

## Vorwort

In Zeiten der Krise steht das Kreditgeschäft vor besonderen Herausforderungen. Die Beiträge in diesem Band beleuchten die diversen Rechtsfragen rund um die Kreditvergabe. Der Grundlagenbeitrag von HUBERT STÖCKLI untersucht den Kreditvertrag im Allgemeinen und die Fragen seiner Auflösung im Besonderen. Die anschliessenden Beiträge fangen im Kleinräumigen an und hören im Grossräumigen auf: MARLIS KOLLER-TUMLER behandelt die zentralen Entwicklungen beim Konsumkredit unter Einschluss des europäischen Rechts. BENEDIKT MAURENBRECHER und JÜRIG FRICK füllen mit ihrer umfassenden Studie zum Konsortialkredit eine Lücke in der aktuellen schweizerischen Doktrin. Mit den neuen «Stars» unter den Finanzierungstechniken für Banken befassen sich JOHANNES A. BÜRGI und ELISABETH MOSKRIC. Ihr Beitrag zeigt die Möglichkeiten und Grenzen für den Einsatz altbewährter Instrumente wie den Pfandbrief im modernen (Krisen-)Kontext.

Der zweite Teil der Tagung stand im Zeichen der Swissair-Rechtsprechung des Bundesgerichts. Die Panel-Diskussion zur Frage, wie es nach dieser Rechtsprechung für die Kreditvergabe von Banken an notleidende Unternehmen weitergehen soll, wurde durch drei Referate eingeleitet. Der Beitrag von DANIEL HUNKELER befasst sich mit der Absichtsanfechtung im Allgemeinen. SUSAN EMMENEGGER nimmt die vom Bundesgericht entwickelte Rechtsfigur des Sanierungsdarlehens in den Blick. HANS-UELI VOGT untersucht das Verhältnis zwischen Absichtsanfechtung und Organverantwortlichkeit und zeichnet die jüngsten Entwicklungen der Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung nach. Die Panel-Diskussion, die unter der Leitung von HANS PETER WALTER stattfand und von den engagierten Voten seitens von FRANCO LORANDI, ROGER WICHSER und KARL WÜTHRICH belebt wurde, ist als informelle Schriftfassung in diesem Band abgedruckt.

Dank gebührt den Mitarbeitenden des Instituts, insbesondere Frau EVA FRIEDL, die für die Organisation der Tagung verantwortlich war und die auch für den Tagungsband verantwortlich zeichnet.

Bern, im Juli 2010

*Susan Emmenegger*



## Inhaltsübersicht

Der Kreditvertrag.....	1
Prof. Dr. HUBERT STÖCKLI Professor an der Universität Freiburg i.Ü.	
Konsumkredite – eine kleine Tour d’Horizon mit Blick auch auf die EU.....	19
Dr. MARLIS KOLLER-TUMLER Dozentin an der Universität Bern	
Konsortialkredite.....	47
Dr. BENEDIKT MAURENBRECHER Rechtsanwalt, Homburger, Zürich Dr. JÜRIG FRICK Rechtsanwalt, Homburger, Zürich	
Pfandbriefbasierte Kreditfinanzierungen.....	103
Dr. JOHANNES A. BÜRGI Rechtsanwalt, Walder Wyss & Partner AG, Zürich Dr. ELISABETH MOSKRIC Rechtsanwältin, Walder Wyss & Partner AG, Zürich	
Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen.....	137
Dr. DANIEL HUNKELER Rechtsanwalt, Baur Hürliemann AG, Zürich und Baden	
Das Sanierungsdarlehen.....	153
Prof. Dr. SUSAN EMMENEGGER Professorin an der Universität Bern	
Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe.....	191
Prof. Dr. HANS-UELI VOGT Professor an der Universität Zürich	

Paneldiskussion: Wie weiter nach der Swissair-Rechtsprechung des  
Bundesgerichts? ..... 227

Prof. Dr. HANS PETER WALTER, Professor (em.) an der  
Universität Bern

KARL WÜTHRICH, Rechtsanwalt, Wenger Plattner, Zürich

Prof. Dr. FRANCO LORANDI, Titularprofessor an der Universität  
St. Gallen und Rechtsanwalt, Holenstein Rechtsanwälte, Zürich

ROGER WICHSER, MBA, Credit Recovery Schweiz, Credit Suisse,  
Zürich

sowie Daniel Hunkeler, Susan Emmenegger, Hans-Ueli Vogt

# Der Kreditvertrag

Prof. Dr. Hubert Stöckli, Freiburg (Schweiz)\*

## Inhaltsverzeichnis

Literatur zum Kreditvertrag (Auswahl).....	1
I. Vorbemerkung.....	2
II. Zum Vertragskonzept: Rahmenkreditvertrag und Einzelgeschäfte .....	3
III. Zu den Pflichten aus dem Rahmenkreditvertrag.....	9
IV. Zur Regelung der Vertragsauflösung .....	14
V. Schluss .....	17

## Literatur zum Kreditvertrag (Auswahl)

- AESCHLIMANN OTTO, Der Krediteröffnungsvertrag nach schweizerischem Recht, Bern 1925.
- BAUMANN DANIEL, Der Baukredit, 2. Aufl., Zürich 1997.
- BIERI DIETER, Kredit und Konsortium, Zürich 1987.
- BOVET CHRISTIAN, art. 305-318 CO, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand du Code des obligations, Basel/Genf/München 2003.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Rahmenverträge – Vertragsrecht, Systemtheorie, Ökonomie, Zürich 1993.
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAU RETO, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004.

---

\* Ich danke Frau MLaw LUCIE MAZENAUER für kritische Einwände und die Überprüfung der Verweise, Herrn MLaw ADRIAN TRUTMANN für vorbereitende Abklärungen. Herr Dr. DANIEL BAUMANN (CS), Herr LORENZ BÜCHEL und HERR OTHMAR STÖCKLI (beide UBS) fanden trotz ihrer beruflichen Belastung Zeit für aufschlussreiche Gespräche über die Kreditpraxis der Grossbanken, wofür ich ihnen zu Dank verpflichtet bin. Meine Irrtümer habe selbstredend allein ich zu vertreten.

- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 9. Aufl., Zürich 2008. Band I bearbeitet von Jörg Schmid, Band II bearbeitet von Susan Emmenegger.
- HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, Obligationenrecht, Die Leihe (Art. 305-318 – Gebrauchsleihe und Darlehen), 3. Aufl., Zürich 2003.
- LÄNZLINGER ANDREAS, Die Haftung des Kreditgebers, Zürich 1992.
- MAURENBRECHER BENEDIKT, Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht, Bern 1995.
- REHM CHRISTIAN, Projektfinanzierung nach schweizerischem Recht, Zürich 2002.
- SCHÄRER HEINZ/MAURENBRECHER BENEDIKT, Art. 305-318 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007.
- THALMANN CHRISTIAN, Kreditvertrag, in: Max Boemle et al. (Hrsg.), Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 696-697.
- WEBER ROLF, Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, in: ZSR I (1987), S. 403-434.

## I. Vorbemerkung

1. Kreditverträge sind im Bankgeschäft seit jeher weit verbreitet und für den Gang der Wirtschaft von zentraler Bedeutung.<sup>1</sup> Gesetzlich aber sind sie nicht speziell geregelt. Womit hat man es zu tun? Zunächst mit einem Missverständnis! Die Umgangssprache setzt den «Kreditvertrag» nämlich mit dem Darlehensvertrag gleich, unterscheidet also nicht. Und das Bundesgericht pflichtete einem Kläger darin bei, dass «unter «Kredit» regelmässig die darlehensweise Hingabe von Geld verstanden wird» (BGer 4C.453/1999 E. 3c). Sieht man sich einschlägige Vertragsvorlagen an, wird indes rasch klar, dass ein Darlehen zwar Gegenstand eines «Kreditvertrages» sein kann, dass aber ein «Kreditvertrag» auch die Grundlage für andere Geschäfte abgibt, die zwar eine Kreditfunktion haben, ohne dabei aber gerade Darlehensverträge zu sein.<sup>2</sup>

2. Bei den besagten Vertragsvorlagen handelt es sich vor allem um so genannte «Rahmenkreditverträge», auf deren Grundlage alsdann Darlehen gewährt, aber eben auch andere Verträge abgeschlossen werden können. Die Vorlagen stammen mehrheitlich von grösseren Geschäftsbanken und weisen

---

<sup>1</sup> Zur Bedeutung des Bankkredits als «betriebs- und volkswirtschaftliche Triebfeder» EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, 235 f.

<sup>2</sup> MAURENBRECHER, Darlehen, 82; REHM, Projektfinanzierung, 191.

untereinander Ähnlichkeiten auf, was vorab das Vertragskonzept anbelangt, das jeweils einen Rahmenkreditvertrag mit Einzelgeschäften kombiniert. Gleichzeitig lassen sich erhebliche Unterschiede unter den Vorlagen ausmachen, weshalb man sich hüten wird, von einer Formulierung in der einen Vorlage auf das Ganze zu schliessen. Überdies lauten die Vorlagen anderer Banken vermutlich wieder anders.

3. Die Vertragsvorlagen, über die ich selber verfüge, beziehen sich fast ausschliesslich auf das Firmenkundengeschäft in der Schweiz, also auf kommerzielle Kredite. Mit einer wichtigen Ausprägung des Privatkredits, dem Konsumkreditvertrag, beschäftigt sich Frau KOLLER-TUMLER. Und von komplexeren Vertragsstrukturen handelt der Beitrag von Herrn MAURENBRECHER. Dazu kommt ein weiteres: In der Kreditpraxis der Banken spielen die gesetzlichen Bestimmungen zum Darlehensrecht (Art. 312 ff. OR) keine auffällige Rolle. Das hat damit zu tun, dass die (wenigen) Bestimmungen weitgehend dispositiv und damit abweichenden Vereinbarungen zugänglich sind. Von dieser Möglichkeit, eigene Bestimmungen zu schaffen, macht die Bankpraxis regen Gebrauch, indem sie ihre eigenen Vertragswerke kreiert. Das erklärt auch, dass sich mein Beitrag vor allem mit solchen Bedingungen und kaum mit den besonderen Bestimmungen des Darlehensrechts auseinandersetzt.

## **II. Zum Vertragskonzept: Rahmenkreditvertrag und Einzelgeschäfte**

1. Das Vertragskonzept, welches das moderne Kreditgeschäft prägt, sieht zur Hauptsache zwei Bausteine vor, die zu unterscheiden sind: erstens den meist mehrere Seiten umfassenden Grundvertrag zwischen der Bank und dem (hier: gewerblichen<sup>3</sup>) Kreditnehmer, der in der Praxis als «Rahmenvertrag für Kredite», als «Rahmenkreditvereinbarung», als «Rahmenkreditvertrag» oder auch einfach als «Kreditvereinbarung» bezeichnet wird; zweitens die Einzelgeschäfte, mit denen der Kreditnehmer den gewährten Kreditrahmen ganz oder teilweise ausschöpft. Dazu kommen weitere Dokumente, darunter die «Allgemeinen Geschäftsbedingungen», auf die im Grundvertrag normativ verwiesen wird, und die Verträge, welche die vom Kreditnehmer aufzubringenden Sicherheiten betreffen.

---

<sup>3</sup> In Abgrenzung von Konsumenten.

2. Die Suche nach gesetzlichen Bestimmungen, die spezifisch auf Rahmenverträge zugeschnitten sind, verläuft im Sand. Und vom Kreditvertrag sagt das Bundesgericht, es handle sich dabei um einen Innominatvertrag.<sup>4</sup> Zunächst aber zum Rahmenvertrag:

a. «Rahmenvertrag» ist kein gesetzlicher Begriff. In der Literatur wird er zum Teil als Vertrag umschrieben,

«in welchem die Parteien sich auf einzelne Bedingungen für künftig abzuschliessende Verträge einigen, jedoch keine Abschlusspflicht übernehmen. Dieser Vertrag bezweckt nur (aber immerhin) die Rationalisierung der Geschäftsbeziehungen, indem er den Inhalt künftiger Verträge zum Voraus (umfassend oder teilweise) festlegt»<sup>5</sup>.

Anders als bei einem Vorvertrag, der die «Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet» (Art. 22 Abs. 1 OR), ist ein Rahmenvertrag dieser Umschreibung zufolge nicht darauf angelegt, die an ihm beteiligten Parteien zu einem späteren Vertragsschluss zu verhalten, begründet also keine Kontrahierungspflicht. Zu betonen ist aber sogleich, dass dieser Begriff nicht zum Schluss verleiten darf, jeglicher Vertrag, den die Parteien selber als «Rahmenvertrag» (oder ähnlich) bezeichnen, sei stets auch wirklich ein Rahmenvertrag im Sinne der erwähnten Begriffsbildung. Oder anders gewendet: Ob im konkreten Fall eine Abschlusspflicht besteht oder nicht, lässt sich nicht abstrakt, sondern nur durch Auslegung des in Frage stehenden Vertrages entscheiden. Das gilt auch für die Rahmenkreditverträge der Banken. Ich komme darauf zurück.

b. Der Ausdruck «Kreditvertrag» hat sich zwar längst eingebürgert, was aber nichts daran ändert, dass er ungenau ist. «Präziser» wäre von einem «Vertrag über die Einräumung einer Kreditlimite» oder (etwas kürzer) von einem «Krediteröffnungsvertrag» zu sprechen.<sup>6</sup> Unter letzterer Bezeichnung figuriert der Vertrag denn auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wo sein typischer Inhalt folgendermassen umschrieben wird: «Dans un

---

<sup>4</sup> BGer 4C.345/2002 E. 3, zur Qualifikation des Kreditvertrages siehe auch etwa BAUMANN, Baukredit, 55 ff.; REHM, Projektfinanzierung, 190 ff.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, 237 ff.

<sup>5</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, Nr. 1099.

<sup>6</sup> THALMANN, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon, 696; zur Begriffsbestimmung auch etwa AESCHLIMANN, Krediteröffnungsvertrag, 20 ff.; MAURENBRECHER, Darlehen, 79 f.



contrat d'ouverture de crédit en compte courant, le montant du prêt est variable, car il est déterminé par le preneur du crédit, qui peut, dans la limite qui lui est fixée, effectuer, selon ses besoins, des retraits et devenir débiteur de la banque. Les retraits et les remboursements sont comptabilisés en compte courant.» (BGE 130 III 694 E. 2.2.1). Verträge, die diese Merkmale aufweisen, schlägt die Rechtsprechung den Innominatverträgen zu: «Le contrat d'ouverture de crédit en compte courant est un contrat sui generis, non réglementé par la loi» (BGer 4C.345/2002 E. 3). Mit letzterem ist natürlich nur gemeint, dass es keine spezifischen Bestimmungen gibt, die direkt auf diesen Vertrag anwendbar wären. Anwendbar sind selbstredend die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts und überdies analog die besonderen Regeln, wenn diese passen. Das ist unstrittig, zugleich aber nicht über die Massen praktisch bedeutsam, soweit die Vertragsvorlagen die Verhältnisse mittels Eigennormen regeln und darob das dispositive Gesetzesrecht verdrängen. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei diesen Eigennormen regelmässig (nicht immer) um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, weshalb die (wenigen) einschlägigen Schranken zu berücksichtigen sind. Zur Erinnerung: Ob eine konkrete Vertragsabrede als AGB zu qualifizieren ist oder nicht, entscheidet sich nach Massgabe ihrer Funktion, während ihre formelle Zugehörigkeit zum einen oder zum anderen Vertragsdokument für diese Qualifikation gänzlich ohne Belang ist. So können sich Allgemeine Geschäftsbedingungen im Rechtssinn auch ausserhalb des Vertragsdokumentes, das mit der Überschrift «Allgemeine Geschäftsbedingungen» versehen wurde, finden.

3. Der Rahmenkreditvertrag wird zwischen der Bank und dem Kreditnehmer abgeschlossen. Er enthält eine ganze Reihe von Abreden, wobei sich typische Abreden und andere unterscheiden lassen.

a. An typischen Abreden, die den Rahmenkreditvertrag ausmachen, sind die folgenden zu nennen:

- Die Bestimmung des *Kreditbetrages*,<sup>7</sup> den die Bank dem Kreditnehmer zur Verfügung stellt. Bei diesem Betrag handelt es sich um einen Maximalbetrag, der auch für die Bemessung der Sicherheiten ausschlaggebend ist.

---

<sup>7</sup> Die Vertragspraxis bedient sich hier unterschiedlicher Termini und spricht zum Teil von der «Kreditlimite», dem «Kreditrahmen» oder einfach vom «Kredit». Gemeint ist

- Die Bezeichnung der *Benutzungsmöglichkeiten*, also der nach der Vereinbarung zulässigen Möglichkeiten, den Kreditbetrag zu benutzen. Davon seien hier nur zwei erwähnt: zum einen die Möglichkeit, den Kredit als Kontokorrentkredit oder in Form eines Darlehens mit fester (kürzerer oder längerer) Laufzeit zu beziehen; zum andern die Möglichkeit, dass die Bank unter Anrechnung an den Kreditbetrag gegenüber Dritten eine Verbindlichkeit des Kreditnehmers verbürgt oder mit dem Dritten einen Garantievertrag eingeht.
- Die Festlegung der *Gegenleistung*, die der Kreditnehmer der Bank zu erbringen hat. Darunter fallen unter anderem Kreditkommissionen und die Entschädigung, die der Kreditnehmer «bei Erhalt der durch den Kreditnehmer gegengezeichneten Kreditvereinbarung» zu bezahlen hat. Vor allem aber gehören hierher die Zinsleistungen, zu denen der Kreditnehmer verpflichtet ist, wenn er den Kreditbetrag benutzt. Der Zinssatz differiert je nach Art der Benutzung, aber auch nach Massgabe der Bonität des Kreditnehmers und der Sicherheiten, die er leistet. Auffällig ist, dass in einem Teil der mir vorliegenden Verträge der Zinssatz einseitig von der Bank festgelegt wird, die sich dabei aber immerhin an den Marktbedingungen zu orientieren hat.

**b.** Liegen diese Abreden vor, hat man es mit einem Kreditvertrag zu tun. Das bedeutet freilich nicht, dass die Rahmenkreditverträge sich damit begnügen würden. Richtig ist vielmehr, dass sie regelmässig weitere Abreden enthalten, wobei hier erwähnt seien:

- Die Umschreibung des *Kreditzwecks*,<sup>8</sup> die allerdings (in meinen Vorlagen) verhältnismässig offen gehalten ist. Unterläuft der Kreditnehmer die Zweckbindung des Kredits und befriedigt mit den kreditierten Mitteln anderweitige (vertragsfremde) finanzielle Bedürfnisse, kann die Bank den Kreditvertrag ausserordentlich auflösen. Dabei ist es an der Bank, die Zweckwidrigkeit nachzuweisen, was umso schwieriger ist, je offener der Kreditzweck umschrieben ist.

---

aber stets das gleiche: der Kreditbetrag, der mittels (unter Umständen verschiedenartiger) Einzelgeschäfte ausgeschöpft werden kann.

<sup>8</sup> Zu Begriff und Funktion des Kreditzwecks siehe BAUMANN, *Baukredit*, 8 ff. und 124; REHM, *Projektfinanzierung*, 194 ff.

- Allenfalls eine Abrede zur *Laufzeit* des Kreditbetrages, der dem Kreditnehmer «fest zugesagt» worden ist. Alsdann spricht man von einer besätigten Limite. Sie manifestiert sich zur Hauptsache darin, dass der Kreditbetrag während seiner Laufzeit nicht ordentlich gekündigt werden kann, um aber mit dem Ende der Laufzeit ohne Kündigung dahinzufallen. Fehlt es an einer entsprechenden Abrede, hat der Kreditbetrag keine feste Laufzeit und kann von den Parteien jederzeit gekündigt werden, was die Planungssicherheit in finanziellen Belangen gegen Null sinken lässt.
- Die Auflistung allfälliger *Sicherheiten*, die der Kreditnehmer der Bank zu leisten hat, bevor er den Kreditbetrag benützen kann. Hierher gehören allenfalls auch Abreden hinsichtlich der Sicherheiten, die Dritte zugunsten des Kreditnehmers zu leisten haben. Die Sicherungsgeschäfte mit Dritten (z. B. Bürgschaftsverträge)<sup>9</sup> sind zwar separate Verträge, doch lässt sich deren Abschluss als (Suspensiv-)Bedingung in den Kreditvertrag einfügen.
- Die Enumeration von *Gewährleistungen*, in denen der Kreditnehmer der Bank spezifizierte Umstände, die für den Vertrag relevant sind, bestätigt. Sie gelten zunächst für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, während sich aber die Frage stellt, ob der Kreditnehmer die Bank über negative Entwicklungen, die nach diesem Zeitpunkt eintreten, zu orientieren hat. Diese Frage lässt sich nicht generell beantworten. Vielmehr kommt es dabei auf die Vertragsgestaltung im konkreten Fall an. Gewöhnlich aber dürfte es zu den vertraglichen Treuepflichten des Kreditnehmers gehören (Art. 2 ZGB), die Bank von sich aus über Entwicklungen in Kenntnis zu setzen, die in einem direkten Sachzusammenhang mit seinen Gewährleistungen stehen.

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu BGer 4A\_306/2009 E. 5.4.2, wonach es «von professionellen Marktteilnehmern zu erwarten [ist], dass sie von den Personen oder Gesellschaften, die an der Gewährung eines Kredits (mit)interessiert sind und für dessen Rückzahlung bzw. für die Bonität des Kreditnehmers [sie] einstehen sollen, substanzielle Sicherheiten im Rahmen einer vertraglichen Regelung verlangen, soweit sie dies als erforderlich und wünschenswert betrachten» (E. 5.4.2), weshalb die Berufung auf die Vertrauenshaftung nicht angeht.

- Die Festlegung von *Nebenpflichten* zu Lasten des Kreditnehmers. Zu nennen sind etwa Informationspflichten und die Verpflichtung, näher bestimmte Finanzkennzahlen einzuhalten; dann aber auch Pflichten, die in den Verträgen als «negative Verpflichtungen» bezeichnet werden und bei denen es darum geht, dem Kreditnehmer spezifische Unterlassungspflichten aufzuerlegen.
- Die Regeln zur *Vertragsbeendigung*, wobei hier zwischen Regeln zur ordentlichen und jenen zur ausserordentlichen Beendigung zu unterscheiden ist. Diesen Regeln räumen die Verträge breiten Raum ein, was ihre Bedeutung unterstreicht. Teils knüpfen sie an die Nebenpflichten an, indem sie vorsehen, dass der Vertrag bei der Verletzung solcher Pflichten ausserordentlich und fristlos aufgelöst werden kann. Auf diese Regeln komme ich zurück.

4. Der «Rahmenkreditvertrag» ist (wie gesagt) vom Darlehensvertrag zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist der Bankpraxis zwar geläufig, verschafft mir hier aber die Gelegenheit, das Folgende zu verdeutlichen. Unter Kreditverträgen versteht die Praxis auch die Eventualverbindlichkeiten, die der Bank daraus erwachsen, dass sie mit einem Dritten unter Anrechnung an die Kreditlimite zum Beispiel einen Garantie- oder einen Bürgschaftsvertrag eingeht.<sup>10</sup> Rechtlich gesehen handelt es sich aber nur dann um einen Darlehensvertrag, wenn die konkrete Vereinbarung die Merkmale trägt, die Art. 312 OR voraussetzt (dazu BGE 131 III 274 E. 4.2):

«Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an andern vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte.»

Als Darlehen im Rechtssinne gelten aber auch Kreditformen, die in der Praxis anders bezeichnet werden. So sind namentlich «feste Vorschüsse», «Festkredite» und «Hypothesen» Darlehensverträge im Sinne der gesetzlichen Begriffsbestimmung. Das steht fest, denn bekanntlich hat die von den Parteien gewählte Bezeichnung des Geschäfts keinen Einfluss auf die Qualifikation ihrer Vereinbarung (Art. 18 OR).

---

<sup>10</sup> Zur rechtlichen Struktur des Kautionskredits REHM, Projektfinanzierung, 200 f.

### III. Zu den Pflichten aus dem Rahmenkreditvertrag

1. Der Rahmenkreditvertrag begründet teils Pflichten, die unabhängig davon bestehen, ob der Kreditnehmer den Kreditbetrag in Anspruch nimmt; teils sieht er Pflichten vor, die erst dann bedeutsam werden, wenn die Bank dem Kreditnehmer Kredit gewährt. Unabhängig von der Inanspruchnahme sind etwa die teils weitgehenden Informationspflichten des Kreditnehmers, aber auch seine Pflicht, der Bank Sicherheiten im Umfang der Kreditlimite zu stellen,<sup>11</sup> während seine Zinspflicht davon abhängig ist, dass er die Kreditlimite benützt.

2. Gesondert zu prüfen ist die Frage, ob sich die Bank durch den Abschluss des Rahmenkreditvertrages dazu verpflichte, dem Kreditnehmer Kredit zu gewähren. Für die Kreditnehmer ist die Frage praktisch bedeutsam, da ihre Finanzplanung davon abhängt, ob Kreditfazilitäten ohne weiteres abgerufen werden können oder ob die Bank stets aufs Neue entscheiden kann, ob sie Kredit gewähren will. Nicht wenige Kreditnehmer dürften davon ausgehen, dass ihnen die Kreditlimite, einmal gewährt, auch zur Verfügung steht. Wie aber steht es darum aus rechtlicher Sicht? Vorab ist darauf hinzuweisen, dass sich die Antwort nicht schon aus der Bezeichnung eines Vertrages als «Rahmenkreditvertrag» ergibt. Zwar stimmt es, dass die (vorzitierte) Lehre dann von einem Rahmenvertrag ausgeht, wenn keine Kontrahierungspflichten begründet werden.<sup>12</sup> Daraus lässt sich für unsere Frage indes nichts ableiten, da sich der Vertragsinhalt nicht nach der von den Parteien gewählten Bezeichnung, sondern danach richtet, was (tatsächlich oder normativ) vereinbart wurde.

a. Rechtlich gesehen stehen die folgenden Gestaltungsmöglichkeiten im Vordergrund:

- Beide Parteien bleiben frei. Ein Einzelgeschäft kommt nur dann zustande, wenn die Bank die Offerte des Kreditnehmers auf Abschluss eines Darlehensvertrages akzeptiert oder den Auftrag, mit einem Dritten einen Garantievertrag einzugehen, annimmt – wobei in der Praxis die Offerte häufig von der Bank ausgeht, während der Kreditnehmer zu entscheiden

---

<sup>11</sup> Dies hängt selbstredend davon ab, dass der Kreditvertrag dies vorsieht, was bei ungedeckten Krediten gerade nicht der Fall ist.

<sup>12</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, Nr. 1099.

hat, ob er deren Offerte annehmen will. Die Praxis spricht hier zum Teil von einem Kreditvertrag mit unbestätigter Limite.

- Nur die Bank ist gebunden, während der Kreditnehmer zwar das Recht, nicht aber die Pflicht hat, den Kreditbetrag ganz oder teilweise auszuschöpfen. In diesem Sinne definiert AESCHLIMANN den Krediteröffnungsvertrag als Vertrag, «in dem sich der Kreditgeber verpflichtet, dem Kreditnehmer in bestimmten Grenzen, auf dessen Verlangen, fortlaufend Kredite zu gewähren, oder seinen Kredit zu dessen Gunsten zu verwenden».<sup>13</sup> Bei dieser Möglichkeit verfügt der Kreditnehmer über ein Gestaltungsrecht und ist befugt, die Bank durch einseitige Erklärung dazu zu verpflichten, ihm einen Kreditbetrag zur Nutzung zu überlassen.<sup>14</sup> Hierher gehören jene Verträge, in denen die Bank dem Kreditnehmer die Kreditlimite für eine bestimmte Laufzeit zusichert (bestätigte Limite) und entsprechend davon absieht, im Vertrag die Befugnis vorzusehen, den Kreditbetrag jederzeit ordentlich kündigen zu dürfen. Die feste Laufzeit ist Gegenstand einer besonderen Abrede, während ein Kreditvertrag, der keine entsprechende Abrede enthält, auch keine feste Laufzeit hat. Nur dort hat der Kreditnehmer eine gewisse Planungssicherheit, hier nicht.
  
- Beide Parteien sind gebunden. Der Kreditnehmer muss den Kreditbetrag benützen, und die Bank muss die Benützung zulassen. Diese Gestaltungsmöglichkeit führe ich lediglich der Vollständigkeit halber auf, während sie praktisch, wie Praktiker mir sagen, keine Rolle spielt.<sup>15</sup>

Die Frage, von welcher Gestaltungsmöglichkeit die Parteien Gebrauch gemacht haben, lässt sich (wie schon gesagt) nur anhand des konkreten Vertrages entscheiden. Die Bezeichnung eines Vertrages als Rahmenkreditvertrag gibt darauf keine Antwort. Vielmehr ist in erster Linie zu ermitteln, was die Parteien denn wirklich wollten. Denkbar ist dabei, dass die Banken, die diese Klauseln verwenden, davon ausgehen, dass sie keinerlei Verpflichtung treffe, den durch den Rahmenvertrag geregelten Kreditbetrag freizugeben.

---

<sup>13</sup> AESCHLIMANN, Krediteröffnungsvertrag, 22; auch BIERI, Kredit und Konsortium, 31 f.

<sup>14</sup> BIERI, Kredit und Konsortium, 32.

<sup>15</sup> Siehe auch EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, 239, wonach es allen Formen des Krediteröffnungsvertrages gemeinsam sei, dass der Kreditnehmer nicht verpflichtet sei, vom Kredit Gebrauch zu machen.

Denkbar ist aber auch, dass der Kreditnehmer das nicht so versteht und es damit an einem natürlichen Konsens fehlt. Ist dies der Fall, ist den Abreden nach Massgabe des Vertrauensprinzips zu Leibe zu rücken und zu fragen, wie der Kreditnehmer sie nach Treu und Glauben (also objektiviert) verstehen durfte oder verstehen musste.

**b.** Zum Ganzen zwei unterschiedliche Beispiele aus Vertragsvorlagen, die ich auch im Rahmen meines Vortrages diskutiert habe.

- Eine erste Klausel: «Die Bank hat das Recht, Inanspruchnahmen nach freiem Ermessen und ohne Angabe von Gründen abzulehnen.»
- Eine zweite Klausel: «Die Bank behält sich vor, einzelne Geschäfte unter den vorstehend erwähnten Kreditprodukten abzulehnen.»

Vermutlich sind beide Klauseln nach Meinung der Banken, die sie verwenden, darauf angelegt, ihnen die grösstmögliche Handlungsfreiheit zu belassen und damit die erste der drei Gestaltungsmöglichkeiten, die ich vorstehend skizziert habe, umzusetzen: also einen Rahmenkreditvertrag mit unbestätigter Limite zu schaffen. Dabei fällt aber sofort auf, dass die Klauseln nicht identisch formuliert sind, vielmehr die erste Klausel noch weiter zu gehen scheint als die zweite, indem die zweite Klausel den Vorbehalt ausdrücklich auf «einzelne Geschäfte» bezieht und zudem nicht sagt, die Ablehnung könne «nach freiem Ermessen» erfolgen. Die erste Klausel dürfte damit – nimmt man die Bankensicht ein – schlagkräftiger sein als die zweite, die den Vorbehalt auf «einzelne Geschäfte» limitiert und ihn dadurch enger fasst als die erste. Da aber beide Vertragsvorlagen vorsehen, dass der Rahmenkreditvertrag «beidseitig jederzeit mit sofortiger Wirkung gekündigt werden» könne, dürften die Unterschiede praktisch nicht gar so bedeutsam sein. Indes ist zu bedenken: Nicht immer muss es so liegen, dass die Bank selber ein Interesse daran hat, den Rahmenkreditvertrag aufzulösen. Für diesen Fall stellt sich ihr die Frage, inwieweit sie sich auf den jeweiligen Vorbehalt, Einzelgeschäfte abzulehnen, berufen könne, ohne den Vertrag zu verletzen.

Die Sache mit der Handlungsfreiheit der Banken dürfte selbst bei bestätigten Kreditlimiten – bei Rahmenverträgen mit einer festen Laufzeit, bei denen das Recht, eine Inanspruchnahme abzulehnen, einen Grund voraussetzt, der auch zur Auflösung des Rahmenkreditvertrages berechtigte –

ähnlich liegen, soweit es nicht um ein rechtlich schlicht strukturiertes Darlehen, sondern um komplexere Vorgänge wie etwa Akkreditive, Bürgschafts- oder Garantieverträge geht. Hier wird die Bank (trotz Bestätigung) den Auftrag, ein Akkreditiv zu stellen, zumindest dann ablehnen können, wenn sie dafür sachliche Gründe anführen kann, ohne dabei auf jene Gründe beschränkt zu sein, die sie zur ausserordentlichen Kündigung des Rahmenkreditvertrages berechtigen. Dies gilt selbst dann, wenn die Bank es unterlässt, sich im Vertrag eine entsprechende Befugnis auszubedingen. Dieser Vorbehalt schränkt die Tragweite einer festen Laufzeit ein, weil ein Kreditnehmer selbst bei bestätigter Kreditlimite nicht davon ausgehen kann, dass die Bank entsprechende Geschäfte unbedingt einzugehen hat.

c. Bei einer kritischen Würdigung vor allem der erstzitierten Vorbehaltsklausel hätte man vorab auf die folgenden Umstände zu verweisen:

- Erstens spricht der Rahmenkreditvertrag, dem ich sie entnommen habe, selber davon, dass die Bank dem Kreditnehmer eine Kreditlimite «gewährt», ohne dass an dieser Stelle des Vertrages klargestellt würde, dass der Kreditnehmer die ihm gewährte Limite gegebenenfalls gar nicht benutzen kann.
- Zweitens leistet der Kreditnehmer der Bank ungeachtet jeglicher Inanspruchnahme umfangreiche Sicherheiten (zum Beispiel durch Sicherungsübereignung eines Schuldbriefes in Höhe des Kreditbetrages)<sup>16</sup> und zudem gelegentlich eine Gebühr, was beim Kreditnehmer die Meinung verdichten mag, er könne jetzt über den gewährten Kreditbetrag disponieren.
- Drittens enthalten die Rahmenkreditverträge spezifische Regeln zur ausserordentlichen Kündigung, was beim Kreditnehmer die Erwartung begründen kann, dass die Bank ihm jedenfalls dann, wenn kein Kündigungsgrund vorliegt, die Inanspruchnahme des Kreditbetrags nicht verweigern darf. Hier ist zudem zu bedenken, dass der Kreditnehmer verpflichtet ist, bei seiner Geschäftstätigkeit die Vorgaben des Rahmenkreditvertrages einzuhalten und die Bank über seinen Geschäftsgang zu orientieren.

---

<sup>16</sup> Dazu eingehend BAUMANN, Baukredit, 148 ff.



Diese weiteren Elemente des Vertrages sind bei einer Auslegung der zitierten Vorbehalts-Klauseln nach dem Vertrauensprinzip (also nach Treu und Glauben) in Rechnung zu stellen und können dazu führen, dass ein Gericht im konkreten Fall eine Abschlusspflicht der Bank bejaht – ungeachtet des Umstandes, dass deren Intention in die entgegengesetzte Richtung ging. Ergibt die (vertrauenstheoretische) Auslegung, dass der Kreditnehmer mit dem vorbehaltlosen Abschluss von Einzelgeschäften (z. B. der Gewährung eines festen Vorschusses) rechnen darf, gerät die Bank in Verzug, wenn sie den Abschluss verweigert, und wird unter Umständen schadenersatzpflichtig. Überlegen liesse sich aber auch ein Anderes: Selbst wenn die kreditgebende Bank nach den Umständen keine Kontrahierungspflicht trifft, sie also nicht verpflichtet ist, Einzelgeschäfte abzuschliessen, kann es noch immer sein, dass sie vertraglich gehalten ist, mit dem Kreditnehmer über den Abschluss entsprechender Geschäfte ernsthaft zu verhandeln.<sup>17</sup> Diese Verhandlungspflicht geht deutlich weniger weit als die Kontrahierungspflicht, da der Kreditnehmer den Abschluss von Einzelgeschäften auch dann nicht erzwingen kann, wenn die Bank die Verhandlungen pflichtwidrig verweigert. Immerhin eröffnet sich ihm die Möglichkeit, über diesen Weg zu einem Schadenersatzanspruch zu kommen, der wiederum verzugsrechtlich abzustützen ist.

**d.** Zu allem sei (im Sinne eines *ceterum censeo*) die Frage aufgeworfen, ob die zitierten Klauseln einer AGB-rechtlichen Nachprüfung standzuhalten vermöchten. Klar ist, dass es sich bei den vorzitierten Klauseln um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, insoweit sie «in vorformulierten Texten festgelegt werden, um für eine Vielzahl individueller Geschäfte eine standardisierte Ordnung zu schaffen, welche die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Partner im Voraus möglichst präzise festlegt».<sup>18</sup> Dass unter den diversen Vertragsdokumenten, die im Umfeld des Rahmenkreditvertrags eine Rolle spielen können, nur eines unter dem Titel «Allgemeine Geschäftsbedingungen der Bank» läuft, vermag daran offensichtlich nichts zu ändern.

---

<sup>17</sup> Dieser Gedanke geht zurück auf ein Gespräch mit Fürsprecher VALENTIN MONN, der dieser Tage seine Freiburger Dissertation über «Die Verhandlungsabrede – Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten» abgeschlossen hat.

<sup>18</sup> Botschaft zum UWG, BBl 1983 II 1009, 1051.

## IV. Zur Regelung der Vertragsauflösung

1. Im Kündigungssystem, das den Rahmenkreditverträgen zugrunde liegt, ist zwischen der ordentlichen und der ausserordentlichen Kündigung zu unterscheiden. Das gilt zum einen für die Kündigungsvoraussetzungen, zum anderen für die Wirkungen der Kündigung. Die einschlägigen Regeln nehmen in den Vertragsvorlagen breiten Raum ein. Auch der Sache nach erweisen sie sich als wichtige Bestandteile des Rahmenkreditvertrages und gehen einer Allgemeinen Geschäftsbedingung, nach der die Beziehung jederzeit aufgelöst werden kann, vor. Ordentlich wird ein Rahmenkreditvertrag entweder durch Ablauf einer vereinbarten Laufzeit (bei bestätigter Kreditlimite) oder aber durch Kündigung (bei unbestätigter Kreditlimite) beendet. Ausserordentlich kann der Vertrag gekündigt werden aus den Gründen, die im Vertrag selber enthalten sind, und überdies aus wichtigem Grund.<sup>19</sup> Letzterer setzt einen Umstand voraus, «bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des [Vertragsverhältnisses] nicht mehr zugemutet werden darf» (zu dieser Umschreibung siehe Art. 337 Abs. 2 OR). Bei dieser Billigkeitsentscheidung steht im Vordergrund die «Frage, ob das Gebundensein an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden ist» (BGE 128 III 432, «Fiat Lux»). Vom Recht, den Rahmenkreditvertrag ausserordentlich aufzulösen, ist in den Vertragsvorlagen ausführlich die Rede. Zunächst aber zu den Regeln, die seine ordentliche Kündigung beschlagen:

2. Sowohl der Kreditnehmer als auch die Bank sind gemäss den Bankbedingungen berechtigt, den Rahmenkreditvertrag ordentlich «jederzeit mit sofortiger Wirkung» zu kündigen. Als Folge der Kündigung fällt die Kreditlimite dahin, was etwa damit umschrieben wird, dass mit der Kündigung der «unbenützte Teil der Kreditlimite ... durch die Kündigung per sofort gekürzt» werde. Anders gesagt: Der Anteil der Kreditlimite, der noch nicht ausgeschöpft wurde, steht nicht länger zur Verfügung. Welche weiteren Folgen zieht die Kündigung nach sich?

a. Sicher entfallen die positiven Verpflichtungen des Kreditnehmers, die der Rahmenkreditvertrag statuiert, so dass er inskünftig der Bank auch keinen Aufschluss über seine Geschäftstätigkeit mehr zu geben hat. Die Kündigung des Rahmenkreditvertrags hat aber keinen Einfluss auf die Darlehen, die

---

<sup>19</sup> Eingehend MAURENBRECHER, Darlehen, 235 ff.

dem Kreditnehmer für eine feste Laufzeit gewährt wurden. Diese Darlehen (seien das nun Vorschüsse oder Festkredite) werden erst mit Ablauf der vereinbarten Laufzeit zur Rückzahlung fällig, was auch bedeutet, dass der Kreditnehmer sie weiterhin zu verzinsen hat. Auf Verträge, welche die Bank unter Anrechnung an die Kreditlimite mit Dritten eingegangen ist (wie Bürgschafts- und Garantieverträge), hat die Auflösung des Rahmenkreditvertrages nur dann einen Einfluss, wenn diese Verträge selber eine entsprechende Koppelung vorsehen. Fehlt es daran, laufen diese Verträge weiter, auch wenn der Rahmenkreditvertrag nicht länger Bestand hat. Regelmässig ist der Kreditnehmer zwar verpflichtet, diese Verträge abzulösen, was aber eine entsprechende Mitwirkung des Dritten (des Gläubigers bzw. des Garantiennehmers) bedingt.

**b.** Fragen mag man sich, wie es um die Möglichkeiten der Bank steht, nach ordentlicher Auflösung des Rahmenkreditvertrages ein weiterhin laufendes Darlehen aus einem jener Gründe sofort (also vorzeitig) fällig zu stellen, die der Rahmenkreditvertrag als Gründe aufführt, aus denen die Bank zu einer ausserordentlichen Kündigung berechtigt ist. Man kann – je nach Ausgestaltung des Rahmenkreditvertrages – mit Fug bezweifeln, dass die Bank diese Gründe auch weiterhin anrufen kann, da der Rahmenkreditvertrag, in dem sie sich finden, ja gar keinen Bestand mehr hat. Das ist (wie ich meine) keine bloss theoretische Spielerei, was sich sofort zeigt, wenn man etwa die «Cross-Default-Klausel» in den Blick nimmt, nach der die Bank auch auf den Verzug einer vom Kreditnehmer rechtlich unterscheidbaren Gruppengesellschaft mit der Auflösung des Rahmenkreditvertrages reagieren kann. Fortan unwirksam sind überdies die Abreden, nach denen die Verletzung der Rahmenkreditvereinbarung durch den Kreditnehmer zur sofortigen Fälligkeit laufender Benutzungen berechtigen soll, da eine aufgelöste Kreditvereinbarung nicht mehr verletzt werden kann. Diese Frage ist dann müssig, wenn der Rahmenkreditvertrag (wie ich dies in der einen, nicht aber in der anderen Vorlage gesehen habe) diese Gründe vorbehält und sie von der sofortigen Wirkung der ordentlichen Kündigung ausnimmt. Sonst aber stellt sich diese Frage, so dass ein Kreditnehmer versucht sein könnte, den Rahmenkreditvertrag ordentlich zu kündigen, um seinen laufenden Vorschuss sozusagen gefahrloser nützen zu können. Allerdings hätte er sich vor Augen zu halten, dass die Bank den Vorschuss ungeachtet der Laufzeit noch immer aus wichtigem Grund sofort zurückfordern könnte, was aber doch tendenziell eine höhere Hürde ist.

3. Nach der ordentlichen Kündigung die ausserordentliche: Sie hat ihren Platz sowohl beim Rahmenkreditvertrag mit fester Laufzeit als auch beim Rahmenkreditvertrag mit unbestätigter Limite. Sie ist stets möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, was ich schon erwähnt habe. In aller Regel werden in den Vertragsvorlagen zudem einzelne Ereignisse umschrieben, die einen Grund für eine ausserordentliche Kündigung abgeben. Kritisch zu würdigen ist eine Abrede, nach der die Bank einen Vertrag «aus wichtigen Gründen nach ihrem Ermessen mit sofortiger Wirkung» aufzulösen berechtigt ist, soweit es damit die Meinung hat, dass es im freien und damit nicht nachprüfbar Ermessen der Bank liegen soll zu bestimmen, ob überhaupt ein wichtiger Grund vorliege. Richtig ist vielmehr die Auslegung, nach der auch bei einer solchen Klausel die ausserordentliche Kündigung einen wichtigen Grund voraussetzt, während der Verweis auf das freie Ermessen eine leere Floskel ist. Andere Vertragsvorlagen sehen davon ab, überhaupt von wichtigen Gründen zu reden, um sich darauf zu verlegen, schlicht die Ereignisse aufzulisten, bei deren Eintritt die Bank zur vorzeitigen Kündigung berechtigt ist. Zu diesen Ereignissen gehört die schon erwähnte Cross-Default-Klausel, aber auch die Abrede, wonach die Verletzung des Rahmenkreditvertrages durch den Kreditnehmer seine Auflösung nach sich ziehen kann. Was letztere Abrede angeht, dürfte es angesichts der potentiell einschneidenden Folgen für den Kreditnehmer (und ungeachtet des Wortlauts) richtig sein, sie limitierend auszulegen in dem Sinne, dass nur wesentliche Vertragsverletzungen eine ausserordentliche Kündigung zu rechtfertigen vermögen.

4. Natürlich wird sich zuweilen auch ein Kreditnehmer fragen, ob er einen Vorschuss vorzeitig (vor Ablauf der festen Laufzeit) zurückzahlen könne. Dass er berechtigt ist, den Rahmenkreditvertrag «jederzeit mit sofortiger Wirkung» aufzulösen, hilft ihm dabei nicht unbedingt weiter, da die ordentliche Kündigung des Rahmenvertrags nicht zwingend auf die Einzelgeschäfte durchschlägt. Erstaunlicherweise sehen nicht alle Vorlagen eine entsprechende Möglichkeit vor. Was Art. 318 OR anbelangt, ist die Bestimmung zwar auf die Kündigung durch den Borger sinngemäss anwendbar,<sup>20</sup> indes kommt diese Bestimmung gar nicht zum Zug, wenn die Parteien – wie ich es hier voraussetze – eine feste Laufzeit vereinbart haben.

---

<sup>20</sup> SCHÄRER/MAURENBRECHER, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 318 OR.

a. Wo sich ein Vertrag zur vorzeitigen Auflösung durch den Kreditnehmer ausschweigt, ist der Kreditnehmer darauf beschränkt, ein laufendes Einzelgeschäft aus wichtigem Grund vorzeitig auflösen zu können. Macht er von diesem Recht Gebrauch und löst das Einzelgeschäft auf, wird die Bank von ihm allenfalls eine Entschädigung für entgangenen Gewinn fordern, für dessen Berechnung die Vertragsvorlagen Formeln enthalten. Diese Entschädigungspflicht des Kreditnehmers ist an sich verschuldensunabhängig, dürfte aber immer dann nicht greifen, wenn die Bank selber den wichtigen Grund gesetzt hat, aus dem nun der Kreditnehmer das Einzelgeschäft auflöst.

b. Diese Regel, die den Kreditnehmer gegebenenfalls von der Ersatzpflicht befreit, kommt auch dann zum Tragen, wenn der Kreditnehmer von seinem Recht Gebrauch macht, die «Kreditvereinbarung ausserordentlich zu kündigen und die darunter ausstehenden Benutzungen ganz oder teilweise zurückzuzahlen». Indem dieser Vertrag dieses Recht nicht an das Vorliegen wichtiger Gründe knüpft, weitet er die rechtlichen Befugnisse des Kreditnehmers aus. Dem liefe eine Regel, nach der eine Entschädigungspflicht selbst dann besteht, wenn dem Kreditnehmer die Fortsetzung des Verhältnisses aus einem Grund, den die Bank gesetzt hat, nicht mehr zugemutet werden darf, in sinnwidriger Weise zuwider, weshalb sie nicht zu greifen vermag.

## V. Schluss

Ein Kreditspezialist legte mir (unter anderem) dar, für die Banken seien vor allem die Ausstiegsklauseln von zentraler Bedeutung. Zwar dürfe man, so der Spezialist weiter, nicht annehmen, die Banken würden von diesen Ausstiegsklauseln regen Gebrauch machen. Viel eher gehe es darum, mit entsprechenden Klauseln den Boden für Verhandlungen mit dem Kreditnehmer vorzubereiten. Mein Verständnis ist denn auch, dass die Ausstiegsklauseln dort, wo sie nicht tatsächlich angerufen werden, noch immer eine wichtige Funktion erfüllen, indem sie den kreditgebenden Banken in Verhandlungen eine günstige Ausgangslage verschaffen. Wenn ich hier (auch) auf die Regeln zur Vertragskündigung einging, fragte ich mich stets, was sich damit aus rechtlicher Sicht anfangen lässt – ohne damit sagen zu wollen, dass sich die Banken dieser Möglichkeiten auch stets (oder auch nur meist) bedienen. Wer dies im Auge behält, wird sich etwas weniger darüber aufhalten müssen, dass mein Beitrag sich nicht mit der gelebten Bankpraxis, sondern mit den rechtlichen Instrumenten auseinandersetzt, die sie schafft.



# Konsumkredite – eine kleine Tour d’Horizon mit Blick auch auf die EU

Dr. Marlis Koller-Tumler, Bern\*

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	20
Materialienverzeichnis .....	21
I. Einleitung .....	22
II. Rechtsgrundlagen und Zielsetzungen .....	23
III. Der Konsumentenschutz des KKG .....	27
IV. Ausgewähltes zum Geltungsbereich .....	27
1. Der Konsumkreditvertrag .....	27
2. Der persönliche Anwendungsbereich .....	29
3. Bereichsausnahmen wie Bagatell- und Grosskredite .....	30
4. Sonderfall Leasing .....	32
V. Informationspflichten .....	34
VI. Widerrufsrecht .....	36
VII. Kreditfähigkeitsprüfung .....	38
VIII. Sanktionen .....	41
IX. Ausblick .....	45

---

\* Um Nachweise ergänztes Vortragsmanuskript.

## Literaturverzeichnis

Stand der Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 29. Juni 2010.

- BRUNNER ALEXANDER, Konsumkreditgesetz (KKG), in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007.
- BRUNNER ALEXANDER/REHBINDER MANFRED/STAUDER BERND (Hrsg.), JKR 2002. Schwerpunkt: Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Bern 2003.
- FAVRE-BULLE XAVIER, Les opérations de crédit à l'épreuve de la nouvelle législation sur le crédit à la consommation: un premier bilan, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2003 de droit bancaire et financier, Genf 2004, S. 115-141.
- Loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC), in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Genf 2003.
  - La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation: présentation générale et champ d'application, in: Pierre-Louis Imsand (Hrsg.), La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation, Lausanne 2002, S. 27-65.
  - La résiliation anticipée d'un contrat de leasing – Le rôle du bail à loyer (art. 266k CO), in: Collezione Assista (Assista TCS), Genf 1998, S. 116-139.
- HESS MARKUS, Leasing unter dem Bundesgesetz über den Konsumkredit, Eckdaten für die Vertragsgestaltung und Geschäftsabwicklung, in: Markus Hess/Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 65-87.
- HESS MARKUS/SIMMEN ROBERT (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002.
- KOLLER THOMAS, Das Sanktionensystem des Konsumkreditrechts, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Berner Bankrechtstag 1994, Bern 1994, S. 81-105.
- KOLLER-TUMLER MARLIS, E-Banking und Konsumentenschutz, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), E-Banking – Rechtliche Grundlagen, Berner Bankrechtstag 2001, Bern 2002, S. 143-180.
- Konsumkreditverträge nach revidiertem KKG – eine Einführung in: Alexander Brunner/Manfred Rehbinder/Bernd Stauder (Hrsg.), JKR 2002. Schwerpunkt: Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Bern 2003, S. 3-49.
  - Konsumkreditrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 8. Oktober 1993, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel 1996; auch erschienen in: Bernd Stauder/Marlis Koller-Tumler, Abzahlungsrecht. Kommentar zu den Art. 226a-228 OR = Sonderedition aus dem Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Basel 1996.
- LUPI THOMANN MELANIA, Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge, Diss. Zürich, Zürich 2003.
- REIFNER UDO, Verantwortungsvolle Kreditvergabe im europäischen Recht, in: Luc Thévenoz/Norbert Reich (Hrsg.), Liber amicorum Bernd Stauder, Droit de la consommation – Konsumentenrecht – Consumer law, Baden-Baden 2006, S. 383-404.
- SCHÖBI FELIX, Das schweizerische Konsumkreditgesetz und das Europäische Recht, Vortrag anlässlich der Tagung «Konsum, Kredit, Schulden» des Vereins Schulden-



- sanierung Bern, vom 10. November 2006, abrufbar unter: <[www.schuldeninfo.ch/documents/referatschoebi.pdf](http://www.schuldeninfo.ch/documents/referatschoebi.pdf)>.
- Das Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit im Überblick, in: Markus Hess/Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 17-34.
- SIMMEN ROBERT, Barkredit und Teilzahlungsverträge unter dem neuen Konsumkreditgesetz, in: Markus Hess/Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 35-64.
- Neue Informationsstelle für Konsumkredit (IKO) und Zentralstelle für Kreditinformation (ZEK), in: Markus Hess/Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 157-169.
- STAUDER BERND, Konsumkreditrecht, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.) Konsumentenschutz im Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht, Bd. X, Basel, 2008, S. 217-407.
- Le consommateur – enfant chéri ou mal-aimé du législateur, in: Christine Chappuis/Bénédict Foëx/Luc Thévenoz (Hrsg.), Le législateur et le droit privé. Colloque en l’honneur du professeur Gilles Petitpierre, Genf 2006, S. 145-165.
  - Der Grundsatz der verantwortungsvollen Kreditvergabe, in: Maria Reiffenstein et al. (Hrsg.), Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung. Festschrift Gottfried Mayer, Wien 2004, S. 193-212.
  - Leasingverträge nach revidiertem KKG, in: Alexander Brunner/Manfred Rehbinder/Bernd Stauder (Hrsg.), Jahrbuch des Konsumentenrechts 2002. Schwerpunkt: Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Bern 2003, S. 79-125.
  - Abzahlungsrecht. Kommentar zu den Art. 226a-228 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel 1996; auch erschienen in: Bernd Stauder/Marlis Koller-Tumler, Abzahlungsrecht. Kommentar zu den Art. 226a-228 OR = Sonderedition aus dem Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Basel 1996
  - Konsumkreditrecht – Das Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 8. Oktober 1993, AJP 1994, S. 675-690.
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA, L’information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, Diss. Genf 2004, Genf/Zürich/Basel/Brüssel 2006..

## Materialienverzeichnis

- Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über den Konsumkredit vom 14. Dezember 1998, BBL 1999 III 3155-3201.
- Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27. Mai 1992, BBl 1992 V 1-450.
- Botschaft über ein Konsumkreditgesetz vom 12. Juni 1978, BBl 1978 II 485-641.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungsvertrag vom 26. Januar 1960, BBl 1960 I 523-598.

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit vom 31.12.2002, KOM (2002) 443, ABl. C 331 E/200 ff.

Europäische Kommission, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG und zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG vom 28. Oktober 2004, KOM(2004)747 endgültig, 2002/0222 (COD).

Europäische Kommission, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkreditverträge und zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 7. September 2005, KOM (2005) 483 endgültig, 2002/0222 (COD).

## I. Einleitung

Als Konsumentenrechtlerin eine halbe Stunde über Konsumkredite sprechen zu dürfen, fühlt sich wohl so ähnlich an wie wenn eine Pfarrerin eine halbe Stunde über das alte Testament referieren darf: Bei beidem bleibt einem nichts anderes übrig, als sich auf wenige Problemkreise zu fokussieren. Mein Vorhaben wird dadurch erschwert, dass sich unter der Zuhörerschaft hier im Bellevue in Bern einerseits Spezialisten des Konsumkreditrechts befinden, andererseits aber – und das scheint mir immerhin die Mehrheit zu sein – auch Personen, die sich in ihrem Arbeitsalltag mit Gross- und/oder Interbankenkrediten, mit pfandbriefbasierten Kreditfinanzierungen oder mit Sanierungsdarlehen, aber ganz sicher nie mit dem «Kredit des kleinen Mannes» bzw. mit Konsumkrediten beschäftigen. Im Folgenden wende ich mich an diese zweite Gruppe und versuche, Ihnen den «Sonderfall Konsumkredit» zumindest punktuell näher zu bringen

Von HUBERT STÖCKLI<sup>1</sup> haben Sie soeben gehört, dass der typische Kreditvertrag im Firmenkundengeschäft auf zwei Bausteinen, dem Rahmenkreditvertrag und den Einzelgeschäften aufbaut, wobei in der Kreditpraxis die gesetzlichen Bestimmungen zum Darlehensrecht nur eine untergeordnete Rolle spielen, da sie weitgehend dispositiver Natur sind. Das wiederum hat zur Folge, dass sich der Inhalt von Kreditverträgen im kommerziellen Bereich vorab aus den vertraglichen Vereinbarungen ergibt, die wiederum auf dem Zusammenspiel von individuellen Abreden einerseits und Allgemeinen Geschäftsbedingungen andererseits basieren.

---

<sup>1</sup> STÖCKLI, Kreditvertrag, ab Seite 1 in diesem Band.

Im Konsumkreditbereich ist das ganz anders. Hier hat der Gesetzgeber im Laufe der Jahre immer detaillierter und präziser normiert was einen Konsumkredit darstellt, wer unter welchen Bedingungen einen Konsumkredit aufnehmen darf und was passiert, wenn man sich nicht an die gesetzlichen Vorgaben hält.

