

Die Haftung der Bank bei Bauprojekten

Susan Emmenegger, *Prof. Dr. iur., LL.M., Professorin an der Universität Bern, Direktorin des Instituts für Bankrecht, Bern**

- I. Die Haftung gegenüber dem Baukreditnehmer**
 - A Grundsatz: Selbstverantwortung des Kreditnehmers
 - B Ausnahmen
 - 1. Interessenkonflikte
 - 2. Besonderes Vertrauensverhältnis
 - 3. Erkennbarer Beratungsbedarf
 - 4. Wissensvorsprung
 - C Anwendung
 - 1. Der Fall des privaten Baukreditnehmers
 - 2. Der Fall des professionellen Bauinvestors
 - D Sonderfall: Verweigerung der Kreditfazilität
- II. Die Haftung gegenüber anderen Projektbeteiligten**
 - A Bonitätsauskunft
 - B Kreditzusage zugunsten des (Haupt-)Unternehmers
 - 1. Allgemeines zur Vertrauenshaftung
 - 2. Leitentscheid des Bundesgerichts
 - 3. Relevanz im Baukontext
 - 4. Fazit
 - C Fehlallokation von Baugeldern durch den (General-)Unternehmer
 - D Handeln als faktisches Organ
 - 1. Gläubigertypische vs. organtypische Einflussnahme
 - 2. Sonderrisiko der Verrechnungslieberung
 - 3. Fazit
 - E Globalzession zugunsten der Bank
 - F Verrechnungsklausel zugunsten der Bank
- III. Konkursrechtliche Haftungsrisiken**
 - A Kreditrückzahlung kurz vor dem Konkurs
 - 1. Das Risiko der Absichtsanfechtung
 - 2. Fazit
 - B Nachträgliche Besicherung von Darlehen
 - C Nachträgliche Einrichtung einer Globalzession
- IV. Die Haftung im Garantiewesen**
 - A Die Rolle der Banken
 - B Der Grundsatz der Garantiestrengigkeit: Aktuelle Anwendungsfälle
 - 1. Garantiestrengigkeit als Auslegungsregel
 - a) Rechtsprechung
 - b) Würdigung
 - 2. Garantiestrengigkeit als allgemeiner Grundsatz
 - a) Rechtsprechung
 - b) Würdigung

V. Schluss

* Ich bedanke mich bei Herrn BLaw Veysel Orucilar für die Unterstützung bei den Recherchen zu diesem Beitrag.

Literaturverzeichnis

- BAUMANN DANIEL, *Der Baukredit*, 2. Aufl., Zürich 1997. BECKER FLORIAN, *Verhaltenspflichten und Haftung von Banken bei Kreditvergabe*, Berlin 2002. BERNHARDT HANS CLAAS, *Die Causa Swissair: Kondensstreifen am juristischen Himmel*, in: Jusletter 9. August 2010. BERTHEAU FORTUNAT, *Die Haftung der Kreditgeberbank gegenüber dem Kreditnehmer. Eine Untersuchung der verschiedenen Haftungsgrundlagen unter besonderer Berücksichtigung des Krediteröffnungsvertrages*, Zürich 1997. BIERI DIETER, *Kredit und Konsortium, Kreditformen und Kreditsicherungen: Konsortialvereinbarungen unter Banken in bezug auf einen gemeinsamen Kreditnehmer*, Diss. Zürich 1987. BUCHER EUGEN, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988. BURG BENEDICT/VON DER CRONE HANS CASPAR, *Vertrauenshaftung im Konzern (Entscheidbesprechung von BGER 4A_306/2009)*, SZW 2010, S. 417-426. CANARIS CLAUS-WILHELM, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971. CHAPPUIS CHRISTINE, *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel: vers un droit subjectif absolu à être informé?*, in: Dies./B. Winiger (Hrsg.), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Zürich 2009, S. 11-33. CHAUDET FRANÇOIS, *L'obligation de diligence du banquier en droit privé*, in: ZSR 113 II (1994), S. 9-114. DE GOTTRAU NICOLAS, *Die Bankgarantie im schweizerischen Recht*, in: F. v. Westphalen/B. Jud (Hrsg.), *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2005, S. 427-499. DOHM JÜRGEN, *Bankgarantien im internationalen Handel*, Bern 1985. DERSELBE, *Les garanties bancaires dans le domaine de la construction*, in: BR 1981, S. 3-8. GLANZMANN LUKAS, *Sanierungsdarlehen*, in: ZBJV 146 (2010), S. 261-294. GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996. GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 2 Bände, 9. Aufl., Zürich 2008. GIRSBERGER DANIEL, *Kommentierung von Art. 164-174 OR*, in: H. Honsell u.a. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 4. Aufl., Basel u.a. 2007. EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAUS RETO, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 6. Aufl., Zürich 2004. EMMENEGGER SUSAN, *Das Sanierungsdarlehen*, in: S. Emmenegger (Hrsg.), *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 153-189. EMMENEGGER SUSAN/KURZBEIN REGULA, *Finanzmarktcrise und neue Corporate Governance von Banken*, in: GesKR 4/2010 (im Erscheinen). EMMENEGGER SUSAN/ZBINDEN ANDREA, *Die Inanspruchnahme der Bankgarantie*, in: S. Emmenegger (Hrsg.), *Kreditsicherheiten*, Basel 2008, S. 139-174. EMMENEGGER SUSAN/ZBINDEN ANDREA, *Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses*, in: S. Emmenegger (Hrsg.), *Cross-Border Banking*, Basel 2009, S. 193-282. HEINZER BORIS, *La responsabilité de la banque dispensatrice de crédit envers les tiers créanciers de son client*, Diss. Lausanne, Basel 2001. HUNKELER DANIEL, *Zinszahlungen beim Darlehen sind grundsätzlich paulianisch nicht anfechtbar*, in: Jusletter vom 15. März 2010. KÖNDGEN JOHANNES, *Die Entwicklung des Bankkreditrechts in den Jahren 1991-93*, in: NJW 1994, S. 1508-1518. LÄNZLINGER ANDREAS, *Die Haftung des Kreditgebers. Beurteilung möglicher Haftungstatbestände nach schweizerischem und nach amerikanischem Recht*, Diss. Zürich 1992. LOSER PETER, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht (Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung)*, Bern 2006. MARGIOTTA ADRIANO, *Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses?*, Zürich 2002. MÖLLERS THOMAS M.J., *Die Haftung der Bank bei der Kreditkündigung. Ein Beitrag zu den Verhaltenspflichten der Banken bei der Kündigung von Krediten im deutschen und amerikanischen Recht*, Berlin 1991. RAPP JEAN-MARC, *Garanties à première demande et autres garanties bancaires*, in: N. Iynedjian (Hrsg.), *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne 1997, S. 260-289. REETZ PETER, *Bankgarantien im Bauwesen, Entscheid des Bundesgerichts vom 30.11.2009 (4A_342/2009)*, in: BR 2010, S. 65-66. ROBERTO VITO, *Die Haftung der Bank als Kreditgeberin*, in: S. Emmenegger (Hrsg.), *Bankhaftungsrecht*, Bern 2006, S. 93-140. ROMY ISABELLE/BLOCH OLIVIER, *Les devoirs d'information du banquier à la lumière de la jurisprudence fédérale récente*, in: Peter Gauch et al. (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Zurich 2008, p. 647-664. SPAINI MAURO, *Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten*, Diss. Freiburg, Dietikon 2000. STÖCKLI HUBERT, *Der Kreditvertrag*, in: S. Emmenegger (Hrsg.), *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 1-19. THÉVENOZ LUC, *Information, conseil, mise en garde: risques et responsabilités dans les opérations sur valeurs mobilières*, in: L. Thévenoz/C. Bovet (Hrsg.), *Journée 2007 de droit bancaire et financier*, Genf 2008, S. 19-57. THÉVENOZ LUC/EMMENEGGER SUSAN, *Le droit bancaire privé suisse 2009–2010/Das schweizerische Bankprivatrecht 2009–2010*, SZW 2010, S. 308-328. VOGT HANS-UELI, *Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung. Die neue Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG*, in: GesKR 2009, S. 163-190. DERSELBE, *Neue Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und aktienrechtliche Sorgfaltpflicht*, in: S. Emmenegger (Hrsg.), *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 191-238. VON BÜREN ROLAND/WALTER HANS

PETER, Die wirtschaftliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, in: ZBJV 2007, S. 495- 552. VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974. VON WESTPHALEN GRAF FRIEDRICH, Deutschland, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, in: F. von Westphalen/B. Jud (Hrsg.), 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2005, S. 1-384. VUIA MIHAI, Die Verantwortlichkeit von Banken in der Krise von Unternehmen, Diss. Hamburg, Berlin 2007. WALTER HANS PETER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, in: ZSR 120 I (2001), S. 79-100. WEBER PHILIPP, Paulianische Anfechtung von (Sanierungs-)Darlehensrückzahlungen. Bemerkungen zu BGE 5A_29/2007 vom 29. Mai 2008 = 134 III 452, in: Jusletter vom 20. Oktober 2008. WÜTHRICH KARL, Globalzession und Insolvenz, in: S. Emmenegger (Hrsg.), Kreditsicherheiten, Basel 2008, S. 213-231. DERSELBE, Paneldiskussion: Wie weiter nach der Swissair-Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: S. Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010, S. 227-238. ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Construction et Finance, Journées du droit de la construction 2003, S. 7-38.

Materialienverzeichnis

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Principles for Enhancing Corporate Governance, Oktober 2010, abrufbar unter <www.bis.org/publ/bcbs176.htm> (17.10.2010). EXPERTENKOMMISSION, Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen, 4. Oktober 2010, abrufbar unter <www.sif.admin.ch/dokumentation>, Zahlen und Fakten, Berichte, Expertenkommission „Too big to fail“ (17.10.2010). SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK, Bericht zur Finanzstabilität 2010, abrufbar unter <www.snb.ch/de/mmr/reference/stabrep_2010/source/stabrep_2010.de.pdf> (17.10.2010).

Einleitung

Die Bank ist bei Bauprojekten in vielfacher Weise involviert: Die Beteiligten führen bei ihr ein oder mehrere Bankkonten, sie tätigen Überweisungen, sie beanspruchen (Konsortial-)Kredite, Garantien und Akkreditive. Banken sind aber auch in der Beratung von komplexen Bauvorhaben und deren Finanzierung involviert, sie strukturieren die entsprechenden Finanzinstrumente und beteiligen sich am Vertrieb.¹ Bei all diesen Konstellationen stellt sich die Frage nach der Haftung der Bank, und vorfrageweise, welchen Pflichten sie überhaupt unterliegt.

Die Bankenverordnung definiert die Bank als Unternehmen, welches das Zinsdifferenzgeschäft betreibt: Sie nimmt Einlagen aus dem Publikum entgegen und gibt sie mit einem Zinsaufschlag an interessierte Kreditnehmer weiter.² Der Blick auf die Erfolgsrechnungen der Schweizer Banken zeichnet allerdings ein differenzierteres Bild: Längst nicht alle Banken erwirtschaften mit dem Zinsdifferenzgeschäft den Hauptteil ihres Ertrages.³ Trotzdem spielt die Kreditfähigkeit für die Banken eine wichtige Rolle, weshalb im vorliegenden Beitrag der Fokus auch auf dieser Tätigkeit und den daraus resultierenden Haftungskonstellationen liegt.

I. Die Haftung gegenüber dem Baukreditnehmer

Wer bauen will, benötigt in aller Regel einen Bankkredit.⁴ Das gilt für den privaten Erbauer des langersehnten Eigenheims genauso wie für die Bauunternehmen mit ihren Grossprojekten.⁵ Lässt sich das Projekt nicht oder nicht wie geplant realisieren, und gerät der Baukreditnehmer dadurch in finanzielle Schwierigkeiten oder gar in Konkurs, so stellt sich die Frage, ob die Bank im Hinblick auf die Verwendung des Kredits, konkret also im Hinblick auf das Bauprojekt, Informationspflichten⁶ gehabt hätte, deren Verletzung eine Schadenersatzpflicht nach sich ziehen würde. Die Thematik der Informationspflichten seitens der Bank mag auf den ersten Blick irritieren. Denn grundsätzlich ist der Kreditnehmer derjenige, der die Bank über eine Vielzahl von Einzelpunkten in Kenntnis setzen muss, um überhaupt einen Kredit zu bekommen.⁷ Die Bank ihrerseits wird – so würde man annehmen – zwar ohne Rechtspflicht, aber aus Eigeninteresse sehr genau prüfen, wer ihr Schuldner und welches sein Investitionsprojekt ist. Die Subprime-Krise hat allerdings gezeigt, dass die Banken diese Prüfung nicht immer sorgfältig vorgenommen haben. Auch in der Schweiz hat es eine solche Phase gegeben, sie hat zur Immobilienkrise der 90er Jahre geführt. Auf diese Zeit gehen auch die ersten Bundesgerichtsentscheide zurück, die sich spezifisch zur Haftung der kreditgebenden Bank bei Baukrediten

¹ Beispielsweise im Zusammenhang mit Asset Deals, Share Deals, Sacheinlagen, Kauf von Projektentwicklungen, Sale & Leaseback, oder im Zusammenhang mit Immobilien-Sacheinlagen in Anlagestiftungen.

² Vgl. Art. 2a BankV. Für den Baukontext vgl. auch ZUFFEREY, *Construction et Finance*, S. 27.

³ Beispielsweise die nachfolgenden, in den Geschäftsberichten 2009 ausgewiesenen Anteile des Zinserfolgs am Betriebsertrag, abrufbar auf den jeweiligen Webseiten der Banken. Die Zahlen sind Annäherungen; der für das Kreditgeschäft massgebliche Zins- und Diskontertrag wird zwar separat ausgewiesen, der (abzuziehende) Zinsaufwand betrifft dagegen alle Zinspositionen, also auch den Zins- und Dividendenertrag aus Finanzanlagen. Im Einzelnen: Bank Julius Bär: 29.4% (S. 44); Bank Vontobel: 10% (S. 10); UBS: 20.4% (S. 271); Credit Suisse Group: 20.7% (S. 213). Anders verhält es sich bei den Kantonalbanken und Raiffeisenbanken: ZKB: 50.4% (S. 81); BEKB: 55.2% (S. 242); Raiffeisen Gruppe: 83% (S. 89).

⁴ Zu den Grundformen etwa EMCH/RENZ/ARPAGAU, *Bankgeschäft*, Rz. 710. Zur Qualifikation als Innominatvertrag vgl. BGer 4C.345/2002 E. 3. Für die Doktrin: STÖCKLI, *Kreditvertrag*, S. 4 f.

⁵ Die Implenla AG weist in ihrem Geschäftsbericht 2009 eine Konsortialkreditlimite von 600 Mio. Sfr. und weitere bilaterale Kreditvereinbarungen von 34.5 Mio. Sfr. aus. Die effektiven Finanzverbindlichkeiten betragen rund 42.8 Mio. Sfr. Vgl. hierzu IMPLENLA, *Geschäftsbericht 2009*, S. 162, <www.implenia.ch>, Investor Relations, Berichte. Andere bankrelevante Zahlen sind: Bankspesen (503'000 Sfr., auf S. 144), Garantiefixkosten (751'000 Sfr., auf S. 144), Zinsaufwand (rund 3.167 Mio. Sfr., auf S. 144).

⁶ Zur Typologie der Informationspflichten siehe CHAPPUIS, *La responsabilité pour l'information*, S. 13 ff.; THÉVENOZ, *Information*, S. 21.

⁷ Zu diesen typischen Nebenpflichten, die im Kreditvertrag festgehalten sind, vgl. STÖCKLI, *Kreditvertrag*, S. 8.

äussern. Zehn Jahre später warnt die Nationalbank wiederum vor einer Überhitzung des Immobilienmarktes. Welche Haftungsrisiken bestehen für die Banken im Verhältnis zu ihren Kreditnehmern, falls es effektiv zu Turbulenzen auf dem heimischen Immobilienmarkt kommen sollte?

