

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160078-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Urteil vom 19. Juni 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y1. _____ und / oder Rechtsanwältin

lic. iur. Y2. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 3. Oktober 2016 (CG120127-L)

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 44'975.33 nebst Zins zu 5 % seit dem 29. September 2011 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die Kosten des Schlichtungsverfahrens beim Friedensrichteramt Kreise 1+2 in Höhe von Fr. 480.– zu erstatten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (10. Abteilung) vom 3. Oktober 2016:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 5'150.– die Barauslagen betragen:
Fr. 20.– Zeugen
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss von Fr. 5'750.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 580.– wird dem Kläger nach Eintritt der Rechtskraft wieder ausbezahlt.

Ebenso wird der seitens der Beklagten geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– dieser nach Eintritt der Rechtskraft wieder zurückerstattet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'825.– (zzgl. 5.6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. (Mitteilung)
6. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 78):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 3. Oktober 2016 (CG120127-L/U) vollumfänglich aufzuheben.

2. Es sei die Klage des Berufungsklägers gemäss den vor der Vorinstanz gestellten Anträgen Ziff. 1 bis 3 vollumfänglich gutzuheissen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren sowie das Berufungsverfahren zu Lasten der Berufungsbeklagten (zzgl. MwSt.).

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 85):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist;
2. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Oktober 2016 (Prozess Nr. CG120127-L) vollumfänglich zu bestätigen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag von 5.6%) für die Verfahren beider Instanzen zulasten des Klägers/Berufungsklägers.

Erwägungen:

A .

Prozessgeschichte

1. Der Kläger machte am 12. November 2012 das vorliegende Verfahren mit der Klageschrift und der Klagebewilligung beim Bezirksgericht Zürich rechtshängig. Nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels wurde am 23. Oktober 2014 eine erste Hauptverhandlung durchgeführt, wobei den Parteien ein Vergleichsvorschlag unterbreitet wurde. Zuzufolge Scheiterns der anschliessenden aussergerichtlichen Vergleichsgespräche erliess die Vorinstanz am 9. März 2015 den Beweisbeschluss. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 17. Dezember 2015 erfolgten die Parteibefragung des Klägers sowie vier Zeugeneinvernahmen. Mit Eingaben vom 25. Januar bzw. 15. Februar 2016 nahmen die Parteien abschliessend Stellung. Am 3. Oktober 2016 erliess die Vorinstanz das angefochtene Urteil.
2. Der Kläger erhob am 14. November 2016 rechtzeitig mit schriftlicher Begründung Berufung gegen das Urteil (Urk. 78). Nach fristgemäßem Eingang des Pro-

zesskostenvorschusses von Fr. 5'150.- (Urk. 83) wurde der Beklagten Frist zur schriftlichen Berufungsbeantwortung angesetzt. Die Berufungsantwort erging am 20. Februar 2017 und wurde dem Kläger am 2. März 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 85+86). Damit ist das Berufungsverfahren spruchreif.

B.

Tatsächliche Prozessgrundlagen

1. Sachverhalt

Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) stand als Kunde der Filiale C._____ der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) ab Sommer 2004 längere Zeit mit dieser im Gespräch über die Finanzierung von möglichem künftigem Wohneigentum. Bis Herbst 2010 wurde er dabei seitens der Beklagten von D._____ betreut und beraten. Im Mai/Juni 2010 konkretisierte sich der Kauf einer Wohnung in E._____ per 1. November 2011 und der Kläger besprach mit D._____ die konkrete Finanzierung mittels Hypotheken (Art der Hypothek, Gesamtbetrag, Aufteilung auf 3 Hypotheken und Laufzeit) sowie die mögliche künftige Hypothekarzinsentwicklung im Hinblick auf den günstigsten Zeitpunkt eines definitiven Vertragsabschlusses mit Zinsfixierung. Im Hinblick auf die kalkulatorische Tragbarkeit verlangte die Beklagte zusätzlich die Verpfändung des Pensionskassenguthabens bzw., weil der Kläger dies vermeiden wollte, als Alternative nach mehr Eigenmitteln oder den Miteinbezug des Einkommens der Partnerin des Beklagten. Parallel dazu holte der Kläger auch Vergleichsofferten der Konkurrenz ein. Anlässlich eines Besuchs des Klägers in der Bank am 6. August 2010 wurde erneut am Erfordernis einer Verpfändung des Pensionskassenguthabens festgehalten sowie Gesamtbetrag, Stückelung, Art, Laufzeit und Amortisation der drei zu gewährenden Hypotheken besprochen. Im Oktober 2010 kam es zu einem Betreuerwechsel bei der Bank von D._____ zu F._____, wobei erneut die Entwicklung des Hypothekarzinses thematisiert wurde und der Kläger seine Vorstellung über das Hypothekentotal, die Stückelung und die Art und Laufzeit der Hypotheken wiederholte. Im November/Dezember 2010 sowie im April 2011 kam es zu weiteren Telefonaten betreffend die aktuellen Zinssätze, weil der Kläger of-

fenbar eine Zinserhöhung befürchtete und die Verträge allenfalls noch vorher abschliessen wollte. Am Freitagmorgen des 6. Mai 2011 kam es erneut zu einem Telefonat betreffend gefallene Zinsen und F._____ will dabei den Kläger, neben dem reduzierten Zins, erneut auf die weiteren Konditionen für die Hypothekengewährung hingewiesen haben, u.a. auch auf die Verpfändung des PK-Kapitals. Da der Kläger nochmals eine Bedenkfrist wollte, wurde vereinbart, dass er am Nachmittag wieder anrufen könne, weil dann noch neue, allenfalls zinsrelevante Wirtschaftsdaten bekannt würden, und er sich dann definitiv entscheiden könne, ob er zu diesen (Zins)Konditionen abschliessen wolle. Am Nachmittag rief der Kläger die Beklagte zurück, sprach mit G._____, dem Stellvertreter des abwesenden F._____, und gab seine mündliche Zusage für die 1. Hypothek über Fr. 330'000.- zum besprochenen Zins. G._____ leitete darauf noch am gleichen Nachmittag die Refinanzierung dieser Hypothek ein. Am 13. Mai 2011 kam es zu einem weiteren Telefongespräch zwischen dem Kläger und F._____ über die 2. und 3. Hypothek über je Fr. 100'000.-. Der Kläger soll auch dabei telefonisch dem definitiven Vertragsabschluss zum offerierten Zins zugestimmt haben und F._____ leitete gleichentags die Refinanzierung auch dieser beiden Hypotheken ein. Nach Zustellung der schriftlichen Vertragsunterlagen zu allen drei Hypothekendarverträgen zwecks Unterzeichnung protestierte der Kläger am 15. Juni 2011 telefonisch und machte geltend, er sei mit der Verpfändung des Pensionskassenguthabens nicht einverstanden und könne daher die Verträge nicht unterzeichnen. Die Beklagte versprach, diesen Punkt nochmals zu prüfen unter Hinweis auf eine allfällige Beteiligung der Partnerin des Beklagten an den Hypothekarzinsen. Der Kläger wartete diesen - positiv verlaufenen - Wiedererwägungsentscheid nicht mehr ab und bestritt mit Brief vom 1. Juli 2011 sowie telefonisch bzw. mündlich, je verbindliche Hypothekendarlehensverträge mit der Beklagten eingegangen zu sein. Da die Beklagte als Folge der Vertragsanfechtung die Refinanzierung der drei Darlehen rückgängig machen musste, entstand ihr ein Zinsschaden von Fr. 44'975.33. Für diesen Schaden machte sie sich aus bei ihr deponierten Vermögenswerten des Klägers bezahlt. Mit der vorliegenden Klage fordert der Kläger die Rückerstattung dieser Fr. 44'975.33.

2. Parteistandpunkte

Auch im vorliegenden Prozess macht der Kläger im Wesentlichen geltend, es seien anlässlich der fraglichen Telefonate vom 6. und 13. Mai 2011 keine verbindlichen Hypothekendarlehensverträge abgeschlossen worden. Solche Verträge würden usanzgemäss nur schriftlich abgeschlossen und davon sei er auch ausgegangen. Er sei am Telefon nicht darauf hingewiesen worden, dass er mündlich einen verbindlichen Vertrag eingehe. Es sei anlässlich der Telefonate nur um die Bestellung einer Offerte zwecks Fixierung der besprochenen Zinssätze gegangen und er habe nur einer Vertragsofferte zu den besprochenen Konditionen zugestimmt, die er anschliessend nach Belieben hätte unterschreiben können. Das ihm anschliessend zugestellte schriftliche Vertragswerk habe aus sechs Teilverträgen mit zahlreichen Detailbestimmungen bestanden, die er nicht habe akzeptieren können. Diese und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten seien ihm anlässlich der fraglichen Telefonate nicht bekannt gewesen und auch nicht erläutert worden, was Voraussetzung für einen verbindlichen Vertragsabschluss gewesen wäre. Ebenso wenig sei ihm gesagt worden, dass er seine Pensionskasse verpfänden müsse; dies hätte er nie gemacht. Schliesslich sei er nie über eine mögliche Schadenersatzpflicht aus der Refinanzierung der Darlehen aufgeklärt worden.

Die Beklagte hält im Wesentlichen daran fest, dass anlässlich der beiden Telefonate verbindliche Darlehensverträge zustande gekommen seien. Die Essentialia der Darlehen seien bereits im Voraus besprochen gewesen und hätten festgestanden, so auch die Verpfändung des Pensionskassenguthabens; bei den fraglichen Telefonaten sei es nur noch um die abschliessende Fixierung des täglich wechselnden Zinssatzes als letzten wesentlichen Vertragspunkt gegangen. Ein mündlicher Vertragsabschluss sei unter diesen Umständen möglich und durchaus üblich. Der Kläger sei überdies ausdrücklich am Telefon darauf hingewiesen worden, dass er nun einen verbindlichen Vertrag eingehe. Die weiteren schriftlichen Vertragsbestimmungen, mit denen der Kläger anschliessend nicht einverstanden gewesen sei, beträfen lediglich die Erfüllung des Vertrages, nicht die Essentialia. Im Streitfall hätte sich deren Unverbindlichkeit einzig zum Nachteil der Beklagten ausgewirkt. Tatsächlich habe der Kläger aus den Hypothekarverträgen aussteigen

wollen, weil im Anschluss daran die Zinsen gesunken seien und er später die Verträge zu besseren Konditionen habe abschliessen können.

An diesen Standpunkten halten die Parteien im Grundsatz auch im Berufungsverfahren fest.