## II. Rechtsgrundlagen und Zielsetzungen

- Mit dem 1962 erlassene Abzahlungsgesetz (Art. 226a-226m aOR)<sup>2</sup> wollte man dem Abzahlungskäufer *vermehrten Sozialschutz* zukommen. Personen, die den Kaufpreis in Raten zurückzuzahlen hatten, sollten vor Missbräuchen bewahrt werden.<sup>3</sup>
- Nachdem bald nach Inkrafttreten des Abzahlungsrechts massive Umgehungen der im Kaufrecht angesiedelten Schutzbestimmungen auftraten, wurde schon bald eine Revision notwendig, die einerseits diesen Gesetzesumgehungen einen Riegel schieben, andererseits aber auch neuere, gesetzlich noch nicht erfasste Formen des Konsumkredits (v. a. die Kleinkredite) in die Sozialschutznormen miteinbeziehen sollte. Ziel war, die Überschuldung von Privathaushalten zu vermeiden.
- Der Entwurf zu einem Konsumkreditgesetz vom 12. Juni 1978 (E-78) trachtete denn auch danach, «im Bereich der Verbraucherkreditgeschäfte» den «*Sozialschutz des Abzahlungsrechts verbessern, verstärken und erweitern*»<sup>4</sup>. Er sah eine Reihe von Einzelmassnahmen vor, wie Höchstzinssatz, Widerrufsrecht, Laufzeitbeschränkung und Zweitkreditverbot. Nach überaus langwierigen Beratungen im Parlament scheiterte der E-78 am 4. Dezember 1986 in der Schlussabstimmung des Ständerats.
- Der Ruf nach einem griffigen Konsumkreditgesetz verstummte aber nicht, wie etwa die Motionen AFFOLTER, GOLL und KELLER sowie die Standesinitiativen der Kantone Luzern und Solothurn aus den Jahren

---

<sup>2</sup> Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag vom 23.3.1962 (AS 1962, 1047; Botschaft vom 26. Januar 1960, BBl 1960 I 523ff.).

<sup>3</sup> Näheres dazu bei STAUDER, Basler Kommentar, Art. 226a-228 OR.

<sup>4</sup> Botschaft zum KKG, BBl 1978 II 485 ff.

1992 und 1993 zeigen.<sup>5</sup> Der Bundesrat wagte sich aber nicht mehr so recht an das Thema heran, weil es unmöglich schien, in dieser Materie einen politischen Konsens zu finden.

- Die Ausgangslage änderte sich erst 1992, als sich die Schweiz mit dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) zur Übernahme des sog. *Acquis communautaire* und damit zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie (VerbrKr-RL 87/102/EWG)<sup>6</sup> verpflichtete.<sup>7</sup> Bei einem Beitritt zum EWR hätte die Schweiz auch die Verbraucherkreditrichtlinie von 1986<sup>8</sup> umsetzen müssen. Diese Richtlinie, die 1990 und 1998 erste Änderungen erfuhr,<sup>9</sup> wollte einen gemeinsamen Markt für das Kreditwesen schaffen und gleichzeitig gemeinschaftsweite Mindestregelungen zum Schutze der Konsumenten festzuschreiben.
- Nach dem Nein zum EWR wurde der im «Eurolex»-Verfahren ausgearbeitete und bereits verabschiedete Gesetzesentwurf praktisch unverändert im Rahmen des nunmehr so genannten «Swisslex-Pakets» als Konsumkreditgesetz 1993 (KKG 1993) verabschiedet und trat neben das weiter geltende Abzahlungsrecht des OR.
- Das Swisslex-KKG von 1993 unterschied sich trotz autonomen Nachvollzugs kaum von der VerbrKr-RL 87/102/EWG. Dies bezieht sich nicht nur auf den für schweizerische Verhältnisse ungewöhnlichen Gesetzesaufbau, sondern auch auf den Inhalt. Während die meisten EG-Staaten bei der Umsetzung der Richtlinie über deren Mindeststandard hinaus-

---

<sup>5</sup> Nachweise in Botschaft, Änderung KKG, BBl 1999 III 3159. Vgl. auch KOLLER-TUMLER, Basler Kommentar, KKG.

<sup>6</sup> Richtlinie 87/102/EWG vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. Nr. L 42 vom 12.2.1987, 48 ff. (VerbrKr-RL 87/102/EWG).

<sup>7</sup> Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft, BBl 1992 V 157-177.

<sup>8</sup> VerbrKr-RL 87/102/EWG.

<sup>9</sup> Richtlinie 90/88/EWG des Rates vom 22. Februar 1990 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. Nr. L 61 vom 10.3.1990, 14 ff.; Richtlinie 98/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. Nr. L 101 vom 1.4.1998, 17 ff.

gingen, lehnte sich das KKG 1993 sowohl im Aufbau wie auch inhaltlich ausserordentlich eng an den Wortlaut der VerbrKr-RL 87/102/EWG an.

Das KKG 1993 verpflichtete zwar die Kreditgeber zu mehr Transparenz, enthielt aber kaum materielle Schutzbestimmungen. BERND STAUDER würdigte es denn auch als blosses «Konsumkredit-Informations-Gesetz» (KKIG), dem ein eigentliches KKG noch zu folgen habe.<sup>10</sup>

Das sah offenbar auch der Bundesrat so und der damalige Justizminister, Bundesrat KOLLER, versprach noch im Jahre 1993 bald einen Entwurf zu einem umfassenderen KKG vorzulegen oder jedenfalls ein Vernehmlassungsverfahren bei den Kantonen durchzuführen. Vereinzelt Kantone hatten nämlich schon längst damit begonnen, das Problem der Überschuldung der Privathaushalte gestützt auf Art. 6 ZGB durch kantonale öffentlich-rechtliche Höchstzinsvorschriften, Zweitkreditverbote oder Bonitätsprüfungserfordernisse für Klein- bzw. Konsumkredite in den Griff zu bekommen. Das Bundesgericht hat die Vereinbarkeit dieser kantonalen Bestimmungen mit dem Bundesrecht, insbesondere auch mit der Handels- und Gewerbefreiheit festgestellt.<sup>11</sup>

- Diese Situation war vor allem für die Anbieter von Konsumkrediten unbefriedigend, mussten sie doch ihre jeweiligen Angebote immer auf die kantonale Gesetzgebung abstimmen und konnten kaum kantonsübergreifende Werbung für Ihre Produkte machen. Sie signalisierten denn auch, an einem neuen umfassenden KKG interessiert zu sein. So legte der Bundesrat 1998 Botschaft und Entwurf eines neuen Konsumkreditgesetzes vor.<sup>12</sup> Er packte die Gelegenheit, nicht nur das Konsumkreditrecht schweizweit wieder auf eine einheitliche Gesetzesbasis zu stellen, sondern auch den Sozialschutz zu verbessern. Bundesrätin Metzler erklärte als damalige Justizministerin, «*nur ein Konsumkreditgesetz, das den Schutz des sozial Schwächeren verbessert, kann für sich in Anspruch nehmen, abschliessend zu sein*».<sup>13</sup> Trotz erheblichen Widerstandes kam es – anders als beim E-78 – am 23. März 2001 zur Verabschiedung des neuen, heute geltenden KKG (KKG 2001).<sup>14</sup> Es trat, nach Verabschiedung der Verord-

---

<sup>10</sup> STAUDER, AJP 1994, 689.

<sup>11</sup> BGE 119 Ia 59 (betr. ZH); 120 Ia 286 (betr. BE), 120 Ia 299 (betr. NE).

<sup>12</sup> Botschaft Änderung KKG, BBl 1999 III 3155-3201, insbes. 3156, 3165 f.

<sup>13</sup> Bundesrätin METZLER, Amtl.Bull. 1999 NR, 1882; Amtl.Bull. 2000 StR, 567.

<sup>14</sup> Vgl. dazu STAUDER, Le consommateur, 151-155.

nung zum Konsumkreditgesetz (VKKG) am 6. November 2002, am 1. Januar 2003 in Kraft.

Nunmehr ist es den Kantonen verwehrt, weiter gehende Bestimmungen zum Schutz der Konsumentinnen zu erlassen; insbesondere dürfen sie den maximal zulässigen Höchstzins nicht unter den vom Bundesrat festgelegten Zinssatz senken. Den Kantonen verbleibt allerdings das Recht (aber auch die Pflicht), die Gewährung und Vermittlung von Konsumkrediten einer Bewilligungspflicht zu unterstellen.<sup>15</sup>

- Gleiche Probleme wie in der Schweiz machten sich auch in der EU bemerkbar. Die VerbrKr-RL 87/102/EWG sah bloss eine Mindestharmonisierung vor und überliess es damit den Mitgliedstaaten, ob sie ihre Kreditnehmer weitergehend schützen wollten als dies die Richtlinie verlangte.<sup>16</sup> Während einzelne Staaten den Schutz weit ausdehnten, beliessen es andere bei den Mindestanforderungen. Ende 2002 legte die Kommission daher einen Richtlinienvorschlag vor, der die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit weitgehend harmonisieren sollte.<sup>17</sup> Ziel der Überarbeitung war die Schaffung eines vergleichbaren Konsumentenschutzniveaus in den einzelnen Mitgliedstaaten zwecks Erleichterung eines reibungslos funktionierenden Binnenmarktes. Auch sollten bestehende Wettbewerbsverzerrungen aufgehoben werden. Das soll den Konsumenten u. a. ermöglichen, Kredit-Konditionen in verschiedenen Ländern einfacher zu vergleichen und beim grenzüberschreitenden Vertragsabschluss grössere Rechtssicherheit zu haben. Nach einem ebenso langwierigen wie umstrittenen Gesetzgebungsverfahren<sup>18</sup> wurde am 23. April 2008 die Richtlinie 2008/48/EG verabschiedet.<sup>19</sup> Die Umsetzung in den Mitgliedstaaten hat bis zum 11. Juni 2010 zu erfolgen.

---

<sup>15</sup> Art. 39 und 40 KKG; Art. 4 ff. VKKG.

<sup>16</sup> Art. 15 der VerbrKr-RL 87/102/EWG.

<sup>17</sup> KOM (2002) 443, Amtsblatt C 331 E vom 31.12.2002.

<sup>18</sup> Die Dokumente sind gesammelt herunterladbar unter der folgenden Internetadresse: <[www.verantwortliche-kreditvergabe.net/index.php?id=1915](http://www.verantwortliche-kreditvergabe.net/index.php?id=1915)>.

<sup>19</sup> Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. Nr. L 133 vom 22.5.2008, 66 ff.

- Das KKG 2001 (nachfolgend KKG) wie auch die VerbrKr-RL 2008/48/EG fokussieren vorab diejenigen Konsumenten, die angesichts von intensiven, oft aggressiven Vermarktungs- und Werbekampagnen der Versuchung erliegen und Kredite in Anspruch nehmen, die ihre finanziellen Möglichkeiten übersteigen. Ihnen sollen durch zwingend ausgestaltete Schutznormen verschiedene Hilfestellungen gegeben werden.

### III. Der Konsumentenschutz des KKG

Der Konsumentenschutz des KKG manifestiert sich in der Begründung einer Vielzahl vorvertraglicher Informationspflichten (vorab über die Gesamtkosten des Kredits und den effektiven Jahreszins), einer vorvertraglichen Kreditfähigkeitsprüfung (dem Herzstück des Gesetzes) und in besonderen Formvorschriften.<sup>20</sup> Überdies wird ein Höchstzinssatz festgesetzt und es wird dem Konsumenten ein voraussetzungsloses Widerrufsrecht eingeräumt, über das der Anbieter zu informieren hat. Die Nichteinhaltung dieser Pflichten ist spezialgesetzlich rigoros sanktioniert, bis hin zum Rechtsverlust des Kreditgebers. Mit scharfen, teils überkompensatorischen Sanktionen soll verhindert werden, dass ein Anbieter *«gegen gesetzliche Normen verstossende vertragsrechtliche Versuchsballons starten kann, ohne Nachteile zu riskieren, wenn ein solcher Versuch scheitert»*<sup>21</sup>.

### IV. Ausgewähltes zum Geltungsbereich

#### 1. Der Konsumkreditvertrag

Was genau unter einem Konsumkredit zu verstehen ist, definiert das KKG nicht. Es hält vielmehr in Art. 1 Abs. 1 des KKG fest, dass es sich beim Konsumkreditvertrag um einen Vertrag zwischen einem Kreditgeber und einem Konsumenten handelt, in dem sich ersterer verpflichtet, letzterem einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe zu gewähren.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Vgl. dazu ausführlich BRUNNER, Handkommentar, KKG; BRUNNER/REHBINDER/ STAUDER (Hrsg.), JKR 2002; FAVRE-BULLE, Commentaire romand, KKG; HESS/SIMMEN (Hrsg.), Konsumkreditgesetz; STAUDER, SPR.

<sup>21</sup> So KOLLER, Sanktionensystem, 105.

<sup>22</sup> Die VerbrKr-RL 2008/48/EG benützt in Art. 3 eine ähnliche Umschreibung: Dort heisst es: Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

Als Konsumkreditverträge gelten auch Kredit- und Kundenkarten sowie Überziehungskredite auf laufenden Konti, wenn sie mit einer Kreditoption verbunden sind. Als Kreditoption gilt die Möglichkeit, den Saldo in Raten zu bezahlen. Zum Einbezug des Leasing vgl. unten 4.

Damit zeigt sich, dass der Kreditbegriff des KKG nicht identisch ist mit dem Darlehensbegriff nach Art. 321 OR. Durch das KKG werden vielmehr sämtliche Formen des Geld-, Waren- und Dienstleistungskredits erfasst, und zwar unabhängig von der Rechtsform, der sie nach den traditionellen Einteilungskriterien des OR zuzuordnen sind. Das KKG verwendet den Ausdruck «Kredit» nicht als Rechtsbegriff, sondern zur Umschreibung eines wirtschaftlichen Sachverhalts.

Obwohl Art. 1 KKG dies nicht explizit erwähnt, kommt das KKG nur für entgeltliche Kredite zur Anwendung (Art. 1 KKG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. c und lit. d KKG), wobei sich die Entgeltlichkeit auf die Kreditierung als solche beziehen muss. Unter Entgelt ist jede finanzielle Gegenleistung des Konsumenten für die Kreditgewährung zu verstehen, wie Zinsen, Gebühren, Teilzahlungszuschläge aber auch ein Disagio, d. h. ein Auszahlungsabgeld für die Kapitalnutzung.<sup>23</sup> Die Schutzbestimmungen des KKG entfallen aber nicht nur bei Gratiskrediten, sondern auch immer dann, wenn der Konsument im Falle der Rückzahlung des Kreditbetrags auf einmal keine Zinsen zu zahlen hat (Art. 7 Abs. 1 lit. d KKG). Hauptanwendungsbereich dieser Bereichsausnahme sind Kredit- und Kundenkarten, bei denen die Zahlungsfunktion überwiegt und die Gefahr einer Konsumentenüberschuldung als gering eingeschätzt wird.<sup>24</sup>

- 
- a) «Verbraucher» eine natürliche Person, die bei den von dieser Richtlinie erfassten Geschäften zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann;
  - b) «Kreditgeber» eine natürliche oder juristische Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt oder zu gewähren verspricht;
  - c) «Kreditvertrag» einen Vertrag, bei dem ein Kreditgeber einem Verbraucher einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer sonstigen ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.

<sup>23</sup> Vgl. dazu (für Deutschland) auch die Urteile des BGH vom 14.09.2004 – XI ZR 11/04 und vom 04.04.2000 – XI ZR 200/99.

<sup>24</sup> FAVRE-BULLE, Commentaire romand, N 18 und 19 zu Art. 7 KKG.



## 2. Der persönliche Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes wird einzig durch das Begriffspaar *Kreditgeber* und *Konsument* bestimmt. Kreditgeber ist nach Art. 2 KKG jede natürliche oder juristische Person, die *gewerbsmässig* Kredite gewährt. Damit fallen vereinzelt gewährte Kredite von Handwerkern an ihre Kunden und Arbeitgeberdarlehen (sofern es sich beim Arbeitgeber nicht gleichzeitig um einen gewerbsmässigen Kreditgeber wie z. B. eine Bank oder eine Leasinggesellschaft handelt) nicht unter das Konsumkreditgesetz. Ratio legis dieser vom Gesetzgeber gegenüber dem KKG 1993 bewusst vorgenommenen Änderung war der Umstand, dass man dieser Kreditanbietergruppe die (zwingende) Durchführung einer Kreditfähigkeitsprüfung nicht zumuten wollte.<sup>25</sup>

Konsument ist nach Art. 3 KKG eine natürliche Person, die sich einen Kredit zu einem privaten, d. h. zu einem nicht ihrer selbständigen<sup>26</sup> beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zuzurechnenden Zweck gewähren lässt.<sup>27</sup> Wenn der Kredit dem Warenerwerb und dem Bezug einer Dienstleistung dient, ist nicht die «objektive Natur» der gekauften Sache oder der bezogenen Dienstleistung massgebend für die Zweckbestimmung, sondern die vom Kreditnehmer (subjektiv) beabsichtigte, für den Kreditgeber bei Vertragsschluss erkennbare Verwendung.<sup>28</sup>

Abgrenzungsprobleme ergeben sich in verschiedener Hinsicht. Das Merkmal der Gewerbsmässigkeit auf Seiten des Anbieters verlangt eine auf eine gewisse Dauer angelegte, organisierte und regelmässige Tätigkeit, welche auf Erwerb ausgerichtet ist.<sup>29</sup> Die Legaldefinition über die Zweckum-

---

<sup>25</sup> Ständerat WICKI, Amtl. Bull. 2000 StR, 568.

<sup>26</sup> KOLLER-TUMLER, Konsumkreditverträge, 25 ff.; STAUDER, Konsumkreditrecht, 233.

<sup>27</sup> Nicht unter das KKG fallen die sogenannten Existenzgründungsdarlehen; siehe KOLLER-TUMLER, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 8 aKKG m.w.N. Umstritten ist, ob das KKG auf Ausbildungsdarlehen an Studenten anwendbar ist. Bejahend FAVRE-BULLE, bilan, S. 138 und ihm folgend STAUDER, SPR, 233, a.A. SIMMEN, Barkredit, 42.

<sup>28</sup> FAVRE-BULLE, consommation, 43. Das Abzahlungskaufrecht stellte demgegenüber in Art. 226m Abs. 4 aOR für die Abgrenzung zwischen einem Konsumentenkauf und einem gewerblichen Kauf noch auf die objektive Beschaffenheit der Sache ab (vgl. dazu auch BGE 103 II 114 [«Spielautomaten-Fall»]).

<sup>29</sup> Nach Art. 39 ff. KKG unterliegen denn auch die betrieblichen Anbieter von Konsumkrediten einer Bewilligungspflicht. Diese wird u. a. dann erteilt, wenn der Gesuchsteller über eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherung verfügt. Keine Bewilligung braucht, wer dem Bankengesetz unterstellt ist oder wer Konsumkredite zur Finanzierung eigener Waren oder Dienstleistungen gewährt.

schreibung führt dazu, dass die Kreditgewährung an natürliche Personen nur dann unter das KKG fällt, wenn diese nicht für die berufliche oder gewerbliche Tätigkeit derselben gedacht ist.<sup>30</sup> Bei einer doppelten Nutzungsmöglichkeit (sog. dual use Problematik) wird im Streitfall danach zu fragen sein, welches die überwiegende Zweckbestimmung der Kreditaufnahme war.<sup>31</sup> Ein Kredit, der ausschliesslich oder ganz überwiegend gewerblichen oder beruflichen Zwecken dient, wird vom KKG nicht erfasst. Dazu gehört etwa ein Kredit zum Kauf von Aktien, unabhängig davon ob diese nur kurzfristig gehalten oder in ein Unternehmen investiert werden sollen. Diese Sicht hat das Bundesgericht jedenfalls in einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen einen Rechtsöffnungsentscheid geschützt.<sup>32</sup> Hingegen ist bei gemischter, sowohl privater wie beruflicher Zweckbestimmung eine teleologische Auslegung vorzunehmen und somit im Zweifel das KKG anwendbar.<sup>33</sup> Nur so werden die Konsumenten nicht übermässig beweisbelastet und es entfallen Umgehungsmöglichkeiten, wie etwa diejenige besonders schlauer Anbieter aus der Autoleasingbranche, die offenbar den Konsumenten bei der Antragsstellung unterschreiben zu lassen, dass er das Auto auch – oder gar vorab – für den Weg zur Arbeit bzw. für die Ausübung eines selbständigen Nebenerwerbs braucht.

### 3. Bereichsausnahmen wie Bagatell- und Grosskredite

Eine Reihe von Konsumkrediten, die nach Art. 1 KKG dem Gesetz unterstehen würden, werden durch Art. 7 KKG vom Anwendungsbereich des

---

<sup>30</sup> BRUNNER, Handkommentar, N 27 schliesst daraus,, dass die negative Legaldefinition nicht nur Konsumenten als private Abnehmer sondern auch Kleinkaufleute als betriebliche Abnehmer schützt, nämlich insoweit als diese Kredite aufnehmen, die nicht dem jeweiligen Betriebszweck ihres Unternehmens entsprechen.

<sup>31</sup> Mag dieser Ansatz in der Theorie auch gut tönen, so ist an dessen Tauglichkeit doch zu zweifeln. Man denke nur etwa an Objekte wie das Auto oder den PC, denen kein typischer privater oder beruflicher Gebrauchszweck anhaftet. Hier im Nachhinein herausfinden zu wollen, was Zweck der Kreditaufnahme war, scheint praktisch unmöglich. Auch im Dienstleistungsbereich ist das Abstellen auf den Zweck des Rechtsgeschäfts generell schwierig, was BGE 121 III 336 anschaulich aufzeigt.

<sup>32</sup> BGer 5P.336/2006 E. 4.2.: «Die Anwendung von abzahlungsvertragsrechtlichen und konsumentenkreditrechtlichen Schutzbestimmungen kommt nur in Frage, wenn es um die Finanzierung eines Konsumgutes geht. Der Erwerb von Aktien und damit die Unternehmung gelten gerade nicht als Konsumgüter, womit sie ungeachtet ihrer tatsächlichen Qualifizierung nicht als solche zu behandeln sind.»

<sup>33</sup> STAUDER, SPR, 233 m.w.N.

Gesetzes wieder ausgeschlossen oder unterstehen gemäss der Einschränkung von Art. 8 KKG nur gewissen Regelungen. Die Gründe für diese Bereichsausnahmen liegen vorab darin, dass man für gewisse Verträge (wie etwa für grundpfandgesicherte Kredite) kein Schutzbedürfnis des Konsumenten zu erkennen vermag oder Massnahmen der Überschuldungsprävention nicht erforderlich erscheinen. Während sich beim KKG von 1993 die Bereichsausnahmen mit denjenigen der VerbrKr-RL 87/102/EWG vollumfänglich deckten, ist das heute zwischen dem KKG 2001 und der VerbrKr-RL 2008/48/EG nur noch punktuell der Fall.

Ich will hier nur zwei Bereichsausnahmen streifen, nämlich die *Bagatell- und Grosskredite*, also Kredite im Betrag von weniger als 500 oder von mehr als 80'000 Franken<sup>34</sup> (Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG). Bei Krediten mit einem auszahlenden Nettokreditbetrag von unter 500 Franken (im KKG von 1993 waren es noch 350 Franken) beruht dies auf der Überlegung, dass eine Gefährdung der Konsumenten kaum anzunehmen ist und der Aufwand, den die Einhaltung der Informations-, Form- und Inhaltsvorschriften des KKG verursachen würde, zu einer Überbürokratisierung führen würde, die in keinem vernünftigen Verhältnis zur Kapitalnutzung stünde. Kredite mit einem Kreditbetrag von über 80'000 Franken (im KKG von 1993 lag die Summe noch bei 40'000 Franken) gelten nicht als schützenswerte *Konsumkredite*, weil sie in der Regel zum Erwerb dauerhafter Güter benützt werden und hier die Gefahr eines unüberlegten Handelns des Konsumenten geringer erscheint. Während man für die Einführung von Kredituntergrenzen Verständnis aufbringt, war die Einführung einer Kreditobergrenze sowohl in der Schweiz als auch in der EU umstritten.<sup>35</sup> Rein zahlenmässigen Abgrenzungen haftet immer etwas Willkürliches an,<sup>36</sup> und die Gefahr ist gross, dass sich Kreditgeber durch künstliche Gestaltung der Kreditunterobergrenze der Geltung des KKG zu entziehen versuchen.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Nach Art. 7 Abs. 2 KKG kann der Bundesrat die Beträge veränderten Umständen anpassen.

<sup>35</sup> Der Bundesrat hatte vorgeschlagen, auf jede zahlenmässige Obergrenze zu verzichten; vgl. Botschaft Änderung KKG, BBl 1999 III 3175.

<sup>36</sup> KOLLER-TUMLER, Basler Kommentar, N 10 zu Art. 6 aKKG; Botschaft Änderung KKG, BBl 1999 III 3175.

<sup>37</sup> Zur Umgehung durch Festlegung einer über der Obergrenze liegenden Kreditlimite, für die es aller Voraussicht nach keinen rechtfertigenden Anhaltspunkt gibt, siehe schon KOLLER-TUMLER, Konsumkreditverträge, 28.

Anlässlich der Überarbeitung der VerbrKr-RL 87/102/EWG war die Frage ob überhaupt eine Kreditobergrenze beibehalten werden sollte bzw. wie deren Höhe festzusetzen sei, einer der umstrittensten Punkte. Schlussendlich einigte man sich auf die Fixierung einer Obergrenze von 75'000 euro in der VerbrKr-RL 2008/48/EG, wobei es gemäss Erwägung 10 den Mitgliedstaaten ausdrücklich erlaubt ist, innerstaatliche Vorschriften beizubehalten oder einzuführen, *«die den Bestimmungen dieser Richtlinie oder manchen ihrer Bestimmungen außerhalb des Geltungsbereichs dieser Richtlinie ganz oder zum Teil entsprechen, beispielsweise für Kreditverträge über einen Betrag von weniger als 200 EUR oder von mehr als 75000 EUR»*. Um überhaupt zu einem Kompromiss zu kommen, musste man also in diesem zentralen Punkt das Prinzip der Vollharmonisierung durchbrechen.

#### 4. Sonderfall Leasing

Im KKG von 1993 kommt der Begriff Leasing nicht vor. Es war – Art. 2 Abs. 1 lit. der VerbrKr-RL 87/102/EWG folgend – einzig von Mietverträgen die Rede, die dann dem Gesetz unterstanden, wenn die Vertragsparteien beabsichtigten, dass das Eigentum *letzten Endes* auf den Mieter übergehen soll (Art. 6 Abs. 1 lit. c aKKG). Diese gesetzgeberische Lösung führte in der Lehre zu einer heftigen Kontroverse. Für die einen war damit nur ein rein rechtlicher Eigentumsübergang gemeint, so dass das KKG 1993 damit auf Leasingverträge keine Anwendung fand (und man deshalb einzig hinsichtlich der Auflösung auf Art. 266k OR zurückgreifen konnte<sup>38</sup>). Andere interpretierten das Ganze wirtschaftlich und wollten das aKKG zumindest auf jene Leasingverträge anwenden, die auf eine Vollamortisation des Leasingobjekts zielten.<sup>39</sup> Dass dieser Zustand der Rechtssicherheit nicht dienlich war, liegt auf der Hand.

Heute definiert Art. 1 Abs. 2 lit. a KKG gewisse Leasingverträge ausdrücklich als Konsumkreditverträge, nämlich *«Leasingverträge über bewegliche, dem privaten Gebrauch des Leasingnehmers dienende Sachen, die vorsehen, dass die vereinbarten Leasingraten erhöht werden, falls der Leasingvertrag vorzeitig*

---

<sup>38</sup> Art. 266k OR: *«Der Mieter einer beweglichen Sache, die seinem privaten Gebrauch dient und vom Vermieter im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit vermietet wird, kann mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende einer dreimonatigen Mietdauer kündigen. Der Vermieter hat dafür keinen Anspruch auf Entschädigung.»*

<sup>39</sup> Nachweise bei LUPU THOMANN, sowie im Entscheid 4 A\_404/2008 des Bundesgerichts vom 18.12.2008. Vgl. auch HESS, Leasing, 65 ff.

*aufgelöst wird*». Dieses Gesetz gewordene Kriterium der retroaktiven Leasingratenerhöhung bei vorzeitiger Kündigung des Leasingvertrags entstammt der Praxis des Autoleasings. Es wurde erst während der Beratungen im Ständerat als Zweitrat von der Bundesverwaltung eingebracht und nur in den Kommissionen, nicht aber in den Räten diskutiert.<sup>40</sup> Voraussetzung für die Anwendbarkeit des KKG ist nunmehr, dass der Leasingvertrag für den Fall der vorzeitigen Kündigung durch den Leasingnehmer, eine Klausel enthält, die den Leasinggeber ermächtigt, nachträglich die Leasingraten zu erhöhen.<sup>41</sup> Eine solche Klausel war nach Art. 266k OR als verbotene Entschädigung unzulässig, ist aber nun über Art. 17 Abs. 3 KKG für die dem KKG unterstehenden Verträge legalisiert worden.<sup>42</sup> Sieht also ein Leasingvertrag gleich bleibende Leasingraten vor, wenn der Leasingnehmer das Objekt (meist ein Auto) über die gesamte Vertragsdauer – von meist 3 bis 4 Jahren – behält, berechnet dann aber neue, höhere Leasingraten, wenn der Leasingnehmer vorzeitig aus dem Vertrag aussteigen will, so fällt er unter das KKG, oder jedenfalls unter Teile davon. Art. 8 Abs. 1 KKG enthält einen Verweis auf die Bestimmungen des KKG, die auch auf Leasingverträge i.S.v. Art. 1 Abs. 2 lit. a KKG anwendbar sind, sowie auf solche Vorschriften des KKG, die den Besonderheiten der Leasingverträge Rechnung tragen sollen und daher nur für diese gelten. Ohne in Einzelheiten zu gehen, kann gesagt werden, dass es für Leasingverträge diverse Privilegien gibt, so insbesondere hinsichtlich der Kreditfähigkeit und der hypothetischen Amortisation, d. h. der Zeit, innert der der Konsument einen Kredit zurückzahlen können soll (Art. 29 Abs. 2 KKG). XAVIER FAVRE-BULLE hat diese Lösung als «Gesetz im Gesetz»<sup>43</sup> bezeichnet, FELIX SCHÖBI meint dazu, der Möglichkeit gegen wirtschaftliche Realitäten zu legiferieren, seien einfach Grenzen gesetzt gewesen: «Mit dem neuen Konsumkreditgesetz musste die Leasingbranche die Kröte schlucken, dass ihre Verträge dem Konsumkreditgesetz unterstehen. Im Gegenzug machte der Gesetzgeber einige Konzessionen, namentlich bei der Kreditfähigkeitsprüfung (Art. 29 iVm Art. 28 KKG)».<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Amtl.Bull. 2000 StR, 568; Amtl.Bull. 2000 NR, 1441-1443.

<sup>41</sup> Vgl. statt vieler: HESS, Leasing, 65 ff.; STAUDER, Leasingverträge, 79-125.

<sup>42</sup> FAVRE-BULLE, leasing, 116-139, m.w.N; SCHÖBI, Überblick, 11. Vgl. dazu auch die Kritik dieser gesetzgeberischen Entscheidung bei STAUDER, SPR, 238.

<sup>43</sup> FAVRE-BULLE, Commentaire romand, N 2 zu Art. 8 KKG («loi dans la loi»).

<sup>44</sup> SCHÖBI, Konsumkreditgesetz.

Vergleicht man die Lösung des Schweizer Gesetzgebers mit derjenigen der EU, so zeigt sich, dass es aus Konsumentensicht auch noch schlimmer kommen kann. Nicht nur in der Schweiz war die Unterstellung der Leasingverträge unter das KKG umstritten, auch in der EU rang man bei der Neufassung der VerbrKR-RL 87/102/EWG um Lösungen. Da man sich nicht einigen konnte, hat man schlussendlich auf den Einbezug des Leasings in die VerbrKr-RL 2008/48/EG ganz verzichtet. Die VerbrKr-RL 2008/48/EG hält in Art. 2 Abs. 2 lit. d fest, dass die Richtlinie nicht gilt für *«Miet- oder Leasingverträge, bei denen weder in dem Vertrag selbst noch in einem gesonderten Vertrag eine Verpflichtung zum Erwerb des Miet- bzw. Leasinggegenstands vorgesehen ist»*, wobei von einer solchen Verpflichtung ausgegangen wird, wenn der Kreditgeber darüber einseitig entscheidet. Mit anderen Worten ist das Leasing nur dann der Richtlinie unterstellt, wenn er – wie ein Abzahlungsvertrag – schlussendlich auf den Erwerb des Leasingobjektes herausläuft. Solche Verträge gibt es aber – zumindest hier in der Schweiz – kaum. Die Bedeutung des Ausschlusses aus der Richtlinie ist noch offen. Sicher ist, dass es im Gemeinschaftsrecht keine Regelung für das Leasing gibt. Damit fällt das Leasing unter den nicht harmonisierten Bereich und die einzelnen Mitgliedstaaten dürfen – müssen aber nicht – innerstaatliche Regelungen vorsehen (die sich durchaus an der Richtlinie orientieren können).

## V. Informationspflichten

Das Informationskonzept des Konsumkreditgesetzes soll dazu dienen, dass der Konsument seine Kreditentscheidung frei, informiert und überlegt<sup>45</sup> treffen kann. Vorvertragliche Information kann nur dann als Entscheidungshilfe dienen, wenn sie dem Konsumenten im Zeitpunkt der Willensbildung alle Elemente zur Verfügung stellt, die dieser braucht, um den Vertragsverlauf zu durchschauen. Schon das KKG von 1993 war dem Transparenzgebot verpflichtet. Das KKG 2001 weitet in Art. 9 und 11 KKG die Pflichten des Kreditgebers aus und präzisiert sie. Informationspflichten des Kreditgebers (etwa die Angabe des effektiven Jahreszinses<sup>46</sup> oder der Hinweis auf das Widerrufsrecht und die Widerrufsfrist<sup>47</sup>) werden kombiniert mit lauterkeitsrechtlichen Täuschungsverböten sowie Warngeboten.

---

<sup>45</sup> Vgl. zur Konsumenteninformation generell: VIGNERON-MAGGIO-APRILE.

<sup>46</sup> Art. 9 Abs. 2 lit. b, Art. 11 Abs. 2 lit. e KKG.

<sup>47</sup> Art. 9 Abs. 2 lit. h, Art. 11 Abs. 2 lit. f KKG.

Ich möchte auch hier nur ein Element, nämlich die Konsumkreditwerbung herauspflücken. Diese wird nicht im KKG selbst geregelt; Art. 36 KKG verweist vielmehr auf das Lauterkeitsrecht. Im UWG Art. 2 lit. k-n UWG wurden spezifische Normen zur Werbung für Konsumkredite aufgenommen, die das allgemeine Täuschungsverbot (Art. 3 lit. b UWG) ergänzen. Art. 3 lit. k und l UWG gebietet, bei einer an die Öffentlichkeit gerichteten Konsumkreditwerbung, die ein konkretes Kostenelement enthält, konkrete Angaben zur Identität des Kreditgebers und zu den Kosten (Nettokreditbetrag, Gesamtkosten des Kredits, insbesondere effektiver Jahreszins) zu machen. Dadurch soll der Konsument in die Lage versetzt werden, im Vorfeld konkreter Vertragsverhandlungen Kostenvergleiche zwischen den Angeboten verschiedener Kreditgeber anzustellen. Die Kreditgeber werden auch verpflichtet, darauf hinzuweisen, dass *«die Kreditvergabe verboten ist, falls sie zur Überschuldung des Konsumenten führt»* (Art. 3 lit. n UWG). Mit diesem Warngebot, das genau in diesem Wortlaut anzubringen ist, soll dem Konsumenten bewusst gemacht werden, dass ihm ein durch (Suggestiv)Werbung schmackhaft gemachte Kredit womöglich gar nicht ausbezahlt werden darf.

Auch in der EU wurde die Kreditwerbung neu geregelt. Neu findet sich ein Gebot zu realistischer Kreditwerbung in der VerbrKr-RL 2008/48/EG. Wenn Kreditinstitute mit Zinssätzen werben, so müssen neu im Normalfall mindestens zwei Drittel der aufgrund der Werbung abgeschlossenen Kreditverträge diesen Zinssätzen entsprechen. Damit entfallen die als besonders aggressiv erachteten *«ab X %»* Werbungen, wo Zinssätze beworben werden, die nur die wenigsten Konsumenten auch wirklich erhalten (Art. 4 der VerbrKr-RL 2008/48/EG).

Um die angestrebten Ziele zu erreichen, nämlich den Verbraucherschutz europaweit einheitlich durch mehr Transparenz bei der Kreditwerbung und Kreditvergabe zu verbessern und den grenzüberschreitenden Wettbewerb anzutreiben, will die VerbrKr-RL 2008/48/EG innerhalb der EU allen Bürgern dieselben Informationsstandards zukommen lassen. Die Konsumenten sollen dadurch aktiv werden und die Kreditangebote grenzüberschreitend vergleichen. Daher werden die Kreditgeber verpflichtet, ihre Kreditangebote den Kunden mittels eines Standardformulars zu unterbreiten. Dieses europaweit einheitliche Formblatt (gemäß Anhang II der VerbrKr-RL 2008/48/EG) enthält alle wichtigen Informationen, die der Kreditnehmer benötigt, um Angebote verschiedener Banken europaweit zu vergleichen, selbst wenn er die jeweilige Sprache nicht beherrscht. Das Formular umfasst jedoch acht

eng bedruckte Seiten, so dass man sich fragen kann, ob hier nicht eine zu grosse Informationsfülle produziert wird, die den Konsumenten eher verunsichert, als ihm zu helfen.<sup>48</sup>

Zusätzlich zu den umfassenden vorvertraglichen Informationen müssen die Kreditgeber unter der VerbrKr-RL 2008/48/EG dem Verbraucher angemessene *persönliche Erläuterungen* geben, damit dieser die möglichen Auswirkungen der Kreditaufnahme auf seine wirtschaftliche Situation einschätzen und schliesslich denjenigen Kreditvertrag auswählen kann, der seinen Bedürfnissen und seiner finanziellen Situation am besten entspricht.<sup>49</sup>

## VI. Widerrufsrecht

Widerrufsrechte bilden neben den Informationspflichten und den Formvorschriften einen wichtigen – allerdings nicht unumstrittenen – Eckpfeiler des Konsumentenrechts. Mittels des Widerrufsrechts wird dem Verbraucher eine sog. cooling-off-period eingeräumt, während derer er – weitgehend ohne Konsequenzen – von einem (bei näherer Überlegung unerwünschten) Vertrag Abstand nehmen<sup>50</sup> kann. Der Anbieter muss den Konsumenten über das Bestehen des Widerrufsrechts informieren, wobei die Einhaltung der Informationspflichten Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufs ist.

In der VerbrKr-RL 87/102/EWG und damit im KKG von 1993 war noch kein Widerrufsrecht vorgesehen. Konsumkreditverträge konnten nur widerrufen werden, wenn sie – in der Schweiz wohl eher untypischerweise<sup>51</sup> – an der Haustür abgeschlossen worden waren (Art. 40a Abs. 1 OR). Nach Art. 16 KKG 2001 hat der Konsument nunmehr das Recht, den abgeschlossenen Vertrag innerhalb von sieben Tagen schriftlich zu widerrufen. Ohne auf Einzelheiten einzugehen<sup>52</sup> sei hier bloss festgehalten, dass der Nutzen eines Widerrufsrechts sich an den Rechtsfolgen orientiert. Das Widerrufsrecht bleibt – wie SCHÖBI<sup>53</sup> zu Recht festgehalten hat – toter Buchstabe, wenn der

---

<sup>48</sup> Vgl. zum Problemkreis der Uninformation durch Überinformation schon KOLLER-TUMLER, E-Banking, 155.

<sup>49</sup> Erwägung 27 der VerbrKr-RL 2008/48/EG.

<sup>50</sup> Ich habe bewusst diese offene Formulierung gewählt, da die dogmatische Konstruktion eines solchen Widerrufsrechts im Einzelnen höchst umstritten ist.

<sup>51</sup> Vgl. aber zum Darlehensvertrag als Haustürgeschäft das Urteil des EuGH vom 13.12.2001 in der Rechtssache RS C-481/99 (Georg und Helga Heiningen gegen Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG), Slg. 2001, I-9945.

<sup>52</sup> Vgl. dazu ausführlich STAUDER, SPR, 270 ff.

<sup>53</sup> SCHÖBI, Konsumkreditgesetz, 5.



Kreditnehmer den Vertrag zwar widerrufen kann, gleichzeitig aber den bereits erhaltenen Kredit sofort und womöglich sogar verzinst zurückzahlen muss. Das KKG enthält kein Verbot, die Kreditvaluta vor Ablauf der Widerrufsfrist auszuzahlen bzw. die Kaufsache oder das Leasingobjekt dem Konsumenten zu übergeben, sieht hingegen differenzierte Rechtsfolgen bei Ausübung des Widerrufsrechts vor. Wird vor der Vornahme von Erfüllungshandlungen widerrufen, so führt dies zum Wegfall der Verpflichtungen der Vertragsparteien mit Wirkung ex tunc. Die Parteien werden also so gestellt, wie wenn sie nie einen Konsumkreditvertrag miteinander geschlossen hätten. Widerruft der Konsument erst nachdem der Kreditgeber erfüllt hat, so richten sich die Rechtsfolgen nach Art. 16 Abs. 3 i.V.m. Art. 15 KKG. Danach muss der Konsument den Kredit an den Kreditgeber zurückzahlen, aber nicht auf einmal, sondern bis zum Ablauf der vertraglich vereinbarten Kreditdauer. Damit wandelt sich der Kredit in einen Gratiskredit der ratenweise zurückgezahlt werden kann. Unter solchen Umständen wird kein vernünftiger Kreditgeber den Kredit vor Ablauf der Widerrufsfrist aushändigen.

Während unter der VerbrKr-RL 87/102/EWG nur vereinzelte Staaten, darunter auch Deutschland, ein Widerrufsrecht kannten, hat der EU-Richtlinienggeber in Art. 14 der VerbrKr-RL 2008/48/EG nunmehr ein EU-weites Widerrufsrecht eingeführt. Der Konsument hat demnach das Recht auf Widerruf eines bereits geschlossen Vertrages innerhalb von 14 Tagen ohne Angabe von Gründen und ohne Vertragsstrafe. Im Gegensatz zur schweizerischen Lösung verpflichtet jedoch die Ausübung des Widerrufsrechts den Kreditnehmer, das Darlehen einschliesslich der ab dem Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Kredits bis zum Zeitpunkt der Rückzahlung des Darlehens aufgelaufenen Zinsen unverzüglich, spätestens jedoch binnen 30 Kalendertagen nach Absendung der Widerrufserklärung zurückzuzahlen. Der Kreditgeber hat im Falle des Widerrufs keinen Anspruch auf weitere vom Verbraucher zu leistende Entschädigungen, mit Ausnahme von Entschädigungen für Entgelte, die der Kreditgeber an Behörden entrichtet hat und nicht zurückverlangen kann. Damit steht der europäische Konsument in diesem Punkt deutlich schlechter da als der schweizerische, zumal zufolge der Vollharmonisierung weitergehende innerstaatliche Regelungen nur so weit zugelassen sind, als sie Rechtsvorschriften betreffen, die eine Frist vorsehen, innerhalb deren die Ausführung des Vertrags nicht beginnen

kann.<sup>54</sup> Diese Regelung zeigt sehr deutlich, dass das Widerrufsrecht in der EU nicht aus Sozialschutzgründen eingeführt wurde, d. h. um den Konsumenten vor unüberlegten Vertragsschlüssen zu schützen, mithin um ihm eine Frist zu geben, statt des teuren Kleinkredits doch ein Darlehen bei der Grossmutter aufzunehmen, sondern vorab um ihn auch eine gewisse Zeit nach Abschluss des Vertrages *wettbewerbsfördernd* nach besseren Angeboten Ausschau halten zu lassen. Damit fördert das Widerrufsrecht – wenn überhaupt – einzig den Wettbewerb im Binnenmarkt, was für die Konsumenten immerhin möglicherweise zu niedrigeren Zinsen führen kann.

## VII. Kreditfähigkeitsprüfung

Die Einführung der Kreditfähigkeitsprüfung ins KKG 2001<sup>55</sup> darf man mit Fug als Geniestreich des Gesetzgebers bezeichnen, wenn auch die Bewährungsprobe in deren Handhabung durch die Praxis liegt – und genau über diese dringt mangels ober- oder gar höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>56</sup> nur wenig an die Öffentlichkeit.<sup>57</sup> Das KKG bekennt sich zum Sozialschutz, indem nur derjenige Konsument einen Konsumkredit aufnehmen darf, der voraussichtlich in der Lage sein wird, diesen auch zurückzuzahlen.<sup>58</sup> Der Kreditgeber darf also seine Kredite nicht ausschliesslich unter der Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Elemente vergeben, sondern er muss

---

<sup>54</sup> Vgl. Art. 14 Abs. 7 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 der VerbrKr-RL 2008/48/EG, wo es heisst: «Soweit diese Richtlinie harmonisierte Vorschriften enthält, dürfen die Mitgliedstaaten keine Bestimmungen in ihrem innerstaatlichen Recht aufrechterhalten oder einführen, die von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichen»

<sup>55</sup> Vgl. dazu ausführlich: STAUDER, SPR, 150 ff. m.w.N., BRUNNER, Handkommentar, N 49 ff. zu Art. 1-42 KKG; STAUDER, Kreditvergabe, 193 ff.

<sup>56</sup> Fakt ist, dass die allermeisten Konsumkreditfälle vom Rechtsöffnungsrichter entschieden werden. Der Bundesgerichtsentscheid 4A\_6/2009 vom 11. März 2009, den man findet, wenn mittels des Stichworts «Kreditfähigkeitsprüfung» gesucht wird, betraf einen altrechtlichen Fall, bei dem eine Kreditfähigkeitsprüfung gerade nicht (auch nicht nachträglich) durchzuführen war.

<sup>57</sup> Immerhin hört man sowohl von Seiten der Anbieter als auch von Seiten der Schuldenberatungsstellen, man könne mit dem geltenden Recht leben.

<sup>58</sup> Im KKG 2001 setzt der Gesetzgeber nicht mehr auf das Leitbild des mündigen bzw. des auf der Grundlage objektiver Information rational entscheidenden Konsumenten, sondern fokussiert den schutzbedürftigen Menschen, d. h. denjenigen, der in Überschätzung seiner finanziellen Möglichkeiten der Versuchung erliegt, seine Wünsche und Bedürfnisse durch Kreditaufnahme zu befriedigen. Vgl. dazu die Botschaft Änderung KKG, BBl 1999 III 3165.

sicherstellen, dass der Kredit für den konkreten Vertragspartner verkräftbar ist. Der Kunde gilt (nur) dann als kreditfähig, wenn er den Konsumkredit zurückzahlen kann, ohne den nicht pfändbaren Teil des Einkommens nach Art. 93 Abs. 1 SchKG beanspruchen zu müssen, wobei von einer Amortisation des Kredites innerhalb von längstens 36 Monaten ausgegangen werden muss.<sup>59</sup> Eine Verletzung der Vorschriften über die Kreditfähigkeitsprüfung durch die Kreditgeberin zieht schwere zivilrechtliche Sanktionen nach sich.<sup>60</sup>

Wesentlicher Bestandteil des Instrumentariums der Kreditfähigkeitsprüfung ist die Einführung einer Informationsstelle für Konsumkredit (IKO), der sämtliche Konsumkredite sowie gewisse Zahlungsrückstände der Kreditnehmer zu melden sind.<sup>61</sup> Jeder Kreditgeber hat vor Vertragsschluss zu prüfen, ob bzw. welche Kredite bei der Informationsstelle gemeldet sind; die aus solchen schon bestehenden Krediten erwachsenden Verpflichtungen des Kreditnehmers sind bei der Prüfung der Kreditfähigkeit in Bezug auf den neuen Kredit zu berücksichtigen.<sup>62</sup>

Wichtig zu wissen ist, dass das KKG vom Anbieter nur eine präventive, punktuelle Prüfung der Kreditfähigkeit des Konsumenten verlangt. Der Kreditnehmer muss einzig im Zeitpunkt vor bzw. beim Vertragsschluss in der Lage sein, den Kredit innert 36 Monaten (hypothetische Amortisation) zurückzuzahlen. Dabei darf der Anbieter grundsätzlich auf die Angaben des Konsumenten zu seinen finanziellen bzw. wirtschaftlichen Verhältnissen abstellen (Art. 31 KKG). Er hat aber einerseits die gemachten Angaben einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen. Führt letztere bei einem vernünftig denkenden Menschen (dem sog. reasonable man) zu Zweifeln, so muss die Richtigkeit der Angaben anhand von aussagekräftigen Dokumenten (Lohnausweis, Betreibungsregisterauszug etc.) überprüft werden. Andererseits sind auch bereits bekannte bzw. unmittelbar bevorstehende Änderungen in

---

<sup>59</sup> Art. 28 Abs. 2 und Abs. 4 KKG. Gemäss Art. 28 Abs. 3 KKG wird der pfändbare Teil des Einkommens nach den Richtlinien über die Berechnung des Existenzminimums des Wohnsitzkantons der Konsumentin oder des Konsumenten ermittelt. Diese föderalistische Lösung ist nicht wirklich sinnvoll, legt sie doch den Anbietern einen unnötigen Stolperstein in den Weg. Besser wäre es gewesen, wenn man statt der kantonal unterschiedlichen SchKG-Richtlinien (die auf dem Netz immerhin problemlos abrufbar und mittels ebenfalls aufgeschalteter Excel-Tabellen leicht errechenbar sind, vgl. z. B. <[www.schuldeninfo.ch](http://www.schuldeninfo.ch)>) die «Richtlinien für die Bemessung der Sozialhilfe» der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe SKOS als Grundlage genommen hätte.

<sup>60</sup> Art. 32 KKG; vgl. zu den Sanktionen auch hinten VIII.

<sup>61</sup> Art. 23 ff. KKG; Art. 2 und 3 VKKG; vgl. dazu ausführlich SIMMEN, IKO, 157 ff.

<sup>62</sup> Art. 28 Abs. 3 lit. c KKG.

den finanziellen Verhältnissen zu berücksichtigen, soweit sie für den Kreditgeber erkenntlich sind. Man denke etwa an eine offensichtlich schwangere Frau, die um einen Kredit ersucht. Hier sind die Unterhaltskosten für das kommende Baby in die finanziellen Belastungen der Frau miteinzubeziehen.

Verschlechtern sich die finanziellen Verhältnisse des Kreditnehmers während laufender Kreditdauer zufolge unvorhergesehener Ereignisse wie Stellenverlust, Krankheit, Scheidung etc., so helfen die Schutzmechanismen des KKG nicht weiter.<sup>63</sup>

Anlässlich der Revision der VerbrKr-RL 87/102/EWG unternahm die Europäische Kommission ebenfalls einen Vorstoss, um die Konsumentenüberschuldung einzudämmen. Ausgehend vom schweizerischen Vorbild nahm sie in ihren Revisionsentwurf das *Prinzip der verantwortungsvollen Kreditvergabe* (responsible lending) auf.<sup>64</sup> In Art. 9 des Entwurfs hiess es: «Schliesst ein Kreditgeber einen Kredit- oder Sicherungsvertrag ab oder erhöht er den Gesamtkreditbetrag oder den garantierten Betrag, so wird angenommen, dass er zuvor unter Ausnutzung aller ihm zu Gebote stehenden Mittel zu der Überzeugung gelangt ist, dass der Verbraucher und gegebenenfalls der Garant in der Lage sein werden, ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen.» Damit hätte der Kreditgeber nicht nur bei der ersten Kreditvergabe, sondern auch bei jeder Kreditaufstockung in die Pflicht genommen werden sollen. Anders als hierzulande wäre Referenzgrösse aber nicht das Einkommen des Konsumenten gewesen, sondern dessen Kreditgeschichte (also die gespeicherten Merkmale) in Verbindung mit dem Gesamtvolumen der Kredite. Dieser Ansatz wurde jedoch auf Druck der Banken aufgegeben<sup>65</sup> und durch eine blosser Beratungspflicht ersetzt. Immerhin wurde unter dem expliziten Titel «Verpflichtung zur Bewertung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers» festgehalten, dass die Mitgliedstaaten zwei Dinge sicherzustellen haben, nämlich

---

<sup>63</sup> Der Kreditgeber kann in einem solchen Fall immerhin unter gewissen Umständen (Art. 18 KKG) vom Vertrag zurücktreten, während dem Konsumenten nichts anderes übrig bleibt, als auf eine einvernehmliche private Schuldenbereinigung (Art. 333-336 SchKG) zu hoffen.

<sup>64</sup> Dazu REIFNER, Kreditvergabe, 383 ff.

<sup>65</sup> In der Begründung der Europäischen Kommission zum geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkreditverträge und zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG heisst es ganz offen: «Auf Wunsch des Banksektors und einiger Mitgliedstaaten wurde jedoch klargestellt, dass der Verbraucher stets die Verantwortung für seine endgültige Entscheidung, einen Kreditvertrag abzuschliessen, trägt».

«dass vor Abschluss des Kreditvertrages der Kreditgeber die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers anhand ausreichender Informationen bewertet, die er gegebenenfalls beim Verbraucher einholt und erforderlichenfalls anhand von Auskünften aus der in Frage kommenden Datenbank»; sowie «dass, sofern die Parteien übereinkommen, den Gesamtkreditbetrag nach Abschluss des Kreditvertrages zu ändern, der Kreditgeber die ihm zur Verfügung stehenden Finanzinformationen über den Verbraucher auf den neuen Stand bringt und die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers vor jeder deutlichen Erhöhung des Gesamtkreditbetrags bewertet.» Geblieben ist mit anderen Worten die Pflicht zur individuellen Bonitätsprüfung, wobei es den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, ob sie die Angaben des Konsumenten genügen lassen wollen oder ob sie die Anbieter zur Abfrage einer Datenbank verpflichten. Das sind aber nicht mehr als schöne Worte, solange eine scharfe Sanktionierung der Verstösse fehlt.

Zusammengefasst darf man sagen, dass die schweizerische Kreditfähigkeitsprüfung im europäischen Vergleich recht gut da steht und ihre Funktion als effektives Sozialschutzinstrumentarium – wenn auch nicht bei allen Formen des Konsumkredits gleichermassen<sup>66</sup> – grundsätzlich erfüllt. Dies aber nur, weil ein Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften auf eine ganz besondere Art sanktioniert wird. So wird der Vertrag aufrechterhalten, dem Kreditgeber droht aber der teilweise oder vollkommene Verlust seiner Ansprüche.

## VIII. Sanktionen

Zwingende Vorschriften sind nur sinnvoll, wenn deren Verletzung auch mit Sanktionen bedroht wird.<sup>67</sup> Das Konsumkreditgesetz enthält zwei Bestimmungen, die Sanktionsfolgen für den Fall enthalten, dass ein Kreditgeber bestimmte Vorschriften des Gesetzes missachtet. Art. 15 KKG regelt die Folgen der Nichteinhaltung gewisser Formvorschriften und Art. 32 KKG enthält eine Norm, welche die Verletzung der Regeln über die Meldepflicht und über die Kreditfähigkeitsprüfung sanktioniert. Weitere Sanktionsnormen

---

<sup>66</sup> Wer sein Kreditbedürfnis mittels Leasing, Karten mit Kreditoption oder Überziehungskredite erfüllt, wird deutlich weniger geschützt als derjenige der einen Geld- bzw. Barkredit aufnimmt.

<sup>67</sup> Vgl. zum Sanktionensystem en detail, die weitgehend auch unter dem KKG 2001 noch gültige Abhandlung von KOLLER, Sanktionensystem, 81 ff.

finden sich sodann im UWG<sup>68</sup> und in den kantonalen Gesetzen für Verstösse gegen die Bewilligungspflicht.<sup>69</sup>

Die Nichteinhaltung bestimmter Formvorschriften; die fehlende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters<sup>70</sup> oder eine Überschreitung des zulässigen Höchstzinssatzes<sup>71</sup> bewirkt gemäss Art. 15 Abs. 1 KKG die Nichtigkeit des Konsumkreditvertrages. Es handelt sich dabei um eine Nichtigkeit sui generis. Ist ein Konsumkreditvertrag nichtig, so hat nach Art. 15 Abs. 2 KKG die Konsumentin die bereits empfangene oder beanspruchte Kreditsumme bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzuzahlen, schuldet aber weder Zinsen noch Kosten. Die Rückzahlung der Kreditsumme erfolgt in gleich hohen Teilzahlungen, die jeweils einen Monat auseinander liegen, falls der Vertrag keine längeren Zeitabstände vorsieht (Art. 15 Abs. 3 KKG). Diese Spezialbestimmungen schalten die allgemeinen Regeln der Vindikation und Kondiktion aus und verhindern damit, dass der Kreditnehmer in finanzielle Schwierigkeiten gerät, würde es doch die aus der allgemeinen Nichtigkeitsdogmatik resultierte Pflicht zur sofortigen Rückzahlung des Kredites dem Konsumenten in vielen Fällen verunmöglichen, sich auf die Nichtigkeit zu berufen. Gleichzeitig führen diese Normen zu einem Gratiskredit für den Kreditnehmer. Dies schafft für Kreditgeber einen hohen Anreiz zur sorgfältigen und gesetzeskonformen Vertragsredaktion.