A Grundsatz: Selbstverantwortung des Kreditnehmers

„Le banquier n'est pas le tuteur de son client“⁸ lautet das einschlägige Diktum der Weisen vom Mont Repos in Lausanne. Es sei grundsätzlich nicht Sache der Bank, den Kreditbedarf und die Verwendungsabsichten der Kunden zu hinterfragen, auf deren sachliche Rechtfertigung und Zweckmässigkeit zu überprüfen und sich zum Vormund oder Vermögensverwalter aufzuspielen.⁹ Mit diesen Erwägungen lehnte das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 1997 die Widerklage eines Baukonsortiums gegen die kreditgebende Bank ab. Dieses hatte von der Bank einen Kredit in Höhe von rund 20 Mio. Sfr. zur Finanzierung eines Immobilienprojekts erhalten. Die Bank hatte angesichts der finanziellen Schieflage des Projekts das Darlehen fällig gestellt, was zum definitiven Projektende führte. Die Konsorten verlangten im Darlehensprozess widerklageweise Schadenersatz in Höhe der Darlehenssumme von der Bank, unter anderem wegen Verletzung von Informationspflichten.¹⁰ Den Grundsatz der Selbstverantwortung des Kreditnehmers hat das Bundesgericht seither in zahlreichen Entscheiden, namentlich auch solchen im Zusammenhang mit Immobilienprojekten, bestätigt.¹¹

B Ausnahmen

Vom Grundsatz der Selbstverantwortung des (Bau-)Kreditnehmers wird in zahlreichen Fällen abgewichen und eine Informationspflicht der Bank statuiert:¹²

1. Interessenkonflikte

Dem Bankgeschäft sind Interessenkonflikte geradezu inhärent;¹³ sie können zum Teil eliminiert, meist aber lediglich entschärft werden.¹⁴ Die Antwort des Rechts auf unvermeidbare Interessenkonflikte ist das Transparenzgebot: Wo das Risiko einer sachfremden Entscheidung besteht, muss dies offengelegt werden. Das Vorliegen eines Interessenkonflikts begründet daher ausnahmsweise eine Informationspflicht der kreditgebenden Bank.¹⁵

Ein Interessenkonflikt besteht beispielsweise dann, wenn der Kredit und die in diesem Zusammenhang bestellten Hypothekarsicherheiten dazu dienen, einen anderen notleidenden Kredit bei derselben Bank zu tilgen.¹⁶ Die Bank hat diesfalls eine Warnpflicht bezüglich der ihr bekannten

⁸ BGer 4C.82/2005 E. 6.2., unter Hinweis auf BGer 4C.108/2002 E. 2b. So bereits auch BGer 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3c, Pra 1998 S. 829.

⁹ BGer 4C.410/1997 E. 4a, Pra 1998, S. 829.

¹⁰ BGer 4C.410/1997 E. 1, Pra 1998, S. 827 f.

¹¹ Zuletzt BGer 4A_106/2008 E. 7.1 und 7.2., 4A_201/2008 E. 2.2. Vgl. weiter BGer 4C.153/2004 E. 3.1. (Wohnungskauf); BGer 4C.314/2005 E. 1.2.4. (Share Deal).

¹² Für einen Überblick in der Doktrin etwa BERTHEAU, Haftung der Kreditgeberbank, S. 77 ff. (insb. mit Hinweisen auf die deutsche Rechtsprechung). Für Deutschland: BECKER, Verhaltenspflichten, S. 88 ff. (dort mit folgenden, aus der Rechtsprechung hergeleiteten Fallgruppen: Konkreter Wissensvorsprung, besonderer Gefährdungstatbestand, schwerer Interessenkonflikt, Überschreitung der Kreditgeberrolle).

¹³ Zu den „grossen Konfliktfeldern“ vgl. BASEL COMMITTEE, Corporate Governance 2010, Rz. 55: Kreditfähigkeit und Eigenhandel, Geschäfte mit Unternehmen, die Verwaltungsratsmitgliedern oder Mitgliedern der Geschäftsleitung gehören, Konzernstrukturen. Für die kundenbezogenen Interessenkonflikte sei an die Retrozessionsthematik erinnert, vgl. dazu BGE 132 III 460.

¹⁴ Zu den Massnahmen, die nach der Finanzkrise auf internationaler Ebene diskutiert werden, siehe EMMENEGGER/KURZBEIN, GesKR 2010, IV/2.2. (im Erscheinen).

¹⁵ Siehe hierzu auch ROBERTO, Haftung der Bank, S. 114 f.

¹⁶ Vgl. BGer 4C.410/1997 E. 3c, Pra 1998, S. 830 (allgemein im Hinblick auf die Kreditgeschäfte der Bank).

Zahlungsschwierigkeiten der ersten Kreditnehmer.¹⁷ Ähnlich verhält es sich, wenn die Bank mittels Kreditvergabe bereits in ein Bauprojekt investiert hat und dieses vom Projektinitiator wegen finanzieller oder anderer Schwierigkeiten nicht weitergeführt werden kann. Soll die Bank die Projektübernehmer finanzieren, so muss sie ihre Rolle bei der Erstfinanzierung offenlegen, und zwar nicht nur dann, wenn sie aktiv auf die Kreditaufnahme hinwirkt, sondern auch, wenn sie für den entsprechenden Kredit kontaktiert wird.¹⁸ Weiter befindet sich die Bank in ihrer Rolle als Baukreditgeberin in einem Interessenkonflikt, wenn sie gleichzeitig Hypothekargläubigerin des Baugrundstücks ist und die offensichtliche Fehlallokation von Geldern durch die Bauherrin und Eigentümerin zulasten des Baukreditnehmers bewirkt, dass die ihr gegenüber bestehende Hypothekarschuld gemindert wird. Auch in diesem Fall hat sie eine Warnpflicht gegenüber dem Baukreditnehmer.¹⁹

Das Transparenzgebot gilt im Übrigen gegenüber allen Vertragspartnern, also auch im Interbankverkehr: Die Bank kann gegenüber einer anderen Bank haftpflichtig werden, wenn sie verschweigt, dass ein gemeinsamer Konsortialkredit lediglich zur Ablösung der eigenen notleidenden Kredite dient.²⁰ Bei alledem ist zu beachten, dass die Bank dem ersten Kreditnehmer aufgrund des Bankgeheimnisses zur Vertraulichkeit verpflichtet ist. Geheimnispflicht und Informationspflicht können daher aufeinandertreffen. Allerdings erreicht nicht jede Information den Intensitätsgrad einer Bankgeheimnisverletzung; es obliegt der Bank, den ihr zustehenden Spielraum mit Blick auf ihre doppelte Pflichtenbindung geheimniswährend zu nutzen. Dem effektiven Pflichtenkonflikt kann die Bank sodann mittels Vertragsgestaltung entgegenwirken, indem sie sich bei ihren Kreditverträgen vorab für diejenigen Fälle von der Geheimnispflicht entbinden lässt, in denen sie im Rahmen ihrer weiteren Kreditstätigkeit einer vertraglichen Informationspflicht unterliegt. Hat sie sich dieses Recht nicht einräumen lassen, bleibt ihr die Möglichkeit einer Entbindung vom Bankgeheimnis durch den ersten Kreditnehmer für den konkreten Einzelfall.

Was aber, wenn der erste Kreditnehmer die Einwilligung verweigert? In diesem Fall verletzt die Bank das Bankgeheimnis des ersten Kreditnehmers, wenn sie die weiteren Kreditnehmer über geschützte Sachverhalte in Kenntnis setzt. Fraglich ist diesfalls, ob sich die Bank mit Erfolg auf den Rechtfertigungsgrund des Interessenvorrangs berufen kann, indem sie auf ihre Informationspflicht im Rahmen eines weiteren Kreditengagements verweist. Folgt man denjenigen Lehrmeinungen, die für die Aufhebung des Bankgeheimnisses generell den privatrechtlichen Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Interesses (Art. 28 ZGB) genügen lassen,²¹ so erscheint es vertretbar, wenn die Bank geltend macht, ein solches Interesse liege mit Blick auf ihre Kerntätigkeit – nämlich die Kreditvergabe an das Publikum – vor. Davon geht wohl auch die Rechtsprechung aus, denn sie bejaht im Fall von Interessenkonflikten generell eine Informationspflicht der Bank, ohne jeweils die Frage der Bankgeheimnisverletzung separat zu prüfen. Schwierig wird es für die Bank, wenn man für den Interessenvorrang zwischen der privatrechtlichen und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Bank unterscheidet und für den strafrechtlichen Teil auf die dort geltenden Parameter abstellt.²² Beim strafrechtlichen Interessenvorrang gilt die Voraussetzung der absoluten Subsidiarität, wonach das höherwertige Interesse an einem Eingriff in die Geheimnisphäre auf keine andere (rechtmässige) Weise

¹⁷ Vgl. BGer 4C.82/2005, E. 6.2., 6.4.

¹⁸ Referenzfall ist BGH, NJW 1991, S. 693 f. (Aufklärungspflicht einer Bank, die als Hauptgläubigerin an der Sanierung wirtschaftlich interessiert ist). Vgl. zu dieser Fallkonstellation auch ROBERTO, Haftung der Bank, S. 114 f.

¹⁹ Vgl. HGer AG, Urteil vom 3. Dezember 1975, SJZ 72 (1976), S. 380 ff., 383 f.

²⁰ Vgl. BGer 4C.192/1998 E. 2b (dort allerdings nicht entscheidrelevant).

²¹ Vgl. etwa MARGIOTTA, Bankgeheimnis, S. 79 f. Weitere Nachweise bei EMMENEGGER/ZBINDEN, Aufhebung des Bankgeheimnisses, S. 217 f.

²² EMMENEGGER/ZBINDEN, Aufhebung des Bankgeheimnisses, S. 218 f. (allgemein), 253 ff. (Interessenvorrang).

geschützt werden kann. Die Bank hat aber in den hier interessierenden Fällen eine andere Möglichkeit, nämlich den Verzicht auf das zweite Kreditgeschäft.

2. Besonderes Vertrauensverhältnis

Informationspflichten seitens der kreditgebenden Bank entstehen zudem dann, wenn sie mit dem Kreditnehmer in einem gefestigten, über den punktuellen Vertragsschluss hinausreichenden Vertrauensverhältnis steht, aus dem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgeforderte Beratung und Abmahnung erwarten darf.²³ Indiziell liegt ein solches Vertrauensverhältnis vor, wenn es sich beim Kreditnehmer um einen langjährigen Kunden der Bank handelt, der seine gesamten Bankgeschäfte über sie abwickelt, bei ihr sein Wertschriftendepot und seine Altersvorsorgekonten führt und sich in der Vergangenheit von ihr umfassend oder punktuell für Anlageentscheide hat beraten lassen. Beantragt ein solcher Kunde einen (Bau-)Kredit, so lässt sich das Rechtsverhältnis nicht auf das blosse Kreditsynallagma reduzieren.²⁴

3. Erkennbarer Beratungsbedarf

Nach ständiger Rechtsprechung gilt, dass die kreditgebende Bank ausnahmsweise eine Informationspflicht trifft, wenn der unerfahrene Kunde erkennbar auf die Auskunft, den Rat oder die Aufklärung durch die fachkundige Bank vertraut.²⁵ Für den Immobilienbereich folgert das Bundesgericht daraus, dass enttäuschte Erwartungen auf steigende oder mindestens konstante Bodenpreise dann – aber auch nur dann – auf die Bank abgewälzt werden können, wenn sie klarerweise unrealistisch sind und es sich zudem um unerfahrene Kunden handelt.²⁶

4. Wissensvorsprung

Weiter unterliegt die kreditgebende Bank einer Informationspflicht, wenn sie aus fachspezifischem Wissensvorsprung um eine drohende Gefahr einer Anlage weiss, die der Kunde nicht erkennen konnte und der seinen Entscheid über den Vertragsschluss beeinflussen könnte.²⁷ Es handelt sich um die klassische *culpa*-Haftung, die im Fall des Vertragsschlusses durch die vertragliche Haftung absorbiert wird.²⁸ Das alles gilt auch bei Immobilienprojekten. Diese sind zwar gemäss Bundesgericht dem Wesen nach "bankfremd", weshalb die Bank nicht verpflichtet ist, deren Wirtschaftlichkeit unaufgefordert zu überprüfen.²⁹ Unter der besonderen Voraussetzung eines Wissensvorsprungs der Bank um die speziellen Risiken des Projekts trifft sie allerdings auch hier eine Informationspflicht.³⁰ Zur Anschauung mögen folgende, aus der deutschen Rechtsprechung entnommene Fallkonstellationen dienen:³¹ Die Bank ist im Besitz eines dem Kreditnehmer nicht zugänglichen Gutachtens, das versteckte Baumängel beanstandet,³² die

²³ Im Zusammenhang mit Bauprojekten: BGer 4A_201/2008 E. 2.2.; BGer 4C.410/1997 E. 3b und 3c, Pra 1998, S. 829. Verallgemeinert für die kontorelevanten Verfügungen in BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103. Für eine Zusammenfassung der jüngeren Fallkonstellationen siehe ROMY/BLOCH, *Mélanges Tercier*, S. 657 f.

²⁴ Vgl. auch KÖNDGEN, NJW 1994, S. 1510 f., der in der Rechtsprechung des deutschen BGH die Tendenz sieht, bei praktisch allen längerfristigen Kreditvergaben eine Beratungskomponente mit entsprechenden Aufklärungs- und Beratungspflichten anzunehmen.

²⁵ BGer 4C.410/1997 E. 3c, Pra 1998, S. 829 f. Verallgemeinert für die kontorelevanten Verfügungen in BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103. Für eine Zusammenfassung der jüngeren Fallkonstellationen siehe ROMY/BLOCH, *Mélanges Tercier*, S. 657 f.

²⁶ BGer 4C.410/1997 E. 4b, Pra 1998, S. 831.

²⁷ BGer 4C.410/1997 E. 3c, Pra 1998, S. 830, BGE 125 III 86 E. 3c S. 89, m.w.N. Zu den Informationsquellen der Bank vgl. etwa HEINZER, *Responsabilité de la banque*, S. 39 ff.

²⁸ Leitentscheid: BGer 4C.447/1997 E. 3, SJ 1999 I S. 113 (116). Bestätigt u.a. in BGer 4C.205/2006, E. 3.2, m.w.N., BGer 4C.82/2005 E. 7.1.

²⁹ BGer 4C.410/1997 E. 4a, Pra 1998, S. 830; BGer 4C.153/2004 E. 3.1.

³⁰ BGer 4C.410/1997 E. 3c, Pra 1998, S. 830; BGer 4C.153/2004 E. 3.1.

³¹ Vgl. diese und andere Nachweise, auch mit Gegenbeispielen: BECKER, *Verhaltenspflichten*, S. 91.

³² BGH, WM 1988, S. 563 = NJW 1988, S. 1584 (im konkreten Fall nicht vorliegend).

Bank weiss um die Unsicherheit der Finanzierung eines Bauvorhabens oder des Nichtvorhandenseins des notwendigen Baulands,³³ oder sie weiss gar, dass das von ihr finanzierte Projekt mit grosser Wahrscheinlichkeit objektiv unmöglich ist,³⁴ sie hat Kenntnis von Manipulationen oder sie hat erhebliche Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit der Projektinitiatoren.³⁵ Wie schon beim Ausnahmetatbestand des Interessenkonflikts ist auch hier zu beachten, dass die Informationspflichten der Bank mit ihren Geheimnispflichten gegenüber anderen Projektbeteiligten kolligieren können. Die Handlungsalternativen der Bank wurden bereits aufgezeigt.³⁶ Mit Blick auf die soeben erwähnten Beispiele gilt verstärkt, dass die Bank bezüglich des Informationsgehalts einen Spielraum hat, der die Wahrung des Bankgeheimnisses erlaubt. Im Übrigen ist bei der Beurteilung der im Kreditgeschäft auftretenden gegenläufigen Pflichtenbindung der Banken das gesunde Augenmass zu behalten; das werden auch die Gerichte tun, solange man das Bankgeheimnis nicht instrumentalisiert, um ein Kreditgeschäft zu betreiben, das den Grundsätzen einer seriösen Geschäftsführung krass widerspricht.