3. Der Entscheid der Vorinstanz

Die Vorinstanz erachtete den mündlichen Abschluss von Hypothekarverträgen stillschweigend als zulässig und auferlegte der Beklagten den Beweis dafür, dass solche tatsächlich zustande gekommen seien, dass der Kläger telefonisch mit allen Elementen eines solchen Vertrages, insbesondere mit der Verpfändung seines Pensionskassenguthabens, einverstanden gewesen sei, und von der Beklagten ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass ein Rücktritt vom telefonisch Vereinbarten Kostenfolgen nach sich ziehen würde.

Hinsichtlich der vier Bankmitarbeiter, welche als Zeugen angerufen worden waren, wies die Vorinstanz auf deren leicht eingeschränkte Glaubwürdigkeit hin, da sie von der Beklagten abhängig und vor der Zeugenbefragung von einem Rechtsvertreter der Beklagten kontaktiert worden seien. Dasselbe gelte aber auch für die Parteibefragung des Klägers wegen seiner Selbstbefangenheit. Weiter erachtete die Vorinstanz die CAWB-Aufzeichnungen der Beklagten über die mit dem Kläger geführten Besprechungen und Telefonate als beweisbildend. Bei den CAWB-Aufzeichnungen (Client Advisor Workbench) handelt es sich um nachträgliche Zusammenfassungen des jeweiligen Bankmitarbeiters über Daten und Gegenstand der stattgefundenen Klientenkontakte. Gemäss Vorinstanz würden die CAWB-Aufzeichnungen mehr oder weniger zeitnah erstellt. Nachträgliche Manipulationen dieser Aufzeichnungen seien vorliegend nicht substantiiert behauptet worden. Die CAWB-Protokolle könnten die Glaubhaftigkeit der Zeugenaussagen der Bankmitarbeiter bekräftigen bzw. schwächen. Für die Beweiswürdigung seien daher beide Beweismittel miteinander abzugleichen.

In Würdigung der Partei- und Zeugenaussagen sowie der CAWB-Aufzeichnungen kam die Vorinstanz zum Schluss, am Freitagmorgen, den 6. Mai 2011, habe F._____ mit dem Kläger telefonisch nochmals die wesentlichen Konditionen für die 1. Hypothek besprochen, insbesondere auch die Verpfändung der Pensions-

kasse wegen der Tragbarkeit, und den aktuell zur Anwendung gelangenden Zins. Für den Fall eines definitiven Abschlusses zu diesen Konditionen sei der Kläger darauf hingewiesen worden, dass er diesen am Nachmittag mit dem Stellvertreter G._____ machen könne. Dies sei dann auch erfolgt, was sich aus dem Antrag von G._____ für die Refinanzierung des Kredites vom Nachmittag des 6. Mai 2011 sowie aus einem CAWB-vermerkten Telefonat von F._____ vom 9. Mai 2011 ergebe, mit welchem dieser dem Kläger den Abschluss vom 6. Mai 2011 bestätigt habe. Auch der Abschluss der 2. und 3. Hypothek sei gemäss Zeugen- aussage F._____ und der CAWB-Aufzeichnung auf dieselbe Weise erfolgt. Es sei von verbindlichen Verträgen auszugehen. Für eine bloss Offerte wären die Zin- sen nicht fixiert und eine Refinanzierung nicht eingeleitet worden. Ohne einen verbindlichen Vertragsabschluss am 6. Mai 2011 für die 1. Hypothek hätte der Kläger anschliessend kaum über eine 2. und 3. Hypothek verhandelt. Falls bezüg- lich der weiteren Vertragspunkte wie Pensionskassenverpfändung oder der De- tails der Verträge kein Konsens zustande gekommen sei, wären diese einfach nicht Vertragsbestandteil geworden, was für die Gültigkeit des mündlich ge- schlossenen Darlehensvertrages jedoch irrelevant sei. Den geltend gemachten Refinanzierungsschaden von Fr. 44'975.33 erachtete die Vorinstanz als ausgewiesen und unbestritten.

C.

Prozessuale Fragen

1. Mit der Berufung können eine unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellungen gerügt werden (Art. 310 ZPO). Dabei gilt eine - ge- mässigte - Rügepflicht. Der Berufungskläger hat in seiner Berufungsbegründung darzulegen, welche tatsächlichen Feststellungen oder rechtlichen Erwägungen bzw. Entscheidungsgründe der Vorinstanz er anfecht und weshalb. Der Berufungsklä- ger hat sich dabei mit der Begründung des vorinstanzlichen Urteils auseinander- zusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Entscheid falsch ist. Die Rügepflicht ist nicht erfüllt, wenn der Berufungskläger auf die Rechtsschriften, die vor Vorinstanz eingereicht wurden, pauschal verweist oder diese einfach wie-

derholt oder wenn er die Sach- oder Rechtslage aus seiner Sicht erneut darstellt bzw. bekräftigt, ohne auf das einzugehen, wozu die Vorinstanz im angefochtenen Urteil bereits Stellung genommen oder zu Unrecht keine Stellung genommen hat. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügender Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken (BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, Erw. 5.3; BGer 4A_463/2012 vom 19. Dezember 2012, Erw. 2.1; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36).

2. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Auch Tatsachen, die sich aus den erstinstanzlichen Akten bzw. aus dem erstinstanzlichen Prozessstoff ergeben, zu welchen die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren jedoch keine Ausführungen gemacht haben, sind neu und unterliegen dem Anwendungsbereich von Art. 317 Abs. 1 ZPO (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 32).

Der Kläger erhebt im vorliegenden Berufungsverfahren erstmals die Einrede, die Beklagte praktiziere mit mündlichen bzw. telefonischen Hypothekarverträgen mit anschliessender Zustellung eines detaillierten, nie im Einzelnen besprochenen schriftlichen Vertragswerkes ein unsittliches und daher rechtswidriges Geschäftsmodell. Dies sei insbesondere gegenüber geschäftsunerfahrenen Vertragspartnern mit bescheidener Schulbildung der Fall. Die vorliegend handelnden Banker G._____ und F._____ hätten Aufklärungspflichten gehabt und verletzt (Urk. 78 S. 87ff, 96). Dieser Einwand wurde vor Vorinstanz nie geltend gemacht und fällt daher vorab unter das Novenverbot von Art. 317 Abs. 1 ZPO.

Ein unsittliches Geschäft gemäss Art. 20 OR würde aber ohnehin nur dann vorliegen, wenn die vertragliche Leistung gegen die guten Sitten verstossen würde oder rechtswidrig wäre. Bei einem Hypothekendarlehen trifft dies offensichtlich nicht zu. Dem Rechtsvertreter des Klägers scheinen wohl eher die Tatbestände der Täuschung und Drohung gemäss Art. 28ff OR vorzuschweben, welche den

Vorgang des Vertragsabschlusses als solchen betreffen. Diese Tatbestände führen indessen nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit eines Vertrages. Eine solche ist gemäss Art. 31 Abs. 1 OR heute verwirkt. Es ist nachfolgend daher nicht weiter auf diese Einwände einzugehen.

D.

Berufungsrüge der falschen
Sachverhaltsfeststellung

1. Rechtliche Grundlagen

1.1. Bei einem Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geld und der Borger zur Rückerstattung der erhaltenen Summe. Wird zusätzlich ein Zins vereinbart, erweitert die Zinszahlungspflicht die vertragliche Leistungspflicht auf Seite des Borgers. Die Regelung dieser synallagmatischen Leistungen sind die Essentialia einer Darlehensabrede, über welche ein Konsens bestehen muss. Werden weiter Sicherheitsleistungen für die Darlehenshingabe vereinbart, so liegt diesbezüglich eine separate Vertragsabrede vor, die zum Darlehensvertrag hinzutritt und zu einem zusammengesetzten Vertragswerk führt. Dies ändert aber nichts daran, dass bereits mit einer Einigung über die Essentialia des Darlehensvertrages ein solcher rechtsgültig abgeschlossen ist. Fehlt eine Einigung über zusätzliche Abreden z.B. betreffend zu leistende Sicherheiten zusätzlich zur Grundpfandbestellung oder besteht diesbezüglich ein versteckter Dissens, so liegt trotzdem ein gültiger Darlehenshauptvertrag vor. Es entfällt lediglich die zusätzliche Sicherungsabrede, sofern die zusätzliche Sicherheit von der dadurch begünstigten Darlehensgeberin nicht ausdrücklich als Bedingung für den Darlehensgrundvertrag verstanden wird. Die nicht geregelt oder ausdrücklich vorbehaltenen Nebenpunkte, wie z.B. die Verbindlichkeit von AGBs, hindern die Gültigkeit der Vertrages im Hauptpunkt nicht, sondern höchstens deren Anwendbarkeit im Streitfall; allenfalls sind sie durch den Richter in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 OR zu regeln (BSK OR I-C. Zellweger-Gutknecht/E.

Bucher, Art. 1 NN 23ff, 27, 28af, 52 sowie Art. 2 NN 1, 3, 5; ebenda H. Schärer/B. Maurenbrecher, Art. 312 NN 1a, 30b).

Darlehensverträge sind grundsätzlich formfrei gültig, auch wenn sie zur Finanzierung eines formbedürftigen Rechtsgeschäftes dienen (BSK OR I-Schärer/Maurenbrecher, Art. 312 N 4). Dabei ist allenfalls zu differenzieren zwischen dem Aushandeln des Vertragsinhaltes und dem Äussern des definitiven Verpflichtungswillens. Ersteres bedeutet noch nicht den Vertragsschluss. Entscheidend ist, dass die Parteien den für das Gegenüber erkennbaren Willen haben, die ausgehandelte Lösung zur rechtlich verbindlichen Regelung zu erheben (BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher, Art. 1 N 29).

Weigert sich eine Vertragspartei, einen gültig zustande gekommenen Vertrag anzuerkennen bzw. zu erfüllen, so wird sie schadenersatzpflichtig (Art. 97ff OR). Die Schadenersatzpflicht ist eine automatisch eintretende gesetzliche Folge des Vertragsbruchs und damit unabhängig von einer diesbezüglichen vertraglichen Abrede. Diese gesetzliche Schadenersatzpflicht muss beim Vertragsabschluss daher weder thematisiert oder gar vereinbart werden noch bestehen entsprechende Aufklärungspflichten.