Art. 32 KKG sanktioniert Verstösse gegen die Regeln über die Meldepflicht und über die Kreditfähigkeitsprüfung in einem zweistufigen System. Verstösst ein Kreditgeber in schwerwiegender Weise gegen die Regeln der

---

<sup>68</sup> So u. a. nach Art. 10 Abs. 1 UWG.

<sup>69</sup> Art. 8 Abs. 2 VKKG sieht lediglich vor, dass die Bewilligung entzogen wird, wenn sie mit falschen Angaben erschlichen worden ist oder wenn die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt werden. Um Kreditgeber und Kreditvermittler, welche ohne die erforderliche Bewilligung Kredite gewähren bzw vermitteln, auch in strafrechtlicher Hinsicht ahnden zu können, haben verschiedene Kantone wie Bern, Solothurn, Schaffhausen, St. Gallen oder Luzern, Verstösse gegen die Bewilligungspflicht mit Busse bis zu 10'000 Franken sanktioniert (Art. 103 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 StGB).

<sup>70</sup> Nach Art. 13 KKG ist für sämtliche Konsumkredite Minderjähriger die vorgängige schriftliche Zustimmung der gesetzlichen Vertreterin oder des gesetzlichen Vertreters erforderlich.

<sup>71</sup> Das KKG von 2001 räumt in Art. 14 (i.V.m. Art. 29 Abs. 2) dem Bundesrat das Recht (und die Pflicht) ein, den höchsten zulässigen Zinssatz für Konsumkredite zu bestimmen. Dabei hat er die von der Nationalbank ermittelten, für die Refinanzierung des Konsumkreditgeschäfts massgeblichen Zinssätze zu berücksichtigen. In der Regel soll der Maximalzins 15 % nicht überschreiten. Der Bundesrat hat den Höchstzins in Art. 1 der Verordnung zum Konsumkreditgesetz (VKKG) auf 15 % festgelegt.

Kreditfähigkeitsprüfung nach Art. 28, 29 oder 30 KKG, so verliert er gemäss Art. 32 Abs. 1 KKG die von ihm gewährte *Kreditsumme samt Zinsen und Kosten*. Verstösst er bloss in geringfügiger Weise gegen die Regeln der Kreditfähigkeitsprüfung nach Art. 28 ff. KKG oder hält er die Vorschriften über die Meldepflicht nach Art. 25 ff. KKG nicht ein, so verliert er gemäss Art. 32 Abs. 2 KKG immerhin *die Zinsen und die Kosten*.

Art. 32 Abs 1 KKG bezweckt, den Kreditgeber mit dem Totalverlust des Kredites zu «bestrafen», d. h. der Kreditgeber soll nicht nur das Entgelt für die Kreditgewährung (also den Zins) verlieren, sondern nach einem bewussten Entscheid des Gesetzgebers auch die gesamte Kreditsubstanz. Bei einem Warenkredit hat dies zur Folge, dass der Lieferant der Ware selbst verlustig gehen muss, und bei einem Gebrauchsüberlassungskredit wie dem Leasing hat dementsprechend der Gebrauchsüberlasser die Entwertung des Gegenstandes während der Vertragsdauer zu tragen. Im Fall von Art. 32 Abs. 2 KKG kommt der Konsument ähnlich wie im Falle der Nichtigkeit gemäss Art. 15 KKG nach Aushändigung der Darlehensvaluta in den Genuss eines «Gratiskredits».

Der Totalverlust der Kreditvaluta ist eine ausserordentlich gravierende Sanktion. Daher ist die Frage entscheidend, wann eine schwerwiegende Verletzung der Regeln über die Kreditfähigkeitsprüfung vorliegt. Das Gesetz beantwortet diese Frage nicht; es ist somit Aufgabe der Wissenschaft und der Rechtsprechung, den Begriff der schwerwiegenden Weise zu konkretisieren.

In der Literatur wurde geraten, als Faustregel für die Abgrenzung zwischen schwerwiegenden Regelverletzungen nach Art. 32 Abs. 1 KKG und geringfügigen Regelverletzung nach Art. 32 Abs. 2 KKG auf die Unterscheidung zwischen Vorsatz/Eventualvorsatz einerseits und Fahrlässigkeit andererseits bzw. von leichtem und grobem Verschulden zurückzugreifen.<sup>72</sup> BERND STAUDER lehnt diese an sich praktische Lösung dezidiert ab, da es für die Anwendung der Sanktionenordnung des Art. 32 KKG gerade nicht auf das Verschulden ankommen könne. Massgebend müsse allein die *ratio* der Kreditfähigkeitsprüfung sein, und die liege darin sicherzustellen, dass dem sozialpolitischen Gebot, eine Konsumentenüberschuldung zu vermeiden (Art. 22 KKG), und dem öffentlichem Interesse an einer Prävention einer solchen Verschuldung effizient nachgelebt werde. Daher verstosse ein Kreditgeber, der seine Kreditentscheidungen allein nach betriebswirtschaftlichen Kriterien fälle und die im KKG formulierten Elemente des Sozialschutzes

---

<sup>72</sup> SCHÖBI, Überblick, 18; in ähnlichem Sinne wohl auch SIMMEN, Barkredit, 55.

nicht in seine Entscheidung einfließen lasse, grundsätzlich in schwerwiegender Weise gegen das Gesetz.<sup>73</sup>

Sicherlich ist es sachlich *nicht richtig*, im Zweifel grundsätzlich zugunsten der Anwendung der geringfügigeren Sanktion nach Art. 32 Abs. 2 KKG zu entscheiden, wie dies SIMMEN vorschlägt.<sup>74</sup> Leider gibt es noch keine publizierte Rechtsprechung zu dieser Problematik. Es braucht wohl noch eine paar Jahre bis die Richterschaft sich des konsumentenrechtlichen Schutzgedankens des KKG sowie der Bedeutung von Art. 97 BV<sup>75</sup> vollumfänglich bewusst wird. Die Bundesverfassung verpflichtet nämlich die rechtsanwendenden Behörden, insbesondere die Gerichte, bei der Auslegung von Gesetz und Vertrag in jedem Streitfall, in dem ein Gesetz anzuwenden ist, das ihm einen Ermessens- oder auch nur Interpretationsraum offen lässt, ein allfälliges konsumentenrechtliches Ungleichgewicht auszuräumen. Das Konsumkreditrecht ist gerade nicht darauf angelegt, nur das einzelne Individuum zu schützen, sondern eben die ganze Gruppe potentieller Konsumkreditnehmerinnen und -nehmer als strukturell Benachteiligte. Die scharfen Sanktionen, die der Gesetzgeber aufgestellt hat, sind unter diesem Blickwinkel zu sehen und zu handhaben. Anstatt sich im Zweifel immer für die geringfügigere – mit dem tradierten Privatrechtsverständnis noch eher in Einklang zu bringende<sup>76</sup> – Sanktion auszusprechen, müssen die Gerichte sich mit der Frage nach dem Zweck der Sanktion auseinandersetzen. Und dieser zielt nun eindeutig darauf ab, dass die Anbieter, die sich nicht ans Gesetz halten,

---

<sup>73</sup> STAUDER, SPR, 261 mit einer Vielzahl von Beispielen.

<sup>74</sup> SIMMEN, Barkredit, 55.

<sup>75</sup> Nach Art. 97 Abs. 1 und 3 BV hat der Bund Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten zu treffen und für Konsumentenstreitigkeiten (bis zum Streitwert von Fr. 20'000) ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen. Die Norm verpflichtet zur Berücksichtigung des *konsumentenrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips* sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Gesetzesauslegung. Als *Gesetzgebungsmaxime* verpflichtet es den Gesetzgeber, bei der Schaffung neuer Gesetze bereits im Gesetzgebungsverfahren auch die Interessen der Konsumenten zu berücksichtigen und wo geboten spezielle Konsumentenschutzgesetze zu schaffen. Als *Auslegungsgrundsatz* verpflichtet das Prinzip die rechtsanwendenden Behörden, insbesondere die Gerichte, bei der Auslegung von Gesetz und Vertrag dem Wesen des Konsumentenrechts gerecht zu werden.

<sup>76</sup> Aus dem Gespräch mit Richtern weiss ich, dass deren Rechtsempfinden die Sanktion nach Art. 32 Abs. 1 KKG (Totalverlust nicht nur der Zinsen, sondern der gesamten Kreditvaluta) oft als unangemessen empfinden, wobei sie nicht etwa Mitleid mit den Anbietern haben, sondern Mühe mit dem Gedanken, dass sich der Konsument «einfach so bereichern» darf.



Lehrgeld bezahlen müssen.<sup>77</sup> Eine Nichtbeachtung der Kriterien zur Feststellung des Existenzminimums (etwa die Nichteinbeziehung der effektiven, korrekt errechneten Krankenkassenbeiträge), die Nichtkonsultation der IKO, das blinde Vertrauen auf offensichtlich unrichtige oder in sich nicht stimmige Angaben des Konsumenten sind keine blossen «Unachtsamkeiten». Hier handelt es sich vielmehr um Verstösse gegen zwingende Normen, die *im Interesse aller Konsumenten* scharf zu sanktionieren sind. Mit Voltaire geht es hier eben auch darum, «de tuer de temps en temps un amiral pour encourager les autres».

## IX. Ausblick

Wenn ich nun zusammenfasse, so kann ich sagen, dass der Schweiz mit dem KKG ein Gesetz gelungen ist, das den Sozialschutz des Konsumenten deutlich verbessert hat (wenn auch nicht bei allen Kreditarten in gleich hohem Masse) ohne den Kreditmarkt seiner Funktion zu berauben. Mit anderen Worten, sowohl Anbieter als auch Konsumenten können mit dem KKG leben.

Wirft man einen Blick über die Grenze, so ist die Erarbeitung einer neuen Verbraucherkreditrichtlinie von der Europäischen Kommission mit einem hohen Ansprüchen gestartet, in der verabschiedeten Form findet man nur noch einen kleinen Teil derselben. Dass die anvisierte Vollharmonisierung in wesentlichen Teilen nicht geglückt ist, hat für uns Schweizer zur Folge, dass wir uns im Konsumkreditrecht nicht einer EU-Phalanx gegenüber sehen, der wir uns früher oder später unterzuordnen haben, sondern einem durchaus zersplitterten Gebilde mit unterschiedlich hohem Schutzniveau, angesichts dessen sich unsere Lösung durchaus sehen lassen darf.

---

<sup>77</sup> Immerhin wurde zugunsten der scharfen zivilrechtlichen Sanktionen auf die strafrechtliche Sanktionierung verzichtet.



# Konsortialkredite

Dr. Benedikt Maurenbrecher und Dr. Jürg Frick, Zürich

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	49
I. Einleitung .....	53
II. Grundlagen.....	55
1. Begriff.....	55
2. Elemente des Konsortialkredits.....	56
a) Kredit .....	56
aa) Kreditarten.....	56
bb) Kreditverwendung.....	57
cc) Verschiedene Kreditfazilitäten .....	58
b) Mehrere Kreditgeber .....	58
c) Koordination unter Kreditgebern.....	59
d) Einheitliche Rechtsgrundlage.....	59
aa) Krediteröffnungsvertrag.....	59
bb) Einzelkreditverträge.....	60
cc) Sicherheitenverträge .....	61
dd) Konsortialvertrag.....	64
e) Verwaltung und Vertretung durch den Konsortialführer.....	65
3. Zweck des Konsortialkredits.....	68
a) Kreditgebersicht.....	68
b) Kreditnehmersicht .....	68
III. Syndizierung.....	69
1. Begriff.....	69
2. Abgrenzungen.....	70
a) Unterbeteiligung.....	70
b) Club Deal.....	70
3. Primärsyndizierung und Sekundärsyndizierung.....	71

4.	Underwritten Deals und Best Effort Deals .....	71
5.	Dokumentation.....	72
	a) Term Sheet.....	72
	b) Mandate Letter .....	73
	c) Information Memorandum.....	74
	d) Invitation Letter und Confidentiality Agreement.....	75
	e) Front-Running Letter .....	76
IV.	Ausgewählte Aspekte des Aussenverhältnisses .....	76
1.	Rechtsform und Struktur des Konsortiums.....	76
	a) Normalfall.....	76
	b) Elemente.....	78
	aa) Einfache Gesellschaft.....	78
	bb) Ausschluss der Solidarhaftung.....	79
	cc) Einzelberechtigung der Kreditgeber.....	81
2.	Abtretung von Kreditforderungen.....	84
3.	Modalitäten der Erfüllung der Zahlungspflichten des Kreditnehmers .....	85
	a) Zahlungen .....	85
	b) Tilgungsreihenfolge .....	86
	c) Saldenausgleich («Sharing Clause»).....	87
	d) Verbot der Verrechnung durch den Kreditnehmer.....	89
	aa) Gültigkeit im Fall der Abtretung.....	90
	bb) Gültigkeit im Fall des Konkurses.....	91
4.	Sonderproblem: «10er-/20er-Regel».....	92
5.	Konsortium und gerichtlicher Nachlassvertrag.....	94
V.	Ausgewählte Aspekte des Innenverhältnisses .....	95
1.	Haftung des Agenten.....	95
2.	Informationspflichten des Agenten .....	96
3.	Treupflicht der Kreditgeber.....	97
	a) Allgemeines.....	97
	b) Handlungs- und Unterlassungspflichten.....	99
	c) Rechtsfolge.....	101

## Literaturverzeichnis

Stand der Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 17. Juni 2010.

- ABEGGLEN SANDRO, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Bern 2004, zit.: ABEGGLEN, Wissenszurechnung.
- AEBI DIETER, Interzession, Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001, zit.: AEBI, Interzession.
- AEPLI VIKTOR, Kommentierung Art. 114-126 OR, in: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht, Band V/1h, 1. Teil: Das Erlöschen der Obligationen, Zürich 1991, zit.: AEPLI, ZK OR.
- AMMANN CATERINA, Kommentierung Art. 412-418 OR, in: H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 2 Bände, Band I (Art. 1-529 OR), 4. Aufl., Basel 2007, zit.: AMMANN, BSK OR I.
- BANZ OLIVER, Sicherheiten zugunsten von Aktionären (sog. Upstream Securities), in: von der Crone Hans-Caspar/Forstmoser Peter/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf, S. 193-206, zit.: BANZ, Upstream Securities.
- BAYIM-ADOMAKO MAGDALENE, Making the Loan: the Theory of the Mechanics of Syndicated Lending, in: Andrew Shutter (Hrsg.), A Practitioner's Guide to Syndicated Lending, London 2010, S. 177-213, zit.: BAYIM-ADOMAKO, Syndicated Lending.
- BIERI DIETER, Kredit und Konsortium, Diss. Zürich 1987, zit.: BIERI, Kredit.
- BIS – BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, Quarterly Review, International banking and financial market developments, März 2010, abrufbar unter: <[www.bis.org/publ/qtrpdf/r\\_qt1003.htm](http://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1003.htm)>.
- BLUMENSTEIN ERNST, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrechtes, Bern 1911, zit.: BLUMENSTEIN, Handbuch.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, zit.: BÖCKLI, Aktienrecht.
- BOVET CHRISTIAN, La nature juridique des syndicats de prêt et les obligations des banques dirigeantes et gérantes, Aspects de droit des obligations, de droit bancaire et de droit cartellaire, Diss. Fribourg 1991, zit.: BOVET, syndicats.
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, zit.: BUCHER, Allgemeiner Teil.
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, zit.: VON BÜREN, Allgemeiner Teil.
- Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551 OR), Zürich 1972, zit.: VON BÜREN, Besonderer Teil.
- CHRIST BERNHARD, Der Darlehensvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, Basel/Stuttgart 1979, S. 219 ff., zit.: CHRIST, Darlehensvertrag.
- DIEM ANDREAS, Akquisitionsfinanzierungen, Kredite für Unternehmenskäufe, 2. Aufl., München 2009, zit.: DIEM, Akquisition.
- DOHM JÜRGEN, La nature juridique de la syndication des prêts, SAG (1984), S. 9-16, zit.: DOHM, syndication.

- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAUS RETO, Das Schweizerische Bankgeschäft, Das praktische Lehrbuch und Nachschlagewerk, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, zit.: EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Bankgeschäft.
- FELLMANN WALTER, Kommentierung Art. 394-406 OR, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Bern 1992, zit.: FELLMANN, BK OR.
- FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, Kommentierung Art. 530-544 OR, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft, zit.: FELLMANN/MÜLLER, BK OR.
- FRANCIONI RETO, Konsortialverträge bei Konsortialdarlehen im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1987, zit.: FRANCIONI, Konsortialverträge.
- FRICK JÜRIG, Private Equity im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2009, zit.: FRICK, Private Equity.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, zit.: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht.
- GIRSBERGER DANIEL, Kommentierung Art. 164-174 OR, in: H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 2 Bände, Band I (Art. 1-529 OR), 4. Aufl., Basel 2007, zit.: GIRSBERGER, BSK OR I.
- GLANZMANN LUKAS, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung konzerninterner Darlehen, Diss. St.Gallen 1996, zit.: GLANZMANN, Darlehensvertrag.
- Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung? Anwendungsbereiche, Ausgestaltung und Grenzen zweier ungleicher Instrumente der Mezzanine-Finanzierung, GesKR 1/2007, S. 6-23, zit.: GLANZMANN, Rangrücktritt.
- GRÜNENEFELDER MARC, Absicherungen von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten, Diss. Zürich 2009, zit.: GRÜNENEFELDER, Upstream Sicherheiten.
- GSELL MAX, Betriebskredit, in: M. Boemle et al., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, zit.: GSELL, Finanzmarktlexikon.
- HAEBERLI DANIEL, Pfandrechtliche Probleme bei der Besicherung von Konsortialkrediten, GesKR 4/2007, S. 355-364, zit.: HAEBERLI, Konsortialkredite.
- HANDSCHIN LUKAS/VONZUN RETO, Kommentierung Art. 530-551 OR, in: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Band V/4a: Die einfache Gesellschaft, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, zit.: HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR.
- HARDMEIER HANS ULRICH, Kommentierung Art. 305-313 SchKG, in: A. Staehelin/T. Bauer/D. Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bände, Band III, Basel 1998, zit.: HARDMEIER, BSK SchKG.
- HARTMANN STEPHAN, Zur actio pro socio im Recht der Personengesellschaften, in: ZSR 124 (2005) I, S. 397-418.
- JAEGER CARL, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, zit.: JAEGER, Bundesgesetz.

- JAUSSI THOMAS/PFIRTER MARKUS, Unternehmensfinanzierung und insbesondere Konzernfinanzierung, Passivzinsproblematik bei der Emissionsabgabe und der Verrechnungssteuer, ST 5/2009, S. 399-406, zit.: JAUSSI/PFIRTER, Unternehmensfinanzierung.
- KOHLER DANIEL, Das Konsortium im schweizerischen Kreditgeschäft, Diss. Zürich 1990, zit.: KOHLER, Konsortium.
- KÖNDGEN JOHANNES, Verdeckte Konsortialkredite im Spannungsfeld von Bankprivatrecht, Bankenaufsichtsrecht und Insolvenzrecht, in: Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 325-350, zit.: KÖNDGEN, Konsortialkredite.
- KREN JOLANTA, Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989, zit.: KREN, Konkursöffnung.
- LMA – LOAN MARKET ASSOCIATION, Various Documents: Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, LMA Front Running Letter, Term Sheet, alle abrufbar unter: <[www.lma.eu.com/documents.aspx](http://www.lma.eu.com/documents.aspx)>.
- LEU URS, Kommentierung Art. 68-90 OR, in: H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 2 Bände, Band I (Art. 1-529 OR), 4. Aufl., Basel 2007, zit.: LEU, BSK OR I.
- LEOUZON EUGENE/GILLAM LUKE, How to Sell the Deal, in: Andrew Shutter (Hrsg.), A Practitioner's Guide to Syndicated Lending, London 2010, S. 119-148, zit.: LEOUZON/GILLAM, Syndicated Lending.
- LÖLINGER JEAN-MARC, Die Unterbeteiligung an Personengesellschaften, Diss. Basel 1998, zit.: LÖLINGER, Unterbeteiligung.
- MALACRIDA RALPH, Der Konsortialvertrag, in: Thomas U. Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen III, Zürich 2008, S. 191-210, zit.: MALACRIDA, Konsortialvertrag.
- MAURENBRECHER BENEDIKT, Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, AJP 1998, S. 1327–1346, zit.: MAURENBRECHER, Stellung.
- Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht, Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen, Diss. Bern 1995, zit.: MAURENBRECHER, Darlehen.
- MEDCALF JONATHAN/ONG ENG-LYE, Syndicate Democracy in Good Times and Bad, in: Andrew Shutter (Hrsg.), A Practitioner's Guide to Syndicated Lending, London 2010, S. 325-340, zit.: MEDCALF/ONG, Syndicated Lending.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, zit.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht.
- MÜLLER OLIVER, Mezzanine Finance, Neue Perspektiven in der Unternehmensfinanzierung, Diss. St.Gallen 2003, zit.: MÜLLER, Mezzanine Finance.
- NÄF ALOIS, Die Sicherung von Gläubigerrechten im Hinblick auf den Konkurs des Schuldners, Diss. Freiburg 1983, zit.: NÄF, Die Sicherung von Gläubigerrechten.
- NYFFELER PAUL, Kautionskredit, in: M. Boemle et al., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, zit.: NYFFELER, Finanzmarktlexikon.
- NYFFELER PAUL/FREY PAUL-ROBERT, Kontokorrentkredit, in: M. Boemle et al., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, zit.: NYFFELER/FREY, Finanzmarktlexikon.

- OESTERHELT STEFAN/WINZAP MAURUS, Quellensteuern bei hypothekarisch gesicherten Kreditverträgen, FStR 2008, S. 28-46, zit.: OESTERHELT/WINZAP, Quellensteuern.
- PESTALOZZI CHRISTOPH M./HETTICH PETER, Kommentierung Art. 543, 544, 562-573, 602-618 OR, in: H. Honsell/N.P. Vogt/R. Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 2 Bände, Band II, Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008, zit.: PESTALOZZI/HETTICH, BSK OR II.
- PETER WOLFGANG, Kommentierung Art. 120-126 OR, in: H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 2 Bände, Band I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, zit.: PETER, BSK OR I.
- PFENNINGER ROLF, Diskontkredit, in: M. Boemle et al., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, zit.: PFENNINGER, Finanzmarktlexikon.
- REHM CHRISTIAN, Projektfinanzierungen nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 2002, zit.: REHM, Projektfinanzierungen.
- RUSCH ARNOLD, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004, zit.: RUSCH, Interzession.
- SCARCLIFFE GLEN, Agreeing the Business Deal, in: Andrew Shutter (Hrsg.), A Practitioner's Guide to Syndicated Lending, London 2010, S. 93-117, zit.: SCARCLIFFE, Syndicated Lending.
- SCHÄRER HEINZ/MAURENBRECHER, Kommentierung Art. 305-318 OR, in: H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 2 Bände, Band I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, zit.: SCHÄRER/MAURENBRECHER, BSK OR I.
- SCHMID JÖRG, Freizeichnungsklauseln, in: Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 307-318, zit.: SCHMID, Freizeichnungsklauseln.
- SCHÖBI CHRISTIAN, Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung, Diss. Zürich 1990, zit.: SCHÖBI, Akzessorietät.
- SCHRANER MARKUS, Kommentierung Art. 68-96 OR, in: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Gesamtband: Die Erfüllung der Obligationen, Zürich 2000, zit.: SCHRANER, ZK OR.
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Schweizer Kreditmark – eine Situationsanalyse, Dezember 2009, abrufbar unter: <[www.swissbanking.org/home/research.htm](http://www.swissbanking.org/home/research.htm)>.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, zit.: SCHWENZER, Obligationenrecht.
- SPIRIG EUGEN, Kommentierung Art. 164-174 OR, in: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Band V/1k: Die Abtretung von Forderungen, 3. Aufl., Zürich 1973, zit.: SPIRIG, ZK OR.
- STÄUBLI CHRISTOPH/DUBACHER JEAN-CLAUDE, Kommentierung Art. 213-218 SchKG, in: A. Staehelin/T. Bauer/D. Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz



- über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bände, Band III, Basel 1998, zit.: STÄUBLI/DUBACHER, BSK SchKG.
- STORCK ALFRED/SPORI PETER, Konzernfinanzierung in der Schweiz – Fakten und Steuern, IFF Forum für Steuerrecht 2008, S. 249-265, zit.: STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung.
- STRAUB RODOLFO, Syndicated loans, in: M. Boemle et al., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, zit.: STRAUB, Finanzmarktlexikon.
- STÜRMER ROLF, Verkauf und Abtretung von Darlehensforderungen, ZHR 173 (2009), S. 363-378, zit.: STÜRMER, Darlehensforderungen.
- THALMANN CHRISTIAN, Konsortialvertrag, in: M. Boemle et al., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, zit.: THALMANN, Finanzmarktlexikon.
- WATTER ROLF/NOTH MICHAEL G., Kommentierung Art. 752, 753, 1156 OR, in: H. Honsell/N.P. Vogt/R. Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 2 Bände, Band II, Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008, zit.: WATTER/NOTH, BSK OR II.
- WEBER ROLF H., Kommentierung Art. 97-109 OR, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 4. Teilband: Allgemeine Bestimmungen – Die Erfüllung der Obligation, Bern 2004, zit.: WEBER, BK OR.
- Kommentierung Art. 395-406, 407-411, 419-424 OR, in: H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 2 Bände, Band I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, zit.: WEBER, BSK OR I.
- WIEGAND WOLFGANG, Kommentierung Art. 18, 97-109, 119 OR, in: H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 2 Bände, Band I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, zit.: WIEGAND, BSK OR I.
- ZOBL DIETER, Kommentierung Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, das Sachenrecht, 2. Abteilung, 5. Teilband, 1. Unterteilband, Bern 1982, zit.: ZOBL, BK ZGB.
- Sicherungsgeschäfte der Aktiengesellschaft im Interesse des Aktionärs, in: Gehrig Bruno/Schwander Ivo (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 183-196, zit.: ZOBL, Sicherungsgeschäfte.
- ZOBL DIETER/WERLEN THOMAS, 1992 ISDA Master Agreement, Zürich 1995, zit.: ZOBL/WERLEN, ISDA Master Agreement.

## I. Einleitung

Leidet die Schweiz an einer Kreditklemme («Credit Crunch») und, falls ja, inwiefern betrifft sie den Schweizer Markt für Konsortialkredite? Diesen und anderen Fragen ging die Schweizerische Bankiervereinigung in ihrer Studie «Schweizer Kreditmarkt – eine Situationsanalyse» vom Dezember

2009 nach.<sup>1</sup> Ohne eine Tendenz abzuleiten, kommt sie zum Schluss, dass der Schweizer Markt für Konsortialkredite verglichen mit ausländischen Märkten im zweiten Halbjahr 2009 weniger stark eingebrochen und die Schweiz insgesamt nicht von einer Kreditklemme betroffen sei.<sup>2</sup> Die Gründe sieht die Schweizerische Bankiervereinigung darin, dass Schweizer Unternehmen Investitionsvorhaben aufgeschoben hätten und deshalb die Kreditnachfrage allgemein zurückgegangen sei. Weiter stellt sie fest, dass Unternehmenskredite durchschnittlich nur zur Hälfte beansprucht waren und somit weiter benutzt werden konnten. Schliesslich ist sie der Ansicht, dass Schweizer Banken bereits wieder von allzu restriktiven Kreditkonditionen absehen würden und zudem tendenziell bereit seien, Unternehmen, zu denen sie vorbestehende Geschäftsbeziehungen hätten, auch in der Krise zu unterstützen.<sup>3</sup>

Weil der Schweizer (Konsortial-)Kreditmarkt nach wie vor funktioniert,<sup>4</sup> werden in diesem Beitrag einige rechtliche Aspekte von Konsortialkrediten dargestellt. Dies rechtfertigt sich, weil der Konsortialkredit in der Lehre längere Zeit wenig beachtet wurde und die einschlägigen Dissertationen von *Bieri*, *Francioni* und *Bovet* aus den späten 80er beziehungsweise frühen 90er Jahren des letzten Jahrhunderts datieren. Seither haben sich Praxis und Umfeld der Konsortialkredite entwickelt und die Fragestellungen haben sich verändert.

Der Beitrag gliedert sich in fünf Teile: Nach der Einleitung werden im zweiten Teil die Grundlagen von Konsortialkrediten beschrieben. Dazu gehören der Begriff «Konsortialkredit», die einzelnen Begriffselemente und der Zweck von Konsortialkrediten. Im dritten Teil werden der Syndizierungsprozess und die wesentlichen Dokumente erklärt, die für die Syndizierung benötigt werden. Im vierten Teil geht es um auserwählte Aspekte des Kon-

---

<sup>1</sup> Unter einer Kreditklemme versteht die Schweizerische Bankiervereinigung eine deutliche Reduktion des Kreditangebots zu gegebenem Zinssatz bzw. einen deutlichen Rückgang der Nachfrage nach Krediten zu marktbasierenden Konditionen. Vgl. Schweizerische Bankiervereinigung, Schweizer Kreditmarkt, 5.

<sup>2</sup> Schweizerische Bankiervereinigung, Schweizer Kreditmarkt, 16.

<sup>3</sup> Schweizerische Bankiervereinigung, Schweizer Kreditmarkt, 8 ff. und 14 ff.

<sup>4</sup> Gemäss der Bank für Internationalen Zahlungsverkehr (Bank for International Settlements, BIS) wurden in der Schweiz im vierten Quartal 2009 internationale Konsortialkredite, d.h. Grosskredite an Schweizer Kreditnehmer mit Beteiligung ausländischer Banken, im Umfang von insg. USD 15.2 Milliarden gewährt. In der Vergleichsperiode im Vorjahr wurden internationale Konsortialkredite im Umfang von insg. USD 7.5 Milliarden gewährt. Vgl. BIS Quarterly Review, März 2010, A 100.

sortium-Aussenverhältnisses wie die Rechtsform des Konsortiums, Zahlungen, Tilgungsreihenfolge, Saldenausgleich und die Abtretung von Kreditforderungen. Im fünften und letzten Teil werden einige Aspekte des Konsortium-Innenverhältnisses behandelt wie die Haftung des Agenten oder die Treuepflicht der Kreditgeber.

Um Formulierungsbeispiele bestimmter Klauseln aufzuzeigen, wird verschiedentlich auf Standarddokumente der Loan Market Association (LMA) verwiesen.<sup>5</sup> Diese Dokumente unterstehen Englischem Recht, entsprechende Formulierungen finden sich aber regelmässig auch in Verträgen unter Schweizer Recht.

## II. Grundlagen

### 1. Begriff

Der Begriff «Konsortialkredit» oder «syndizierter Kredit» steht für eine besondere Form der Kreditgewährung.<sup>6</sup> Der Konsortialkredit zeichnet sich dadurch aus, dass ein Kreditnehmer einen Kredit nicht von einem Kreditgeber alleine, sondern von mehreren Kreditgebern zusammen erhält. Zu diesem Zweck schliessen sich die Kreditgeber zu einem Konsortium oder Syndikat zusammen.

Weil das Schweizer Recht keine Legaldefinition des Konsortialkredits kennt, wird diesem Beitrag folgende Begriffsdefinition zugrunde gelegt:

Ein Konsortialkredit ist ein Kredit, der einem oder mehreren Kreditnehmern von mehreren Kreditgebern koordiniert und auf einheitlicher rechtlicher Grundlage gewährt und durch den Konsortialführer verwaltet wird.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Die Loan Market Association (LMA) ist der europäische Branchenverband kreditgebender Banken und Finanzinstitute. Sie wurde im Dezember 1996 als Verein mit Sitz in London gegründet und zählt heute ca. 380 Mitglieder. Das ursprüngliche Ziel der LMA war es, Ineffizienzen im Sekundärmarkt für Euro Loans zu beseitigen. Nach einem erfolgreichen Start hat die LMA ihre Tätigkeit sukzessive auf den gesamten Primär- und Sekundärmarkt für Konsortialkredite ausgeweitet. Die LMA vertritt die Interessen ihrer Mitglieder gegenüber Aufsichtsbehörden, sie bietet Ausbildungsmodule an und informiert über Marktentwicklungen. Zudem hat sie für den Primär- und den Sekundärmarkt verschiedene Standarddokumente entwickelt. Siehe: <[www.lma.eu.com](http://www.lma.eu.com)>.

<sup>6</sup> DIEM, Akquisition, § 30 Rn. 1.

<sup>7</sup> Vgl. BIERI, Kredit, 72; BOVET, syndicat, 15 f.; DOHM, syndication, 9 ff.; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Bankgeschäft, Nr. 742; HAEBERLI, Konsortialkredite, 356; MALACRIDA,

## 2. Elemente des Konsortialkredits

Die Definition des Begriffs «Konsortialkredit» besteht aus folgenden Begriffselementen: (i) Kredit, (ii) mehrere Kreditgeber, (iii) Koordination unter Kreditgebern, (iv) einheitliche Rechtsgrundlage und (v) Verwaltung und Vertretung durch den Konsortialführer.

### a) Kredit

#### aa) Kreditarten

Im Rahmen eines Konsortialkredits können die Kreditgeber einem Kreditnehmer alle erdenklichen Kreditarten gewähren. Dazu gehören Geldkredite in der Form von sogenannten festen Vorschüssen,<sup>8</sup> Kontokorrentkrediten<sup>9</sup> oder Diskontkrediten.<sup>10</sup> Möglich sind auch Verpflichtungskredite in der Form von Akzept-<sup>11</sup> oder Kautionskrediten.<sup>12</sup> Die Kredite können besichert

---

Konsortialvertrag, 193; SCHÄRER/MAURENBRECHER, BSK OR I, Art. 312 N 66b. FRAN-  
CIONI, Konsortialverträge, 1, definiert den Begriff Konsortialkredit wie folgt: «Der Kon-  
sortialkredit ist eine gemeinschaftliche Krediterteilung mehrerer zu diesem Zweck zu-  
sammengeschlossener, selbständig bleibender Banken.» Ähnlich KOHLER, Konsortium,  
47.

<sup>8</sup> Fester Vorschuss: Die Kreditgeber leihen einem Kreditnehmer für eine bestimmte Zeit Geld aus. Rechtlich entspricht der feste Vorschuss einem Darlehen. Vgl. etwa MAURENBRECHER, Darlehen, 47 ff.; GLANZMANN, Darlehensvertrag, 3 ff.; SCHÄRER/MAURENBRECHER, BSK OR I, Art. 312 N 1 ff.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Nr. 792 ff.

<sup>9</sup> Kontokorrentkredit oder Kredit in laufender Rechnung: Ein Kreditnehmer darf innerhalb eines vorgegebenen, revolvingenden Kreditrahmens jederzeit Geld beziehen und wieder zurückgeben. Die Bezüge bzw. Rückerstattungen werden dem laufenden Kreditkonto, d. h. dem Kontokorrent laufend gutgeschrieben bzw. belastet. Vgl. etwa EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Nr. 537 ff.; NYFFELER/FREY, Finanzmarktlexikon, 675 f. Im Rahmen eines Konsortialkredits werden Kontokorrentkredite in der Regel unter einer sog. Unterkreditlimite («Ancillary Facility») gewährt. Zur Unterkreditlimite siehe hinten Ziff. II.2.d)dd).

<sup>10</sup> Diskontkredit: Ein Kreditnehmer kann den Kreditgebern bis zu einer Diskontlimite Wechsel oder ähnliche Wertpapiere übertragen, die ihre Fälligkeit noch nicht erreicht haben. Die Kreditgeber kaufen die Wertpapier und stellen dem Kreditnehmer durch den Kaufpreis Liquidität zur Verfügung. Für die Zeit von der Übertragung bis zur Fälligkeit des Wertpapiers bezahlt der Kreditnehmer den sog. Diskontsatz. Vgl. etwa EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Nr. 831 ff.; PFENNINGER, Finanzmarktlexikon, 319.

<sup>11</sup> Akzeptkredit: Kreditnehmer gibt Wechsel aus und Kreditgeber akzeptieren, dass diese Wechsel auf sie gezogen sind. Vgl. etwa CHRIST, Darlehensvertrag, 267; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Nr. 838 ff.; BOEMLE ET AL., Finanzmarktlexikon, 30.

oder unbesichert sein. Im Verhältnis zu Forderungen anderer Gläubiger des Kreditnehmers können sie vorrangig («senior»), gleichrangig («*pari passu*») oder nachrangig («junior») ausgestaltet werden. Denkbar ist auch, dass Kredite mit einem sogenannten «Equity Kicker» verbunden werden, wobei der Kreditnehmer den Kreditgebern mit dem Kredit verbundene Wandel («Convertible Loan») oder Optionsrechte («Warrants») gewährt.<sup>13</sup>

#### **bb) Kreditverwendung**

Konsortialkredite können einem Kreditnehmer für verschiedene Zwecke eingeräumt werden. Mögliche Verwendungszwecke sind die Finanzierung des Umlaufvermögens eines Kreditnehmers (Betriebsmittelkredit),<sup>14</sup> die Finanzierung von Investitionen wie etwa bei Akquisitions- oder Projektfinanzierungen,<sup>15</sup> die Deckung des Liquiditätsbedarfs im Vorfeld einer Eigenkapitalfinanzierung oder Anleiheemission (Überbrückungskredit) sowie die Ablösung bestehender Fremdkapitalverbindlichkeiten (Refinanzierungskredit).

---

<sup>12</sup> Kautionskredit: Kreditgeber geben zugunsten des Kreditnehmers Dritten gegenüber Bürgschaften oder Garantien ab. Vgl. etwa EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Nr. 826 ff.; NYFFELER, Finanzmarktlexikon, 646 f. Kautionskredite werden in der Regel entweder unter einer Unterkreditlimite («Ancillary Facility») oder durch eine sog. Fronting Bank gewährt. Werden Kautionskredite durch eine Fronting Bank gewährt, dann stellt diese die Bürgschaften oder Garantien im Aussenverhältnis alleine aus und die übrigen Kreditgeber beteiligen sich im Innenverhältnis nach Massgabe der Höhe ihrer Beteiligungsquote am Risiko der Fronting Bank. Vgl. DIEM, Akquisition, § 33 Rn. 45 ff. Leistet die Fronting Bank unter einer Bürgschaft oder einer Garantie, so stellt sich die Frage, ob sie gegenüber dem Kreditnehmer einen Erstattungsanspruch im Umfang der gesamten Leistung erhält oder ob die Fronting Bank und die risikotragenden Banken je eine Teilforderung im Verhältnis ihrer Beteiligungsquoten gegenüber dem Kreditnehmer erhalten. Mangels abweichender Parteiabrede sind wir der Ansicht, dass die Kreditgeber, inklusive Fronting Bank, eine quotale Teilforderung gegenüber dem Kreditnehmer erhalten, dies in Anwendung des üblicherweise vertraglich vereinbarten Prinzips der Einzelberechtigung der Kreditgeber.

<sup>13</sup> FRICK, Private Equity, 25; MÜLLER, Mezzanine Finance, 22; BOEMLE ET AL., Finanzmarktlexikon, 392.

<sup>14</sup> GSELL, Finanzmarktlexikon, 177 f.

<sup>15</sup> REHM, Projektfinanzierungen, 10 ff.

Obwohl der Verwendungszweck eines Kredits wesentlich für die Kreditprüfung der Kreditgeber ist, schliessen die Kreditgeber im Kreditvertrag regelmässig eine Pflicht aus, die tatsächliche Kreditverwendung zu prüfen<sup>16</sup>.

### cc) **Verschiedene Kreditfazilitäten**

Um die unterschiedlichen Kreditarten und Verwendungszwecke im Rahmen eines Konsortialkredits zu kombinieren, können die Kreditgeber einem Kreditnehmer verschiedene Kreditfazilitäten, -rahmen, -linien oder -limiten («Facilities») gewähren. So ist bei einer Akquisitionsfinanzierung neben dem Akquisitionskredit mit fester Laufzeit (beispielsweise «Facility A») ein revolvingender Betriebsmittelkredit (beispielsweise «Facility B») möglich.<sup>17</sup> Typischerweise sind der Akquisitions- und der Betriebsmittelkredit besichert und vorrangig zu anderen Fremdkapitalverbindlichkeiten des Kreditnehmers. Nachrangige Kredite können als «Junior Facility» unter demselben Kreditvertrag oder als sogenannte «Second Lien-» oder «Mezzanine-Kredite» von anderen Kreditgebern unter einem separaten Kreditvertrag gewährt werden.

### b) **Mehrere Kreditgeber**

Für Konsortialkredite ist begriffswesentlich, dass mehrere Kreditgeber Kredit gewähren.<sup>18</sup> Zu diesem Zweck schliessen sich die Kreditgeber zu einem Konsortium oder Syndikat zusammen. Gemäss herrschender Lehre qualifiziert ein solches Konsortium als einfache Gesellschaft im Sinn von Art. 530 ff. OR.<sup>19</sup> Dabei beteiligt sich jeder Kreditgeber mit einer bestimmten Quote («Beteiligungsquote», «Commitment») am Gesamtkredit.<sup>20</sup> Der maximale Kreditbetrag, mit dem sich ein Kreditgeber am Gesamtkredit beteiligt, entspricht dem Gesamtbetrag des Kredits multipliziert mit seiner Beteiligungsquote.

---

<sup>16</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 3.2 (Monitoring): «No Finance Party is bound to monitor or verify the application of any amount borrowed pursuant to this Agreement.»

<sup>17</sup> DIEM, Akquisition, § 4 Rn. 1 ff.

<sup>18</sup> DIEM, Akquisition, § 30 Rn. 1.

<sup>19</sup> Vgl. die Nachweise hinten in FN 89.

<sup>20</sup> Typischerweise beteiligen sich die Kreditgeber *pro rata* an jedem einzelnen Kredit. Dies ist aber nicht zwingend, d.h. ein Kreditgeber kann sich auch mit unterschiedlichen Beteiligungsquoten an einzelnen Kreditfazilitäten beteiligen.

Eine Mehrzahl von Kreditnehmern ist nicht erforderlich, auch wenn etwa bei Konzernfinanzierungen häufig verschiedene Konzerngesellschaften Kredite unter einem Konsortialkredit beziehen können.

**c) Koordination unter Kreditgebern**

Ein weiteres Begriffselement eines Konsortialkredits ist, dass die Kreditgeber ihr Verhalten gegenüber dem Kreditnehmer koordinieren. Zu diesem Zweck fällen sie verschiedene das Kreditverhältnis betreffende Entscheide gemeinsam. Zudem lassen sie sich gegenüber dem Kreditnehmer durch den Konsortialführer respektive den Agenten vertreten und teilen Erträge aus dem Kreditverhältnis oder einen Verwertungserlös aus Sicherheiten im Verhältnis ihrer Beteiligungsquoten.<sup>21</sup>

**d) Einheitliche Rechtsgrundlage**

**aa) Krediteröffnungsvertrag**

Die Kreditgeber gewähren einen Konsortialkredit auf einheitlicher Rechtsgrundlage, allem voran dem Krediteröffnungsvertrag.<sup>22</sup> Dieser wird von der Lehre mehrheitlich als Rahmenvertrag *sui generis* qualifiziert, der an sich keine unmittelbare Hingabepflicht der Kreditgeber begründet.<sup>23</sup> Der Krediteröffnungsvertrag gibt lediglich die Bedingungen vor, unter denen der Kreditnehmer durch Ausübung eines rechtsbegründenden Gestaltungsrechts Einzelkredite beanspruchen kann.<sup>24</sup> Sind die Bedingungen erfüllt und ruft der Kreditnehmer einen Kredit ab, was in der Praxis durch Einreichung eines sogenannten Ziehungsbegehrens («Utilisation Request») erfolgt, dann lässt der Kreditnehmer dadurch einen neuen, vom Krediteröffnungsvertrag rechtlich getrennt zu betrachtenden Einzelkreditvertrag entstehen.<sup>25</sup> Während der Laufzeit des Krediteröffnungsvertrags und solange eine Kreditlimite nicht ausgeschöpft ist, sind die Kreditgeber zumindest bei revolvingenden Kreditlimiten und vorbehältlich anderweitiger vertraglicher Regelung

---

<sup>21</sup> THALMANN, Finanzmarktlexikon, 664.

<sup>22</sup> Auch Kreditvertrag genannt.

<sup>23</sup> CHRIST, Darlehensvertrag, 265; MAURENBRECHER, Darlehen, 79 ff.; SCHÄRER/MAURENBRECHER, BSK OR I, Art. 312 N 27; DIEM, Akquisition, § 8 Rn. 1 ff.

<sup>24</sup> MAURENBRECHER, Darlehen, 83; SCHÄRER/MAURENBRECHER, BSK OR I, Art. 312 N 28. A.M. BIERI, Kredit, 32, der den Abruf eines Kredits rechtlich als rechtsausfüllendes Gestaltungsrecht qualifiziert.

<sup>25</sup> In der Literatur zum Deutschen Recht wird in diesem Zusammenhang von der Trennungstheorie gesprochen. Vgl. DIEM, Akquisition, § 8 Rn. 10.

verpflichtet, dem Kreditnehmer wiederholt und laufend Kredite nach den Bedingungen des Krediteröffnungsvertrags zu gewähren.

#### **bb) Einzelkreditverträge**

Übt ein Kreditnehmer sein rechtsbegründendes Gestaltungsrecht unter dem Krediteröffnungsvertrag aus und ruft er einen Einzelkredit («Loan») ab, dann lässt er dadurch einen selbständigen Einzelkreditvertrag zwischen ihm und den Kreditgebern entstehen. Dieser Einzelkreditvertrag bildet die einheitliche Rechtsgrundlage, auf der die Kreditgeber einen Kredit unter dem Krediteröffnungsvertrag gewähren.

Die Rechtsnatur des Einzelkreditvertrags hängt von der Art des abgerufenen Kredits ab.<sup>26</sup> Zieht der Kreditnehmer einen festen Vorschuss unter einer Geldkreditlimite, dann lässt er einen Darlehensvertrag im Sinn von Art. 312 ff. OR entstehen;<sup>27</sup> zieht er einen Kredit unter einer Kautionskreditlimite, dann begründet er einen Auftrag nach Art. 394 ff. OR, wonach die Kreditgeber verpflichtet werden, via «Fronting Bank» zu Gunsten des Kreditnehmers gegenüber einem Dritten eine Garantie- oder Bürgschaftsverpflichtung einzugehen.

Unabhängig von der Rechtsnatur des Einzelkreditvertrags werden die Kreditgeber verpflichtet, sich im Umfang ihrer Beteiligungsquote am entsprechenden Kredit zu beteiligen. Die Kreditgeber werden ihrem typischen Geschäftswillen zufolge Teilschuldner unter dem Einzelkreditvertrag.<sup>28</sup> Haben die Kreditgeber den Kredit gewährt und hat beispielsweise bei einem Darlehen jeder Kreditgeber dem Konsortialführer den seiner Beteiligungsquote entsprechenden Darlehensbetrag überwiesen und hat der Konsortialführer den Gesamtbetrag dem Kreditnehmer ausbezahlt, so erwächst jedem Kreditgeber im Umfang seiner Beteiligungsquote eine Teilforderung gegenüber dem Kreditnehmer auf Rückerstattung des entsprechenden Darlehensbetrags.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> SCHÄRER/MAURENBRECHER, BSK OR I, Art. 312 N 29.

<sup>27</sup> Als Darlehen qualifiziert dabei nicht nur der feste Vorschuss, sondern auch der unter einem Kontokorrentkredit ausstehende Betrag; vgl. MAURENBRECHER, Darlehen, 87.

<sup>28</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Nr. 3687 f.

<sup>29</sup> In BGE 113 II 283, E. 5.a, S. 288 f. bestätigt das Bundesgericht das Konzept der Teilgläubigerschaft für Anleiheobligationen. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Nr. 3660, erklären, dass «eine Darlehensschuld in der Weise begründet [wird], dass die Schuld von vornherein in Teilschulden zugunsten zahlreicher Gläubigerinnen zerlegt ist. Jede Teilschuld hat den gleichen Inhalt.» SCHÄRER/MAU-



**cc) Sicherheitenverträge**

Die Kreditgeber gehen mit der Kreditgewährung verschiedene Risiken ein. Vor Abschluss des Kreditvertrags überwiegen Informationsrisiken, zu deren Absicherung sich die Kreditgeber Zusicherungen («Representations and Warranties») einräumen lassen. So muss der Kreditnehmer beispielsweise zusichern, dass die Angaben zu seiner finanziellen Situation richtig sind oder dass ihm mit Ausnahme offengelegter Rechtsstreitigkeiten keine grösseren Prozesse oder Verfahren drohen.<sup>30</sup> Um Risiken aus der Geschäftstätigkeit des Kreditnehmers während der Laufzeit des Kredits eindämmen und kontrollieren zu können, auferlegen die Kreditgeber dem Kreditnehmer zudem fortdauernde Informations- und Verhaltenspflichten («Covenants», «Undertakings»). Der Kreditgeber kann etwa verpflichtet werden, seinen Geschäftsbetrieb nicht zu verändern, nicht zu fusionieren oder gewisse Finanzkennzahlen einzuhalten.<sup>31</sup> Um schliesslich das aus den verschiedenen Risiken resultierende Ausfall- oder Verlustrisiko abzusichern, können die Kreditgeber Personal- oder Realsicherheiten verlangen.<sup>32</sup>

Bei einer Personalsicherheit erhalten die Kreditgeber einen obligatorischen Sicherungsanspruch gegenüber einer Drittpartei. Mit anderen Worten erhalten die Kreditgeber einen obligatorischen Anspruch gegenüber einer weiteren natürlichen oder juristischen Person auf Rückerstattung und Verzinsung des Kredits beziehungsweise auf Ersatz eines Kreditausfalls. Diese Drittpartei kann ihre Verpflichtung gegenüber den Kreditgebern in Form einer Garantie im Sinn von Art. 111 OR, einer Bürgschaft gemäss Art. 492 ff. OR oder einer kumulativen Schuldübernahme eingehen.<sup>33</sup> Treten unter einem Kreditvertrag verschiedene Parteien als Kreditnehmer auf und garantieren sie gegenseitig ihre Leistungspflichten, so wird häufig eine entsprechende Garantieerklärung direkt in den Krediteröffnungsvertrag integriert.<sup>34</sup>

---

RENBRECHER, BSK OR I, Art. 312 N 66c, sprechen in diesem Zusammenhang von einem «Bündel selbständiger Teilforderungen der einzelnen Konsorten».

<sup>30</sup> SCHÄRER/MAURENBRECHER, BSK OR, Art. 316 N 13.

<sup>31</sup> SCHÄRER/MAURENBRECHER, BSK OR, Art. 318 N 20.

<sup>32</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Nr. 969 ff.; HAEBERLI, Konsortialkredite, 356.

<sup>33</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Nr. 1167 ff.

<sup>34</sup> Gewähren Konzerngesellschaften Garantien oder andere Sicherheiten zur Absicherung von Leistungen ihrer Mutter- oder Schwestergesellschaften unter dem Kreditvertrag, sog. Upstream- bzw. Cross-stream-Sicherheiten, so ist dies im Schweizer Recht nur beschränkt möglich. Zur Interzessionsproblematik vgl. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, 183 ff.; AEBI, Interzession, 57 ff.; BANZ, Upstream Securities, 193 ff.; RUSCH, Interzession, 18 ff.; GRÜNENFELDER, Upstream-Sicherheiten, 27 ff.

Dieser Verzicht auf die Abfassung in einem separaten Dokument macht die (abstrakte) Garantie nicht zur (akzessorischen) Bürgschaft. Wird die Garantieerklärung von den Parteien richtig, das heisst im Sinn einer nicht akzessorischen, vom Kreditverhältnis unabhängigen Verpflichtung verstanden und abgefasst, dann spricht unseres Erachtens nichts dagegen, die Garantieerklärung in den Kreditvertrag zu integrieren.<sup>35</sup>

Im Gegensatz zu Personalsicherheiten erhalten die Kreditgeber bei Realsicherheiten keinen obligatorischen Anspruch gegenüber einem weiteren Haftungssubjekt, sondern eine dingliche Berechtigung an einem Haftungsobjekt. Dieses Haftungsobjekt respektive dieser Vermögensgegenstand kann dem Vermögen des Kreditnehmers oder eines Dritten entstammen. Den Kreditgebern kann ein beschränktes dingliches Recht in Form eines Pfandrechts eingeräumt werden oder es kann das dingliche Vollrecht, das heisst das Eigentum an einem Vermögensgegenstand zu Sicherungszwecken auf die Kreditgeber beziehungsweise deren Sicherheitentreuhänder («Security Agent») übertragen werden.<sup>36</sup> Wird eine Realsicherheit an Forderungen bestellt, so kann diese Forderung ebenfalls entweder verpfändet oder verbunden mit einer Sicherungsabrede an die Kreditgeber oder den Sicherheitentreuhänder abgetreten werden. Typischerweise werden Realsicherheiten nicht im Kreditvertrag, sondern in separaten Sicherheitenverträgen geregelt.

Weil die Kreditgeber Teilgläubiger der Forderungen unter den Einzelkreditverträgen sind, verlangt das auf Pfandrechte anwendbare Akzessorietätsprinzip, dass jeder Kreditgeber eine separate Pfandforderung im Umfang seiner jeweiligen Beteiligungsquote erhält.<sup>37</sup> Bestellen die Kreditgeber einen Security Agent, so kann ihm folglich ein Pfandrecht auch nur in dem Umfang gewährt werden, in dem er selbst Gläubiger einer zu besichernden Forderung ist.<sup>38</sup> Darüber hinaus kann ein Security Agent einen Pfandvertrag grundsätzlich nur als direkter Stellvertreter, das heisst handelnd im Namen und für Rechnung der Kreditgeber eingehen.

Damit der Security Agent nicht bloss im Umfang seiner eigenen Forderungen, beispielsweise im Umfang seiner Gebührenforderungen, in eigenem Namen ein Pfandrecht gegenüber dem Kreditnehmer erhält und darüber

---

<sup>35</sup> Gl. A. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Nr. 3929.

<sup>36</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Nr. 970 ff.; ZOBL, BK ZGB, Systematischer Teil Pfandrecht, 413.

<sup>37</sup> HAEBERLI, Konsortialkredite, 359 ff.

<sup>38</sup> HAEBERLI, Konsortialkredite, 362 ff.

hinaus nur als direkter Stellvertreter oder im Fall nicht-akzessorischer Sicherheiten als Sicherheitentreuhänder der Kreditgeber auftreten kann, räumen ihm die Kreditgeber im Krediteröffnungsvertrag zuweilen die Stellung eines Solidargläubigers ein.<sup>39</sup> Dadurch wird der Security Agent Solidargläubiger jeder einzelnen Teilforderung unter den Einzelkreditverträgen. Diese sogenannte «Parallel-Debt-Struktur» bewirkt, dass jede einzelne Teilforderung neben dem entsprechenden Kreditgeber gleichzeitig dem Security Agent zusteht.<sup>40</sup> Im Aussenverhältnis erhält der Security Agent für jede Teilforderung ein selbständiges Forderungsrecht gegenüber dem Kreditnehmer. Dieses parallele, solidarische Forderungsrecht des Security Agenten kann gleich wie die Forderung des jeweiligen Kreditgebers durch ein akzessorisches Pfandrecht besichert werden.

Gerät der Kreditnehmer in Verzug, so sind unseres Erachtens bei einer solchen Parallel-Debt-Struktur mangels anderweitiger Übereinkunft bezüglich jeder einzelnen Teilforderung sowohl der Security Agent als auch der entsprechende Kreditgeber berechtigt, das Pfandrecht zu vollstrecken. Anders wäre es, wenn der Security Agent und die Kreditgeber im Krediteröffnungsvertrag oder in den Sicherheitenverträgen mit dem Kreditnehmer vereinbaren würden, dass die Kreditgeber und der Security Agent in Bezug auf die einzelnen Teilforderungen nicht solidarisch, sondern nachgeordnet berechtigt werden.<sup>41</sup> So könnte vereinbart werden, dass primär der Security Agent oder umgekehrt primär der jeweilige Kreditgeber berechtigt wäre, die Teilforderung einzuziehen beziehungsweise das Pfand zu verwerten. Der nachgeordnete Gläubiger der Teilforderung wäre nur subsidiär, das heisst bei Ausfall oder Passivität des primären Gläubigers, berechtigt, die Teilforderung geltend zu machen oder das Pfand zu verwerten. Unabhängig davon, ob der Security Agent und die Kreditgeber solidarisch oder nachgeordnet an den einzelnen Teilforderungen berechtigt werden, wirkt die Intervention einer berechtigten Partei, beispielsweise durch eine Mahnung, auch zugunsten der anderen berechtigten Partei.<sup>42</sup> Dagegen kann keine der berechtigten Parteien ohne Zustimmung der anderen berechtigten Partei in den Bestand der Forderung eingreifen und deren Inhalt einseitig verändern.

---

<sup>39</sup> Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, *Obligationenrecht*, Nr. 3661 ff.; SCHWENZER, *Obligationenrecht*, N 89.10 ff.

<sup>40</sup> HAEBERLI, *Konsortialkredite*, 361.

<sup>41</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, *Obligationenrecht*, Nr. 3670.

<sup>42</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, *Obligationenrecht*, Nr. 3664.

Im Gegensatz zu akzessorischen Sicherheiten können nicht-akzessorische Sicherheiten vom Security Agent ohne weiteres in eigenem Namen als Treuhänder für die Kreditgeber gehalten und geltend gemacht werden.

