

2. Ergangene Rechtsprechung

Das Obergericht Zürich hatte einen Fall zu beurteilen, in dem die Kunden mit einer Bank zunächst einen Rahmenvertrag für OTC-Derivate und anschliessend zwei Rahmenverträge für Grundpfandkredite abgeschlossen hatten. Letztere wurden durch vier 3-Monats-LIBOR/Saron-Hypothekarkreditverträge konkretisiert, die für den Fall eines negativen LIBOR/Saron einen Nullzinsfloor vorsahen. Weiter schlossen die Parteien ein Zins austauschgeschäft (Swap) ab, das die Kunden verpflichtete, der Bank für die Dauer von 30 (!) Jahren auf einem fiktiven Darlehensbetrag von CHF 1,5 Mio. einen fixen Swapzins von rund 2,3% zu entrichten, während ihnen die Bank den LIBOR/Saron-Zins auf der gleichen Summe zu bezahlen hatte. Beim Swap wurde kein Nullzinsfloor vereinbart.⁹¹

Die Kunden trugen gemäss dieser Vertragsgestaltung somit das gesamte Risiko des Negativwerdens des LIBOR/Saron-Zinses: Bei den Kreditverträgen schuldeten sie auch bei negativem LIBOR/Saron die gesamte Marge der Bank. Beim Swap schuldeten sie nicht nur den fixen Swapzins, sondern zusätzlich den negativen LIBOR/Saron-Zins.⁹²

Im Jahr 2022 bezahlten die Kunden den Kredit zurück und klagten gegen die Bank auf Schadenersatz. Im Mai 2024 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage ab, wogegen die Kunden Berufung erhoben. Das Obergericht Zürich wies die Berufung ab.

a) Keine Aufklärungs- und Beratungspflicht der Bank

Die Kunden machten insbesondere geltend, die Bank habe ihre Aufklärungs- und Beratungspflicht

verletzt, indem sie die Kunden nicht auf die Asymmetrie beim Zinsfloor im Kreditvertrag und im Zinsswap hingewiesen habe.

Das Obergericht Zürich führte aus, dass die Bank bei Darlehens- und Kreditgeschäften grundsätzlich keine besondere Beratungs- und Aufklärungspflicht treffe, da solche Geschäfte – im Unterschied zu den auftragsrechtlichen Bankbeziehungen wie beispielsweise der Vermögensverwaltung – «*durch den Interessengegensatz gekennzeichnet seien*».⁹³

Zinsabsicherungsgeschäfte wie der Swap seien zwar keine Kreditgeschäfte, seien aber ebenfalls vom Interessengegensatz geprägt, weshalb wie beim Kreditgeschäft keine besonderen Aufklärungs- und Beratungspflichten bestehen würden.⁹⁴

Zudem sei vorliegend weder ausdrücklich noch konkludent ein Beratungsvertrag abgeschlossen worden.⁹⁵

Da die Kunden überdies einen professionellen Hypothekarberater an ihrer Seite hatten, habe für die Bank keinerlei Grund zur Annahme bestanden, die Kunden hätten sie mit einer separaten Beratung beauftragen wollen.⁹⁶

Auch eine Vertrauenshaftung falle vorliegend ausser Betracht.⁹⁷ Sowohl die Präsentation als auch die verschiedenen Vertragstexte hätten auf die Risiken eines Zinsswaps, insbesondere bei einem negativen LIBOR, hingewiesen. Nicht zuletzt hätten die Kläger unterschriftlich bestätigt, «*über die ausserordentliche Marktsituation*» aufgeklärt worden zu sein, «*welche zur negativen Fixierung des LIBOR und damit für sie zu höheren Kosten aufgrund der entstehenden Asymmetrie bei den LIBOR-Cashflows führen kann*».⁹⁸

b) Keine Verletzung von Art. 8 UWG

Das Obergericht Zürich verneinte einen Verstoß gegen Art. 8 UWG: Zunächst waren die entsprechenden Zinsklauseln nicht in AGB, sondern individuell vereinbarten Vertragsbestimmungen geregelt.⁹⁹ Überdies verneinte das Obergericht Zürich ein gegen Treu und Glauben verstossendes, ungerechtfertigtes Missverhältnis der Leistungen der Parteien im Sinne von Art. 8 UWG: Die Negativzinsrisiken wurden nach Ansicht des Obergerichts Zürich nämlich durch den Vorteil aufgewogen, dass die Kläger während der langen Laufzeit von 30 Jahren die Sicherheit erhielten, bei steigendem (positivem) LIBOR/Saron bloss den

⁸⁹ Zum Ganzen SCHALLER (Fn. 7), 268.