1.2. Dem vorliegend umstrittenen mündlichen Vertragsabschluss vom 6. bzw. 13. Mai 2011 über drei hypothekarisch abzusichernde Darlehen gingen unbestrittenmassen während Monaten Gespräche zwischen den Parteien voraus. Dabei entwickelte sich ein Grundkonsens über die Gesamthöhe der Hypotheken, deren Splittung in drei Hypotheken, Art, ungefähre Laufzeit sowie Betrag dieser Hypotheken, die Amortisation und mindestens die Grundpfandsicherung der Darlehen. Offen und Gegenstand von mehreren Gesprächen und Telefonaten war bis zuletzt die laufzeitbezogene Zinshöhe, da sich diese laufend veränderte und der Kläger einen günstigen Zeitpunkt abwarten wollte. Bei dieser Sachlage ist es aber ohne weiteres möglich und zulässig, bei der abschliessenden Einigung über den Zinsfuss als letztes, noch offenes Essentiale den definitiven Vertragsabschluss mündlich bzw. telefonisch zu besiegeln. Entscheidend ist, dass für beide Parteien dabei der definitive Verpflichtungswille der Gegenpartei klar erkennbar war. Solches behauptet die Beklagte vorliegend, weil sie den Kläger am Telefon aus-

drücklich darauf hingewiesen habe, dass er nunmehr definitiv den Vertrag eingehe. Dazu hat ihr die Vorinstanz zurecht die Beweispflicht auferlegt.

Kann die Beklagte den Beweis eines ausdrücklich deklarierten mündlichen Vertragsabschlusses erbringen, so ist nicht mehr weiter auf die Argumentation des Klägers einzugehen, gemäss Verkehrssitte seien Hypothekendarlehensverträge für ihre Gültigkeit schriftlich abzufassen bzw. er, der Kläger, sei von der Verbindlichkeit erst des schriftlichen Vertrages ausgegangen. Ist eine Einigung über die Essentialia eines Darlehensvertrages erfolgt, so fällt dieser nicht dahin durch die nachträgliche Bekanntgabe von Nebenabreden und Vollzugsdetails im Rahmen des ganzen Vertragskomplexes, welche die Beklagte dem Kläger nachträglich in schriftlicher Form noch zugestellt hat. Waren diese dem Kläger im voraus nicht bekannt und hat er sich damit (mündlich bzw. konkludent) nicht einverstanden erklären können, so wäre deren Verbindlichkeit fraglich und im jeweiligen Streitfall abzuklären; sie verhindern aber einen rechtsverbindlichen Konsens über die Essentialia des selbständigen Grundvertrages nicht, wenn die Darlehensgeberin den Vertrag auch ohne diese Nebenabreden gegen sich gelten lässt. Die vom Kläger zitierte "In dubio-Regel" (Urk. 78 S. 95) ist eine im Streitfall über die Bedeutung des Vereinbarten allenfalls zur Anwendung gelangende Auslegungsregel, für die Feststellung eines Konsens über die Essentialia aber nicht von Bedeutung.

Es ist damit nicht weiter auf die Argumentation des Klägers einzugehen, das sechs Detailverträge und AGBs umfassende schriftliche Gesamtvertragswerk sei ihm zuvor nie vorgelegt und auch am Telefon nicht erläutert worden bzw. mangels vorgängiger Vorlegung der Detailverträge habe dem Kläger nur eine Offerte unterbreitet werden können (Urk. 78 S. 73ff). Dasselbe gilt bezüglich der Verpfändung der Pensionskassenansprüche und der Modalitäten dieser Verpfändung. Wollte die Beklagte auf dieser einseitig zu ihren Gunsten beanspruchten Sicherheit oder einer späteren Verwertung beharren, so obläge ihr erst dann der Beweis für eine entsprechende (mündliche) Sicherungsvereinbarung. Die Essentialia des Hypothekendarlehens blieben davon unberührt.

Bereits ausgeführt wurde, dass die Schadenersatzpflicht zufolge nutzloser Refinanzierung bei Nichterfüllung eines Vertrages eine gesetzliche Folge ist und keiner vorgängigen Abmachung der Parteien bedarf. Ergibt das Ergebnis des Be-

weisverfahrens indessen eine solche Abmachung oder eine Thematisierung dieser Frage, wäre dies als zusätzliches Indiz für einen verbindlichen Darlehensvertrag zu berücksichtigen.

Nachfolgend ist daher im Lichte der Berufungsrügen grundsätzlich nur zu prüfen, ob die Beklagte den Beweis für eine verbindliche mündliche Vereinbarung hinsichtlich der Essentialia der Darlehensverträge erbracht hat. Die Formulierung der Beweissätze durch die Vorinstanz vermag - entgegen dem Kläger, Urk. 78 S. 5 - die massgebliche Rechtslage nicht zu derogieren.

2. Mündlicher Vertragsabschluss bei Kollektivunterschrift

Hat eine am Vertragsabschluss beteiligte Person nur Kollektivzeichnungsberechtigung, so hindert dies den Abschluss eines verbindlichen mündlichen Vertrages in Anwesenheit nur einer unterzeichnungsbefugten Person nicht. Kollektivunterschrift bedeutet nicht, dass die beiden unterzeichnungsbefugten Personen auch simultan handeln müssen. Vielmehr kann die zweite unterzeichnungspflichtige bzw. handlungsbefugte Person dem Vertrag auch nachträglich zustimmen bzw. diesen genehmigen. Die Zustimmung erfolgt diesfalls mit Rückwirkung auf den Vertragsabschluss. Ist das abzuschliessende Geschäft in den wesentlichen Zügen bereits im Voraus bekannt, ist auch eine vorgängige Einwilligung möglich bzw. der Kollektivprokuriert darf eine solche voraussetzen (BSK OR I-R. Watter, Art. 33 N 25, Art. 460 NN 7 und 10).

Vorliegend ergibt sich aus den dem Kläger nachträglich zugestellten Vertragsunterlagen, dass namens der Beklagten neben dem kollektivunterzeichnungsbefugten F._____ auch H._____ unterschrieben hat, somit offenbar dessen Zweitunterschrift für die Rechtsverbindlichkeit der Verträge nötig war (Urk. 4/3). Damit ist zumindest die nachträgliche Genehmigung des vorgängigen Handelns eines nur kollektivzeichnungsberechtigten Bankmitarbeiters erstellt. Kommt dazu, dass es sich beim Zweitunterzeichner H._____ um die für die Refinanzierung der Hypothekendarlehen zuständige Person handelt, mit welcher G._____ am 6. Mai 2011 noch während des Telefonates mit dem Kläger Rücksprache genommen hatte und welcher für die Hypothekendarlehensgewährung an den Kläger bereits früher

grünes Licht gegeben hatte (Prot. I S. 58, Urk. 16/21). Damit liegt am 6. Mai 2011 sogar ein simultanes Handeln der beiden Kollektivzeichnungsberechtigten vor. Weiter haben G._____ am 6. Mai 2011 und F._____ am 13. Mai 2011 sofort nach dem mündlichen Abschluss der Darlehensverträge die Refinanzierung bei H._____ eingeleitet und bewirkt (Urk. 16/26+29), woraus sich in jedem Fall das zeitnahe nachträgliche Einverständnis und die Genehmigung durch H._____ ergibt.

Der Einwand der Unverbindlichkeit bzw. Nichterkennbarkeit der Verbindlichkeit der mündlich abgeschlossenen Hypothekendarlehensverträge wegen der bloss kollektiven Zeichnungsbefugnis der Bankmitarbeiter F._____ und G._____ (Urk. 78 S. 69, 92ff) geht daher fehl.

3. Ergebnis des Beweisverfahrens

Der Kläger rügt im Berufungsverfahren eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes aufgrund der Beweismwürdigung durch die Vorinstanz.

3.1. Beweiswert der Beweismittel

Die Vorinstanz hat zur Frage des mündlichen Vertragsabschlusses vier Bankmitarbeiter als Zeugen befragt, teilweise auch auf Antrag des Klägers selber (Zeugen D._____ und F._____). Dass diese zufolge Abhängigkeit von ihrer Arbeitgeberin oder allenfalls aus Selbstschutz geneigt waren, tendenziell zugunsten der Beklagten auszusagen, kann nicht völlig von der Hand gewiesen werden. Zu beachten ist auch, dass sie vor der Zeugenbefragung von einem Rechtsvertreter der Beklagten kontaktiert worden sind. Auch wenn dieser sie dabei lediglich über den Ablauf der Zeugenbefragung informiert haben sollte, so ist trotzdem anzunehmen, dass mit einem solchen Telefonat mindestens eine gewisse Erwartungshaltung vermittelt und ein gewisser psychologischer Druck im Hinblick auf die bevorstehende Aussage erzielt werden kann. Dies ist bei der Würdigung der Zeugenaussagen mit in Betracht zu ziehen, macht aber die Zeugenaussagen - entgegen dem Kläger, Urk. 78 S. 49f - weder unverwertbar noch können sie deswegen in ihr Gegenteil verkehrt werden. Übereinstimmende Zeugenaussagen zum Kernbereich des Geschehens oder die Verwendung derselben massgeblichen und geläu-

figen Fachausdrücke sind sodann kein zwingendes Indiz für Absprachen (Urk. 78 S. 50ff); sie können im Gegenteil die Richtigkeit der Zeugenaussagen gegenseitig bekräftigen. Anzumerken ist weiter, dass die Zeugin D._____ zur Zeit der Befragung nicht mehr in der betroffenen Filiale C._____ der B._____ arbeitete, somit keine kollegialen Rücksichten mehr nehmen musste. Da sie selber nicht mehr am letzten Vertragsabschluss beteiligt war, entfällt bei ihr auch jede Selbstschutzkomponente. Der Zeuge F._____ war zur Zeit der Befragung pensioniert, war somit von der Beklagten nicht mehr abhängig und hatte auch eine gewisse persönliche Distanz zum Kollegenkreis in C._____ und zum beruflichen Alltag. Die allgemeine prozessuale Glaubwürdigkeit dieser beiden Zeugen ist daher höher als jene der beiden anderen Zeugen einzustufen.

Die Parteibefragung des Klägers ist besonders kritisch zu würdigen. Seine hohe Selbstbefangenheit liegt angesichts seiner direkten prozessualen und finanziellen Interessen auf der Hand.

Massgeblich und entscheidend für die Würdigung und den Beweiswert aller Personalbeweise ist jedoch nicht die sich aus der persönlichen Beziehung der Zeugen zu den Prozessparteien und zum Prozessgegenstand ergebende allgemeine Glaubwürdigkeit, sondern die inhaltliche Glaubhaftigkeit der Aussagen. Diese ergibt sich z.B. aus der Nähe bzw. Entfernung des Zeugen zum Beweisthema, der inneren Geschlossenheit und Folgerichtigkeit der Darstellung des Geschehensablaufs, der konkreten und anschaulichen Wiedergabe und Schilderung in einer für den Zeugen charakteristischen Weise, allfälligen Unstimmigkeiten oder Widersprüchen, der Zurücknahme oder Abschwächung von ursprünglich Gesagtem, Übersteigerungen oder unklaren, verschwommenen oder ausweichenden Antworten sowie gleichförmigen, eingeübt und stereotyp wirkenden Aussagen etc. Weiter ist die Aussage auch auf deren Logik im Zusammenhang mit unbestritten gebliebenen Tatsachen und anderen Beweismitteln zu prüfen.