C Anwendung

1. Der Fall des privaten Baukreditnehmers

Nur wenige Monate nach dem Entscheid über den 20 Millionen-Kredit an das Baukonsortium und dem dort festgehaltenen Grundsatz der Selbstverantwortung des Kreditnehmers³⁷ bejahte das Bundesgericht extensive Erkundigungs- und Informationspflichten der kreditgebenden Bank. Diesmal ging es um einen Kredit in Höhe von 600'000 Sfr. für die Finanzierung eines Eigenheims. Das Gericht hielt fest, die Bank müsse bei einem Privatkredit die Vermögens- und Einkommenslage der Kunden überprüfen, über vorhandene Sicherheiten Erkundigungen anstellen, die öffentlichen Register konsultieren und sich über die Verwendung des Kredits ins Bild setzen, andernfalls sie eine Haftung treffe.³⁸ Das Bundesgericht stützte seine Erwägungen massgeblich auf eine Publikation von CHAUDET, der zudem an der zitierten Stelle festhält, dass die Bank bei der Vergabe eines privaten, eigenheimbezogenen Hypothekarkredits einer besonders ausgeprägten Treuepflicht unterliege.³⁹ In einer späteren Entscheid aus dem Jahr 2004 betreffend einen Hypothekarkredit in Höhe von insgesamt 408'000 Sfr. nahm das Bundesgericht seine Rechtsprechung bezüglich der Selbstverantwortung des Kreditnehmers wieder auf und bezog sich dabei ausdrücklich auf den eingangs erwähnten Baukonsortien-Kredit, wonach die Bank nur im Ausnahmefall Informationspflichten unterliegt, namentlich im Falle eines Wissensvorsprungs.⁴⁰

Im Ergebnis ist bezüglich des ersten Bundesgerichtsentscheids mit seinen extensiven Abklärungs- und Informationspflichten und seiner absoluten Formulierung Zurückhaltung geboten. Der Hypothekarkredit bildet keine informationelle Sonderkategorie innerhalb der Kreditverträge. Noch weniger wird man aus dem Entscheid die Pflicht der Bank zur Vertragsverweige-

³³ BGH, WM 1990, S. 923 (kombiniert mit einem Interessenkonflikt).

³⁴ BGH, WM 1985, S. 994 f.

³⁵ BGH, WM 1989, S. 1368 ff. (1370) = NJW 1989, S. 2879 ff. (2880).

³⁶ Siehe oben Punkt B.1.

³⁷ BGer 4C.410/1997 E. 3c, Pra 1998, S. 829.

³⁸ BGer 31.10.1997, RVJ 1999, S. 217. Im Entscheidfall unterliess die Bank die Überprüfung, ob die Kreditnehmer effektiv über die von ihr geforderten Eigenmittel in Höhe von 242'000 Sfr. verfügten. Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht die Haftung der Bank aufgrund der besonderen Umstände: Die Kreditnehmer wurden durch einen Vermögensverwalter vertreten, ein Architekt war mit der Überwachung der Bauarbeiten beauftragt, die Einkommenssituation der Kreditnehmer gab zu keinen Bedenken Anlass und die Kreditnehmer konnten der Bank auch Sicherheiten übereignen.

³⁹ Vgl. CHAUDET, ZSR 113 II (1994) S. 52 ff., 54.

⁴⁰ BGer 4C.153/2004 E. 3.1.

rung folgern können.⁴¹ Genauso wenig enthält allerdings der zweite Entscheid einen informationellen Freischein für die Banken. Das Bundesgericht begründete die fehlende Informationspflicht nämlich damit, dass die Kreditnehmer von einer Treuhänderin beraten wurden, der Preis des Wohnobjekts und die Kreditvergabe angesichts der finanziellen Verhältnisse der Kreditnehmer vernünftig war, und dass die Kreditnehmer zudem vorgängig nicht Kunden der Bank waren.⁴² Tatsächlich kann man nicht daran vorbeisehen, dass sich die privaten Bau- oder Hypothekarkredite tendenziell im informationellen Pflichtenbereich befinden, der durch das besondere Vertrauensverhältnis und das erkennbare Beratungsbedürfnis abgesteckt wird. Das Familienheim ist eine Anlage, die regelmässig auch Vorsorgecharakter aufweist und die jedenfalls beim langjährigen Bankkunden Teil einer umfassenden Finanzplanung bildet. Ein solches Geschäft kann nicht ohne weiteres auf das blosses Kreditsynallagma reduziert werden, sondern es unterliegt mit Blick auf die nachhaltige schuldnerische Finanzierbarkeit gewissen Abklärungs- und Informationspflichten seitens der Bank.

Vor diesem Hintergrund ist Folgendes zu beachten: Nach Angaben der Schweizerischen Nationalbank wurden für das Jahr 2009 selbst bei konservativster Schätzung Neuhypotheken in Höhe von 6 Mrd. Sfr. vergeben, bei denen die bankinternen Vergabekriterien nicht eingehalten wurden.⁴³ Bei einem Zinsanstieg von 3% könnten 17% der Haushalte die Hypothekarzinsen nicht mehr bezahlen.⁴⁴ Die Schweizerische Nationalbank hält einen solchen Zinsanstieg für plausibel.⁴⁵ Führt man sich die vorerwähnten informationellen Parameter vor Augen, so ist die Kreditvergabe ohne Aufklärung über einen möglichen Zinsanstieg und unter Verletzung der eigenen Vorgaben für eine sorgfältige Kreditvergabe jedenfalls mit Blick auf eine bestimmte Kundenkategorie mit einem Haftungsrisiko für die Bank verbunden.⁴⁶

2. Der Fall des professionellen Bauinvestors

Ohne Zweifel will das Bundesgericht im Fall des professionellen Bauinvestors die Informationspflichten der Bank restriktiver handhaben als im privaten Baukontext. Der professionelle Bauinvestor soll seine Finanzkraft selbst einschätzen, die unternehmerische Entscheidung selbständig fällen und auch das damit zusammenhängende Risiko tragen.⁴⁷ Immerhin besteht selbst in diesen Fällen eine Aufklärungspflicht der Bank, wenn sie über einen Wissensvorsprung bezüglich der wirtschaftlichen Risiken eines Projekts verfügt. Dass ein solcher Wissensvorsprung besteht, ist nicht unrealistisch: Die Banken verfügen heute aufgrund ihrer breiten Tätigkeit im Immobiliensektor und dank ihrer Researchabteilungen über beachtliche Informationsressourcen, und zwar sowohl auf der Mikroebene des Einzelprojekts als auch auf der Makroebene der Marktentwicklung.⁴⁸

⁴¹ Für den Ausnahmefall einer Kreditverweigerungspflicht vgl. den Entscheid des OLG Düsseldorf, WM 1993, S. 2207: Die Bank finanzierte dem Kunden den Kauf einer Eigentumswohnung. Das Geschäft diente dem Zweck, dem Kunden ein Sicherungsmittel für einen neuen Konsumkredit zu beschaffen, den der Kunde sonst mangels Kreditwürdigkeit nicht mehr erhalten hätte. Dem Kunden wurde die Idee des Geschäftsmodells durch einen (Bank-)Vermittler unterbreitet.

⁴² BGer 4C.153/2004 E. 3.2.

⁴³ SNB, Finanzstabilität 2010, S. 30 f. Gemäss SNB haben Banken mit einem kumulierten Marktanteil von 30% die Frage nach der Abweichung von internen Vergabekriterien nicht beantwortet. Die Zahl muss daher über 6 Mrd. Sfr. liegen.

⁴⁴ SNB, Finanzstabilität 2010, S. 31.

⁴⁵ SNB, Finanzstabilität 2010, S. 31.

⁴⁶ Zum Haftungsumfang vgl. BGer 4C82/2005 E. 7, unter Hinweis auf BGer 4C.410/1997 E. 1, Pra 1998, S. 827 f. Für die deutsche Lehre und Rechtsprechung siehe BECKER, Verhaltenspflichten, S. 203 f.; KÖNDGEN, NJW 1994, S. 1511.

⁴⁷ BGer 4C.410/1997 E. 4a, Pra 1998, S. 830 f.

⁴⁸ Zu den Informationsressourcen der Bank etwa BGer 5A_386/2008 E. 5.2.; BGer 5A_116/2009 E. 7.1., 7.4. (mit Blick auf die Möglichkeit der kreditgebenden Banken, den drohenden Konkurs ihres Schuldners zu erkennen).

Voraussetzung für die Informationspflicht ist allerdings nicht das Wissen, sondern der Wissensvorsprung.⁴⁹ „Aufklärung füllt Lücken im Wissen, und wo kein Loch ist, gibt es nichts zu füllen.“⁵⁰ So hat das Bundesgericht die Haftung der Bank für einen kommerziellen Grundstückskauf abgelehnt und dem Solidarschuldner vorgehalten, es habe ihm nicht entgehen können, dass das auf dem Grundstück stehende Gebäude alt, verfallen und zudem denkmalgeschützt sei.⁵¹ In einem anderen Fall, der auf die Immobilienkrise der 90er Jahre zurückgeht, hat das Bundesgericht einen nicht offenbaren konjunkturellen Wissensvorsprung der Bank verneint, als das Immobilienprojekt scheiterte.⁵² Im Ergebnis ist jeweils für den Einzelfall zu prüfen, ob die Bank bezüglich des spezifischen Bauprojekts oder bezüglich der allgemeinen Marktentwicklungen über einen Wissensvorsprung verfügte. Häufig dürften diese Fälle nicht vorkommen. Einige Anschauungsbeispiele liefert die oben referierte deutsche Rechtsprechung.⁵³

D Sonderfall: Verweigerung der Kreditfazilität

Wie verhält es sich, wenn die Bank der Bauherrin vertraglich (im Grund- bzw. Rahmenvertrag)⁵⁴ eine Kreditlimite einräumt, und sie bei deren Abruf die Gewährung des Kredits verweigert?⁵⁵ Die Antwort richtet sich in erster Linie nach den Bestimmungen des Rahmenvertrags.⁵⁶ Dieser räumt der Bank regelmässig weite Gestaltungsmöglichkeiten ein, indem die Bank etwa das Recht erhält, „Inanspruchnahmen nach freiem Ermessen und ohne Angabe von Gründen abzulehnen.“⁵⁷

Die Bank wird sich allerdings kaum mit Erfolg auf ihr umfassendes Verweigerungsrecht berufen können. Auch der Kreditvertrag wird bei der praktischen Entscheidungsfindung vom Vertrauensprinzip beherrscht. Die Ausstiegsklausel ist demnach so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste.⁵⁸ Mag ihr Wortlaut auch klar erscheinen, so ist sie dennoch Teil des Gesamtvertrages. Spricht dieser gleichzeitig davon, der Kredit werde gewährt, verlangt er sodann vom Kreditnehmer Sicherheiten, auferlegt er ihm Gebühren und enthält er ausserordentliche Kündigungsregeln,⁵⁹ so wird man gestützt auf das Vertrauensprinzip davon ausgehen können, der Kreditnehmer habe zu Recht mit dem vorbehaltlosen Abschluss des Einzelgeschäfts rechnen können.⁶⁰

Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man im Rahmen der judiziellen AGB-Kontrolle, der ein solcher Vertrag fraglos unterliegt, die Unklarheitsregel anwendet. Danach geht die Unklar-

⁴⁹ Zur fehlenden Pflicht der Bank, sich den Wissensvorsprung aus eigener Initiative zu verschaffen, siehe die zahlreichen Nachweise aus der deutschen Rechtsprechung bei BECKER, Verhaltenspflichten, S. 92 f.

⁵⁰ VON BÜREN/WALTER, ZBJV 2007, S. 500.

⁵¹ BGer 4A_201/2008 E. 2.2. Ähnlich BGH, WM 1988, S. 563 (Sanierungsbedürftigkeit augenfällig).

⁵² BGer 4C.410/1997 E. 4b, Pra 1998, S. 831.

⁵³ Siehe oben Punkt B/4. (Wissensvorsprung).

⁵⁴ Vgl. dazu STÖCKLI, Kreditvertrag, S. 3 ff.

⁵⁵ Zur ähnlichen Frage der Haftung wegen Kündigung des Kreditverhältnisses vgl. BERTHEAU, Haftung der Kreditgeberbank, S. 49 ff.; LÄNZLINGER, Haftung des Kreditgebers, S. 162 ff. Für das deutsche und amerikanische Recht: MÖLLERS, Haftung der Bank, passim.

⁵⁶ Analog verhält es sich im Fall der unentgeltlichen Finanzierungszusage eines Gönnertrusts für eine Kulturbaute; der angekündigte Rechtsstreit um die weitere Finanzierung der Luzerner Salle Modulable wird hier möglicherweise Anschauungsmaterial liefern. Zum Fall selbst etwa NZZ vom 17.11.2010, S. 21; 16.11.2010, S. 12; 9.11.2010, S. 22.

⁵⁷ Beispiel bei STÖCKLI, Kreditvertrag, S. 11. Zur Praxis des jederzeitigen Kündigungsrechts siehe auch LÄNZLINGER, Haftung des Kreditgebers, S. 162.

⁵⁸ BGE 129 III 702 E. 2.4 S. 707, m.w.N. Vgl. auch BGE 126 III 119 E. 2a S. 120.

⁵⁹ Zum Ganzen STÖCKLI, Kreditvertrag, S. 12 f.

⁶⁰ So bereits STÖCKLI, Kreditvertrag, S. 13.

heit, die im Hinblick auf die unter sich unstimmgigen Vertragsklauseln besteht, zulasten der Bank.⁶¹

Als Fazit kann man festhalten, dass die Bank bei der grundlosen Verweigerung der Kreditfazilität in Verzug gerät und unter gegebenen Voraussetzungen zudem schadenersatzpflichtig wird. Allerdings fällt die grundlose Verweigerung des Kreditabrufs nicht in das marktübliche Verhaltensspektrum einer Bank. In praktischer Hinsicht hat die hier beschriebene Rechtslage primär zur Folge, dass die Bank sich bei der Abrufverweigerung zur Angabe von Gründen genötigt sieht, obwohl sie sich ein Blanko-Verweigerungsrecht hat einräumen lassen.

II. Die Haftung gegenüber anderen Projektbeteiligten

Wie verhält es sich mit der Haftung der Bank gegenüber anderen, am Bauprojekt beteiligten Personen? Angenommen, ein Bauunternehmer initiiert ein Bauprojekt (Erwerb, Überbauung, Veräußerung) und suche interessierte Personen, die sich am Projekt mit ihrem spezifischen *know-how* und/oder in finanzieller Hinsicht beteiligen. Diese Personen treten möglicherweise mit der Unternehmer-Bank in Kontakt, oder sie wissen zumindest von deren Engagement. Scheitert das Projekt und erleiden die Projektbeteiligten einen Schaden, werden sie unter Umständen erwägen, gegen die Bank vorzugehen.

A Bonitätsauskunft

Der erste Fall ist zugleich der Einfachste: Die potentiellen Konsorten erkundigen sich bei der Hausbank des Unternehmers über dessen Bonität, die Hausbank gibt eine entsprechende Bestätigung ab. Diese Auskunft erweist sich später als unrichtig, zudem steht auch fest, dass die Bank fahrlässig oder gar vorsätzlich gehandelt hat.⁶² Das ist der (Lehrbuch-)Fall der unrichtigen Bankauskunft, bei dem die Haftung der Bank bereits 1985 höchstrichterlich bestätigt wurde.⁶³ Dogmatisch handelt es sich um einen Vorläufer zur Vertrauenshaftung,⁶⁴ die das Bundesgericht mit dem *Swissair-Fall*⁶⁵ knapp zehn Jahre später in den schweizerischen Rechtsgarten einpflanzte – es herrscht noch heute Streit darüber, ob es sich um eine Blume oder ein Unkraut handelt.⁶⁶

B Kreditzusage zugunsten des (Haupt-)Unternehmers

Schwieriger wird die Beurteilung der Haftungsfrage, wenn die Bank – öffentlich oder zumindest gegenüber den interessierten Projektbeteiligten – bekannt gibt, dass sie dem Unternehmer eine Kreditlinie eingeräumt hat.⁶⁷ Resultieren daraus Haftungsrisiken für die Bank? Praktisch relevant wird die Frage dann, wenn die Bank ihre Kreditzusage an Bedingungen knüpft, die in der Folge nicht eintreten und die Zusage hinfällig wird, oder wenn sie von ihrem umfassenden Kündigungsrecht Gebrauch macht und den Kredit fällig stellt. Gerät der Unternehmer in

⁶¹ Zur Unklarheitsregel etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, Rz. 1231, m.w.N.