#### **dd) Konsortialvertrag**

Weil die Kreditgeber unter dem Krediteröffnungsvertrag, den Einzelkreditverträgen und den Sicherheitenverträgen gemäss üblicher Parteivereinbarung selbständige und voneinander unabhängige Rechte und Pflichten erwerben, die Kreditgeber gegenüber dem Kreditnehmer jedoch einheitlich vorgehen möchten, koordinieren sie die Ausübung ihrer Rechte und Pflichten. Diese Koordination erfolgt im Rahmen des Konsortialvertrags.

Im Konsortialvertrag regeln die Kreditgeber ihr Verhältnis untereinander.<sup>43</sup> Dazu gehört, dass die Kreditgeber ihre Beteiligungsquoten festlegen. Die Kreditgeber sind sodann verpflichtet, sich bis zum Erreichen einer Kreditlimite im Verhältnis ihrer Beteiligungsquoten an jedem einzelnen Kredit zu beteiligen.<sup>44</sup> Weiter verpflichten sich die Kreditgeber, wesentliche kreditbezogenen Massnahmen nur aufgrund eines gemeinsamen Beschlusses zu ergreifen. Zu diesen Massnahmen gehören etwa die Erklärung der Kreditgeber, dass sie auf die Einhaltung gewisser Kreditbedingungen verzichten («Waiver»), sowie die Kündigung des Krediteröffnungsvertrags oder einzelner Kredite bei Verzug («Event of Default») des Kreditnehmers.

Um das gemeinsame Vorgehen zu koordinieren, regeln die Kreditgeber die Beschlussfassung, Beschlussfähigkeit und Beschlussmehrheiten. Typischerweise werden Beschlüsse mit einer zwei Drittels-Mehrheit gefällt. Die Ausnahme bildet ein Katalog wichtiger Beschlüsse, die einstimmig gefällt werden müssen. Die Mehrheit bemisst sich nicht nach der Anzahl Kreditgeber, sondern nach den Beteiligungsquoten der Kreditgeber.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> FRANCIONI, *Konsortialverträge*, 100 ff.; MALACRIDA, *Konsortialvertrag*, 201 ff.; MEDCALF/ONG, *Syndicated Lending*, 325 ff.

<sup>44</sup> Ausgenommen von der Rechtspflicht sind sog. Unterkreditlinien («Ancillary Facilities»), welche Kreditgeber dem Kreditnehmer auf bilateraler Basis, aber unter Anrechnung auf ihr Commitment nach dem Kreditvertrag (und regelmässig auch unter Vereinbarung eines Salden- oder gar Verlustausgleichs mit den unter dem Kreditvertrag gewährten Krediten) gewähren können. Vgl. DIEM, *Akquisition*, § 5 Rn. 26 ff.

<sup>45</sup> Vgl. Definition «Majority Lenders» im LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement: «Majority Lenders means: (a) if there are no Loans then outstanding, a Lender or Lenders whose Commitments aggregate more than 66⅔ % of the Total Commitments (or, if the Total Commitments have been reduced to zero, aggregated more than 66⅔ % of the Total Commitments immediately prior to the re-

Die Konsortialbestimmungen können in einen eigenständigen Vertrag zwischen den Kreditgebern oder direkt in den Kreditvertrag aufgenommen werden.<sup>46</sup> Die Loan Market Association sieht in ihren Standardvertragsdokumenten vor, dass die Konsortialbestimmungen unter den Kreditgebern direkt in den Kreditvertrag integriert werden.<sup>47</sup> Diese Praxis scheint sich auch in der Schweiz durchzusetzen. Wird der Konsortialvertrag in den Kreditvertrag integriert, so erhalten Bestimmungen wie beispielsweise die Regelung der Vertretungsbefugnis des Agenten, welche die Rechtsstellung des Kreditnehmers betreffen, Aussenwirkung. Umgekehrt kann sich der Kreditnehmer nicht auf Konsortialbestimmungen berufen, die rein das Verhältnis unter den Kreditgebern betreffen wie beispielsweise Bestimmungen über die Beschlussfassung unter den Kreditnehmern. Schliesslich müssen die Kreditgeber vertraglich sicherstellen, dass sie Bestimmungen, welche die Rechtsstellung des Kreditnehmers nicht berühren, trotz Integration in den Kreditvertrag ohne Zustimmung des Kreditnehmers ändern oder ergänzen können.

**e) Verwaltung und Vertretung durch den Konsortialführer**

Um die Einheitlichkeit des Handelns der Kreditgeber gegenüber dem Kreditnehmer sicherzustellen, koordinieren sich die Kreditgeber nicht nur untereinander, sondern lassen sich durch den Konsortialführer gegenüber dem Kreditnehmer auch einheitlich vertreten. Üblich, aber nicht zwingend ist, dass derjenige Kreditgeber (oder eine seiner Konzerngesellschaften) als Konsortialführer respektive Agent auftritt, der schon als Arrangeur («Arranger») handelte oder sich mit der grössten Quote am Kredit beteiligt.<sup>48</sup>

Zum Zweck der einheitlichen Verwaltung und Vertretung übertragen die Kreditgeber die Geschäftsführungsbefugnis im Konsortialvertrag gemäss Art. 535 Abs. 1 OR auf den Agenten. Dadurch wird der Agent berechtigt, sämtliche Handlungen vorzunehmen, die zum gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte des Konsortiums gehören.<sup>49</sup> Grundsätzlich be-

---

duction); or (b) at any other time, a Lender or Lenders whose participations in the Loans then outstanding aggregate more than 66⅔ % of all the Loans then outstanding.»

<sup>46</sup> HAEBERLI, Konsortialkredite, 357.

<sup>47</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Version April 2009.

<sup>48</sup> DIEM, Akquisition, § 32 Rn. 1. Denkbar ist auch, dass die Hausbank des Kreditnehmers oder eine ihrer Konzerngesellschaften die Agentenfunktion übernimmt, selbst wenn die Hausbank nur mit einer kleineren Quote am Kredit beteiligt ist.

<sup>49</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 535 N 192 ff.

trifft die Geschäftsführungsbefugnis nach Art. 535 OR nur die Besorgung der Geschäfte im Innenverhältnis unter den Mitgliedern des Konsortiums.<sup>50</sup>

Weil jedoch Art. 543 Abs. 3 OR die gesetzliche Vermutung aufstellt, dass ein Gesellschafter, dem die Geschäftsführung überlassen wurde, auch im Aussenverhältnis zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt ist, sind die Kreditgeber in der Regel interessiert, den Umfang der Vertretungsbefugnis zu regeln und den Umfang der Vertretungsmacht des Agenten mit Wirkung gegenüber dem Kreditnehmer genauer zu umschreiben. Betreffend Vertretungsbefugnis legen die Kreditgeber häufig, dass der Agent keinerlei Ermessen haben soll und er strikt nach den Weisungen der Kreditgeber zu handeln hat.<sup>51</sup> Sobald eine Rechtshandlung von dieser eingeschränkten Vertretungsbefugnis nicht mehr erfasst ist, muss der Agent die Kreditgeber um Weisungen angehen. Dadurch stellen die Kreditgeber sicher, dass der Agent in ihrem Interesse handelt.

Einschränkungen der Vertretungsmacht können die Kreditgeber dem Kreditnehmer nur dann entgegenhalten, wenn der Kreditnehmer diese Einschränkungen vorab zur Kenntnis genommen hat oder zur Kenntnis hätte nehmen müssen.<sup>52</sup> Obwohl sich die vermutete Vertretungsmacht des Agenten von vornherein nur auf Rechtshandlungen bezieht, die im Rahmen des gewöhnlichen Betriebs der gemeinschaftlichen Geschäfte anfallen, und aussergewöhnliche Geschäfte von der Vertretungsmacht des Agenten nicht erfasst sind<sup>53</sup>, können die Kreditgeber ein Interesse haben, die Vertretungsmacht des Agenten im Kreditvertrag und mit Wirkung gegenüber dem Kreditnehmer zu beschränken. So findet sich in den Krediteröffnungsverträgen häufig die Einschränkung, dass der Agent nicht berechtigt ist, die Kreditgeber in Gerichts- oder Schiedsverfahren zu vertreten, es sei denn, diese hätten vorgängig zugestimmt.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR, Art. 534-535 N 142 ff.

<sup>51</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 26.2 (Duties of the Agent): «(f) The Agent's duties under the Finance Documents are solely mechanical and administrative in nature.»

<sup>52</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 543 N 162 ff. m.w.H.

<sup>53</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 543 N 200; HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR, Art. 543 N 55.

<sup>54</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 26.7 (Majority Lenders' instructions): «(e) The agent is not authorised to act on behalf of a Lender (without first obtaining that Lender's consent) in any legal or arbitration proceedings relating to any Finance Document.»

Zu den typischen Handlungen eines Agenten gehören: die Entgegennahme von Ziehungsbegehren des Kreditnehmers, die Prüfung von Freigabebedingungen, die Weiterleitung von Informationen des Kreditnehmers an die Kreditgeber, die Zinsfestsetzung, die Überprüfung der Einhaltung von Kreditauflagen («Covenants»), die Entgegennahme von Rück- und Zinszahlungen, die Führung der Kreditrechnung, die Information der Kreditgeber über Vertragsverletzungen des Kreditnehmers, von denen der Agent in seiner Funktion als Agent erfahren hat, die Herbei- und Ausführung von Beschlüssen der Kreditgeber und, bei Bedarf, die Koordination weitergehender Verhandlungen zwischen dem Kreditnehmer und den Kreditgebern.

Obwohl die Bank oder das Finanzinstitut, das die Agentenfunktion übernimmt, häufig auch bereits als Arrangeur agierte, sind die beiden Funktionen zu unterscheiden. Der Kreditnehmer beauftragt den Arrangeur am Anfang des Finanzierungsprozesses, das Kreditverhältnis zu strukturieren und ein Konsortium zusammenzustellen.<sup>55</sup> Das Rechtsverhältnis zum Arrangeur ist unseres Erachtens als gemischter Vertrag zu qualifizieren. Bezüglich der Strukturierung des Kredits und der Ausarbeitung der Kreditdokumentation überwiegen auftragsrechtliche Elemente und hinsichtlich der Zusammenstellung des Konsortiums agiert der Arrangeur als Vermittlungsmäkler im Sinn von Art. 412 ff. OR. In jedem Fall hat der Arrangeur grundsätzlich im Interesse des Kreditnehmers zu handeln.<sup>56</sup> Interessenkonflikte sind jedoch kaum zu vermeiden und entstehen dadurch, dass der Arrangeur die Kreditkonditionen mit dem Kreditnehmer mit Blick auf die Syndizierung festlegt, wobei der Arrangeur ein Interesse hat, dass die Kreditkonditionen dergestalt sind, dass die Syndizierung möglichst erfolgreich verläuft. Wird der Arrangeur selbst auch Kreditgeber, so liegt ein Selbsteintritt vor.<sup>57</sup> Doppelmäkelei und Selbsteintritt des Mäklers sind nicht untersagt, Artikel 415 OR verlangt jedoch, dass sich der Mäkler nicht wider Treu und Glauben verhält. Dazu gehört, dass er Interessenkonflikte offengelegt, was ein Arrangeur regelmässig im Mandatsbrief tut.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> DIEM, Akquisition, § 2 Rn. 2; LEOUZON/GILLAM, Syndicated Lending, 126.

<sup>56</sup> AMMANN, BSK OR I, Art. 412 N 8.

<sup>57</sup> AMMANN, BSK OR I, Art. 415 N 5.

<sup>58</sup> Zum Mandatsbrief vgl. hinten Ziff. III.5.b).

### 3. Zweck des Konsortialkredits

#### a) Kreditgebersicht

Konsortialkredite erlauben Kreditgebern, kommerzielle Grosskredite zu gewähren, welche die einzelnen Kreditgeber je alleine nicht aufbringen möchten oder können. Aus Risikoüberlegungen sind Kreditgeber interessiert, das Kreditrisiko auf eine Vielzahl von Gegenparteien aufzuteilen und ihr Kreditportfolio zu diversifizieren.<sup>59</sup>

Ein weiterer Grund für die koordinierte Kreditgewährung liegt darin, dass die Kreditgeber Transaktionskosten der Kreditgewährung reduzieren können, weil sie den Aufwand der Grundlagenarbeit für die Kreditanalyse<sup>60</sup>, der Strukturierung der Kreditfinanzierung, der Administration des Kredits, der Begleitung des Kreditnehmers während der Kreditdauer sowie der Einziehung des Kredits oder allenfalls der Verwertung von Sicherheiten nicht alleine tragen müssen, sondern zusammen mit dem Konsorten auf einen Arrangeur beziehungsweise Agenten übertragen können. Im Vergleich zu Einzelkrediten verringert sich damit für den einzelnen Kreditgeber auch der Aufwand für das «Monitoring» der anderen Kreditgeber.

Gerät der Kreditnehmer in finanzielle Schwierigkeiten, ist es zudem hilfreich, wenn die verschiedenen Kreditgeber bereits durch einen Konsortialvertrag verbunden sind und gewisse Entscheide mit einem Mehrheitsbeschluss gefällt werden können.

#### b) Kreditnehmersicht

Die Syndizierung eines Kredits dient nicht nur den Kreditgebern, sondern ist auch für den Kreditnehmer vorteilhaft.

---

<sup>59</sup> Vgl. auch Art. 83 Abs. 1 der Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effekthändler (Eigenmittelverordnung, ERV, SR 952.03) betr. Klumpenrisiken. Als Klumpenrisiken gelten Gesamtpositionen gegenüber einer Gegenpartei oder einer Gruppe verbundener Gegenparteien, die 10 % der anrechenbaren Eigenmittel der Bank erreichen oder überschreiten.

<sup>60</sup> Der Zweck eines Konsortialkredits liegt aber nicht darin, dass die Kreditgeber die Kreditanalyse gemeinsam machen oder sich auf die Kreditanalyse des Arrangeurs oder des Agenten abstützen. Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 26.14 (Credit appraisal by the Lenders): «[...] each Lender confirms to the Agent and the Arranger that it has been, and will continue to be, solely responsible for making its own independent appraisal and investigation of all risks arising under or in connection with any Finance Document [...].»



- Zunächst ermöglicht die Syndizierung dem Kreditnehmer, tendenziell einen höheren Kreditbetrag zu erhalten. Weil Banken sich ungern parallel zu einem anderen Finanzinstitut mit einem substantiellen Betrag bei demselben Unternehmen engagieren, ist es für einen Kreditnehmer in der Regel einfacher, beispielsweise einen syndizierten Kredit über CHF 500 Mio. zu erhalten als zwei Einzelkredite zu je CHF 250 Mio. Dies gilt umso mehr, als es die Struktur des Konsortialkredits erlaubt, dass die bestehenden Hausbanken des Kreditnehmers das Konsortium anführen oder diesem beitreten.
- Zudem reduziert ein Konsortialkredit nicht nur die Transaktionskosten der Kreditgeber, sondern regelmässig auch diejenigen des Kreditnehmers, weil er bei grösserem Kapitalbedarf nicht mehrere Einzelkredite mit verschiedenen Kreditgebern aushandeln muss, sondern mit dem Arrangeur, der die Kreditfinanzierung strukturiert und das Konsortium zusammenstellt, nur einmal Kreditverhandlungen zu führen hat.
- Weiter führt die Syndizierung auch für den Kreditnehmer zu Diversifikationsvorteilen, weil er sein Gegenparteirisiko, das in einem möglichen Ausfall eines Kreditgebers besteht, auf verschiedene Kreditinstitute aufteilen kann.
- Schliesslich vereinfachen Konsortialkredite häufig eine Refinanzierung des Kredits oder eine Restrukturierung des Kreditnehmers, weil die betreffenden Kreditgeber gegenüber dem Kreditnehmer dieselben Rechte haben und sich aufgrund des Konsortialvertrags zu einem koordinierten Vorgehen verpflichten. Stünden die Kreditgeber in rein bilateralen, unabhängigen Kreditverhältnissen zum Kreditnehmer, wäre die Gefahr eigennützigem Vorgehens einzelner Kreditgeber grösser.

### **III. Syndizierung**

#### **1. Begriff**

Unter Syndizierung ist die Zusammenstellung des Konsortiums vor Abschluss des Kreditvertrags beziehungsweise die teilweise oder vollständige Übertragung von Kreditbeteiligungen auf andere Kreditgeber nach Vertragsabschluss zu verstehen.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> DIEM, Akquisition, § 33 Rn. 1 ff.

## 2. Abgrenzungen

### a) Unterbeteiligung

Die Unterbeteiligung an einem rein bilateralen Kreditvertrag unterscheidet sich von der Beteiligung an einem Konsortialkredit dadurch, dass bei einem rein bilateralen Kreditvertrag nur ein einziger Kreditgeber gegenüber dem Kreditnehmer handelt. Dieser Kreditgeber schliesst den Krediteröffnungsvertrag, Einzelkreditverträge sowie allfällige Sicherheitenverträge in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ab.<sup>62</sup> Die unterbeteiligten Dritten stehen gemäss Art. 542 Abs. 2 OR in keinem direkten Rechtsverhältnis zum Kreditnehmer und haben lediglich obligatorische Ansprüche gegenüber dem hauptbeteiligten Kreditgeber. Ist für den Kreditnehmer nicht ersichtlich, dass der hauptbeteiligte Kreditgeber Unterbeteiligungen gewährt, so spricht man von einer «stillen Unterbeteiligung».<sup>63</sup>

Unterbeteiligungen sind nicht nur an bilateralen Krediten möglich, sondern auch an Konsortialkrediten. In einem solchen Fall tritt der unterbeteiligte Dritte weder in ein Rechtsverhältnis zum Kreditnehmer, noch wird er Mitglied des Konsortiums.<sup>64</sup> Die Unterbeteiligung begründet einzig ein Rechtsverhältnis zwischen dem hauptbeteiligten Mitglied des Konsortiums und dem unterbeteiligten Dritten.

### b) Club Deal

Ein «Club Deal» ist eine Sonderform des Konsortialkredits. Von einem Club Deal spricht man dann, wenn ein Konsortium aus einer kleineren Anzahl Kreditgeber besteht, das Konsortium bereits bei Abschluss des Kreditvertrags (meistens unter Mitsprache des Kreditnehmers) zusammengestellt wurde und die Kreditgeber nicht beabsichtigen, den Kredit nach Abschluss des Kreditvertrags sekundär zu syndizieren.<sup>65</sup> Nicht selten haben die Kreditgeber vorbestehende Bank- oder andere Geschäftsbeziehungen zum Kreditnehmer und der Kreditnehmer selbst bestimmt oder beeinflusst die Zusammenstellung des Konsortiums.

---

<sup>62</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Nr. 743; HAEBERLI, Konsortialkredite, 356 f.

<sup>63</sup> LÖLINGER, Unterbeteiligungen, 29 f.

<sup>64</sup> BOVET, syndicat, 68 ff.; FRANCONI, Konsortialverträge, 14 ff.; KOHLER, Konsortium, 113 ff.; SCHÄRER/MAURENBRECHER, BSK OR I, Art. 312 N 66b.

<sup>65</sup> BOVET, syndicat, 28; DIEM, Akquisition, § 30 Rn. 3; LEOUZON/GILLAM, Syndicated Lending, 119 f.; STRAUB, Finanzmarktlexikon, 1016.

### 3. Primärsyndizierung und Sekundärsyndizierung

Der Syndizierungsprozess lässt sich in zwei Phasen unterteilen: die Primärsyndizierung («Primary Syndication») und die Sekundärsyndizierung («Secondary Syndication»).<sup>66</sup> Die Primärsyndizierung kann wiederum unterteilt werden in die Syndizierungsphase vor und die -phase nach Abschluss des Kreditvertrags. Diesen Teilphasen der Primärsyndizierung ist gemeinsam, dass die Syndizierung durch den Arrangeur in der Funktion des sogenannten «Bookrunners» und nicht durch die übrigen Mitglieder des Konsortiums vorgenommen wird. Die Phase der Primärsyndizierung ist abgeschlossen, sobald der Arrangeur das Konsortium vor Abschluss des Kreditvertrags vollständig zusammengestellt hat, oder wenn er nach Vertragsabschluss Kreditbeteiligungen in dem von ihm mit dem Kreditnehmer vereinbarten Umfang auf weitere Kreditgeber übertragen hat.

Anschliessend beginnt die Phase der Sekundärsyndizierung. In dieser Phase sind sämtliche Mitglieder des Kreditkonsortiums berechtigt, ihre Kreditbeteiligungen gemäss den Vorgaben im Kredit- oder Konsortialvertrag ganz oder teilweise auf Dritte zu übertragen.

### 4. Underwritten Deals und Best Effort Deals

Der Arrangeur beginnt die Primärsyndizierung damit, dass er ausgewählte Investoren und Finanzinstitute kontaktiert, die an einer Beteiligung am Konsortialkredit interessiert sein könnten («Market Sounding»).<sup>67</sup> Der Arrangeur erklärt die wesentlichen Bedingungen der angestrebten Kreditfinanzierung und erfragt, zu welchem Preis beziehungsweise zu welcher Zinsmarge die Investoren oder Finanzinstitute an einer Kreditbeteiligung interessiert sein würden. Damit der Arrangeur ein Market Sounding durchführen kann, muss ihn der Kreditnehmer vorgängig von seiner Geheimhaltungspflicht entbinden.

Je nach Resonanz kann der Arrangeur (oder – insbesondere bei Grosskrediten – eine Mehrzahl von Arrangeuren) den gesamten vom Kreditnehmer angestrebten Kreditbetrag selbst übernehmen und erst nach Vertragsabschluss Teile der Kreditbeteiligung auf Dritte übertragen («Underwritten Deal») oder er verpflichtet sich, nach besten Kräften zu versuchen, bereits vor Abschluss des Kreditvertrags ein Kreditkonsortium zusammenzustellen

---

<sup>66</sup> DIEM, Akquisition, § 33 Rn. 4 ff.

<sup>67</sup> DIEM, Akquisition, § 2 Rn. 57.

(«Best Effort Deal»)<sup>68</sup> Bei einem Underwritten Deal übernimmt der Arrangeur in der Funktion des sogenannten «Underwriters» das Platzierungsrisiko, wofür er sich mit einer höheren Gebühr entschädigen lässt.

## 5. Dokumentation

Die Dokumentation eines Konsortialkredits besteht aus einer Reihe sorgfältig aufeinander abgestimmter Dokumente, die insbesondere im Rahmen der LMA-Dokumentation weitgehend standardisiert sind. Wesentlich sind folgende Dokumente:

### a) Term Sheet

Das Term Sheet steht am Anfang einer Konsortialkreditfinanzierung. Im Term Sheet werden stichwortartig, aber nicht vertragsfertig, die zwischen dem Kreditnehmer und dem Arrangeur verhandelten wichtigsten Bedingungen der Kreditgewährung aufgeführt. Dazu gehören der Kreditbetrag, die Unterteilung des Betrags in verschiedene Kreditfazilitäten, der Zweck, die Freigabebedingungen, die Verfügbarkeit und Laufzeit des Kredits, der Zins, die Rückzahlungsmechanismen, die Gewährleistungen und Kreditauflagen, sowie die Verzugsfälle und die vorzeitigen Kündigungsmöglichkeiten.<sup>69</sup>

Das Term Sheet ist, auch wenn es häufig unterschrieben wird, in der Regel bloss indikativer Natur und steht unter dem (expliziten oder impliziten) Vorbehalt der Aushandlung und des Abschlusses der rechtsverbindlichen Kreditdokumente. Soweit das Term Sheet nicht als sogenannter «Commitment Letter» ausgestattet ist, stellt es deshalb auch keinen Vorvertrag zum Abschluss eines Kreditvertrags dar.<sup>70</sup> Neben den Kreditbedingungen, die nach dem Gesagten mangels anderer Übereinkunft der Parteien als unverbindliche Absichtserklärungen zu verstehen sind, enthält das Term Sheet auch rechtsverbindliche Bestimmungen. Dazu zählen allfällige Exklusivitätsvereinbarungen, Vereinbarungen über Kostenfolgen sowie oftmals eine Rechtswahl und Gerichtsstandsklausel. Weil das Term Sheet auch weiteren Mitgliedern eines Konsortiums offengelegt wird, werden

---

<sup>68</sup> STRAUB, Finanzmarktlexikon, 1016; LEOUZON/GILLAM, Syndicated Lending, 121 ff.

<sup>69</sup> Vgl. LMA Standard Term Sheet.

<sup>70</sup> Entsprechend wird im Term Sheet als Bedingung für die Kreditgewährung neben der Aushandlung und dem Abschluss der Kreditdokumente häufig die Erteilung der notwendigen bankinternen Bewilligungen vorbehalten.

Arrangement- und Underwriting-Gebühren in der Regel nicht im Term Sheet, sondern im Mandate Letter oder einem separaten Fee Letter geregelt.<sup>71</sup>

## b) Mandate Letter

Im Mandatsbrief («Mandate Letter») lässt sich der Arrangeur vom Kreditnehmer beauftragen, einen Kredit entweder fest zu übernehmen oder auf Best-Effort-Basis zu platzieren.<sup>72</sup> Im Mandatsbrief (oder im Term Sheet) finden sich mitunter sogenannte «Clear Market»- und «Market Flex»-Klauseln. Aufgrund der Clear-Market-Klausel verpflichtet sich der Kreditnehmer, bis zum Abschluss der Primärsyndizierung von keinem Dritten Fremdkapital aufzunehmen, sei es in Form von Krediten oder über den Kapitalmarkt.<sup>73</sup> Der Zweck dieser Bestimmung ist es, die Syndizierung durch den Arrangeur nicht dadurch zu erschweren, dass der Kreditgeber unter Umständen dieselben Investoren oder Finanzinstitute wie der Arrangeur mit Finanzierungsanfragen angeht. Aus Sicht des Kreditnehmers ist es wichtig, die Clear-Market-Klausel nicht zu eng zu fassen und beispielsweise bereits geplante anderweitige Finanzierungen, kleinere Kredite im Tagesgeschäft oder Finanzierungen durch andere Gruppengesellschaften auszunehmen.<sup>74</sup>

Die Market-Flex-Klausel kommt vor allem bei sogenannten «Underwritten Deals» vor, bei denen der Arrangeur das Platzierungsrisiko übernimmt. Diese Bestimmung erlaubt dem Arrangeur, die Kreditbedingungen einseitig zu Ungunsten des Kreditnehmers zu ändern, wenn er dies für eine erfolgreiche Syndizierung für notwendig hält.<sup>75</sup> Im Zusammenhang mit solchen Klauseln ist genau festzulegen, wann der Arrangeur die Market-Flex-Klausel bemühen darf, das heißt wann eine Syndizierung als erfolgreich zu gelten hat und wann nicht. Weiter ist zu regeln, in welchem Umfang der Arrangeur gegebenenfalls zur Anpassung der Kreditkonditionen ermächtigt wird. Üblich ist, dass der Arrangeur die Zinsmarge beispielsweise um 0.25 % erhöhen darf («Pricing Flex»), die Aufteilung des Kredits in verschiedene Kreditfazilitäten anpassen kann («Structure Flex») oder dass er gewisse

<sup>71</sup> DIEM, Akquisition, § 2 Rn. 32; SCARCLIFFE, Syndicated Lending, 102 f.

<sup>72</sup> Die LMA stellt Standard Mandatsbriefe für Underwritten Deals und für Best Effort Deals zur Verfügung.

<sup>73</sup> DIEM, Akquisition, § 2 Rn. 37; SCARCLIFFE, Syndicated Lending, 104.

<sup>74</sup> SCARCLIFFE, Syndicated Lending, 104 f.

<sup>75</sup> DIEM, Akquisition, § 2 Rn. 38; SCARCLIFFE, Syndicated Lending, 110 f.; LEOUZON/GILLAM, Syndicated Lending, 146 ff.

Auflagen ergänzen darf («Covenant Flex»<sup>76</sup>). Die Reduktion des Kreditbetrags ist dem Arrangeur in der Regel nicht erlaubt.<sup>77</sup>

Umgekehrt können die Parteien eine «Reverse Flex»-Klausel in den Mandatsbrief aufnehmen. Diese Bestimmung verpflichtet den Arrangeur, die Zinsmarge zu reduzieren, wenn das Interesse der angesprochenen Kreditgeber das Angebot an Kreditbeteiligungen erheblich übersteigt.<sup>78</sup>

Im Übrigen ist die allfällige Verpflichtung des Arrangeurs, einen fest übernommenen Kredit zu syndizieren, regelmässig auflösend bedingt. Der Arrangeur kann seine Verpflichtung davon abhängig machen, dass die Kreditdokumentation gemäss den Vorgaben im Term Sheet bis zu einem bestimmten Zeitpunkt unterschriftsbereit vorliegt, dass der Kreditausschuss («Credit Committee») des Arrangeurs den Kredit bewilligt, dass eine Due-Diligence-Prüfung des Arrangeurs zu seiner Zufriedenheit ausfällt, dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse («Business Material Adverse Change», «Business MAC») oder das Marktumfeld des Kreditnehmers («Market Material Adverse Change», «Market MAC») nicht wesentlich verschlechtern.<sup>79</sup>

### c) Information Memorandum

Als Informationsdokument zuhanden interessierter Investoren oder Finanzinstitute erstellt der Kreditnehmer unter Anleitung des Arrangeurs oftmals ein sogenanntes «Information Memorandum» («Information Memorandum» oder «Bank Book»<sup>80</sup>). Zusätzlich zur Beschreibung der Kreditfinanzierung enthält es eine historische Darstellung der wirtschaftlichen und finanziellen Situation des Kreditnehmers sowie eine Entwicklungsprognose in Form von Budgets oder Businessplänen.<sup>81</sup> Obwohl das Information Memorandum un-

---

<sup>76</sup> LEOUZON/GILLAM, *Syndicated Lending*, 147 f.

<sup>77</sup> Insbesondere bei Akquisitionsfinanzierungen kann ein sog. «Financing Out» vorgesehen werden. Darunter ist die Möglichkeit des Arrangeurs zu verstehen, den Kreditbetrag zu reduzieren oder die Finanzierung abzubrechen, wenn es ihm nicht gelingt, einen bestimmten Mindestbetrag des Kredits zu syndizieren.

<sup>78</sup> DIEM, *Akquisition*, § 2 Rn. 40; SCARCLIFFE, *Syndicated Lending*, 110.

<sup>79</sup> DIEM, *Akquisition*, § 2 Rn. 26; SCARCLIFFE, *Syndicated Lending*, 107 ff.

<sup>80</sup> LEOUZON/GILLAM, *Syndicated Lending*, 138 ff. Vgl. LMA Standard Mandate Letter, Joint Arrangers – Best Efforts, Clause 8.2 (Syndication): «The Company shall [...] give any assistance which the Mandated Lead Arrangers reasonably require in relation to Syndication including, but not limited to: the preparation, with the assistance of the Mandated Lead Arrangers, of an information memorandum [...].»

<sup>81</sup> STRAUB, *Finanzmarktlexikon*, 1016; DIEM, *Akquisition*, § 2 Rn. 59; SCARCLIFFE, *Syndicated Lending*, 111 ff.

ter Mithilfe des Arrangeurs erstellt wird, lehnt dieser die Verantwortung für Vollständigkeit und Richtigkeit der im Memorandum enthaltenen Information regelmässig ab. Vielmehr hat der Kreditnehmer im Krediteröffnungsvertrag zu gewährleisten («Representation»), dass die wesentlichen Informationen im Information Memorandum vollständig und richtig sind.<sup>82</sup>

Das Information Memorandum gilt nicht als Prospekt und kann folglich auch keine Prospekthaftung nach Art. 752 OR auslösen. Eine Prospektspflicht und die zugehörige Haftung entsteht nur dann, wenn ein Informationsdokument funktional im Zusammenhang mit der Emission von Effekten steht.<sup>83</sup> Weil es sich bei Kreditbeteiligungen nicht um marktfähige Finanzprodukte im Sinn des Effektenbegriffs nach Art. 2 lit. a BEHG handelt, ist bei Fehlinformationen im Information Memorandum lediglich eine Haftung aufgrund Verletzung entsprechender Aufklärungspflichten denkbar.

#### **d) Invitation Letter und Confidentiality Agreement**

Der Arrangeur stellt Investoren und Finanzinstituten, die er als potentielle Kreditgeber sieht, eine Einladung («Invitation Letter») zur Prüfung einer Kreditbeteiligung zu. Rechtlich handelt es sich dabei um eine Einladung zur Offertstellung.<sup>84</sup> Zusammen mit der Einladung erhalten die potentiellen Kreditgeber eine Vertraulichkeitserklärung («Confidentiality Agreement»). Sobald sie diese unterzeichnet haben, erhalten sie vom Arrangeur das Information Memorandum zusammen mit dem Term Sheet zugestellt. Basierend auf diesen Unterlagen entscheiden sich die potentiellen Investoren und Finanzinstitute, ob sie sich am Konsortialkredit beteiligen wollen. Falls ja, geben sie dem Arrangeur bekannt bis zu welchem Betrag sie maximal am Kredit partizipieren möchten. Für den Fall, dass die beim Arrangeur eingehenden Offerten den zu syndizierenden Kreditbetrag übersteigen, behält sich der Arrangeur im Regelfall bereits im Einladungsschreiben vor, die Offerten nach Ermessen zu kürzen.

---

<sup>82</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 19.10 (No misleading information): «(a) Any factual information provided by any member of the Group for the purposes of the Information Memorandum was true and accurate in all material respects as at the date it was provided or as at the date (if any) at which it is stated. [...]»

<sup>83</sup> WATTER/NOTH, BSK OR II, Art. 752 N 4; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Nr. 21 ff.

<sup>84</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Nr. 369 ff.; DIEM, Akquisition, § 2 Rn. 58.

Alternativ kann der Arrangeur ein Bookbuilding-Verfahren durchführen.<sup>85</sup> Dies setzt voraus, dass sich der Arrangeur vorab mit dem Kreditnehmer auf eine Preisspanne, das heisst eine Spanne zwischen einer minimalen und einer maximalen Zinsmarge, einigt, innerhalb derer der Kredit platziert werden soll. Die Investoren und Finanzinstitute werden sodann nicht nur eingeladen, ihre maximal angestrebte Kreditbeteiligung, sondern auch die von ihnen erwartete Zinsmarge anzugeben.

**e) Front-Running Letter**

Sofern eine entsprechende Verpflichtung nicht bereits im Confidentiality Agreement integriert ist, können sich die Mitglieder des Konsortiums in einem sogenannten «Front-Running Letter» separat gegenüber dem Arrangeur verpflichten, eigene Syndizierungsbemühungen erst nach Abschluss der Primärsyndizierung zu beginnen.<sup>86</sup> Ausgeschlossen wird nicht nur, dass ein Kreditgeber vorzeitig seine Kreditbeteiligung auf einen Dritten überträgt, sondern auch, dass ein Kreditgeber mit Dritten Gespräche über einen möglichen Beteiligungserwerb aufnimmt, verbindliche oder indikative Verkaufspreise nennt oder einem Dritten Optionsrechte zum Erwerb einer Kreditbeteiligung einräumt.<sup>87</sup>

## **IV. Ausgewählte Aspekte des Aussenverhältnisses**

Wie allgemein im Recht der Personengesellschaften ist auch bei Konsortialkrediten zwischen dem Innenverhältnis unter den Kreditgebern als Mitglieder des Konsortiums und dem Aussenverhältnis des Konsortiums gegenüber dem Kreditnehmer zu unterscheiden. Nachfolgend werden zuerst einige rechtliche Aspekte im Aussenverhältnis des Konsortiums dargestellt.

### **1. Rechtsform und Struktur des Konsortiums**

**a) Normalfall**

Bei einem Kreditkonsortium handelt es sich um eine vertraglich begründete Personenvereinigung, die den gemeinsamen Zweck verfolgt, einen Grosskredit zu gewähren, das Vorgehen gegenüber dem Kreditnehmer zu koor-

---

<sup>85</sup> LEOUZON/GILLAM, *Syndicated Lending*, 125.

<sup>86</sup> SCARCLIFFE, *Syndicated Lending*, 105 f.

<sup>87</sup> Vgl. Standard LMA Front Running Letter.



dinieren und die Rückerstattung sicherzustellen.<sup>88</sup> Kreditkonsortien werden deshalb von der herrschenden Lehre als einfache Gesellschaften im Sinn von Art. 530 OR qualifiziert.<sup>89</sup>

Die Rechtsstruktur des Konsortiums und die Rechte und Pflichten der einzelnen Kreditgeber gegenüber dem Kreditnehmer werden in den Kredit-eröffnungsverträgen etwa wie folgt umschrieben:

**«Rechte und Pflichten, Rechtsstellung der Kreditgeber**

Die Kreditgeber bilden eine einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR<sup>90</sup> mit dem Zweck, die Kreditfazilitäten gemäss diesem Kreditvertrag zur Verfügung zu stellen. Die Pflichten der Kreditgeber unter diesem Kreditvertrag oder einem anderen Finanzierungsdokument sind Einzelpflichten (keine Solidarpflichten) und die Kreditnehmer verzichten ausdrücklich auf eine Solidarhaftung gemäss Art. 544 OR.

Verletzt ein Kreditgeber seine Pflichten aus diesem Kreditvertrag oder einem anderen Finanzierungsdokument, kann die dadurch betroffene Partei Rechte nur gegenüber diesem Kreditgeber geltend machen; die Pflichten anderer Parteien unter den Finanzierungsdokumenten werden dadurch nicht betroffen. Kein Kreditgeber ist für die Verpflichtungen der anderen Kreditgeber unter den Finanzierungsdokumenten verantwortlich.

<sup>88</sup> BIERI, Kredit, 149 ff.; BOVET, syndicat, 83; DOHM, syndication, 13; FRANCONI, Konsortialverträge, 47 ff.

<sup>89</sup> BIERI, Kredit, 149 ff.; BOVET, syndicat, 109 ff.; FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 530 N 250 ff.; FRANCONI, Konsortialverträge, 45 ff.; HAEBERLI, Konsortialkredite, 357; HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR, Art. 530 N 112; KOHLER, Konsortium, 32; SCHÄRER/MAURENBRECHER, BSK OR I, Art. 312 N 66b. Abweichend DOHM, syndication, 14, der das Kreditkonsortium als Innominatvertrag qualifiziert: «En l'absence d'un contrat nommé en droit suisse qui régirait expressément ces relations, on peut dire que le syndicat bancaire est un contrat de cooperation sui generis.» Dem entgegnet MALACRIDA, Konsortialvertrag, 200, «dass die Qualifikation des Syndikatsvertrags als Vertrag *sui generis* oder Austauschvertrag im Vergleich zur Qualifikation als einfache Gesellschaft aus theoretischen und praktischen Gesichtspunkten keine valable Alternative darstellt.» Er begründet seine Ansicht dadurch, dass Vertragslücken durch analoge Anwendung des Rechts der einfachen Gesellschaft gefüllt werden müssten.

<sup>90</sup> In der Praxis wird teilweise auf den Hinweis auf die einfache Gesellschaft bzw. Art. 530 ff. OR verzichtet oder gar versucht, mittels einer sog. «No-Partnership-Klausel» die Anwendung der Art. 530 ff. OR auszuschliessen. Auch wenn eine solche Klausel davon zeugt, dass die Parteien keine enge gesellschaftliche Bindung eingehen wollen, dürfte sie wegen Art. 18 OR das Entstehen der einfachen Gesellschaft nicht hindern, solange die nachfolgend unter IV.1.(b)(aa) erwähnten Merkmale der einfachen Gesellschaft gegeben sind, was regelmässig der Fall sein dürfte. Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Nr. 1001 ff.

Die Kreditgeber sind weder Solidarschuldner noch Solidargläubiger oder Gläubiger zur Gesamthand. Vorbehältlich anderslautender Bestimmungen in den Finanzierungsdokumenten kann jeder Kreditgeber die ihm nach einem Finanzierungsdokument zustehenden Rechte selbständig durchsetzen, ohne dass es einer Mitwirkung des Agenten oder eines anderen Kreditgebers bedarf.»

## b) Elemente

Die wesentlichen Elemente der Rechtsstruktur eines Kreditkonsortiums sind: (i) einfache Gesellschaft, (ii) Ausschluss der Solidarhaftung und (iii) Einzelberechtigung der Kreditgeber.

### aa) Einfache Gesellschaft

Das Kreditkonsortium ist als einfache Gesellschaft im Sinn von Art. 530 ff. OR konstituiert. Gemäss Legaldefinition in Art. 530 Abs. 1 OR handelt es sich bei einer einfachen Gesellschaft um eine vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Mitteln:

- Die *vertragsmässige Verbindung* von zwei oder mehreren Personen wird mit dem Konsortialvertrag erreicht. Der Konsortialvertrag bildet die vertragsrechtliche Grundlage, aufgrund derer die Kreditgeber den Konsortialkredit gewähren.<sup>91</sup>
- Der *gemeinsame Zweck* des Konsortiums liegt, wie bereits erwähnt, darin, einem Kreditnehmer auf einheitlicher Rechtsgrundlage einen Grosskredit zu gewähren, diesen Kredit gemeinsam zu verwalten und die Rückerstattung gemeinsam zu sichern.<sup>92</sup> Vom gesellschaftsrechtlichen Ziel des Konsortiums ist die Absicht der einzelnen Kreditgeber, sich am Konsortium zu beteiligen, abzugrenzen.<sup>93</sup> Die Absichten der Kreditgeber brauchen sich nicht zu decken, sondern können durchaus divergieren. Sie können darin bestehen, die Transaktionskosten niedrig zu halten, das Kreditrisiko zu reduzieren oder von den Erfahrungen anderer Kreditgeber und insbesondere des Arrangeurs oder Agenten zu profitieren.<sup>94</sup>
- Die *gemeinsamen Mittel* bestehen in der Pflicht jedes einzelnen Kreditnehmers, sich im Umfang seiner Beteiligungsquote an den einzelnen

---

<sup>91</sup> FRANCIONI, Konsortialverträge, 47.

<sup>92</sup> Siehe vorne Ziff. II.2.c) und Ziff. II.3.a).

<sup>93</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 1 Nr. 70 ff.

<sup>94</sup> BOVET, syndicat, 83.

Kreditern zu beteiligen.<sup>95</sup> Ein weiteres wesentliches Mittel ist, dass die Kreditgeber ihr Vorgehen gegenüber dem Kreditnehmer koordinieren und sich zu diesem Zweck weitgehend dem Mehrheitsprinzip unterwerfen.<sup>96</sup>

Die einfache Gesellschaft hat keine eigene Rechtspersönlichkeit und ist folglich als reine Rechtsgemeinschaft weder rechts-, handlungs-, prozess-, noch betriebsfähig.<sup>97</sup> Weil das Konsortium als blosser Rechtsgemeinschaft nicht rechtsfähig ist, kann es kein Gesellschaftsvermögen begründen.<sup>98</sup> Zudem bleiben die Kreditgeber Träger der Rechte und Pflichten unter dem Kreditöffnungsvertrag, den Einzelkredit- und den Sicherheitenverträgen.

#### **bb) Ausschluss der Solidarhaftung**

Artikel 544 Abs. 3 OR sieht vor, dass Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft für Verpflichtungen gegenüber einem Dritten, vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung, persönlich, primär, ausschliesslich, unbeschränkt und solidarisch haften.<sup>99</sup> Diese Haftung gilt nur für Gesellschaftsschulden, das heisst für Schulden, die im Namen und auf Rechnung der einfachen Gesellschaft eingegangen wurden.<sup>100</sup> Auf Schulden, welche die Kreditgeber in eigenem Namen und auf eigene Rechnung eingehen, findet die gesellschaftsrechtliche Solidarhaftung von vornherein keine Anwendung.

Weil die Kreditgeber im Kreditöffnungsvertrag dem Kreditnehmer gegenüber erklären, dass die Pflichten der Kreditgeber unter dem Kreditvertrag Einzel- und keine Solidarpflichten sind und sich daher jeder Kreditgeber grundsätzlich in eigenem Namen und auf eigene Rechnung verpflichtet, sich (nur) nach Massgabe seiner Beteiligungsquote an den einzelnen Kreditern zu beteiligen, ist eine Solidarhaftung der Kreditgeber für Beteiligungsquoten anderer Kreditgeber von vornherein ausgeschlossen.

Um Unklarheiten zu vermeiden, schliessen die Kreditgeber eine Solidarhaftung regelmässig für sämtliche Verpflichtungen anderer Kreditgeber explizit aus.<sup>101</sup> Dadurch soll in jedem Fall verhindert werden, dass der Kredit-

---

<sup>95</sup> DOHM, syndication, 13; FRANCONI, Konsortialverträge, 52; MALACRIDA, Konsortialvertrag, 201.

<sup>96</sup> Siehe vorne Ziff. II.2.d)dd).

<sup>97</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 12 Nr. 15 ff.

<sup>98</sup> FRANCONI, Konsortialverträge, 65.

<sup>99</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 544 N 142; HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR, Art. 544 N 44; PESTALOZZI/HETTICH, BSK OR II, Art. 544 N 14.

<sup>100</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 12 Nr. 69.

<sup>101</sup> BOVET, syndicat, 85 ff.; DOHM, syndication, 13; MALACRIDA, Konsortialvertrag, 206.

nehmer von einem Kreditgeber die Auszahlung des gesamten Kreditbetrags verlangen könnte und daher jeder Kreditgeber den gesamten Kreditbetrag und nicht nur seine Beteiligungsquote mit Eigenkapital unterlegen müsste. Dabei ist zu beachten, dass sich der Kreditnehmer die Haftungsbeschränkung nur dann entgegenhalten lassen muss, wenn er dieser vorgängig zugestimmt hat.<sup>102</sup> Daher ist es wichtig, dass die Solidarhaftung im Kreditöffnungsvertrag und nicht in einem separaten Konsortialvertrag abgeschlossen wird, welcher lediglich Wirkung unter den Kreditgebern hat.

Ist durch den Ausschluss der Solidarhaftung unter den Kreditgebern klar, dass jeder Kreditgeber nur im Umfang seiner Beteiligungsquote haftet, dann ist auch ausgeschlossen, dass ein Kreditgeber für den Ausfall eines anderen Kreditgebers einstehen muss (kein «Step up»). Umgekehrt heisst das, dass der Kreditnehmer ausstehende Kreditbeträge nur vom säumigen Kreditgeber einfordern kann. Von diesem Grundsatz kann vertraglich abgewichen werden. Weil die Kreditgeber nicht nur ihre Haftung beschränken wollen, sondern auch ein Interesse haben, ihr Ausfallrisiko zu begrenzen, kann es sinnvoll sein, dass die Kreditgeber im Fall des Konkurses eines Kreditgebers (bis zu einem Maximalbetrag) dessen Beteiligungsquote übernehmen. Dies mit dem Ziel, dem Kreditnehmer das gesamte veranschlagte Kapital zur Verfügung zu stellen, welches dieser etwa für die Umsetzung seines Business Plans oder einer Restrukturierung benötigt. Insofern ist denkbar, dass die Kreditgeber ausnahmsweise einen betragsmässig begrenzten Step up akzeptieren oder die Beteiligungsquote eines ausstiegswilligen Konsorten *pro rata* übernehmen.

Eine andere Frage (und zwar eine solche des Innenverhältnisses) ist, ob ein Kreditgeber einen säumigen Konsorten zur Erfüllung seiner Verpflichtungen anhalten kann. So können finanzielle Schwierigkeiten des Schuldners dazu führen, dass ein Kreditgeber seinen quotalen Beitrag zu einem Einzelkredit nicht leistet, obwohl noch kein Verzugsfall eingetreten ist, die Kreditlimiten noch nicht gesperrt sind und der Kreditgeber nach wie vor Einzelkredite abrufen darf. Obwohl die übrigen Kreditgeber ein erhebliches Eigeninteresse an der Erfüllung der Zahlungspflicht durch die anderen Kreditgeber haben (etwa weil sonst eine Liquiditätslücke entsteht, die sie mit zusätzlichen eigenen Mitteln stopfen müssten), steht das eigentliche, durch Einreichung des Ziehungsbegehrens entstandene Forderungsrecht auf Auszahlung des Darlehens nur dem Kreditnehmer zu. Die *actio pro socio*

---

<sup>102</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 544 N 187 ff.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR, Art. 544 N 85; PESTALOZZI/HETTICH, BSK OR II, Art. 544 N 21.

steht nicht zur Verfügung, weil diese dem einzelnen Gesellschafter nur erlaubt, den Mitgesellschafter zur Erfüllung ausstehender Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft zu zwingen.<sup>103</sup> Dagegen kann man die Erfüllung der quotenmässigen Zahlungspflicht des einzelnen Kreditgebers gegenüber dem Kreditnehmer als Ausfluss seiner Treuepflicht gegenüber dem Konsortium auffassen.<sup>104</sup> Die Treuepflicht bezieht sich darauf, den gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Mitteln zu fördern.<sup>105</sup> Da die Kreditgewährung der Hauptzweck des Konsortiums ist, umfasst die Treuepflicht der einzelnen Mitglieder des Konsortiums auch und gerade die Erfüllung ihrer Pflicht zur Darlehensgewährung beziehungsweise Eingehung eines Verpflichtungskredits. Zur Durchsetzung der Zahlungspflicht steht dem Konsortium demnach die Leistungsklage auf Zahlung an den Kreditnehmer zur Verfügung,<sup>106</sup> soweit diese nicht vertraglich ausgeschlossen ist.

### cc) Einzelberechtigung der Kreditgeber

Weil das Konsortium in seiner Rechtsform als einfache Gesellschaft keine Rechtspersönlichkeit hat, gehören dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben werden, gemäss Art. 544 Abs. 1 OR den Gesellschaftern grundsätzlich gemeinschaftlich. Diese Berechtigung zur gesamten Hand greift aber nur dann, wenn die Gesellschafter Vermögenswerte tatsächlich für die einfache Gesellschaft erwerben und die Gesellschafter beim Erwerbsakt gemeinsam aufgetreten sind.<sup>107</sup>

Im Krediteröffnungsvertrag erklären die Kreditgeber gegenüber dem Kreditnehmer jedoch, dass die Kreditgeber weder Solidargläubiger noch Gläubiger zur gesamten Hand sind und jeder Kreditgeber die ihm zustehenden Rechte selbständig durchsetzen kann. Kraft dieser Bestimmung können die Kreditgeber im Rahmen des Krediteröffnungsvertrags und der einzelnen

<sup>103</sup> «Klage auf Leistung an die Gesellschaft»; vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 530 N 636; HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530 N 306; eingehend HARTMANN, *actio pro socio*, 398 f.

<sup>104</sup> Zur Treuepflicht der Konsorten allg. vgl. hinten Ziff. V.3.

<sup>105</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 530 N 93.

<sup>106</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 530 N 607.

<sup>107</sup> VON BÜREN, Besonderer Teil, 250: «Das eingelegte und das erworbene Vermögen steht den Gesellschaftern entsprechend ihrer Teilnahme am Erwerbsakt zu. Ihnen allen gemeinsam, wenn sie gemeinsam aufgetreten sind. Nur dem einzelnen, wenn er allein gehandelt hat. Im ersten Fall sind die Gesellschafter auch im Haben miteinander verbunden, im zweiten sind sie es nicht. Weil innerhalb der einen Gesellschaft mit Unterschied aufgetreten werden kann, ist sehr wohl ein Nebeneinander verschiedener Rechtslagen denkbar.» Vgl. auch FRANCONI, Konsortialverträge, 68.

Kreditverträge gemeinsam auftreten, ohne dadurch gesamthandschaftlich Forderungen für die einfache Gesellschaft zu erwerben. Die Kreditgeber schliessen nicht nur eine Solidargläubigerschaft<sup>108</sup> oder eine Gläubigerschaft zur gesamten Hand<sup>109</sup> aus, sondern implizit auch eine Gläubigerschaft mit Quotenbeteiligung.<sup>110</sup>

Dadurch erreichen die Kreditgeber, dass jeder einzelne von ihnen im Umfang seiner Beteiligungsquote Teilgläubiger des Kreditnehmers wird. Als Teilgläubiger steht jedem Kreditgeber im Umfang seiner Beteiligungsquote ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Kreditnehmer zu.<sup>111</sup> Die einzelnen Teilforderungen bilden dadurch ein Ganzes, als dass sie auf einem gemeinsamen Rechtsgrund beruhen, und zwar dem Krediteröffnungsvertrag, den jeweiligen Einzelkreditverträgen und allenfalls Sicherheitenverträgen. Um zu verhindern, dass, solange ein Kreditgeber seine Leistungspflicht nicht erfüllt hat, der Kreditnehmer unter Verweis auf den gemeinschaftlichen Charakter der einzelnen Teilkredite sämtlichen Forderungen der übrigen Kreditgeber mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäss Art. 82 OR begegnen kann,<sup>112</sup> wird im Kreditvertrag explizit statuiert, dass der Kreditnehmer Rechte, die ihm aus der Vertragsverletzung eines Kreditgebers erwachsen, nur gegenüber diesem Kreditgeber geltend machen kann. Kommt ein Kreditgeber seiner Leistungspflicht nicht nach, so werden die (Teil-)Forderungsrechte der übrigen Kreditgeber dadurch nicht beschränkt.

---

<sup>108</sup> Solidargläubigerschaft: Jeder Gläubiger ist berechtigt, die gesamte Leistung an sich selbst zu verlangen. Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Nr. 3663 ff.

<sup>109</sup> Gläubigerschaft zur gesamten Hand: Die gesamte Leistung steht den Gläubigern ungeteilt und gemeinschaftlich zu und die Gläubiger können die Forderungen nur gemeinschaftlich geltend machen bzw. nur gemeinschaftlich über die Forderung verfügen. Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Nr. 3674 ff.

<sup>110</sup> Gläubigerschaft mit Quotenbeteiligung: die gesamte Leistung steht den Gläubigern ungeteilt und gemeinschaftlich zu, doch ist jeder Gläubiger berechtigt, über seine ideelle Quote selbständig zu verfügen. Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Nr. 3676.

<sup>111</sup> Zur Teilgläubigerschaft vgl. etwa BUCHER, Allgemeiner Teil, 487, der in diesem Zusammenhang von «Partialobligationen» spricht; VON BÜREN, Allgemeiner Teil, 88 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Nr. 3658 ff.; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 89.03 ff.

<sup>112</sup> BUCHER, Allgemeiner Teil, 487, vermutet, dass sich die Gemeinschaftlichkeit der verschiedenen Teilforderungen darin zeigen könnte, dass einem Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gem. Art. 82 OR solange zustehen könnte, bis sämtliche Gegenparteien des Schuldners ihre Leistung erbracht hätten.

Obwohl jeder Kreditgeber als Teilgläubiger ein eigenes Forderungsrecht gegenüber dem Kreditnehmer hat, sehen die Kreditgeber im Kreditvertrag regelmässig vor, dass sie ihre Forderungen im Fall des Verzugs des Kreditnehmers («Event of Default») durch einen Mehrheitsbeschluss vorzeitig für fällig erklären können.<sup>113</sup> Alternativ wird der Agent ermächtigt, bei einem Verzugsfall die Forderungen der Kreditgeber fällig zu stellen. Die gerichtliche Durchsetzung fälliger Forderungen behalten sich die Kreditgeber sodann regelmässig selber vor, und zwar ohne Mitwirkung des Agenten oder der anderen Kreditgeber.<sup>114</sup>

Selbst wenn die Kreditgeber auch an Realsicherheiten grundsätzlich einen selbständigen und unabhängigen Anspruch haben, ist die Vollstreckung solcher Sicherheiten durch einzelne Kreditgeber im Alleingang nicht praktikabel.<sup>115</sup> Zumindest bezüglich der Frage wie zu vollstrecken ist, sollten sich die Kreditgeber einigen. So müssen sie gemeinsam festlegen, ob ein Pfand freihändig oder durch Betreuung auf Pfandverwertung verwertet werden soll oder ob ein Kreditgeber das Pfandobjekt durch Selbsteintritt erwerben und die übrigen Kreditgeber ausgleichen soll. Ist die Koordination unter den Kreditgebern weder im Konsortial- noch in den einzelnen Sicherheitenverträgen geregelt, so ist im Einzelfall zu klären, ob ein qualifiziertes Schweigen der Parteien oder eine zu füllende Vertragslücke vorliegt. Für eine Vertragslücke, die durch eine Koordinationsbestimmung zu füllen ist, sprechen unseres Erachtens Praktikabilitätsüberlegungen.

---

<sup>113</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 23.13 (Acceleration): «On and at any time after the occurrence of an Event of Default [which is continuing] the Agent may, and shall if so directed by the Majority Lenders, by notice to the Company: (a) cancel the Total Commitments [...]; (b) declare that all or part of the Loans, together with accrued interest, [...] be immediately due and payable; [...]»

<sup>114</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 26.7 (Majority Lenders' instructions): «(e) The Agent is not authorized to act on behalf of a Lender (without first obtaining that Lender's consent) in any legal or arbitration proceedings relating to any Finance Document.»

<sup>115</sup> Vgl. LMA User Guide to Recommended Form of Primary Documents, updated April 2009, 29 (Section 7 – Guarantee / Clause 18: Guarantee and Indemnity): «This Clause sets out the joint and several guarantee and indemnity given by the Guarantors. It allows each Lender to sue independently for any unpaid debt owing to it.» Im Gegensatz zu dieser Praxis unter den LMA-Dokumenten wird in der Schweizer Praxis häufig vorgesehen, dass die Garantie nur vom Agenten (auf Instruktion der Mehrheit der Kreditgeber) abgerufen werden kann.