Die CAWBs sind einseitig erstellte Protokollnotizen der Bankmitarbeiter über gehabte Kundenkontakte. Insofern sind sie von der Sache her lediglich einseitige schriftliche Parteibehauptungen. Einen erhöhten Beweiswert erlangen sie allerdings dadurch, dass sie in der Regel zeitlich kurz nach dem Kundenkontakt er-

stellt werden und unabhängig von später auftauchenden Unstimmigkeiten über den Inhalt des Kontaktes. Sie sind auch noch lange Zeit danach als authentische, nicht von der nachlassenden Erinnerung oder neuen Ereignissen verfälschte Aufzeichnungen greifbar. Werden an solchen Notizen nachträglich Änderungen vorgenommen, werden diese Änderungen vom elektronischen System nach Darstellung der Beklagten automatisch und zwingend als solche gekennzeichnet (Urk. 15 S. 3). Diese Systembeschreibung und deren Abänderungssicherheit wurde vom Kläger vor Vorinstanz lediglich in unsubstantiiertes Weise "im Zorn" und jenseits der Grenze der prozessualen Gebührllichkeit unter Erhebung des Pauschalvorwurfs krimineller Machenschaften der Beklagten bestritten (Urk. 31 S. 5ff). Diese Form der Bestreitung der Zuverlässigkeit des Aufzeichnungssystems bzw. der Verweis auf diese Form der Bestreitung im Berufungsverfahren und der allgemeine Hinweis auf theoretisch denkbare fototechnische bzw. elektronische Urkundenfälschungen (Urk. 78 S. 58f) genügen nicht, um den Aufzeichnungen jede Beweiseignung abzusprechen, was bereits die Vorinstanz zurecht festgestellt hat (Urk. 79 S. 13). Die CAWB-Aufzeichnungen sind vielmehr als schriftliche Behauptungen zusammen mit den späteren Zeugenaussagen des jeweiligen Autors zu würdigen und in diesem Sinne beweistauglich.

3.2. Würdigung der einzelnen Beweismittel zum Abschluss der 1. Hypothek

Im Vordergrund stehen hier, neben der Parteibefragung des Klägers, die Zeugenaussagen von F._____ und G._____ zum Abschluss der ersten Hypothek, waren es doch diese beiden Bankmitarbeiter, welche am 6. bzw. 9. Mai 2011 persönlich die massgeblichen Telefonate mit dem Kläger führten und einen ersten mündlichen Hypothekendarlehensvertrag abgeschlossen haben wollen.

3.2.1. Der Zeuge F._____ übernahm gemäss seinen Aussagen das Dossier des Klägers von seiner Vorgängerin D._____, als die Grundlagen der künftigen Darlehensgewährung einschliesslich PK-Verpfändung bereits definitiv feststanden haben, mit Ausnahme der Laufzeit und der Zinshöhe. In seiner Zeit sei es nur noch um die Fixierung des Zinsfusses und den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegangen, er habe aber die weiteren Konditionen und Auflagen mit dem Klä-

ger auch nochmals besprochen und ihn für den Fall der Zustimmung in allgemeiner Form auf die Kostenfolge eines Ausstiegs aus dem abgeschlossenen Vertrag hingewiesen. Der Kläger habe sich am Morgen des 6. Mai 2011 trotz gesunkener Zinsen noch nicht entscheiden können und zuerst noch am Nachmittag bekannt werdende, allenfalls zinsrelevante neue Wirtschaftsdaten abwarten wollen. Er habe ihn wegen seiner Abwesenheit am Nachmittag für den Fall eines Vertragsabschlusses an seinen Kollegen G._____ verwiesen, mit dem der Kläger dann auch abgeschlossen habe. Er, der Zeuge, habe am 9. Mai 2011 selber nochmals mit dem Kläger telefoniert und den Vertragsabschluss bestätigt, ohne dass dieser dagegen protestiert habe. Es sei klar gewesen, dass der Kläger damals habe abschliessen wollen. Da die Beklagte die Hypotheken am Euromarkt refinanzieren, müssten die Zinsen zum gleichen Zeitpunkt fixiert sein. Dies schliesse eine Offerte mit einer gewissen Geltungsdauer zu einem im voraus definitiv vereinbarten Zinssatz aus. Im Kontakt mit dem Kläger sei daher nie das Wort "Offerte" gefallen (Prot. I S. 40ff).

Diese Zeugenaussage ergibt ein klares und kohärentes Bild über einen logischen Ablauf des Vertragsabschlusses über die erste Hypothek: Einigung weit im Voraus über die Eckwerte (Betrag, Sicherheiten) vorbehaltlich Zins; taktisches Lavieren des Klägers über Monate hinweg mit Bezug auf den volatilen Zins; am 6. Mai 2011 befürchtete Zinserhöhung und daraufhin Vertragsabschluss mit Fixierung des tagesaktuellen Zinses; gleiches Bedürfnis der Beklagten nach einer taggenauen Zinsfixierung wegen der volatilen Zinslage aufgrund ihrer Refinanzierungspraxis. Die Möglichkeit eines mündlichen bzw. telefonischen Vertragsabschlusses war zudem bereits vor dem 8. April 2011 zwischen dem Zeugen und dem Kläger thematisiert und trotz gegenteiliger Präferenz des Zeugen vom Kläger bevorzugt worden (Urk. 16/22).

Die Zeugenaussage wird untermauert durch die CAWB-Aufzeichnungen. Die ersten Aufzeichnungen stammen noch von der früheren Betreuerin D._____. Diese hatte den Kläger u.a. am 6. August 2010 über den intern bewilligten Kreditentscheid über den Gesamtbetrag der Hypotheken, die Amortisation und die zu leistenden Sicherheiten einschliesslich der PK-Verpfändung informiert und der Kläger äusserte seine Vorstellungen über die Stückelung des Gesamtbetrages

(Urk. 16/15). Offen waren damit nur noch die Zinsen und die Laufzeit, über die noch eine Einigung getroffen werden musste, als der Zeuge F._____ das Dossier übernahm. Noch am Morgen des 6. Mai 2011 wiederholte der Zeuge F._____ am Telefon diese grundsätzlichen Eckwerte des in Aussicht genommenen Vertrages (Auflagen, Amortisation, Zusatzsicherheit PK). Den entsprechenden CAWB-Eintrag hat der Zeuge zufolge seiner nachmittäglichen Abwesenheit zwar erst am nächstfolgenden Arbeitstag, dem 9. Mai 2011 gemacht (Urk. 16/25). Es kann aber davon ausgegangen werden, dass ihm damals der Inhalt des Gespräches noch gegenwärtig war; Differenzen mit dem Kläger über die Abläufe am 6. Mai 2011, denen der Zeuge allenfalls mit einem geschönten oder unwahren Eintrag hätte begegnen wollen, waren noch nicht in Sicht. Dasselbe gilt für den CAWB-Eintrag über das Telefonat am 9. Mai 2011, der taggenau erfolgte und wo der Zeuge persönlich dem Kläger nochmals die Zinskonditionen des Abschlusses vom 6. Mai 2011 bestätigte. Auch dieser Eintrag erfolgte zeitgerecht und noch vor den später aufgetauchten Unstimmigkeiten, spricht somit für dessen Richtigkeit und einen definitiven Vertragsabschluss. Dass ein bereits vor dem 8. April 2011 stattgefundenes Telefonat des Zeugen mit dem Kläger, wo dieser erklärte, sich an telefonisch Vereinbartes zu halten, als eine Art "Ehrenhaftigkeitsbeteuerung" dem Zeugen besonders aufgefallen ist und er diese Erklärung wörtlich protokolliert hat, ist - entgegen dem Kläger (Urk. 78 S. 61) - ein besonderes Realkennzeichen für die Wahrhaftigkeit dieser Aufzeichnung und nicht etwa eine auffällige Irregularität. Ein bloss telefonischer Vertragsabschluss war damals ja noch gar nicht aktuell; die vorzeitige Thematisierung einer solchen Möglichkeit belegt aber das von den Parteien als wünschbar - und auch ausreichend - erachtete schnelle Handeln allenfalls per Telefon bei günstiger Zinsentwicklung, so wie das später am 6. Mai 2011 tatsächlich erfolgte. Für eine Fälschung oder Rückdatierung dieses Eintrages im Mai oder Juni 2011 fehlen jedwelche Anhaltspunkte. Dass der CAWB-Eintrag vom 8. April 2011 als Sammelnotiz gesamthaft für mehrere Telefonate erfolgte, tut ihm keinen Abbruch. Routinemässige Telefonate ausschliesslich zur Information über die mutmassliche Zinsentwicklung ohne weitere Folgen bedurften von der Sache her keiner individuellen Verurkundung.

