

Mirina Grosz | Seraina Grünewald (Hrsg.)

Recht und Wandel

Festschrift für Rolf H. Weber

Schulthess 

Recht und Wandel

Festschrift für Rolf H. Weber

Herausgegeben von

Mirina Grosz

Dr. iur., Rechtsanwältin, Lehrbeauftragte im Fachbereich Öffentliches Recht
an der Juristischen Fakultät der Universität Basel

und

Seraina Grünewald

Prof. Dr., Rechtsanwältin, Assistenzprofessorin für Finanzmarktrecht
an der Universität Zürich

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016

ISBN 978-3-7255-7400-1

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Klimaabgaben, Stromabgaben, Energieabgaben – Rechtliche Verhaltenssteuerung hin zur Energiewende?	1
MIRINA GROSZ	
Zuerst der Freihandel dann die Moral? Konsumentenschutzrechtliche Tendenzen im internationalen Handelsrecht	41
RIKA KOCH	
Die Information im Wandel des Informations- und Kommunikationsrechts	67
LENNART CHROBAK / DOMINIC OERTLY	
Öffentlicher Rundfunk – Quo Vadis?	91
ULRIKE I. HEINRICH	
Entstauben oder Entsorgen: Die Figur der Person der Zeitgeschichte hat ausgedient – eine Neupositionierung tut Not.....	111
RENA ZULAUF / MAJA SIEBER	
Die Zukunft des Datenschutzes in einer globalisierten Welt	147
DOMINIC N. STAIGER	
Cross Border Cloud Computing und Discovery-Risiken	165
MICHAEL VLCEK	
Produktkompatibilität – Systemschutz durch Immaterialgüterrechte?	181
DIRK SPACEK	
Wettbewerbsverbote als Ancillary Restraints beim Unternehmenskauf	225
STEPHANIE VOLZ	
Negativzinsen im Aktiv- und Passivgeschäft von Banken.....	245
JEAN-MARC SCHALLER	

Rethinking Bank Corporate Governance: Why We Should not Dismiss (Quasi-) Partnership Models	275
VALÉRIE MENOUD	
Basisinformationsblatt: Gute Produktinformation oder «Bett des Prokrustes»?.....	295
RAINER BAISCH	
Reputation im Finanzmarktrecht.....	325
THOMAS ISELI	
Ein Staatsfonds für die Schweiz?	353
SERAINA GRÜNEWALD	

Negativzinsen im Aktiv- und Passivgeschäft von Banken

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	247
II.	Negativzinsen durch die SNB. Auswirkungen auf das schweizerische Bankgeschäft.....	248
	1. Der SNB-Entscheid vom 15. Januar 2015.....	248
	2. Auswirkungen auf das Bankgeschäft in der Schweiz.....	249
III.	Problem: Negativzinsen vs. Zinsbegriff. Umkehr des Zahlungsstroms.....	249
IV.	Analyse der Rechtslage.....	251
	1. Negativzinsen im Passivgeschäft (Einlagen/Guthaben).....	251
	1.1 Qualifikation von Einlagen (Guthaben) bei Banken. Darlehen vs. (irreguläre) Hinterlegung.....	251
	1.2 Änderung des Vertragstyps bedarf eines Konsenses. Genehmigungsfiktion bleibt wirkungslos. Änderung der Bank-AGB ist nicht rechtssicher. Kein «kaufmännisches Bestätigungsschreiben».....	259
	1.3 Einführung «Guthabengebühr» vs. Gebührenanpassungsklauseln in Bank-AGB.....	263
	1.4 Verhandlung über Negativzinsen. Akzept des Kunden (mit/ohne Vorbehalt).....	263
	1.5 Änderungskündigung.....	264
	1.6 Zwischenergebnis: Erhebung von Negativzinsen gestützt auf bisherige Bank-AGB (ohne explizite Negativzinsklausel) unzulässig. Zustimmung/Akzept des Kunden notwendig.....	264

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Bankenrecht an der Universität Zürich.

2.	Negativzinsen im Aktivgeschäft: LIBOR-Hypothek und «Absicherung» durch Swap-Verträge. Festhypothek und Vorfälligkeitsentschädigung....	265
2.1	LIBOR-Hypothek mit «Marge» vs. Negativzins.....	265
2.2	«Absicherung» über Zinsswap-Geschäfte vs. Negativzins. Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten sowie Schadenersatz.....	267
2.3	Vorfälligkeitsentschädigung bei Festhypotheken vs. Negativzins ...	269
V.	Synthese (Merksatz): Keine Negativzinsen ohne Konsens	270
VI.	Rechtsirrtum.....	271
VII.	Ausblick	274

I. Einleitung

Die Einführung bzw. Verschärfung von Negativzinsen durch die Schweizerische Nationalbank (SNB)¹ hat unter Juristen eine Kontroverse zur Frage der Zulässigkeit einer «Weitergabe» solcher Negativzinsen von (Geschäfts-) Banken an deren Bankkunden ausgelöst, die seither (u.a.) im Rahmen von Publikationen² und Fachreferaten³ ausgetragen wird. Auch in den (Print-) Medien fand die Negativzins-Problematik eine besondere Aufmerksamkeit, insbesondere mit Bezug auf institutionelle Bankkunden und darunter v.a. Pensionskassen.⁴ Verschiedene Pensionskassen wurden alsdann bei Banken vorstellig und widersetzten sich einer Belastung ihrer Bankguthaben durch Negativzinsen (o.ä.), wozu verschiedene Anwälte (darunter der Autor dieses Beitrags) Stellung bezogen haben.⁵ Ausserdem sind einige juristische Kommentare erschienen (teilweise in Neuauflage), die sich auch mit der nachstehend u.a. relevanten Frage der Qualifikation von (Spar-)Guthaben (Darlehen oder Hinterlegung) auseinandersetzen.⁶

Der vorliegende Beitrag bietet einen Überblick über den Stand der Meinungen, setzt die kontroversen Diskussionen fort und ergänzt sie mit einigen bis anhin eher unberücksichtigt gebliebenen Aspekten.⁷ Auf eine Erörterung

¹ Vgl. Ziff. II.1.

² Vgl. die zahlreichen Verweise in den nachstehenden Fn. dieses Beitrags.

³ Vgl. Referat B. MAURENBRECHER vom 18. Juni 2015, Ausgewählte rechtliche Aspekte von Negativzinsen (16. Forum Finanzmarktregulierung Universität Zürich); Referat U. SCHENKER vom 1. Oktober 2015, Negativzinsen – rechtliche Folgen einer volkswirtschaftlichen Anomalie (Zürcher Juristenverein).

⁴ Vgl. etwa Neue Zürcher Zeitung (NZZ), SNB-Negativzinsen belasten Pensionskassen, Nr. 106 vom 9. Mai 2015, 36; NZZ am Sonntag (NZZaS), Minus drei Prozent Zins auf unserem Vorsorgegeld – UBS verrechnet Versicherungen und Pensionskassen für hohe Barbestände neu Strafzinsen von drei Prozent. Schuld seien regulatorische Vorgaben, Nr. 24 vom 14. Juni 2015, 29.

⁵ Vgl. NZZ, Pensionskassen wehren sich gegen Negativzinsen, Nr. 25 vom 1. Februar 2016, 25.

⁶ So etwa bereits 2013 der grundlegende «Berner» Kommentar von R. H. WEBER zum Darlehensrecht mitsamt einem Anhang zu den Bankverträgen (nachstehend BK-WEBER); vgl. alsdann die 2015 in neuer (6.) Auflage erschienenen «Basler» Kommentierungen von H. SCHÄRER/B. MAURENBRECHER zum Darlehen (BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER) und T. KOLLER zur (irregulären) Hinterlegung (BSK OR I-KOLLER).

⁷ So u.a. hinsichtlich des Rechtsirrtums; unten Ziff. VI.

etwa der monetären Rahmenbedingungen und weiterer makroökonomischer Grundlagen wird indessen weitgehend verzichtet.⁸ Nach einer (knappen) Darlegung von Herkunft und Auswirkungen der Negativzinsen auf das schweizerische Bankgeschäft und des damit hervorgerufenen Problems einer Diskrepanz zwischen Negativzinsen und dem Zinsbegriff des OR,⁹ fokussiert der Beitrag auf die rechtlichen Aspekte der Negativzins-Problematik mit Bezug auf das Aktiv- und Passivgeschäft von Banken, inkl. des zusätzlichen Rechtsproblems eines Rechtsirrtums, und endet mit einem vorläufigen¹⁰ Ausblick.

II. Negativzinsen durch die SNB. Auswirkungen auf das schweizerische Bankgeschäft

1. Der SNB-Entscheid vom 15. Januar 2015

Am 15. Januar 2015 hat die Schweizerische Nationalbank (SNB) mitgeteilt,¹¹ dass sie den Zins für Guthaben auf den Girokonten von Banken, die einen bestimmten Freibetrag übersteigen, um (weitere) 0.5 Prozentpunkte auf -0.75% senkt. Zudem hat die SNB das Zielband für den Drei-Monats-LIBOR

⁸ Es kann auf die instruktiven Ausführungen in den nachstehend mehrfach zitierten Publikationen von T. TRÖGER, W. ERNST, B. MAURENBRECHER/F. ECKERT sowie C. ZELLWEGE-GUTKNECHT verwiesen werden (vgl. die Vollzitate in den späteren Fn.). – Zu den vorliegend ebenfalls aussen vor gelassenen Rechtsfragen mit Bezug auf das Verhältnis SNB vs. Geschäftsbanken vgl. etwa (aus Sicht der SNB) M. PLENIO, Negativzinsen auf Girokontoguthaben bei der SNB – Eine rechtliche Betrachtung, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2015, 527 ff.

⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

¹⁰ «Vorläufig» deshalb, weil die Negativzins-Problematik (auch) in juristischer Hinsicht noch einer definitiven, rechtssicheren Lösung und/oder – soweit ersichtlich und dem Autor bekannt – einer ober- oder höchstrichterlichen Entscheidung zu harren scheint (Stand Juni 2016).

¹¹ Ausserdem hat die SNB am selben Tag die sofortige Aufhebung des Mindestkurses von EUR/CHF 1.20 publik gemacht, was für die vorliegende Fragestellung indes nicht weiter relevant ist (aber anderweitig hohe – auch rechtliche – Wellen geworfen und zu Schadenersatzklagen gegen Banken geführt hat).

(«3M-LIBOR») (weiter) in den negativen Bereich verschoben auf *-1.25% bis -0.25%*.¹²

2. Auswirkungen auf das Bankgeschäft in der Schweiz

Verschiedene¹³ Banken haben im Anschluss an diesen SNB-Entscheid vorab¹⁴ gegenüber institutionellen Kunden Negativzinsen¹⁵ auf deren Guthaben erhoben. Einige Banken reagierten rascher, andere führten diese Massnahme erst später ein. Teilweise wurden den institutionellen Kunden indes sog. «Freibeträge» gewährt, bei welchen die Bank auf eine Erhebung von Negativzinsen einstweilen verzichtet.