## 2. Abtretung von Kreditforderungen

Die Kreditgeber haben verschiedene Möglichkeiten, ihr Kreditrisiko auf Dritte zu übertragen. Sie können sich durch Kauf eines Kreditderivats bei einem Versicherungsgeber gegen Kreditausfälle versichern, sie können Dritten Unterbeteiligungen an ihrer Kreditbeteiligung gewähren oder sie können ihre Kreditbeteiligung mittels eines Vertragsparteienwechsels ganz oder teilweise auf einen Dritten übertragen. Insbesondere in Kreditverträgen unter englischem Recht wird zudem regelmässig vorgesehen, dass Kreditgeber Forderungen aus dem Kreditverhältnis an Dritte abtreten können.<sup>116</sup>

Unter Schweizer Recht ist eine Forderungsabtretung bereits gemäss Art. 164 ff. OR zulässig, wobei Art. 170 Abs. 1 OR spezifisch regelt, dass mit der Forderung grundsätzlich auch die mit der Forderung verbundenen Vorzugs- und Nebenrechte auf den Erwerber übergehen. Mit Vorzugsrechten sind in erster Linie Privilegien und Anfechtungsrechte gemäss Schuldbetreibungs- und Konkursrecht gemeint.<sup>117</sup> Zu den Nebenrechten gehören Ansprüche auf Vertrags- und Verzugszinsen.<sup>118</sup> Insoweit muss der Erwerber einer Kreditforderung nicht befürchten, dass wichtige Teilrechte beim abtretenden Kreditgeber verbleiben.

Mit der Abtretung gehen allerdings nur Forderungsrechte über, nicht aber die Stellung als Vertragspartei. Von der Abtretung nicht erfasst sind deshalb Rechte, die mit dem Kreditverhältnis als Ganzem verbunden sind. Dazu gehört das Recht, an der Beschlussfassung innerhalb des Konsortiums teilzunehmen. Auch die Pflicht zum Saldenausgleich geht nicht automatisch auf den Erwerber der Forderung über. Das hat zur Folge, dass jede Abtretung das Risiko der übrigen Mitglieder des Konsortiums erhöht, weil ein Erwerber einer Kreditforderung nicht ohne weiteres zum Saldenausgleich verpflichtet ist. Letztlich, aber nicht unwesentlich, verbleiben dem Abtretungsschuldner, das heisst dem Kreditnehmer, Einreden gemäss Art. 169

---

<sup>116</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 24.1 (Assignments and transfers by the Lenders): «Subject to this Clause 24, a Lender [...] may: (a) assign any of its rights; [...]». Soweit eine Abtretung möglich sein soll, empfiehlt sich eine ausdrückliche Regelung u. a. aus Gründen des Bankgeheimnisses auch bei Kreditverträgen unter Schweizer Recht.

<sup>117</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Nr. 3457; GIRSBERGER, BSK OR I, Art. 170 N 7.

<sup>118</sup> Vgl. statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Nr. 3459; SPIRIG, ZK OR, Art. 170 N 36 und 95; WEBER, BK OR, Art. 73 N 57; SCHRANER, ZK OR, Art. 73 N 56; SCHÖBI, Akzessorietät, 59 f. und 63; ferner BGE 77 II 360, E. 3, S. 366 f.



OR, die er bereits gegenüber dem abtretenden Kreditgeber hatte. Zu diesen Einreden gehören die Einrede der Stundung oder die Verrechnungseinrede (Art. 169 Abs. 2 OR).<sup>119</sup>

Zusammenfassend führen die Besonderheiten des Zessionsrechts im Fall der Abtretung von Kreditforderungen zu einer Aufsplitterung der Rechtszuständigkeiten unter dem Kreditvertrag zwischen einem abtretenden Kreditgeber und dem Erwerber. Dieser Umstand sowie der Weiterbestand der Einreden, welche dem Kreditnehmer gegenüber dem abtretenden Kreditgeber zustehen, erschwert im Fall einer Abtretung faktisch die Verkehrsfähigkeit von Kreditforderungen im Sekundärmarkt. Daher wird die Übertragung von Kreditquoten bei Kreditverträgen nach Schweizer Recht in der Praxis typischerweise auf dem Weg des Parteiwechsels vollzogen. Da ein Parteiwechsel auf einer Dreiparteienvereinbarung gründet und die notwendige Zustimmung des Schuldners zur Offenlegung von ihn betreffenden Informationen gegenüber Dritten und zum Parteiwechsel bereits in den Übertragungsklauseln des Kreditvertrags geregelt wird, ist dies rechtlich möglich. Allerdings ist zu beachten, dass der neue Kreditgeber mit Beitritt zum Kreditvertrag auch Vertragspartei aller Sicherheitenverträge und anderer Finanzierungsdokumente wird und somit die entsprechenden Rechte und Pflichten des Veräusserers unter diesen Vereinbarungen übernimmt.

### **3. Modalitäten der Erfüllung der Zahlungspflichten des Kreditnehmers**

#### **a) Zahlungen**

Sowohl Auszahlungen der Kreditgeber als auch Rück- oder Zinszahlungen des Kreditnehmers werden über den Agenten abgewickelt.<sup>120</sup> Kreditgeber und Kreditnehmer leisten ihre Zahlungen auf ein Konto beim Agenten und der Agent leitet diese Zahlungen gemäss den Bestimmungen des Kredit-

---

<sup>119</sup> GIRSBERGER, BSK OR I, Art. 169 N 5 ff. zum Verrechnungsverzicht vgl. hinten Ziff. IV.3.d).

<sup>120</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 29.1 (Payments to the Agent): «(a) On each date on which an Obligor or a Lender is required to make a payment under a Finance Document, that Obligor or Lender shall make the same available to the Agent (unless a contrary indication appears in a Finance Document) for value on the due date at the time and in such funds specified by the Agent as being customary at the time for settlement of transactions in the relevant currency in the place of payment. [...]»

eröffnungsvertrags an den Kreditnehmer beziehungsweise an die Kreditgeber weiter.

## b) Tilgungsreihenfolge

Hat ein Schuldner verschiedene Schulden gegenüber einem oder mehreren Gläubigern, so kann er nach Art. 86 Abs. 1 OR wählen, welche Schuld er mit einer Zahlung tilgen will. Reicht eine Zahlung nicht aus, um eine Schuld zu tilgen, so wird die Zahlung gemäss Art. 85 Abs. 1 OR nur dann auf das Kapital angerechnet, wenn der Schuldner nicht mit Zinsen oder Kosten im Rückstand ist.

Um Unklarheiten zu vermeiden, legen die Parteien die Tilgungsreihenfolge bei Teilzahlungen regelmässig im Krediteröffnungsvertrag fest («Waterfall»<sup>121</sup>). Durch diese vertraglich festgelegte Tilgungsreihenfolge wird das Wahlrecht des Kreditgebers nach Art. 86 Abs. 1 OR gütig ausgeschlossen.<sup>122</sup> Die Tilgungsreihenfolge sieht typischerweise wie folgt aus: (i) Gebühren, Kosten und Auslagen des Agenten, (ii) Zinsansprüche, Kommission und Gebühren der Kreditgeber, (iii) Rückforderungsansprüche unter den ausstehenden Krediten und (iv) sonstige Forderungen unter den Finanzierungsverträgen. Dabei erfolgen Zins- und Rückzahlungen – soweit vertraglich nicht besonders festgelegt – im Sinn des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Kreditgeber *pro rata* zu den ausstehenden Forderungen der einzelnen Kreditgeber einer Fazilität.<sup>123</sup>

Die vertragliche Festlegung einer Tilgungsreihenfolge kommt einer Nachrangerklärung der Kreditgeber zugunsten des Agenten gleich. Faktisch erklären sich die Kreditgeber für den Fall des Konkurses des Kreditnehmers bereit, dass der auf die Kreditgeber und den Agenten anfallende Liquidationserlös nicht *pro rata* verteilt wird, sondern dass der Agent mit seinen Forderungen Vorzug genießt. Zumindest soweit diese Tilgungsreihenfolge im Kreditvertrag mit dem Kreditnehmer vereinbart ist, ist sie auch in einem allfälligen Konkurs des Kreditnehmers diesem gegenüber durchsetzbar.

---

<sup>121</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 29.5 (Partial Payments).

<sup>122</sup> Zur dispositiven Natur von Art. 86 OR vgl. LEU, BSK OR I, Art. 87 N 1.

<sup>123</sup> Soweit der Kreditvertrag verschiedene Fazilitäten umfasst, ist im Zweifel auch zwischen diesen *pro rata*-Befriedigung anzunehmen. Sind z. B. unter zwei Fazilitäten Zinskosten von je CHF 10 Mio. fällig, ist eine Zahlung von CHF 5 Mio. je zur Hälfte auf die beiden Fazilitäten zu verteilen und innerhalb dieser Fazilitäten *pro rata* auf die einzelnen Zinsforderungen der Teilgläubiger anzurechnen.

Entsprechend bilden die nachrangigen Forderungen eine imaginäre zusätzliche Gläubigerklasse.<sup>124</sup> Die Nachrangerklärung ist in der Regel nicht mit einer Stundungserklärung verbunden.

### c) Saldenausgleich («Sharing Clause»)

Wie bereits gezeigt, sieht der Krediteröffnungsvertrag vor, dass der Kreditnehmer Zahlungen an die Kreditgeber über den Agenten abzuwickeln hat. Sollte der Kreditnehmer eine Zahlung trotzdem direkt an einen Kreditgeber leisten, so ist der begünstigte Kreditgeber zum Ausgleich verpflichtet. Im Kreditvertrag findet sich zu diesem Zweck eine Saldenausgleichsklausel («Sharing Clause»).125 Keine Anwendung findet der Saldenausgleich auf Zahlungen, welche der Kreditnehmer aus einem anderen Rechtsgrund als dem Kreditverhältnis an einen Kreditgeber leistet.

Die Saldenausgleichsklausel kann auch dann Anwendung finden, wenn ein Kreditgeber seine Forderungen durch Verrechnung gegenüber dem Kreditnehmer tilgt. Soll eine Verrechnung ebenfalls zu einer Saldenausgleichspflicht führen, empfiehlt es sich, dies in der Saldenausgleichsklausel klar zu formulieren.

Die Saldenausgleichsklausel geht weiter als Art. 532 OR, der als Grundsatz vorgibt, dass jeder Gesellschafter verpflichtet ist, einen Gewinn, der seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, mit seinen Mitgesellschaftern zu teilen. Weil die Kreditgeber als Teilgläubiger aber selbständige und unabhängige Forderungen gegenüber dem Kreditnehmer haben, stehen Erträge auf ihren Teilforderungen nicht der Gesellschaft, sondern dem jeweils berechtigten Kreditgeber zu. Mit der Saldenausgleichsklausel erreichen die Kreditgeber, dass solche Erträge, die zwar nicht der Gesellschaft zustehen, die aber zu einer Ungleichbehandlung der einzelnen Kreditgeber führen würden, unter den Kreditgebern geteilt werden. Die Saldenausgleichsklausel bezweckt, alle Kreditgeber unter dem Kreditvertrag gleichberechtigt zu behandeln, das heisst die Kreditgeber sollen an allen Zahlungen be-

---

<sup>124</sup> Vgl. SCHÄRER/MAURENBRECHER, BSK OR I, Art. 312 N 17.

<sup>125</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 28.1 (Payments to Finance Parties): «If a Finance Party (a «Recovering Finance Party») receives or recovers any amount from an Obligor other than in accordance with Clause 29 (*Payment Mechanics*) [...] and applies that amount to a payment due under the Finance Documents then: [...] the Recovering Finance Party shall, [...] pay to the Agent an amount (the «Sharing Payment») equal to such receipt or recovery less an amount which the Agent determines may be retained by the Recovering Finance Party as its share of any payment to be made, [...].»

ziehungsweise Leistungen des Kreditnehmers oder eines Garanten im Verhältnis zu ihrer Kreditbeteiligung gleich beteiligt werden.<sup>126</sup> Diese Klausel dient vor allem dem Schutz derjenigen Kreditgeber, die neben dem Kreditverhältnis keine weiteren Geschäftsbeziehungen zum Kreditnehmer haben. Insoweit fördert sie die Syndizierbarkeit des Kredits. Bei Sanierungen des Kreditnehmers hat sich die Klausel zudem als vorteilhaft erwiesen, weil die Pflicht, anteilmässig mit den anderen Kreditgebern teilen zu müssen, Kreditgeber davon abhält, eigenmächtig gegenüber dem Kreditnehmer vorzugehen, und die Kreditgeber daher eher bereit sind, einer Restrukturierung zuzustimmen.<sup>127</sup>

Zur Illustration dient folgendes Beispiel: Der Kreditgeber A hat eine Quote von 20 % an einer Kreditlinie von CHF 1'000'000, die vom Kreditnehmer voll bezogen wurde. Zahlt der Kreditnehmer CHF 200'000 direkt an den Kreditgeber A oder verrechnet Kreditgeber A seine Forderung gegenüber dem Kreditnehmer mit einer Gegenforderung im entsprechenden Betrag, so wäre die Forderung von Kreditgeber A zwar gedeckt, Kreditgeber A ist den übrigen Kreditgebern jedoch zum Saldenausgleich verpflichtet. Das heisst, dass er 20 % von den CHF 200'000 behalten darf und den Restbetrag von CHF 160'000 an den Agenten zur Weiterleitung an die übrigen Kreditgeber abführen muss.

Die Saldenausgleichspflicht besteht in der Regel nur dann, wenn die Restforderung des ausgleichspflichtigen Kreditgebers nach Ausgleich weiterhin rechtsgültig besteht.<sup>128</sup> Insbesondere ist darauf zu achten, dass dem ausgleichspflichtigen Kreditgeber keine akzessorischen Sicherheiten verloren gehen. Diese Gefahr besteht, wenn ein Kreditgeber vom Kreditnehmer einen Betrag erhält oder der Kreditgeber durch Verrechnung einen Betrag tilgt, der seinem gesamten Forderungsbetrag entspricht. Hat die Saldenausgleichsklausel rein interne Wirkung zwischen den Kreditgebern, dann ist die Forderung des ausgleichspflichtigen Kreditgebers aus Sicht des Kreditnehmers vollständig getilgt und akzessorische Sicherheiten fallen dahin. Verbleibt also dem Kreditgeber A nach Leistung der internen Ausgleichszahlung ein ungedeckter Betrag von CHF 160'000, so hat er für diesen Betrag

---

<sup>126</sup> BAYIM-ADOMAKO, *Syndicated Lending*, 185; DIEM, *Akquisition*, § 35 Rn. 10.

<sup>127</sup> BAYIM-ADOMAKO, *Syndicated Lending*, 187.

<sup>128</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 28.5 (Exceptions): «(a) This Clause 28 shall not apply to the extent that the Recovering Finance Party would not, after making any payment pursuant to this Clause, have a valid and enforceable claim against the relevant Obligor.»

keine Forderung mehr gegenüber dem Kreditnehmer und die dafür bestellten akzessorischen Sicherheiten sind untergegangen. Diesem Problem kann dadurch begegnet werden, dass der Saldenausgleichsklausel externe Wirkung verliehen wird, indem der Kreditnehmer diese Klausel zur Kenntnis nimmt und ihr zustimmt. Dadurch erreicht man, dass eine direkte Zahlung an oder Verrechnung durch einen Kreditgeber die Forderungen dieses Kreditgebers gegenüber dem Kreditnehmer nur im Umfang seiner Beteiligungsquote tilgt. Soll die Saldenausgleichsklausel trotzdem nur interne Wirkung haben, dann kann der Ausgleich so ausgestaltet werden, dass der ausgleichspflichtige Kreditnehmer im Verhältnis zu seiner Ausgleichszahlung die Parteistellung von den begünstigten Kreditnehmern übernimmt.<sup>129</sup> Mit der Parteistellung gehen auch die mit akzessorischen Sicherheiten besicherten Forderungen auf den ausgleichspflichtigen Kreditgeber über.

In der Regel sehen die Kreditgeber im Konsortialvertrag vor, dass die Saldenausgleichspflicht dann nicht besteht, wenn ein Kreditgeber seine Forderung über einen Prozess oder ein Schiedsverfahren eingetrieben hat, an dem sich die übrigen Kreditgeber hätten beteiligen können, darauf aber verzichteten.<sup>130</sup>

#### **d) Verbot der Verrechnung durch den Kreditnehmer**

Kreditnehmer müssen in Konsortialverträgen regelmässig auf ihr Verrechnungsrecht verzichten. Das hat zur Folge, dass der Kreditnehmer eigene Forderungen gegen einen Kreditgeber, zum Beispiel aus Kontokorrentverhältnissen oder Anleihen, nicht mit der (Teil-)Forderung des betreffenden Kreditgebers verrechnen kann.

Dieser Verrechnungsverzicht ist für das Funktionieren des Marktes für Kreditfinanzierungen von entscheidender Bedeutung.<sup>131</sup> Einerseits setzt der Syndizierungsprozess wie gesehen voraus, dass die ursprünglichen Konsortialbanken die Möglichkeit haben, ihr Kreditrisiko durch (teilweise) Weitergabe von Beteiligungsquoten abzubauen.<sup>132</sup> Andererseits wollen die Syndikatsbanken in der Lage sein, ihre Engagements zum Beispiel bei Re-

---

<sup>129</sup> DIEM, Akquisition, § 35 Rn. 15.

<sup>130</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 28.5 (Exceptions): «[...] A Recovering Finance Party is not obliged to share with any other Finance Party any amount which the Recovering Finance Party has received or recovered as a result of taking legal or arbitration proceedings [...]»

<sup>131</sup> Vgl. STÜRMER, Darlehensforderungen, 363.

<sup>132</sup> Siehe vorne Ziff. II.3.a).

strukturierungsbedarf des Schuldners zu verringern.<sup>133</sup> Die Weitergabe von Kreditrisiken durch Übertragung beziehungsweise Abtretung von Kreditquoten oder Forderungen setzt voraus, dass sich auch neue Kreditgeber auf den Verrechnungsverzicht des Kreditnehmers verlassen können. Zudem muss der Verrechnungsverzicht im Konkurs des Kreditnehmers und des alten Kreditgebers wirksam sein.

**aa) Gültigkeit im Fall der Abtretung**

Aufgrund von Art. 167 und Art. 169 Abs. 1 OR könnte der Kreditnehmer mangels Verrechnungsverzichts seine Schuld bis zur Notifikation einer Übertragung der Kreditforderung in jedem Fall durch Verrechnung gegenüber dem alten Kreditgeber tilgen. Zudem könnte der Kreditnehmer ohne Verrechnungsverzicht im Rahmen von Art. 169 Abs. 2 OR die abgetretene Kreditforderung auch noch nach Notifikation der Übertragung gegenüber dem Erwerber verrechnen, soweit seine Forderung gegen den ursprünglichen Kreditnehmer im Moment der Kenntnisnahme der Abtretung durch den Schuldner schon fällig war oder nicht später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

Nach Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich auch der Zessionar auf den Verrechnungsverzicht berufen, wenn der Verrechnungsverzicht nicht an die Person des Zedenten gebunden ist.<sup>134</sup> Eine solche Ungebundenheit des Verrechnungsverzichts wird dann angenommen, wenn die entsprechende Klausel die Verkehrsfähigkeit der betreffenden Forderungen steigern soll. Diese Voraussetzung ist bei Konsortialkrediten gegeben, was sich insbesondere aus den vertraglich ausdrücklich vorgesehenen Übertragungsmöglichkeiten ergibt.<sup>135</sup> Entsprechend kann sich auch der neue Kreditgeber auf den Verrechnungsverzicht berufen.

---

<sup>133</sup> Dies geschah z. B. im Vorfeld der kürzlich erfolgten Restrukturierung der OC Oerlikon, bei der eine Reihe von Banken ihre Kreditengagements im Lauf des Restrukturierungsprozesses an spezialisierte Investoren verkauften. Vgl. z. B. Bilanz, 8/2010, 38 ff.

<sup>134</sup> BGer 4C.60/2000, E. 4.a.cc; HGer ZH (Vorinstanz), ZR 100 (2001), Nr. 32, S. 107 ff.; AEPLI, ZK OR, Art. 126 N 54; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 77.23; SPIRIG, ZK OR, Art. 169 N 100.

<sup>135</sup> Siehe vorne Ziff. IV.2.

**bb) Gültigkeit im Fall des Konkurses**

Die ältere Lehre geht davon aus, dass ein vertraglicher Verrechnungsverzicht zwischen Gläubiger und Schuldner im Konkurs unbeachtlich ist.<sup>136</sup> Nach dieser Meinung fehlt sowohl im Fall eines Konkurses des Gläubigers als auch im Fall eines Konkurses des Schuldners die Bindungswirkung des Verrechnungsverzichts. Dies würde bedeuten, dass der jeweilige Kreditgeber immer damit rechnen müsste, dass die Konkursverwaltung seine Kreditforderung mit einer Forderung des konkursiten Kreditnehmers gegenüber dem Kreditgeber oder einem seiner Rechtsvorgänger verrechnet. Soweit der jetzige Inhaber die entsprechende Kreditquote beziehungsweise Forderung von einem Rechtsvorgänger erworben hat, wären davon auch die übrigen Syndikatsmitglieder betroffen. Zwar wäre eine Tilgung durch Verrechnung im Rahmen der «Sharing Clause» in der Regel ausgleichspflichtig<sup>137</sup>, diese Ausgleichspflicht kann einem ehemaligen Mitglied des Konsortiums gegenüber aber nicht geltend gemacht werden, weil es zufolge seines Austritts unter dem Konsortialvertrag keine Verpflichtungen mehr hat. Zudem würden die übrigen Syndikatsmitglieder das Konkursbeziehungsweise Kreditrisiko des Verrechnungsgegners und seiner Rechtsvorgänger tragen.<sup>138</sup>

In der neueren Lehre wird die Theorie der fehlenden Bindungswirkung eines Verrechnungsverzichts im Konkurs zu Recht abgelehnt.<sup>139</sup> Denn der Verrechnungsverzicht stellt einen Vertrag dar<sup>140</sup>. Solche Verträge sind nach Art. 126 OR zulässig und sind im Kreditgeschäft und andernorts üblich.<sup>141</sup> Es

---

<sup>136</sup> Vgl. BLUMENSTEIN, Handbuch, 643; JAEGER, Bundesgesetz, Art. 213 N 2; NÄF, Die Sicherung von Gläubigerrechten, 98.

<sup>137</sup> Siehe vorne Ziff. IV.3.c).

<sup>138</sup> Würde nämlich der Kreditnehmer mit einer Bank verrechnen, die in Konkurs ist oder geht, wären die übrigen Konsorten unter der Sharing Clause auf einen Anspruch gegenüber dem Insolvenzverwalter verwiesen. Weiter wäre es technisch für den Agenten nicht möglich, jede dieser geltend gemachten Verrechnungssituationen zu prüfen und er müsste allenfalls langwierige Prozesse abwarten bis er eingenommene Gelder unter dem Konsortium verteilen könnte.

<sup>139</sup> STÄUBLI/DUBACHER, BSK SchKG, Art. 213 N 9; PETER, BSK OR, Art. 126 N 6.

<sup>140</sup> BGer 4C.60/2000, E. 4.a.aa; AEPLI, ZK OR, Art. 126 N 19; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 77.22.

<sup>141</sup> Aufgrund der Üblichkeit können solche Verträge in AGB und damit auch in Hypotheken und anderen Massenkreditverträgen gültig vereinbart werden; vgl. BGE 109 II 218; PETER, BSK OR, Art. 126 N 5. Vgl. zur volkswirtschaftlichen Deutung der Übertragbarkeit von Darlehensforderungen im Massengeschäft STÜRMER, Darlehensforderungen, 364 ff.

gehört zu den Grundprinzipien des 1994 revidierten SchKG, dass die Konkursverwaltung mangels anderweitiger gesetzlicher Anordnung<sup>142</sup> den Vertrag so gegen sich gelten lassen muss, wie er von den Parteien geschlossen wurde.<sup>143</sup> Dies gilt auch für den im Rahmen eines Kreditvertrags vereinbarten Verrechnungsverzicht.<sup>144</sup> Damit fallen die in der älteren Lehre geäusserten konkursrechtlichen Bedenken gegen die Konkursbeständigkeit des Verrechnungsverzichts dahin.

#### 4. Sonderproblem: «10er-/20er-Regel»

Zinszahlungen, welche von einem Schweizer Kreditnehmer unter einem Konsortialkredit ausgerichtet werden, unterliegen keiner Quellensteuer, solange der Kredit der individuellen und nicht der kollektiven Mittelbeschaffung dient und nicht durch ein in der Schweiz belegenes Grundstück besichert ist. Sobald ein Konsortialkredit die kollektive Mittelbeschaffung bezweckt und daher als Obligation im Sinn von Art. 4 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer (VStG) gilt, werden für die Kreditparteien unerwünschte Steuerfolgen ausgelöst.

Als Obligation im Sinn von Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG beziehungsweise Art. 4 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG) gelten schriftliche, auf feste Beträge lautende Schuldanerkenntnisse, die zum Zweck der kollektiven Kapitalbeschaffung, Anlagegewährung oder Konsolidierung von Verbindlichkeiten in einer Mehrzahl von Exemplaren ausgegeben werden. Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat den Obligationenbegriff im Merkblatt «Obligationen» vom April 1999 konkretisiert. Darin unterscheidet sie zwischen Anlehensobligationen und Kassenobligationen. Gemäss Art. 3 lit. a) Merkblatt Obligationen ist eine Anlehensobligation gegeben, wenn ein inländischer Schuldner bei mehr als zehn Gläubigern zu identischen Bedingungen und gegen Ausgabe schriftlicher Schuldanerken-

---

<sup>142</sup> Weder das OR noch das SchKG noch das Bankinsolvenzrecht gemäss Art. 25 ff. BankG sehen eine allgemeine Bestimmung vor, wonach der Konkurs einen allgemeinen Auflösungsgrund für bestehende (Verrechnungsverzichts-)Verträge darstellt.

<sup>143</sup> KREN, Konkursöffnung, 100; STÄUBLI/DUBACHER, BSK SchKG, Art. 213 N 9, mit Verweis auf den Bericht des Bundesamtes für Justiz zuhanden der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Neuregelung des Eintrittsrechts der Konkursverwaltung in zweiseitigen Verträgen nach Art. 211 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), BBl 1994 1315 ff., 1319.

<sup>144</sup> Vgl. zum Vorgang der vertraglichen Regelung auch ZOBL/WERLEN, ISDA Master Agreement, 119 f.



nungen einen Betrag von mindestens CHF 500'000 aufnimmt. Eine steuerrelevante Kassenobligation liegt gemäss Art. 3 lit. b) Merkblatt Obligationen vor, wenn ein inländischer Schuldner bei mehr als 20 Gläubigern fortlaufend, zu variablen Bedingungen und gegen Ausgabe schriftlicher Schuldanerkennungen einen Betrag von mindestens CHF 500'000 aufnimmt. In- und ausländische Banken im Sinn der an ihrem Sitz geltenden Bankengesetzgebung werden nicht zur massgeblichen Anzahl von Gläubigern gezählt. Bezüglich Fremdkapitalforderungen, die als Wertpapiere verbrieft sind, sei auf die steuerrechtliche Spezialliteratur verwiesen.<sup>145</sup>

Sind mehr als zehn Nicht-Banken Mitglied eines Kreditkonsortiums oder hat ein Kreditnehmer insgesamt Fremdkapitalverpflichtungen gegenüber mehr als 20 Nicht-Banken, so löst dies folgende Steuerfolgen aus: (i) die Kreditaufnahme ist stempelabgabepflichtig,<sup>146</sup> (ii) Kreditzinsen unterliegen der Verrechnungssteuer von 35 %, und (iii) die Übertragung von Kreditbeteiligungen ist umsatzabgabepflichtig.<sup>147</sup> Unabhängig von der Anzahl Nicht-Banken im Konsortium unterliegen Zinszahlungen unter einem Kreditvertrag, der durch eine in der Schweiz belegene Liegenschaft besichert ist, sowohl auf Bundes- wie auf Kantonsebene einer Quellensteuer.<sup>148</sup>

Um diese Steuerfolgen zu vermeiden, wird bei Kreditverträgen mit einem Schweizer Kreditnehmer regelmässig Folgendes vorgesehen: Der Kreditnehmer gewährleistet gegenüber den Kreditgebern, keine steuerrelevanten Kassenobligationen ausstehend zu haben, und er verpflichtet sich zudem, auch während der Laufzeit des Kreditvertrags keine solchen Obligationen auszugeben. Weiter sagen die Kreditgeber zu, Kreditbeteiligungen oder Kreditforderungen nur an Banken im Sinn der jeweils anwendbaren Bankengesetzgebung abzutreten beziehungsweise zu übertragen. Soll die Übertragung von Kreditbeteiligungen oder die Abtretung von Kreditforderungen auch an Nicht-Banken möglich sein, so muss der Kreditnehmer vorgängig seine Zustimmung erklären. Insgesamt sollen Übertragungen oder Abtretungen an Nicht-Banken nur möglich sein, solange das Kreditkonsortium nicht mehr als zehn Nicht-Banken umfasst respektive der Kreditnehmer nicht mehr als 20 Nicht-Banken als Fremdkapitalgläubiger hat. Diese

<sup>145</sup> Vgl. etwa STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, 249 ff. m.w.H.; JAUSSE/PFIRTER, Unternehmensfinanzierung, 399 ff. m.w.H.

<sup>146</sup> Anleiheobligationen: 1.2 ‰ auf dem Nennwert pro Jahr der Laufzeit; Kassenobligationen: 0.6 ‰ auf dem Nennwert pro Jahr der Laufzeit.

<sup>147</sup> 1.5 ‰ für von Inländern ausgegebene Urkunden; 3.0 ‰ für von Ausländern ausgegebene Urkunden.

<sup>148</sup> 13 % bis 33 % (vgl. hierzu OESTERHELT/WINZAP, Quellensteuern, 28 ff.).

Einschränkungen gelten typischerweise so lange, als unter dem Kreditvertrag kein Verzugsfall eingetreten ist beziehungsweise erklärt wurde.

Hat nur ein Garant, nicht aber ein Kreditnehmer, Sitz in der Schweiz, kann alternativ auch eine Beschränkung der Mittelverwendung auf das Ausland vereinbart werden.

Ist der Kreditvertrag durch eine in der Schweiz belegene Liegenschaft besichert, werden zudem regelmässig nur solche Kreditgeber zugelassen, die in einem Staat ansässig sind, mit denen die Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat, das dem Quellenstaat kein Besteuerungsrecht für Zinseinkünfte einräumt (sogenannter Nullsatz auf Zinszahlungen).

## 5. Konsortium und gerichtlicher Nachlassvertrag

Im Gegensatz zu einem aussergerichtlichen Nachlassvertrag, der als rein privatrechtliches Rechtsgeschäft der Privatautonomie der Parteien untersteht und der bei einem Forderungsverzicht regelmässig Einstimmigkeit der Kreditnehmer verlangt, kommt ein gerichtlicher Nachlassvertrag gemäss Art. 305 Abs. 1 SchKG bereits durch einen qualifizierten Mehrheitsentscheid der Gläubiger und dem Bestätigungsentscheid des Nachlassrichters zustande. Konkret bedarf ein gerichtlicher Nachlassvertrag der Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger, die zwei Drittel des Gesamtbetrags der Forderungen vertreten, oder eines Viertels der Gläubiger, die drei Viertel des Gesamtbetrags der Forderungen auf sich vereinen.

Dieses gegenüber der absoluten Einstimmigkeit reduzierte qualifizierte Mehrheitserfordernis gilt auch dann, wenn die Kreditgeber in einem Konsortialvertrag vorsehen, dass sie nur einstimmig auf (Kapital- oder Zins-) Forderungen unter dem Kreditvertrag verzichten. Der Grund liegt darin, dass es sich bei einem gerichtlichen Nachlassvertrag nicht um einen privatrechtlichen Vertrag, sondern um ein öffentlich-rechtliches Surrogat der Zwangsvollstreckung handelt.<sup>149</sup> Mit der Bestätigung durch den Nachlassrichter wird der gerichtliche Nachlassvertrag für sämtliche Gläubiger, das heisst auch für sämtliche Kreditgeber verbindlich, und zwar unabhängig davon, ob die Kreditgeber vom Nachlassverfahren Kenntnis erlangt oder ob sie daran teilgenommen haben oder nicht.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> HARDMEIER, BSK SchKG, Art. 305 N 1.

<sup>150</sup> HARDMEIER, BSK SchKG, Art. 310 N 5.

Zu beachten bleibt, dass diese Regel des Schweizer Insolvenzrechts von ausländischen Gerichten nicht unbedingt angewendet wird. Hat ein Schweizer Schuldner unter einem Kreditvertrag mit ausländischem Gerichtsstand Geld aufgenommen, besteht das Risiko, dass ein den Nachlassvertrag nicht-zustimmender Kreditgeber versucht, nach einer Sanierung vor einem ausländischen Gericht die ursprüngliche Forderungssumme geltend zu machen. Dies mit dem Argument, mangels vertraglich vorgesehener Einstimmigkeit sei der Teilverzicht zumindest für ihn unverbindlich.

## V. Ausgewählte Aspekte des Innenverhältnisses

### 1. Haftung des Agenten

Die Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters einer einfachen Gesellschaft wird in Art. 538 OR geregelt. Gemäss Absatz 1 dieser Bestimmung ist jeder Gesellschafter verpflichtet, in Gesellschaftsangelegenheiten den Fleiss und die Sorgfalt anzuwenden, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt («*diligentia quam in suis*»<sup>151</sup>). Diese Milderung der Haftung gegenüber einem objektivierten Haftungsmassstab findet gemäss Art. 538 Abs. 3 OR dann keine Anwendung, wenn der geschäftsführende Gesellschafter, wie dies beim Agenten regelmässig der Fall ist, für seine Tätigkeit eine Vergütung bezieht. Vorbehältlich anderslautender Bestimmungen im Konsortialvertrag haftet der Agent in diesem Fall nach den Bestimmungen über den Auftrag.

Gemäss Auftragsrecht haftet der Agent für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR). Nach Rechtsprechung und Lehre muss sich der Agent an einem abstrakten Sorgfaltsmassstab messen lassen, das heisst er muss diejenige Sorgfalt walten lassen, die objektiviert betrachtet, durchschnittlich von einem Agenten erwartet werden darf.<sup>152</sup> Dabei wird berücksichtigt, dass der Agent seine Tätigkeit im Rahmen des Kreditverhältnisses üblicherweise gewerbsmässig ausübt und im Wissen um seine Erfahrung in diesem Bereich als Spezialist mandatiert wurde.

---

<sup>151</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 538 N 19 ff.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR, Art. 538 N 18 ff.

<sup>152</sup> BGE 127 III 357, E. 1, S. 359; vgl. etwa FELLMANN, BK OR, Art. 398 N 469; WEBER, BSK OR I, Art. 398 N 27.

Im Rahmen von Art. 100 Abs. 1 OR ist es zulässig, dass der Agent seine Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausschliesst.<sup>153</sup> Eine Ausnahme besteht gemäss Art. 100 Abs. 2 OR für obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe. Gemäss Praxis des Bundesgerichts gilt dies insbesondere für Banken.<sup>154</sup> Diese Praxis mag nachvollziehbar sein, wenn sich Banken in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber ihren Kunden von ihrer Haftung für leichte Fahrlässigkeit freizeichnen,<sup>155</sup> sie ist aber sachlich unangemessen, wenn sich eine Bank, die im Zusammenhang mit einem Konsortialkredit als Agentin handelt, ihre Haftung gegenüber den anderen Konsortialbanken einschränkt. Zum einen sind die Kreditgeber geschäftserfahren und zum anderen befindet sich die Freizeichnungsklausel nicht in allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern in sorgfältig ausgehandelten Konsortialbestimmungen. Unseres Erachtens sollte es dem Agenten also möglich sein, seine Haftung für leichte Fahrlässigkeit auszuschliessen.

## 2. Informationspflichten des Agenten

Zusätzlich zur Rechenschaftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR treffen den Agenten aufgrund seiner auftragsrechtlichen Treuepflicht weitergehende Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten.<sup>156</sup> Das Mass der geforderten Aufklärung bestimmt sich nach den Umständen und der Natur des Auftrags.<sup>157</sup> Dabei ist zu beachten, dass die Kreditgeber den Agenten nicht mit einer umfassenden Interessenwahrung, sondern bloss mit der Verwaltung des Kreditverhältnisses und der Vornahme organisatorischer Massnahmen (wie beispielsweise die Weiterleitung der gemäss Kreditvertrag geschuldeten Berichte des Kreditnehmers) beauftragen.<sup>158</sup> Es scheint richtig, dass der Agent die Kreditgeber aufgrund seiner Treuepflicht einzig über Um-

---

<sup>153</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 26.9 (Exclusion of liability): «[...] the Agent will not be liable [...] for any action taken by it under or in connection with any Finance Document, unless directly caused by its gross negligence or wilful misconduct.»

<sup>154</sup> BGE 132 III 449, E. 2, S. 452 ff.; BGE 112 II 450, E. 3a, S. 454 ff.

<sup>155</sup> WIEGAND, BSK OR I, Art. 100 N 11.

<sup>156</sup> WEBER, BSK OR I, Art. 398 N 9.

<sup>157</sup> FELLMANN, BK OR, Art. 398 N 145 f.

<sup>158</sup> Vgl. LMA Standard Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, Clause 26.2 (Duties of the Agent): «[...] (f) The Agent's duties under the Finance Documents are solely mechanical and administrative in nature.» Und Clause 26.4 (No fiduciary duties): «(a) Nothing in this Agreement constitutes the Agent or the Arranger as a trustee or fiduciary of any other person. [...]»

stände informieren muss, die im Zusammenhang mit der Verwaltung des Kredits relevant sind, nicht aber über Gegebenheiten, die etwa Rückschlüsse auf die finanzielle Situation des Kreditnehmers zulassen. Aufgrund der üblichen Abgrenzung verschiedener Vertraulichkeitsbereiche innerhalb einer Bank durch sogenannte «Chinese Walls» müssen Informationen zum Kreditgeber, die in anderen Abteilungen der Bank anfallen oder generiert werden, nicht an die Kreditgeber weitergeleitet werden.<sup>159</sup> Somit fällt auch die Pflicht zur Weitergabe von Informationen ausser Betracht, die ein Mitglied des Konsortiums in seiner Funktion als Arrangeur bei der Zusammenstellung des Konsortiums erworben hat.<sup>160</sup> Diese Einschränkung ist vor allem dann relevant, wenn die Gesellschaft, die als Agent handelt, zugleich als Arrangeur tätig ist. Unseres Erachtens ist der Agent nicht verpflichtet, Informationen, die ihm als Arrangeur zugegangen sind, den Kreditgebern weiterzuleiten.

### 3. Treuepflicht der Kreditgeber

#### a) Allgemeines

Aufgrund des Zusammenschlusses der Kreditgeber in einer einfachen Gesellschaft als vertraglich begründete personenbezogene Risikogemeinschaft unterstehen die Kreditgeber einer Treuepflicht, die über das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben hinausgeht.<sup>161</sup> Diese bezieht sich nicht nur auf das Verhältnis der Kreditgeber zum Konsortium, sondern auch auf das Verhältnis untereinander. Zwar ist die Treuepflicht im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, sie manifestiert sich jedoch in verschiedenen Einzelbestimmungen. Neben dem Gebot von Art. 532 OR, gesellschaftsbezogenen Gewinn mit den anderen Gesellschaftern zu teilen, zeigt sich die Treuepflicht namentlich im Verbot des Art. 536 OR. Diese Bestimmung untersagt

---

<sup>159</sup> Vgl. MAURENBRECHER, Stellung, S. 1330 f.; eingehend ABEGGLEN, Wissenszurechnung, 354 ff. Nicht zuletzt aus diesem Grund sind die «Agency»-Abteilungen der Banken von den anderen Abteilungen regelmässig abgekoppelt.

<sup>160</sup> Bis zum Abschluss des Konsortialkreditvertrags handelte die Bank als Mäklerin im Auftrag des Kreditnehmers (siehe vorne Ziff. II.2.e)), so dass sie (vorbehältlich vorvertraglicher Aufklärungspflichten gegenüber potentiellen Syndikatsmitgliedern) nur diesem gegenüber zur Information verpflichtet ist und die anvertrauten bzw. erworbenen Informationen der (Bankgeheimnis-geschützten) Vertraulichkeitsverpflichtung gegenüber dem Kreditnehmer unterstanden bzw. unterstehen.

<sup>161</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 530 N 588 ff.; HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR, Art. 530 N 187 ff.

einem Gesellschafter, zum eigenen Vorteil Geschäfte zu betreiben, durch welche der Zweck der Gesellschaft vereitelt oder wesentlich beeinträchtigt würde.<sup>162</sup>

Die Treuepflicht ist weitgehend, aber nicht restlos dispositives Recht.<sup>163</sup> In ihrem unabdingbaren Kerngehalt beinhaltet sie die zwingende Pflicht zur Förderung des Zwecks der Gesellschaft.<sup>164</sup> Aus diesem Grund ist jeder Kreditgeber gehalten, sich nach Möglichkeit so zu verhalten, dass die Rückerstattung des Kredits gefördert wird.

Allerdings dürfen die Anforderungen an die Treuepflicht nicht überspannt werden. Umfang und Intensität der Treuepflicht hängen von der Art des Gemeinschaftsverhältnisses und von den Umständen ab.<sup>165</sup> Dabei ist zu beachten, dass der einzelne Konsortialkredit für jeden Kreditgeber ein Geschäft unter vielen ist und die Kreditgeber eine über das individuelle Kreditverhältnis hinausgehende Verbindung regelmässig ausschliessen wollen.<sup>166</sup> Aus diesem Grund muss sich die Treuepflicht auf Sachverhalte beschränken, die einen direkten inneren Zusammenhang zum betreffenden Kreditvertrag haben<sup>167</sup>. Dies ist von Bedeutung, weil sich aufgrund des auch international dominierenden Universalbankensystems Interessenkonflikte

---

<sup>162</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 530 N 590.

<sup>163</sup> Dies gilt auch für Art. 536 OR; vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR, Art. 536 N 26; zurückhaltend FELLMANN/MÜLLER, BK OR Art. 530 N 52. Entgegen dem dort statuierten Konkurrenzverbot und vorbehaltlich anderer Abmachungen ist es zulässig, dass ein Kreditgeber neben dem Konsortialkredit in weiteren Kreditbeziehungen zum Kreditnehmer steht.

<sup>164</sup> Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 530 N 598; vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR, Art. 530 N 27, der die Treuepflicht als «Pflicht zur Zweckförderung» bezeichnet.

<sup>165</sup> Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK OR, Art. 530 N 591. So ist anzunehmen, dass die Treuepflicht im Rahmen eines Club Deals aufgrund seiner verstärkt personenbezogenen Ausgestaltung höher ist als im Rahmen eines internationalen Konsortiums zur Gewährung eines Grosskredits. Trotzdem ist in beiden Fällen die Personenbezogenheit gegeben, weil in der Regel von vornherein nur solche Parteien Mitglied des Konsortiums werden können, die über eine gewisse Geschäftserfahrung und Risikofähigkeit verfügen.

<sup>166</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR Art. 530 N 602, sprechen davon, dass sich die Treuepflicht auf den durch den Gesellschaftszweck definierten mitgliedschaftlichen Bereich, und grundsätzlich nicht auf den «privaten» Bereich erstreckt.

<sup>167</sup> Kein innerer Zusammenhang besteht zwischen einem Konsortialkredit und einem bilateralen Kredit, den ein Mitglied des Konsortiums dem Kreditnehmer zusätzlich gewährt hat. Entsprechend kann der Kreditgeber, der dem Kreditnehmer auch noch einen bilateralen Kredit gewährt hat, diesen Kredit kündigen, ohne seine Treuepflicht unter dem Konsortialkredit zu verletzen.

nicht ausschliessen lassen. So ist es zulässig, dass eine kreditgebende Bank gleichzeitig einen Konkurrenten finanziert oder diesen bei Transaktionen zur Stärkung seiner Marktposition berät. Ebenso wenig ist beispielsweise zu beanstanden, wenn die Finanzanalyse-Abteilung eines Kreditgebers die Aktien des Kreditnehmers zum Verkauf empfiehlt.<sup>168</sup> Entsprechend gibt es anders als etwa bei einem Joint Venture keine umfassende Pflicht, Interessenkollisionen zu vermeiden oder den Gesellschaftsinteressen Vorrang einzuräumen.

In der Regel stellt es keine Verletzung der Treuepflicht dar, wenn ein Kreditgeber seine ihm unter dem Kreditvertrag eingeräumten Rechte wahrnimmt.<sup>169</sup> So ist es nicht zu beanstanden, wenn ein Kreditgeber von seinem Recht auf Übertragung seiner Kreditquote Gebrauch macht, auch wenn Zeitpunkt oder Erwerber nicht den Beifall der übrigen Syndikatsmitglieder finden.

#### **b) Handlungs- und Unterlassungspflichten**

Die Treuepflicht kann im Einzelfall Unterlassungs- wie auch Handlungspflichten begründen.<sup>170</sup> So kann es treuwidrig sein, wenn ein Kreditgeber Einzelkredite unter einer Unterkreditlimite («Ancillary Facility») kündigt, während die übrigen Kreditgeber gleichzeitig versuchen, den Kreditnehmer im Rahmen einer Sanierung zu stützen. Kein Verstoss gegen die Treuepflicht liegt darin, dass ein Kreditgeber sein Kreditrisiko durch Kauf von Kreditderivaten versichert. Dies gilt selbst dann, wenn sich der betreffende Kreditgeber «überversichert», er also im Fall einer Insolvenz des Kreditnehmers unter den Kreditderivaten mehr erhält als er unter dem Konsortialkredit abschreiben muss. Umgekehrt entbindet eine Risikoabsicherung den Kreditgeber nicht von seiner Treuepflicht gegenüber dem Konsortium oder den einzelnen Kreditgebern.

Aus der Treuepflicht abgeleitete Handlungspflichten können überall dort erwachsen, wo der Gesellschaftszweck mit gemeinsamen Kräften und

---

<sup>168</sup> Vgl. auch MAURENBRECHER, Stellung, 1328 ff., 1339 f. Dies ergibt sich im Bankgeschäft auch aus den regulatorisch angeordneten Informationsbarrieren; vgl. dazu eingehend ABEGGLEN, Wissenszurechnung, 330 ff. Vgl. auch Richtlinien zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Finanzanalyse vom Januar 2008 der Schweizerischen Bankiervereinigung, die in Ziff. 2.3 die Unabhängigkeit der Finanzanalyse von der Kreditabteilung vorschreibt.

<sup>169</sup> Vgl. zur Massgeblichkeit der vereinbarten Vertragspflichten, HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR, Art. 530 N 191.

<sup>170</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR Art. 530 N 592 ff.

Mitteln gefördert werden soll. Im Rahmen eines Konsortialkredits kann sich eine solche Handlungspflicht bei der Beschlussfassung über rein interne Geschäftsführungsangelegenheiten wie beispielsweise die Abberufung des Agenten ergeben. Bei einer solchen Beschlussfassung hat das Interesse des Konsortiums gegenüber den Einzelinteressen der Kreditnehmer grundsätzlich Vorrang.<sup>171</sup>

Allerdings gilt dieser Grundsatz nur dort, wo die Beschlussfassung die Rechte des Kreditgebers nicht tangiert. Lediglich Schrankenfunktion hat die Treuepflicht, wenn Kreditgeber Rechte ausüben, die ihnen zum Schutz ihrer eigenen Interessen und namentlich ihrer Vermögensrechte zustehen.<sup>172</sup> Auch wenn postuliert wird, dass die Gesellschafter verpflichtet sind, ihre Informations-, Kontroll-, Stimm- und Vermögensrechte im Rahmen des Konsortiums schonend auszuüben, so muss der einzelne Kreditgeber trotzdem keine wesentliche Beeinträchtigung seiner eigenen Interessen in Kauf nehmen. Soweit er nicht rechtsmissbräuchlich handelt, ist es ihm unbenommen, die ihm zustehenden Rechte zu wahren und diese nötigenfalls auch klageweise durchzusetzen.<sup>173</sup>

Besonders problematisch sind Sanierungen von Kreditnehmern. Soweit eine Sanierung einen Kapitalverzicht, eine Herabsetzung des Zinssatzes oder ähnliche Eingriffe erfordert, müssen die Kreditnehmer entsprechende Massnahmen regelmässig einstimmig beschliessen.<sup>174</sup> Stellt eine vorgeschlagene Sanierungsmassnahme die einzige praktikable Möglichkeit dar, die Verluste des Konsortiums zu begrenzen, kann die Verweigerung der Zustimmung rechtsmissbräuchlich sein, sofern keine gewichtige Gründe (wie beispielsweise eine unzulässige Ungleichbehandlung der Konsorten) gegen diese Massnahme sprechen.<sup>175</sup> Ob vernünftige Gründe zur Ablehnung bestanden oder eine gleichwertige Alternative zur Verfügung gestanden wäre, dürfte sich in der Praxis nicht zuletzt aufgrund des Abstimmungsverhaltens der Mitglieder des Konsortiums beurteilen. Selbst wenn eine Zustimmungsquote von 90 % und mehr nicht unumstösslich belegt, dass eine vorgeschla-

---

<sup>171</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR Art. 530 N 592.

<sup>172</sup> Dabei ist zu beachten, dass die ökonomischen Interessen der Syndikatsmitglieder nicht notwendigerweise deckungsgleich sind. So kann für ein Syndikatsmitglied eine Umwandlung von Darlehensforderungen in Eigenkapital akzeptabel sein, während andere die Kreditforderung möglichst ungeschmälert erhalten wollen.

<sup>173</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR Art. 530 N 594.

<sup>174</sup> Siehe vorne Ziff. II.2.d)dd).

<sup>175</sup> Vgl. HANDSCHIN/VONZUN, ZK OR, Art. 534-535 N 62; FELLMANN/MÜLLER, BK OR Art. 530 N 602, 604.



gene Massnahme den Erfolg einer Sanierung adäquat kausal bewirkt hätte, so kann eine solche Quote zumindest als Indiz dafür gelten, dass die Massnahme zielführend gewesen wäre. Verweigert ein Kreditgeber in einem solchen Fall seine Zustimmung ohne guten Grund, so kann diese Ablehnung zumindest im Innenverhältnis unbeachtlich sein.<sup>176</sup>

**c) Rechtsfolge**

Verletzt ein Kreditgeber seine Treuepflicht im Rahmen eines Konsortiums, wird er gegenüber den übrigen Konsortialbanken schadenersatzpflichtig.<sup>177</sup> Dasselbe Risiko tragen Konsortialbanken, die sich zu Unrecht über einen widerspenstigen Konsorten hinwegsetzen.<sup>178</sup> In beiden Fällen können die durch treuwidriges Verhalten verursachten Schäden erheblich sein. Dies gilt besonders dann, wenn die Vertragsverletzung zum Scheitern der Sanierung führt. Insoweit werden gerade in kritischen Situationen neben den ökonomischen Anreizen auch die Haftungsregeln dazu beitragen, dass die Konsorten unter Ausgleichung ihrer individuellen Interessen tragfähige Lösungen finden.

---

<sup>176</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR Art. 534 N 65.

<sup>177</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR Art. 530 N 60.

<sup>178</sup> FELLMANN/MÜLLER, BK OR Art. 534 N 65.



# Pfandbriefbasierte Kreditfinanzierungen

Johannes A. Bürgi und Elisabeth Moskric, Zürich\*

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	104
Materialien.....	106
I. Entwicklungen im Zuge der Finanzkrise.....	107
1. Rückblick: Pfandbriefe, Covered Bond, Securitisation.....	107
a) Renaissance bewährter Refinanzierungstechniken.....	107
b) Schweizer Pfandbriefe.....	107
c) Covered Bonds im EUR-Markt.....	110
d) Verbriefung (Securitisation).....	110
2. Repo-Transaktionen der Europäischen Zentralbank und weiterer Zentralbanken.....	112
3. «Limmat»-Transaktionen unter dem Schweizer Pfandbriefgesetz.....	112
4. Covered Bonds.....	113
II. Ausgewählte rechtliche Aspekte pfandbriefbasierter Finanzierungen.....	115
1. Rechtliche Anforderungen an den Sicherheitenpool.....	116
a) «Limmat»-Transaktionen.....	116
aa) Gesetzliches Konzept.....	116
bb) Charakteristika des Registerpfandrechts.....	116
b) Covered Bonds.....	117
aa) Anwendbarkeit des Faustpfandprinzips.....	117
bb) Vorliegen eines Weiterverpfändungstatbestands?.....	118
cc) Darlehensvertraglicher Rückerstattungsanspruch als zukünftige Forderung?.....	119
2. Lex Koller.....	120

---

\* Wir danken Dr. iur. Thomas Meister, LL.M. für die kritische Durchsicht der steuerrechtlichen Bemerkungen sowie lic. iur. Sandra Bühler Egli für ihre Hilfe bei der Bearbeitung der Fussnoten.

a) «Limmat»-Transaktionen.....	120
b) Covered Bonds .....	121
3. Limited Recourse und Non-Petition Bestimmungen.....	122
a) «Limmat»-Transaktionen.....	122
b) Covered Bonds .....	123
aa) Limited Recourse Bestimmungen.....	123
bb) Non-Petition Bestimmungen.....	125
4. Regulatorische Aspekte.....	126
a) «Limmat»-Transaktionen.....	126
b) Covered Bonds .....	127
5. Insolvenzrechtliche Aspekte.....	127
a) «Limmat»-Transaktionen.....	127
b) Covered Bonds .....	128
aa) Grundzüge des Bankenkonnkursverfahrens.....	128
bb) Isolierung des Sicherheitenpools.....	130
cc) Paulianische Anfechtung .....	130
6. Steuerliche Aspekte.....	132
a) «Limmat»-Transaktionen.....	132
b) Covered Bonds .....	133
aa) Verrechnungssteuer .....	133
bb) Emissions- und Umsatzabgabe.....	134
III. Ausblick.....	135

## Literaturverzeichnis

Stand der Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 30. Juni 2010.

BAUER THOMAS, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005.

– in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, 2 Bände, Band II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2007.

BAUER THOMAS/HAAS CHRISTIAN, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005.

BLOCH MICHAEL/SCHMID JOERG, Switzerland, in: ECBC European Covered Bond Fact Book 2009, 295 ff.

BRÜHLMANN WALTHER, Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. Juni 1930, Zürich 1931.

- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- BÜRGI JOHANNES A./MÜLLER THOMAS S., Bankenaufsichtsrechtliche Entwicklungen in der Schweiz, in: Simon G. Grieser/Manfred Heemann (Hrsg.), Bankaufsichtsrecht, Frankfurt a.M. 2010, 267 ff.
- GAUCH PETER, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, Band II, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008.
- HAAS CHRISTIAN, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005.
- HESS MARTIN, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005.
- HUNZIKER LAURA, Der schweizerische Pfandbrief, Diss. Zürich 1986.
- JAEGER RAPHAEL/HAUTLE THOMAS, Bankenkonzern und Einlagensicherung in der Schweiz, in: AJP 2009, 395 ff.
- JORDAN THOMAS J., Finanzierung von Hypotheken: Pfandbriefe und Verbriefungen im Lichte der FINANZKRISE, Referat anlässlich der Generalversammlung der Pfandbriefbank Schweizerischer Hypothekarinstitute, Mai 2008 (zit. JORDAN, Finanzierung).
- Finanzkrise vor dem Ende – Konjunktur vor der Wende?, Referat anlässlich der Generalversammlung des Handels- und Industrievereins des Kantons Schwyz, August 2009 (zit. JORDAN, Finanzkrise).
  - Immobilien, Hypotheken und Geldpolitik, Kurzfassung des Referats anlässlich des IAZI, Schweizer Immobilienkongresses 2009, November 2009 (zit. JORDAN, Geldpolitik).
  - Mit einem Traditionsinstrument gegen die Kreditklemme – Schweizer Pfandbriefe können bei der Wiederbelebung des eingefrorenen Interbankenmarktes einen wichtigen Beitrag leisten, in: Neue Zürcher Zeitung vom 27. Februar 2009 (zit. JORDAN, Pfandbriefe).
- KAUFMANN THOMAS, Der Einsatz eines Hypothekenportfolios einer Bank als Sicherheit bei der Refinanzierung, Diss. Zürich 2005.
- KLEINER BEAT/SCHWOB RENATE, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz (Begründer), Dieter Zobl et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 18. Nachlieferung, Zürich 2009.
- KROLL MARKUS J./BÜRGI JOHANNES A./SAUTER ULRICH C., Securitisation in der Schweiz, in: IFF Forum für Steuerrecht, Nr. 4, St. Gallen 2002, 251 ff.
- MÜHLEBACH URS/GEISSMANN HANSPETER, Lex F.: Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986.
- OESTERHELT STEFAN/WINZAP MAURUS, Quellensteuern bei hypothekarisch gesicherten Kreditverträgen, in: IFF Forum für Steuerrecht 2008/1, 28 ff.
- PETER HANSJÖRG, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bände, Band II, Basel/Genf/München 1998.

- SCHWOB RENATE, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz (Begründer), Dieter Zobl et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 18. Nachlieferung, Zürich 2009.
- STAEHELIN ADRIAN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bände, Band III, Basel/Genf/München 1998.
- TERCIER PIERRE, Le droit des obligations, 4. Aufl., Zürich 2009.
- VOLLENWEIDER MARKUS F., Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, Diss. Freiburg 1994.
- WEISS STEFAN, Der Register-Schuldbrief: Kritische Analyse des Schuldbriefrechts unter besonderer Berücksichtigung des bundesrätlichen Entwurfs vom 27. Juni 2007, Diss. Luzern 2009.
- WITMER JÖRG, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, Diss. St. Gallen 1999.
- ZOBL DIETER, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. Abteilung, 5. Teilband, 1. Unterteilband, 2. Aufl., Bern 1982.
- Zur Verbriefung von Hypothekarforderungen, in: Rainer J. Schweizer et al. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, 289 ff.