⁶² Ein Vorsatz wäre denkbar, wenn die Bank sich vom Mittelzufluss eigene Vorteile verspricht, etwa weil zu ihren Gunsten eine Globalzession besteht und sie somit vorab Zugriff auf diese Gelder erhält.

⁶³ BGE 111 II 471. Zuvor bereits BGE 80 III 41 (falsche Auskunft des Konkursverwalters).

⁶⁴ Die Auskunftshaftung ist seither verstärkt unter dem Blickwinkel der Vertrauenshaftung behandelt worden, vgl. dazu HEINZER, *Responsabilité de la banque*, S. 258 f.

⁶⁵ BGE 120 II 331 (1994). Vom „*Swissair-Fall*“ kann man heute allerdings nur noch unter Vorbehalt sprechen, denn die *Swissair* hat uns nicht nur einen hochfliegenden Nationalstolz und danach ein ebenso bodenloses Nationaltrauma beschert, sondern – allein ab dem *Grounding* gerechnet – rund 125 Gerichtsentscheide. Siehe dazu BERNHARDT, *Jusletter* vom 9. August 2010.

⁶⁶ So der Titel des Beitrags von HANS PETER WALTER: *Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?*, in: ZSR 120 I (2001), S. 79-100.

⁶⁷ Für mögliche Haftungsrisiken gegenüber Dritten im Falle der effektiven Kreditvergabe siehe die Dissertation von HEINZER, *Responsabilité de la banque*, S. 13 ff. Für das deutsche Recht VUIA, *Verantwortlichkeit von Banken*, S. 230 ff.

Konkurs, werden die übrigen Beteiligten versuchen, sich an der Bank schadlos zu halten. Da sie keinen Vertrag mit der Bank haben und die unerlaubte Handlung regelmässig am objektiven Widerrechtlichkeitsbegriff scheitert,⁶⁸ bleibt als primäre Haftungsgrundlage die Vertrauenshaftung.

1. Allgemeines zur Vertrauenshaftung

Die erfolgreiche Geltendmachung eines Haftungsanspruchs aus Vertrauen⁶⁹ setzt ein Mehrfaches voraus: Erstens ist eine rechtliche Sonderverbindung zwischen dem Schädiger und der Geschädigten gefordert, zweitens bedarf es eines schutzwürdigen Vertrauens seitens der Geschädigten, das drittens treuwidrig verletzt wurde, viertens muss ein Schaden vorliegen, der fünftens eine kausal-adäquate Folge der Verletzungshandlung bildet. Sechstens schliesslich hat der Schädiger nachzuweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.⁷⁰ Schlagwortartig lassen sich die Haftungsvoraussetzungen im Vertrauenskontext also wie folgt umreissen: Sonderverbindung, schutzwürdiges Vertrauen, treuwidrige Enttäuschung, Schaden, adäquate Kausalität und Verschulden. Als negative Voraussetzung kommt gemäss jüngster Rechtsprechung hinzu, dass die vertrauende Partei nicht bewusst auf eine faktisch mögliche und im konkreten Fall geschäftsübliche vertragliche Abrede verzichtet hat.⁷¹

2. Leitentscheid des Bundesgerichts

Im Mai 2005 fällte das Bundesgericht einen viel beachteten Entscheid zur Haftung der Banken gegenüber Dritten für eine Kreditzusage: Es handelt sich um den Fall *Swissair/Credit Suisse*.⁷² Die Käufer von SAir-Obligationen hatten der Swissair-Leitung und der Credit Suisse vorgeworfen, sie habe im April 2001 an der Swissair-Generalversammlung über eine Konsortialkreditlimite von 1 Mrd. Sfr. informiert.⁷³ Im Anschluss daran sei wiederholt öffentlich erklärt worden, die Liquidität der SAir sei damit gesichert. Ende September 2001 habe die Credit Suisse mitgeteilt, die Kreditzusage sei wirkungslos. Einen Monat später habe die SAir das Gesuch um Nachlassstundung eingereicht. Die Käufer forderten unter anderem von der Credit Suisse Schadenersatz infolge Wertverlusts der Obligationen mit dem Argument, sie hätten die Obligationen im Vertrauen auf diese Kreditzusage erworben.

Das Bundesgericht prüfte die Ansprüche sowohl im Lichte von Art. 41 OR (wegen Verletzung von Strafrechtsbestimmungen mit Schutznormcharakter)⁷⁴ als auch unter dem Aspekt der Vertrauenshaftung. Es wies die Klage ab mit der Begründung, es fehle an der Wesentlichkeit der Kreditzusage für die Obligationenkäufe. Die Käufe seien einerseits drei Wochen vor und dann einen Monat nach der Kreditzusage erfolgt, im Übrigen hätten die Kläger in ihrer Rechtschrift

⁶⁸ Zur Haftung der Bank gestützt auf Art. 41 OR ausführlich HEINZER, *Responsabilité de la banque*, S. 117 ff.

⁶⁹ Für einen Überblick vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, Nr. 982b ff. Grundlegend die Habilitationsschriften von CANARIS (1971) und LOSER (2006).

⁷⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, Nr. 982e ff. Aus jüngerer Zeit: BGE 133 III 449 E. 4.1. S. 451 f.; 134 III 390 E. 4.3.2. S. 395 f.; BGer 4A_306/2009 E. 5. Zum Sondercharakter dieser Entscheidkonstellationen siehe unten Punkt C (Haftung bei Fehlallokation durch den [General-]Unternehmer). Für eine Besprechung der jüngsten Entscheide siehe auch BURG/VON DER CRONE, SZW 2010, S. 419 ff.

⁷¹ BGE 133 III 449 III E. 4.1. S. 452 (Gotthardtunnel); BGer 4A_306/2009 E. 5.1. (Interbankengeschäft). Vgl. hierzu auch die Ausführungen unter Punkt C (Haftung für Fehlallokation des (General-)Unternehmers, letzte zwei Absätze).

⁷² BGer 4C.70/2005, X. AG gegen Lukas Mühlemann, Mario Corti, Andres F. Leuenberger, Bénédicte Hentsch, Credit Suisse First Boston AG. Corti, Leuenberger und Hentsch waren im relevanten Zeitpunkt Verwaltungsräte der SAirGroup, Lukas Mühlemann war gleichzeitig Verwaltungsratspräsident sowie CEO der Credit Suisse First Boston. Für einen Überblick zur Swissair-relevanten Rechtsprechung BERNHARDT, Jusletter vom 9. August 2010.

⁷³ Informiert hatte VR-Präsident Mario Corti. Anwesend war allerdings auch VR Lukas Mühlemann, der gleichzeitig CEO der Credit Suisse (First Boston) war.

⁷⁴ Namentlich: Art. 151 StGB (arglistige Vermögensschädigung), Art. 152 StGB (unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe).

zahlreiche andere Gründe für eine Investition in SAir-Obligationen genannt. Unter diesen Umständen erscheine der Milliardenkredit nicht als Auslöser, sondern als ein Steinchen in einem Mosaik von Motiven, die zum Obligationenkauf führten.⁷⁵ Das Bundesgericht verneinte mithin, dass es die Kreditzusage war, die bei den Klägern die berechtigte Erwartung auf eine gewinnbringende Investition geweckt und sie zur Vermögensdisposition bewegt hatte. Die Klage scheiterte also an der Voraussetzung des schutzwürdigen Vertrauens. Das Bundesgericht führte seine Argumentation allerdings unter dem Titel der fehlenden Kausaladäquanz, was insofern unzutreffend ist, als die Kausaladäquanz die Frage zwischen der schädigenden Handlung⁷⁶ und dem Schaden beschlägt und nicht die Frage, ob ein Verhalten für die Vermögensdisposition der vertrauenden Person wesentlich war.

3. Relevanz im Baukontext

Im Baukontext liegen die Dinge regelmässig anders als im Fall Swissair/Credit Suisse. Dies gilt namentlich für das vom Bundesgericht verneinte Tatbestandselement des schutzwürdigen Vertrauens, wonach die vertrauende Partei gestützt auf die Kreditzusage zu einer Vermögensdisposition geschritten ist.⁷⁷ Im Baukontext entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass für die Mitbeteiligten die Kreditzusage einer Bank für ihren Beteiligungsentschluss wesentlich ist. Diese Haftungsvoraussetzung bietet also keine massgeblichen Probleme.

Auch das Tatbestandselement der rechtlichen Sonderbeziehung wird gemeinhin vorliegen. Dieses verlangt eine Nähe der Parteien zueinander, die sich vom zufälligen und ungewollten Zusammentreffen, wie es der Deliktshaftung zugrunde liegt, unterscheidet.⁷⁸ Im Baukontext richtet sich die Kreditzusage entweder direkt an die Investoren, oder aber sie erfolgt gegenüber den Projektinitianten. Letzteres genügt, denn Vertrauen kann auch gegenüber Unbekannten begründet werden, etwa über ein Dokument oder über die Weiterleitung von Äusserungen. Massgeblich ist, dass die Bank mit der Weitergabe ihrer Kreditzusage an Dritte rechnen musste.⁷⁹

Die entscheidende Hürde für die Klage gegen die Bank aus Vertrauenshaftung liegt darin, dass ihr Ausstieg aus dem Kreditgeschäft das geschaffene Vertrauen *pflichtwidrig* verletzt. Dass ein Kredit nicht bedingungslos erfolgt und dass er zudem auch gekündigt werden kann, ist allen Beteiligten als Wissensstand zu unterstellen. Werden die Bedingungen nicht erfüllt oder bestehen Gründe für eine Kündigung, so liegt im Rücktritt der Bank jedenfalls nicht automatisch eine Pflichtwidrigkeit. Die Bank darf und muss vielmehr ihre definitive Kreditentscheidung von den Regeln des sorgfältigen Bankgeschäfts abhängig machen. Treu und Glauben verletzt sie nur, wenn sie eine Kreditzusage als definitiv erscheinen lässt, obwohl das Vorliegen der Kreditbedingungen noch keineswegs sicher ist. Ist die Kreditzusage unsicher, hat die Bank eine entsprechende Informationspflicht, die durchaus genereller Art sein kann und insofern auch keine Geheimnisverletzung gegenüber ihrem Kreditnehmer darstellt.⁸⁰ Treu und Glauben verletzt sie zudem, wenn sie den Kredit ohne jeden Grund fällig stellt und sie vorher ein langfristiges Engagement kommuniziert hat. Die praktische Relevanz der zweiten Konstellation dürfte sehr gering sein, da sich das Handeln der Bank nach den Regeln der ökonomischen Rationalität richtet und sie sich kaum je grundlos von einem (lukrativen) Zinsdifferenzgeschäft distanziert. Hat sie aber einen Grund, so verletzt sie keine Treuepflichten, denn diese gehen nicht so weit, als dass sie wider besseres Wissen aus Gründen der gleichmässigen Risikoverteilung das Projekt bis zum definitiven Scheitern mittragen müsste.

⁷⁵ BGer 4C.70/2005 E. 3.2.2.

⁷⁶ Sie besteht vorliegend im Rücktritt vom Kreditgeschäft.

⁷⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, Nr. 982g, m.w.N.

⁷⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, Nr. 982f.

⁷⁹ BGE 130 III 345 E. 2.2. S. 350.

⁸⁰ Zu dieser Problematik vgl. ROBERTO, Haftung der Bank, S. 118 f.

Bejaht man im konkreten Fall die Pflichtwidrigkeit, so bieten die übrigen Tatbestandselemente (Schaden, adäquate Kausalität, Verschulden) keine grösseren Probleme. Die negative Voraussetzung des bewussten Verzichts auf eine mögliche und geschäftsübliche vertragliche Abrede kommt im vorliegenden Fall nicht zum Tragen, weil die konkreten Umstände die Einforderung einer formell-vertraglichen Zusicherung aus objektiver Sicht nicht nahelegten.

4. Fazit

Die Rücknahme einer Kreditzusage seitens der Bank führt längst nicht in allen Fällen zu einer Haftung gegenüber den anderen Projektbeteiligten. Ein Haftungsrisiko für die Bank besteht aber dann, wenn sie im Wissen um verbleibende Kredithürden gegen aussen den Anschein eines definitiven Kreditengagements erweckt.

C Fehlallokation von Baugeldern durch den (General-)Unternehmer

Jeder Schweizer und jede Schweizerin führt mindestens ein Bankkonto. Im Baukontext ist dies nicht anders, im Gegenteil: Ein Generalunternehmer führt regelmässig für jedes Bauprojekt mehrere Konten, die spezifischen Zwecken dienen. Diese Konten führt er zuweilen bei einer anderen Bank als die Bauherrin. Was aber, wenn die an ihn überwiesenen Gelder nicht für den vorgesehenen Zweck verwendet werden? Die Frage wird dann relevant, wenn der Generalunternehmer in Konkurs fällt. Kann die Bauherrin⁸¹ die *Bank* des Generalunternehmers hierfür zur Verantwortung ziehen, ohne dass die fragliche Bank sich vertraglich zur Überwachung der Zahlungsaufträge verpflichtet hat?

Die Antwort des Bundesgerichts auf die Frage lautet „nein“ – jedenfalls nicht im Normalfall. Den „Normalfall“, den das Bundesgericht zu entscheiden hatte,⁸² handelte von einem Baukonsortium, das einen Generalunternehmer mit einem Bauprojekt betraut hatte. Der Generalunternehmer führte bei seiner eigenen Bank ein allgemeines Projektkonto und ein Konto für die Subunternehmer. Auf das Subunternehmerkonto wurden rund 3.7 Mio. Sfr. überwiesen. Bis zum Konkurs des Generalunternehmers wurden die Subunternehmer auch effektiv bezahlt. Daneben wurden allerdings mit dem Wissen der GU-Bank rund 880'000 Sfr. für andere Zwecke verwendet, unter anderem für Lohnzahlungen an die Angestellten des Generalunternehmers.⁸³ Das Bundesgericht verneinte eine Haftung der Bank; der Kontovertrag bestehe nur zwischen der Bank und dem Generalunternehmer, das Baukonsortium könne daraus keine Rechte ableiten.⁸⁴ Die Bauherrschaft könne sich gegen Fehlallokationen vertraglich absichern.⁸⁵ Wenn sie dies nicht tue, müsse sie die Konsequenzen tragen.⁸⁶

Die Rechtsprechung ist streng, und dies in zweierlei Hinsicht. Erstens stellt sie vergleichsweise hohe Anforderungen an den Nachweis der vertraglichen Bindung zwischen der kontoführenden

⁸¹ Für die Ansprüche der kreditgebenden Bank der Bauherrin gegen die andere Bank vgl. BAUMANN, *Baukredit*, S. 238; BIERI, *Kredit und Konsortium*, S. 99 ff. Für den Fall der Subunternehmer gegenüber der kreditgebenden Bank siehe HEINZER, *Responsabilité de la banque*, S. 180 ff., mit Hinweisen auf die französische Gesetzgebung, die eine Überwachungspflicht der Banken explizit vorschreibt.

⁸² BGE 136 III 14. Vorinstanz: KGer VS, Urteil vom 23. Juni 2009, C1 08 40 (nicht publiziert).

⁸³ BGE 136 III 14 E. 2.3. S. 18; KGer VS, Urteil vom 23. Juni 2009, C1 08 40, E. 5.d.aa. (explizite Erwähnung der Lohnzahlung).

⁸⁴ BGE 136 III 14 E. 2.3. S. 18 f.

⁸⁵ Mögliche vertragliche Absicherungen: Zahlung durch den Bauherrn unter Anrechnung auf die Leistungspflicht gegenüber dem GU, Zahlung an GU nur unter Nachweis von dessen Zahlung an den Subunternehmer. Vgl. auch BGer 4C.215/2004 E. 3.1. Für die Lehre etwa GAUCH, *Werkvertrag*, Nr. 186, m.w.N.