Eine wegen der Leitzinsfunktion von Zinsentscheiden der SNB weitere Folge war, dass (u.a.)¹⁶ die CHF-Geldmarktsätze negativ wurden. So bewegen sich sämtliche CHF-LIBOR-Sätze seit Januar 2015 im negativen Bereich (Stand Juni 2016).¹⁷

III. Problem: Negativzinsen vs. Zinsbegriff. Umkehr des Zahlungsstroms

Dieses Phänomen negativer Zinsen ruft vorab nach einer Analyse des Zinsbegriffs, wobei vorab zu entscheiden ist, *welcher* Zinsbegriff für die vorliegende Rechtsproblematik einschlägig sein soll. Da sich die (spätere) Qualifikation von Verträgen über Einlagen und Hypotheken nach den Vertragstypen

¹² Medienmitteilung der SNB vom 15. Januar 2015 «Nationalbank hebt Mindestkurs auf und senkt den Zins auf -0,75%».

¹³ Vor dem SNB-Entscheid trat das Negativzins-Phänomen offenbar nur vereinzelt auf; vgl. PLENIO (Fn. 8), 535 (linke Spalte: «einzelne» Banken).

¹⁴ Eine Negativzins-Belastung von Guthaben von *Privatkunden* (ab einem bestimmten Schwellenwert) ist bis anhin erst mit Bezug auf die Alternative Bank Schweiz öffentlich bekannt geworden, die seit 1. Januar 2016 Negativzinsen erhebt (vgl. etwa NZZ vom 16. Oktober 2015).

¹⁵ Zu dieser (und anderer) Terminologie unten Ziff. IV.1.3.

¹⁶ Auch die Renditen von Anleihen sanken zufolge des SNB-Entscheids. Die rechtlichen Folgen des Negativzinsumfelds mit Bezug auf Anleihen sind indessen nicht Thema des vorliegenden Beitrags.

¹⁷ 1M-LIBOR zw. -0.904% und -0.775%; 3M-LIBOR zw. -0.854% und -0.735%; 6M-LIBOR zw. -0.758% und -0.642%; 12M-LIBOR zw. -0.630% und -0.516% (Zahlen verfügbar unter <<https://data.snb.ch/de>>).

des schweizerischen Obligationenrechts (OR) richtet (AT¹⁸/BT¹⁹), ist allein der Zinsbegriff relevant, den der OR-Gesetzgeber verwendet,²⁰ sofern nicht die Parteien (bewusst und willentlich) übereinstimmend davon abweichen.²¹ Dabei ist festzustellen, dass das OR den Begriff «Zins» ausschliesslich im positiven Sinn umschreibt, d.h. als (*positives*) *Entgelt für Kapital*. Konkret stellt dieser (wenn man so will:) «OR-Zins» eine laufzeitabhängige²² Vergütung (in Höhe einer Quote) derjenigen Partei dar, welche Kapital erhält²³ oder schuldet²⁴ («Partei 1»), an die andere (die Gegen-) Partei, welche Kapital hingibt²⁵ oder zugute hat²⁶ («Partei 2»).

Mit der Einführung einer «negativen Verzinsung» kehrt der Zahlungsstrom um: Es müsste nun nicht mehr (wie vorstehend) «Partei 1» eine Vergütung an «Partei 2» entrichten, sondern umgekehrt: «Partei 2» hätte «Partei 1» zu bezahlen. Eine solche Umkehr des Zahlungsstroms²⁷ ist indes wie gesehen mit dem OR-Zinsbegriff nicht vereinbar. Anders ausgedrückt und im Sinne eines ersten Zwischenresultats: Das OR kennt Negativzinsen nicht.

¹⁸ Obligationenrecht Allgemeiner Teil (allgemeine Regeln u.a. des Vertragsrechts).

¹⁹ Obligationenrecht Besonderer Teil (Vertragstypenrecht).

²⁰ Keine Rolle dürfen demgegenüber wirtschaftliche Zinsfaktoren spielen (anders C. ZELLWEGER-GUTKNECHT, Negativzins: Vergütung für die Übernahme des Geldwertrisikos durch den Kapitalnehmer, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW) 2015, 368 ff., die solche Faktoren in ihre rechtlichen Überlegungen miteinbezieht, wobei sie ebenso einräumt, dass es auf den Parteiwillen ankomme).

²¹ Zum Parteiwillen einlässlich unten Ziff. IV.1.1 ff. (Passivgeschäft/Einlagen) und Ziff. IV.2.1 ff. (Aktivgeschäft/Hypotheken).

²² Vgl. auch W. ERNST, Negativzinsen aus zivilrechtlicher Sicht – ein Problemaufriss, ZfPW 2015, 250: Zins als «laufzeitabhängige Vergütung für die Möglichkeit der Kapitalnutzung».

²³ Art. 313 OR: Darlehenszins, zu entrichten vom Borger, nicht vom Darleiher.

²⁴ Art. 73 OR, Art. 85 Abs. 1 OR, Art. 89 Abs. 1/2 OR (Zinse); Art. 104 OR (Verzugszins); Art. 128 Ziff. 1 OR (Kapitalzins); Art. 133 OR, Art. 170 Abs. 3 OR, Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 OR, Art. 208 Abs. 2 OR, Art. 213 Abs. 2 OR, Art. 400 Abs. 2 OR, Art. 402 Abs. 1 OR, Art. 422 Abs. 1 OR, Art. 431 Abs. 1 OR, Art. 499 Abs. 2 Ziff. 3 OR, Art. 505 Abs. 1 OR (Zinse).

²⁵ Vgl. Fn. 23 *vice versa*.

²⁶ Vgl. Fn. 24 *vice versa*.

²⁷ Dazu auch noch unten.

IV. Analyse der Rechtslage

1. Negativzinsen im Passivgeschäft (Einlagen/Guthaben)

1.1 *Qualifikation von Einlagen (Guthaben) bei Banken. Darlehen vs. (irreguläre) Hinterlegung.*

Im Passivgeschäft von Banken werden folgende Arten von Einlagen (Kundenguthaben) unterschieden: (a) Sichtguthaben, (b) Spar- und (c) Termineinlagen. Als erstes soll die Rechtslage mit Bezug auf Spareinlagen bzw. das entsprechende Sparkonto analysiert werden.²⁸ Hieran (teilweise) anknüpfend werden hernach Überlegungen zu Sicht- und Termineinlagen angestellt.²⁹

Für die Eröffnung eines Sparkontos wird ein *Sparkontovertrag*³⁰ vereinbart. Allgemein betrachtet handelt es sich dabei um einen Bankvertrag. Damit ist aber noch nichts gewonnen. Vielmehr kommt es für die Qualifikation bzw. Einordnung des Sparkontovertrags zu einem Vertragstyp des OR BT darauf an, welche Leistungen die Parteien konkret austauschen. In Frage steht bei Sparkontoverträgen die Abgrenzung zwischen dem *Darlehen* (Art. 312 ff. OR) und der *irregulären Hinterlegung* (Art. 481 OR). Folgende Kriterien sind massgebend,³¹ und zwar im Zeitpunkt des Vertragsschlusses:³² (i) der Wille der Parteien, (ii) die Interessenlage und (iii) der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts.

- (i) *Wille der Parteien*: Sofern der Bankvertrag (Sparkontovertrag) noch aus dem Jahr 2014 oder früher datiert, dürfte in der Regel davon auszugehen sein, dass der Bankkunde sein Vermögen auf

²⁸ Sogleich unten.

²⁹ Unten Ziff. IV.1.1 a.E.

³⁰ In einer heute wohl etwas überkommenen Terminologie ist – in Anlehnung an die Sparkassen (dazu sogleich) – noch häufig vom «Sparkassenvertrag» die Rede. Weil heutzutage aber nicht nur die traditionellen «Sparkassen» solche Sparkonti anbieten, sondern dies zum Geschäftsmodell sehr vieler verschiedener Banken zählt, zudem auch weitere althergebrachte Modalitäten wie das «Sparheft» zunehmend verschwinden, ist m.E. der Begriff «Sparkontovertrag» vorzuziehen, auch und gerade, um eine den modernen Gegebenheiten entsprechende Einordnung dieses Vertrags in die Typenordnung des OR BT zu gewährleisten.

³¹ Liste gemäss BSK OR I-KOLLER, Art. 481 OR N 11, gestützt u.a. auf BGE 100 II 155 (a.E.; zu diesem Entscheid weiter unten im Text).

³² Darauf wird noch zurückzukommen sein; unten Ziff. IV.1.1.

ein Sparkonto einzahlen wollte, um es zinsbringend anzulegen. Dies gilt umso mehr dort, wo die Bank (damals) noch bereit war, ein entsprechendes Sparkonto zu eröffnen und die einbezahlten Sparguthaben (positiv) zu verzinsen.

- (ii) *Interessenlage*: Das Ziel und damit das Interesse insbesondere institutioneller Anleger wie etwa Pensionskassen, aber auch vieler Privatanleger, besteht darin, Vermögen «anzusparen» d.h. aufgrund des Zinseszins effekts³³ laufend zu vermehren. Gerade Pensionskassen sind gesetzlich verpflichtet, das Vermögen diversifiziert anzulegen³⁴ und damit einen Teil ihres Vermögens auch in Spar- und/oder Termineinlagen zu halten. Ausserdem stehen dieselben Pensionskassen, ebenfalls von Gesetzes wegen,³⁵ unter erheblichem Druck, mit ihren Anlagen eine Mindestrendite zu erzielen. Demgegenüber ist die Bank daran interessiert, Spareinlagen entgegenzunehmen, um sie hernach ihrem (aktivseitigen) Kreditgeschäft zuführen zu können. Oder anders gesagt, gibt die Pensionskasse der Bank ein Darlehen, welches diese wiederum für ihre Kreditzwecke verwendet. Auf diese Weise betreibt die Bank ihr Zinsdifferenzgeschäft.
- (iii) *Wirtschaftlicher Zweck*: Aus den vorstehenden Überlegungen erhellt, dass der wirtschaftliche Zweck der 2014 oder früher abgeschlossenen Sparkontoverträge in der verzinslichen Kreditthingabe durch den Bankkunden mittels Einzahlung von Sparguthaben auf das Sparkonto der Bank besteht. Diese Guthaben kann die Bank dann wiederum ihrem Kreditgeschäft zuführen.

³³ Der ausbezahlte Zins des Vorjahres wird im Folgejahr mitverzinst usw. – Am Rande sei erwähnt, dass das Zinseszinsverbot aus Art. 314 Abs. 3 OR *nicht* gilt (u.a.) bei Sparkonti (vgl. BK-WEBER, Art. 314 OR N 31); anschaulich zum Zinseszins effekt (bzw. dessen teilweise Ausschaltung durch die Geldpolitik der Notenbanken) M. RASCH, Die heimliche Schädigung der Sparer, NZZ Nr. 130 vom 7. Juni 2012, 29.

³⁴ Vgl. allg. Art. 50 Abs. 3 der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (BVV2; SR 831.441.1) «Mittel müssen auf verschiedene Anlagekategorien (...) verteilt werden»; Art. 52 BVV2 «Aufteilung [des] Vermögens in kurz-, mittel- und langfristige Anlagen»; Art. 54 BVV2 (Begrenzung auf 10% pro Schuldner bzw. – im Fall von Einlagen – pro Bank).