## Materialien

- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland – Wegleitung für die Grundbuchämter, Bern 2009.
- EBK-Jahresbericht 2008, abrufbar unter: <[www.finma.ch/d/finma/publikationen/Seiten/jahresberichte.aspx](http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Seiten/jahresberichte.aspx)>.
- EStV-Merkblatt «Anlagen in Schweizerfranken von Inländern bei ausländischen, rechtlich unselbständigen Filialen inländischer Banken» vom 15. Dezember 1986.
- EStV-Merkblatt S-02.122.1 (4.99) betreffend Obligationen vom April 1999, abrufbar unter: <[www.estv.admin.ch](http://www.estv.admin.ch)>, Verrechnungssteuer, Dokumentation.
- SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Zirkular Nr. 6746 an die Mitgliedbanken vom 29. Juni 1993 betreffend Anleihen ausländischer Tochtergesellschaften mit Garantie der schweizerischen Muttergesellschaft.

## **I. Entwicklungen im Zuge der Finanzkrise**

### **1. Rückblick: Pfandbriefe, Covered Bond, Securitisation**

#### **a) Renaissance bewährter Refinanzierungstechniken**

Not macht bekanntlich erfinderisch: Im Zuge der weltweiten Finanzkrise begannen sich Banken, Regulatoren und die Politik gleichermassen auf bewährte Refinanzierungstechniken zurückzubesinnen, welche nach dem vorübergehend praktisch vollständigen Zusammenbruch der Märkte für Verbriefungen (Securitisation) und insbesondere des Interbankenmarktes dringend benötigte Liquidität beschaffen und Vertrauen wieder neu aufbauen helfen sollten. Diese Entwicklung hat pfandbriefähnlichen Refinanzierungstechniken, insbesondere in Europa und in der Schweiz, zu einer unerwarteten Renaissance verholfen.<sup>1</sup> Das Prinzip ist dabei so einfach wie einleuchtend: Anstelle von ungesicherten Interbankenkrediten wird versucht, zu Gunsten der Kreditgeber zusätzliche Sicherheiten bereit zu stellen.

#### **b) Schweizer Pfandbriefe**

Der schweizerische Pfandbrief ist keine neue Erfindung, das entsprechende Gesetz stammt aus dem Jahre 1930.<sup>2</sup> Unter dem Pfandbriefgesetz sind zwei Pfandbriefzentralen ermächtigt, Pfandbriefe auszugeben. Anders als z. B. beim deutschen Pfandbrief sind es also nicht die Mitgliedsbanken selbst, welche Pfandbriefe emittieren können. Den beiden Pfandbriefzentralen sind Banken als Mitglieder angeschlossen, welche von den Pfandbriefzentralen Darlehen beziehen können, die ihrerseits durch Grundpfand- oder Faustpfandforderungen der Mitglieder gegen ihre Hypothekarschuldner gedeckt sein müssen.<sup>3</sup> Die Pfandbriefe sind damit indirekt durch Grundpfandrechte abgesichert. Dieses indirekte gesetzliche Grundpfandrecht der Pfandbriefinvestoren wird u.E. häufig etwas verkürzt dargestellt.

Der Schweizer Pfandbriefmarkt war immer schon ein wichtiger und relativ grosser Markt, wenn er auch durchaus noch grösser sein könnte.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> JORDAN, Finanzierung, 11 ff.

<sup>2</sup> Pfandbriefgesetz (PfG) vom 25. Juni 1930, SR 211.423.4.

<sup>3</sup> Art. 19 PfG.

<sup>4</sup> JORDAN, Finanzierung, 12: «... stellt sich die Frage, wieso der Pfandbrief als Refinanzierungsinstrument in der Schweiz von den Banken nicht schon bis anhin in grösserem Umfang genutzt wurde. Historisch wurden nur zwischen 5 und 10 Prozent des Hypothekarvolumens verpfändet.» Gemäss Information aus Bankenkreisen liegt der Grund darin, dass der relative Kostenvorteil der Pfandbriefe im Verhältnis zu unbesicherten

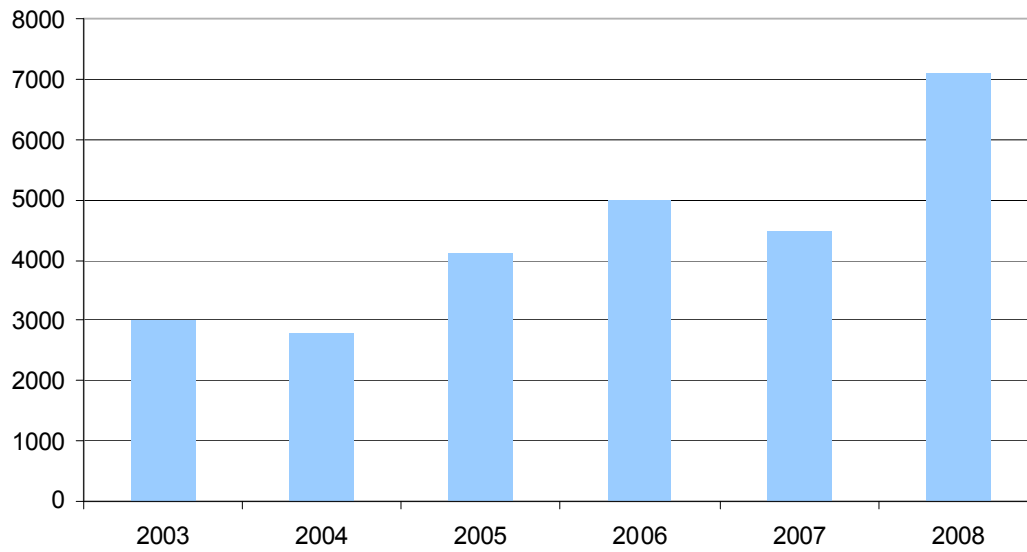


Abb.: Emission schweizerischer Pfandbriefe, 2003-2008, €M (Quelle: EMF/ECBC)<sup>5</sup>

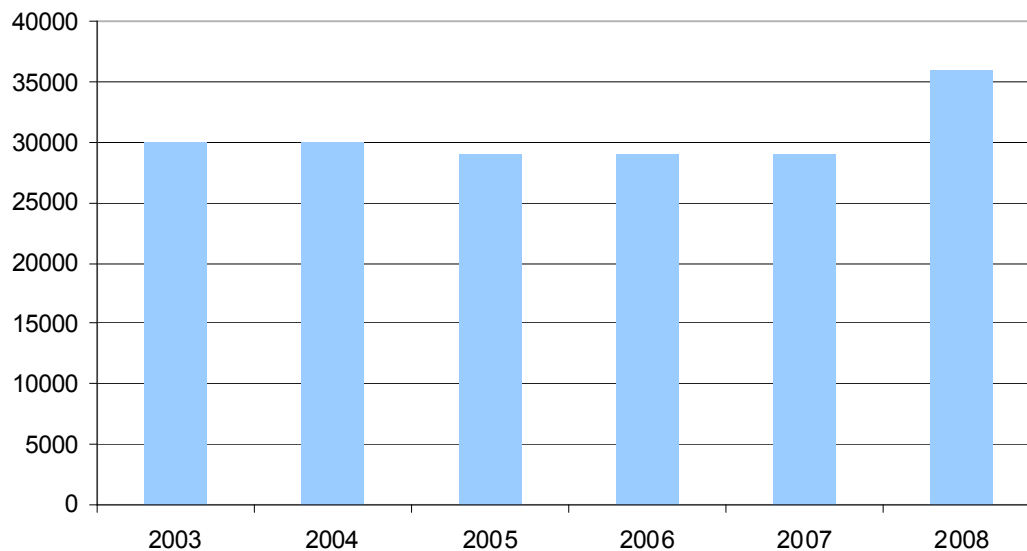


Abb.: Ausstehende schweizerische Pfandbriefe, 2003-2008, €M (Quelle: EMF/ECBC)<sup>6</sup>

---

Anleihen vor Ausbruch der Finanzkrise zu gering war, um den mit dieser Refinanzierungsart verbundenen Aufwand (insbesondere Bewirtschaftung des Deckungsstocks, zeitliche Koordination, etc.) zu kompensieren.

<sup>5</sup> Bloch/Schmid, ECB 2009, 302.

<sup>6</sup> Bloch/Schmid, ECB 2009, 302.



Das schweizerische Pfandbriefsystem zeichnet sich durch zweifache mittelbare gesetzliche Pfandrechte aus.<sup>7</sup> Schematisch lässt sich das System wie folgt darstellen:

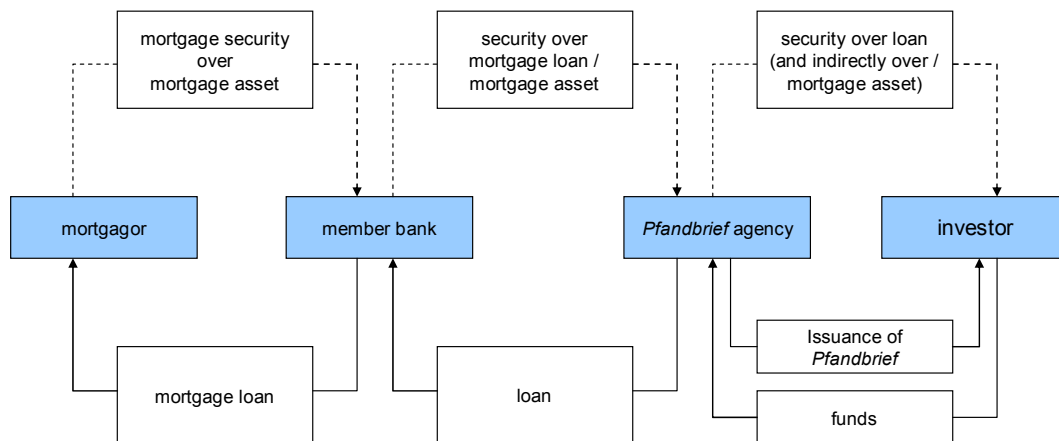


Abb.: Das schweizerische Pfandbriefsystem

Gewisse Details der Schweizer Pfandbriefgesetzgebung offenbaren aber auch überraschende Schwächen: Das durch die Mitgliedbanken zu führende Pfandregister (aus dem der Deckungsstock ersichtlich ist) ist weder öffentlich, geschweige denn genießt dieses Pfandregister öffentlichen Glauben wie etwa das Grundbuch. Entsprechend wären gutgläubige Dritte, welche zum Deckungsstock gehörende Vermögenswerte erwerben, wohl gegenüber den Pfandbriefzentralen und Pfandbriefinvestoren in ihrem Erwerb geschützt; das gesetzliche Pfandrecht der Pfandbriefzentralen und Pfandbriefinvestoren würde unter solchen Umständen ins Leere laufen. Natürlich ist das Pfandbriefwesen Gegenstand der Prüfung durch externe Revisionsstellen und untersteht als bewilligungspflichtige Tätigkeit der Oberaufsicht durch die FINMA, wodurch die Einhaltung der gesetzlichen Erfordernisse bestmöglich sichergestellt werden soll. Weiter dient das relative tiefe Loan-to-Value-Ratio der Hypothekendarlehen im Deckungsstock wirtschaftlich als Schutz vor allfälligen Ausfällen infolge von Strukturrisiken.<sup>8</sup> Trotzdem ist es u.E. erstaunlich, dass ein solches strukturelles Risiko offenbar allgemein akzeptiert wird; eine solche strukturelle Unsicherheit wäre z. B. in einer Verbriefungstransaktion in aller Regel undenkbar. Auch der praktische Ablauf einer Vollstreckung der Pfandbriefinvestoren bzw. der Pfandbriefzentralen

<sup>7</sup> Vgl. hinten II.1.a.aa.

<sup>8</sup> Allenfalls wird der papierlose Registerschuldbrief in Zukunft diesbezüglich gewisse Verbesserungen bringen; vgl. dazu hinten II.1.a.bb.

ist weitgehend ungetestet. Der unseres Wissens bisher einzige Fall betrifft die Spar- und Leihkasse Thun: Hier wurde der entsprechende Darlehens- und Sicherheitenpool an andere Mitgliedbanken verkauft; entsprechend stellte sich die effektive Vollstreckungsproblematik nicht.<sup>9</sup>

### c) Covered Bonds im EUR-Markt

Auch das europäische Ausland kennt seit jeher Pfandbriefe oder pfandbrief-ähnliche Emissionsstrukturen (hier zusammengefasst als «Covered Bonds» bezeichnet). Solche Covered Bonds sind häufig allerdings nicht mit dem Schweizer Pfandbrief zu vergleichen, weichen die regulatorischen Rahmenbedingungen doch erheblich voneinander ab, so dass sich die Produkte kaum vergleichen lassen. Von deutschen Pfandbriefbanken ausgegebene deutsche Pfandbriefe dürfen z. B. auch durch im Ausland belegene Immobilien besicherte Hypothekendarlehen in ihren sog. Deckungsstock aufnehmen. Eine der grössten deutschen Pfandbriefbanken war die Hypo Real Estate Bank AG, welche bekanntlich vom deutschen Staat gerettet werden musste und heute als Deutsche Pfandbriefbank AG firmiert.

### d) Verbriefung (Securitisation)

Daneben hat sich das Instrument der Verbriefung (Securitisation) als effizientes Refinanzierungsinstrument entwickelt. Unter Securitisation oder Verbriefung wird in aller Regel die Umwandlung von nicht liquiden Finanzaktiva in liquide Wertpapiere (asset-backed securities oder ABS) verstanden. Unter dem Begriff «asset-backed securities» werden die aus einer securitisation hervorgehenden Wertpapiere verstanden, d. h. Wertpapiere, die Zahlungsansprüche gegen eine Einzweckgesellschaft (sogenanntes special purpose vehicle, SPV) beinhalten. Die Zahlungsansprüche werden dabei durch Aktiven (assets) gedeckt (backed), welche das special purpose vehicle vom sogenannten Originator erworben hat und welche im Wesentlichen den Investoren und Inhabern der asset-backed securities als Haftungssubstrat zur Verfügung stehen. Das Verpacken von illiquiden Aktiven in liquide Wertpapiere erlaubt eine vom Unternehmen, welches die Aktiven generiert hat, losgelöste Finanzierung der Aktiven. Als mögliche Aktiven kommen praktisch alle denkbaren Finanzaktiven in Betracht. So wurden in der Schweiz bisher unter anderem folgende Aktiven verbrieft: Handelsforderungen, Leasingforderungen, Hypothekarkredite, Warenlager, Forderungen

---

<sup>9</sup> BLOCH/SCHMID, ECB 2009, 300.

aus Sport-Vermarktungsverträgen, Settlement-Risiken, Forderungen aus der Benutzung von Warenhauskreditkarten etc.<sup>10</sup>

Schematisch lässt sich z. B. eine Verbriefung von Hypothekendarlehen wie folgt darstellen:

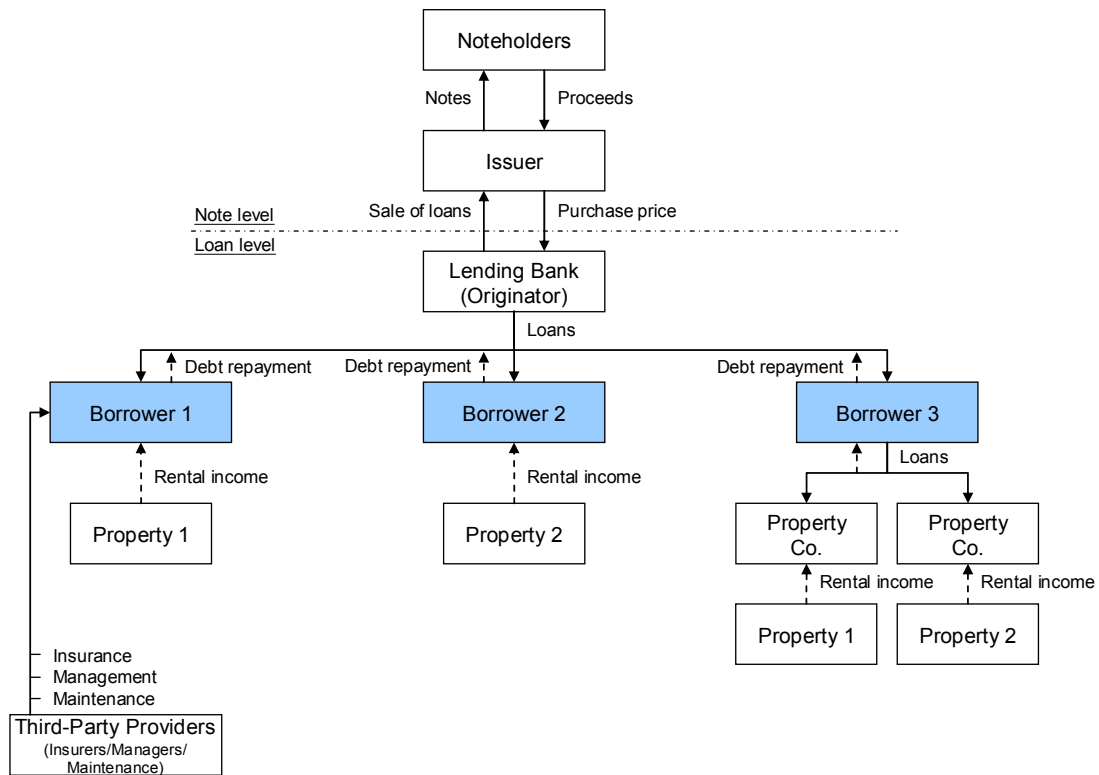


Abb.: Beispiel einer True Sale Verbriefung von Hypothekendarlehen

Ein wesentlicher Unterschied zu Pfandbriefen oder Covered Bonds besteht darin, dass bei Verbriefungen in der Regel nicht nur ein reines Refinanzierungsziel verfolgt wird, sondern damit verbunden in der Regel auch ein (teilweiser oder vollständiger) Transfer der Kreditrisiken einhergeht.

Ein näherer Blick auf pfandbriefbasierte Refinanzierungstechniken macht schnell klar, dass sich diese Techniken über weite Strecken mit den bei Verbriefungen eingesetzten Techniken der Isolation von Risiken, Besicherung von Assets und Strukturierung der Gläubigerklassen decken. Entsprechend scheint die häufig geäußerte Fundamentalkritik an Verbriefungen bzw. Verbriefungstechniken wenig gerechtfertigt.

<sup>10</sup> Vgl. dazu KROLL/BÜRGI/SAUTER, Securitisation, 251 ff.

## **2. Repo-Transaktionen der Europäischen Zentralbank und weiterer Zentralbanken**

Die Europäische Zentralbank (EZB) hat ab 2008 zur Stützung der Finanzmärkte und zwecks Überbrückung des brachliegenden Interbankenmarktes im grossen Stil Repo-Programme installiert, unter denen die EZB europäischen Banken gegen Hingabe von Notes aus Verbriefungen (asset-backed securities) Liquidität zur Verfügung stellte. Diese Repo-Programme wurden von den Banken bereitwillig genutzt und haben u. a. in Deutschland dazu geführt, dass sogar spezifische Verbriefungstransaktionen strukturiert wurden, um an diesen Repo-Programmen teilnehmen zu können, da es einfacher war, Notes bei der EZB gegen Liquidität einzutauschen als die den Notes z. B. unterliegenden Immobiliendarlehen auf andere Weise zu refinanzieren. Verschiedene Nationalbanken, insbesondere die englische Zentralbank, haben ähnliche Repo-Programme installiert.

Mit dem Abflauen der direkten Auswirkungen der Finanzkrise auf den Interbankenmarkt hat die EZB still und leise die Kriterien unter den Repo-Programmen für asset-backed securities laufend verschärft.<sup>11</sup>

## **3. «Limmat»-Transaktionen unter dem Schweizer Pfandbriefgesetz**

Der Schweizer Pfandbrief erlebte im Zuge der Finanzkrise eine beachtliche Weiterentwicklung, indem das Instrument dazu verwendet wurde, die den beiden Schweizer Grossbanken aus dem Abfluss von Kundengeldern resultierende, teilweise reduzierte Liquidität in bilateralen Transaktionen von anderen Finanzinstituten, welchen Kundengeldern zuzuflossen, wieder zuzuführen.<sup>12</sup> Die «Limmat»-Transaktionen dienten dabei insbesondere als Ersatz für die durch die Finanzkrise faktisch zum Erliegen gekommene Möglichkeit der Banken, mittel- bis langfristige Finanzierungen auf ungedeckter Basis zu tätigen. Die Transaktionen wurden in enger Zusammenarbeit mit der Schweizerischen Nationalbank und der FINMA strukturiert und stellen u.E. eine ausgezeichnete Alternative zu den im Ausland praktizierten direkten Staatshilfen und anderen Formen von Staatsinterventionen dar.

---

<sup>11</sup> Vgl. zur volkswirtschaftlichen Analyse in der Schweiz JORDAN, Finanzkrise, 2 ff.

<sup>12</sup> Vgl. dazu JORDAN, Geldpolitik, 4 ff.

Die folgende Grafik illustriert eine dieser Transaktionen schematisch. Die Darlehensnehmerin verpfändet qua Pfandbriefgesetz einen Teil ihrer Hypothekendarlehen für ein durch die Pfandbriefbank gewährtes Darlehen, während die Pfandbriefbank Pfandbriefanleihen ausgibt, die von denjenigen Banken gezeichnet werden, welche Liquiditätsüberschüsse verzeichnen.<sup>13</sup>

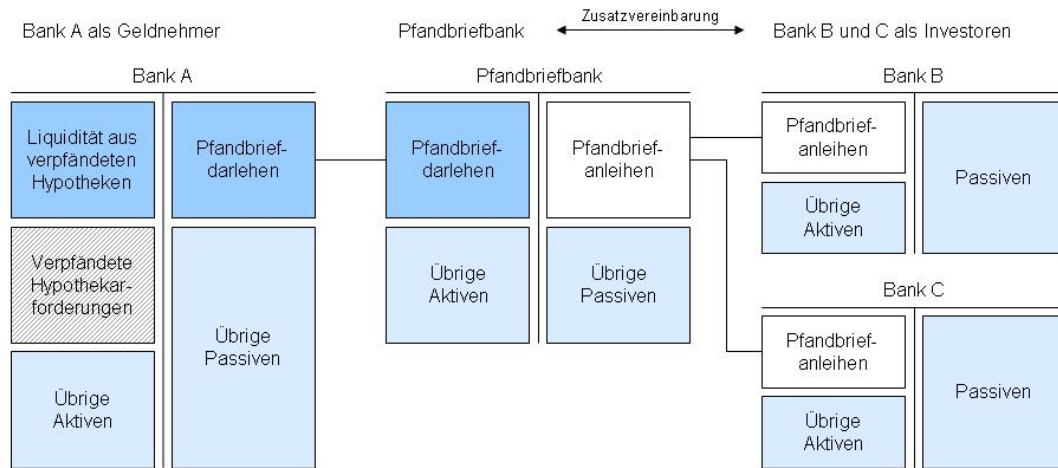


Abb.: Illustration einer «Limmat»-Transaktion (Quelle: SNB/NZZ)

#### 4. Covered Bonds

Während die Schweiz einen privatwirtschaftlichen Weg ging, wurden im Ausland verschiedene Banken mit direkten Staatshilfen gestützt oder es wurden staatlich garantierte Anleihen in Form von Covered Bonds durch Geschäftsbanken emittiert.

<sup>13</sup> Vgl. dazu JORDAN, Pfandbriefe, 25.

Bei Covered Bonds findet kein Verkauf der Hypothekendarlehensforderungen und kein Risikotransfer statt. Die folgende Grafik veranschaulicht eine typische Covered Bond Struktur, wie sie im Euromarkt üblich ist:

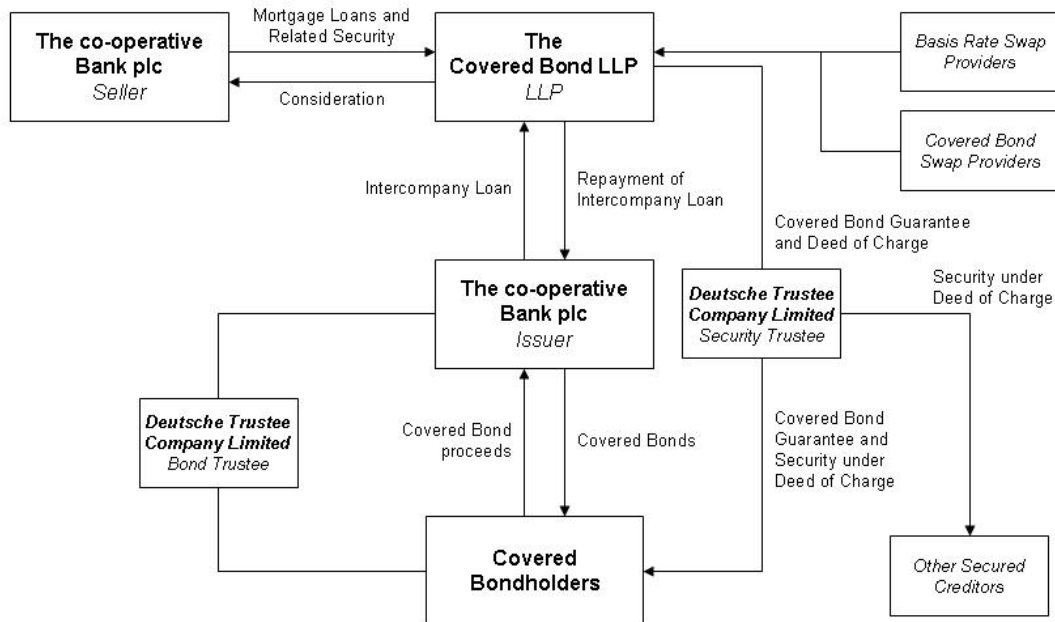


Abb.: The Co-Operative Bank plc: Global Covered Bond Programme

Die UBS AG betrat mit ihrem 2009 aufgelegten Covered Bond Programm für die Schweiz Neuland. Unter dem Programm emittiert die englische Zweigniederlassung der UBS AG Anleihen in EUR und anderen Währungen. Die Anleihen werden durch die Garantie besichert, welche durch eine Schweizer Tochtergesellschaft der UBS AG zu Gunsten der Gläubiger der Anleihe bzw. des Trustee gestellt wird. Die Garantie der Tochtergesellschaft wird durch an die Tochtergesellschaft zedierte, durch sicherungsübereignete Schuldbriefe gesicherte Hypothekarforderungen gedeckt. Die als Sicherheit für die abgetretenen Hypothekarforderungen dienenden Schuldbriefe werden dabei an die Tochtergesellschaft mittels Besitzesweisung nach Art. 924 Abs. 2 ZGB übertragen und gemäss einem Collateral Holding Agreement durch die SIX SIS AG für die Tochtergesellschaft aufbewahrt. Die Vertragsdokumentation mit den Hypothekarschuldern sieht die Zustimmung zur Übertragung der Schuldbriefe und eine Entbindung vom Bankgeheimnis vor, wie es dem heutigen Standard für Kreditdokumentationen schweizerischer Banken entspricht.

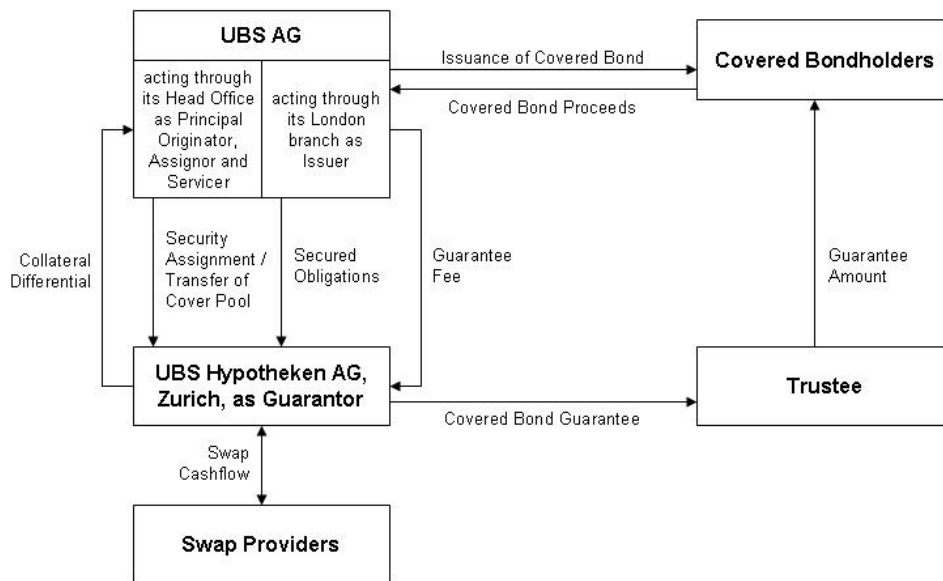


Abb.: UBS Covered Bond Programm (Quelle: UBS AG)

## II. Ausgewählte rechtliche Aspekte pfandbriefbasierter Finanzierungen

Die vorstehenden Ausführungen haben die Grundzüge von Pfandbriefanleihen sowie der Ausgabe von Covered Bonds aufgezeigt. Wie dargelegt, handelt es sich bei der erstgenannten Refinanzierungstechnik um ein spezialgesetzlich vorgesehenes Institut, dies im Unterschied zu Covered Bonds und den im Markt vormals dominierenden Verbriefungstechniken. Diese Divergenz wirkt sich auf verschiedene transaktionsrelevante Aspekte aus, was es im Rahmen der Strukturierung einer entsprechenden Transaktion zu berücksichtigen gilt. Nachfolgend sollen einige der zentralen Elemente etwas näher dargestellt werden.

## 1. Rechtliche Anforderungen an den Sicherheitenpool

### a) «Limmat»-Transaktionen

#### aa) Gesetzliches Konzept

Das pfandrechtliche Sicherungskonzept, welches die in schweizerischen Pfandbriefen verkörperten Anleiheobligationen sicherstellt, besteht aus einem mehrstufigen Sicherungsmechanismus in Form folgender Pfandrechte:<sup>14</sup>

- Mittelbares gesetzliches Pfandrecht der Pfandbriefinhaber an sämtlichen im Pfandregister der Pfandbriefzentralen eingetragenen Darlehensforderungen der Pfandbriefzentralen gegenüber den Mitgliedbanken sowie den (soweit im gesetzlich vorgesehenen Umfang vorhandenen) Gülden (Art. 18 i.V.m. Art. 14 PfG).<sup>15</sup>
- Mittelbares gesetzliches Pfandrecht der Pfandbriefzentralen in Form einer Mobiliarhypothek an der im Pfandregister der Mitgliedbanken eingetragenen Deckung in Form von Grundpfand- oder Faustpfandforderungen der Mitglieder gegenüber ihren Hypothekarschuldern (Art. 23 i.V.m. Art. 19 PfG).

Art. 19 PfG hält dabei fest, dass die Mitgliedbanken die ihnen von den Pfandbriefzentralen gewährten Darlehen ausschliesslich zur grundpfandgesicherten Kreditgewährung verwenden dürfen, wodurch erreicht wird, dass der gesamte pfandbriefgesetzliche Sicherheitenpool direkt oder indirekt grundpfandrechtl. Sicherheit bietet.

#### bb) Charakteristika des Registerpfandrechts

Während sich die Bestellung der grundpfändlichen Sicherheiten bei der Gewährung von Hypothekarkrediten durch die Mitgliedbanken nach den allgemeinen Regeln des ZGB richtet, welche insbesondere die Beachtung des Faustpfandprinzips erfordern, stellen die sich aus Art. 18 und 23 PfG ergebenden mittelbaren gesetzlichen Pfandrechte spezialgesetzlich vorgesehene Registerpfandrechte dar, welche zu ihrer Errichtung keiner Besitzübertra-

---

<sup>14</sup> Vgl. dazu ausführlich HUNZIKER, Pfandbrief, 125 ff.

<sup>15</sup> Hierbei handelt es sich um die Deckung für Darlehen an die Mitgliedbanken. Bei der Darlehensvergabe an Nichtmitgliedbanken sind demgegenüber die erforderlichen Deckungswerte in Form von für geeignet befundenen Grundpfandforderungen und Ergänzungswerten der Pfandbriefzentrale im Sinne eines Konstitutiverfordernisses für die Errichtung des Pfandrechts abzuliefern (Art. 26 PfG; vgl. dazu BRÜHLMANN, Pfandbriefgesetz, 83).



gung bedürfen. Ihre Entstehung hängt ausschliesslich vom erfolgten Registereintrag ab, welcher das dingliche Verfügungsgeschäft repräsentiert. Nicht zu Unrecht werden diese Registerpfandrechte indes in der Literatur als nicht ungefährlich bezeichnet, da mangels Anwendbarkeit des Faustpfandprinzips die Sicherungsobjekte des Sicherheitenpools nicht aus dem Verfügungsbereich der betreffenden Pfandschuldner ausgeschieden werden. Obwohl die Übereinstimmung des Registers mit den tatsächlich vorhandenen Schuldbriefbeständen der einzelnen Banken periodisch überprüft wird, können unberechtigte Verfügungen über die zum Sicherheitenpool gehörenden Schuldbriefe faktisch nicht verhindert werden. Ein gutgläubiger Erwerb solcher Titel ist mangels öffentlichen Glaubens des Pfandregisters im Einklang mit den allgemeinen Regeln grundsätzlich möglich.<sup>16</sup> Diesem rechtlichen Nachteil des pfandbriefgesetzlichen Registerpfandrechts könnte durch die Überführung dieser Daten in ein idealerweise zentral geführtes Register, welches öffentlichen Glauben genießt, relativ einfach Abhilfe geschaffen werden.<sup>17</sup>

## **b) Covered Bonds**

Im Gegensatz zu den Pfandbriefen basiert die Ausgabe von Covered Bonds sowie die Verbriefung von Hypothekendarlehen auf rein vertragsrechtlichen Strukturen, was die Beachtung der einschlägigen sachenrechtlichen Bestimmungen und Prinzipien bei der Aufsetzung der entsprechenden Strukturen erforderlich macht.

### **aa) Anwendbarkeit des Faustpfandprinzips**

Gemäss Art. 717 Abs. 1 ZGB ist ein Eigentumsübergang mittels Besitzkonstitut Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist. Ob ein solcher Umgehungstatbestand vorliegt, beurteilt sich nicht gestützt auf den subjektiven Parteiwillen. Eine Umgehung wird vielmehr bereits dann angenommen, wenn eine Übereignung durch Besitzkonstitut die Sicherung einer Forde-

---

<sup>16</sup> HUNZIKER, Pfandbrief, 136.

<sup>17</sup> Alternativ wäre insbesondere vor dem Hintergrund der Einführung des Registerschuldbriefs denkbar (Art. 857 E-ZGB; dazu eingehend WEISS, Registerschuldbrief, 107 ff.), mittels einer ergänzenden Bestimmung im Pfandbriefgesetz vorzusehen, dass die Zugehörigkeit der betreffenden Schuldbriefe zum Sicherheitenpool im Grundbuchauszug reflektiert sein muss.

zung bezweckt.<sup>18</sup> Das Faustpfandprinzip ist somit auch im Rahmen einer Sicherungsübereignung zu berücksichtigen.<sup>19</sup>

Das Faustpfandprinzip erfordert einen qualifizierten Pfandbesitz, wonach der Verpfänder von der Ausübung der Sachherrschaft über das Pfandobjekt ausgeschlossen sein muss. Dieses muss dabei nicht in die ausschliessliche Gewalt des Pfandgläubigers übergehen; es ist ausreichend, wenn der Verpfänder beziehungsweise der Übereigner der Sicherheiten nicht mehr im alleinigen Besitz der Pfandsache ist und unter Ausschluss des Pfandgläubigers auch nicht mehr faktisch über den Gegenstand verfügen kann.<sup>20</sup> Die Frage nach der Inhaberschaft des Besitzes ist dabei gestützt auf die effektive Sachlage zu beantworten.

Das Faustpfandprinzip erlaubt damit Mitbesitz am Sicherungsgegenstand durch Verpfänder und Pfandgläubiger, sofern diese Personen im Sinne von Gesamtbesitz nur gemeinsam über die Sache verfügen können. Steht die faktische Verfügungsmacht über den Sicherungsgegenstand jeder dieser Parteien allein zu, liegt Mitbesitz im engern Sinn vor, welcher keine taugliche Besitzesform für eine Sicherungsübereignung oder ein Faustpfand darstellt.<sup>21</sup>

#### **bb) Vorliegen eines Weiterverpfändungstatbestands?**

Als Weiterverpfändung bezeichnet man jenen Vorgang, bei dem der Faustpfandgläubiger resp. Sicherungseigentümer das in seinem Besitz stehende Pfandobjekt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten zwecks Sicherstellung einer eigenen oder fremden Schuld verpfändet. Pfandobjekt bildet dabei die Pfandsache selbst, nicht etwa die Pfandforderung oder das Pfandrecht an sich. Eine Weiterverpfändung liegt m.a.W. immer dann vor, wenn das Pfandobjekt losgelöst vom ursprünglichen Sicherungsvertrag als Realsicherheit weiterverwendet wird, da in dieser Konstellation die Beschränkung der Pfandhaft auf die Pfandforderung gemäss Pfandvertrag dem Pfandgeber gegenüber nicht mehr gewährleistet ist, was eine Verschlechterung seiner Rechtsposition darstellt.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> BK-ZOBL, Syst. Teil vor Art. 884 ZGB N 1408. Für eine objektive Auslegung auch VOLLENWEIDER, Sicherungsübereignung, 25.

<sup>19</sup> Vgl. BSK ZGB II-BAUER, vor Art. 884 N 35 m.w.N.

<sup>20</sup> Vgl. dazu eingehend BK-ZOBL, Art. 884 ZGB N 518 ff. m.w.N.; BSK ZGB II-BAUER, Art. 884 N 59 f.

<sup>21</sup> BK-ZOBL, Art. 884 ZGB N 539 sowie Syst. Teil vor Art. 884 ZGB N 1409 f.

<sup>22</sup> BK-ZOBL, Art. 887 ZGB N 1 ff.; ZOBL, FS Druey, 302.

Verpfändet eine Bank im Rahmen einer Covered Bond Transaktion sicherungsübereignete Schuldbriefe zwecks Sicherstellung der übertragenen Hypothekarkredite, riskiert der Bankkunde als ursprünglicher Sicherungsgeber resp. Hypothekarschuldner, dass an den Schuldbriefen, welche die Bank hierbei in eigenem Namen und auf eigene Rechnung überträgt, Retentions- oder andere Zurückbehaltungsrechte geltend gemacht werden. Aufgrund der gesetzlichen Ausgangslage kann dies gemäss herrschender Lehre beim Retentionsrecht im Falle der nachträglichen (oder dem Gläubiger erst nachträglich bekannten) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäss Art. 897 ZGB nicht wegbedungen werden. Damit fehlt die Limitierung der Haftung der Schuldbriefe für die ursprünglich gesicherte Forderung, was gemäss herrschender Lehre eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Hypothekarschuldners darstellt und damit zur Qualifizierung des Übertragungsvorganges als Weiterverpfändung führt.<sup>23</sup>

Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Bank das Sicherungseigentum am Schuldbrief unter gleichzeitiger Übertragung des Sicherungsvertrages überträgt. Der Sicherungsnehmer ist in diesem Fall nicht berechtigt, das Sicherungseigentum für irgendwelche Forderungen gegenüber der Bank in Anspruch zu nehmen, weshalb keine Verschlechterung der Rechtsstellung des Hypothekarschuldners eintritt. Dieser Vorgang fällt damit nicht in den Anwendungsbereich der Weiterverpfändungsvorschriften.<sup>24</sup>

**cc) Darlehensvertraglicher Rückerstattungsanspruch als zukünftige Forderung?**

Vor dem Hintergrund der vom Bundesgericht postulierten Anwendbarkeit der Durchgangstheorie auf die Abtretung zukünftiger Forderungen im Konkurs des Zedenten<sup>25</sup> ist vorliegend die Beantwortung der Frage zentral, ob der darlehensvertragliche Rückzahlungsanspruch als zukünftige Forderung zu qualifizieren ist, welche entsprechend im Insolvenzfall in die Konkursmasse des Zedenten fällt, d. h. in die Konkursmasse der kreditgebenden Bank, welche die Ansprüche aus den betreffenden Darlehensverträgen im Rahmen eines Covered Bond Programms zediert hat. Entscheidend ist für die entsprechende Beurteilung der Zeitpunkt des Entstehens der Rückzahlungsverpflichtung des Darlehensnehmers.

---

<sup>23</sup> Vgl. dazu ZOBL, FS Druey, 304; ferner KAUFMANN, Refinanzierung, 223 ff.

<sup>24</sup> ZOBL, FS Druey, 304.

<sup>25</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Rz. 3438 f. m.w.N.

Das Bundesgericht hält unter Bezugnahme auf den Wortlaut von Art. 312 OR fest, dass die Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers zwar unter der Bedingung der erfolgten Hingabe der Darlehensvaluta steht, aber als solche bereits mit Abschluss des Darlehensvertrages entsteht.<sup>26</sup> Damit ist der darlehensvertragliche Rückerstattungsanspruch der höchstrichterlichen Rechtsprechung zufolge nicht als zukünftige Forderung zu qualifizieren.<sup>27</sup> Das Bundesgericht setzte damit ein klares Zeichen, während die Literatur die Frage teilweise abweichend beantwortet. GAUCH hält in seiner Monographie zum System der Beendigung von Dauerverträgen<sup>28</sup> dafür, dass die Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers gemäss Art. 312 OR latent bei Vertragsschluss entstehe, jedoch durch die Übergabe der Valuta sowie die Kündigung des Darlehens bedingt sei. Dieser Auffassung, welche auch in dogmatischer Hinsicht zu überzeugen vermag, ist zuzustimmen.

## 2. Lex Koller<sup>29</sup>

Bei allen hier zu behandelnden Transaktionsarten beinhalten die jeweiligen Finanzierungen Realsicherheiten an Grundstücken in der Schweiz, was die Frage nach deren Erfassung unter bewilligungsrechtlichen Aspekten aufwirft.

### a) «Limmat»-Transaktionen

Bei den geschilderten «Limmat»-Transaktionen war investorensseitig kein Auslandsbezug vorhanden, weshalb sich deren Behandlung unter bewilligungsrechtlichen Aspekten erübrigte. Unabhängig davon kann festgehalten werden, dass der Erwerb von Pfandbriefen durch Personen im Ausland i.S.v. Art. 2 BewG bewilligungsfrei möglich ist, da der Pfandbriefgläubiger lediglich mittelbar durch in der Schweiz gelegene Grundstücke gesichert ist. Aufgrund der gesetzlichen Konzeption des Pfandbriefs ist eine direkte Einflussnahme bzw. der Erwerb eines beschränkten dinglichen Rechts am Grundstück durch den Pfandbriefgläubiger ausgeschlossen.

---

<sup>26</sup> Vgl. BGE 83 II 209 E. 2 S. 210; 91 II 442 E. 5b S. 451; 100 II 345 E. 4 S. 350 f.

<sup>27</sup> Gleiches muss u.E. auch hinsichtlich der Zinsforderungen gelten. Das Urteil des Bundesgerichts vom 7. November 2007, BGer 4A\_229/2007, steht dieser Analyse nicht entgegen.

<sup>28</sup> GAUCH, Dauerverträge, 217.

<sup>29</sup> Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) vom 16. Dezember 1983; SR 211.412.41.

**b) Covered Bonds**

Die Lex Koller unterstellt nicht nur den direkten Erwerb von Grundeigentum in der Schweiz durch Personen im Ausland der Bewilligungspflicht, sondern auch den Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstückes verschaffen.<sup>30</sup> Diese Generalklausel wird in Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV<sup>31</sup> für Finanzierungen dahingehend konkretisiert, dass diese bewilligungspflichtig sind, wenn die Abreden, die Höhe der Kredite oder die Vermögensverhältnisse des Schuldners den Käufer oder Bauherrn in eine besondere Abhängigkeit vom Gläubiger bringen. Betreffend Höhe des Kredites gilt eine Loan-to-Value Ratio von 80 % als unbedenklich.

Unter Berücksichtigung der massgeblichen Auslegungskriterien ergibt sich, dass Covered Bond Programme bewilligungsfrei zulässig sind, sofern die als Sicherheiten vorgesehenen Hypothekendarlehen im Rahmen der üblichen Geschäftstätigkeit der betreffenden Bank gewährt worden sind und auch andere Schweizer Banken die entsprechenden Verträge zu analogen Konditionen abgeschlossen hätten. Gewährt eine ausländische oder ausländisch beherrschte, in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassene Bank oder Versicherungseinrichtung ein grundpfandgesichertes Darlehen, welches 80 % des Verkehrswerts des Grundstückes übersteigt, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass diese die Kreditwürdigkeit des Eigentümers vertieft geprüft hat und entsprechend auch eine Schweizer Bank ein Darlehen in gleicher Höhe gewähren würde.<sup>32</sup> Eine marktkonforme Finanzierung bringt den Grundeigentümer somit auch dann nicht in eine besondere Abhängigkeit vom Gläubiger im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV, wenn die Loan-to-Value Ratio 80 % übersteigt, so dass auch eine entsprechende Refinanzierung durch einen Investor, der in der Schweiz nicht als Bank zum Geschäftsbetrieb zugelassen ist, bewilligungsrechtlich unproblematisch ist. Hieraus folgt, dass der Sicherheitenpool grundsätzlich auch ausländischen Investoren zu Sicherungszwecken übereignet werden darf, welche sich im Rahmen der Vollstreckung daraus befriedigen dürfen, ohne dass dies zu Friktionen mit der Lex Koller führen würde.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG.

<sup>31</sup> Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewV) vom 1. Oktober 1984; SR 211.412.411.

<sup>32</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Wegleitung, Rz. 77.

<sup>33</sup> Vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Grundpfandrechten BGE 107 Ib 12 E. 4 S. 18: «Der Erwerb von Grundpfändern verschafft dem Grundpfandgläubiger grund-

Weiter ist auch zu berücksichtigen, dass Refinanzierungen mittels Covered Bond Strukturen nicht zu einer Direktfinanzierung von Grundeigentum durch die Investoren führen. Die Hypothekendarlehen dienen ausschliesslich zu Sicherheitszwecken, so dass damit keine direkte Rechtsbeziehung zwischen Investoren und den Grundeigentümern implementiert wird. Die Realsicherheit, die dem Garanten im Rahmen dieser Refinanzierungsstruktur eingeräumt wird, verunmöglicht es dem einzelnen ausländischen Bondholder, auf dem Weg der Inanspruchnahme der Sicherheit das Eigentum an einem bestimmten Grundstück zu erwerben.

### **3. Limited Recourse und Non-Petition Bestimmungen**

Limited Recourse Bestimmungen legen vertraglich fest, in welcher Reihenfolge verschiedene Gläubiger zu befriedigen sind. Mit der Non-Petition Klausel wird demgegenüber ein sog. pactum de non petendo begründet, welches die vertragliche Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger beinhaltet, eine zwischen den Parteien bestehende Forderung nicht einzuklagen.

Diese beiden Elemente werden im Rahmen von vertraglichen Refinanzierungstechniken eingesetzt, um die Aufrechterhaltung der gewählten Refinanzierungsstruktur auch im Falle einer eventuellen Insolvenz resp. bei Eintreten eines Verwertungsfalles auf privatautonomer Basis im Sinne der Interessen der daran beteiligten Parteien zu gewährleisten, wobei deren dogmatischer Hintergrund nachfolgend etwas näher zu beleuchten ist. Vorab soll jedoch wiederum das gesetzliche Konzept, welches der Gesetzgeber für Pfandbriefe vorgesehen hat, dargestellt werden.

#### **a) «Limmat»-Transaktionen**

Art. 27 ff. PfG, welche als 4. Abschnitt des Pfandbriefgesetzes die Befriedigung aus dem Pfande regeln, stipulieren die materielle Gleichbehandlung aller Pfandbriefgläubiger, indem alle Pfandbriefe einer Pfandbriefzentrale ungeachtet des Zeitpunkts ihrer Ausgabe im selben Rang Anspruch auf Befriedigung aus dem Pfandrechte an der im Pfandregister der Pfandbriefzent-

---

sätzlich keine eigentümerähnliche Stellung am belasteten Grundstück, da er dessen Verfall mangels Zahlung nicht verlangen kann (Art. 816 Abs. 2 ZGB) und auch keinerlei Vorrechte bei einer allfälligen Steigerung genießt.»; zustimmend: MÜHLEBACH/GEISSMANN, Lex F., Art. 4 N 72.

rale eingetragenen Deckung haben.<sup>34</sup> Formell wird diesem Grundsatz dadurch Rechnung getragen, dass die Generalexekution als einzige Form der vollstreckungsrechtlichen Durchsetzung ausstehender Ansprüche sowohl von Pfandbriefgläubigern gegenüber den Pfandbriefzentralen als auch von Pfandbriefzentralen gegenüber den kreditnehmenden Mitgliedbanken vorgesehen ist.<sup>35</sup> Dieses Vollstreckungsregime birgt für die Pfandbriefzentralen theoretisch insoweit ein gewisses Konkursrisiko, als bei Pfandbriefemissionen, welche wie die «Limmat»-Transaktionen atypischerweise auf die Liquiditätsbeschaffung zugunsten einzelner Banken ausgerichtet sind, das Ausfallrisiko aus der Kreditvergabe an die Mitgliedbank nicht im selben Umfang diversifiziert ist, wie dies im Rahmen der herkömmlichen Pfandbriefausgaben der Fall ist. Eine Möglichkeit zur Minimierung des Konkursrisikos der Pfandbriefzentrale würde diesfalls eine beschränkte Limited Recourse-Bestimmung darstellen, wonach sich der Pfandbriefgläubiger verpflichtet, seine Pfandbriefforderung nur in dem Umfang geltend zu machen, als der Pfandbriefzentrale aus der Rückzahlung der entsprechenden Mitgliedbank-Darlehen Liquidität zur Verfügung steht.<sup>36</sup> Obwohl entsprechende Vereinbarungen gesetzlich nicht vorgesehen sind, widersprechen sie dem Institut des Pfandbriefs u.E. insoweit nicht, als sie von geschäftserfahrenen Gegenparteien verhandelt und ausdrücklich akzeptiert worden sind.

## **b) Covered Bonds**

### **aa) Limited Recourse Bestimmungen**

Die Vereinbarung darüber, in welcher Reihenfolge Gläubiger befriedigt werden sollen, ist mit der Abgabe einer Rangrücktrittserklärung i.e.S. (welche allgemein gehalten ist und nur gegenüber dem Schuldner abgegeben wird) vergleichbar.<sup>37</sup> Unter einem Rangrücktritt i.e.S. wird die Vereinbarung darüber verstanden, dass der Liquidationserlös zulasten des Rangrücktrittgläubigers anders verteilt wird, als es ohne Rangrücktritt der Fall wäre.<sup>38</sup>

Während die herrschende Lehre davon ausgeht, dass die in Art. 219 SchKG vorgesehene Privilegierung der Forderungen erster und zweiter

---

<sup>34</sup> Art. 29 PfG.

<sup>35</sup> Art. 27 PfG.

<sup>36</sup> Vgl. JORDAN, Pfandbriefe, 25.

<sup>37</sup> Gemeint ist hier nicht das aktienrechtliche Institut des Rangrücktritts als Sanierungsmassnahme i.S.v. Art. 725 OR, sondern der «Rangrücktritt i.e.S.» in der Terminologie WITMERS; vgl. WITMER, Rangrücktritt, 52.

<sup>38</sup> WITMER, Rangrücktritt, 53 f.

Klasse nicht durch Parteivereinbarung geändert werden kann, mithin zwingend zur Anwendung gelange,<sup>39</sup> lässt sie zu, dass Gläubiger von Forderungen der dritten Klasse (Kurrentforderungen) untereinander gültig und verbindlich vereinbaren können, dass die Erfüllung ihrer Forderung auch im Konkursfall erst dann erfolgen solle, wenn (einer oder mehrere) andere Gläubiger vollständig befriedigt worden sind.<sup>40</sup> In konkursrechtlicher Hinsicht bestehen gegen solche Vereinbarungen allgemein keine Bedenken, so dass die Begünstigung von Mitgläubigern durch einen Rangrücktrittsgläubiger auch im Konkurs Beachtung findet.

Dogmatisch wird der Rangrücktritt gemäss der heute wohl herrschenden Lehre als suspensiv bedingter Verzicht auf Haftungssubstrat verstanden. Als Bedingungseintritt gilt dabei die Feststellung der unvollständigen Befriedigung der übrigen Gläubiger im Liquidationsfall, wodurch der Umfang des Verzichts bestimmt wird. Klar festzuhalten ist, dass es sich dabei nicht um einen Forderungsverzicht handelt, so dass der Bestand der Forderung unberührt bleibt. Der Rangrücktritt ändert auch die verfahrens- bzw. kollokationsmässige Behandlung der betroffenen Forderungen nicht. Auch hier gilt, dass durch privatautonome Gestaltung weder neue Klassen noch eine abweichende Klassenordnung geschaffen werden können. Auch Rangrücktrittsforderungen der dritten Klasse sind daher – unbesehen des Rangrücktritts – in der dritten Klasse zu kollozieren.

In der Praxis werden rangrücktrittsbelastete Forderungen im Kollokationsplan denn auch wie nicht rücktrittsbelastete Forderungen behandelt, wobei sich die Berücksichtigung des Rangrücktritts in einer entsprechenden Anmerkung im Kollokationsplan niederschlägt. Andere Gläubiger können durch Kollokationsklage die Anmerkung (und Beachtung) des Rangrücktritts erstreiten.

Nachdem Art. 59 Abs. 1 KOV<sup>41</sup> die beschränkte Untersuchungsmaxime verankert, hat die Konkursverwaltung die für die Klärung der materiellen Rechtslage erforderlichen Erhebungen von Amtes wegen vorzunehmen und damit dem Rangrücktritt auch konkursverfahrensrechtlich Geltung zu verschaffen. Die Konkursverwaltung hat in ihrer Kollokationsverfügung anzu-

---

<sup>39</sup> Dogmatisch wird dies dadurch begründet, dass das Konkursprivileg als Eigenschaft, Beschaffenheit einer Forderung aufgefasst wird, nicht aber als blosser «Begleiter» der Forderung (wie z. B. ein Nebenrecht).

<sup>40</sup> SCHKG-PETER, Art. 219 N 90 m.w.N.

<sup>41</sup> Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) vom 13. Juli 1911; SR 281.32.



merken, dass der Dividendenanspruch für die Rangrücktrittsforderung wegen Rangrücktrittes zunächst zur Deckung aller nicht subordinierten Forderungen verwendet werden muss und nur ein allfälliger Überschuss dem Rangrücktrittsgläubiger ausbezahlt ist.<sup>42</sup>

#### **bb) Non-Petition Bestimmungen**

Die Vereinbarung eines (zeitlich begrenzten) Klageverzichts (sog. Non-Petition Abrede) ist als materiellrechtliche und nicht als prozessuale Bestimmung zu betrachten, welche bundesrechtlich grundsätzlich zulässig ist.<sup>43</sup> Vereinbaren die Parteien ein zeitlich unbeschränktes pactum de non petendo, wird damit vertraglich eine Naturalobligation begründet.<sup>44</sup>

Ist der vollständige Ausschluss der Klagbarkeit eines Anspruchs möglich, so erscheint a maiore minus auch eine bloss vertragliche Einschränkung der mit dem Anspruch verbundenen Klagerechte als zulässig. Mit einem pactum de non petendo wird zudem nicht jegliches gerichtliche Vorgehen wegbedungen, zumal dem Gläubiger etwa das Verrechnungsrecht verbleibt bzw. seine Forderung als Grund für eine Pfandbestellung oder eine Zinsleistungspflicht des Schuldners bestehen bleibt, weshalb in diesem Umfang die Möglichkeit, gerichtlichen Schutz solcher Rechtspositionen zu beantragen, als gewahrt gelten muss.

Weiter bleibt es den Parteien unbenommen, Feststellungsklagen vorzubehalten. Unter zivilprozessualen Gesichtspunkten ist hierzu insbesondere festzuhalten, dass der Ausschluss der Leistungsklage im Sinne eines pactum de non petendo zur Folge hat, dass sich mangels eines klagbaren Leistungsanspruchs die Frage der Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage nicht stellt. Nichtsdestoweniger hat die klagende Partei im Einzelfall nachzuweisen, dass das prozessuale Erfordernis eines im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>45</sup> hinreichenden Feststellungsinter-

---

<sup>42</sup> Dies entspricht auch der Praxis der Zürcher Konkursämter.

<sup>43</sup> BUCHER, Obligationenrecht, 400.

<sup>44</sup> TERCIER, obligations, Rz. 298.

<sup>45</sup> Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Feststellungsklage nur zuzulassen, wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat, welches kein rechtliches zu sein braucht, sondern auch bloss tatsächlicher Natur sein kann (BGE 133 III 282 E. 3.5 S. 287). Als besondere Erscheinungsform des allgemeinen Rechtsschutzinteresses liegt ein Feststellungsinteresse (nur) vor, wenn für die Klagpartei eine Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung ihrer Rechtstellung besteht, deren Behebung gerechtfertigt und nicht auf andere Weise möglich ist (BGE 4C.364/2002 E.2.1).

resses gegeben ist, ansonsten das angerufene Gericht auf das Feststellungsbegehren nicht eintreten wird.