⁸⁶ BGE 136 III 14 E. 2.3. S. 19. Das vorentscheidende Walliser Kantonsgericht hatte für diesen spezifischen Schadensposten noch anders argumentiert: Die Subunternehmer seien bezahlt worden; wären die Gelder auf dem Konto verblieben, so hätte die Bank aufgrund einer zu ihren Gunsten eingeräumten Globalzession sowieso auf diese zugreifen können. Also fehle es an einem Schaden des Baukonsortiums. KGer VS, Urteil vom 23. Juni 2009, C1 08 40, E. 11.c.

GU-Bank und dem Baukonsortium. Immerhin hatte die GU-Bank im Rahmen einer ersten Finanzierungsphase gegenüber der Baukonsorten-Bank hinsichtlich der Subunternehmerzahlungen eine Treueerklärung abgegeben.⁸⁷ Bezüglich einer zweiten Finanzierungsphase belegten Gesprächsnotizen und Bestätigungsschreiben seitens des Generalunternehmers gegenüber der GU-Bank, dass deren Kontrollaufgaben diskutiert wurden und dass der Generalunternehmer davon ausging, dass die GU-Bank diese Aufgabe übernommen habe.⁸⁸ Hinzu kommt, dass die GU-Bank den Generalunternehmer aufgrund der bei diesem auftretenden finanziellen Schwierigkeiten sehr eng begleitete, er ihr die Zahlungslisten vorlegte und mit ihr prioritäre Zahlungen diskutierte.⁸⁹ Auch war – wie bereits erwähnt – unbestritten, dass die GU-Bank über die Fehlallokationen Bescheid wusste und diesen zustimmte.⁹⁰

Das Bundesgericht verneinte dennoch das Vorliegen einer vertraglichen Bindung und übernahm in der Sache die Sichtweise des vorentscheidenden Walliser Kantonsgerichts, wonach die GU-Bank kein Interesse an einer solchen Verpflichtung gehabt habe und es zudem unwahrscheinlich sei, dass die geschäftserfahrene Konsorten-Bank und das Baukonsortium für eine Frage von solcher Tragweite nicht direkt mit der GU-Bank verhandelt und die Ergebnisse schriftlich festgehalten hätten.⁹¹ Mit anderen Worten verlangt das Bundesgericht liquide Verhältnisse und klare Grundlagen, wenn die kontoführende Bank von einem anderen als dem Kontoberechtigten gestützt auf Vertrag zur Verantwortung gezogen werden soll.

Zweitens zeigt sich auch, dass man in solchen Konstellationen nicht willens ist, auf die Vertrauenshaftung zurückzugreifen. Damit wird eine Rechtsprechungslinie fortgesetzt, die mit dem (Gotthard-)Tunnelfall (BGE 133 III 449) ihren Anfang nahm und die signalisiert, dass jedenfalls dann, wenn die Möglichkeit eines Vertragsschlusses bestand und eine Partei bewusst darauf verzichtet hat, im Nachhinein nicht auf die Vertrauenshaftung ausgewichen werden kann. Im Nachfolgeentscheid zum Tunnelfall, bei dem über die vermeintliche Garantiezusage einer Bank gegenüber der anderen gestritten wurde, hielt das Bundesgericht unmissverständlich fest, es könne im Kreditgeschäft von darin spezialisierten Banken schon grundsätzlich nicht angehen, dass sich diese bei der Kreditgewährung auf informelle Angaben verlassen und bei deren Nichteinhaltung die Vertrauenshaftung geltend machen. Vielmehr sei von solchen Banken zu erwarten, dass sie substanzielle Sicherheiten im Rahmen vertraglicher Regelungen verlangen, soweit sie dies als erforderlich und wünschenswert erachten.⁹² Diese Auffassung klingt auch in den vorerwähnten Erwägungen des Walliser Kantonsgerichts an.

Mit Blick auf die Voraussetzungen für die Vertrauenshaftung im Allgemeinen ist allerdings zu betonen, dass das Vertrauen als Haftungsgrundlage nicht etwa davon abhängt, dass hierarchisch bedingte Vertragshürden bestehen,⁹³ sondern dass die Vertrauenshaftung *namentlich* in solchen Fällen eine Anwendung findet – in den Worten des Bundesgerichts: „[N]amentlich wenn der Vertragsschluss auf Grund der bestehenden Machtverhältnisse oder der Abhängigkeit des Vertrauenden faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das

⁸⁷ KGer VS, Urteil vom 23. Juni 2009, C1 08 40, E. 2.a.: „[Nous avons] pris note que les retraits sur ce compte s’effectuèrent sous la responsabilité de F et G [Organe des Generalunternehmers] sur la base d’ordres de paiement à émettre notamment en faveur des sous-traitants selon liste provisoire des sous-traitants du 19 juillet 1995.“

⁸⁸ KGer VS, Urteil vom 23. Juni 2009, C1 08 40, E. 2.c: Gesprächsnotiz GU mit der GU-Bank mit dem Eintrag „contrôle des factures sous-traitants – Banque A.“ Schreiben GU an GU-Bank mit Rekapitulation des Gesprächs: „Il a été clairement convenu ... que toutes les factures sous-traitants devaient être contrôlées par la Banque A (lire à ce sujet, protocole écrit à la main le jour de la séance dans les bureaux de la Banque A).“

⁸⁹ KGer VS, Urteil vom 23. Juni 2009, C1 08 40, E. 5.

⁹⁰ KGer VS, Urteil vom 23. Juni 2009, C1 08 40, E. 5.d.aa.

⁹¹ KGer VS, Urteil vom 23. Juni 2009, C1 08 40, E. 2.d.

⁹² BGer 4A_306/2009 E. 5.4.2.

⁹³ So aber BURG/VON DER CRONE, SZW 2010, S. 425 f. A.A. THÉVENOZ/EMMENEGGER, SZW 2010, S. 309.

Geschäft bzw. auf die Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden kann.⁹⁴ Wäre es anders, so würden die Präzedenzfälle zur Vertrauenshaftung (Swissair, Ringerfall, Bankenfall)⁹⁵ die Haftungsvoraussetzungen allesamt nicht erfüllen. Der Vertragsschluss unterblieb dort nicht – oder jedenfalls nicht primär – wegen der ungleichen Machtverhältnisse, sondern weil die allgemeinen Rahmenbedingungen des betreffenden Geschäfts (Swissair) oder die gesellschaftlichen Konventionen (Ringerfall, Bankenfall) die Einforderung einer formell-vertraglichen Zusage nicht nahelegten. Dies war in den beiden neueren Fällen (Gotthardtunnel, Interbankenfall) anders, weshalb die Lausanner Entscheide Zustimmung verdienen. Unrichtig wäre es hingegen, die Vertrauenshaftung auf die Fälle hierarchisch bedingter Vertragshürden zu beschränken. Eine solche Herangehensweise würde das Wesen der Vertrauenshaftung verkennen, deren Rechtfertigung im Kern darin liegt, dass ein bestimmtes Verhalten den *Anschein der Verbindlichkeit* erweckt. Die jüngste Rechtsprechung präzisiert also lediglich einen typischen Ausschlussfall der Vertrauenshaftung: Auf die Vertrauenshaftung kann sich nicht berufen, wer bewusst auf eine faktisch mögliche und im konkreten Fall geschäftsübliche vertragliche Abrede verzichtet hat.

D Handeln als faktisches Organ

Eine weitere Haftungskonstellation, die für Banken nicht nur, aber auch im Baukontext relevant wird, ist die Haftung gestützt auf die faktische Organschaft. Die typische Fallkonstellation liegt darin, dass ein (Bau-)Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten gerät und die kreditmässig bereits engagierte Bank im Anschluss daran beginnt, die Geschäftstätigkeit des Unternehmens eng zu begleiten. Die Sanierungsmassnahmen scheitern, es kommt zum Konkurs. Es folgen Verantwortlichkeitsklagen gegen die formellen und faktischen Organe, namentlich wegen verspäteter Überschuldungsanzeige. Dass eine Bank ihr Kreditengagement überwacht, ist selbstverständlich. Auch, dass sie es – gerade im Sanierungsfall – an überprüfbare Bedingungen knüpft. Fraglich ist, wann das Engagement der Bank in eine faktische Organschaft übergeht.

1. Gläubigertypische vs. organtypische Einflussnahme

Gemäss jüngstem höchstrichterlichem Diktum agiert die Bank, die lediglich ihre Gläubigerinteressen wahrt, nicht als faktisches Organ der betreffenden Gesellschaft.⁹⁶ Anzufügen bleibt, dass es sich um die nach objektiven Gesichtspunkten *übliche* Interessenwahrung handeln muss. Gläubigertypische Einflussnahme führt demnach nicht zur faktischen Organschaft. Hierzu bedarf es vielmehr einer organtypischen Einflussnahme, die zudem eine gewisse Dauerhaftigkeit aufweist. Zwei Fälle, die beide das Verhältnis Bank/Bauunternehmer betrafen, mögen dies verdeutlichen:

Im ersten Fall war es ein Generalunternehmer, der in finanzielle Schwierigkeiten geriet.⁹⁷ Die Bank verfügte zu diesem Zeitpunkt bereits über eine Globalzession. Sie begann, die Geschäftstätigkeit des Generalunternehmers genauer zu verfolgen. Sie verlangte vorläufige Abrechnungen und die Aufsetzung von Mechanismen, die es ihr erlauben sollten, die Entwicklung der finanziellen Lage zu überwachen. Sie verlangte Sanierungsmassnahmen. Sie diskutierte mit dem Generalunternehmer, welche Zahlungen zu begleichen waren. Sie griff schliesslich zweimal direkt in die Geschäftsführung ein, wobei den Interventionen nur einmal eine konkrete Massnahme folgte, nämlich hinsichtlich der Lohnzahlungen für die Angestellten des Generalunternehmers. Das Bundesgericht verneinte die faktische Organschaft der Bank. Die Bank habe im Entscheidfall lediglich ihre Gläubigerinteressen wahrgenommen. Die faktische Organschaft

⁹⁴ BGE 133 III 449 III E. 4.1. S. 452 (Gotthardtunnel); BGer 4A_306/2009 E. 5.1. (Interbankengeschäft).

⁹⁵ BGE 120 II 331 (Swissair-Wibru), BGE 128 III 324 (Ringerfall), BGer 4C.193/2000 (Bankenfall). In der Sache auch BGE 130 III 345 (Gutachter-Fall, dort allerdings Haftung verneint).

⁹⁶ BGE 136 III 14 E. 2.4. S. 21.

⁹⁷ BGE 136 III 14.

erfordere demgegenüber eine dauerhafte Einflussnahme im Sinne einer Führungsfunktion, eine punktuelle Einmischung in die Geschäftsführung reiche nicht.⁹⁸

Im zweiten Fall ging es um die sich in finanziellen Schwierigkeiten befindende Zumbrunn AG.⁹⁹ Diese führte angesichts ihrer Schwierigkeiten eine zweifache Kapitalerhöhung durch, an der sich der damalige Schweizerische Bankverein jeweils über eine Tochtergesellschaft¹⁰⁰ massgeblich beteiligte. Die Zumbrunn AG verpflichtete sich, die Aktien in Tranchen zurückzukaufen, der Tochtergesellschaft ein entgeltliches Beratungsmandat einzuräumen, und ihr die „stille Einsitznahme im Verwaltungsrat“ zu gewähren. Der Verwaltungsrat der Zumbrunn AG bestand aus Eduard Zumbrunn und seiner Frau, ab Herbst 1971 bestand er nur noch aus Eduard Zumbrunn. Die Sitzungsprotokolle belegten, dass jedenfalls ab der zweiten Kapitalerhöhung die Bankvertreter jeweils zu zweit oder zu dritt an den Sitzungen teilnahmen, dass die Entscheidungen finanzieller Tragweite vom Verwaltungsrat getroffen wurden, und dass die Bankvertreter in diesen Fragen wie auch bei anderen Fragen massgeblich mitwirkten. Das Bundesgericht bejahte die Organschaft der Bankenvertreter. Der Schweizerische Bankverein habe sich mit der Minderheitsbeteiligung einen Ausgleich für seine finanziellen Leistungen gesichert, und er habe durch das Vertragskonstrukt gewichtige Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft gewonnen, die er auch wahrgenommen habe. Ob jeweils formell abgestimmt worden sei, spiele keine Rolle; die persönliche Überzeugungskraft und die Machtstellung der Bankvertreter sowie die Tatsache, dass jeweils mindestens zwei solche Vertreter einem einzigen Verwaltungsrat gegenüberstanden, genüge, um die massgebliche Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschaft zu bejahen.¹⁰¹

2. Sonderrisiko der Verrechnungsliberierung

Ein gesteigertes Risiko für die Bejahung einer faktischen Organschaft besteht für die Banken im Falle der Verrechnungsliberierung (debt-equity swap).¹⁰² Bei der Verrechnungsliberierung wird Fremdkapital in Eigenkapital umgewandelt. Für ein Unternehmen in der Krisensituation ist dies eine Möglichkeit, die Unterbilanz oder gar die Überschuldung zu vermeiden. Für die Umwandlung kommen neben den Aktionärsdarlehen insbesondere die Bankdarlehen in Betracht.¹⁰³ Damit begibt sich die Bank allerdings in eine Situation, die dem Zumbrunn-Fall nahe kommt: Sie ist nicht mehr Gläubigerin, sondern Aktionärin, und eine materielle Einflussnahme ohne formelle Leitungsfunktion birgt das Risiko einer Haftung aus faktischer Organschaft.

3. Fazit

Im Ergebnis liegt die Hürde für die Annahme einer faktischen Organschaft der Bank relativ hoch, solange die Bank nicht zusätzlich eine Aktionärsstellung innehat. Die Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit – mag sie auch bedeutsam sein – reicht für sich alleine nicht aus. Es braucht vielmehr eine Einflussnahme „von innen heraus“, so wie sie für das Organ typisch ist.

⁹⁸ Vgl. insgesamt BGE 136 III 14 E. 2.4. S. 21. Zur zentralen Bedeutung der Entscheidungsbefugnis über die Zahlungen vgl. auch HEINZER, *Responsabilité de la banque*, S. 356.

⁹⁹ BGE 107 II 349. Siehe dazu auch LÄNZLINGER, *Haftung des Kreditgebers*, S. 188 ff.

¹⁰⁰ Im Entscheidfall löste die an der zweiten Kapitalerhöhung beteiligte Tochtergesellschaft die erste Tochtergesellschaft ab.

¹⁰¹ BGE 107 II 349 E. 5a S. 354 f.

¹⁰² Zu dieser Figur siehe ROBERTO, *Haftung der Banken*, S. 125 ff.

¹⁰³ Siehe ROBERTO, *Haftung der Banken*, S. 125. Aktuell findet die Diskussion über die Umwandlung auf einer weiteren Ebene statt: Der krisenbedingten Zwangsumwandlung von Fremd- in Eigenkapital im Falle der systemrelevanten (too big to fail) Banken. Siehe EXPERTENKOMMISSION, *Schlussbericht*, S. 45.

E Globalzession zugunsten der Bank

Jeder Bauunternehmer verfügt bei mindestens einer Bank über eine Kreditlinie. Zuweilen lässt sich die Bank im Rahmen ihrer Kreditvergabe¹⁰⁴ eine Globalzession einräumen, häufig in Gestalt einer Sicherungszession. Unter diesem Titel zediert der Unternehmer der Bank alle bisherigen und künftigen Forderungen. Was passiert, wenn der Unternehmer in Konkurs fällt? Welche Rechte hat die Bank, und wo begibt sie sich in potentielle Haftungspositionen? Diese Frage stellt sich selbstredend nicht nur für das Baukonsortium, das allenfalls noch offene Forderungen gegenüber dem Generalunternehmer hat, sondern für alle seine Gläubiger, namentlich auch die Subunternehmer.¹⁰⁵

Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit sich die Bank zur Tilgung ihrer Kreditforderung weiterhin vorab aus den eingehenden Zahlungen befriedigen kann. Das Bundesgericht und die überwiegende Lehre folgen heute der Durchgangstheorie:¹⁰⁶ Forderungen, die vor Konkursöffnung entstanden sind, stehen der Bank zu. Ob sie erst nach Konkursöffnung eingehen, spielt keine Rolle.¹⁰⁷ Forderungen, die nach Konkursöffnung entstehen, fallen hingegen in die Konkursmasse. Das Vorabbefriedigungsrecht der Bank ist also nicht grenzenlos, ab Konkursöffnung gilt auch für sie das Prinzip der relativen Gleichbehandlung der Konkursgläubiger.¹⁰⁸ Für solche später entstandenen Forderungen ist die Bank gegenüber der Konkursmasse herausgabepflichtig und damit haftbar.