³⁵ Vgl. Art. 15 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG; SR 831.40) «Der Bundesrat legt den Mindestzins fest»; aktuell (Stand Juni 2016) liegt der Mindestzinssatz bei 1.25%.

Unter der weiteren Annahme, dass eine allfällige Gebühr für die Führung des Sparkontos unterhalb des Zinsertrags zu liegen kommt, dürfte der Kreditzweck gegenüber einem (allfällig noch hinzukommenden) Zweck einer (vermeintlich «sicheren»)³⁶ Verwahrung deutlich überwiegen.

Die Qualifikation des (früheren) Sparkassenvertrags³⁷ wurde (und wird nach wie vor) kontrovers diskutiert. So hat das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 1974 einen Sparkassenvertrag, gestützt auf die ältere Doktrin,³⁸ die jedoch im Kontext der damaligen, stark auf «Sicherheit» bedachten Zeitgeschichte zu sehen ist, noch als irreguläre Verwahrung qualifiziert.³⁹ Die damaligen Argumente in Lehre und Rechtsprechung beruhen indessen auf einer inzwischen (wohl) überkommenen Sichtweise des Bankgeschäfts im Allgemeinen und des Spareinlagegeschäfts im Besonderen.⁴⁰ In der heute (bzw. jedenfalls bis zur Einführung von Negativzinsen) banküblichen Ausgestaltung von Sparkontoverträgen ist das Interesse des Bankkunden an einer (positiven, wenn auch vielleicht nicht überaus hohen) *Verzinsung* seiner Sparguthaben und damit auch die *Finanzierungsfunktion* für die kontoführende Bank⁴¹ gegenüber einem allfällig hinzutretenden Verwahrungsinteres-

³⁶ Dazu sogleich unten.

³⁷ Zu dieser traditionellen Terminologie bereits oben Fn. 30.

³⁸ BK-GAUTSCHI, Art. 481 OR N 6a ff.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 481 OR N 18 ff., N 22; WIDMER, Die rechtliche Natur des Sparkassavertrags unter besonderer Berücksichtigung der Verjährungsbestimmungen, Diss., Bern 1951, 12 ff.

³⁹ Vgl. BGE 100 II 153 ff.

⁴⁰ Gl.M. BSK OR I-KOLLER, Art. 481 OR N 12: «Meines Erachtens kann bei der Geldhingabe von einer Hinterlegung keine Rede sein, wenn der Geldgeber vom Nehmer einen Zins erhält, da diesfalls die Vermögensanlage und nicht die Verwahrung im Vordergrund steht». – Umso mehr gilt das von KOLLER Gesagte, wenn die Bank keine oder nur eine geringe Gebühr auf die Einlage erhebt. Dass indessen die «praktische Relevanz der Kontroverse» «gering» sein soll, wie KOLLER sodann auch in der neusten (6.) Aufl. (2015) schreibt (N 13) (obwohl im Abs. zuvor kurz die Negativzinsthematik erwähnt ist), dürfte spätestens nach der Einführung von Negativzinsen bzw. deren (versuchte) Überwälzung auf Bankkunden nicht (mehr) zutreffen.

⁴¹ Vgl. dazu auch BK-WEBER, Anhang, N 151: «Dem Hinterlegungsvertrag ist indessen eine viel schwächere Finanzierungsfunktion inhärent als dem Darlehen. Eine solche stellt aber für Finanzinstitute in aller Regel das hauptsächliche Interesse am Abschluss eines Sparkassenvertrags dar».

se als überwiegend zu beurteilen,⁴² zumal gerade die Finanzkrise sowie die «Too-big-to-fail»-Debatte aufgezeigt haben, dass auch Banken nicht mehr als absolut⁴³ «sichere Horte» für die (untechnisch:) «Hinterlegung» von Geld gelten.

Der Zweck einer «sicheren» Verwahrung dürfte somit auch und gerade in den Zeiten von Finanz-, Banken und Schuldenkrise d.h. ab 2007/2008, nicht eigentlich mehr im Vordergrund gestanden haben. Die irreguläre Hinterlegung passt hingegen nur für Fälle, in denen gerade dies, nämlich eine sichere Verwahrung, in den Motiven des Einlegers (mindestens) überwiegt.⁴⁴ Indessen tritt gerade bei allfälligen Negativzinsen auf Spareinlagen das Problem hinzu, dass eine «Hinterlegung» dieser Spareinlage aus einem weiteren Grund keineswegs «sicher» wäre: Der Negativzins bzw. die entsprechende Belastung des Kundenguthabens durch die Bank greift die «hinterlegte» Sache (Geld bzw. Guthaben) direkt und unmittelbar an, so dass der Einleger (Bankkunde) weniger zurückbekommt, als er ursprünglich «hinterlegt» hat. Das widerspricht dem Wesen der irregulären Hinterlegung von Geld,⁴⁵ wo-

⁴² In der Gewichtung nur leicht anders BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER (5. Aufl., Basel 2011), Art. 312 OR N 34 sowie Kurzkomentar (KUKO) OR-SCHOTT/MAURENBRECHER (Basel 2014), Art. 481 OR N 10: Kredit- und Verwahrungsinteresse seien bei Sparkassenverträgen «zumindest gleichwertig». – Neuerdings nun (in der 6. Aufl. 2015) jedoch anders BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 312 OR N 34: «Diese typische Interessenlage ist aber im heutigen Tiefzinsumfeld (...) in Frage gestellt. Vor diesem Hintergrund überzeugt die neuere Auffassung, den Sparkassenvertrag als eigenständigen Innominatvertrag (...) zu begreifen». – (Auch) hierzu ist indessen zu bemerken, dass dies allenfalls für Sparkontoverträge gelten mag, die seit Januar 2015, d.h. *im Negativzins-Umfeld* abgeschlossen wurde, *nicht* aber für *frühere* Verträge (dazu auch unten Ziff. IV.1.1).

⁴³ Bis CHF 100'000 (vgl. Art. 37a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 [BankG; SR 952.0] sind Einlagen indes (wenn man so will:) «absolut» sicher.

⁴⁴ Wiederum mit etwas anderer Gewichtung noch BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER (5. Aufl., Basel 2011), Art. 312 OR N 34: Die unregelmässige Hinterlegung sei nur auf Fälle zugeschnitten, wo die Verwahrung «eindeutig im Vordergrund steht». – Dieser Satz fehlt nun in der neusten 6. Aufl. 2015 komplett (vgl. BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, a.a.O.).

⁴⁵ Dieser Aspekt scheint gerade etwa bei B. MAURENBRECHER/F. ECKERT, Aktuelle vertragsrechtliche Aspekte von Negativzinsen, Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2015, 371, unbeachtet geblieben zu sein, wenn dort vorgebracht wird, dass «Hinterlegungsrecht auf die Qualifikation der Einlage sowie eine

nach der Aufbewahrer die gleiche Geldsumme zurückzuerstatten habe,⁴⁶ und ist daher auch nicht als kundenseitig gewollt zu betrachten, v.a. nicht im Voraus.⁴⁷ – Im Ergebnis ist derjenigen Anschauung zu folgen, die den Sparkassen- bzw. Sparkontovertrag in der heute, bis vor Erhebung der Negativzinsen üblichen, (positiv) verzinslichen Ausgestaltung als *Darlehen* i.S.v. Art. 312 ff. OR qualifiziert.⁴⁸

Mit einer Spareinlage wird also ein Verzinsungs-, Finanzierungs- und Kreditzweck in der rechtlichen Form einer Darlehenshingabe verfolgt. Das heisst, der Konsens beider Parteien geht dahin, dass der Kunde ein *Entgelt* für die von ihm der Bank zur Verfügung gestellte Liquidität erhält (in Form eines Zinses⁴⁹). Diese Entgeltleistung der Bank ist zwar beim Darlehen (vgl. Art. 313 OR) abdingbar. Dies bedeutet, dass ein Bankkunde, wenn er dies möchte, seiner Bank Liquidität in Form einer Spareinlage auch unentgeltlich zur Verfügung stellen kann, so dass sich durch eine Zinssenkung bis auf 0% der Vertragstyp noch nicht verändert.⁵⁰ Bereits die gesetzliche Vermutung ist jedoch «im kaufmännischen Verkehr» eine andere, nämlich Verzinslichkeit des Darlehens (Art. 313 Abs. 2 OR). Abgesehen davon erscheint eine Nullverzinsung von Sparguthaben kaum vom Konsens bzw. vom verfolgten Zweck (mindestens) aus Sicht des Bankkunden⁵¹ gedeckt. Der Kunde will

allfällige Pflicht zur Leistung von Aufbewahrungsgebühren im Sinne von Negativzinsen» zur Anwendung gelange.

⁴⁶ Vgl. den (klaren) Wortlaut von Art. 481 Abs. 1 OR; ausserdem ist das (dispositive) Verrechnungsverbot in Art. 125 Ziff. 1 OR zu beachten.

⁴⁷ In üblichen Bank-AGB ist zwar ein Verrechnungsrecht zugunsten der Bank mit Guthaben des Kunden ausdrücklich vorgesehen. Dass dieses aber allenfalls auch mit Bezug auf Negativzinsen Anwendung findet, dürfte dem Bankkunden i.d.R. nicht bewusst sein. Auch insoweit bedarf es einer klaren Formulierung in Bank-AGB und/oder einer entsprechenden (schriftlichen) Aufklärung des Bankkunden.

⁴⁸ Im Ergebnis *gl.M.* BSK OR I-KOLLER, Art. 481 OR N 12; KUKO OR-SCHWAIBOLD (Basel 2014), Art. 312 OR N 5; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, 267 und 399; HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. Zürich 2014, Rz. 3534; ebenso *gl.M.* noch BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER (5. Aufl., Basel 2011), Art. 312 OR N 34, sowie KUKO OR-SCHOTT/MAURENBRECHER (Basel 2014), (a.E.) Art. 481 OR N 10; nun aber wie gesehen (oben Fn. 42) *anders* (in der neusten Auflage) BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER (6. Aufl., Basel 2015), a.a.O.

⁴⁹ Oben Ziff. III.

⁵⁰ Vgl. (zum *deutschen Recht*) ERNST (Fn. 22), 253.

⁵¹ Zu den Motiven des Bankkunden oben.

«*sparen*», was bereits begriffsnotwendig die Erzielung einer gewissen *Rendite* impliziert. – Definitiv anders verhält es sich, sobald die Zinssenkung die Nullzinsgrenze unterschreitet: Aus der «positiv» (oder auch:) «normal» verzinsten Darlehenshingabe wird ein (untechnisch:⁵²) «negativ verzinstes» Hinterlegungsgeschäft.⁵³ Der Zahlungsstrom kehrt um: Wo vorher die Bank an den Kunden eine Zahlung in Form eines Zinses entrichtete, muss nun der Kunde eine Zahlung an die Bank leisten, was wiederum seine Einlage reduziert.