#### 4. Regulatorische Aspekte<sup>46</sup>

##### a) «Limmat»-Transaktionen

Pfandbriefzentralen sind als grundsätzlich nicht dem Bankengesetz unterstellte Finanzinstitute zu qualifizieren, auf welche lediglich kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung einzelne Normen des Bankengesetzes<sup>47</sup> Anwendung finden.<sup>48</sup> Mithin unterstehen die Pfandbriefzentralen den bankengesetzlichen Revisionsvorschriften nicht. Das Pfandbriefgesetz sieht deshalb eigene Überwachungs- und Prüfungsnormen vor, welche im Zuge der Einführung des Finanzmarktaufsichtsgesetzes<sup>49</sup> revidiert worden sind und nunmehr analog den bankengesetzlichen Bestimmungen auch für Pfandbriefzentralen den Beizug einer externen Prüfgesellschaft verlangen, während hierfür vormals das Sekretariat der EBK zuständig gewesen ist.<sup>50</sup>

Die externe Prüfgesellschaft hat gemäss Art. 38a PfG nebst der eigentlichen Rechnungslegung zu prüfen, ob die Pfandbriefzentralen die statutarischen und reglementarischen Vorschriften sowie die Bestimmungen im 2., 3. und 5. Abschnitt des Pfandbriefgesetzes zur Ausgabe von Pfandbriefen, zur Gewährung von Darlehen, zur Deckung der Pfandbriefe und Darlehen sowie zur Schätzung und Belehnung der Grundpfänder einhalten.

Die einschlägigen Rechnungslegungsvorschriften sind in Art. 18 ff. PfV<sup>51</sup> enthalten, wobei die FINMA im Sinne einer konjunkturellen Massnahme für eine beschränkte Zeitdauer ermächtigt ist, in besonderen Fällen weitere als die in Art. 18 Abs. 2 PfV aufgezählten Kapitalbestandteile als Eigenmittel zuzulassen, so insbesondere nachrangige Darlehen.<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> Vgl. dazu BÜRGI/MÜLLER, *Entwicklungen*, 267 ff.

<sup>47</sup> Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934; SR 952.0.

<sup>48</sup> Art. 1 Abs. 5 BankG; BANKG-KOMMENTAR-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 N 92 und N 98.

<sup>49</sup> Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vom 22. Juni 2007; SR 956.1.

<sup>50</sup> Vgl. zur Rechtslage vor der per 1. Januar 2009 in Kraft tretenden Teilrevision des PfG HUNZIKER, *Pfandbrief*, 83 ff.

<sup>51</sup> Pfandbriefverordnung (PfV) vom 23. Januar 1931; SR 211.423.41.

<sup>52</sup> Art. 18 Abs. 2bis PfV.

Die Prüfung der Mitgliedbanken gestaltet sich demgegenüber nach den Vorschriften des Bankengesetzes, wobei gemäss Art. 38b PfG auch das Pfandregister und die Darlehensdeckung von den entsprechenden Prüfgesellschaften im Rahmen ihrer jährlichen Arbeiten zu prüfen ist.

## **b) Covered Bonds**

In regulatorischer Hinsicht ist ein Covered Bond einer Schweizer Bank natürlich einmal zu behandeln wie eine andere Anleihe. Zusätzlich ist sicherzustellen, dass die Tochtergesellschaft, welche als Garantin des Covered Bonds auftritt, selbst nicht als Bank qualifiziert wird. In Bezug auf die Eigenmittel ist wichtig, dass die Garantie auf Stufe Muttergesellschaft voll konsolidiert werden kann. Gemäss ständiger Praxis der FINMA sind Transaktionen, bei welchen Hypothekarforderungen zur Liquiditätsbeschaffung verwendet werden, auf maximal 20 % des Hypothekarbestandes pro Bank zu begrenzen.<sup>53</sup> Eine Überschreitung dieser Limite ist nur mit Zustimmung der FINMA zulässig.

## **5. Insolvenzrechtliche Aspekte**

### **a) «Limmat»-Transaktionen**

Das Pfandbriefgesetz enthält keine formellen insolvenzrechtlichen Bestimmungen, sondern ordnet in Art. 27 sowohl für die Pfandbriefforderungen der Pfandbriefgläubiger als auch für die Darlehensforderungen der Pfandbriefzentralen gegenüber Mitgliedern, die als Aktiengesellschaften oder Genossenschaften ausgestaltet sind, die Durchführung der Generalexekution gemäss den anwendbaren Bestimmungen des SchKG<sup>54</sup> resp. BankG an. Da die Pfandbriefzentralen grundsätzlich nicht dem Bankengesetz unterstellt sind,<sup>55</sup> finden mangels eines ausdrücklichen Verweises die bankengesetzlichen Spezialvorschriften zum Bankenkonzurs auf sie keine Anwendung.

Trotz der dem Pfandbrief immanenten Pfandsicherheit kommt damit grundsätzlich kein Pfandverwertungsverfahren zur Anwendung. Eine Ausnahme dazu gilt insoweit, als Art. 31 PfG vorsieht, dass die Pfandbriefzentrale bei Darlehen, die sie Nichtmitgliedern gewährt hat, die ihr verpfändeten

---

<sup>53</sup> EBK-JAHRESBERICHT 2008, 41 f.

<sup>54</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889; SR 281.1.

<sup>55</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 5 BankG; BANKG-KOMMENTAR-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 N 92 und N 98.

Vermögenswerte bestmöglich versilbern und sich aus dem Erlöse bezahlt machen kann, wenn der Schuldner seine Verpflichtungen nicht pünktlich erfüllt und erfolglos gemahnt worden ist.

## **b) Covered Bonds**

Da Covered Bond Programme im Gegensatz zu den herkömmlichen Verbriefungen nicht auf einem True Sale-Konzept basieren, ist besonderes Augenmerk auf die insolvenzresistente Ausgestaltung der Struktur zu legen.

### **aa) Grundzüge des Bankenkursverfahrens**

Die Grundzüge des Bankenkursverfahrens sind in Art. 33 ff. BankG geregelt, während detaillierte Regelungen über das Bankenkursverfahren insbesondere der Bankenkursverordnung<sup>56</sup> zu entnehmen sind. Weiter von Bedeutung ist die von der Schweizerischen Bankiervereinigung erlassene Vereinbarung der Schweizer Banken und Effekthändler über die Einlagensicherung. Subsidiär finden auch die Bestimmungen des SchKG Anwendung.<sup>57</sup>

Die FINMA eröffnet formell den Konkurs über eine Bank und ordnet die Liquidation an. Gemäss Art. 173b SchKG ist die Konkursöffnung durch ein kantonales Konkursgericht ausgeschlossen; das Konkursbegehren, welches eine Bank oder einen Effekthändler betrifft, wird vom Konkursgericht an die FINMA überwiesen. Der Entscheid über die Eröffnung des Bankenkurses geht mit dem Entzug der Bewilligung der Bank durch die FINMA einher, gefolgt von der Anordnung der Liquidation und der öffentlichen Bekanntmachung.<sup>58</sup> Gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. d BKV-FINMA ernennt die FINMA mit der Konkursverfügung einen oder mehrere Liquidatoren, die mit Namen und Adresse in der Verfügung aufgeführt werden.<sup>59</sup> Die Wirkungen und der Ablauf der Liquidation folgen unter Berücksichtigung der bankengesetzlichen Besonderheiten vorab den Bestimmungen über die Einlagensicherung gemäss Art. 37h f. BankG und den in Art. 197 ff. SchKG ent-

---

<sup>56</sup> Verordnung der eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Banken und Effekthändlern (Bankenkursverordnung-FINMA, BKV-FINMA) vom 30. Juni 2005; SR 952.812.32.

<sup>57</sup> JAEGER/HAUTLE, AJP 2009, 397.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 33 BankG i.V.m. Art 4 BKV-FINMA; dazu BSK BANKG-BAUER, Art. 33 N 19 ff.; JAEGER/HAUTLE, AJP 2009, 398; BANKG-KOMMENTAR-SCHWOB, Art. 33 N 2.

<sup>59</sup> BANKG-KOMMENTAR-SCHWOB, Art. 33 N 7.

haltenen Regelungen, wobei die FINMA abweichende Verfügungen und Anordnungen treffen kann.<sup>60</sup>

Der Liquidator, welcher unmittelbar der Aufsicht der FINMA untersteht und faktisch die Aufgaben von Konkursamt und Konkursverwaltung im Konkursverfahren nach SchKG wahrnimmt,<sup>61</sup> erstellt ein Inventar der vorhandenen Aktiven und einen Kollokationsplan, welcher sämtliche Passiven nach ihrem Rang auflistet.<sup>62</sup> Die Bankengläubiger haben im Gegensatz zum allgemeinen Konkurs nicht die Pflicht, ihre Forderungen anzumelden. Die aus den Büchern ersichtlichen Forderungen werden direkt kolloziert.<sup>63</sup> Dies erlaubt gleichsam die Erfassung von Forderungen ausländisch domizilierter Gläubiger, die aus praktischen Gründen keine Kenntnis vom laufenden Konkursverfahren erhalten haben.<sup>64</sup> Neben der Erstellung des Kollokationsplans erarbeitet der Liquidator umgehend einen Auszahlungsplan für die gesicherten Einlagen, während Depotwerte im Sinne von Art. 16 BankG unter Vorbehalt der Ansprüche der Bank gegenüber dem Kunden von Amtes wegen ausgeschieden werden (sog. Absonderung oder Ausscheidung).<sup>65</sup>

Die nach der Verwertung der Aktiven erstellte Verteilungsliste ist (zusammen mit der Schlussrechnung) vorab durch die FINMA zu genehmigen, wobei der rechtskräftige Kollokationsplan deren massgebliche Grundlage darstellt. Dem Bankgeheimnis wird insofern Rechnung getragen, als dass die Verteilungsliste nicht öffentlich aufgelegt wird, wie dies im Konkursverfahren nach SchKG geschieht.<sup>66</sup>

Obwohl die Bestimmungen zur Bankenliquidation eine flexible und rasche Abwicklung ermöglichen sollen, ist in Anbetracht der komplexen tatsächlichen Gegebenheiten in der Praxis eine trotz allem beträchtliche Verfahrensdauer unvermeidlich. Vor diesem Hintergrund ist eine sorgfältige und insbesondere klare Strukturierung von Covered Bond Programmen unabdingbar, um in einem hypothetischen Insolvenzverfahren über die emitierende Bank unnötige Verfahren vermeiden und die vertraglich vorgesehenen Sicherheiten ungehindert geltend machen zu können.

---

<sup>60</sup> Art. 34 BankG.

<sup>61</sup> BSK BANKG-BAUER/HAAS, Art. 34 N 7; BANKG-KOMMENTAR-SCHWOB, Art. 33 N 8 und 9.

<sup>62</sup> JAEGER/HAUTLE, AJP 2009, 398.

<sup>63</sup> BANKG-KOMMENTAR-SCHWOB, Art. 36 N 3.

<sup>64</sup> BSK BANKG-HAAS, Art. 36 N 4.

<sup>65</sup> BSK BANKG-HESS, Art. 37d N 2.

<sup>66</sup> BSK BANKG-BAUER, Art. 37e N 2.

Es ist diesbezüglich zentral, dass die als Garantin auftretende Tochtergesellschaft nicht als Bank zu qualifizieren ist. Weiter ist ein besonderes Augenmerk auf die Ausgestaltung der Verwertungsabrede im Sicherungsvertrag zu richten um sicherzustellen, dass die etwaige Anordnung von Sicherungsmassnahmen i.S.v. Art. 25 f. BankG, insbesondere eines Fälligkeitsaufschubs gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG, vertragstechnisch der Verwertung der Sicherheiten nicht entgegensteht. Anwendbar ist u.E. ferner Art. 27 Abs. 3 BankG, so dass das Recht der Garantin zur freihändigen Verwertung in einer solchen Konstellation ebenfalls erhalten bleibt.

#### **bb) Isolierung des Sicherheitenpools**

Zwecks insolvenzresistenter Ausgestaltung von Covered Bond Programmen ist es von eminenter Bedeutung, die Isolierung des Sicherheitenpools vom Vermögen der Bank, welche die Hypothekarkredite gewährt hat, sicherzustellen. Dieses Resultat kann mit einer Vollrechtsübertragung der Vermögenswerte des Sicherheitenpools auf den Garanten rechtlich optimal verwirklicht werden, da damit ein vollständiger Schnitt zur vorherigen Rechtsträgerschaft einhergeht. So kann gewährleistet werden, dass die entsprechenden Vermögenswerte der Verwertung zugunsten anderer Bankengläubiger entzogen sind und auch im Insolvenzfall den vertraglichen Bestimmungen gemäss ausserhalb des Konkursverfahrens verwertet werden können.

#### **cc) Paulianische Anfechtung**

Das SchKG kennt drei verschiedene Anfechtungstatbestände: die Schenkungs-, die Überschuldungs- und die Absichtsanfechtung.<sup>67</sup>

Mit der Schenkungsanfechtung gemäss Art. 286 SchKG soll verhindert werden, dass die Gläubiger durch Freigebigkeiten und unwirtschaftliche Geschäfte, die der Gemeinschuldner kurz vor seinem finanziellen Zusammenbruch vornimmt, geschädigt werden. Bei dieser Anfechtungsklage spielen nur objektive Voraussetzungen eine Rolle. Der Anfechtungskläger hat keine subjektiven Voraussetzungen, wie etwa Absicht des Gemeinschuldners und Bösgläubigkeit des Begünstigten, nachzuweisen, wobei dem Begünstigten entsprechend auch kein Exkulpationsbeweis infolge mangelnder

---

<sup>67</sup> Art. 286-288 SchKG.

subjektiver Kenntnisse hinsichtlich der Anfechtungsvoraussetzungen offen steht.<sup>68</sup>

Die Überschuldungsanfechtung nach Art. 287 SchKG setzt voraus, dass der nachmalige Gemeinschuldner im Zeitpunkt der gesetzlich sanktionierten Handlungen bereits überschuldet war. Dies hat ein potenzieller Kläger im Anfechtungsprozess zusammen mit der Erfüllung der übrigen objektiven Voraussetzungen nachzuweisen. Er hat demnach darzutun, dass der Gemeinschuldner während der einjährigen Verdachtsfrist eines der in Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1-3 SchKG genannten Rechtsgeschäfte vorgenommen hat und zwar in einem Zeitpunkt, in welchem er bereits überschuldet war. Subjektive Voraussetzungen, wie z. B. Begünstigungs- oder Benachteiligungsabsicht, muss der Anfechtungskläger nicht nachweisen. Hingegen steht dem Beklagten der Exkulpationsbeweis betreffend Nichtkenntnis (bzw. fehlende Erkennbarkeit) der Überschuldung des Gemeinschuldners offen.<sup>69</sup>

Anfechtbar sind gemäss Art. 288 SchKG schliesslich alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne von ihnen zu bevorzugen.<sup>70</sup> Die Absicht muss für den Begünstigten erkennbar gewesen sein. Die Gläubigerschädigung muss dabei nicht der eigentliche Zweck der Rechtshandlung sein; es genügt, wenn der Schuldner die Schädigung in Kauf nimmt.<sup>71</sup> Keine Schädigung der Gläubiger liegt vor, wenn die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners in der Beteiligung an einem Rechtsgeschäft besteht, welches ihm für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung einbrachte, es sei denn, der Schuldner habe mit dem Geschäft den Zweck verfolgt, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können, was sein Geschäftspartner erkannte oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen.<sup>72</sup>

Angesichts des Umstandes, dass das Bundesgericht insbesondere im Zusammenhang mit den verschiedenen Swissair-Verfahren unter einem paulianischen Blickwinkel eine deutlich rigidere Haltung als noch vor einigen Jahren einnimmt und den einzelnen Sachverhaltselementen bei der Subs-

---

<sup>68</sup> Vgl. zur Schenkungsanfechtung anstelle aller SCHKG-STAEHELIN, Art. 286 N 4 ff. m.w.N.

<sup>69</sup> Vgl. zur Überschuldungsanfechtung anstelle aller SCHKG-STAEHELIN, Art. 287 N 4 ff. m.w.N.

<sup>70</sup> Vgl. zur Absichtsanfechtung anstelle aller SCHKG-STAEHELIN, Art. 288 N 5 ff. m.w.N.

<sup>71</sup> SCHKG-STAEHELIN, Art. 288 N 16 m.w.N.

<sup>72</sup> SCHKG-STAEHELIN, Art. 288 N 11 f. m.w.N.

mierung eminente Bedeutung zukommt, ohne dass sich dazu eine gefestigte Rechtsprechung gebildet hat, ist die Sicherheitenbestellung resp. die Ausgestaltung der gesicherten Forderungen sorgfältig zu strukturieren, um etwaigen Anfechtungsansprüchen von Drittgläubigern die Argumentationsgrundlage umfassend zu entziehen.

Diesbezüglich bleibt festzuhalten, dass Covered Bond Programme lediglich die Besicherung eigener Verbindlichkeiten des Emittenten vorsehen, wobei das Sicherheitenkonzept ab initio die Verbindlichkeit zur Nachdeckung vorsieht, da Hypothekarbestände naturgemäss steter, wenn auch relativ träger Bewegung unterliegen. Dadurch erscheint das Anfechtungsrisiko unter dem Aspekt der Schenkungs- und Überschuldungspauliana aus unserer Sicht relativ gering, während die Beachtung des Äquivalenzprinzips bei der Festlegung der Entschädigungsstruktur das Risiko einer Absichtspauliana einzudämmen vermag.

## 6. Steuerliche Aspekte

### a) «Limmat»-Transaktionen

Während Art. 6 Abs. 1 PfG die Pfandbriefzentralen von den direkten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden auf Kapital und Ertrag befreit, wird auch bei den Pfandbriefzentralen die eidgenössische Verrechnungssteuer in Höhe von 35 % des Brutto-Zinsbetrages erhoben. Diese wird allerdings obligatorisch auf die Pfandbriefgläubiger überwält.<sup>73</sup> Ohne Einschränkung zu entrichten haben die Pfandbriefzentralen allerdings indirekte Steuern wie beispielsweise die Emissionsabgabe sowie im Sekundärmarkt die Umsatzabgabe auf den auszugebenden Pfandbriefen. Keiner indirekten Besteuerung unterliegen gemäss Art. 6 Abs. 2 PfG im Einklang mit der ratio legis dieses Erlasses die von den Pfandbriefzentralen gewährten Darlehen einschliesslich der darauf anfallenden Zinsen.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Umstritten ist, ob Zinseinkünfte der Pfandbriefgläubiger als durch ein Grundstück besicherte Forderungen zu qualifizieren und entsprechend quellensteuerrelevant sind. Während dies die ältere Lehre vornehmlich verneinte, hat sich in der Zwischenzeit die gegenteilige Ansicht durchgesetzt, welche, soweit ersichtlich, auch von der EStV geteilt wird. Wie OESTERHELT/WINZAP zutreffend festhalten, ist diese Kontroverse aber insoweit bedeutungslos, als die Zinseinkünfte der Pfandbriefgläubiger gestützt auf Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG in aller Regel der Verrechnungssteuer unterliegen, so dass keine Quellensteuer erhoben werden darf (vgl. OESTERHELT/WINZAP, Quellensteuern, 31 m.w.N.).

<sup>74</sup> Vgl. dazu HUNZIKER, Pfandbrief, 82 f.



**b) Covered Bonds**

**aa) Verrechnungssteuer**

*(1) Zinszahlungen*

Zinszahlungen des Emittenten unter den Covered Bonds unterliegen nicht der schweizerischen Verrechnungssteuer, sofern der Emittent nicht als Inländer i.S.v. Art. 9 Abs. 1 VStG<sup>75</sup> zu qualifizieren ist. Dies gilt selbst dann, wenn es sich beim ausländischen Emittenten um eine Zweigniederlassung einer schweizerischen Bank ohne eigene Rechtspersönlichkeit handelt, da gemäss dem Merkblatt der EStV betreffend Anlagen in Schweizerfranken von Inländern bei ausländischen, rechtlich unselbständigen Filialen inländischer Banken vom 15. Dezember 1986 regulierte Niederlassungen von Banken im Ausland mit effektiver Bankentätigkeit für Verrechnungssteuerzwecke wie eigenständige Einheiten beurteilt werden.<sup>76</sup>

In dieser Konstellation entfällt die Verrechnungssteuerpflicht für das betreffende schweizerische Bankeninstitut ebenfalls, sofern der Erlös aus der Emission der Covered Bonds wie auch der darauf zu entrichtende Zins und die Garantiegebühr bei der ausländischen Zweigniederlassung verbucht werden und der erzielte Erlös im Ausland verwendet wird, so dass auch betreffend die inländische Garantin keine schädliche Mittelverwendung im Inland vorliegt.<sup>77</sup>

Gemäss Art. 14 Abs. 1 VStV<sup>78</sup> gilt weiter als steuerbarer Ertrag von Obligationen und Kundenguthaben «jede auf dem Schuldverhältnis beruhende geldwerte Leistung an den Gläubiger, die sich nicht als Rückzahlung der Kapitalschuld darstellt». Zinsen, die der Gläubiger einer Obligation erhält, unterliegen damit auch dann der Verrechnungssteuer, wenn sie nicht vom Kapitalschuldner, sondern von einem Garanten erfolgen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der Verrechnungssteuerpflicht der inländischen Garantin auf Garantiezahlungen, die auf Zinsen für die Covered Bonds entfallen. Diese ist vorliegend zu verneinen, wenn (i) bei den Covered Bonds das Schuldverhältnis verrechnungssteuerrechtlich durch einen Ausländer begründet wird und damit keine inländische, der Verrechnungssteuer

---

<sup>75</sup> Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG) vom 13. Oktober 1965; SR 642.21.

<sup>76</sup> Die Quellensteuerproblematik stellt sich in der vorliegenden Konstellation insofern nicht, als die Forderungen der Covered Bond Gläubiger aufgrund der dargestellten rein obligatorischen Garantiestruktur quellensteuertechnisch nicht als grundpfandgesichert gelten.

<sup>77</sup> Vgl. SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Zirkular Nr. 6746.

<sup>78</sup> Verordnung über die Verrechnungssteuer (VStV) vom 19. Dezember 1966; SR 642.211.

er unterliegende Obligation gegeben ist, sowie (ii) in der Garantie selbst auch nach deren Aktivierung keine Obligation besteht, so dass die zu den Covered Bonds spiegelbildlichen Ersatzzahlungen unter der Garantie nicht der Verrechnungssteuer unterliegen.<sup>79</sup>

(2) *Swaps*

Handelt es sich beim Emittenten der Covered Bonds nicht um einen Inländer i.S.v. Art. 9 Abs. 1 VStG, unterliegt er betreffend Zinszahlungen unter Swaps nicht der schweizerischen Verrechnungssteuer. Bei einer Emission durch eine ausländische Zweigniederlassung einer schweizerischen Bank gilt dabei Folgendes:

Reine Zins-Swaps stellen derivative Finanzinstrumente dar, die nicht in den Anwendungsbereich der Verrechnungssteuer fallen. Zinszahlungen unter anderen Swaps, bei denen nicht nur Zinszahlungen, sondern auch Nominalsummen getauscht werden, bleiben verrechnungssteuerfrei, solange sie an eine in- oder ausländische Bank erfolgen.<sup>80</sup>

Wegen der Quelle der Mittel und des Zwecks des Zins- und Währungs Swaps (Doppeltausch von Währungen zum Zwecke der Absicherung und nicht der Mittelbeschaffung) liegt dabei keine schädliche Mittelverwendung in der Schweiz vor.

**bb) Emissions- und Umsatzabgabe**

(1) *Ausgabe der Covered Bonds*

Eine ausländische Niederlassung einer schweizerischen Bank ist nicht als Inländer im Sinne von Art. 4 Abs. 1 StG<sup>81</sup> zu qualifizieren,<sup>82</sup> weshalb die Ausgabe von Covered Bonds in einer solchen Konstellation nicht der Emissionsabgabe unterliegt. Ebenso liegt keine einem Inländer zuzurechnende Mittelbeschaffung vor. Die Abgabe einer Garantie untersteht gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a StG nicht der Emissionsabgabe.

Gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. f StG unterliegt die Ausgabe ausländischer Schuldpapiere nicht der Umsatzabgabe. Der Handel mit Obligationen im Sekundärmarkt unterliegt der Umsatzabgabe zum Satz von 0.3 %, sofern ein inländischer Effekthändler im Sinne von Art. 13 Abs. 3 StG als Vertrags-

---

<sup>79</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG.

<sup>80</sup> Vgl. EStV-Merkblatt «Obligationen», Ziff. 3b.

<sup>81</sup> Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG) vom 27. Juni 1973; SR 641.10.

<sup>82</sup> EStV-Merkblatt «Anlagen», passim.

partei oder Vermittler beteiligt ist und keine im StG vorgesehene Ausnahme zutrifft.

(2) *Swaps*

Swaps, die nicht durch einen Inländer i.S.v. Art. 4 Abs. 1 StG ausgegeben werden, unterliegen nicht der Emissionsabgabe.

Dieselben Gründe, die, wie vorstehend dargelegt, zur Verneinung der Verrechnungssteuerpflicht für Zinszahlungen seitens des betreffenden schweizerischen Bankeninstituts führen, lassen auch die Ausgabe von Swaps als nicht der Emissionsabgabe unterstehend qualifizieren.

Die Liquidation von Swaps unterliegt gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. e StG nicht der Umsatzabgabe, dies unabhängig von ihrer Qualifikation als steuerbare Urkunden und der Beteiligung eines inländischen Effekthändlers.

### **III. Ausblick**

Es bleibt abzuwarten, inwiefern wir in näherer Zukunft weitere unilaterale Pfandbrieftransaktionen unter dem Schweizer Pfandbriefgesetz wie die «Limmat»-Transaktionen sehen werden. Einerseits hat sich die Lage auf dem Interbankenmarkt zwar entspannt, andererseits wurde die Pfandbriefverordnung gezielt angepasst, um auch subordinierte Darlehen als Eigenmittel der Pfandbriefzentralen (mit Zustimmung der FINMA) zuzulassen.<sup>83</sup> Für viele (gerade auch kleinere Banken) stellen unilaterale Pfandbrieftransaktionen ein effizientes und diskretes Mittel dar, sich mittel- und langfristige Liquidität zu sichern.

Covered Bond Programme werden derzeit von verschiedenen Banken im Ausland strukturiert und aufgelegt. Allenfalls wird das sehr erfolgreich lancierte Covered Bond Programm der UBS AG auch im Inland Nachahmer finden – für kleinere Banken dürfte vorab ein Transaktionsmodell in Frage kommen, das verschiedene kleinere Banken auf einer gemeinsamen Covered-Bond-Programm-Plattform zusammenbringt zwecks Minimierung der Transaktionskosten etc., wie dies z. B. im Jahr 2001 in Zusammenhang mit einer Residential Mortgage Backed Securitisation Plattform für die Kantonalbanken versucht wurde (Swissact-Transaktion der Zürcher Kantonalbank).

---

<sup>83</sup> Vgl. vorne II.4.a.

Verbriefungen werden gemeinhin als eine der Hauptursachen für die Finanzkrise genannt. Dies ist allerdings etwas gar kurz gegriffen: Es waren nicht Verbriefungen in ihrer Grundform, welche zu einem Problem wurden, vielmehr waren es Übertreibungen im CDO-Markt, welche asset-backed securities immer neu verpackten und mit zusätzlichem Fremdkapital (Leverage) versahen; dies hat zu enormen Risikokonzentrationen geführt und wohl auch die komplexesten Modelle der Ratingagenturen letztlich überfordert. Die regulatorische Behandlung von Verbriefungen steht momentan in der Schwebe, auch Ratingagenturen dürften in Zukunft stärker reguliert werden. Verbriefungen sind an sich nichts Schlechtes, und man sollte das Kind nicht mit dem Bade ausschütten. Gerade pfandbriefbasierte Kreditfinanzierungen zeigen, wie traditionelle Verbriefungstechniken sinnvoll eingesetzt werden können.

# Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen

Dr. Daniel Hunkeler, Zürich und Baden

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	138
Rechtsprechungsverzeichnis .....	139
Einleitung.....	140
I. Gemeinsame Grundelemente aller Anfechtungstatbestände .....	140
1. Drei Arten von Anfechtungstatbeständen.....	140
2. Gemeinsame Grundelemente aller Anfechtungstatbestände .....	141
a) Fristen im Allgemeinen .....	141
b) Die Verdachtsfrist (période suspecte).....	142
c) Die Verwirkungsfrist (Art. 292 SchKG).....	142
d) Passivlegitimation.....	143
e) Gerichtsstand .....	143
f) Wirkungen der Anfechtung.....	143
II. Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen .....	144
1. Übersicht.....	144
2. Tatsächliche Gläubigerschädigung.....	144
3. Schädigungsabsicht des Schuldners.....	146
4. Erkennbarkeit durch den Dritten.....	147
III. Konkreter Leading Case: ZKB/Swissair-Entscheid (BGE 134 III 452; Urteil vom 29. Mai 2008) .....	147
1. Sachverhalt.....	147
2. Entscheide und Instanzenzug.....	148
3. Die Erwägungen des Bundesgerichts .....	148
IV. Konsequenzen / Alternativen.....	149
1. Hohes Anfechtungsrisiko.....	149
2. Privilegiertes Darlehen als Ausweg?.....	150
3. Vorsichtsmassnahmen.....	150

4. Insbesondere: Massakredit im Nachlassverfahren.....	150
5. Weitere.....	151

## Literaturverzeichnis

Stand der Internet-Referenz in diesem Beitrag ist der 15. Juni 2010.

- AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008.
- DALLEVES LOUIS/FOËX FENEDICT/JEANDIN NICOLAS (Hrsg.), Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle/Genève/Munich 2005.
- EMMENEGGER SUSAN, Das Sanierungsdarlehen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010, S. 153 ff. (in diesem Band).
- GALLIKER ANDREA/VON DER CRONE, HANS CASPAR, Absichtsanfechtung und Sanierung. Bemerkungen zu BGE 134 III 452, in: SZW 2008, S. 602 ff.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 9. Aufl., Zürich 2008. Band I bearbeitet von Jörg Schmid, Band II bearbeitet von Susan Emmenegger.
- GEHRI MYRIAM, Urteilsbesprechung, ZZZ 2008/2009, S. 257 f.
- GESSLER DIETER, Wie sich Gläubiger vor Klagen schützen können, in: NZZ vom 10. September 2008, S. 4.
- GIRSBERGER DANIEL, Kommentierung von Art. 164 ff. OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529), 4. Aufl., Basel 2007.
- GLANZMANN LUKAS, Sanierungsdarlehen, in: ZBJV 146 (2010), S. 261 ff.
- HARI OLIVIER, Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage?, GesKR 2008, S. 372 ff.
- Absichtspauliana und Sanierungsdarlehen, GesKR online 2 (2008), S. 1 ff.
- HUNKELER DANIEL, Und sie beginnt doch mit der Nachlassliquidation..., in: Jusletter vom 11. Februar 2008.
- Zinszahlungen beim Darlehen sind grundsätzlich paulianisch nicht anfechtbar, in: Jusletter vom 15. März 2010.
  - Absichtspauliana – Anforderungen an die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, in: Jusletter vom 25. August 2008.
- JEANDIN NICOLAS, Urteilsbesprechungen, ZZZ 2008/2009, S. 253 ff.
- LORANDI FRANCO, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung. Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, in: BISchK 2009, S. 213 ff.
- OTT, EDWARD E., BGE 134 III 452 ff.: schlecht für Kreditnehmer und Banken? (III), Entscheid vom 29. Mai 2008 i.S. SAirGroup c. Zürcher Kantonalbank, abrufbar unter: <[http://www.edward-ott.ch/report/5A\\_29\\_2007\\_K.pdf](http://www.edward-ott.ch/report/5A_29_2007_K.pdf)>.

- REBSAMEN THOMAS, Anfechtbarkeit von Sanierungsleistungen, in: Jusletter vom 21. September 2009.
- Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg, Zürich 2004.
- ROTH JÜRIG, Sanierungsdarlehen: Nachrang, Gleichrang, Vorrang, Basel 2009.
- Die vorrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, in: SJZ 105 (2009), S. 457 ff.
- RÜEDI CHRISTOPH, Aktuelle Fragen des Anfechtungsrechts nach Art. 285 ff. SchKG, Diss. Zürich, Zürich 2008.
- STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band III, Basel/Genf/München 1998.
- UMBACH-SPAHN BRIGITTE, Kommentierung von Art. 285 ff. SchKG, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel u. a. 2009.
- VOGT HANS-UELI, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung. Die neue Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, in: GesKR 2009, S. 163 ff.
- VOGT HANS-UELI /KÄSER THOMAS, Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer share swap transaction, in: GesKR 2009, S. 583 ff.
- 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.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Rechtsprechung Finanzmarktprivatrecht 2007/08, Leitentscheide und weitere Urteile des Bundesgerichts, in: recht 2009, S. 54 ff.

## Rechtsprechungsverzeichnis

- BGE 134 III 452 ff. («Swissair/ZKB-Entscheid»): Rückzahlung eines Darlehens.
- BGer 5A\_116/2009 vom 28. September 2009 (Dresdner Bank [heute Commerzbank]); Parallel-Fall zum «Swissair/ZKB-Entscheid».
- BGer 5A\_386/2008 vom 6. April 2009 (LRP Landesbank Rheinland-Pfalz); Parallel-Fall zum «Swissair/ZKB-Entscheid».
- BGer 5A\_420/2008 vom 28. Mai 2009: Zahlungen im Rahmen einer share swap transaction.
- BGer 5A\_64/2008 vom 14. Oktober 2008: Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren.
- BGE 135 III 276 ff. («Air Total/Swissair-Entscheid»): Bezahlung von Treibstofflieferungen.
- BGE 135 III 265 ff. («Flughafen/Swissair-Entscheid»): Bezahlung von Flughafengebühren.
- BGE 134 III 615 ff. («PWC/Tempus-Entscheid»): Zahlung eines Honorars für die Tätigkeit a) als Revisionsstelle b) als Berater.

vgl. ferner BGE 78 III 83 E. 1 S. 85 f. («Junod-Entscheid»): Rückzahlung eines kurzfristigen Darlehens zwecks Begleichung von Lohnforderungen der Angestellten; vgl. dazu später auch BGE 99 III 27 E. 5 S. 37.

## **Einleitung**

Der vorliegende Aufsatz soll eine kurze Übersicht über die Absichtsanfechtung im Allgemeinen und über den sogenannten «Swissair/ZKB-Entscheid» des Bundesgerichts<sup>1</sup> bzw. über mögliche sich aus diesem Entscheid ergebende Konsequenzen geben.

Das dem Aufsatz zu Grunde liegende Impulsreferat an der Schweizerischen Bankrechtstagung 2010 in Bern war gedacht als kurze Einführung in das Thema, insbesondere auch für die an der Tagung abgehaltene Podiumsdiskussion. Erst recht werden die nachfolgenden Ausführungen, die das Referat zusammenfassen, kurz ausfallen. Dies, zumal sich Frau Prof. Dr. iur. Susan EMMENEGGER, LL.M., in ihrem im vorliegenden Band publizierten Aufsatz zum Sanierungsdarlehen<sup>2</sup> bereits einlässlich und überzeugend mit verschiedenen Fragen zur paulianischen Anfechtung und zum genannten Swissair/ZKB-Entscheid befasst hat. Ich habe mich mit Frau Prof. EMMENEGGER darauf verständigt, dass mit dem vorliegenden Beitrag Wiederholungen zu den bereits gemachten Ausführungen möglichst vermieden werden sollen. In jüngerer Zeit sind überdies weitere, sehr aufschlussreiche Publikationen zum Thema erschienen.<sup>3</sup>

## **I. Gemeinsame Grundelemente aller Anfechtungstatbestände**

### **1. Drei Arten von Anfechtungstatbeständen**

Die Grundnormen zur sogenannten paulianischen Anfechtung finden sich in den Art. 285 ff. SchKG, wobei das Gesetz bekanntlich drei Arten von Anfechtungstatbeständen kennt:

- Schenkungsanfechtung (Art. 286 SchKG)
- Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG)
- Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG)

---

<sup>1</sup> BGE 134 III 452 ff.

<sup>2</sup> EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, in diesem Band.

<sup>3</sup> Vgl. dazu etwa GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), 275 f.; LORANDI, BISchK 2009, 213 ff. sowie diverse Publikationen von VOGT (u. a.: GesKR 2009, 163 ff., GesKR 2009, 583 ff.).



Bei allen Anfechtungstatbeständen geht es darum, dass gewisse Rechtshandlungen (untechnisch gesagt: «Vermögensverschiebungen»), welche ein Schuldner vor seiner Insolvenz vorgenommen hat, wieder rückgängig gemacht werden sollen, sofern sie zu einer Schädigung der Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren geführt haben.<sup>4</sup> Es wird dabei auch von einer «paulianischen» Anfechtung gesprochen. Das Institut ist benannt nach dem Prätor Paulus des alten Roms, welcher schon damals in diesem Bereich Handlungsbedarf erkannt hatte.

Ganz vereinfacht gesagt, geht es bei der Schenkungsanfechtung darum, dass der Schuldner vor seiner Insolvenz Vermögen verschenkt oder zumindest gemischte Schenkungen vorgenommen hat.<sup>5</sup> Bei der Überschuldungsanfechtung hat der Schuldner demgegenüber vor seiner Insolvenz in einem Zustand der Überschuldung ungewöhnliche Rechtsgeschäfte vorgenommen, insbesondere Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten bestellt, zu deren Sicherstellung er nicht schon früher verpflichtet war, eine Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel bezahlt (z. B. eine Lieferantenrechnung durch Hingabe eines Teils des Warenlagers) oder eine nicht fällige Schuld getilgt.<sup>6</sup> Bei der Absichtsanfechtung schliesslich hat ein Schuldner absichtlich (oder, wie wir sehen werden: eventualvorsätzlich) Handlungen zur Benachteiligung oder Bevorzugung einzelner Gläubiger vorgenommen.<sup>7</sup>

## **2. Gemeinsame Grundelemente aller Anfechtungstatbestände**

### **a) Fristen im Allgemeinen**

Es gibt zwei Arten von Fristen, die im Anfechtungsrecht von Bedeutung sind: Einerseits die sogenannte Verdachtsfrist (*période suspecte*) und andererseits die Verwirkungsfrist. Im Einzelnen:

---

<sup>4</sup> STAEHELIN, Basler Kommentar III, N 1 zu Art. 285 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss, § 52 Nr 5; UMBACH-SPAHN, Kurzkommentar, N 1 zu Art. 285 SchKG.

<sup>5</sup> AMONN/WALTHER, Grundriss, § 52 N 11 ff.; LORANDI, BISchKG 2009, 217.

<sup>6</sup> STAEHELIN, Basler Kommentar III, N 1 ff. zu Art. 287 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss, § 52 N 16 ff.

<sup>7</sup> STAEHELIN, Basler Kommentar III, N 1 ff. zu Art. 288 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss, § 52 N 22 ff.

### **b) Die Verdachtsfrist (période suspecte)**

Die sogenannte Verdachtsfrist (période suspecte) legt fest, wie weit eine bestimmte Rechtshandlung vor der Insolvenz des Schuldners zurückliegen darf, damit sie überhaupt noch angefochten werden kann. Bei der Schenkungs- und der Überschuldungsanfechtung beträgt sie ein Jahr (vgl. Art. 286 Abs. 1 und Art. 287 Abs. 1 SchKG) und bei der Absichtsanfechtung fünf Jahre (vgl. Art. 288 SchKG). Wurde eine Rechtshandlung ausserhalb dieser Fristen vorgenommen, kommt der entsprechende Anfechtungstatbestand zum Vornherein nicht zur Anwendung.<sup>8</sup>

Die Insolvenz des Schuldners bzw. genauer das insolvenzrechtliche Ereignis, welches massgebend ist für den Anwendungsbereich der paulinischen Anfechtung und für die Fristberechnung, umfasst drei Vorgänge: Die Eröffnung eines Konkurs- oder eines Nachlassverfahrens über einen Schuldner sowie die Pfändung von schuldnerischem Vermögen. Im Nachlassverfahren ist eine Anfechtung nur bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG) möglich, nicht hingegen bei einem ordentlichen Nachlassvertrag (Stundungs- oder Dividendenvergleich; Art. 314 bis 316 SchKG).<sup>9</sup> Der Einfachheit halber wird nachfolgend zumeist nur noch von einer Konkursöffnung die Rede sein, womit regelmässig auch die anderen beiden insolvenzrechtlichen Ereignisse mitverstanden werden.

Die genannten Fristen verlängern sich gem. Art. 288a SchKG um die Dauer eines vorausgegangenen Nachlassverfahrens oder eines Konkursaufschubes oder einer vorausgegangenen Betreuung sowie (bei der konkursamtlichen Liquidation einer Erbschaft) um die Zeit zwischen dem Todestag und der Anordnung der Liquidation (Art. 288a SchKG).

### **c) Die Verwirkungsfrist (Art. 292 SchKG)**

Gemäss Art. 292 SchKG ist das Anfechtungsrecht nach Ablauf von zwei Jahren seit Zustellung des Pfändungsverlustscheins (Ziff. 1) bzw. seit der Konkursöffnung (Ziff. 2) verwirkt. Es war längere Zeit unklar und strittig, wann diese Frist im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung zu laufen beginnt. Das Bundesgericht hat dazu nun kürzlich klargestellt, dass die Frist erst mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrages zu laufen beginnt und insbesondere nicht schon mit der Bewilligung der Nachlass-

---

<sup>8</sup> AMONN/WALTHER, Grundriss, § 52 N 6.

<sup>9</sup> BGE 134 III 273 E. 4.4.2. S. 282 f.; HUNKELER, Jusletter vom 11.02.2008.

stundung.<sup>10</sup> Die Frist ist eine echte Verwirklichungsfrist im Rechtsinne, d. h. der Berechtigte muss das Anfechtungsrecht vor Fristablauf durch gerichtliche Klage geltend gemacht haben, durch Anrufung des Richters bzw. in einem ersten Schritt ev. durch Einleitung eines Schlichtungsverfahrens.<sup>11</sup> Eine Fristunterbrechung wie bei der Verjährung ist nicht möglich.<sup>12</sup>

Umstritten ist, ob die Frist vom Berechtigten nach Fristablauf noch einredeweise geltend gemacht werden kann.<sup>13</sup>

#### **d) Passivlegitimation**

Gemäss Art. 290 SchKG richtet sich die Anfechtungsklage gegen diejenigen Personen, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind, sowie gegen ihre Erben oder andere Gesamtnachfolger und bösgläubige Dritte. Die Rechte gutgläubiger Dritter werden durch die Anfechtungsklage nicht berührt.

#### **e) Gerichtsstand**

Gemäss Art. 289 SchKG ist die Anfechtungsklage beim Richter am Wohnsitz des Beklagten einzureichen. Hat der Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz, so kann die Klage auch beim Richter am Ort der Pfändung oder des Konkurses eingereicht werden.

#### **f) Wirkungen der Anfechtung**

Die erfolgreiche Geltendmachung eines Anfechtungsrechts bewirkt, dass der Begünstigte, der durch eine anfechtbare Rechtshandlung Vermögen des Schuldners erhalten hat, zur Rückgabe desselben verpflichtet ist (Art. 291 Abs. 1 erster Satz SchKG). Dabei ist soweit möglich Rückgabe in natura zu leisten und nur falls nicht mehr möglich Wertersatz.<sup>14</sup> Die Gegenleistung ist zu erstatten, soweit sie sich in den Händen des Schuldners befindet oder dieser durch sie bereichert ist (Art. 291 Abs. 1 zweiter Satz SchKG). Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Forderung gegen den Schuldner geltend gemacht werden (Art. 291 Abs. 1 dritter Satz SchKG).

---

<sup>10</sup> BGE 134 III 273 E. 4.6.3. S. 284 f.; HUNKELER, Jusletter vom 11.02.2008.

<sup>11</sup> UMBACH-SPAHN, Kurzkomentar, N 5 ff. zu Art. 292 SchKG.

<sup>12</sup> UMBACH-SPAHN, Kurzkomentar, N 1 zu Art. 292 SchKG.

<sup>13</sup> UMBACH-SPAHN, Kurzkomentar, N 7 zu Art. 292 SchKG, mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>14</sup> LORANDI, BISchK 2009, 232.

Bestand die anfechtbare Rechtshandlung in der Tilgung einer Forderung, so tritt dieselbe mit der Rückerstattung des Empfangenen wieder in Kraft (Art. 291 Abs. 2 SchKG).

## II. Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen

### 1. Übersicht

Unter der Marginalie «Absichtsanfechtung» bestimmt Art. 288 SchKG Folgendes: «Anfechtbar sind endlich alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.»

Drei Elemente sind in diesem Tatbestand wesentlich: Es muss eine Schädigungsabsicht des Schuldners vorliegen, eine Erkennbarkeit dieser Schädigungsabsicht durch den Dritten (den Begünstigten) und – nicht aus dem Gesetzestext ersichtlich –, die vorgenommenen Rechtshandlungen müssen tatsächlich zu einer Gläubigerschädigung geführt haben.<sup>15</sup> Im Einzelnen:

### 2. Tatsächliche Gläubigerschädigung

Nur wenn die Vollstreckungsrechte der Gläubiger tatsächlich beeinträchtigt werden, besteht aus vollstreckungsrechtlicher Sicht ein Interesse daran, die ihnen zu Grunde liegenden Rechtshandlungen durch paulianische Anfechtung rückgängig zu machen. Fast immer besteht eine solche Beeinträchtigung darin, dass Vollstreckungssubstrat vermindert wurde, welches ohne die anfechtbare Rechtshandlung den Gläubigern in der Insolvenz des Schuldners zur Verfügung gestanden hätte. In Einzelfällen kann die Beeinträchtigung aber auch schon darin liegen, dass der Zugriff der Gläubiger auf die schuldnerischen Vermögenswerte erschwert wurde.<sup>16</sup>

Die Rückzahlung eines *ungesicherten Darlehens* an einen Gläubiger während der Verdachtsfrist stellt in objektiver Hinsicht eine anfechtbare Rechtshandlung dar, denn der begünstigte Gläubiger erhält den vollen Betrag, während er in der Insolvenz des Schuldners (wenn überhaupt) nur noch

---

<sup>15</sup> STAEHELIN, Basler Kommentar III, N 3 zu Art. 288 SchKG; UMBACH-SPAHN, Kurzkomentar, N 1 zu Art. 288 SchKG.

<sup>16</sup> VOGT, GesKR 2009, 177.

eine Dividende erhalten hätte. Soweit eine Zahlung an Gläubiger mit dinglichen Vorrechten (insbesondere Pfandrechten) oder an konkursrechtlich privilegierte Gläubiger der ersten und zweiten Klasse gem. Art. 219 Abs. 4 SchKG erfolgt, ist der Anfechtungstatbestand grundsätzlich nicht erfüllt, soweit Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners aufgrund ihrer Vorzugstellung ohnehin voll befriedigt worden wären. Im Einzelfall ist immerhin zu prüfen, ob eine Bevorteilung nicht darin liegt, dass einem Gläubiger viel früher Mittel zugeführt wurden, als er in der Insolvenz des Schuldners erhalten hätte, was möglicherweise zu Zins- und Liquiditätsvorteilen beim Gläubiger geführt hat.<sup>17</sup>

Aus welchem *Grund* dem Schuldner das zurückbezahlte Darlehen seinerzeit gewährt wurde, ist unter anfechtungsrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich unerheblich.

In zwei kürzlich publizierten Entscheiden hat das Bundesgericht klar gestellt, dass marktübliche *Zinszahlungen*, die ein Schuldner seinen Darlehensgläubigern ausrichtet, grundsätzlich nicht anfechtbar sind.<sup>18</sup>

Die Gewährung eines *gesicherten Darlehens* zu marktüblichen Konditionen ist demgegenüber grundsätzlich unproblematisch, zumal damit zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer gleichzeitig gleichwertige Leistungen ausgetauscht werden und somit keine Gläubigerschädigung stattfindet.<sup>19</sup>

Lediglich ausnahmsweise ist die Gewährung eines ungesicherten Darlehens anfechtbar, nämlich dann, wenn das Geschäft die Verfügung über die letzten Aktiven des Schuldners zum Nachteil der Gläubiger bezweckt.<sup>20</sup>

Soweit die Darlehenssicherung erst im Nachhinein (nach erfolgter Darlehensgewährung) vereinbart wird, ist sie demgegenüber selbstverständlich anfechtbar, und zwar auch unter der Überschuldungsanfechtung gem. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG.<sup>21</sup>

Weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts lediglich ein gleichzeitiger Austausch gleichwertiger Leistungen paulianisch unproblematisch

---

<sup>17</sup> Allfällige sich daraus ergebende (betragsmässig bezifferbare) finanzielle Vorteile (Zinsvorteile) werden jedoch oftmals zu gering sein, um eine Anfechtungsklage wirtschaftlich zu rechtfertigen.

<sup>18</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4; 5A\_758/2008 E. 5 f. (zur Publikation vorgesehen); besprochen von HUNKELER, Jusletter vom 15.03.2010. Vgl. dazu auch EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./1./b)/aa), in diesem Band, wo sich weitere Ausführungen finden.

<sup>19</sup> Ausführlicher dazu: VOGT, GesKR 2009, 165.

<sup>20</sup> BGE 134 III 617 f.

<sup>21</sup> Vgl. auch I./1. hiervor.

ist, sind Dienstleister grundsätzlich gut beraten, sich bevorschussen zu lassen. Dies gilt insbesondere beispielsweise für beratende Sanierungsanwälte oder auch für die aktienrechtliche Revisionsstelle. Wird zuerst gearbeitet und hernach bezahlt, ist dies meistens unzulässig. In einer Übersicht über die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung zur paulianischen Anfechtung am Schluss dieses Aufsatzes sind verschiedene Entscheide angeführt, wo es genau um diese Frage ging. Als Grundsatz kann gesagt werden, dass immer dort, wo eine Leistung nicht durch einen Dritten substituierbar ist und für den Schuldner zwingend benötigt wird, so etwa die Treibstofflieferung eines Treibstofflieferanten für den sofortigen Betrieb eines Flugzeugs, die paulianische Anfechtung ausgeschlossen ist, auch wenn die Bezahlung erst im Anschluss an die erbrachte Leistung erfolgte.<sup>22</sup> Für eine ausgezeichnete Darstellung der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Praxis wird auf LORANDI verwiesen.<sup>23</sup>

### 3. Schädigungsabsicht des Schuldners

Eine Schädigungsabsicht des Schuldners liegt vor, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Rückzahlung voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung eine Ungleichbehandlung unter den Gläubigern bewirkt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt es, wenn der Schuldner eine solche Ungleichbehandlung in Kauf genommen hat (Eventualvorsatz).<sup>24</sup> In Bezug auf eine Rückzahlung des Darlehens ist anzumerken, dass das Bewusstsein des Schuldners um seine finanzielle Notlage ein gewichtiges Indiz für eine Schädigungsabsicht des Schuldners darstellt. Der Schuldner darf zwar auch in Krisenzeiten seine normale Geschäftstätigkeit aufrecht erhalten und somit insbesondere Darlehenszinsen bezahlen.<sup>25</sup> Die Rückzahlung eines Darlehens steht indes häufig nicht im Zusammenhang mit der normalen Geschäftstätigkeit des Schuldners, weshalb sie in Zeiten einer finanziellen Notlage auf eine Schädigungsabsicht beim Schuldner schliessen lässt.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> BGE 135 III 265; LORANDI, BISchK 2009, 227 f.; VOGT, GesKR 2009, 165 ff.

<sup>23</sup> LORANDI, BISchK 2009, 227 f.; vgl. ferner etwa GLANZMANN, in: ZBJV 146 (2010), 261 ff.

<sup>24</sup> BGE 135 III 265 E. 2 S. 267; BGE 134 III 452 E. 4.1 S. 456 f.; Für weitere Anmerkungen und Literaturhinweise vgl. EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./1./b)/bb) und dort insbesondere Fn 29 und 30, in diesem Band.

<sup>25</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 2.; 5A\_770/2008 E. 2.

<sup>26</sup> Vgl. dazu BGer 5A\_386/2008 E. 4.3.; Kritisch dazu: GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), 275 f.

#### 4. Erkennbarkeit durch den Dritten

Die (zumindest eventualvorsätzliche) Schädigungsabsicht des Schuldners muss im Zeitpunkt der Vornahme des anfechtbaren Rechtsgeschäfts unter Einhaltung der gebotenen Sorgfalt und Aufmerksamkeit durch den begünstigten Dritten erkennbar sein. Im Ergebnis geht es darum, ob der Dritte die Gläubigerschädigung bzw. Ungleichbehandlung anderer Gläubiger voraussehen konnte und musste. Anders als bei der Schädigungsabsicht des Schuldners genügt hier bereits Fahrlässigkeit.<sup>27</sup>

Seitens des Dritten besteht keine generelle Erkundigungspflicht, sondern nur beim Vorliegen deutlicher Anzeichen einer Schädigungsabsicht des Schuldners. Das Vorliegen solcher Anzeichen wird vom Bundesgericht indes relativ schnell bejaht.<sup>28</sup> In Bezug auf Darlehensverträge stellt sich die Frage, ob die «Alarmstufe» bei kreditgebenden Banken tiefer anzustufen ist als bei gewöhnlichen Gläubigern. Das Bundesgericht hat in zwei swissair-relevanten Entscheiden festgehalten, dass die Geschäftsbanken im Vergleich zum gewöhnlichen Zeitungsleser über bessere Quellen zur Informationsbeschaffung und Risikoanalyse verfügen, und sie sich an diesen Informationsressourcen messen lassen müssen.<sup>29</sup>

### III. Konkreter Leading Case: ZKB/Swissair-Entscheid (BGE 134 III 452; Urteil vom 29. Mai 2008)

#### 1. Sachverhalt

In Ergänzung zu den Ausführungen von Frau Prof. EMMENEGGER sei an dieser Stelle Folgendes festgehalten:<sup>30</sup> Die SAir-Group als Mutterholding des Swissair-Konzerns erhielt am 17./19. August 1999 von der Zürcher Kantonalbank ZKB ein ungesichertes Darlehen über CHF 100 Mio.. Die Laufdauer

---

<sup>27</sup> BGE 134 III 452 E. 4.2 S. 456 und dazu HUNKELER, Jusletter vom 25.08.2008, Rz. 4.

<sup>28</sup> Vgl. BGE 134 III 452 E. 8 S. 463 ff. und dazu HUNKELER, Jusletter vom 25.08.2008, Rz. 4. Vgl. zudem die Ausführungen und Verweise von EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./1./b)/cc), Fn 38, in diesem Band.

<sup>29</sup> BGer 5A\_386/2008 E. 5.2; BGer 5A\_116/2009 E. 7.1., 7.4. Vgl. dazu auch EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./1./b)/cc), in diesem Band, welche darauf hinweist, dass in beiden Entscheiden die Banken gegenüber der Swissair schrittweise auf eine immer restriktivere Politik umgestellt hatten, bevor sie dann endgültig die Darlehensrückzahlung verlangten. Vgl. auch LORANDI, BISchKG 2009, S. 223, m.w.H.

<sup>30</sup> EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./2., in diesem Band.

des Darlehens wurde mehrfach verlängert. Am 2. April 2001 gab die Swissair einen Konzernverlust von ca. CHF 2.8 Mrd. bekannt. Es wurde die ganze Geschäftsführung ausgewechselt und gleichzeitig über die Einräumung einer neuen Kreditlimite durch ein anderes Bankenkonsortium in der Höhe von CHF 1 Mrd. informiert. Am 10. April 2001 gab die ZKB selber die Empfehlung zum Verkauf von SAir-Group-Aktien ab. In einem Zeitraum von rund drei Monaten bezahlte die SAir-Group den noch offenen Darlehensbetrag von rund CHF 80 Mio. zurück, und zwar in drei Raten am 21. August 2001, 5. September 2001 und 27. September 2001. Wenige Tage nach der letzten Ratenzahlung erfolgte das sogenannte Grounding der Swissair (2. Oktober 2001) und wurden der SAir-Group und weiteren Konzerngesellschaften die provisorische Nachlassstundung bewilligt (5. Oktober 2001).

## 2. Entscheide und Instanzenzug

Das *Zürcher Handelsgericht* wies die paulianische Anfechtungsklage des Liquidators der SAir-Group auf Rückzahlung der erhaltenen rund CHF 80 Mio. mit Urteil vom 10. Januar 2007 ab.<sup>31</sup> Die Voraussetzungen für die Absichtsanfechtung gem. Art. 288 SchKG seien nicht gegeben. Es fehle sowohl an der Schädigungsabsicht der SAir-Group wie auch an der Erkennbarkeit einer solchen Absicht durch die ZKB. Die SAir-Group sei ab April 2001 in eine «Sanierungsphase» getreten. In dieser sei eine Gleichbehandlung der Gläubiger nicht möglich gewesen, da im Zeitpunkt der Rückzahlung der Darlehen immerhin Sanierungsaussichten bestanden hätten, seien die genannten beiden subjektiven Voraussetzungen nicht erfüllt.