Weiter stellt sich die Frage nach den umfangmässigen Schranken der Globalzession. Es gilt das Verbot der übermässigen Selbstbindung im Sinne von Art. 27 ZGB. Die Globalzession darf grundsätzlich nur Forderungen aus dem ordentlichen Geschäftsbetrieb des Zedenten erfassen. Die Zession von Erträgen, die etwa aus dem Verkauf von Beständen im Anlagevermögen resultieren, ist im Lichte von Art. 27 ZGB kritisch; wären sie von der Globalzession erfasst, würde dem Zedenten jeglicher Zugriff auf seine Betriebsmittel entzogen.¹⁰⁹ Die Bank, die solche Mittel erhält, ist mithin herausgabepflichtig.

Im Ergebnis hat also die Bank gestützt auf die Globalzession das Recht, sich aus den Forderungen, die vor dem Konkurs entstanden sind, zu befriedigen. Zahlungen, die bei ihr eingegangen sind oder noch eingehen, darf sie behalten. Zahlungen, die auf den Konten des Unternehmers gutgeschrieben werden, muss die Konkursverwaltung an die Bank überweisen. Das Vorabbefriedigungsrecht der Bank ist umfangmässig durch Art. 27 ZGB beschränkt, der grundsätzlich die Globalzession nur für Forderungen aus der ordentlichen Betriebstätigkeit zulässt.

F Verrechnungsklausel zugunsten der Bank

Die Kreditverträge der Banken enthalten standardmässig eine Verrechnungsklausel, die es der Bank erlaubt, ihre Forderungen gegen den Kunden mit dessen Bankguthaben zu verrechnen. Die Verrechnung ist nach SchkG auch im Konkurs des Kunden/Unternehmers zulässig (Art. 213

¹⁰⁴ Es wird sich regelmässig um einen Betriebskredit handeln; gemäss Auskunft eines Bankjuristen ist die Vereinbarung einer Globalzession im Rahmen eines Baukredits unüblich.

¹⁰⁵ Diesen steht immerhin als weitere Massnahme die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zur Verfügung.

¹⁰⁶ BGE 130 III 248 E 4.1. S. 255. So auch BUCHER, OR AT, S. 547; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, N 3439, m.w.N. aus der Literatur. Anders und zugunsten der Unmittelbarkeitstheorie, wonach die abgetretenen künftigen Forderungen unmittelbar bei der Zessionarin (Bank) entstehen: BGE 41 II 132 E. 3 und 4 S. 135 f.; 57 II 537, 540; 61 II 330 E. 1 S. 331. So auch VON TUHR/ESCHER, OR AT, S. 349; GIRSBERGER, Basler Kommentar, N 48 zu Art. 164 OR.

¹⁰⁷ Zur Anrechnung der eingegangenen Beträge siehe WÜTHRICH, Globalzession und Insolvenz, S. 218 und S. 225 f.: Sie sind auf die Forderung der Bank anzurechnen, eine Konkursdividende ist nur für den Ausfallbetrag geschuldet.

¹⁰⁸ Dieselben Regeln gelten auch für den Fall der (provisorischen und definitiven) Nachlassstundung, vgl. WÜTHRICH, Globalzession und Insolvenz, S. 218 f.

¹⁰⁹ WÜTHRICH, Globalzession und Insolvenz, S. 218.

Abs. 1 SchKG), was vom Bundesgericht im Jahr 2009 denn auch bestätigt wurde.¹¹⁰ Für die Bankguthaben des Unternehmers hat die Bank also ein vertraglich begründetes Recht zur Vorabbefriedigung ihrer Forderungen. Das gilt auch für Zahlungen, die von der Bauherrin geleistet wurden. Mit der Kontogutschrift sind diese Zahlungen in das Vermögen des Unternehmers übergegangen, die Bauherrin hat darauf keinen direkten Zugriff mehr. Selbst eine Fehlallokation dieser Gelder bewirkt nur, dass die Bauherrin einen obligatorischen (meist: bereicherungsrechtlichen) Anspruch auf Rückerstattung hat.¹¹¹

Hier stellt sich die Frage, ob man als Bauherrin den Verrechnungsmodus verhindern kann. Kein solcher Schutz bietet die Einrichtung eines Gemeinschaftskontos, weil in diesem Fall beide Parteien für sich allein Verfügungsberechtigt sind und insofern auch gültig einer Verrechnung zustimmen können. Möglich wäre die Einrichtung eines „Escrow-Accounts“, bei dem die Bank die Gelder treuhänderisch und gemäss gemeinsamer Weisung beider Parteien zu verwalten hätte. Eine praktikable Lösung bietet das allerdings nicht. Denn die Bank kann sich gestützt auf ihre Verhandlungsmacht die Verrechnungsmöglichkeit nach wie vor gegenüber beiden Parteien vorbehalten. Weiter sind mit einer solchen Konstruktion zusätzliche Kosten verbunden und schliesslich liegt es in der Natur eines GU-Vertrages, dass sich die Bauherrin gerade nicht um die Zahlungen an die Subunternehmer und andere Gläubiger kümmert.

III. Konkursrechtliche Haftungsrisiken

Dass sich die Frage der Haftung von Banken bei Bauprojekten namentlich dann stellt, wenn der Projektinitiant finanziell scheitert, erhellen bereits die vorangehenden Ausführungen. An dieser Stelle liegt nun der Fokus noch spezifischer auf dem Konkursrecht, nämlich auf den konkursrechtlichen Anfechtungstatbeständen, insbesondere der Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG). Letztere steht deshalb im Vordergrund, weil sich hier in praktischer Hinsicht die Haftungsrisiken häufen, und weil zudem das Bundesgericht in neuerer Zeit im Zusammenhang mit der Absichtspauliana präjudizielle Pflöcke eingeschlagen hat.

A Kreditrückzahlung kurz vor dem Konkurs

Die Banken behalten sich standardmässig die jederzeitige Fälligestellung ihrer Kredite vor.¹¹² Lässt sich eine Bank, die den finanziell angeschlagenen Bauunternehmer bereits eng begleitet, einen ungesicherten Kredit kurz vor dem Konkurs des Kreditnehmers zurückzahlen, so setzt sie sich dem Risiko einer Absichtsanfechtung aus. Dass sich das Risiko effektiv verwirklichen kann, zeigt die *Swissair-Rechtsprechung* aus dem Jahre 2009: Die Zürcher Kantonalbank und die Landesbank Rheinland-Pfalz mussten 80 Millionen, die Dresdner Bank (heute Commerzbank) der Konkursmasse 50 Millionen zurückerstatten.¹¹³ Im Nachgang zu dieser Entscheidung hat das Bundesgericht in zwei weiteren *swissair*-bezogenen Urteilen betreffend marktübliche Zinszahlungen auf der Stufe der allgemeinen Erwägungen seine rhetorische Schärfe etwas zurückgenommen.¹¹⁴ Die Grundsaterwägungen der Kreditrückzahlungsentscheide sind damit aber nicht in Frage gestellt.

¹¹⁰ BGE 136 III 14 E. 2.2. S. 18.

¹¹¹ BGE 136 III 14 E. 2.2. S. 18.

¹¹² Zur Problematik STÖCKLI, *Kreditvertrag*, S. 11 ff.

¹¹³ Vgl. BGE 134 III 452 (ZKB); BGer 5A_386/2008 (LRP Landesbank Rheinland-Pfalz, Betriebsmittelrahmenkredit); BGer 5A_116/2009 (Dresdner Bank [heute Commerzbank], Money Market Line).

¹¹⁴ BGE 136 III 247; BGer 5A_750/2008. *Entscheidbesprechung von HUNKELER, Jusletter vom 15. März 2010; VOGT, Absichtsanfechtung und Sorgfaltspflicht*, S. 202 ff.

1. Das Risiko der Absichtsanfechtung

Dass die Banken heute mit einem erhöhten Risiko der Absichtsanfechtung konfrontiert sind, liegt daran, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung kontinuierlich weiterentwickelt hat¹¹⁵ und heute im Ergebnis die Haftungsvoraussetzungen für die Absichtspauliana jedenfalls bei Bankdarlehen relativ schnell gegeben sind.

Konkret geht es bei der Absichtsanfechtung i.S.v. Art. 288 SchKG um folgende Voraussetzungen: Die tatsächliche Gläubigerschädigung, die Schädigungsabsicht des Schuldners, und die Erkennbarkeit dieser Absicht durch den Leistungsempfänger (die Bank). Die *periode suspecte* beträgt fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung. Im Einzelnen gilt Folgendes:

- Das Bundesgericht sieht in der Rückzahlung eines ungesicherten Darlehens an einen Gläubiger eine Gläubigerschädigung im Sinne von Art. 288 SchKG: Durch die Rückzahlung wird das Vollstreckungsergebnis vermindert; also werden zumindest die anderen Drittklassgläubiger gegenüber dem befriedigten Kreditgeber benachteiligt. Das Bundesgericht hat dies in den drei vorgenannten *Swissair*-Entscheiden bestätigt,¹¹⁶ die diesbezügliche Rechtsprechung existiert bereits seit 1897.¹¹⁷
- Die Schädigungsabsicht des Schuldners liegt vor, wenn er im Zeitpunkt der Rückzahlung des Darlehens voraussehen konnte und musste, dass die Gläubiger ungleich behandelt werden. Es genügt der Eventualvorsatz.¹¹⁸ Auch dieser Punkt geht auf eine Rechtsprechung zurück, die über hundert Jahre alt ist.¹¹⁹ Hingegen hat das Bundesgericht im *ZKB*-Entscheid präzisiert, dass ein gewichtiges Indiz für eine Schädigungsabsicht besteht, wenn der Schuldner sich seiner finanziellen Notlage bewusst ist.¹²⁰ Zwar darf der Schuldner auch in Krisenzeiten seine normale Geschäftstätigkeit aufrechterhalten,¹²¹ aber – so der Entscheid *LRP* – die Rückzahlung eines Darlehens steht häufig nicht im Zusammenhang mit dem regulären operativen Geschäft, weshalb eine solche Handlung in Zeiten einer finanziellen Notlage auf eine Schädigungsabsicht – jedenfalls in der Form des Eventualvorsatzes – schliessen lässt.¹²² Diese Präzisierung des Bundesgerichts ist für den Baukontext relevant, denn auch in diesem Fall steht die Rückzahlung des Darlehens gerade nicht im Zusammenhang mit der Bau-tätigkeit.
- Drittens muss die Schädigungsabsicht für die Bank erkennbar sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Bank die Gläubigerschädigung als natürliche Folge der angefochtenen Handlung hätte vorhersehen können und müssen.¹²³ Auch hier geht die Präjudizienreihe über hundert Jahre zurück.¹²⁴ Neu hat sich aber das Bundesgericht im Zuge der *Swissair*-Rechtsprechung (*LRP*, *Dresdner Bank*) auf den Standpunkt gestellt, dass den Banken andere Ressourcen für die Informationsbeschaffung und Risikoanalyse zur Verfügung stehen als dem gewöhnlichen Zeitungsleser, und dass die Banken sich an ihren Informationsressourcen messen lassen müs-

¹¹⁵ Zu dieser Kontinuität vgl. WÜTHRICH, Paneldiskussion, S. 229.

¹¹⁶ BGE 134 III 452 E. 3.1 S. 455 (ZKB); BGer 5A_386/2008 E. 3 (LRP); 5A_116/2009 E. 5. (*Dresdner Bank*).

¹¹⁷ Vgl. bereits BGE 29 II 747 E. 6 S. 753 f., unter Hinweis auf das Urteil vom 20. Juli 1897 i.S. *Picard & Cie* gegen *Masse Weiklitz*, Amtl. Sammlung Bd. 23, S. 1202 E. 2 (dort noch als *obiter dictum*). Aus jüngerer Zeit vgl. BGE 99 III 27 E. 4 S. 34 f.

¹¹⁸ BGE 134 III 452 E. 4.1. S. 456 f.

¹¹⁹ Vgl. BGE 21 I 660 E. 4 S. 669, unter Hinweis auf ein Urteil vom 9. November 1894 i.S. *Brack* gegen *Leibank Rapperswyl* (nicht publiziertes Urteil).

¹²⁰ BGE 134 III 452 E. 7.4 S. 463 (ZKB).

¹²¹ BGer 5A_758/2008 E. 2.; 5A_750/2008 E. 2.

¹²² Vgl. dazu BGer 5A_386/2008 E. 4.3. (LRP).

¹²³ Für die vollständige Formel des Bundesgerichts siehe BGE 134 III 452 E. 4.2. S. 456, unter Hinweis auf BGE 99 III 89 E. 4b S. 91 f.; 83 III 82 E. 3b S. 86.

¹²⁴ BGE 21 I 279 E. 6 S. 286 f.

sen.¹²⁵ Die konkreten Umstände der beiden Entscheidungsfälle gaben dem Bundesgericht Recht.¹²⁶ Allerdings resultiert daraus nun generell eine erhöhte Risikolage für die Banken, denn gerade in dem Fall, in dem die Banken das Bauunternehmen bereits bei Auftreten der ersten finanziellen Schwierigkeiten begleiten, verfügen sie über den erwähnten Informationsvorsprung. Schliesslich bleibt die Frage des zeitlichen Rahmens, oder anders gesagt: ab *wann* kann man als Bank den möglichen Konkurs voraussehen? Diese Frage kann nur für den Einzelfall beantwortet werden. Die Swissair-Rechtsprechung mag aber als Gradmesser dienen. Dort lag die kürzeste Periode zwischen Rückzahlung und Grounding bei 5 Tagen (ZKB), die längste bei 3 Monaten und 2 Tagen (Dresdner Bank).¹²⁷

2. Fazit

Die Swissair-Rechtsprechung im Bereich der Absichtsanfechtung bringt die Banken in eine delikate Lage. Einerseits haben sie jedes Interesse daran, den Schuldner bei ersten Anzeichen von finanziellen Schwierigkeiten aktiv zu begleiten. Andererseits erhöhen sie aber damit das Risiko einer Anfechtungsklage, denn sie bringen sich damit auch in eine privilegierte Informationsstellung, was wiederum auf die Erkennbarkeit des möglichen Konkurses zurückwirkt. Ihre Alternativen sind zudem begrenzt. Zwar hat das Bundesgericht namentlich im ZKB-Entscheid festgehalten, dass ein bestehendes Darlehen umgewandelt werden kann in ein sogenanntes „Sanierungsdarlehen“, das seinerseits – weil es die Befreiung des Schuldners aus einer temporären Notlage bezweckt – anfechtungsfest ist. Die Voraussetzungen dafür sind aber derart streng, dass sich diese Fälle in der Praxis kaum je verwirklichen werden.¹²⁸

B Nachträgliche Besicherung von Darlehen

Fragt man nach Alternativen, um dem Risiko der Absichtsanfechtung zu entgehen, so steht die Besicherung des Kredits im Vordergrund.¹²⁹ Wird ein Darlehen nur gegen Bestellung einer Sicherheit eingeräumt, liegt darin eine vom Recht vorgesehene und daher auch legitime Absicherung der Kreditgeberin.¹³⁰ Eine Ausnahme besteht nur, wenn der Schuldner mit dem Geschäft den Zweck verfolgt hat, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger zu verfügen, und die Bank dies erkannt hat oder hätte erkennen müssen.¹³¹

Selbst die Rückzahlung des gesicherten Darlehens kurz vor dem Konkurs ist vergleichsweise unproblematisch, weil sich die Rechtsprechung auf den Standpunkt stellt, dass jedenfalls dann, wenn mit der Rückzahlung ein gleichwertiges Pfand ausgelöst wird, lediglich Vermögenswerte ausgetauscht werden, ohne dass dies zu einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats und

¹²⁵ BGer 5A_386/2008 E. 5.2. (LRP); 5A_116/2009 E. 7.1., 7.4. (Dresdner Bank). Diese Erwägung trat bereits im Zuge der mündlichen Urteilsberatung des ZKB-Entscheids in Erscheinung, sie fand allerdings noch keinen Eingang in die schriftliche Urteilsbegründung. Vgl. dazu WEBER, Jusletter vom 20. Oktober 2008, Rz. 17.