Zwar ist einzuräumen, dass ab Frühjahr 2015 bis heute (Stand Juni 2016) in der Tat der Zinszweck wegen der seit dann vorherrschenden Negativzinsen⁵⁴ wieder etwas in den Hintergrund und umgekehrt der Zweck der Hinterlegung von (Bar-)Geld bei einer Bank etwas mehr in den Vordergrund geraten sein dürfte. Wesentlich ist jedoch zu erkennen, dass diese Auffassung⁵⁵ nur für seither *neu abgeschlossene* Sparkontoverträge allenfalls zutrifft,⁵⁶ wogegen dem gerade nicht so ist mit Bezug auf *früher*, d.h. *vor der Negativzins-Zeit eröffnete (Spar-)Konti*.⁵⁷ Dies ergibt sich wie bereits erwähnt aus dem damaligen, im Zeitpunkt der Kontoeröffnung noch positiven, den Zeitwert der Kredithingabe widerspiegelnden Zins⁵⁸ und der damit einhergehenden, berechtigten Renditeerwartung der Bankkunden.

⁵² Zum Zinsbegriff des OR-Gesetzgebers oben Ziff. III.

⁵³ Vgl. (zum *deutschen Recht*) T. TRÖGER, Vertragsrechtliche Fragen negativer Zinsen auf Einlagen, Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) 2015, 657; im Grundsatz *anders*, jedoch die Auslegung im Einzelfall vorbehaltend ZELLWEGER-GUTKNECHT (Fn. 20), 374.

⁵⁴ Vgl. die Geldmarktzinssätze oben Fn. 17.

⁵⁵ In diese Richtung etwa MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 45), 371 ff.; sodann BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER (6. Aufl., Basel 2015), Art. 314 OR N 1c (2. Abs.); vgl. auch (zum deutschen Recht) O. LANGNER/F. MÜLLER, Negativzinsen im Passivgeschäft auf dem Prüfstand, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 2015, 1979 ff., 1983 «Das Phänomen negativer Zinsen ist durch zahlreiche Zeitungsberichte auch in der Gesellschaft bekannt» oder 1985 «Erhebung negativer Zinsen im Neugeschäft ohne Weiteres möglich».

⁵⁶ Dem Bankkunden muss aber hinreichend klar sein (und er/sie muss dies entsprechend auch «wollen» bzw. in Kauf nehmen), dass der Negativzins seine insoweit «hinterlegte» Einlage teilweise «auffrisst»; oben Ziff. IV.1.1.

⁵⁷ *Mutatis mutandis* gilt dies auch für Sicht- und Termineinlagen; dazu auch unten.

⁵⁸ Oben Ziff. III.

Eine Negativverzinsung widerspricht somit auch⁵⁹ dem zins- und damit inkommensbildenden Charakter (zumindest) einer Spareinlage.⁶⁰ Daher wird der *damalige Konsens* zwischen einer Bank und einem Bankkunden im Allgemeinen und institutionellen Kunden (Pensionskassen) im Speziellen nur eine (*positive*) *Verzinsung* umfasst haben. Eine Umkehr bzw. ein Wechsel von positiven zu negativen Zinsen mittels (einseitiger) Mitteilung der Bank würde daher eine *Änderung des Vertragstyps* mit sich bringen, nämlich vom Darlehen zur (entgeltlichen) Hinterlegung⁶¹ unter Umkehrung des Zahlungsstroms.⁶² Es fände zwischen Bank und Bankkunde eine vertragliche Kehrtwende um 180 Grad statt. – *Der Vertrag-«Handschuh» wird «umgestülpt»*. – Dies gilt im Übrigen auch im Fall einer allfälligen Nullverzinsung von Sparguthaben. Denn auch hier entsteht mit der Einführung von Negativzinsen eine *neue Hauptleistungspflicht* des Bankkunden, welche die Einlage «angreift» und die so vorher nicht bestand.

Im Grundsatz ähnlich verhält es sich nun auch hinsichtlich der Erhebung von Negativzinsen auf *Sicht- und Terminguthaben*: Wenn auch hier im Zeitpunkt der Entstehung eines Sicht- oder Terminguthabens bzw. der Eröffnung eines entsprechenden Kontos bei einer Bank das Zins-/Ertragsselement gegenüber dem Hinterlegungs-/Gebührenelement überwiegt, wovon mindestens bei Termineinlagen («Festgeld»/«Callgeld») regelmässig auszugehen ist,^{63,64}

⁵⁹ Dazu, dass das OR einen Negativzins nicht kennt, bereits oben Ziff. III.

⁶⁰ So sogar bereits mit Bezug auf eine «Nullverzinsungs»-Klausel der österreichische Obergerichtshof (OGH) vom 13. Oktober 2009 (5 Ob 138/09v), 23 ff. (E. 2.4-2.6).

⁶¹ So (zum *deutschen Recht*) TRÖGER (Fn. 53), a.a.O.; *zustimmend* J.-H. BINDER/S. ETTENSBERGER, «Automatischer» Negativzins bei darlehensvertraglichen Zinsänderungsklauseln im Niedrigzinsumfeld? – Vertragsauslegung und Lösungsansätze –, WM 2015, 2069 ff., 2072 (linke Spalte); im Ergebnis *ebenso* ERNST (Fn. 22), 253; im Grundsatz *a. M.* ZELLWEGER-GUTKNECHT (Fn. 20), a.a.O.; mit Bezug auf *deutsches Recht* ebenfalls *a. M.* LANGNER/MÜLLER (Fn. 55), 1983, welche es für zulässig erachten, (auch) im Rahmen eines (laufenden) Darlehensvertrags gestützt auf Zinsanpassungsklauseln (dazu separat unten Ziff. IV.1.2) negative Zinsen zu verlangen. Dadurch veränderte sich die Identität des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses nicht.

⁶² Oben Ziff. III.

⁶³ Vgl. betreffend Termineinlagen das *obiter dictum* in BGE 118 II 348, E. 3, wonach es sich bei einem «call-account» bzw. der entsprechenden «Geldhingabe eindeutig um ein Darlehen» handle.

⁶⁴ Betreffend *Sichtguthaben* ist zwar anzumerken, dass diese wegen ihres häufigen (teilweise täglichen) Verbrauchszwecks zum schnellen Zahlungsverkehr bestimmt

dann führt ein (späterer) Wechsel von positiver zu negativer Verzinsung ebenso zu einem Wechsel des Vertragstyps, mindestens mit Bezug auf das *Zinselement*.⁶⁵ Ausserdem führt die Einführung von Negativzinsen auch hier, d.h. sowohl mit Bezug auf Sicht- wie auch Termineinlagen, zu einer völlig neuen Hauptleistungspflicht des Bankkunden, die zur Folge hat, dass die Einlage bei Bezug nominal weniger wert (weil durch den Negativzins reduziert) ist als bei Einzahlung. Somit stellt sich sowohl bei Sparguthaben als auch bei Sicht- und Termineinlagen grundsätzlich dieselbe (nächste) Folgefrage, nämlich ob und wie eine solche (Neu-)Einführung von Negativzinsen in eine vorbestehende Bankkundenbeziehung sich rechtssicher bewerkstelligen liesse.

sind, mithin in vielen Fällen kein Finanzierungs- und Sparzweck im Vordergrund steht. Gerade weil jedoch gleichzeitig auch der Zweck der Verwahrung/Hinterlegung in den Hintergrund tritt, bleibt es auch mit Bezug auf Sichteinlagen bei der (hier: widerlegbaren) Regel, wonach im Fall eines vorbestehenden, positiven (wenn auch vielleicht nur sehr niedrigen) Zinses, ein Wechsel zu Negativzinsen insoweit (d.h. mindestens mit Bezug auf dieses Element; vgl. dazu auch noch in der folgenden Fn.) ein Vertragstypenwechsel darstellt.

⁶⁵ Dieses Zinselement, d.h. eine Vergütung der Bank an den Bankkunden, ist sowohl dem Auftrag als auch der Hinterlegung fremd: Im Rahmen dieser beiden Vertragsverhältnisse zahlt stets der Kunde für eine entsprechende Leistung, und nicht umgekehrt. Das Zinselement ist daher dem *Darlehensrecht* zuzuordnen (*a. M.* – wohl – MAURENBRECHER/ECKERT [Fn. 45], 370, mit weiteren Verweisen). *Anders* verhält es sich freilich mit Bezug auf die jederzeitige Kündbarkeit einer Sichteinlage, hierfür passt Auftrags-/Hinterlegungsrecht besser (vgl. Art. 400 und Art. 475 OR). – Vgl. auch § 700 Abs. 1 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), wonach bei unregelmässiger Verwahrung *Darlehensrecht* Anwendung findet. *A. M.* mit Bezug auf (dieses) *deutsche Recht* allerdings LANGNER/MÜLLER (Fn. 55), 1984/1985, die dem Zinsbegriff eine andere (freilich reichlich «konstruiert» wirkende und daher nicht überzeugende) Bedeutung geben wollen, nämlich eine «optionale Beteiligung des Kunden an den Vorteilen der Bank aus der Verwahrungstätigkeit».

1.2 *Änderung des Vertragstyps bedarf eines Konsenses. Genehmigungsfiktion bleibt wirkungslos. Änderung der Bank-AGB ist nicht rechtssicher. Kein «kaufmännisches Bestätigungsschreiben».*

Eine Änderung des Vertragstyps bzw. die Einführung einer neuen Hauptleistungspflicht ist nur, aber immerhin⁶⁶ durch eine gegenseitige übereinstimmende Willenserklärung der Parteien (Bank/Kunde), mithin durch einen (erneuten) *Konsens* möglich.⁶⁷ Dies wirft die Rechtsfrage auf, auf welche Art und Weise ein solcher (nachträglicher) Konsens erreicht werden kann.

Einige Banken haben im Nachgang zum SNB-Entscheid⁶⁸ an ihre institutionellen Kunden (einseitige) Mitteilungen versandt, worin sie diese über die Einführung eines Negativzinses ab einem bestimmten Zeitpunkt informieren. Ungeachtet des Problems, dass in einigen dieser Schreiben die AGB nicht zur Sprache kommen, mithin der Bankkunde nicht darüber aufgeklärt wird, worauf die Bank ihr Recht auf einseitige Abänderung des Vertrags stützt, reicht für die Erhebung eines Negativzinses eine AGB-Klausel nicht aus, wonach der Bank das Recht zukomme, die «Zinsen» den Marktverhältnissen anzupassen (sog. *Zinsänderungs- oder Zinsanpassungsklauseln*). Denn diese AGB-Klauseln berechtigen nur zu Zinsanpassungen im positiven Bereich. Ein Wechsel von positiven zu negativen Zinsen mit der Folge einer Einlagenreduktion lässt sich hingegen nicht auf Zinsanpassungsklauseln stützen,⁶⁹ es sei denn, diese Möglichkeit (Einführung von Negativzinsen) würde von

⁶⁶ Der OGH scheint im zitierten Urteil (Fn. 60), 25, weitergehend gar einen Nullverzinsungs-Konsens im Spareinlagegeschäft zu verneinen; vielmehr sei eine solche Klausel «gröblich benachteiligend und daher nichtig».

⁶⁷ Eine Vertragsänderung gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* fällt nicht in Betracht; zutreffend MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 45), 372, mit weiteren Verweisen; mit Bezug auf *deutsches Recht* auch TRÖGER (Fn. 53), a.a.O.; ERNST (Fn. 22), 253.