⁹⁰ STÖCKLIN/ZELLWEGER-GUTKNECHT (Fn. 55), 952.

⁹¹ OGer ZH, LB240029 vom 26.9.2024, E. I.1.

⁹² OGer ZH, LB240029 vom 26.9.2024, E. I.1.

⁹³ OGer ZH, LB240029 vom 26.9.2024, E. II./6.2.

⁹⁴ OGer ZH, LB240029 vom 26.9.2024, E. II./6.2.

⁹⁵ OGer ZH, LB240029 vom 26.9.2024, E. II./6.4.

⁹⁶ OGer ZH, LB240029 vom 26.9.2024, E. II./6.4.

⁹⁷ OGer ZH, LB240029 vom 26.9.2024, E. II./6.6 ff.

⁹⁸ OGer ZH, LB240029 vom 26.9.2024, E. II./6.7.3.

⁹⁹ OGer ZH, LB240029 vom 26.9.2024, E. II./7.5.

fixen Swapzins sowie die Marge bezahlen zu müssen. Während der langen Vertragsdauer von 30 Jahren würden damit diese Vorteile gegenüber den Nachteilen während allfälliger Negativzinsperioden überwiegen.¹⁰⁰

3. Würdigung

Obschon das Obergericht Zürich im zitierten Entscheid eine Aufklärungs- und Beratungspflicht bei Darlehens- und Kreditgeschäften im Grundsatz verneint, ist dieser Entscheid unseres Erachtens ausschliesslich mit Blick auf die konkrete Sachverhaltskonstellation zu lesen. *Für den konkreten Fall* war die Verneinung einer Aufklärungs- und Beratungspflicht der Bank sachgerecht: Nicht nur waren die Kunden fachkundig vertreten. Sie hatten zudem unterschriftlich bestätigt, über die Asymmetrie bei den LIBOR-Cashflows aufgeklärt worden zu sein.

Die absolute Verneinung einer Aufklärungspflicht mit der Begründung, dass es sich bei Kredit- und Darlehensverträgen um Verträge mit Interessengegensatz handle, erscheint demgegenüber arg verkürzt. Auch bei Verträgen mit Interessengegensatz können sich im konkreten Einzelfall aus Treu und Glauben Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten ergeben.¹⁰¹ Die obgenannten Lehrmeinungen erörtern, unter welchen Voraussetzungen solche Pflichten bei Hypothekarverträgen angezeigt sein könnten. Eine Auseinandersetzung mit diesen Lehrmeinungen fehlt im obergerichtlichen Entscheid, was gegen dessen Qualität und Verallgemeinerungsfähigkeit spricht.

Den Zinsswap schert das Obergericht kurzerhand über denselben Kamm: Es hält fest, dass auch diesem ein Interessengegensatz immanent sei, weshalb eine Aufklärungs- und Beratungspflicht der Bank zu verneinen sei. Dies erscheint angesichts des Umstands, dass es sich beim Zinsswap immerhin um ein Derivatgeschäft handelt, vorschnell.

VI. Fazit und Ausblick

Bei ihrer Einführung erschienen Negativzinsen als neu,¹⁰² hochgradig technisch und disruptiv.

Die Rechtsprechung zeigt aber, dass sich ihre Auswirkungen auf Bank-Kunden-Beziehungen regelmässig anhand der altbewährten Instrumente der Konsenslehre beurteilen lassen. In einem ersten Schritt ist jeweils zu prüfen, ob hinsichtlich dieser Auswirkungen ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien bestand. Wenn nicht, ist der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Die Crux liegt darin, zu welchem Schluss die Anwendung des Vertrauensprinzips führt. Diesbezüglich gibt es in der Lehre unterschiedliche Ansichten.