¹²⁶ Im Fall der Dresdner Bank hatte die Bank einen langjährigen, jeweils auf drei Monate verlängerten Kredit schrittweise verkürzt, am Schluss nur noch tageweise verlängert und zusätzlich auch noch Sicherheiten verlangt. Vgl. BGer 5A_116/2009 E. 7.4. Im Fall der LRP Landesbank Rheinland-Pfalz wurde der zuvor regelmässig verlängerte Betriebsmittelrahmenkredit nur noch als Fall-auf-Fall-Entscheidung mit Prolongationen für 1-, 2- oder 3-Monatsfestschreibung im Sinn eines Termingeldkredits gewährt, vgl. BGer 5A_386/2008 E. 5.2.

¹²⁷ Im Einzelnen: Grounding am 2. Oktober 2001, prov. Nachlassstundung am 5. Oktober 2001. ZKB-Fall, BGE 134 III 452, Rückzahlung in drei Tranchen: 42 Tage, 27 Tage, 5 Tage vor dem Grounding (21. August, 5. September und 27. September 2001). Landesbank Rheinland-Pfalz, BGer 5A_386/2008, einmalige Rückzahlung: 34 Tage vor Grounding (29. August 2001). Dresdner Bank (heute Commerzbank), BGer 5A_116/2009, einmalige Rückzahlung: 3 Monate und 2 Tage vor Grounding (29. Juni 2001).

¹²⁸ Vgl. dazu im Einzelnen EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, S. 169 ff., 181 ff.

¹²⁹ So auch GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), S. 286, 292 f.

¹³⁰ Grundlegend: BGE 53 III 78 S. 79 f. Vgl. auch BGE 63 III 150 E. 3 S. 155 (Bestellung eines Pfandes gegen Erhalt von Ware auf Kredit); BGE 99 III 27 E. 4 S. 34 f. Aus jüngerer Zeit: BGE 134 III 615 E. 4.2.1 S. 618.

¹³¹ BGE 53 III 78 S. 79 f. Vgl. auch BGE 134 III 452 E. 3.1. S. 455; 134 III 615 E. 4.2.1. S. 618; 135 III 276 E. 6.1.2 S. 279 f. Weitere Hinweise bei VOGT, GesKR 2009, S. 165 Fn. 8.

damit zu einer Gläubigerschädigung führt.¹³² Ohne die Gläubigerschädigung fällt die Anfechtungsklage dahin, weil die drei Voraussetzungen „Gläubigerschädigung – Schädigungsabsicht – Erkennbarkeit“ kumulativ erfüllt sein müssen.

Problematisch ist dagegen die *nachträgliche* Besicherung eines bestehenden Kredits, denn hier wird zu einem späteren – und möglicherweise kritischen – Zeitpunkt der Vermögensmasse des Schuldners ein Wert entzogen, der allen Konkursgläubigern gleichermaßen zustehen sollte. Es liegt also eine Gläubigerschädigung vor, und wenn die anderen beiden Voraussetzungen (Schädigungsabsicht, Erkennbarkeit) gegeben sind, so wird diese Besicherung anfechtbar.¹³³ Der massgebliche Zeitpunkt für die Frage der Gleichzeitigkeit/Nachträglichkeit der Besicherung ist der Zeitpunkt des *Verfügungsgeschäfts*.¹³⁴ Darauf werden die übrigen Gläubiger bzw. die Konkursverwaltung ein Auge behalten, denn nicht selten wird zwar im Zeitpunkt des Kreditvertrags die Hingabe einer Sicherheit vereinbart, aber sie wird nicht vollzogen. Erfolgt der Vollzug erst später, so wird diese Handlung unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerschädigung anfechtungsrelevant.

C Nachträgliche Einrichtung einer Globalzession

Zu den weiteren Sicherungsalternativen für die Bank zählt auch die Globalzession in Gestalt der Sicherungszession. Dass sie grundsätzlich zulässig ist und dass sie der Bank im Konkursfall des Bauunternehmers das Recht gibt, sich vorab aus den Forderungen, die vor dem Konkurs entstanden sind, zu befriedigen, wurde bereits gesagt.¹³⁵

Wie bei der Bestellung von dinglichen Sicherheiten gilt aber auch hier, dass die nachträgliche Vereinbarung einer Globalzession zur Sicherung eines bestehenden Kredits unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerschädigung anfechtungsrelevant ist. Gleich wie bei den anderen Sicherheiten ist auch hier das Verfügungsgeschäft massgeblich.¹³⁶ Das läuft auf eine Prüfung des Kreditvertrages hinaus, in dessen Rahmen die Globalzession vereinbart wurde. Sieht der Vertrag lediglich die Verpflichtung zur Globalzession vor, so genügt dies nicht. Es muss inhaltlich ein Verfügungsgeschäft und formell ein schriftliches Verfügungsgeschäft (Art. 164 OR) vorliegen. Keine Rolle spielt hingegen, ob in einer ersten Phase die Zahlungen nach wie vor beim Schuldner eingehen. Er ist diesfalls Zahlstelle für die Bank.

IV. Die Haftung im Garantiewesen

Grössere Bauprojekte erfolgen heute regelmässig unter Zuhilfenahme von Bankgarantien.¹³⁷ Dies gilt namentlich – aber nicht nur – bei grenzüberschreitenden Tatbeständen, sei es, dass das Bauprojekt im Ausland realisiert wird, sei es, weil eines der beteiligten Unternehmen einen Sitz im Ausland hat.¹³⁸ Das Bundesgericht hatte in den vergangenen Jahren die Gelegenheit, die Garantiehaftung der Bank bei Bauprojekten zu konkretisieren.¹³⁹

¹³² BGE 99 III 27 E. 4 S. 35.

¹³³ BGE 53 III 78 S. 79 f. Vgl. auch BGE 135 III 276 E. 6.1.2 S. 280 f.; 134 III 615 E. 4.2.1 S. 618; 134 III 452 E. 3.1 S. 455. Weitere Hinweise bei VOGT, GesKR 2009, 165 Fn. 8.

¹³⁴ Vgl. BGE 99 III 89 E. 4 und 4a S. 91. Siehe dazu auch GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), 272, 285 f.

¹³⁵ Siehe vorne Punkt II./E.

¹³⁶ Vgl. auch WÜTHRICH, Globalzession und Insolvenz, S. 220.

¹³⁷ Zur Entwicklung, namentlich zur wachsenden Bedeutung anderer Akteure (z.B. Versicherungen) auf dem Garantemarkt, siehe ZUFFEREY, Construction et Finance, S. 13. Zur Bankgarantie bei Bauprojekten vgl. zudem die Beiträge von BOVET und SCHUHMACHER in der Baurechtstagung 1995.

¹³⁸ Vgl. dazu auch DOHM, Garanties bancaires, S. 3.

¹³⁹ BGer 4A_342/2009; 4A_423/2009. Vgl. dazu auch THÉVENOZ/EMMENEGGER, SZW 2010, S. 319 f. (r20, r22).

A Die Rolle der Banken

Der (direkten)¹⁴⁰ Bankgarantie liegt regelmässig ein Dreiecksverhältnis zugrunde:¹⁴¹ Beteiligt sind die Bank als Garantin sowie zwei weitere Parteien. Im Baukontext können dies etwa sein: Der Immobilienunternehmer und der Investor, der Erst-Besteller und der Unternehmer, der Erst-Besteller und der Generalunternehmer, der Generalunternehmer und der Subunternehmer. Diese Personen nehmen – je nach Ausgestaltung der Garantie – die Rolle des Garantieauftraggebers oder die Rolle des Garantiebegünstigten ein. Mit Blick auf die jüngste Rechtsprechung spielten drei Garantietypen eine Rolle:¹⁴²

- Die Zahlungsgarantie (Investitionsgarantie). Sie erlaubt dem Investor, der einem Immobilienunternehmer einen Kredit gewährt hat, diesen Kredit von der Bank zurückzurufen.¹⁴³
- Die Ausführungsgarantie (Erfüllungsgarantie). Sie erlaubt es derjenigen Partei, der eine Werkleistung geschuldet ist, im Falle der nicht vertragsgemässen Leistung von der Bank eine Zahlung abzurufen – sozusagen ein vorläufiger Schadenersatz auf Knopfdruck.¹⁴⁴
- Die Anzahlungsgarantie (Rückzahlungsgarantie). Sie erlaubt es derjenigen Partei, die eine Anzahlung geleistet hat, bei nicht vertragsgemässer Leistung des Sacherbringers die bereits geleistete Anzahlung von der Bank zurückzurufen.¹⁴⁵

Der wesentliche Zweck dieser und anderer Garantien liegt in der Rationalisierung von Zahlungsvorgängen: Die Zahlung an den Begünstigten erfolgt bei Eintreten des *formellen Garantiefalls*, also wenn die in der Garantie festgelegten Bedingungen erfüllt sind. Beispielhaft: Bei einer Ausführungsgarantie auf erstes Anfordern ist der formelle Garantiefall erfüllt, wenn der Besteller die Bank zur Zahlung auffordert und geltend macht, der Unternehmer habe die Leistung nicht vertragskonform erbracht. Die Rationalisierung entsteht dadurch, dass der formelle Garantiefall weitgehend unabhängig ist vom *materiellen Garantiefall*, also der Vereinbarung zwischen dem Besteller und dem Unternehmer, unter welchen Bedingungen der Besteller die Garantie effektiv abrufen kann, etwa die verspätete Ablieferung des Werkes.¹⁴⁶

Die Bank befindet sich im (gut bezahlten) Sandwich zwischen den beiden Parteien: Mit dem Garantieauftraggeber verbindet sie ein Auftragsverhältnis, mit dem Begünstigten ein Garantieverhältnis.¹⁴⁷ Der Garantieauftraggeberin kann sie die Garantiesumme nicht belasten, wenn sie die Garantie ausgeführt hat, obwohl die Voraussetzungen für den formellen Garantiefall nicht erfüllt waren. Dem Begünstigten haftet sie, wenn sie die Zahlung der Garantiesumme verweigert, obwohl der formelle Garantiefall vorlag.¹⁴⁸ Entscheidend für die Haftung der Bank ist demnach, welche Grundsätze sie beim Abruf der Bankgarantie zu beachten hat.

B Der Grundsatz der Garantiestrenge: Aktuelle Anwendungsfälle

Vorerst zu den allgemeinen Mechanismen: Ein wichtiger Grundsatz, der beim Garantieabruf zu beachten ist, ist die Garantiestrenge. Das Bundesgericht hat sie aus dem Akkreditivrecht und

¹⁴⁰ Zur indirekten Bankgarantie vgl. DE GOTTRAU, Bankgarantie, S. 457 f., VON WESTPHALEN, Bankgarantie, S. 16 f.

¹⁴¹ Das Dreiecksverhältnis kann zu einem Vierecksverhältnis werden, wenn nebst der erstbeauftragten Bank noch eine zweite (Garantie-)Bank involviert ist. Diese Konstellation wird vorliegend nicht weiter behandelt.

¹⁴² Zu den anderen bautypischen Garantien siehe SPAINI, Bankgarantie, S. 213 ff. Zu den Garantietypen insgesamt z.B. DOHM, Bankgarantien, S. 35 ff.; VON WESTPHALEN, Bankgarantie, S. 11 ff.

¹⁴³ Vgl. hierzu auch DE GOTTRAU, Bankgarantie, S. 440, m.w.N.

¹⁴⁴ Im Einzelnen SPAINI, Bankgarantie, S. 232 ff.

¹⁴⁵ Im Einzelnen SPAINI, Bankgarantie, S. 263 ff., RAPP, Garanties, S. 275 f.

¹⁴⁶ Zum formellen und zum materiellen Garantiefall vgl. VON WESTPHALEN, Bankgarantie, S. 178 ff., 185. Zur Unabhängigkeit gegenüber dem Valutaverhältnis im schweizerischen Recht siehe DE GOTTRAU, Bankgarantie, S. 450 ff.

¹⁴⁷ DE GOTTRAU, Bankgarantie, S. 457.

¹⁴⁸ Zur Prüfpflicht der Bank siehe SPAINI, Bankgarantie, S. 113 ff.

dem dort geltenden Prinzip der Dokumentenstrenge heraus entwickelt und mit einem Urteil aus dem Jahr 2003 definitiv in die schweizerische Rechtsordnung eingeführt.¹⁴⁹

Nach dem Verständnis des Bundesgerichts beinhaltet die Garantiestrenge zwei Aspekte: Die *Garantiestrenge als allgemeiner Grundsatz* bedeutet, dass die Abrufvoraussetzungen, die im Garantievertrag festgehalten sind, genau eingehalten werden müssen. Die *Garantiestrenge als Auslegungsregel* bedeutet, dass das Bundesgericht für den Inhalt und die Tragweite der Abrufvoraussetzungen massgeblich auf den Garantietext abstellt. Das führt zu einer spezifischen Auslegungspraxis, bei welcher der Wortlaut der Garantieklausel einen gesteigerten Vertrauensschutz genießt.¹⁵⁰

1. Garantiestrenge als Auslegungsregel

a) Rechtsprechung

Ein Anwendungsfall für die Garantiestrenge als Auslegungsregel findet sich – nach dem Leitentscheid aus dem Jahr 2003¹⁵¹ – auch in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts.¹⁵² Er handelt von einer Anzahlungs- und von einer Ausführungsgarantie. Im Einzelnen ging es um Folgendes: Der Generalunternehmer X und der in Italien ansässige Subunternehmer Y hatten vereinbart, dass der Subunternehmer zugunsten des Generalunternehmers eine Anzahlungs- und eine Ausführungsgarantie einrichten würde. Die vom Subunternehmer beauftragte Garantiebank übermittelte dem Generalunternehmer in der Folge zwei Garantien:

- In der Anzahlungsgarantie hielt die Bank fest, der Generalunternehmer habe sich gegenüber dem Subunternehmer zur Zahlung einer Anzahlungssumme in Höhe von 1'183'600 Mio. Sfr. verpflichtet. Als Garantiebank werde sie dem Generalunternehmer die Summe von 1'183'600 Sfr. auf dessen erstes Anfordern und seiner schriftlichen Bestätigung der nicht vertragskonformen Leistung des Subunternehmers überweisen. Die Garantie trete erst in Kraft, wenn der Anzahlungsbetrag bei der Bank eingegangen sei.¹⁵³
- In der Ausführungsgarantie schrieb die Bank, sie sei informiert worden, dass der Generalunternehmer mit dem Subunternehmer am 20.12.2005 einen Vertrag über die Erstellung einer Gebäudefassade zum Preis von 2'959'000 Sfr. abgeschlossen habe. Als Garantiebank verpflichte sie sich gegenüber dem Generalunternehmer zur Zahlung eines Betrags bis maximal 295'000 Sfr. gegen Erhalt der schriftlichen Zahlungsaufforderung und der Bestätigung, wonach der Subunternehmer den Vertrag nicht vertragskonform erfüllt habe.¹⁵⁴

¹⁴⁹ BGer 4C.144/2003. In diesem Entscheid verwendet das Bundesgericht auch erstmals den Begriff der Garantiestrenge (in E. 2.2.). Vgl. dazu auch EMMENEGGER/ZBINDEN, Bankgarantie, S. 150.

¹⁵⁰ Zu dieser Doppelfunktion vgl. etwa EMMENEGGER/ZBINDEN, Bankgarantie, S. 150 ff.

¹⁵¹ BGer 4C.144/2003.

¹⁵² BGer 4A_342/2009. Siehe dazu auch REETZ, BR 2010, S. 65 f.