⁶⁸ Oben Ziff. II.1.

⁶⁹ So auch (mit Bezug auf *deutsches Recht*) Tröger (Fn. 53), a.a.O.; ERNST (Fn. 22), a.a.O.; für das *schweizerische Recht* tendenziell auch «weniger geeignet» MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 45), 372, indes sich für die Erhebung von Negativzinsen auf sog. «Gebührenanpassungsklauseln» berufend; dazu unten Ziff. IV.1.3.

allem Anfang an ausdrücklich erwähnt.⁷⁰ Solches ist (bzw. war)⁷¹ jedoch regelmässig nicht der Fall. Auch die Unklarheitenregel *in dubio contra stipulatorem* führt zum selben (negativen) Resultat. Das in den meisten Bank-AGB vorgesehene Recht der Bank, die Konditionen (hier: den Zinssatz) zu verändern, berechtigt damit nicht zur einseitigen Festlegung einer neuen Hauptleistungspflicht des Bankkunden, welche die Einlage angreift bzw. reduziert.

Wie ist nun die Rechtslage, wenn der Bankkunde auf eine solche einseitige Mitteilung der Bank schweigt, d.h. innert der in den Bank-AGB vorgesehenen Fristen nicht reagiert? Kann die Bank sich dann auf die sog. «Genehmigungsfiktion» stützen und auf stillschweigende Einwilligung des Kunden plädieren? – Die Antwort lautet: nein. Eine bankseitige «Mitteilung», wonach ab einem bestimmten Zeitpunkt auf Guthaben des Kunden Negativzinsen erhoben würden, wird als blosser Information einer bankseitig gewollten Änderung des Vertrags qualifiziert. Diese wird jedoch durch die üblichen Genehmigungsfiktionen in Bank-AGB nicht abgedeckt. Denn diese beziehen sich nicht auf fundamentale Änderungen mit Bezug auf den Vertragstyp bzw. die Hauptleistungspflichten der Parteien. Klar erscheint ausserdem, dass ein einseitiges Schreiben der Bank auch *keine AGB-Änderung* darstellt. Vielmehr teilt die Bank dem Kunden darin (explizit oder implizit) nachgerade mit, die Konditionen gestützt auf die *bisherigen* (weiterbestehenden) AGB ändern zu wollen.

Lässt sich aus Sicht der Bank mit einer *AGB-Änderung* das Problem aus der Welt schaffen?⁷² – Diese Frage lässt sich (mindestens einstweilen) nicht eindeutig mit «ja» oder «nein» beantworten. So bleibt für betroffene Banken wesentlich zu beachten, dass auch hier eine ausdrückliche Annahmeerklä-

⁷⁰ Vgl. (immer noch zum *deutschen Recht*) ERNST (Fn. 22), 253; *a.M.* LANGNER/MÜLLER (Fn. 55), 1983, spezifisch mit Bezug auf Sichteinlagen vgl. 1985.

⁷¹ Zur Frage, ob sich *AGB-Klauseln* nachträglich unter Beifügung eines Negativzins-Zusatzes insoweit gültig (mittels einseitiger Mitteilung) *ändern* lassen, vgl. sogleich unten.

⁷² Verschiedene Finanzinstitute haben inzwischen ihre AGB entsprechend geändert, d.h. eine explizite Negativzinsklausel in die AGB eingebaut. – Auch die SNB hat zuerst ihre AGB geändert (vgl. die jetzige Ziff. 2.1.3), und erst hernach (bzw. «gleichzeitig») Negativzinsen auf Giro Guthaben der Banken erhoben (vgl. PLENIO [Fn. 8], 527); dies betrifft indes das Rechtsverhältnis SNB vs. Banken, und nicht das vorliegend diskutierte Rechtsverhältnis Banken vs. Bankkunden.

rung des Kunden allenfalls erforderlich sein dürfte, dies jedenfalls, um keine weitere Rechtsunsicherheit zu verursachen. Denn ob im «Schweigen» des Kunden eine Annahmeerklärung auf das Abänderungsangebot der Bank gesehen werden kann, erscheint zweifelhaft: Es dürfte in vielen Fällen von Bankverträgen mitsamt AGB keine vorbestehende Vereinbarung vorliegen dergestalt, dass «Schweigen» im Kontext einer Vertragstypenänderung (und nicht bloss: Zinsänderungen oder Änderungen sonstiger Konditionen gestützt auf weitergeltende AGB in ansonsten typenrechtlich unveränderten Vertragsbeziehungen⁷³) als rechtswirksame Zustimmung zu einer solchen «vertraglichen Kehrtwende um 180 Grad»⁷⁴ gelten soll, welche überdies die Einlage «angreift». – Wesentlich dürfte auch die Überlegung sein, dass eine (neue) Hauptleistungspflicht eines (Bank-)Vertrags dergestalt wie hier, also dass Bankdienstleistungen mit Bezug auf Einlagen (Guthaben) nun nur noch zu einem bestimmten *Preis* (in Form eines Negativzinses o.ä.) erbracht werden, üblicherweise nicht Gegenstand von AGB ist. AGB befassen sich, wie ihr Name sagt, mit den *allgemeinen* Geschäftsbedingungen, nicht aber mit spezifischen, neuen (Haupt-)Leistungspflichten der Vertragsparteien. Der Wechsel von positiver (oder Null-)Verzinsung zu negativer Verzinsung betrifft indes gerade solch «neue» Hauptleistungspflichten innerhalb des konkreten (Bank-/Einlage-)Geschäfts. Für die Einführung einer (neuen) Hauptleistungspflicht des Bankkunden in Form einer Verpflichtung zur Bezahlung von Negativzinsen während laufender Bankbeziehung erscheinen die AGB nicht *geeignet*. Anders dürfte es sich indes verhalten mit Bezug auf neu zu eröffnende Bankkundenbeziehungen.

⁷³ Die bei MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 45), 375, aufgezählten Kriterien für eine Änderung der AGB gelten gemeinhin nur für Änderungen, die sich *innerhalb eines (desselben) Vertragstyps* bewegen. Vorliegend *ändert* jedoch der Vertragstyp, sobald von positiver zu negativer Verzinsung gewechselt wird (oben Ziff. IV.1.1.).

⁷⁴ Vgl. oben Ziff. IV.1.1.

Ferner handelt es sich bei den weiter oben erwähnten, einseitigen Mitteilungen (Briefe) einiger Finanzhäuser nicht um sog. «kaufmännische Bestätigungsschreiben mit konstitutiver Wirkung».⁷⁵ Die Gründe hierfür sind

- (i) keine Ergänzung oder Konkretisierung eines Vertrags, sondern inhaltliche Änderung;⁷⁶
- (ii) (oftmals oder zumeist) keine (vorgängigen) Verhandlungen⁷⁷ über Negativzinsen, «Guthabengebühren» o.ä.;⁷⁸
- (iii) erhebliche Beeinträchtigung der Empfängerinteressen (Kehrtwende von zinstragender bzw. mindestens unentgeltlicher Einlage zu entgeltlicher Hinterlegung).⁷⁹

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Bankkunde nicht verpflichtet ist, der ihm von der Bank gestützt auf die bisherigen AGB mitgeteilten Vertragsänderung hinsichtlich einer Einführung von Negativzinsen nach Treu und Glauben zu widersprechen.⁸⁰ Oder anders gewendet: Es ist in diesen Fällen auf Seiten der Bank kein berechtigtes Vertrauen dahingehend zu verorten, dass eine unwidersprochen gebliebene Bestätigung (Mitteilung o.ä.) als Zustimmungserklärung des Kunden gewertet bzw. verstanden werden darf. Selbst eine Änderung der AGB erscheint ohne ausdrückliche Zustimmung des (bisherigen) Bankkunden nicht rechtssicher möglich.

⁷⁵ P. GAUCH/W. SCHLUEP/J. SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 1168/1169, je mit weiteren Verweisen.

⁷⁶ Zu diesem Kriterium etwa BK-SCHMIDLIN, Art. 6 OR N 109.

⁷⁷ Falls dem im Einzelfall anders ist, d.h. eine Verhandlung der Bank mit dem Kunden über Negativzinsen stattgefunden hat (mit «offenen Worten», d.h. unter Erläuterung der Rechtsproblematik; ansonsten unten Ziff. VI. betr. Rechtsirrtum), dann musste die Bestätigung unmittelbar nach dieser Verhandlung folgen, d.h. *innert 5-10 Tagen* (vgl. zum *deutschen Recht* PALANDT/ELLENBERGER, N 14 zu § 147 BGB).

⁷⁸ Spezifisch zur Terminologie sogleich Ziff. IV.1.3.

⁷⁹ Bereits oben Ziff. IV.1.

⁸⁰ So im Ergebnis auch TRÖGER (Fn. 53), 657.

1.3 Einführung «Guthabengebühr» vs. *Gebührenanpassungsklauseln* in Bank-AGB

Wie verhält es sich, wenn die Bank statt eines «Negativzinses» eine «Guthabengebühr» o.ä. erhebt? – Dazu ist vorab zu bemerken, dass Umbenennungen die zugrunde liegenden Rechtsprobleme nicht zu beseitigen vermögen. Es kommt allein auf die ökonomische Umkehrung der Zahlungsströme (vertraglichen Leistungen) an.⁸¹ Wie dieses Entgelt im Einzelnen benannt wird («Negativzins», «Strafzins», «Guthabengebühr», «Kostenpauschale» o.ä.) ist rechtlich nicht von Belang, sondern nur, dass aus der vormalig zinsbringenden Einlage nun eine negativzinspflichtige (oder eben: gebührenpflichtige) Einlage werden soll.

Mit spezifischem Bezug auf die besagte «Guthabengebühr» ist letztlich die Erkenntnis entscheidend, dass sich deren (zumeist so benannte) «Einführung» (sic) in aller Regel auch nicht auf sog. «Gebührenanpassungsklauseln» in den Bank-AGB stützen lässt,⁸² weil Letztere – wie der Name schon sagt – der Bank das Recht einräumen, bereits bestehende, vereinbarte Gebühren *anzupassen*, nicht aber (jedenfalls *unklar*; daher wiederum *in dubio contra stipulatorem*), neue, vom Kunden weder antizipierte noch vorgängig akzeptierte Gebühren einzuführen, welche die Einlage reduzieren.

1.4 *Verhandlung über Negativzinsen. Akzept des Kunden (mit/ohne Vorbehalt).*

Anders verhält es sich indes, wenn die Negativzinsen bzw. der Guthaben-Freibetrag, bis zu welchem keine Negativzinsen belastet werden, explizit *verhandelt* und seitens des Bankkunden *akzeptiert* wurden, und der Kunde hernach kein Schreiben «Akzept unter Vorbehalt, insb. bei späterer Verschlechterung der Rahmenbedingungen hinsichtlich Negativzinsen» (o.ä.) an die Bank gesandt hat.⁸³ Dann bleibt dem Bankkunden lediglich noch die (mit

⁸¹ Vgl. oben Ziff. IV.1.

⁸² A.M. MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 45), 372.