Entgegen der Berufungsrüge des Klägers wird der Beweiswert der Zeugenaussage F. _____ für den umstrittenen Vertragsabschluss am 6. Mai 2011 nicht dadurch geschmälert, dass am 6. Mai 2011 das sechsteilige Vertragswerk samt AGB nicht im Detail besprochen wurde und die Aussagen F. _____s über diese Details daher vage blieben (Urk. 78 S. 12ff, 24f). Der Zeuge war nämlich der Meinung, dass dies nicht üblich bzw. geschäftsnotwendig sei (Prot. I S. 54). Diese weiterführenden Vertragsbedingungen sind für eine Einigung über die Essentialia tatsächlich auch nicht vorausgesetzt (vgl. vorstehend Erw. 1.2.); mit einer Vereinbarung über Laufzeit und Zins konnten die letzten Essentialia festgelegt werden. Dass der Zeuge weiter sagte, die Verpfändung des PK-Guthabens sei "kein grosses Thema" gewesen, statt positiv zu bestätigen, dass er persönlich mit dem Kläger darüber gesprochen habe (Urk. 78 S. 20), trifft insofern nicht zu, als der Zeuge selber laut CAWB-Eintrag noch am Morgen des 6. Mai 2011 am Telefon eine solche Verpfändung ausdrücklich nochmals erwähnte (Urk. 16/25). Im Übrigen täte aber auch eine bloss marginale Erwähnung des Themas der Beweiskraft der Zeugenaussage für das Beweisthema "erfolgter Vertragsabschluss" keinen Abbruch. Die Notwendigkeit einer Verpfändung von Fr. 100'000.- PK-Ansprüche war vorgängig mehrfach Thema der Gespräche der Sachbearbeiter der Beklagten mit dem Kläger gewesen, so am 26. Mai 2010 und 6. August 2010, und der Kläger konnte keine Alternativen beibringen (Urk. 16/12+15). Insofern sagte der Zeuge korrekt, der Kläger habe darüber Bescheid gewusst. Eines ausdrücklichen Hinweises auf die Refinanzierung und allfällige diesbezügliche Kosten bei einem Vertragsaustritt bedurfte es - entgegen dem Kläger (Urk. 78 S. 21ff) - ebenfalls nicht (vgl. vorstehend Erw. 1.2.). Der Zeuge hätte hier auch gar keine näheren Schadensangaben liefern können, da der Schaden von der künftigen Zinsentwicklung abhing. Insofern sind die vom Kläger vermeintlich erkannten diesbezüglichen Ausgabelücken und Unsicherheiten bzw. fehlende Präzisierung der Kostenfolgen in der Zeugenaussage F. _____ nicht von Bedeutung. Der Zeuge war sich der Massgeblichkeit bzw. eines Absprachebedarfs in dieser Frage offensichtlich - und zu Recht - überhaupt nicht bewusst, legte beim Vertragsabschluss keinen Wert darauf und konnte diesbezüglich daher auch nichts Konkretes aussagen.

Die Zeugenaussage F._____, in Verbindung mit den vom Zeugen gemachten CAWB-Einträgen, kann daher als inhaltlich glaubhaftes Beweismittel für eine definitive Einigung am 6. Mai 2011 über Laufzeit und Zins als letzte noch ausstehende Essentialia eines Hypothekarvertrages und damit einen definitiven mündlichen Vertragsabschluss über die 1. Hypothek gelten.

3.2.2. Der Zeuge G._____ war mit der Sache einzig am Nachmittag des 6. Mai 2011 als beauftragter und instruierter Stellvertreter von F._____ befasst. F._____ habe ihm erklärt, der Kläger rufe am Nachmittag nach Bekanntwerden neuer Zahlen und der zu erwartenden Zinsentwicklung nochmals an. F._____ habe ihm genau gesagt, wo der Zins bei der gewünschten Tranche und Laufzeit aktuell liege und dass es beim Anruf am Nachmittag dann nur noch um eine Ab- oder Zusage gehe. Die Zinsen würden bei der Beklagten täglich fixiert und der Kunde habe dann einen Tag lang die Möglichkeit, einen bestimmten Zins zu fixieren. Als der Kläger angerufen und er ihn über die Zahlen und die zu erwartenden Zinsveränderungen informiert habe, habe der Kläger noch eine Hinausschiebung des Anfangstermines um 1 - 2 Wochen gewünscht, wofür er, der Zeuge, zuerst noch das Einverständnis des Immobilienpartners der Beklagten habe einholen müssen. Dann sei es um die Fixierung des am Morgen Besprochenen (Betrag und Laufzeit) mit dem entsprechenden Zins gegangen. Er habe dem Kläger klar gesagt, dass jetzt ein Vertragsabschluss geschehe, und er habe den Abschluss wie bei einem Börsengeschäft bestätigt und die Refinanzierung des Geschäftes veranlasst. Dass der Kläger damals lediglich eine Offerte gewollt habe, könne er in keiner Weise nachvollziehen; bei einer Offerte würde man nie eine Refinanzierung vornehmen. Der Kläger habe zuvor ja bereits ausreichend Gelegenheit gehabt, andere Angebote zu vergleichen. Damit ein Geschäft abschlussbereit sei, müssten zuvor die Details dem Kunden kommuniziert worden und bekannt sein; d.h. man zeige ihm, wie die Finanzierung geschehe, es würden Varianten mit verschiedenen Tranchen aufgezeigt und die Risiken; auch würden zuvor die finanziellen Möglichkeiten des Kunden geprüft, die Tragbarkeit und die Notwendigkeit von Zusatzsicherheiten. Am Schluss würden die Zinsen besprochen und dann sei

das Geschäft abschlussfertig. Der Zinssatz könne täglich angefragt werden und der Abschluss könne dann jederzeit erfolgen; dafür sei das Telefon sehr hilfreich und es würden bei der Beklagten relativ oft Ersthypothekenverträge am Telefon abgeschlossen. Innert Wochenfrist folgten dann in der Regel die schriftlichen Verträge zur Bestätigung. In der Regel erhalte der Kunde erst damit auch das "Kleingedruckte" der verschiedenen Verträge, das sei Usus. Zuvor werde z.B. nur im Grundsatz kommuniziert, was mit der Pensionskasse passiere, wenn diese verpfändet werde. Im vorliegenden Fall seien vor der Zustellung der schriftlichen Unterlagen erst noch die weiteren Kredittranchen abgeschlossen worden. Einen CAWB-Eintrag habe er selber nicht vorgenommen, da der Kläger nicht sein Klient gewesen sei. Er habe aber F. _____ über den Abschluss informiert und dieser habe den Abschluss dem Kläger vermutlich nochmals bestätigt. Die Folgekosten eines Rücktritts von den Verträgen habe er erst im nachhinein mit dem Kläger thematisiert, als der Kläger mit Anwälten gedroht habe. Eine vorgängige Information darüber sei seiner Meinung nach nicht nötig (Prot. I S. 55ff).

Auch diese Zeugenaussage ist kohärent und ergibt ein klares Bild von den Abläufen am Nachmittag des 6. Mai 2011. Der Zeuge bestätigte klar, dass der Kläger damals telefonisch und verbindlich dem Hypothekarvertrag zu den ihm bereits zuvor bekannten Konditionen und mit dem tagesaktuellen Zinssatz zugestimmt hat. Als charakteristisches Realkennzeichen der Aussage kann der Umstand gewürdigt werden, dass der Kläger damals noch eine Verschiebung des Anfangstermines geklärt haben wollte, was vorerst zu einer Rücksprache mit dem Refinanzierer führte, und erst danach, nach der Zustimmung des Klägers, zu einem definitiven Refinanzierungsauftrag. Der Zeuge verneinte auch überzeugend, dass der Kläger damals nur eine Offerte gewollt habe, denn diesfalls hätte er als erfahrener Banker noch keine Refinanzierung gemacht. Umgekehrt beschränkte sich der Zeuge nur auf Aussagen zu seiner eigenen Beteiligung am umstrittenen Geschäft und zur allgemeinen Praxis bei der Hypothekenvergabe bei der Beklagten, ohne Mutmassungen über die weiteren Aspekte und Kenntnisse des Klägers anzustellen. Die Aussagen erscheinen daher glaubhaft.

In seiner Berufung legt der Kläger Gewicht auf die Feststellung, dass der Zeuge die Frage, ob der Kläger damals gesagt habe "ja, ich will abschliessen", nicht direkt beantwortete, sondern auf die zuvor noch aufgetauchte Frage nach einer Hinausschiebung des Anfangstermines einging (Urk. 78 S. 57 i.V.m. Prot. I S. 58). Später sagte der Zeuge indessen positiv und mit der nötigen Klarheit, dass er dem Kläger erklärt habe, dass jetzt ein Vertragsabschluss geschehe und er dies auch bestätigt habe wie bei einem Börsengeschäft (Prot. I S. 59). Dieses Aussageverhalten kann, entgegen dem Kläger, nicht als ausweichend bezeichnet und daraus abgeleitet werden, auch nach der Erinnerung G.____s sei es allein um eine Einigung bezüglich technischer Details gegangen. Der vorzitierte Fragevorhalt diene unmittelbar als Einstieg in die Abfragung der Abläufe an jenem Nachmittag. Weil es nach der Erinnerung des Zeugen aber nicht nur noch um "ja" oder "nein" ging, sondern auch noch um eine zusätzliche Abklärung des Anfangstermines, kann sein weiteres "Ausholen" bei der Beantwortung der Einstiegsfrage nicht als Lügensignal gewertet werden, zumal nicht in Verbindung mit den anschließenden Ausführungen. Der Kläger bemerkt in seiner Berufung weiter zu Recht, dass die Aufgabe des Zeugen G.____ vorab darin bestand, den Kläger über den Zinssatz zu informieren, nicht aber die weiteren Vertragskonditionen zu besprechen (Urk. 78 S. 26ff). Wie bereits ausgeführt, war Letzteres zufolge einer vorausgegangenen Einigung über die weiteren Essentialia mit anderen Bankmitarbeitern auch gar nicht mehr nötig (vgl. vorstehend Erw 1.2. und 3.2.1.) und der Zeuge G.____ ging davon aus, dass der Vertrag am Nachmittag des 6. Mai 2011 zufolge des Einverständnisses des Klägers auch noch mit dem Zinssatz abschlussreif war, der Kläger definitiv zustimmen wollte und auch zugestimmt hat. Auch der Zeuge G.____ brauchte aus den bereits erwähnten Gründen dem Kläger nicht alle Details des sechsteiligen Vertragswerkes samt AGB als Voraussetzung für einen verbindlichen Darlehensvertragsabschluss zu erläutern oder ihn auf die Kosten bei einem Vertragsrücktritt hinzuweisen. Die Unterlassung solcher Informationen steht daher nicht im Widerspruch zur bestätigten Aussage einer definitiven Zusage des Klägers an jenem Nachmittag und macht die Zeugenaussage nicht zur lückenhaften.

Bei der Würdigung des Beweisergebnisses kann daher auch auf dieses glaubhafte Beweismittel abgestellt werden.

3.2.3. Die *Zeugin D.*_____ betreute und beriet den Kläger hinsichtlich seines Planes zum Erwerb von Grundeigentum während längerer Zeit, war aber in der Endphase der Hypothekardarlehensgewährung ab Oktober 2010 zufolge Mutterschaftsurlaubs nicht mehr beteiligt. Gemäss ihrer Aussage stellte sie zusammen mit dem Kläger die für einen Kreditantrag erforderlichen Unterlagen bereit. Es sei auch besprochen worden, wie man die wegen der nicht ganz erfüllten Tragbarkeitsvoraussetzungen geforderte PK-Verpfändung umgehen könnte, z.B. mit zusätzlichen Eigenmitteln oder dem Einbezug von Partnereinkommen. Man habe das ganze Geschäft aufgegleist, damit es bereit sei für einen Abschluss bzw. Terminabschluss, und man habe auch einen entsprechenden (internen) Bewilligungsentscheid inklusive Amortisationsbestimmungen und PK-Verpfändung erhalten. Wenn alles, wie vorliegend, bei vorgängigen Besuchen besprochen sei, habe auch sie anschliessend oft telefonische Abschlüsse gemacht. Mit dem Kläger habe die Abmachung bestanden, dass der Abschluss auch telefonisch erfolgen könne. Zum konkreten Vertragsabschluss mit dem Kläger könne sie aber keine Aussagen machen, da sie nicht mehr dabei gewesen sei. Insgesamt sei während ca. fünf Besuchen des Klägers bei ihr über das Thema und die geforderte PK-Verpfändung und Umgehungsmöglichkeiten gesprochen worden (Prot. I S. 33ff).