Zur Frage, welchen Anforderungen die Einführung einer Negativzinsklausel im Einlagengeschäft genügen muss, liefert die bislang ergangene Rechtsprechung leider keine belastbaren Erkenntnisse, da die beiden bisher ergangenen Entscheide die Gültigkeit der verwendeten Negativzinsklausel nicht hinterfragten. Damit verletzen die damit befassten Gerichte unseres Erachtens Bundesrecht, da die fragliche Klausel den bundesgerichtlichen Bestimmtheitsanforderungen an Gestaltungsrechte offensichtlich nicht genügt.

Hinsichtlich der Frage, wie sich ein negativ gewordener Referenzzinssatz beim Darlehen mit variablem Zins auf die Marge der Bank auswirkt, tendieren die Gerichte dazu, bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung von einem Nullzinsfloor auszugehen. Die entsprechenden Entscheidungsbegründungen erscheinen teilweise nicht vollständig durchdacht: Nicht zutreffend ist etwa das Argument, wonach ein Vertrag seinen entgeltlichen Charakter verlöre, wenn die Marge der Bank durch einen negativen Basiszinssatz angetastet würde. Denn die Bank erhält in einem solchen Fall immer noch mehr als den negativen Referenzzinssatz. Von den Gerichten unberücksichtigt blieb bislang auch, dass das Risiko eines negativen Basiszinssatzes eigentlich bereits durch den Refinanzierungsaufschlag in die Marge eingepreist ist.

Demgegenüber finden Negativzinsen bei der Berechnung des Wiederanlagesatzes von Vorfälligkeitsentschädigungen grundsätzlich keine Berücksichtigung. Die entsprechenden Entscheide überzeugen methodisch und argumentativ.

Bei Swap-Hypotheken führen Negativzinsen unbestrittenermassen dazu, dass der *Payer* dem *Receiver* bei Negativwerden des variablen Zinssatzes neben dem festen Zinssatz auch den variablen Zinssatz schuldet. Umstritten ist jedoch die Frage, ob die Bank beim Abschluss solcher Geschäfte eine Aufklärungspflicht hinsichtlich dieses Risikos trifft. Der kürzlich ergangene Entscheid des Obergerichts Zürich, der dies verneint, ist nicht verallgemeinerungsfähig, sondern mit Blick auf die konkrete Sachverhaltskonstellation zu lesen.

¹⁰⁰ OGer ZH, LB240029 vom 26.9.2024, E. II./7.6.

¹⁰¹ Siehe allgemein PETER LEHMANN/HEINRICH HONSELL, Art. 2 ZGB N 16, in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. A. Basel 2022.

¹⁰² Teilweise wurden sie mit den «Negativzinsen» auf ausländischen Geldern verglichen, die 1974 durch die Verordnung über Massnahmen gegen den Zufluss ausländischer Gelder eingeführt wurden, siehe dazu auch BGE 105 Ib 348. Dieser Vergleich hinkt aber, siehe dazu PLENIO (Fn. 2), 528.

In neue Verträge dürften die Banken durchwegs Klauseln aufnehmen, die für den Fall von Negativzinsen einen Nullzinsfloor festlegen. Künftige Urteile dürften sich somit auf die Frage verlagern, ob diese Klauseln der AGB-Kontrolle standhalten.¹⁰³ Diesbezüglich sind zwei Urteile ergangen, die eine Anwendbarkeit von Art. 8 UWG auf die Negativzinsklauseln verneinten, da diese nicht in AGB enthalten waren, sondern in individuell ausgehandel-

ten Produktvereinbarungen. Angesichts dieser Praxis dürfte die Rechtsprechung somit auf das übrige AGB-Kontrollinstrumentarium, namentlich die Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel, zurückgeworfen sein. Immerhin wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeitsregel mittlerweile derart entschärft, dass sich neu nicht mehr nur geschäftsunerfahrene Kundinnen darauf berufen können.¹⁰⁴

¹⁰³ Siehe dazu MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 7), 372 ff.

¹⁰⁴ Zum Ganzen BGE 148 III 57 E. 2.1.3.2 S. 61. Zuvor bereits BGer 4A_499/2018 vom 10. 12. 2018 E. 3.3.3.