⁸³ Einige Pensionskassen haben sich indes im Anschluss an Negativzins-Verhandlungen mit entsprechenden Schreiben an ihre Bank(en) sämtliche Rechte vorsorglich gewahrt.

rechtlichen Risiken behaftete) Anfechtung einer solch ausdrücklichen oder mindestens stillschweigenden Zustimmung wegen Rechtsirrtums.⁸⁴

1.5 *Änderungskündigung*

Ebenfalls anders verhält es sich, wenn die Bank die Geschäftsbeziehung, unter Einhaltung der einschlägigen Kündigungsfristen und -termine (und im Rahmen von Beendigungsklauseln, die nach Auftragsrecht zu beurteilen sind: nicht «zur Unzeit»⁸⁵), *aufkündet* und dem Bankkunden gleichzeitig eine *Offerte* zur Eingehung einer neuen Geschäftsbeziehung inkl. Negativzinsen unterbreitet (sog. «Änderungskündigung»)⁸⁶.

1.6 *Zwischenergebnis: Erhebung von Negativzinsen gestützt auf bisherige Bank-AGB (ohne explizite Negativzinsklausel) unzulässig. Zustimmung/Akzept des Kunden notwendig.*

Mit Bezug auf die vorstehend erörterte Rechtsfrage, ob und wie Negativzinsen auf vorbestehende (und neue) Einlagen von Bankkunden erhoben werden können, bleibt festzuhalten, dass eine entsprechende einseitige Mitteilung der Bank wirkungslos bleibt, solange nicht die (vorbestehenden) AGB explizit eine Negativzins-Klausel vorsehen.⁸⁷ In solchen Fällen ist also stets eine Zustimmung bzw. ein Akzept des Bankkunden erforderlich.

⁸⁴ Dazu einlässlich unten Ziff. VI.

⁸⁵ Vgl. Art. 404 Abs. 2 OR.

⁸⁶ Dies erscheint auch nach vorliegend vertretener Auffassung insoweit (Ausnahmefälle vorbehalten; vgl. etwa betr. Kündigung «zur Unzeit» im Haupttext) zulässig; vgl. auch MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 45), 375, mit weiteren Verweisen; ebenso mit Bezug auf *deutsches Recht* TRÖGER (Fn. 53), 657.

⁸⁷ Erst, aber immerhin *dann* (bei Einbau einer Negativzins-Klausel in die AGB) kommt eine AGB-Kontrolle (Ungewöhnlichkeitsregel; bei Konsumenten auch Art. 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 [UWG; SR 241]) allenfalls ins Spiel, *vorher nicht*, da die AGB (wie gesehen) insoweit von vorneherein keine Rechtswirkungen zu erzeugen vermögen.

2. Negativzinsen im Aktivgeschäft: LIBOR-Hypothek und «Absicherung» durch Swap-Verträge. Festhypothek und Vorfälligkeitsentschädigung.

2.1 *LIBOR-Hypothek mit «Marge» vs. Negativzins*

Auf der Aktivseite, d.h. mit Bezug auf das Hypothekargeschäft, verhält es sich im Grundsatz ebenso wie im soeben dargestellten Passiv- bzw. Einlagengeschäft, nur umgekehrt: Diesmal erscheint die Bank berechtigt, sich gegenüber ihrem Bankkunden (und Hypothekarschuldner) auf den Standpunkt zu stellen, dass Negativzinsen einem Vertrags(typen)wechsel gleichkämen und damit eine neue Hauptleistungspflicht zulasten der Bank entstünde. Doch der Reihe nach:

Bei sog. «LIBOR»-Hypotheken, also Hypotheken, bei denen sich der Zinssatz anhand eines definierten LIBOR-Zinssatzes bemisst und im Verlauf der Hypothek entsprechenden Schwankungen unterworfen ist, verursacht ein negativer LIBOR-Zinssatz⁸⁸ das Problem, dass nun – vorab rein theoretisch und insoweit isoliert betrachtet – die Bank eine Zahlung an den Hypothekarschuldner zu leisten hätte, und zwar in Form des besagten Negativzinses. Stark verkürzt gesagt: Die Bank müsste dafür «zahlen», dass sie Hypothekarkredite an Bankkunden vergibt.

Der Zinssatz ist indes nicht die einzige Zins- bzw. Preiskomponente einer LIBOR-Hypothek. Dazu kommt noch die sog. «Marge» der Banken, die insoweit untereinander im Wettbewerb stehen. Je nach Verhandlungsergebnis und Bank liegen diese Margen (z.B.) bei 0.65%, 0.7%, 0.8% oder höher. «Negativmargen» gibt es im Gegensatz zu Negativzinsen nicht. Gleichwohl führt die besagte Kombination von negativem LIBOR-Zinssatz und positiver Marge – vorab einmal rein rechnerisch – zu einem entweder reduzierten oder gar negativen Gesamtzins. Es stellt sich somit die juristische Folgefrage, ob ein negativer Zinssatz die Marge unberührt lässt, was einer «Margengarantie» gleichkäme, oder ob der negative Zinssatz die Marge ganz oder teilweise «auffrisst». – Nach vorliegend vertretener Auffassung gilt grundsätzlich Letzteres («Auffressen»): Die Marge der Banken ist ökonomisch betrachtet eine Gewinnmarge, wobei mit «Gewinn» der Bruttogewinn vor Kosten ge-

⁸⁸ Vgl. zu den LIBOR-Zinssätzen seit Januar 2015 oben Ziff. II.2.

meint ist.⁸⁹ Nun gilt ein Vertrag auch und gerade dann (weiter), wenn eine Partei (hier: die Bank) aufgrund ungünstiger Markt- (hier: Zins-) Entwicklungen keine (Brutto-) Gewinne mehr erzielt. Ohne eine anderslautende, spezifische Abrede⁹⁰ sind Gewinne vertraglich nicht garantiert, selbst Bruttogewinne nicht. Diese Markt- und Zinsrisiken sind Teil des Geschäftsrisikos einer Bank. Eine «Gewinngarantie» o.ä. existiert somit auch im Hypothekargeschäft nicht.⁹¹

Umgelegt auf bereits bestehende⁹² (LIBOR-)Hypothekarverträge bedeutet dies nun, dass solange kein Wechsel des Vertragstyps stattfindet (den, wie gesagt, die Bank nicht gegen sich gelten lassen muss), als der *Gesamtzins* (*Zinssatz + Marge*) *positiv oder Null* ist. Denn auch die unentgeltliche Hingabe einer Summe Geldes ist noch vom Vertragstyp Darlehen mitumfasst.⁹³ Nach vorliegend vertretener Auffassung darf somit die Bank erst, aber immerhin⁹⁴ dann eine Zinsuntergrenze (auch «Floor» genannt) einziehen, wenn und sobald der Negativzins die Marge vollständig eliminiert hat. Die zulässige Zinsuntergrenze im (LIBOR-)Hypothekargeschäft liegt entsprechend bei insgesamt 0% (Zinssatz + Marge).⁹⁵

⁸⁹ Vgl. auch BK-WEBER, Anhang, N 292: «(...) Zinsen, woraus die Bank nach Kosten ihren Gewinn erzielt».

⁹⁰ Dazu unten.

⁹¹ Immer vorausgesetzt, die Parteien hätten nichts anderes vereinbart. – *Ähnlich* wie hier auch BINDER/ETTENSBERGER (Fn. 61), 2073 (rechte Spalte), welche die Garantie einer «Mindest-Gewinnmarge» als «nicht interessengerecht» qualifizieren.

⁹² D.h. LIBOR-Hypotheken, die *vor* dem Negativzins-Umfeld abgeschlossen wurden.

⁹³ Vgl. Art. 313 Abs. 1 OR.

⁹⁴ Vgl. allerdings (freilich mit Bezug auf einen Verbraucherkredit) Landgericht (LG) Feldkirch, Urteil vom 28. August 2015 (5 Cg 18/15z), 31 ff., worin dieses (österreichische) Gericht festhielt (stark verkürzte Wiedergabe), dass es seiner Auffassung nach nicht sachgerecht sei, die Auswirkung des Negativzinses bei 0% «einzufrieren». Vielmehr habe sich die Bank vorzuwerfen, keine Zinssatzuntergrenze vorgesehen zu haben und stattdessen mit variablen Zinssatz-Parametern (Zinsgleitklauseln) gearbeitet zu haben. Daher müsse sie nun auch Negativzinsen berücksichtigen. Das Risiko eines Verbraucherkredits solle denn auch in beide Richtungen ausschlagen. – Diese Argumentation überzeugt indes nach vorliegend vertretener Auffassung aus den im obigen Haupttext genannten Gründen *nicht*.

⁹⁵ Im Ergebnis *gl.M.* BINDER/ETTENSBERGER (Fn. 61), 2073 (rechte Spalte, unten) und 2074; *a.M.* ZELLWEGER-GUTKNECHT (Fn. 20), 374, die zwar immerhin einräumt, dass in bestimmten Fällen ein negativer LIBOR mit Null gleichgesetzt werden könne (vgl. auch 375 a.E.), indessen eine weitere Reduktion des Gesamtzinses (LIBOR +

Bsp. (zur Veranschaulichung): *Szenario (a)*: Der Negativzins beträgt -0.75%. Die Marge der Bank beläuft sich auf 0.85%. Der Negativzins eliminiert die Marge bis auf 0.1%. Der Hypothekarschuldner muss der Bank somit einen Gesamtzins von 0.1% entrichten. *Szenario (b)*: Negativzins wie soeben, jedoch Marge der Bank bei 0.6%. Der Negativzins eliminiert die gesamte Marge, wirkt sich indes nicht weiter negativ aus. Der Gesamtzins liegt bei 0%. Keine Partei muss der anderen einen (positiven oder negativen) Zins bezahlen. Insbesondere hat der Hypothekarschuldner keinen Anspruch gegen die Bank auf Bezahlung der Zinsdifferenz von -0.15%.

Anders verhält es sich, wenn die Parteien von allem Anfang an vertraglich übereinkommen, dass die Marge der Bank selbst bei negativen (Referenz-) Zinsen (ganz oder teilweise) unangetastet bleiben soll. Ein solcher «*Margenschutz*» muss indessen ausdrücklich im Vertrag vorgesehen sein, auch und gerade in Zeiten negativer Zinsen.

2.2 «Absicherung» über Zinsswap-Geschäfte vs. Negativzins. Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten sowie Schadenersatz.

Firmenkunden und institutionelle Anleger, die für eine Investition in Immobilien eine LIBOR-Hypothek aufgenommen haben, wollten sich nicht selten mittels eines zusätzlichen *Zinsswap-Geschäfts* gegen künftige Zinsschwankungen absichern. Im Unterschied zur vorstehend erörterten Rechtslage bei LIBOR-Hypotheken, wonach Negativzinsen nicht (mehr) zu berücksichtigen sind, sobald die Gesamtentschädigung (Negativzins + Marge) negativ wird, sind Negativzinsen in den gängigen Swap-Musterverträgen⁹⁶ explizit erwähnt.⁹⁷ Die Rechtslage ist insoweit klar: Negativzinsen sind (hier) *zulässig*

Marge) bis auf Null ablehnt; ebenfalls *a.M.* MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 45), 376, welche im Grundsatz die Marge als «geschützt» betrachten, indessen von diesem Grundsatz insoweit abkehren, wenn die Parteien in einem Umfeld mit Negativzinsen es unterlassen, die Marge vertraglich zu schützen. – Dieser letzteren (Teil-) Auffassung wird hier zugestimmt (vgl. auch sogleich im Haupttext oben). Jedoch betrifft dies (erneut) ausschliesslich «Neu-Verträge» (zustande gekommen *seit* Einführung/Verschärfung der Negativzinsen). Bei «Alt-Verträgen» (*zuvor* geschlossen) verhält es sich hingegen anders, vgl. oben im Text.