Die Aussagen der Zeugin werden durch die von ihr vorgenommenen CAWB-Einträge bestätigt. Sie hat diese zeitlich jeweils unmittelbar im Anschluss an die Kundenkontakte erstellt, weshalb kein Anlass zu Zweifeln an deren Richtigkeit besteht. Aus diesen Einträgen ergibt sich u.a., dass bereits am 26. Mai 2010 eine PK-Verpfändung besprochen wurde, da seitens der Immobilienabteilung der Beklagten gefordert (Urk. 16/12). Eine Diskussion über die mögliche Umgehung einer solchen Verpfändung durch weitere Eigenmittel oder den Miteinbezug des Einkommens der Partnerin wurde später nicht mehr aufgenommen (Urk. 16/13-15, 17). Am 6. August 2010 wurde im Gegenteil die PK-Verpfändung von Fr. 100'000.- als Grundlage der Hypothekarkreditgewährung erneut festgehalten, ebenso der Gesamtbetrag der Hypotheken, die jährliche Amortisation und die

mögliche Laufzeit und Staffelung der Darlehen (Urk. 16/15). Bereits beim letzten Gespräch mit D._____ am 13. Oktober 2010 ging es nur noch um die Zinsentwicklung, den aktuellen Zinssatz und die Staffelung (Urk. 16/17) und in der Folge bei Kontakten mit dem neuen Berater F._____ massgeblich ebenfalls nur noch um die Zinsen bzw. Zinsentwicklung und die Staffelung.

Die Aussagen der Zeugin D._____ sind vorbehaltlos als glaubhaft einzustufen, zumal sie an den letzten Besprechungen und dem umstrittenen Vertragsabschluss nicht mehr beteiligt war und im Zeitpunkt ihrer Zeugenaussage eine gewisse Distanz zu ihren Kollegen in der Bankfiliale C._____ hatte. Die Aussagen sind beweistauglich dafür, dass bereits während ihrer Zeit Einigkeit über wesentliche Vertragsbedingungen bestand (Kredittotal, Amortisation, PK-Verpfändung), die später nicht mehr änderten. Weiter bestätigen sie die Praxis der telefonischen Vertragsabschlüsse bei Fällen mit weitgehend vorbesprochenem Inhalt, so wie beim Kläger. Die Berufungsrüge des Klägers, es gehe aus den Aussagen der Zeugin hervor, dass er mit der PK-Verpfändung nicht einverstanden gewesen sei (Urk. 78 S. 9), trifft so nicht zu. Aus den Aussagen ergibt sich wohl ein gewisses Unbehagen des Klägers deswegen. Später wurde aber nicht mehr über die aufgezeigten Vermeidungsmöglichkeiten gesprochen; gemäss CAWB-Aufzeichnung der Zeugin vom 6. August 2010 wurde die PK-Verpfändung vielmehr weiterhin als erforderlich bezeichnet. Dass die Zeugin nicht bestätigen konnte, dass dem Kläger die Detailformulierungen des späteren sechsteiligen Vertragswerkes oder die Refinanzierungsproblematik vor dem 6. Mai 2011 bekannt waren, ist nicht von Bedeutung (vgl. vorstehend Erw. 1.2.).

Die Zeugenaussage D._____ ist aufgrund ihrer inhaltlichen Glaubhaftigkeit und der hohen prozessualen Glaubwürdigkeit der Zeugin ein geeignetes Beweismittel für die Beweiswürdigung.

3.2.4. Die Zeugin I._____ teilte mit F._____ und G._____ das Büro bei der Beklagten und war auch während des Telefonats zwischen G._____ und dem Kläger am Nachmittag des 6. Mai 2011 anwesend. Zu Beginn ihrer Aussage schilderte sie teilweise wörtlich die mündlichen Instruktionen von F._____ an seine Vertre-

tung betreffend den am Nachmittag zu erwartenden Telefonanruf des Klägers. Spontan gab sie dann mitgehörte Äusserungen von G._____ am Telefon zu Protokoll wie "Ich bestätige Ihnen die Laufzeit und den Zins"... "Sie gehen jetzt einen Vertrag ein"... "Ich bestätige Ihnen, wir schliessen diesen Betrag, diese Laufzeit, diesen Zinssatz ab". Sie erinnerte sich auch noch an die Rücksprache von G._____ während des Telefongesprächs mit dem Refinanzierer wegen einer Verschiebung des Anfangstermines. Über den weiteren Inhalt des Telefongesprächs wisse sie aber nichts, ausser dass auch über die Wirtschaftszahlen und den Einfluss auf die Zinsentwicklung gesprochen worden sei. Auf Nachfrage hin räumte die Zeugin ein, dass sie sonst keine genauen Erinnerungen mehr an das Telefonat habe; es sei auch schon lange her; sie glaube nicht, dass sie ausführlicher aussagen müsse; sie könne sich einfach an diesen wichtigen Punkt erinnern, der ihr geblieben sei. An andere Gesprächsteile als die Bestätigung eines Abschlusses könne sie sich nicht erinnern (Prot. I S. 27ff).

Der Kläger verweist in seiner Berufung zu Recht auf das selektive Erinnerungsvermögen der Zeugin, die sich nach bald fünf Jahren noch an wörtliche Äusserungen von G._____ zur massgeblichen Beweisfrage erinnern wollte, nicht aber an weitere Gesprächsthemen (Urk. 78 S. 35f). Der umstrittene telefonische Vertragsabschluss vom 6. Mai 2011 dürfte wegen des sich daraus ergebenden Rechts- und Prozessfalles zwar länger Thema in der Filiale C._____ der Beklagten gewesen und den Bankmitarbeitern daher nachhaltig in Erinnerung geblieben sein. Trotzdem fällt aber auf, dass die Zeugin bei ihrer Aussage direkt auf die Beweisfrage zusteuerte und die Aussage in diesem Punkt sogar mit wörtlichen Zitaten unterlegte, sich ansonsten aber auf fehlende Erinnerung berief. Kommt dazu, dass sich der Streitfall erst ab Mitte Juni 2011 entwickelte (Urk. 16/30), somit erst einen Monat nach dem massgeblichen Telefonat, als die Erinnerung an wörtliche Äusserungen somit bereits nachgelassen haben dürfte. Am 6. Mai 2011 ging es für die Mitarbeiter der Beklagten um ein Routinegeschäft und die Aufmerksamkeitsschwelle unbeteiligter Mitarbeiter für diesbezügliche Telefonate des Bürokollegen dürfte nicht allzu hoch gewesen sein. Das auffällig lückenhafte Erinnerungsvermögen der Zeugin mindert die Glaubhaftigkeit der Aussage daher wesentlich und es ist im Folgenden auf diese Aussage nicht abzustellen.

3.2.5. Der Kläger führte in seiner *Parteibefragung* aus, er habe sowohl mit D._____ als auch später mit F._____ nur allgemeine Grundsatzgespräche über Hypotheken geführt und wie das in seinem Fall funktionieren könnte. Ob dabei auch die Rede von einer Verpfändung des PK-Kapitals gewesen sei, wisse er nicht mehr; dies sei aber bei Banken immer ein Thema. Auf Frage, ob er sich an zwei Besuche bei D._____ im Juni und August 2010 erinnere, meinte er zunächst, es sei bei seinen Besuchen nur um Steuern und die 3. Säule gegangen. Erst auf Nachhaken hin meinte der Kläger, ja doch, er habe sich für eine Hypothek interessiert und Frau D._____ habe ihm die grundsätzlichen Vorgänge erklärt. Ob er bezüglich Hypothek noch weitere Kontakte mit D._____ gehabt habe, wisse er nicht mehr, das sei noch nicht relevant gewesen. Mit F._____ habe er sich dann nur über den grundsätzlichen Ablauf betreffend Zinsen informiert; es habe aber auch aus Sicht von F._____ noch keine Eile gehabt. Konkret sei es erst im Januar 2011 geworden. Auf konkrete Frage hin, ob es einen konkreten schriftlichen Finanzierungsvorschlag gegeben habe, meinte der Kläger, dies sei erst am Schluss der Fall gewesen mit den Papieren, die er dann nicht unterschrieben habe. Zuvor sei immer nur über Zinsen gesprochen worden und auch über eine Verpfändung des PK-Kapitals, was er aber abgelehnt habe. F._____ habe ihn nicht ernsthaft betreut; er, der Kläger, sei es gewesen, der jeweils angerufen habe. Beim Telefonat vom 6. Mai 2011 mit F._____ sei es nur um Verhandlungen gegangen, so wie er sie auch mit anderen Banken geführt habe. Ohne solche Verhandlungen bekomme man später kein schriftliches Angebot zwecks Prüfung und Unterzeichnung. Auf Frage, ob F._____ ihm ein schriftliches Angebot gemacht habe, meinte der Kläger, man habe nur Zinsen verhandelt, damit er einen Vergleich habe. Auf Frage, ob er sich am Telefon eine Bedenkzeit ausbedungen habe, meinte der Kläger, er habe "diesen Zins auf der Offerte haben" wollen, um das zu prüfen und zu vergleichen. Was sonst noch besprochen worden sei, über den Zinssatz, wisse er nicht mehr genau. Dieser habe am Nachmittag noch vervollständigt werden müssen und er habe von G._____ so schnell wie möglich einen Vorschlag gewollt. Mit G._____ habe er nur über die Zinsen gesprochen. Er habe ja etwas telefonisch fixieren müssen, um einen schriftlichen Vorschlag zu bekommen. Er habe sich bei 4-5 weiteren Banken für Hypotheken interessiert und dort gesagt, sie soll-

ten ihm einen Hypothekarvertrag offerieren. Dabei habe er noch die Laufdauer angeben müssen. Darauf habe er jeweils schriftliche Offerten bekommen als Vergleichsgrösse. Er habe nicht gewusst, dass ein Vertrag auch mündlich zustande kommen könne. Man lerne ja schon in der Schule, dass Verträge schriftlich seien. Für ihn sei das am Telefon klar kein Vertrag gewesen, sondern nur die Voraussetzung für die Zusendung eines schriftlichen Vorschlags. Die gegenüber F. _____ gemachte Aussage, die Beklagte könne sich auf seine telefonische Zusage verlassen, habe vorausgesetzt, dass er etwas in der Hand habe, d.h. eine schriftliche Offerte. Was anschliessend am 13. Mai alles passiert sei und was er mit F. _____ telefonisch besprochen habe, wisse er heute nicht mehr. Der Hinweis von F. _____ auf Kosten für den Rückzugsfall habe ihn nicht tangiert, da ja noch kein schriftlicher Vertrag geschlossen worden sei. Bzw. er könne sich nicht an eine solche Aussage erinnern. Basis einer Abmachung sei für ihn die Schriftform. Die anschliessend zugesandten Vertragsdokumente habe er v.a. wegen der Verpfändung des PK-Kapitals nicht unterschrieben. Schliesslich meinte er, nicht zu verstehen, was eine 2. oder 3. Hypothek sei (Prot. I S. 17ff, 66).