¹⁵³ Im Wortlaut: „Gemäss Vertrag werden Sie der Firma A.____S.p.A. [...] eine Anzahlung/Vorauszahlung in Höhe von Sfr. 1.183.600,00 [...] leisten. [...] Im Auftrag der Firma A.____S.p.A. [...] verpflichten wir [...] uns hiermit unwiderruflich, Ihnen auf Ihre erste Anforderung hin, ... den Anzahlungs-Vorauszahlungsbetrag von Sfr. 1.183.600,00 ... zurückzuerstatten, gegen Erhalt Ihrer schriftlichen Zahlungsaufforderung und Bestätigung, wonach die Firma A.____ S.p.A. [...] die bestellten Baumaterialien/Waren nicht oder nicht vertragsgemäss geliefert und/oder eingebaut hat. ... Diese Garantie tritt erst in Kraft nach Eingang des Anzahlungsbetrags auf dem Konto bei [der Bank].“ BGer 4A_342/2009 Sachverhalt A.

¹⁵⁴ Im Wortlaut: „Wir sind informiert worden, dass Sie am 20.12.2005 mit der Firma A.____ S.p.A. [...] einen Vertrag ... zum Preis von Sfr. 2'959'000.00 [...] abgeschlossen haben. Als Sicherheit für die nicht vertragsgemässe und fristgerechte Erfüllung des Werkvertrages wurde die Stellung einer Bankgarantie vereinbart. Im Auftrag der Firma A.____ S.p.A. [...] verpflichten wir [...] uns hiermit unwiderruflich, Ihnen auf erste Anforderung hin ... jeden Betrag bis Maximal Sfr. 295.900,00 [...] zurückzuerstatten, gegen Erhalt Ihrer schriftlichen Zahlungsaufforderung und Bestätigung, wonach die Firma A.____ S.p.A. ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäss und fristgerecht erfüllt hat.“ BGer 4A_342/2009 Sachverhalt A.

Der Subunternehmer stellte dem Generalunternehmer in der Folge eine Anzahlung in Höhe von 1'100'000 Sfr. in Rechnung, die der Generalunternehmer fristgerecht überwies. Die Differenz zwischen dem Überweisungsbetrag und dem im Garantiedokument genannten Betrag ergab sich aus Gründen, die in der Mehrwertsteuerabrechnung lagen; offenbar hatte der Subunternehmer noch keine entsprechende Abrechnungsnummer. Als der Generalunternehmer die Garantie in Höhe von 1'100'000 Sfr. abrufen wollte, verweigerte die Bank die Zahlung. Das Bundesgericht gab der Bank recht: Gemäss dem *Grundsatz der Garantiestreng*e sei dem Wortlaut der Garantieklausel eine besondere Bedeutung beizumessen. Die Anzahlungsgarantie nenne an zwei Stellen den Betrag von 1'183'600 Sfr. Zudem halte sie fest, dass die Anzahlungsgarantie erst nach Einzahlung des Zahlungsbetrags in Kraft trete. In Bezug auf die Erfüllung der in der Garantie vorgesehenen Bedingungen sei im Sinne einer streng formalisierten Betrachtungsweise vom Wortlaut der betreffenden Valutierungsklausel auszugehen. Hätte die Valutierungsklausel es dem Begünstigten ermöglichen sollen, die Höhe der Anzahlungsgarantie je nach Höhe ihrer Einzahlung selbst zu bestimmen, so wäre dies bei der Abfassung der Klausel deutlich zum Ausdruck zu bringen gewesen.¹⁵⁵

Das Bundesgericht gab der Bank auch hinsichtlich des zweiten Garantieabrufs Recht. Der Bank habe damals ein nicht unterschriebener Werkvertrag vom 20. Dezember 2005 vorgelegen. In ihrer Garantierklärung nehme sie darauf Bezug, und führe aus, dass die Garantie als Sicherheit für die nicht vertragsgemässe und fristgerechte Erfüllung „dieses Werkvertrages“ vereinbart worden sei. Auch hier habe die Vorinstanz unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Garantiestrenge zu recht dafür gehalten, dass ein korrekter Abruf unter dem in der Garantie bezeichneten Werkvertrag und nicht dem Vertrag vom 30. Juni 2006 hätte erfolgen müssen. Beide Verträge beträfen zwar dasselbe Werk, aber sie würden sich im Hinblick auf Leistungsumfang, Werklohnforderung und den Zeitplan unterscheiden.

b) Würdigung

Das Bundesgericht führt im besprochenen Entscheid seine Rechtsprechung zur Garantiestrenge als Auslegungsregel fort. Diese scheint zunächst die Garantiebank zu begünstigen, die aufgrund der formalisierten Betrachtungsweise die Überprüfung des Garantiefalles sehr schnell vornehmen kann. Tatsächlich hat sich die Garantiestrenge auch schon zu Lasten der Bank ausgewirkt:

In einem Fall aus dem Jahr 2003¹⁵⁶ hatte sich die Bank zur Ausrichtung der Anzahlungsgarantie auf den Zeitpunkt verpflichtet, in dem "der Zahlungsbetrag auf dem Konto der Firma C [Garantieauftraggeberin] bei der Bank A [Garantiebank] eingetroffen ist." Die Garantiebegünstigte überwies den Zahlungsbetrag auf ein Konto der Garantieauftraggeberin bei einer anderen als der Garantiebank. In der Folge überwies die Garantieauftraggeberin mehrere Beträge vom besagten Konto auf ihr Konto bei der Garantiebank. Die Summe dieser Beträge war höher als die geschuldete Anzahlung, zudem enthielten die Überweisungen keinen Hinweis darauf, dass es sich um den fraglichen Zahlungsbetrag handelte. Die Garantiebank verweigerte die Auszahlung an die Begünstigte unter Hinweis darauf, dass das Geld nicht auf das in der Garantie genannte Konto überwiesen worden war. Das Bundesgericht hielt dafür, dass die Garantiebank die Auszahlung zweckwidrig verweigert hatte. Die Garantie verlange lediglich, dass die Anzahlung bei der Garantieauftraggeberin eingehe. Dies sei geschehen. Hätte die Garantiebank eine unmittelbare Zahlung bei ihr oder einen Hinweis auf die Anzahlungsgarantie für erforderlich gehalten, hätte sie dies klar zum Ausdruck bringen müssen.¹⁵⁷

Im Ergebnis kann man Folgendes festhalten: Die Garantiestrenge reduziert das Haftungsrisiko der Bank, weil sie diejenige ist, die die Voraussetzungen für den Garantieabruf formuliert. Diese

¹⁵⁵ BGer 4A_342/2009 E. 3.2.

¹⁵⁶ BGer 4C.144/2003.

¹⁵⁷ BGer 4C.144/2003 E. 2.2. Vgl. hierzu auch EMMENEGGER/ZBINDEN, Bankgarantie, S. 154 f.

Haftungsreduktion hat allerdings einen Preis, nämlich den Mehraufwand bei der Formulierung der Garantieklausel, die genauestens umschreiben muss, welche Voraussetzungen für den Abruf erfüllt sein müssen.

2. Garantiestrengung als allgemeiner Grundsatz

Anders als beim Themenkomplex "Garantiestrengung als Auslegungsregel" verläuft die Rechtsprechung zur Frage "Garantiestrengung als allgemeiner Grundsatz" weniger gradlinig. Der jüngste Entscheid in der Serie lässt sich jedenfalls nicht ohne weiteres einordnen.¹⁵⁸ Auch dieser Fall spielt im Baukontext – es handelte sich um ein Projekt zur Erstellung einer Seniorenpflege-Residenz in Luxemburg.

a) Rechtsprechung

Im erwähnten Entscheid ging es um Folgendes: Die von der US-amerikanischen Finanzdienstleisterin X Ltd.¹⁵⁹ ausgestellte Bürgschaftsgarantie [Garantie] bezweckte die Sicherung von Darlehen, welche diverse Anleger für die Realisierung eines Bauprojekts gewährt hatten. Das Bauprojekt wurde durch die Immobilien AG Y geleitet. Die X Ltd. [Garantin] verpflichtete sich in der Garantie zur Zahlung auf erstes Anfordern der Anleger. Weiter hiess es: „Die Zession der treuhänderisch verwalteten Bürgschaft erfolgt durch einfache, schriftliche Abtretung durch C+D __ Avocats an die Begünstigten [Anleger] und ist frei aufteilbar je nach Darlehensbetrag und Zinsen, jedoch nur bis zum Maximalbetrag von vier Millionen Euro kumuliert.“

Das Darlehen wurde nicht zurückbezahlt, der Investor A forderte von der Garantin die Auszahlung der Garantie in Höhe von 65'000 EUR. Er legte zu diesem Zweck ein Schreiben der Y Immobilien AG bei, worin bestätigt wird, dass das Darlehen vollumfänglich durch eine als Kopie beigelegte Kreditausfallbürgschaft abgesichert ist. Am Ende des Schreibens findet sich eine Erklärung des Avocat C mit dem Wortlaut: „Obiges Darlehen durch hinterlegte Kreditausfallbürgschaft abgesichert; in Kopie beiliegend.“ Weiter legte A die Kreditausfallbürgschaft der X Ltd. bei. In der Folge verweigerte die X Ltd. die Garantiauszahlung. Im Wesentlichen machte sie geltend, die Erklärung des Avocat C sei eine blosser Bestätigung, dass eine Garantie bestehe. Es handle sich aber nicht um eine Zession. Daher seien die Voraussetzungen für die Garantiauszahlung nicht erfüllt.¹⁶⁰

Das Bundesgericht folgte dem Entscheid der Vorinstanz(en)¹⁶¹ und verpflichtete die X Ltd. zur Zahlung der Garantiesumme. Es hielt fest, dass die Abtretungserklärung im vorliegenden Fall nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sei.¹⁶² Dieses führe im Hinblick auf die gesamten Umstände (Schreiben Y, Erklärung Avocat C, beigelegte Kopie der Garantie) zum Schluss, dass es bei der Abtretung der Garantieansprüche nur darum gehen konnte, den Garantieanspruch von insgesamt 4 Mio. EUR den verschiedenen Anlegern nach Massgabe ihrer Darlehen zuzuteilen. Die Erklärung von Avocat C, „obiges Darlehen durch hinterlegte Kreditbürgschaft abgesichert; in Kopie beiliegend“ genüge dieser Anforderung. Es werde ohne weiteres klar, dass dem Anleger A eine Tranche von 65'000 EUR zukommen solle. Angesichts des Umstands, dass Avocat C die Garantieansprüche lediglich treuhänderisch gehalten habe und deren Abtretung in der Garantieurkunde schon vorgesehen war, ergebe sich der Abtretungswille aus der abgegebenen Erklärung von selbst. Auch habe die Vorinstanz Art. 165 Abs. 1 OR nicht verletzt. Es habe den

¹⁵⁸ BGer 4A_423/2009.

¹⁵⁹ Bei der X. Ltd. handelt es sich um eine im Bundesstaat Nevada eingetragene Gesellschaft, die Finanzdienstleistungen wie die Gewährung von Garantien und Bürgschaften zugunsten von Investoren erbringt. Dies ergibt sich aus dem (nicht publizierten) Urteil des HGer ZH, Entscheid vom 22. Februar 2008, Punkt I.

¹⁶⁰ BGer 4A_423/2009 E. 6.

¹⁶¹ Handelsgericht und Kassationsgericht des Kantons Zürich.

¹⁶² BGer 4A_423/2009 E. 6.3.1.

Willen von Avocat C zur Abtretung allein aufgrund seiner schriftlichen Erklärung und dem Inhalt der beigefügten Garantieurkunde bejaht, was nicht zu beanstanden sei.¹⁶³

b) Würdigung

Das Bundesgericht handelt diesen Fall ausschliesslich unter dem Blickwinkel des Zessionsrechts ab und weist in Anwendung des Vertrauensprinzips dem Verständnishorizont des Garantiebegünstigten massgebliches Gewicht zu. Noch stärker zeigt sich dies in den Erwägungen der Vorinstanz, die das Bundesgericht ausführlich zitiert.¹⁶⁴

Unberücksichtigt bleiben der Garantiekontext und der Grundsatz der Garantiestrenge. Dieser hätte erfordert, dass die Abrufvoraussetzungen genau einzuhalten sind.¹⁶⁵ Unter diesem Gesichtspunkt hätte man zunächst klären müssen, ob die alleinige Erklärung durch Avocat C der formellen Garantiestrenge genügt, wenn der Garantietext die schriftliche Abtretung der Garantietranche durch C+D __ Avocats verlangt.¹⁶⁶

Vor allem aber ist fraglich, ob unter dem Blickwinkel der Garantiestrenge die Erklärung von Avocat C die genügende Klarheit aufwies. Für die Antwort kann nicht – jedenfalls nicht hauptsächlich – auf das Valutaverhältnis zwischen dem Garantierauftraggeber und dem Garantiebegünstigten abgestellt werden; das Wesen der Bankgarantie liegt ja gerade darin, dass das Garantieversprechen vom Valutaverhältnis unabhängig ist. Mit Blick auf den Rationalisierungszweck des Instituts der Garantie und den daraus folgenden Grundsatz der Garantiestrenge ist vielmehr darauf abzustellen, ob die Abrufvoraussetzungen liquide sind, die Garantiebank also unmittelbar und ohne weitere Abklärungen erkennen kann, dass der garantiebegünstigte Investor abrufberechtigt ist. Diesbezüglich sind Zweifel angebracht, die umso grösser erscheinen, wenn man sich die übrige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Garantiestrenge vor Augen führt.¹⁶⁷

V. Schluss

Jüngst haben mir meine Kollegen aus dem Departement für Volkswirtschaftslehre erklärt, es sei in ihrem Forschungsgebiet noch immer eine offene Frage, ob es Banken überhaupt brauche. Meinen Hinweis auf die Fristentransformation – also die Umwandlung von kurzfristigen Krediten (Spareinlagen) in langfristige Kredite – quittierten sie mit einem vielsagenden Lächeln. Natürlich kann man sich fragen, wie ernst es den Banken mit der Fristentransformation ist, wenn sie sich beim Kreditvertrag *de facto* ein jederzeitiges Kündigungsrecht vorbehalten. Das aber ist es wohl nicht, was meine zwei Kollegen beschäftigt. Leider konnten wir das Thema nicht weiter vertiefen – selbst an der Universität ist die Zeit für interdisziplinäre Gespräche knapp bemessen. Für die Juristin, deren soziale Wahrnehmung von Gerichtsentscheiden und Fachpublikationen beeinflusst wird, ist das Bauen ohne Banken nicht möglich. Dass sich dabei auch Haftungsfragen stellen, versteht sich von selbst. Einige Haftungsfragen wurden vorliegend aufgegriffen, der Stoff ist aber unbegrenzt und es bleiben für die nächsten Baurechtstagungen noch etliche Baustellen übrig.

¹⁶³ BGer 4A_423/2009 E. 6.3.2.

¹⁶⁴ BGer 4A_423/2009 E. 6 (Vorspann)

¹⁶⁵ Garantiestrenge als allgemeiner Grundsatz, siehe oben.

¹⁶⁶ Gemäss Urteil des HGer ZH vom 22. Februar 2008 Punkt IV.3.1. verlangte die Garantieerklärung die Abtretung durch die "Etude H. & F.", weshalb die Erklärung des einen Anwalts der "Etude" den Anforderungen höchstwahrscheinlich genügte.

¹⁶⁷ Vgl. etwa BGE 122 III 273 E. 3b/bb und cc S. 277 ff.: Grundsatz der Garantiestrenge lässt den Abruf gegenüber der falschen Garantiebank nicht zu, selbst wenn die richtige Garantiebank vom Abruf Kenntnis hatte und beide Banken in der relevanten Geschäftssache involviert waren. Vgl. weiter BGer 4C.393/2005, insb. E. 3.3. (für den verwandten Bereich des Dokumentenakkreditivs): Grundsatz der Dokumentenstrenge lässt eine falsche Rechtsformbezeichnung nicht zu; die Bank verweigert die Auszahlung zu Recht, wenn die Abrufbedingungen eine Bestätigung der Warenübernahme durch die T. spa., L. [Italien] vorsehen, die Bestätigung aber durch die T. srl, L. [Italien] erfolgt.