⁹⁶ Swiss Master Agreement und ISDA Master Agreement.

⁹⁷ Weiterführend MAURENBRECHER/ECKERT (Fn. 45), 379.

und führen zu einer vertraglich vorgesehenen Umkehr des Zahlungsstroms.⁹⁸ Das bedeutet, dass ein Firmenkunde oder institutioneller Anleger bei einer Kombination dieser beiden Geschäfte (LIBOR-Hypothek und Zinsswap) sich im vorstehend erörterten Negativzins-Szenario plötzlich mit der Situation konfrontiert sieht, «dreifach» zahlen zu müssen: (i) Zahlung einer allenfalls (wenn auch vielleicht nur knapp) positiven Gesamtentschädigung (Negativzins + Marge) in der LIBOR-Hypothek; (ii) Zahlung des fixen Zinssatzes sowie (iii) Zahlung des (variablen) Negativzinses,⁹⁹ beides (ii + iii) im Swap-Geschäft.

Das einst beabsichtigte Sicherungsgeschäft wird zum «Draufzahlgeschäft». Diese aus Sicht von Firmenkunden und institutionellen Anlegern unvorteilhafte Situation entspricht indessen (mindestens insoweit) der Rechtslage. Zu beachten bleibt immerhin folgendes:

Wenn die Bank vor Abschluss des kombinierten Geschäfts LIBOR-Hypothek und Zinsswap es unterlassen hat darauf hinzuweisen, dass aus diesem (vermeintlichen) Sicherungsgeschäft bei einer Änderung des Zinsumfelds von positiven zu negativen Zinsen ein Draufzahlgeschäft werden kann und der Kunde dies nicht von selbst hat erkennen können (oder hat wissen müssen), so kann allenfalls eine Verletzung der vorvertraglichen *Aufklärungspflicht* geltend gemacht werden. Denn die erwähnte Geschäftskombination (LIBOR + Zinsswap) ist klarerweise banknah, weshalb insoweit regelmässig auch ein Know-How-Vorsprung der Bank gegeben sein dürfte.¹⁰⁰ Bei vorbestehender, langjähriger Bankbeziehung kann zudem ein gesteigertes Vertrauensverhältnis vorliegen, aus dem heraus der Bankkunde allenfalls auch ungefragt Beratung und Warnung erwarten darf.¹⁰¹ – Entsprechend eröffnet dies für solche Bankkunden die Möglichkeit, sich über einen Schadenersatzanspruch mindestens teilweise schadlos zu halten. (Auch) dieser

⁹⁸ Vgl. auch ZELLWEGER-GUTKNECHT (Fn. 20), 373.

⁹⁹ Es sei denn, die Parteien hätten unter Verwendung des ISDA (International Swaps and Derivatives Association) Master Agreements (vgl. Section 6.4 der 2006 ISDA Definitions) ausdrücklich die sog. «Zero Interest Rate Methode» gewählt.

¹⁰⁰ Vgl. zu diesen Kriterien mit Bezug auf die Aufklärungspflichten von Banken im Kreditgeschäft M. AFFENTRANGER, Haftungsrisiken bei der Kreditvergabe – Verantwortlichkeit des Kreditgebers gegenüber dem Kreditnehmer, in: Baker&McKenzie (Hrsg.), Haftungsrisiken im Finanzbereich, Zürich 2014, 39 ff.

¹⁰¹ Vgl. dazu BGE 133 III 103, E. 7.1.2, mit weiteren Verweisen.

Ansatz ist jedoch mit konkretem Bezug auf Negativzinsen noch nicht (höchst-)richterlich getestet worden.

2.3 *Vorfälligkeitsentschädigung bei Festhypotheken vs. Negativzins*

Bei der Hypothekarform *Festhypothek* stellt sich das Rechtsproblem der Negativzinsen erst, aber immerhin dann, wenn der Hypothekarschuldner und Bankkunde die Darlehensvaluta ganz oder teilweise vor Fälligkeit an die Bank zurückzahlen will. Gemäss den üblichen Bankverträgen darf die Bank in diesen Fällen eine sog. *Vorfälligkeitsentschädigung* verlangen, d.h. eine Entschädigung dafür, dass die Bank eine Rückzahlung vor Eintritt der Fälligkeit akzeptiert mit der Folge, dieses Geld wieder anlegen zu müssen.¹⁰² Entsprechend ist für die Berechnung dieser Vorfälligkeitsentschädigung der sog. *Wiederanlagesatz* zu berücksichtigen.¹⁰³ Was gilt nun, wenn der Wiederanlagesatz aufgrund von Negativzinsen ebenfalls negativ ist? – In dieser Situation müsste der Bankkunde beträchtlich «drauf» zahlen. Die Anwendung eines negativen Wiederanlagesatzes hängt auch hier nicht (bzw. nicht allein) von bankökonomischen Sichtweisen ab,¹⁰⁴ sondern davon, ob der Bankkunde im Zeitpunkt des Abschlusses der Festhypothek inkl. vertraglich vorformulierter Berechnungsweise der Vorfälligkeitsentschädigungen vernünftigerweise und angesichts seines Wissens- und Erfahrungshorizonts¹⁰⁵ mit einem negativen Wiederanlagesatz hat rechnen müssen. Verkürzt gesagt geht es (auch hier) darum, ob diesbezüglich mindestens ein normativer *Konsens* vorliegt oder nicht.

Es kommt erneut¹⁰⁶ auf die konkrete Formulierung an: Wenn die Vertragsklausel etwa vorsieht, dass sich der Wiederanlagesatz am Zinssatz «orientiert», der am «Geld- oder Kapitalmarkt» für die Wiederanlage des Geldes «verfügbar» ist, dann muss sich der Kunde allenfalls entgehalten lassen,

¹⁰² Vgl. dazu HAFFNER/REICHART, Die Vorfälligkeitsentschädigung im Hypothekengeschäft, AJP 2015, 1398 ff.

¹⁰³ HAFFNER/REICHART (Fn. 102), 1401 ff.

¹⁰⁴ So aber HAFFNER/REICHART (Fn. 102), 1408 (rechte Spalte, zuoberst), wonach ein negativer Wiederanlagesatz deshalb «gerechtfertigt» sei, «weil damit der Bank effektiv entstehende Nachteile abgegolten werden».

¹⁰⁵ Ansonsten bedarf es einer bankseitigen Aufklärung hierüber. Fehlt diese, besteht auf Seiten der Bank das Risiko einer Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten; vgl. *mutatis mutandis* oben Ziff. IV.2.2.

¹⁰⁶ Vgl. betr. Zinsanpassungsklauseln im Einlagengeschäft oben Ziff. IV.1.2.

dass allein die Zinsverhältnisse am Geld- oder Kapitalmarkt ausschlaggebend sind. Und wenn dort Negativzinsen vorherrschen, so würden diese gelten. Klar ist aber auch das nicht, insbesondere bei Festhypotheken, die vor dem Negativzinsumfeld abgeschlossen wurden. Ungeklärt ist ausserdem, welcher Zinssatz von welcher (laufzeitkongruenten) Wiederanlage massgebend ist. – Jedenfalls anders verhält es sich indessen etwa bei Klauseln, die so oder ähnlich vorsehen, dass sich der Wiederanlagesatz nach den «Zinsen» richtet, welche die Bank «einnimmt». Denn damit sind nur positive Zinsen erfasst, Negativzinsen hingegen nicht.¹⁰⁷ Rechtssicher kann eine Bank (auch) hier nur sein, wenn sie hinsichtlich des Wiederanlagesatzes die Möglichkeit von Negativzinsen und deren Auswirkungen auf die Vorfälligkeitsentschädigung, nämlich dass diese in dem Fall höher ist als die Summe der vertraglich vereinbarten (Fest-)Zinsen bis zum Laufzeitende, ausdrücklich im Festhypothekarvertrag vorsieht.

V. Synthese (Merksatz): Keine Negativzinsen ohne Konsens

Die vorstehenden Ausführungen lassen im Sinne einer kurzen, vorläufigen¹⁰⁸ Synthese folgende Schlüsse betreffend rechtliche Zulässigkeit und Grenzen von Negativzinsen zu:

Im *Einlagengeschäft* findet mit der Einführung von Negativzinsen in vorbestehende Vertragsverhältnisse in der Regel ein Wechsel des Vertragstyps statt (vom Darlehen zur Hinterlegung) bzw. es entsteht mindestens eine neue Hauptleistungspflicht, welche zu einer Reduktion der Einlage führt.¹⁰⁹ Solches bedarf der Zustimmung des Bankkunden. Ob ein Konsens über eine Änderung der AGB unter Berufung auf die Genehmigungsfiktion erreicht werden kann, erscheint mindestens fraglich wenn nicht unwahrscheinlich.¹¹⁰ Jedenfalls verbleibt eine latente Rechtsunsicherheit (aber nicht nur deswegen¹¹¹), wenn ein klarer Konsens mit diesen «Altkunden» fehlt. – Bei «Neukunden», d.h. Kunden, die seit Beginn der Negativzins-Phase ein Einlagen-

¹⁰⁷ Oben Ziff. III.

¹⁰⁸ «Fortsetzung folgt» allenfalls, je nach weiterer Entwicklung an den Finanzmärkten und der juristischen Diskussion hierzu in Lehre und evtl. auch Rechtsprechung.

¹⁰⁹ Oben Ziff. IV.1.1.

¹¹⁰ Oben Ziff. IV.1.2.

¹¹¹ Zu einer allfälligen späteren Anfechtung von stillschweigenden Willenserklärungen wegen Rechtsirrtums sogleich VI.

konto bei einer Bank eröffnet haben, darf diese indessen Negativzinsen erheben, sofern dies vertraglich klar so vereinbart wird und dem Kunden bewusst ist, dass damit seine Einlage bei der Auszahlung nominal weniger wert sein wird als bei der Einzahlung.