In seiner Befragung vertrat der Kläger inhaltlich zwar konstant die Ansicht, es sei bei allen Kontakten mit der Beklagten nur um die schriftliche Fixierung von Zinsen im Sinne einer Offerte zu Vergleichszwecken gegangen, die er dann später nach Belieben hätte unterschreiben können oder nicht. Bei näherem Zusehen weist die Aussage aber doch Auffälligkeiten und Widersprüche auf, die deren Glaubhaftigkeit in Frage stellen.

So fällt vorab das nur selektive Erinnerungsvermögen des Klägers auf. Auf Anhieb erinnerte er sich an Kontakte mit seiner Beraterin D. _____ zwar betreffend Steuern und 3. Säule; erst auf Nachfrage hin gab er dann zu, bereits mit ihr über eine Hypothek gesprochen zu haben, aber nur in allgemeiner Art über die Abläufe. Mit F. _____ will er einzig über Zinsen gesprochen haben. Damit klammerte er die mehrfachen und einlässlichen, CAWB-dokumentierten Gespräche mit beiden Bankmitarbeitern über die konkreten Hypothekardarlehenskonditionen für ihn persönlich aus und versuchte, diese zu negieren. Er wich auch der konkreten Frage aus, ob F. _____ am 6. Mai 2011 ihm ein konkretes Angebot gemacht habe und ob er sich bei diesem Telefonat mit F. _____ eine Bedenkzeit ausbedungen habe,

indem er erklärte, sie hätten die Zinsen verhandelt bzw. er habe "diesen Zins auf der Offerte haben wollen". Weshalb es am 6. Mai 2011 zu zwei Telefonaten gekommen ist, konnte der Kläger nicht plausibel darlegen; für das Erhältlichmachen einer blossen Offerte ist der Grund nicht nachvollziehbar. Was sonst noch bei den beiden Telefonaten an diesem Tag und bei den Telefonaten in der Folgewoche besprochen wurde, wusste er ebenfalls nicht. Er zog sich stets auf die stereotype Aussage zurück, es sei bei Allem immer nur um eine Zinsofferte zu Vergleichszwecken und zur möglichen späteren Unterzeichnung gegangen.

Wenn der Kläger sodann in seiner Parteibefragung geltend machte, er wisse gar nicht, was eine 2. und 3. Hypothek sei, so ist diese Aussage eine unglaubliche Untertreibung zur auffälligen Betonung von geschäftlicher Naivität und Unwissenheit. Der Kläger hat nämlich bereits D._____ von sich aus Varianten über die Stückelung des Gesamtkredites in Teilkredite mit unterschiedlicher Laufzeit unterbreitet (Urk. 16/13+15+17). Auch musste er aufgrund der eingeholten weiteren Bankofferten entsprechende Kenntnisse haben. Der Kläger evozierte weiter ein übertriebenes Bild von Unerfahrenheit auch mit seiner Äusserung, man lerne ja in der Schule, dass nur schriftliche Verträge gültig seien. Diese betonte Naivität in Geschäftssachen widerspricht der ständigen Betonung der sich offenbar über Monate hinziehenden Vergleiche mit den Konditionen anderer Banken. Es fehlen diesen Aussagen daher die innere Stimmigkeit und die Eignung zur Untermauerung eines unbeholfenen und unzutreffenden subjektiven Rechtsverständnisses des Klägers von den damaligen Vorgängen.

Dass der Kläger sich bis Ende 2010, wenn überhaupt, nur in allgemeiner theoretischer Form bei der Beklagten nach dem Ablauf von Hypothekarkreditgewährungen erkundigt haben will, ist auch deswegen wenig glaubhaft, weil er bereits am 19. August 2010 einen verbindlichen Kaufvertrag für seine nachmalige Wohnung unterzeichnet und bei der Beurkundung dafür bereits Fr. 125'000.- angezahlt hatte; die restlichen Fr. 570'000.- waren bei Bezugsbereitschaft (im Herbst 2011) zu leisten (Urk.16/16). Ab August 2010 musste der Kläger somit innert nützlicher Frist konkret einen Hypothekarkredit erhältlich machen. Wenn er diesbezüglich mehrfach mit der Beklagten als seiner Hausbank Gespräche führte, so genügten ab dann keine theoretischen Anfragen über das allgemeine Zinsniveau und die

allgemeinen Abläufe mehr zwecks Vergleichs mit anderen Banken, sondern es bedurfte der einlässlichen Klärung der Objektkosten, der finanziellen Möglichkeiten des Klägers, der Tragbarkeit des benötigten Kredites mit Zins und Amortisationen und der vorhandenen Sicherheiten. Die Parteien mussten somit in ein konkretes Verhandlungsstadium eintreten. Dies widerspiegelt sich auch in den CAWB-Aufzeichnungen von D._____. Danach ging es am 20. Mai 2010 tatsächlich vorerst nur um eine allgemeine Abklärung der Kreditgewährung und die Abläufe sowie um die dafür benötigten Unterlagen, und am 26. Mai 2010 bat der Kläger um eine erste allgemeine Offerte für bestimmte Hypothekenarten, Laufzeit und Stückelung zu Vergleichszwecken (Urk. 16/11+12). Im Hinblick auf die bevorstehende Kaufvertragsbeurkundung wurden dann aber die Gespräche ab dem 6. August 2010 konkret, es wurde ein bankinterner Bewilligungsentscheid veranlasst, es wurde über konkrete Zinssätze der vom Kläger gewünschten Art und Laufzeit der Hypotheken gesprochen, über die Amortisation, die individuelle Tragbarkeit und die nötige PK-Verpfändung gemäss dem bankinternen Bewilligungsentscheid (Urk. 16/15+17). Von einer bloss theoretischen Evaluation von allgemeinen Hypothekarkonditionen, wie es der Kläger in seiner Parteiaussage glauben machen will, kann ab August 2010 nicht mehr die Rede sein. Die diesbezüglichen Aussagen sind daher wenig überzeugend.

Widersprüchlich ist schliesslich die Aussage des Klägers, er habe keinen Vertrag gewollt wegen der PK-Verpfändung. Denn als ihm die Beklagte später den Verzicht auf eine PK-Verpfändung aufgrund eines neuen PK-Ausweises offerierte (Urk. 16/30-33), ging er darauf nicht ein.

Insgesamt kommt der Parteiaussage zufolge der verminderten inhaltlichen Glaubhaftigkeit und zufolge der eingeschränkten prozessualen Glaubwürdigkeit des Klägers wegen Selbstbefangenheit keine massgebliche Bedeutung bei der Beweiswürdigung zu.

3.3. Beweisergebnis zur 1. Hypothek

Wie vorstehend ausgeführt, kann für die zentrale Beweisfrage, ob am 6. Mai 2011 nachmittags am Telefon zwischen dem Kläger und G._____ ein verbindlicher

mündlicher Hypothekendarlehensvertrag über die erste Hypothek mit weitgehend im Voraus vereinbarten Konditionen zustande gekommen ist, massgeblich auf die übereinstimmenden und glaubhaften Zeugenaussagen G._____ und F._____ abgestellt werden sowie auf die diesbezüglichen CAWB-Einträge von F._____ vom nächstfolgenden Arbeitstag. Danach wurde der Kläger von G._____ ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er jetzt am Telefon einen bindenden Vertrag eingehe. Bereits am Morgen des 6. Mai 2011 hatte F._____ dem Kläger nochmals die massgeblichen weiteren Essentialia des Darlehensvertrages und der Sicherheiten in Erinnerung gerufen, über welche sich die Beklagte mit dem Kläger schon während längerer Zeit und bereits noch zu Zeiten von D._____ geeinigt gehabt hatte und wo am Schluss auch ein Verzicht auf die Verpfändung der Pensionskasse nicht mehr zur Diskussion stand. Dem Kläger war somit klar, zu welchen Konditionen bei einer nachfolgenden Einigung über den Zins der Vertrag geschlossen würde. Am Nachmittag des 6. Mai waren diese Informationen dem Kläger auch noch bestens präsent. Am 9. Mai bestätigte F._____ dem Kläger erneut am Telefon den verbindlichen Vertragsabschluss, ohne dass dieser in irgendeiner Weise dagegen protestierte. Bereits am 8. April 2011 war der Kläger durch F._____ darüber informiert worden, dass der Vertrag auch mündlich abgeschlossen werden könne; der Kläger hatte damit kein Problem und war mit einer solchen Möglichkeit einverstanden. Unter diesen Umständen kann sich der Kläger nicht auf einen einseitigen Irrtum oder ein Missverständnis über eine übliche oder nach seinem Allgemeinverständnis vorbehaltene Schriftform für das Zustandekommen des Vertrages berufen. Ob der Kläger am 6. Mai 2011 darauf aufmerksam gemacht wurde, ein Ausstieg aus dem Vertrag ziehe möglicherweise Kosten mit sich, konnten die beiden Zeugen F._____ und G._____ nicht bestätigen. Eine solche Bestätigung hätte aber höchstens die Verbindlichkeit des Vertragsabschlusses für den Kläger unterstrichen; die Unterlassung eines Kostenfolgehinweises ändert umgekehrt aber nichts an der glaubhaften Bestätigung eines verbindlichen Vertrages. Gegen den prozessualen Standpunkt des Klägers, dass am 6. Mai 2011 kein mündlicher Vertrag zustande gekommen ist, spricht weiter sein Telefonat vom 15. Juni 2011, unmittelbar im Anschluss an die Zustellung der schriftlichen Vertragsdokumente. In seiner Spontanreaktion beschwerte er sich einzig wegen der

Verpfändung der Pensionskasse, stellte einen verbindlichen Vertragsabschluss indessen nicht in Frage (Urk. 16/30). Gemäss den übereinstimmenden und glaubhaften Zeugenaussagen G._____ und F._____ war am 6. Mai 2011 nie von einer blossen Offerte die Rede. Bei einer blossen Offerte mit einer gewissen einseitigen Bindungsdauer hätte die Beklagte angesichts des täglich wechselnden Zinssatzes den tagesaktuellen Zinssatz nicht als Vertragszins fixieren können, sondern hätte ev. noch einen Zinsaufschlag als "Sicherheitsmarge" einbauen müssen. Sodann hätte G._____ als erfahrener Banker am 6. Mai 2011 einzig gestützt auf eine einseitige Offerte noch keine Refinanzierung eingeleitet. Das monatelange Lavieren des Klägers hinsichtlich des Abschlusses wegen der volatilen Zinslage belegt ebenfalls, dass der Kläger nach dem bestmöglichen Zins suchte; um seinen solchen anzubinden, wäre eine blosser Offerte, wie ausgeführt, nicht geeignet gewesen.