Im *Hypothekengeschäft* findet ebenfalls ein Vertragstypenwechsel statt, sobald der Negativzins die gesamte Marge «auffrisst», d.h. der Gesamtzins negativ wird.¹¹² Ebenso bedarf es auch hier eines Konsenses (in diesem Fall der Bank), auch hinsichtlich eines allfällig negativen Wiederanlagesatzes bei der Vorfälligkeitsentschädigung im Rahmen von Festhypotheken.¹¹³ Beim (vermeintlichen) Sicherungsgeschäft des Zinsswaps sind Negativzinsen hingegen zu bezahlen, was ohne Weiteres zu einer Umkehr des Zahlungsstroms führt.¹¹⁴ Davon betroffenen Firmenkunden und institutionellen Anlegern bleibt nur der (unsichere) Ausweg über die Geltendmachung von Schadenersatz wegen bankseitiger Verletzung von Aufklärungspflichten.¹¹⁵

VI. Rechtsirrtum

Der Rechtsirrtum ist eine Sonderform bzw. Unterart des in den Art. 23 ff. sowie Art. 63 Abs. 1 OR erwähnten und insoweit rechtlich (teilweise) geschützten Irrtums.¹¹⁶ Die betroffene Person irrt nicht über eine Tatsache, sondern über die *Rechtslage*.¹¹⁷ Mit Bezug auf den bankseitigen Umgang mit Negativzinsen ist der Rechtsirrtum insofern problematisch und verdient daher besondere Achtsamkeit, als er allenfalls durch unterbliebene oder unzutreffende Informationen zur Rechtslage hervorgerufen werden kann.¹¹⁸ Sollte

¹¹² Oben Ziff. IV.2.1.

¹¹³ Oben Ziff. IV.2.3.

¹¹⁴ Oben Ziff. IV.2.2.

¹¹⁵ Oben Ziff. IV.2.2.

¹¹⁶ Vgl. die Literaturverweise unten Fn. 122.

¹¹⁷ Hier in einem weiten Sinn verstanden, d.h. sämtliche Fälle eines Rechtsirrtums mitumfassend (Rechtslageirrtum, Rechts-/Gesetzesunkenntnis, Rechtsfolgenirrtum), mit Ausnahme des stets unbeachtlichen (Motiv-)Irrtums über die gesetzlichen Nebenfolgen eines Vertrags; letzterer liegt mit Bezug auf die Negativzins-Fälle nicht vor, geht es doch bei diesen nicht um eine Nebenfolge, sondern um die eigentliche *Schuld-pflicht* hinsichtlich der Bezahlung von Negativzinsen, mithin um eine (wenn man so will:) *Hauptfolge* eines (Bank-)Vertrags.

¹¹⁸ So auch mit Bezug auf vergleichbare (analoge) Informationsschreiben ausländischer Banken an Kreditnehmer (i.c. Raiffeisenbank am Bodensee) bereits LG Feldkirch, 34 (Fn. 94).

dieser Fall eintreffen, riskiert die Bank, dass der Bankkunde nach Erkennen des Irrtums auf seine (allfällige) stillschweigende «Genehmigung» einer Belastung seiner Guthaben mit Negativzinsen zurückkommen will, d.h. diese anfight.¹¹⁹ Hierfür hat er ein Jahr Zeit, wobei diese Frist erst zu laufen beginnt ab Erkennen des Irrtums.¹²⁰

In der Literatur wird der Rechtsirrtum nur, aber immerhin in *Ausnahmefällen* zugelassen. Auch das Bundesgericht hat sich dem Rechtsirrtum nicht verschlossen, sondern in einem früheren Leitentscheid einen Rechtsirrtum bejaht und gestützt darauf eine Anfechtung wegen Grundlagenirrtums zugelassen.¹²¹ Die Voraussetzungen sind (zu Recht) streng: Ein Rechtsirrtum wird nur geschützt, wenn¹²²

- a. objektiv betrachtet eine komplexe Rechtslage besteht, die besondere Spezialkenntnisse erfordert;

¹¹⁹ Dazu einlässlicher sogleich unten.

¹²⁰ Vgl. Art. 31 Abs. 2 OR.

¹²¹ Vgl. BGE 80 II 152; die Parteien irrten hier über die Gültigkeit/Wirksamkeit eines Kaufvertrags; die Parallelen zu den *Negativzins-Fällen* sind vorhanden, geht es doch gerade auch bei der Auferlegung von Negativzinsen mittels einseitiger Mitteilung um die Frage, ob eine solche gültig/wirksam ist. – In einem anderen Fall (BGE vom 4. April 2004, 4C.37/2004) wurde die Berufung auf Rechtsirrtum abgelehnt. Dort ging es um die Unkenntnis von Art. 8 des Bundesgesetzes über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (LPG; SR 221.213.2). Das Bundesgericht hielt dafür, dass die Kenntnis der in Art. 8 LPG enthaltenen Rechtsregel jeder Person, die einen Landwirtschaftsbetrieb führe, vermutet werden dürfe. Insbesondere sei es zumutbar gewesen, sich über die Rechtslage zu erkundigen. Deshalb habe der Vertragspartner davon ausgehen dürfen, dass die Rechtslage bekannt sei oder jedenfalls bei gebührender Sorgfalt hätte bekannt sein müssen. Dies gelte umso mehr, als auf diese Rechtsregel separat hingewiesen worden sei. Mit Bezug auf die *Negativzins-Fälle* bestehe e contrario aus vorstehend erörterten Gründen das nicht unerhebliche Risiko, dass es sich gerade *anders* verhält als in diesem letzteren Bundesgerichtsentscheid.

¹²² Vgl. zu diesen Voraussetzungen einlässlich BK-SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 223 ff. (sowie auch Commentaire Romand (CR CO) I-SCHMIDLIN, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 23, 24 OR N 82 ff.); ausserdem HUGUENIN (Fn. 48), Rz. 524 «auch Rechtsirrtümer können zur Ungültigkeitserklärung berechtigen»; CHK-KUT, 2. Aufl., Zürich 2012, OR 23-24 N 28 «infrage kommt auch ein Grundlagenirrtum über eine rechtliche Situation»; VON TUHR/PETER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 1979, Fn. 12 zu § 37 II.1 «Rechtsirrtum (...) durchaus zu beachten». – *Ablehnend* mit Bezug auf den *Rechtsfolgenirrtum* indessen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 75), Rz. 783 a.E.

- b. die Rechtsinformation nicht leicht zu beschaffen waren;
- c. im konkreten Fall die mangelnde oder mangelhafte Rechtskenntnis die subjektiv vorausgesetzte Vertragsgrundlage betraf, sowie
- d. es dem Irrenden in subjektiver Hinsicht in zumutbarer Weise nicht möglich war, die einschlägigen Rechtsinformationen zur Hand zu haben.

Sind diese Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt, so gilt der Rechtsirrtum als «wesentlich» i.S.v. Art. 23/24 OR und berechtigt den Irrenden zur Anfechtung nach Art. 31 OR. Neben dieser Irrtumsanfechtung ist eine gestützt auf einen solchen Rechtsirrtum geleistete Zahlung (hier: von Negativzinsen o.ä.) ausserdem kondiktionsgefährdet (vgl. Art. 63 Abs. 1 OR).

Im Sinne einer einstweiligen Subsumtion der Negativzins-Fälle unter die vorstehenden erörterten Voraussetzungen (Nr. [i] – [iv]) bleibt für den Moment festhalten, dass (i) die Rechtslage mit Bezug auf Negativzinsen sowohl im Einlagen- als auch im Hypothekengeschäft überaus *komplex* ist und entsprechende (*Spezial-*)*Rechtskenntnisse* erfordern, die in der Regel sowohl bei Privatkunden als auch bei den meisten institutionellen Anlegern (gerade auch bei solchen ohne Rechtsdienst) nicht vorhanden sein dürften; (ii/iv) die Rechtsinformationen, wonach eine einseitige Auferlegung/Überwälzung von Negativzinsen allenfalls unzulässig sei, (fast) nur in spezifischen Zeitschriften zu finden sind,¹²³ deren *Kenntnis* den Bankkunden *nicht zumutbar* war¹²⁴ und alsdann (iii) Privatkunden und institutionelle Kunden in (zumindest) vielen Fällen nur deshalb einer einseitigen Auferlegung von Negativ-

¹²³ Auch der vorliegende Beitrag «zählt» insoweit nicht, da er in einer Festschrift erscheint, die als solche für Privat- und Firmenkunden nicht zur (Tages-)Lektüre gehören dürfte. *Anders* verhält es sich indessen mit Bezug auf den NZZ-Artikel vom 1. Februar 2016 (Fn. 5), der soweit ersichtlich erstmals die Rechtsfragen rund um die Belastung von Bankeinlagen durch Negativzinsen thematisiert. – Aus Sicht einer betroffenen Bank liesse sich somit allenfalls einwenden, dass der Lauf der Jahresfrist durch jenen Artikel ausgelöst wurde, sofern eine Pensionskasse sich ihr gegenüber «verspätet» auf Rechtsirrtum berufen sollte.

¹²⁴ Diejenigen Fachpublikationen, die einer einseitigen Auferlegung von Negativzinsen im Einlagengeschäft überwiegend kritisch gegenüber stehen, sind bis anhin nur in *deutschen* Zeitschriften erschienen, so in der «Neuen Juristischen Wochenschrift» (NJW) (TRÖGER, Fn. 53), in der «Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft» (ZfPW) (ERNST, Fn. 22) und in den «Wertpapiermitteilungen» (WM) (BINDER/ETTENSBERGER, Fn. 61).

zinsen allenfalls¹²⁵ «stillschweigend» zugestimmt haben, weil sie der *irrigen Meinung* waren, dass ein solches Vorgehen rechtens sei. Wenn sich indessen herausstellen sollte, dass ein privater oder institutioneller Kunde an der Rechtmässigkeit einer einseitigen Auferlegung von Negativzinsen mindestens *zweifelte*, so liesse sich ihm gegenüber der Vorwurf erheben, er hätte sich diesbezüglich juristischen Rat einholen sollen und könne sich nun nicht (mehr) auf einen Rechtsirrtum berufen.

Sofern ein schützenswerter Rechtsirrtum auf Seiten des Bankkunden vorliegt, ist er berechtigt, innert Jahresfrist (ab Kenntnis des Rechtsirrtums) sein allfälliges¹²⁶ «stillschweigendes» Einverständnis zur einseitigen Auferlegung anzufechten und die bezahlten (bzw. zumeist: abgebuchten) Negativzinsen zurückzufordern.

VII. Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen haben (u.a.) gezeigt, dass eine einseitige Einführung von Negativzinsen ohne Konsens des Bankkunden nicht zulässig sein dürfte. Das bedeutet mit besonderem Bezug auf das Einlagegeschäft, dass Banken, die gestützt auf (blosse) einseitige «Mitteilungen» periodisch Negativzinsen (o.ä.) auf Guthaben ihrer Kunden abbuchen, dies im Moment und bis auf Weiteres ohne Rechtsgrundlage tun. Selbst wenn dem anders wäre, so verbleibt das Rechtsproblem des Rechtsirrtums, das wegen der Jahresfrist, die erst ab Erkennen des Rechtsirrtums zu laufen beginnt, weiter vor sich hin «schwelt». Wie die Sache insgesamt ausgeht, könnte daher über Jahre hinweg unklar bleiben, und dies nicht nur im Einlage- sondern auch im Hypothekengeschäft. Deshalb ist es aus Bankensicht so wichtig, die «juristischen Weichen» in der Gegenwart richtig zu stellen.

¹²⁵ Dazu, dass (zumindest) im Einlagengeschäft ein Stillschweigen auf einseitige Negativzins-Mitteilungen nicht als Einwilligung zu interpretieren ist, vgl. oben Ziff. IV.1.2.

¹²⁶ Vgl. hierzu die Fn. zuvor.