Die als Gegenbeweismittel offerierte Parteiaussage des Klägers vermag aus den bereits vorstehend erwähnten Gründen den durch die glaubhaften und übereinstimmenden Zeugenaussagen G._____ und F._____ erbrachten Beweis für einen verbindlichen telefonischen Abschluss nicht zu erschüttern.

Gegen einen verbindlichen Vertragsabschluss am 6. Mai 2011 spricht auch nicht, dass damals nur eine Einigung über die 1. Hypothek erfolgte, dass der Kläger aber noch zusätzliche Darlehen als 2. und 3. Hypothek benötigte. Zum einen ist es objektiv nicht zwingend, alle benötigten Darlehen von derselben Bank zu beziehen. Die weiteren Darlehen haben je eine eigene Laufzeit, allenfalls auch eigene Rechtsformen und einen separaten Zins. Sie sind daher nicht zwingend von der 1. Hypothek abhängig. Für den Darlehensnehmer steht die Zinsbelastung für die grösste, 1. Hypothek im Vordergrund. Es macht hier durchaus Sinn, den Zins vorab für diese Hypothek in einem günstigen Zeitpunkt vertraglich zu fixieren. Sicherheiten können mehrfach an unterschiedliche Darlehensgeber verpfändet werden; über den Vorrang im Falle der Zahlungsunfähigkeit entscheidet in jedem Fall die Pfandstelle im Grundbuch und nicht die Person des Gläubigers. Andererseits ergibt sich aus den glaubhaften CAWB-Einträgen bereits von D._____, dass der Kläger alle Hypotheken von der Beklagten wollte und diese ihm als langjährigem Kunden auch Spezialkonditionen offerierte (Urk. 16/11-13+15+17; vgl. so-

dann auch Urk. 16/25+27+28). Es ist daher anzunehmen, dass allen Beteiligten am 6. Mai 2011 klar war, dass der Kläger nachfolgend auch die weiteren Hypotheken mit der Beklagten wie vorbesprochen abschliessen würde und deshalb ein erster Abschluss am 6. Mai 2011 für die 1. Hypothek diesbezüglich keine Komplikationen mit sich bringen würde. Umgekehrt hätte sich der Kläger am 13. Mai 2011 mit dem von ihm ausgehenden Telefonat bei der Beklagten nicht nach den Konditionen für die 2. und 3. Hypothek erkundigt, wäre er nicht auch der Meinung gewesen, dass die 1. Hypothek definitiv geworden war (Urk. 16/28).

3.4. Beweiswürdigung und -ergebnis zum Abschluss 2. und 3. Hypothek

3.4.1. Für den telefonischen Abschluss der Verträge über die 2. und 3. Hypothek am 13. Mai 2011 beriefen sich die Parteien auf dieselben Beweismittel wie für den Abschluss der 1. Hypothek. Die Zeugen D._____, I._____ und G._____ konnten über den Ablauf dieses Vertragsabschlusses keine sachdienlichen Aussagen machen, da dieser allein zwischen dem Kläger und F._____ abgewickelt wurde. Der Zeuge F._____ differenzierte in seiner Befragung nicht speziell zwischen dem Abschluss der ersten und der beiden weiteren Darlehenstranchen, wurde dazu aber auch nicht einlässlicher befragt, auch nicht durch den Klägervertreter. Er führte auch im Hinblick auf die 2. und 3. Darlehenstranche aus, dass die Gesamtsumme der Darlehen und weitere Konditionen - mit Ausnahme des Zinses - bereits von D._____ vorbereitet worden seien. Weiter bestätigte er die Richtigkeit des CAWB-Eintrages vom 1. Juni 2011 über ein Telefonat mit dem Kläger vom 13. Mai 2011, bei welchem die Konditionen für Laufzeit und Zinssatz für die beiden weiteren vom Kläger gewollten Festhypotheken von je Fr. 100'000.- besprochen worden seien und wo er den Kläger auf die bindende Refinanzierung dieser Darlehen und die Kostenfolgen für den Kläger bei einer Vertragsauflösung hingewiesen habe (Urk. 16/28, Prot. I S. 42, 46f). Eine solche Refinanzierung nahm der Zeuge gleichentags am 13. Mai 2011 denn auch vor (Urk. 16/29). Warum er den CAWB-Eintrag dazu erst am 1. Juni 2011 gemacht habe, wisse er nicht mehr, möglicherweise sei ihm zunächst etwas dazwischen gekommen und der Eintrag sei anschliessend vergessen gegangen und er sei wieder an den noch vorzunehmenden Eintrag erinnert worden, als die Kundendaten bei ihm gelandet seien. Die Sache sei aber für ihn so klar gewesen, dass er gar nicht daran gedacht habe

(Prot. I S. 47f).

Auf das Telefonat vom 13. Mai 2011 mit F._____ angesprochen, wonach seine Zusage bindend sei, wick der Kläger in seiner *Parteiaussage* aus. Er wisse nicht mehr, was alles passiert sei. Er habe einmal mit F._____ gesprochen und einmal mit G._____. Mehr könne er dazu nicht sagen. Auf die Frage, was er sich beim Hinweis von F._____ auf die Kostenfolge im Rückzugsfall gedacht habe, meinte er, dies hätte ihn nicht tangiert bzw. das habe ihn nicht interessiert, weil er von einem schriftlichen Vertragsabschluss ausgegangen sei (Prot. I S. 22f).

3.4.2. Auf die Zeugenaussage von F._____ kann auch betreffend die 2. und 3. Hypothek abgestellt werden. Seine Aussage wird auch hier durch einen CAWB-Eintrag gestützt, der allerdings nicht ausdrücklich die Zustimmung des Klägers vermerkt. Er zeigt aber dasselbe Vorgehen wie am 6. Mai 2011 auf: Der Kläger ruft an und erkundigt sich nach dem aktuellen Zins; es wird über die mögliche Zinsentwicklung diskutiert; schliesslich werden die Konditionen definitiv festgelegt. Die Verbindlichkeit der Vereinbarung geht konkludent daraus hervor, dass der Kläger auf die Kostenfolgen bei einer Auflösung hingewiesen wird (Urk. 16/28). Der Beweiswert dieser CAWB-Aufzeichnung ist insofern leicht reduziert, als sie erst einen halben Monat später aus der Erinnerung erstellt wurde. Immerhin war damals der Konflikt mit dem Kläger über die Verbindlichkeit der Abschlüsse noch nicht aktuell und eine bewusste oder unbewusste Abstimmung der Notiz mit dem Standpunkt der Beklagten im Streitfall kann ausgeschlossen werden. Sodann hat F._____ tagesaktuell die Refinanzierung veranlasst, was er als erfahrener Bankmitarbeiter nicht ohne aus seiner Sicht verbindliche Zusage getan hätte (Urk. 16/29). Die *Parteiaussage* des Klägers ist umgekehrt sehr vage und ausweichend: Er erinnert sich nicht, bzw. er erinnert sich dann aber doch, aber nur, dass er eine Offerte gewollt habe. Mithin zieht er sich auf denselben Standpunkt zurück wie bezüglich der 1. Hypothek und der Vorgänge am 6. Mai 2011, wo die Beweislage aber klar ist. Damit vermag der Kläger den von der Beklagten erbrachten Hauptbeweis über den verbindlichen Abschluss auch der 2. und 3. Hypothek am 13. Mai 2011 nicht zu erschüttern.

4. Zusammenfassung

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ergibt sich auch im Berufungsverfahren, dass der Kläger am 6. und 13. Mai 2011 telefonisch verbindliche Hypothekendarlehensverträge vereinbart hat. Die Beklagte refinanzierte diese Darlehen unmittelbar am Euromarkt und erlitt einen Zinsverlust, nachdem der Kläger die Verträge nicht mehr gegen sich gelten lassen wollte. Der verrechnungsweise getilgte Schaden von Fr. 44'975.33 blieb im Berufungsverfahren betragsmässig unbestritten und die Klage auf Rückerstattung dieses Betrages ist daher auch zweitinstanzlich abzuweisen.

E.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger für beide Gerichtsstufen kosten- und entschädigungspflichtig.

Die erste Instanz bezifferte die Entscheidkosten auf insgesamt Fr. 5'170.- und auferlegte diese dem Kläger. Die vom Kläger zu leistende Parteientschädigung wurde im erstinstanzlichen Verfahren auf Fr. 9'825.- zuzüglich 5,6% MWSt. festgelegt. Diese Regelungen wurden betragsmässig nicht angefochten und sind unter Berücksichtigung der geleisteten Kostenvorschüsse zu übernehmen.

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist bei einem unveränderten Streitwert von Fr. 44'975.- auf Fr. 5'150.- festzusetzen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 GebV OG), dem Kläger aufzuerlegen und mit dem geleisteten Prozesskostenvorschuss zu verrechnen. Die vom Kläger an die Beklagte zu leistende Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 4'000.- zuzüglich 5,6% MWSt. zu beziffern.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 5'170.- werden bestätigt.
3. Die erstinstanzlichen Kosten werden dem Kläger auferlegt und mit den von ihm geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 5'750.- verrechnet. Der von der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- wird ihr zurückerstattet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 9'825.- (zzgl. 5,6% MWSt) zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 5'150.- festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss im Berufungsverfahren von Fr. 5'150.- verrechnet.
7. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.- (zzgl. 5,6% MWSt) zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 44'975.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 19. Juni 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
cm