Das *Bundesgericht* hingegen entschied in Gutheissung der Beschwerde der SAir-Group mit Urteil vom 29. Mai 2008 gegenteilig und verpflichtete die ZKB vollumfänglich zur Rückerstattung des erhaltenen Betrages von rund CHF 80 Mio.. Der Entscheid fiel mit 3:2 Stimmen äusserst knapp aus.<sup>32</sup>

## 3. Die Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt in seiner Entscheidungsbegründung vorab fest, dass hinsichtlich aller drei Rückzahlungen kein Sanierungsdarlehen vorliege und

---

<sup>31</sup> HGer ZH (Vorinstanz), ZR 106 (2007) Nr. 22.

<sup>32</sup> BGE 134 III 452 ff.



Voraussetzungen für eine besondere Behandlung der Darlehensrückzahlung unter paulianischen Gesichtspunkten nicht gegeben seien.<sup>33</sup>

Hinsichtlich des Vorliegens einer Schädigungsabsicht bei der Schuldnerin befand das höchste Gericht, dass die SAir-Group ihre finanzielle Notlage gekannt habe. Sie habe hohe Schulden gehabt und ihre Liquidität fast nur noch über Fremdmittel sicherstellen können. Somit sei zumindest von einer eventualvorsätzlichen Gläubigerschädigung auszugehen, was unter dem Aspekt der Absichtsanfechtung genüge.<sup>34</sup>

Zur Begründung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die ZKB befand das Gericht, dass die Bank (zu) passiv geblieben sei trotz Vorliegens deutlicher Indizien für eine Gläubigerschädigung aufgrund der wirtschaftlichen Gesamtlage der Schuldnerin (massiver Vorjahresverlust, Auswechslung der Führungsspitze, neuer Kredit im April 2001). Weitere Indizien für eine (eventualvorsätzliche) Schädigungsabsicht bei der Schuldnerin seien die Umstände gewesen, dass werthaltige und gewinnträchtige Unternehmensteile verkauft worden seien, was auf eine Krisensituation hingedeutet habe, und dass sogar mit den Bundesbehörden Verhandlungen für eine massive Finanzhilfe geführt worden seien.<sup>35</sup>

## IV. Konsequenzen / Alternativen

### 1. Hohes Anfechtungsrisiko

Die wesentliche Schlussfolgerung aus dem ZKB/Swissair-Entscheid besteht darin, dass für kreditgebende Banken ein hohes Risiko besteht, wenn sie sich von einem Schuldner in finanzieller Notlage ein ungesichertes Darlehen (oder Teile davon) zurückzahlen lassen, und zwar ungeachtet dessen, ob eine (eventualvorsätzliche) Schädigungsabsicht des Schuldners tatsächlich erkannt wird oder nicht.

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, II./3./a) und III., in diesem Band.

<sup>34</sup> BGE 134 III 452 E. 7.4 S. 463

<sup>35</sup> BGE 134 III 452 E. 8.4 S. 465.

## 2. Privilegiertes Darlehen als Ausweg?

Die Frage, ob sich kreditgebende Banken die Rechtsfigur des privilegierten Sanierungsdarlehens zu Nutze machen können und wie diesbezüglich gegebenenfalls vorzugehen wäre, wird von Frau Prof. Susan EMMENEGGER näher untersucht.<sup>36</sup>

## 3. Vorsichtsmassnahmen

Kreditgebende Banken sind sicher gut beraten, wenn sie Darlehen wenn immer möglich gegen (genügende) Sicherheiten vergeben. Dies ist zwar eine Binsenwahrheit, kann an dieser Stelle jedoch nicht genügend betont werden. Ganz allgemein gilt bei der Kreditvergabe im besonderen Masse der Grundsatz «trau schau wem» und ist den Banken zu empfehlen, die Vermögens- und Ertragslage ihrer Kreditnehmer möglichst zeitnah zu überwachen, zumal ihnen im Unterlassungsfall unter paulianischen Gesichtspunkten wohl ohnehin vorgeworfen würde, es hätten entsprechende Überwachungsmöglichkeiten bestanden und die Unterlassung deren Ausschöpfung sei der Kreditgeberin anzurechnen. Im Zweifelsfall werden Banken wohl auch eher dazu geneigt sein, ein Darlehen zu kündigen und zurückzuführen, bevor (genügend) Indizien für eine finanzielle Notlage eines Schuldners bestehen.

## 4. Insbesondere: Massakredit im Nachlassverfahren

Steckt ein Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten und ist eine Bank nicht gewillt, ihm ein ungesichertes Darlehen zu gewähren, steht insbesondere die Möglichkeit zur Gewährung eines sogenannten Massakredits nach Eröffnung eines gerichtlichen Nachlassverfahrens offen: Sobald einem Nachlassschuldner die Nachlassstundung bewilligt wurde, geniessen alle Forderungen, die während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters entstanden sind, ein Superprivileg in dem Sinne, als sie in einem allfälligen nachfolgenden Konkurs- oder Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung vor allen anderen ungesicherten Forderungen zu bezahlen sind, insbesondere auch vor den konkursrechtlich privilegierten Gläubigern der ersten beiden Klassen gem. Art. 219 Abs. 4 SchKG.<sup>37</sup> Es empfiehlt sich bei gegebener Konstellation daher durchaus, vom Schuldner zu verlangen, dass er ein

---

<sup>36</sup> Vgl. EMMENEGGER, Sanierungsdarlehen, III./3., in diesem Band.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG i.V.m. Art. 310 Abs. 2 SchKG.

gerichtliches Nachlassverfahren einleitet und ihm unter Mitwirkung des Sachwalters (und gegebenenfalls des Nachlassrichters) eine Kreditgewährung während der Nachlassstundung in Aussicht zu stellen oder sogar fest zu versprechen.

## 5. Weitere

Soweit eine Bank Kundin eines notleidenden Schuldners ist und diesem gegenüber Verbindlichkeiten hat, ist eine Darlehensgewährung in der Höhe der bestehenden Verpflichtungen der Bank insoweit unproblematisch, als die Bank ihre Darlehensforderungen in der späteren Insolvenz des Schuldners bei gegebenen Voraussetzungen mit ihrer Schuldverpflichtung verrechnen kann.<sup>38</sup>

Die Besicherung eines Darlehens kann auch etwa im Sinne eines Lohnzessionskredites erfolgen. Dies indem sich die Bank von betroffenen Arbeitnehmern des Schuldenunternehmens durch entsprechende schriftliche Zessionsvereinbarungen gemäss Art. 164 ff. OR offene Lohnforderungen gegen Bezahlung in der Höhe der jeweiligen offenen Lohnforderungen abtreten lässt. Die Lohnforderungen bleiben damit bestehen; es findet als Folge der Zession lediglich ein Gläubigerwechsel statt. Soweit die Forderung konkursrechtlich in der ersten Klasse gem. Art. 219 Abs. 1 SchKG privilegiert ist, behält sie ihr Privileg auch mit der Abtretung, zumal gem. Art. 170 OR die Vorzugs- und Nebenrechte zusammen mit der Forderung auf den Zessionaren übergehen und Konkursprivilegien keine Vorzugsrechte sind, die als untrennbar mit der Person des abgetretenen Arbeitnehmers verknüpft gelten.<sup>39</sup>

Je nach Konstellation des Einzelfalles lassen sich in der Praxis allenfalls weitere Möglichkeiten zur Absicherung einer kreditgebenden Bank im Sanierungsprozess finden.

---

<sup>38</sup> Vgl. dazu Art. 213 und 214 SchKG.

<sup>39</sup> Vgl. GIRSBERGER, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 170 OR, m.w.H.; GAUCH/SCHLUEP/-EMMENEGGER, OR AT II, Nr. 3457. So auch das Bundesgericht in BGE 49 III 202 ff.



# Das Sanierungsdarlehen

Prof. Dr. Susan Emmenegger, Bern

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	154
Materialien.....	156
Einleitung.....	156
I. Der Begriff des Sanierungsdarlehens.....	157
1. Das gewöhnliche Sanierungsdarlehen.....	157
2. Das privilegierte Sanierungsdarlehen.....	158
3. Das eigenkapitalersetzende Sanierungsdarlehen.....	159
II. Der Kontext: Die Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG).....	159
1. Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen.....	159
a) Norminhalt.....	159
b) Voraussetzungen im Einzelnen.....	161
aa) Gläubigerschädigung.....	161
bb) Schädigungsabsicht seitens des Schuldners.....	163
cc) Erkennbarkeit seitens des Dritten.....	164
2. Konkreter Leading-Case: ZKB-Entscheid des Bundesgerichts.....	165
a) Sachverhalt.....	165
b) Instanzenzug.....	167
3. Erwägungen des Bundesgerichts.....	167
a) Kein Sanierungsdarlehen.....	167
b) Anfechtungsvoraussetzungen erfüllt.....	168
4. Konsequenzen für die kreditgebenden Banken.....	169
a) Hohes Anfechtungsrisiko.....	169
b) Privilegiertes Sanierungsdarlehen als Ausweg?.....	169
III. Das privilegierte Sanierungsdarlehen.....	169
1. Genese.....	170
2. Dogmatische Einordnung.....	172

a)	Ältere Rechtsprechung: Fehlende Gläubigerschädigung.....	172
b)	Neuere Rechtsprechung: Fehlende Schädigungsabsicht und fehlende Erkennbarkeit.....	173
c)	Eigene Einordnung: Teleologische Reduktion von Art. 288 SchKG.....	174
3.	Materielle Voraussetzungen: Besondere Zweckbestimmung.....	176
a)	Überbrückungsfunktion.....	176
aa)	Parameter.....	176
bb)	Praktische Umsetzung.....	178
b)	Unterstützungsfunktion.....	179
aa)	Parameter.....	179
bb)	Praktische Umsetzung.....	180
c)	Zwischenergebnis: Hohe Anforderungen.....	181
4.	Alternativen zum privilegierten Sanierungsdarlehen?.....	182
IV.	Das Sanierungsdarlehen in der SchKG-Revision.....	183
1.	Vorentwurf: Keine Sonderregelung für Sanierungsdarlehen.....	184
2.	Vernehmlassung: Sonderregelung teilweise gefordert.....	185
3.	Entscheid des Bundesrats: Weitere Abklärung zur Frage der Sonderregelung.....	186
4.	Konsequenzen für die Kreditpraxis.....	186
5.	Mögliche Parameter für das gesetzliche Sanierungsdarlehen.....	187
V.	Schlussbemerkungen.....	188

## Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 17. Juni 2010.

CASTELLA JEAN, La connivance du bénéficiaire de l'acte révocable d'après l'art. 288 LP, JdT 1956 II, S. 67-80.

GALLIKER ANDREA/VON DER CRONE HANS CASPAR, Absichtsanfechtung und Sanierung. Bemerkungen zu BGE 134 III 452, in: SZW 2008, S. 602-612.

GESSLER DIETER, Wie sich Gläubiger vor Klagen schützen können. Heikler Umgang mit überschuldeten Vertragspartnern, in: NZZ vom 10. September 2008, S. 4.

GAUCH PETER, Der Holoalt, in: Rechtsfiguren: k(l)eine Festschrift für Pierre Tercier, Zürich 2003, S. 33-50.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 9. Aufl., Zürich 2008. Band I bearbeitet von Jörg Schmid, Band II bearbeitet von Susan Emmenegger.

GLANZMANN LUKAS, Sanierungsdarlehen, in: ZBJV 146 (2010), S. 261-294.

- HINDERLING HANS, Ausgewählte Aspekte der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, in: DERS. (Hrsg.), Ausgewählte Schriften, Zürich 1982, S. 257-266.
- Die Anfechtung der kongruenten Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten nach Art. 288 SchKG, in: ZSR 54 (1935), S. 240-250.
- HUNKELER DANIEL, Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010, S. 137-151 (in diesem Band).
- Zinszahlungen beim Darlehen sind grundsätzlich paulianisch nicht anfechtbar, in: Jusletter vom 15. März 2010.
  - Absichtspauliana – Anforderungen an die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, in: Jusletter vom 25. August 2008.
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern u. a. 2010.
- LAPORTE, CLAUDE, Actualité No. 656, 14. Dezember 2009, abrufbar unter <<http://cms.unige.ch/droit/cdbf>>, actualité No. 656.
- LORANDI FRANCO, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung. Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, in: BLSchK 2009, S. 213-236.
- MERZ HANS, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1949-1952, ZBJV 90 (1954), S. 97-173.
- OTT EDWARD E., BGE 134 III 452 ff.: schlecht für Kreditnehmer und Banken? (III), Entscheidung vom 29. Mai 2008 i.S. SAirGroup c. Zürcher Kantonalbank, abrufbar unter: <[www.edward-ott.ch/report/5A\\_29\\_2007\\_K.pdf](http://www.edward-ott.ch/report/5A_29_2007_K.pdf)>.
- REBSAMEN THOMAS, Anfechtbarkeit von Sanierungsleistungen, in: Jusletter vom 21. September 2009.
- ROTH JÜRIG, Sanierungsdarlehen: Nachrang, Gleichrang, Vorrang, Basel 2009.
- Die vorrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, SJZ 2009, S. 457-466.
- RUBLI ARMAND, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich 2002.
- UMBACH-SPAHN BRIGITTE, Kommentierung von Art. 285-292 SchKG, in: Daniel Hunkeleler (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel u. a. 2009.
- 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.
- Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2010, S. 153-189.
- 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.

## Materialien

- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Begleitbericht zum Vorentwurf, Bern, Dezember 2008, abrufbar unter: <[www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)>.
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, Bern, August 2009, abrufbar unter: <[www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)>.
- ECONOMIESUISSE, Revision des Schuldbetreibungs und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren – Vernehmlassung vom 8. Mai 2009, abrufbar unter: <[www.economiesuisse.ch](http://www.economiesuisse.ch)>.
- EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, Medienmitteilung vom 20. Januar 2010: Erleichterte Sanierung von Unternehmen mehrheitlich begrüsst. Bundesrat nimmt Vernehmlassungsergebnisse zur Kenntnis, abrufbar unter: <[www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)>.
- EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN, Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung, Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Bern, April 2005, abrufbar unter: <[www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)>.
- EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN, Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren. Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren, Bern, Juni 2008, abrufbar unter: <[www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)>.
- FDP.DIE LIBERALEN, Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren. Vernehmlassungsantwort vom 4. Mai 2009, abrufbar unter: <[www.fdp.ch](http://www.fdp.ch)>.
- SWISSBANKING, Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren. Vernehmlassung vom 7. Mai 2009, abrufbar unter: <[www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org)>.
- SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI, Vernehmlassungen. Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren. Antwort der Schweizerischen Volkspartei vom 8. Mai 2009, abrufbar unter: <[www.svp.ch](http://www.svp.ch)>.
- VERBAND SCHWEIZERISCHER KANTONALBANKEN, Stellungnahme zur Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 6. Mai 2009, erhältlich beim Bundesamt für Justiz.

## Einleitung

Im juristischen Sternenhimmel hängen bekanntlich viele Rechtsfiguren, die man im Laufe der Zeit erfunden hat: Die Vertrauenshaftung, der normative Schaden, die modifizierte Teilnichtigkeit, das faktische Vertragsverhältnis,



der antizipierte Vertragsbruch, um nur einige zu nennen.<sup>1</sup> Es ist ein offenes Geheimnis, dass jede Rechtsprofessorin und jeder Rechtsprofessor davon träumt, eine Rechtsfigur zu erfinden, die uns so berühmt macht, wie die culpa in contrahendo RUDOLF VON JHERING berühmt gemacht hat. Die Erfindung von Rechtsfiguren bleibt allerdings regelmässig dem Bundesgericht vorbehalten.

Mit dem Entscheid in Sachen SAirGroup in Nachlassliquidation gegen Zürcher Kantonalbank<sup>2</sup> hat das Bundesgericht seine Führungsrolle in Sachen «Rechtsfiguren» bestätigt; es hat das juristische Himmelszelt um einen weiteren Stern angereichert: Das privilegierte Sanierungsdarlehen. Wie es dazu gekommen ist und was es für die kreditgebenden Banken bedeutet, soll nachfolgend untersucht werden.

## I. Der Begriff des Sanierungsdarlehens

Das Gesetz enthält weder eine Legaldefinition des Sanierungsdarlehens, noch ist das Sanierungsdarlehen gesetzlich besonders geregelt. Aktuell wird der Begriff des Sanierungsdarlehens auf drei verschiedene Arten verwendet:

### 1. Das gewöhnliche Sanierungsdarlehen

Das gewöhnliche Sanierungsdarlehen bildet die Grundform des Sanierungsdarlehens. Von ihm kann man immer sprechen, wenn einem Schuldner in finanzieller Notlage ein Darlehen gewährt wird, welches die Überwindung dieser Notlage bezweckt.<sup>3</sup> Das Kernelement bildet also der besondere Zweck, der mit der Darlehensgewährung verbunden wird. Er besteht in der Sanierung des finanziell bedrängten Darlehensnehmers.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. zu den Rechtsfiguren den Aufsatz von GAUCH, *Holosalt*, passim.

<sup>2</sup> BGE 134 III 452.

<sup>3</sup> Für die allgemeine Begriffsbestimmung siehe auch die Definitionen bei WEBER, *Jusletter* vom 21.10.2008, Rz. 25 («[W]enn einem finanziell bedrängten Schuldner zu Sanierungszwecken ein Darlehen gewährt wird.»); GALLIKER/VON DER CRONE, *SZW* 2008, 611 («Unter dem Begriff des Sanierungsdarlehens ist die finanzielle Unterstützung eines Schuldners zu verstehen, welcher sich in einer Sanierungssituation befindet. Sie bezweckt die zumindest vorübergehende Sicherung und Wiederherstellung der Liquidität des Schuldners mit dem Ziel der Aufrechterhaltung des Geschäftsganges.»).

<sup>4</sup> Enger RUBLI, *Sanierungsmassnahmen*, 190: «Ein Sanierungsdarlehen sichert lediglich die Liquidität einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft.»

Die besondere, sanierungsorientierte Zweckbindung eines Darlehens kann sich in vielerlei Formen äussern. Sie kann sich darin erschöpfen, dass überhaupt Kredit gewährt wird, obwohl sich der Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten befindet. Sie kann zusätzlich ausdrücklich im Vertrag festgehalten sein. Sie kann weitergehend darin bestehen, dass die neue Mittelzufuhr exklusiv der Befriedigung ganz besonders dringender Forderungen dient. Kurz: Die Zweckbindung ist vielfältig und das gewöhnliche Sanierungsdarlehen hat einen entsprechend breiten Anwendungsbereich.

## 2. Das privilegierte Sanierungsdarlehen

Das Bundesgericht hat im ZKB-Entscheid dem Sanierungsdarlehen eine ganz besondere Ausprägung gegeben. Es hat den Begriff des Sanierungsdarlehens mit der Rechtsfolge der Anfechtungsfreistellung verknüpft: Liegt ein Sanierungsdarlehen vor, so ist dessen Rückzahlung nicht mit der Absichtsanfechtung im Sinne von Art. 288 SchKG anfechtbar. Das Gericht hat im Anschluss daran zwei Parallelentscheide gefällt: Sie betreffen die LRP Landesbank Rheinland-Pfalz und die Dresdner Bank (heute: Commerzbank).<sup>5</sup>

Eine Privilegierung im Sinne einer generellen Anfechtungsfreistellung kann zwangsläufig nicht jedem Darlehen mit einem irgendwie gearteten Sanierungscharakter zugute kommen. Das Bundesgericht stellt denn auch hohe Anforderungen an die besondere Zweckbindung «seines» Sanierungsdarlehens. Stichwortartig können diese Anforderungen mit den Begriffen der Überbrückungsfunktion und der Unterstützungsfunktion umschrieben werden. Darauf wird noch näher einzugehen sein.<sup>6</sup> Um das bundesgerichtliche Sanierungsdarlehen von den anderen Darlehen mit Sanierungscharakter abzugrenzen, wird vorliegend vom «privilegierten Sanierungsdarlehen» gesprochen.

Nach dem Gesagten ist das privilegierte Sanierungsdarlehen ein Darlehen, das dem Schuldner zu Sanierungszwecken gewährt wird. Der Sanierungszweck besteht aus zwei Komponenten: Der Überbrückungs- und einer Unterstützungsfunktion. Erfüllt das Darlehen diese beiden Funktionen, so wird es insoweit privilegiert, als seine Rückzahlung von der Anfechtung im Sinne von Art. 288 SchKG ausgenommen ist.

---

<sup>5</sup> BGer 5A\_386/2008 (LRP Landesbank Rheinland-Pfalz); 5A\_116/2009 (Dresdner Bank [heute Commerzbank]).

<sup>6</sup> Siehe unten S. 176 (Materielle Voraussetzungen: Besondere Zweckbestimmung).

### 3. Das eigenkapitalersetzende Sanierungsdarlehen

Schliesslich wird in der Doktrin der Begriff des Sanierungsdarlehens häufig im Zusammenhang mit der Sanierungsfinanzierung durch eigene Gesellschafter oder durch verbundene Unternehmen erwähnt.<sup>7</sup> In diesem Kontext spricht man auch vom eigenkapitalersetzenden Sanierungsdarlehen. Die neuere schweizerische Lehre ist überwiegend der Auffassung, dass sanierungsgewidmete Darlehen, die von Gesellschaftern oder konzernverbundenen Unternehmen stammen, im Konkurs der finanzierten Gesellschaft grundsätzlich nachrangig zu behandeln sind.<sup>8</sup> Ein neueres kantonales Urteil hat im Ergebnis zugunsten des Nachrangs entschieden.<sup>9</sup> Das Bundesgericht liess in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 die Frage eines konkludenten Rangrücktritts offen.<sup>10</sup> Die konkursrechtliche Behandlung von gesellschafts- oder konzerninternen Sanierungsdarlehen ist also noch nicht abschliessend geklärt.

Da die Swissair-Rechtsprechung nicht vom eigenkapitalersetzenden Sanierungsdarlehen handelt, wird auf diese Form nicht weiter eingegangen.

## II. Der Kontext: Die Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG)

Im Kontext der Swissair-Rechtsprechung spielt das privilegierte Sanierungsdarlehen eine Rolle als Ausnahmetatbestand von der paulianischen Anfechtung (Absichtsanfechtung, Pauliana). Für die Einzelheiten der Absichtsanfechtung wird auf den Beitrag von DANIEL HUNKELER in diesem Band verwiesen. Der vorliegende Beitrag begnügt sich mit einem kurzen Überblick:

### 1. Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen

#### a) Norminhalt

Gemäss Art. 288 SchKG sind Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung

---

<sup>7</sup> Zu dieser Form des Sanierungsdarlehens grundlegend die Dissertation von ROTH, Sanierungsdarlehen, passim. Siehe auch RUBLI, Sanierungsmassnahmen, passim.

<sup>8</sup> Vgl. die Nachweise bei ROTH, Sanierungsdarlehen, 258 ff.

<sup>9</sup> BezGer ZH, ZR 104 (2005), Nr. 21 E. VI S. 76 ff.

<sup>10</sup> BGer 5C.230/2005 E. 5.

nung in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Nach den gleichen Grundsätzen unterliegen schuldnerische Handlungen der Anfechtung, wenn ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (Art. 331 Abs. 1 SchKG).

Nach dem Wortlaut von Art. 288 SchKG setzt die Absichtsanfechtung die Schädigungsabsicht des Schuldners und die Erkennbarkeit dieser Absicht durch den Leistungsempfänger voraus. Gemäss ständiger Rechtsprechung gilt als weitere Voraussetzung die tatsächliche Gläubigerschädigung.<sup>11</sup> Das ergibt sich aus dem Zweck der Norm: Die Anfechtungsklage dient der Wiederherstellung des Zustands, in welchem sich das Schuldnervermögen im Zeitpunkt der Konkurseröffnung befunden hätte, wenn das angefochtene Geschäft unterblieben wäre.<sup>12</sup> Im Ergebnis geht es um das konkursrechtliche Ziel der gleichmässigen Befriedigung der Konkursgläubiger innerhalb derselben Gläubigerklasse.<sup>13</sup> Fehlt es am Nachteil im Sinne einer Ungleichbehandlung, so besteht kein Bedürfnis nach Wiedergutmachung.<sup>14</sup>

Mit Blick auf das Ziel der Gläubigergleichbehandlung sei abschliessend auf die neusten bundesgerichtlichen Präzisierungen hingewiesen. Danach handelt es sich bei der Anfechtungsklage um einen Ausnahmezustand, der seiner Natur nach restriktiv zu handhaben ist. Dem Schuldner muss auch bei finanziell angespannter Lage eine normale Geschäftstätigkeit möglich sein; diese Tätigkeit kann naturgemäss eine Ungleichbehandlung der Gläubiger beeinhalteln. Die Anfechtungsklage soll dort greifen, wo es um unlautere Machenschaften geht, wie es namentlich der Fall sei, wenn Vollstreckungssubstrat beiseite geschafft worden ist, das sich bei normalen Geschäftsgebahren in der Masse noch vorgefunden hätte.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Statt vieler: BGE 135 III 265 E. 2 S. 266 f. (Flughafen Zürich AG). Vgl. auch BGE 99 III 27 E. 3 S. 32 f., mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>12</sup> BGE 135 III 265 E. 2 S. 266 f.; 134 III 615 E. 4.1 S. 618; 134 III 452 E. 2 S. 454.

<sup>13</sup> Zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger siehe BGE 135 III 276 E. 6.1.2 S. 281 und E. 6.3.2 S. 283 (Air Total); 134 III 615 E. 4.3 S. 620 (Tempus); 134 III 273 E. 4.4.1 S. 282 (ExxonMobil).

<sup>14</sup> Vgl. zur Begründung des Tatbestandselements der Gläubigerschädigung auch VOGT, GesKR 2009, 177.

<sup>15</sup> BGer 5A\_750/2008; BGer 5A\_758/2008 (zur Publikation vorgesehen).

## b) Voraussetzungen im Einzelnen

Im Einzelnen gilt für die drei Voraussetzungen Folgendes:

### aa) Gläubigerschädigung

Eine Gläubigerschädigung liegt vor, wenn die Vollstreckungsrechte der Gläubiger infolge der angefochtenen Rechtshandlung beeinträchtigt werden.<sup>16</sup> Dies ist dann der Fall, wenn das Vollstreckungssubstrat effektiv vermindert oder jedenfalls der Zugriff darauf erschwert wird.<sup>17</sup> Mit Blick auf die hier interessierende Rückzahlung von Darlehen 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. Damit werden zumindest die anderen Drittklassgläubiger gegenüber dem befriedigten Kreditgläubiger benachteiligt.<sup>18</sup>

Anders verhält es sich gemäss Bundesgericht bei der Darlehensrückzahlung an einen Gläubiger, dem ein *dingliches Vorrecht* oder ein *Konkursprivileg* zusteht.<sup>19</sup> Wird durch die Tilgung ein Pfand ausgelöst, das in seinem Wert dem Rückzahlungswert gleichkommt oder diesen übersteigt, so werden lediglich Vermögensgegenstände ausgetauscht, ohne dass dies zu einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats führt. Entsprechend ist in solchen Fällen eine Gläubigerschädigung zu verneinen.<sup>20</sup> Was die Darlehensrückzahlung kraft Konkursprivileg angeht, so hat das Bundesgericht wohl den Fall «Junod» im Blick. Dort hatte es entschieden, dass die Rückzahlung eines kurzfristigen Darlehens, das bezweckte, die Lohnforderungen der Angestellten zu begleichen, keine Gläubigerschädigung darstellt, weil die Angestellten sich kraft ihres Konkursprivilegs vorab aus der Konkursmasse hätten befriedigen können.<sup>21</sup> Auf diese Begründung ist es allerdings später zurückge-

---

<sup>16</sup> VOGT, GesKR 2009, 165.

<sup>17</sup> BGE 135 III 276 E. 6.1.2 S. 280; 134 III 615 E. 4.2 S. 618 (Air Total); 134 III 452 E. 3.1 S. 455; 135 III 265 E. 2 S. 266 (Beeinträchtigung der Exekutionsrechte); BGer 5A\_64/2008 E. 5.3. Für frühere Urteile vgl. BGE 101 III 92 E. 4 S. 94; 99 III 27 E. 3 S. 32; 85 III 185 E. 2a S. 189 f.

<sup>18</sup> BGE 134 III 452 E. 3.1 S. 455. Vgl. auch BGer 5A\_386/2008 E. 3; 5A\_116/2009 vom 28. September 2009, E. 5. Für eine differenzierte Betrachtung vgl. GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), 267 ff.

<sup>19</sup> BGE 134 III 452 E. 3.1 S. 455.

<sup>20</sup> BGE 99 III 27 E. 4 S. 35.

<sup>21</sup> BGE 78 III 83 E. 1 S. 85 f.

kommen, heute würde es eine Gläubigerschädigung bejahen.<sup>22</sup> Andere Fälle, in denen eine Darlehensrückzahlung an einen Gläubiger mit Konkursprivileg erfolgt, sind schwer auszumachen, denn die Forderungen der ersten und zweiten Konkursklasse sind naturgemäss keine Darlehensforderungen. Mit Blick auf die Textblockpraxis des Bundesgericht ist allerdings davon auszugehen, dass die Darlehensrückzahlung kraft Konkursprivileg weiterhin als Ausnahmetatbestand von der Gläubigerschädigung Erwähnung finden wird, auch wenn es am praktischen Anwendungsbereich fehlt.

Keine Gläubigerschädigung bewirken sodann gemäss Bundesgericht die marktüblichen *Zinszahlungen*.<sup>23</sup> Dies muss unabhängig davon gelten, ob das Darlehen gesichert oder ungesichert gewährt wurde. Der regelmässige Zinsendienst stellt die fortgesetzte Wertüberlassung sicher. Er ist zur gewöhnlichen Geschäftstätigkeit zu zählen, welche dem Schuldner auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten möglich sein muss. Anders verhält es sich, wenn am Ende der Laufzeit ein Einmalzins entrichtet wird, wenn aufgelaufene Zinsen nachträglich bezahlt werden.<sup>24</sup>

Zur anfechtungsrechtlichen Behandlung der diversen Gebühren, die mit der Kreditvergabe verbunden sein können, hat sich unser höchstes Gericht noch nicht geäussert; die Doktrin verneint diesbezüglich eine Gläubigerschädigung.<sup>25</sup>

Für den Kreditkontext ist weiter zu beachten, dass die *Bestellung eines Pfandes* gegen den Erhalt eines Darlehens keine Gläubigerschädigung bewirkt; eine solche Transaktion fällt unter die allgemeine Regel, wonach der Austausch gleichwertiger Leistungen unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerschädigung nicht problematisch ist.<sup>26</sup> Anders verhält es sich, wenn ein ungesicherter Kredit *nachträglich besichert* wird.<sup>27</sup> Und anders verhält es sich

---

<sup>22</sup> BGE 99 III 27 E. 5 S. 37.

<sup>23</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 5 f. (zur Publikation bestimmt); BGer 5A\_750/2008. Entscheidungsberechnung von HUNKELER, Jusletter vom 15.03.2010; VOGT, Absichtsanfechtung und Sorgfaltspflicht (in diesem Band).

<sup>24</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6; BGer 5A\_750/2008 E. 4.2.

<sup>25</sup> Ausführlich GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), 269 f.

<sup>26</sup> 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). Aus jüngerer Zeit: BGE 134 III 615 E. 4.2.1 S. 618. Für zahlreiche Hinweise auf Präjudizien zum Austausch gleichwertiger Leistungen: BGE 99 III 27 E. 4 S. 34 f.

<sup>27</sup> 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. Der massgebliche Zeitpunkt für die Frage der Gleichzeitigkeit/Nachträglichkeit der Besi-

auch, wenn die Sicherheit zwar gleichzeitig bestellt wird, aber der Schuldner mit dem betreffenden Geschäft den Zweck verfolgt hat, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können und der Empfänger der Schuldnerleistung dies erkannt hat oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen können.<sup>28</sup>

#### **bb) Schädigungsabsicht seitens des Schuldners**

Eine Schädigungsabsicht seitens des Schuldners liegt vor, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Rückzahlung<sup>29</sup> voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung eine Ungleichbehandlung unter den Gläubiger bewirkt: Es wird ein Teil der Gläubiger benachteiligt, oder es werden einzelne Gläubiger begünstigt. Dabei genügt es, dass der Schuldner eine solche Ungleichbehandlung in Kauf genommen hat (Eventualvorsatz).<sup>30</sup> Mit Blick auf die Rückzahlung eines Darlehens ist Folgendes zu beachten:

Ein gewichtiges Indiz für eine Schädigungsabsicht besteht, wenn der Schuldner sich seiner finanziellen Notlage bewusst ist.<sup>31</sup> Zwar darf er auch in Krisenzeiten seine normale Geschäftstätigkeit aufrechterhalten.<sup>32</sup> Die Rückzahlung eines Darlehens steht aber 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.<sup>33</sup>

---

cherung ist der Zeitpunkt des *Verfügungsgeschäfts*, vgl. BGE 99 III 89 E. 4 und 4a S. 91. Siehe dazu auch GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), 272, 285 f.

<sup>28</sup> BGE 53 III 78 S. 79 f. Vgl. auch BGE 135 III 276 E. 6.1.2 S. 280 f.; 134 III 452 E. 3.1. S. 455; 134 III 615 E. 4.2.1. S. 618. Zu den weiteren (fragwürdigen) Präzisierungen des Bundesgerichts hinsichtlich der Gläubigerschädigung vgl. VOGT, GesKR 2009, 176 ff. (namentlich unter Bezugnahme auf BGer 5A\_469/2007 = BGE 135 III 276). Kritisch auch LORANDI, BISchK 2009, 226 f., der von einem «Ausreisser-Entscheid» (227) spricht.

<sup>29</sup> Kritisch gegenüber der Handhabung der *ex ante*-Perspektive des Bundesgerichts, die eher wie eine *ex post*-Perspektive anmutet: GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), 276.

<sup>30</sup> BGE 135 III 265 E. 2 S. 267; 134 III 452 E. 4.1. S. 456 f. Kritisch zum Eventualvorsatz: OTT, BGE 134 III 452 ff. (Besprechung), 3 f.; VOGT, GesKR 2009, 183. Nach REBSAMEN, Jusletter vom 21.09.2009, Rz. 12, legt das Bundesgericht mit seiner Formel der Schädigungs-«Absicht» gar den Massstab der unbewussten Fahrlässigkeit zugrunde.

<sup>31</sup> BGE 134 III 452 E. 7.4 S. 463.

<sup>32</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 2.; BGer 5A\_750/2008 E. 2.

<sup>33</sup> Vgl. dazu BGer 5A\_386/2008 E. 4.3.

**cc) Erkennbarkeit seitens des Dritten**

Die Schädigungsabsicht ist für den Dritten erkennbar, wenn er bei der ihm nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit die Gläubigerschädigung als natürliche Folge der angefochtenen Handlung hätte vorhersehen können und müssen.<sup>34</sup> Aus der Formel ergibt sich, dass es auf die Erkennbarkeit der Ungleichbehandlung der anderen Gläubiger ankommt,<sup>35</sup> und dass dem Dritten bereits die Fahrlässigkeit zum Vorwurf gereicht.<sup>36</sup> Zwar wird dem Dritten keine generelle Erkundigungspflicht aufgebürdet; eine solche besteht nur dann, wenn deutliche Anzeichen für eine Schädigungsabsicht des Schuldners bestehen.<sup>37</sup> Das Vorliegen solcher Anzeichen wird allerdings vom Bundesgericht relativ schnell bejaht.<sup>38</sup>

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht gelten grundsätzlich auch für den Darlehenskontext. Im Zuge der Swissair-Rechtsprechung hat das Bundesgericht zusätzlich klargestellt, dass den Geschäftsbanken andere Ressourcen für die Informationsbeschaffung und Risikoanalyse zur Verfügung stehen als dem gewöhnlichen Zeitungsleser; die Banken müssen sich für das Kriterium der Erkennbarkeit an ihren Informationsressourcen messen lassen.<sup>39</sup> Das klingt streng, es ist aber vor dem Hintergrund zu sehen, dass in beiden Entscheidungsfällen die Banken gegenüber der Swissair schrittweise auf eine immer restriktivere Kreditpolitik umgestellt hatten, bevor sie dann endgültig die Darlehensrückzahlung verlangten.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> Kritisch VOGT, GesKR 2009, 187.

<sup>36</sup> BGE 134 III 452 E. 4.2. S. 456 und dazu HUNKELER, Jusletter vom 25.08.2008, Rz. 4.

<sup>37</sup> BGE 134 III 452 E. 4.2. S. 456, unter Hinweis auf BGE 99 III 89 E. 4b S. 92; 37 II 303 E. 6 S. 310; 30 II 160 E. 5 S. 165; BGer 5C.3/2007 vom 9. August 2007, E. 3.4.

<sup>38</sup> Vgl. etwa die Konstellation in BGE 134 III 452 E. 8 S. 463 ff. und dazu HUNKELER, Jusletter vom 25.08.2008, Rz. 4. Im Ergebnis kommt die aktuelle Rechtsprechung der älteren, strengen Rechtsprechung nahe, die noch ohne den Massstab der «deutlichen Anzeichen» operierte. Siehe die Nachweise bei REBSAMEN, Jusletter vom 21.09.2009, Rz. 23 ff.

<sup>39</sup> BGer 5A\_386/2008 E. 5.2.; BGer 5A\_116/2009 E. 7.1., 7.4. Diese Überlegung wurde bereits im Zuge der mündlichen Urteilsberatung des ZKB-Entscheids angestellt, sie fand dort allerdings noch keinen Eingang in die schriftliche Urteilsbegründung. Vgl. dazu WEBER, Jusletter vom 20.10.2008, Rz. 17.

<sup>40</sup> 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



## 2. Konkreter Leading-Case: ZKB-Entscheid des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte im ZKB-Entscheid und in den Parallelentscheiden LRP und Dresdner Bank<sup>41</sup> über paulianische Anfechtungsansprüche der SAirGroup in Nachlassliquidation zu entscheiden.<sup>42</sup> In diesem Zusammenhang wurde die Frage des (privilegierten) Sanierungsdarlehens erörtert. Ausführliche Überlegungen dazu wurden allerdings nur im ZKB-Entscheid angestellt; in den anderen beiden Entscheiden wurde die Frage des Sanierungsdarlehens aufgeworfen und sogleich verneint.

### a) Sachverhalt

Die ZKB war eine langjährige Geschäftspartnerin der einstigen Swissair und späteren SAirGroup, einschliesslich derer Tochtergesellschaften. Am 17./19. August 1999 gewährte sie der SAirGroup ein ungesichertes Darlehen in Höhe von CHF 100 Mio. (Blankolimite). Der Kredit wurde mehrfach verlängert. Am 2. April 2001 gab die SAirGroup einen Konzernverlust für das Geschäftsjahr 2000 von rund CHF 2,8 Mrd. bekannt. Gleichzeitig informierte sie über die Auswechslung der obersten Geschäftsführung und über die Einräumung einer neuen Kreditlimite in Höhe von CHF 1 Mrd. durch die Citibank, die CSFB und die Deutsche Bank.<sup>43</sup> Am 10. April empfahl die Researchabteilung der ZKB den Verkauf von SAirGroup-Aktien.<sup>44</sup> Am 2. Juli 2001 schlossen die ZKB und die SAirGroup eine umfassende *pari passu* Vereinbarung ab: Die SAirGroup würde die ZKB umgehend informieren, wenn eine Drittbank ihr Kreditengagement bzw. ihre bestätigten Kreditlimiten gegenüber der SAirGroup reduzieren oder vollständig aufheben sollte. Für diesen Fall wurde der ZKB das Recht eingeräumt, ihren Kredit zur sofortigen Rückzahlung fällig zu stellen. Gleiches sollte gelten für den Fall, dass die SAirGroup die entsprechende Meldung unterlasse. Am 11. Juli 2001 stell-

---

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.

<sup>41</sup> BGer 5A\_386/2008 (LRP Landesbank Rheinland-Pfalz); 5A\_116/2009 (Dresdner Bank [heute Commerzbank]).

<sup>42</sup> BGE 134 III 452 (ZKB); BGer 5A\_386/2008 (LRP Landesbank Rheinland-Pfalz); 5A\_116/2009 (Dresdner Bank [heute Commerzbank]).

<sup>43</sup> BGE 134 III 452 E. 7.2 S. 462. Zur Nennung der drei Banken vgl. HGer ZH (Vorinstanz), ZR 106 (2007) Nr. 22 E. VII.1 S. 106.

<sup>44</sup> HGer ZH (Vorinstanz), ZR 106 (2007) Nr. 22 E. VI.3 S. 104.

te die SAirGroup den Bankenvertretern einen «Restructuring Plan» vor, worin eine massgebliche Verringerung der Schulden angekündigt wurde.<sup>45</sup> Am 18./19. Juli 2001 übergab die SAirGroup den Banken ein Informationspaket («Interim Information Disclosure for Lenders»). Sie stellte den Verkauf von Unternehmensteilen zwecks Darlehenstilgung in Aussicht.<sup>46</sup> Am 18. Juli 2001 empfahl die Researchabteilung der ZKB die SAir-Aktien zum Kauf, allerdings unter Hinweis auf das überdurchschnittliche Risiko.<sup>47</sup>

Am 16. August 2001 verlängerte eine Drittbank gegenüber der SAirGroup den Kredit in Höhe von CHF 30 Mio. nicht mehr. Gestützt auf die entsprechende Meldung der SAir verlangte die ZKB am 17. August 2001 die Rückzahlung eines Teilbetrags von CHF 30 Mio. per 22. August 2001. Die SAirGroup überwies den Betrag am 21. August 2001.<sup>48</sup> Am 30. August 2001 veröffentlichte die SAirGroup ihren konsolidierten Halbjahresbericht. Daraus war ersichtlich, dass ohne Berücksichtigung der aktivierten Pensionskassenreserven per 30. Juni 2001 eine Überschuldung bestanden hätte.<sup>49</sup> Am 4. September 2001 informierte die SAirGroup die ZKB über eine weitere Darlehenskündigung. Die ZKB kündigte sofort einen Kreditteilbetrag von CHF 30 Mio. Die SAirGroup überwies den Betrag am 5. September 2001.<sup>50</sup> Am 11. September erfolgte der Terroanschlag von New York, mit nachteiligen Auswirkungen auf das Fluggeschäft. Am 25. September 2001 orientierte die SAirGroup die ZKB über eine weitere Kreditkündigung. Die ZKB kündigte daraufhin sofort einen weiteren Teilbetrag in Höhe von CHF 20 Mio. Die SAirGroup überwies den Betrag am 27. September 2001.<sup>51</sup>

Am 2. Oktober 2001 erfolgte das Grounding. Am 5. Oktober 2001 wurde der SAir die provisorische Nachlassstundung gewährt.

---

<sup>45</sup> BGE 134 III 452 E. 7.2 S. 462.

<sup>46</sup> BGE 134 III 452 E. 7.2 S. 462.

<sup>47</sup> HGer ZH (Vorinstanz), ZR 106 (2007) Nr. 22 E. VII.1 S. 107.

<sup>48</sup> BGE 134 III 452 Sachverhalt B S. 453 sowie E. 7.3 S. 462 f. Für das Datum vom 16., 17. und 22. August 2001: HGer ZH (Vorinstanz), ZR 106 (2007) Nr. 22 E. V.1 S. 101 (klägerische Darstellung).

<sup>49</sup> HGer ZH (Vorinstanz), ZR 106 (2007) Nr. 22 E. V.1 S. 102 (klägerische Darstellung) und E. VII.2 S. 108, übernommen vom Bundesgericht, BGE 134 III 452 E. 7.2 S. 462 («düstere Lage»).

<sup>50</sup> BGE 134 III 452 Sachverhalt B S. 453 sowie E. 7.3 S. 462 f. Für das Datum vom 4. September 2001: HGer ZH (Vorinstanz), ZR 106 (2007) Nr. 22 E. V.1 S. 102 (klägerische Darstellung).

<sup>51</sup> BGE 134 III 452 Sachverhalt B S. 453 sowie E. 7.3 S. 462 f. Für das Datum vom 25. September 2001 vgl. HGer ZH (Vorinstanz), ZR 106 (2007) Nr. 22 E. V.1 S. 102 (klägerische Darstellung).

## **b) Instanzenzug**

Mit Klage vom 17. Juni bzw. 16. November 2005 beantragte die SAirGroup in Nachlassliquidation, die ZKB sei zu verpflichten, ihr 80'516'263.90 CHF zuzüglich Zins seit dem 8. Juni 2005 zu bezahlen. Das Handelsgericht Zürich verneinte mit Urteil vom 10. Januar 2007 die Voraussetzungen für die Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG): Es fehle an der Schädigungsabsicht der SAir Group und des Erkennenmüssens durch die ZKB. Das Handelsgericht hielt dafür, dass die SAir Group ab April 2001 – also im Zeitpunkt der Bekanntmachung des Konzernverlusts in Höhe von CHF 2,8 Mrd., der Auswechslung der Geschäftsführung und der Einräumung der neuen Kreditlimite in Höhe von CHF 1 Mrd. durch Grossbanken – in die Sanierungsphase getreten sei.<sup>52</sup> In der Sanierungsphase sei eine Gleichbehandlung der Gläubiger nicht möglich. Solange nicht feststehe, dass die Sanierung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht gelingen könne und nur noch die Liquidation bleibe, sei die Schädigungsabsicht der Schuldnerin und das Erkennenmüssen der Darlehensgeberin nicht erstellt.<sup>53</sup>

Gegen das Urteil des Handelsgerichts erhob die SAirGroup unter anderem Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Dieses hiess die Beschwerde und die Klage mit Urteil vom 28. Mai 2008 gut. Die ZKB wurde vollumfänglich zur Rückerstattung verpflichtet.

## **3. Erwägungen des Bundesgerichts**

### **a) Kein Sanierungsdarlehen**

Das Bundesgericht prüfte im ZKB-Entscheid vorab die Frage der Gläubigerschädigung, die es aufgrund der Tatsache, dass es sich um die Rückzahlung eines ungesicherten Darlehens handelte, bejahte.<sup>54</sup> Im Anschluss daran prüfte es, ob ein Sanierungsdarlehen vorliege. Dies hätte zur Folge gehabt, dass die Rückzahlung der verschiedenen Kredittranchen von der Anfechtung freigestellt worden wären. Das Bundesgericht verneinte das Vorliegen eines Sanierungsdarlehens für alle drei Rückzahlungen. Darauf wird im Einzelnen noch einzugehen sein.

---

<sup>52</sup> HGer ZH (Vorinstanz), ZR 106 (2007) Nr. 22 E. VI.3 S. 104.

<sup>53</sup> HGer ZH (Vorinstanz), ZR 106 (2007) Nr. 22 E. VI.5 S. 105.

<sup>54</sup> BGE 134 III 452 E. 3.3 S. 455.

**b) Anfechtungsvoraussetzungen erfüllt**

In einem zweiten Schritt prüfte das Bundesgericht, ob die generellen Voraussetzungen der Absichtsanfechtung, insbesondere die Schädigungsabsicht der SAir Group und deren Erkennbarkeit durch die ZKB, gegeben seien. Dies bejahte das Bundesgericht:

Für die Beurteilung der Schädigungsabsicht seitens der SAirGroup sei insgesamt entscheidend, dass sie bereits vor der ersten Darlehensrückzahlung über ihre finanzielle Notlage im Bilde gewesen sei. Sie habe Schulden in Höhe von mehr als 2 Milliarden Franken gehabt und habe ihre Liquidität praktisch nur über Fremdmittel sicherstellen können. Gleichwohl habe sie rund CHF 80 Mio. Darlehensschulden zurückbezahlt. In Anbetracht ihres Wissens um die schlechte finanzielle Lage müsse davon ausgegangen werden, dass die SAirGroup zumindest in Kauf genommen habe, durch ihre drei Zahlungen an die ZKB könnten andere Gläubiger geschädigt werden.<sup>55</sup>

Für die Beurteilung der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch die ZKB sei entscheidend, dass die ZKB auch dann noch passiv geblieben sei und keine weitergehenden Erkundigungen eingezogen habe, als auf Grund der wirtschaftlichen Gesamtlage deutliche Anzeichen dafür bestanden, die SAirGroup könnte mit den jeweiligen Darlehenszahlungen eine Schädigung der anderen Gläubiger zumindest in Kauf nehmen. So hätte die ZKB alarmieren müssen, dass die SAirGroup bereits im April 2001 ihre Liquidität nur noch durch die Aushandlung eines Kredits von CHF 1 Mrd. sicherstellen konnte und im Juli 2001 den Verkauf von Unternehmensteilen ankündigen musste. Gleichermassen deutliche Alarmzeichen hätten aufgrund des Halbjahresabschlusses im August 2001 und der Bekanntgabe, wonach die – werthaltigen und gewinnbringenden – Unternehmensteile «Nuance Group» und «Swissport» verkauft würden, bestanden. Schliesslich müsse sich die ZKB ihre Untätigkeit auch angesichts der Tatsache vorhalten lassen, dass die SAirGroup Mitte September 2001 die Bundesbehörden um finanzielle Unterstützung ersucht habe. Ein Schuldner, der die werthaltigen und gewinnträchtigen Unternehmensteile veräussern müsse und sogar den Staat um finanzielle Hilfe angehe, kämpfe erkennbar um sein wirtschaftliches Überleben, so dass jeder Gläubiger, der von ihm noch Zahlungen entgegennehme, damit rechnen müsse, sein Schuldner könnte dadurch andere Gläubiger schädigen.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> BGE 134 III 452 E. 7, insb. 7.4 S. 463.

<sup>56</sup> BGE 134 III 452 E. 8.4. S. 465 f.

#### **4. Konsequenzen für die kreditgebenden Banken**

##### **a) Hohes Anfechtungsrisiko**

Das Bundesgericht hat mit dem ZKB-Entscheid und den beiden Parallelentscheiden LRP und Dresdner Bank<sup>57</sup> klargestellt, dass die Rückzahlung von ungesicherten Krediten kurz vor dem Konkurs oder dem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung mit einem hohen Anfechtungsrisiko behaftet sind. Es gibt aufgrund der aktuellen Rechtsprechung eine erhebliche Vorwirkung des konkursrechtlichen Gebots der Gleichbehandlung. Die Rechtslage ist für die kreditgebenden Banken so unangenehm wie klar: Wer sich ungesicherte Kredite zurückzahlen lässt, muss damit rechnen, dass er diese Vermögenswerte in den Topf der Konkursmasse zurückgeben muss.

##### **b) Privilegiertes Sanierungsdarlehen als Ausweg?**

Das Bundesgericht hat im ZKB-Entscheid vorab geprüft, ob es sich bei dem fraglichen Kredit um ein Sanierungsdarlehen gehandelt habe. Dies hätte zur Folge gehabt, dass die Rückzahlung des Darlehens von der Anfechtung freigestellt worden wäre. Entsprechend stellt sich für die kreditgebenden Banken die Frage, ob und unter welchen konkreten Voraussetzungen ihr Kredit unter den Tatbestand des Sanierungsdarlehens fallen könnte, mit der Folge, dass dessen Rückzahlung von der Anfechtung freigestellt wird. Oder anders gesagt: Ob die Banken die Rechtsfigur des Sanierungsdarlehens für ihre künftige Kreditpraxis fruchtbar machen können, um so eine höhere Chance für die Anfechtungsfestigkeit ihrer Darlehen zu erzielen.

### **III. Das privilegierte Sanierungsdarlehen**

Wie eingangs bereits erwähnt wurde, verwendet das Bundesgericht den Begriff des Sanierungsdarlehens im ZKB-Entscheid zum ersten Mal.<sup>58</sup> In der Doktrin ist die Figur seit Längerem in Gebrauch, häufig bezeichnete sie das eigenkapitalersetzende (Gesellschafter-)Darlehen.<sup>59</sup> Das Bundesgericht gibt dem Sanierungsdarlehen im ZKB-Entscheid eine spezifische Bedeutung: Es

---

<sup>57</sup> BGer 5A\_386/2008 (LRP Landesbank Rheinland-Pfalz); 5A\_116/2009 (Dresdner Bank [heute Commerzbank]).

<sup>58</sup> Siehe oben S. 158 (Das privilegierte Sanierungsdarlehen).

<sup>59</sup> Vgl. die Hinweise auf die ältere Doktrin bei ROTH, Sanierungsdarlehen, 258 ff.

ist ein Darlehen, das dem Schuldner zu Sanierungszwecken gewährt wird,<sup>60</sup> wobei die Zweckbindung in einer Überbrückungs- und einer Unterstützungsfunktion besteht. Sind diese Zwecke erfüllt, so wird das Darlehen dahingehend privilegiert, dass seine Rückzahlung von der Anfechtung im Sinne von Art. 288 SchKG ausgenommen ist. Um diese Art des Sanierungsdarlehens von anderen Darlehen mit Sanierungscharakter zu unterscheiden, wird es in diesem Beitrag als «privilegiertes» Sanierungsdarlehen bezeichnet.

## 1. Genese

Da es sich beim Sanierungsdarlehen um eine Rechtsfigur handelt, die das Bundesgericht erst vor Kurzem kreiert hat, lohnt es sich, einen Blick auf seine Entstehungsgeschichte zu werfen:

Dem Vernehmen nach stand das Sanierungsdarlehen in den mündlichen Beratungen des ZKB-Entscheids nicht im Vordergrund. Es wurde erst am Schluss der Beratungen aufgeworfen, als mögliche Ausnahme von der Anfechtbarkeit einer Darlehensrückzahlung. Mit Blick auf den konkreten Sachverhalt wurde seine Anwendung aber nicht in Betracht gezogen. Erst in der schriftlichen Urteilsfassung kommt es prominent zum Zug. Die Quelle ist ein Aufsatz des Basler Professors HANS HINDERLING aus dem Jahr 1982, der unter dem Stichwort «Sanierungsdarlehen» nicht weniger, aber auch nicht mehr als einen kantonalen Entscheid und zwei Bundesgerichtsentscheide kommentiert – und dabei den Gerichten, insbesondere dem Bundesgericht, den Terminus «Sanierungsdarlehen» förmlich in den Mund legt.<sup>61</sup> In den Entscheiden selbst kommt der Begriff nicht vor.

Beim Aufsatz von HINDERLING handelt es sich um eine aktualisierte Fassung eines ZSR-Beitrags aus dem Jahr 1935 über die Anfechtung der kongruenten Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten nach Art. 288 SchKG.<sup>62</sup> Im ZSR-Beitrag von 1935 verwendete HINDERLING den Begriff des Sanierungsdarlehens noch nicht. Erst im aktualisierten Beitrag aus dem Jahr 1982 wird

---

<sup>60</sup> Zur Eigenschaft der «besonderen Zweckbestimmung» bereits BGE 99 III 27 E. 5 S. 37 (Hinweis auf BGE 78 III 83 ff. und BGE 53 III 78 f.). In BGE 78 III 83 ff. wird allerdings der Ausdruck «besondere Zweckbestimmung» nicht verwendet.

<sup>61</sup> Vgl. HINDERLING, Aspekte der Absichtanfechtung, 264 f.

<sup>62</sup> HINDERLING, ZSR 54 (1935), passim.

das Sanierungsdarlehen erwähnt, und zwar im Anschluss an drei referierte Entscheide.<sup>63</sup>

Der erste Entscheid wurde 1935 vom Appellationsgericht Basel gefällt. HINDERLING hatte ihn schon im ZSR-Beitrag von 1935 erwähnt – er selbst war damals am fraglichen Gericht tätig. Ein (privater) Kreditgeber gewährte einem stark überschuldeten Geschäftsmann im Wissen um dessen Finanznot ein Darlehen zur Abwicklung eines gewinnbringenden und daher auch im Interesse der übrigen Gläubiger liegenden Geschäfts. Der Geschäftsmann bezahlte bei gleichbleibender Finanzlage das Darlehen zurück, später fiel er in Konkurs. Das Basler Appellationsgericht wies die Anfechtungsklage ab. Beim zweiten Entscheid handelt es sich um den Entscheid Junod (BGE 78 III 83). Der Buchhalter eines Winzereibetriebs hatte die Löhne für die Angestellten vorgeschossen. Die Zahlungen wurden angefochten, das Bundesgericht wies die Klage ab. Der dritte Entscheid betraf die Wirtschaftsbank Zürich (BGE 99 III 27). Die Finanzgesellschaft IZB hatte einem Anleger kurz vor ihrem Konkurs Termingelder zurückbezahlt. Die Zahlungen wurden von der Wirtschaftsbank Zürich angefochten, das Bundesgericht hiess die Klage gut.

Nach dem Kurzüberblick über die drei Entscheide führt HINDERLING aus, unter welchen Voraussetzungen nach seiner Auffassung ein Sanierungsdarlehen von der Anfechtung freigestellt sein sollte. Die Kernsätze seiner Erwägungen (die rund 35 Zeilen umfassen) finden sich rund 25 Jahre später in praktisch wörtlicher Wiedergabe im ZKB-Entscheid des Bundesgerichts.

Insgesamt kann man also festhalten, dass die Präzedenzbasis für das Sanierungsdarlehen ausserordentlich dünn ist. Zudem spielen die Fälle in einer ganz anderen Liga als der Kredit einer Geschäftsbank an ein Grossunternehmen, das unter medialem Blitzgewitter mit finanziellen Schwierigkeiten kämpft. Hinzu kommt, dass in der mündlichen Urteilsberatung das Vorliegen eines Sanierungsdarlehens verworfen wurde; es erstaunt daher nicht, wenn in der schriftlichen Begründung die Voraussetzungen für ein solches besonders restriktiv formuliert werden. Daraus sind zwei Erkenntnisse zu ziehen: Erstens besteht noch Spielraum für die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die sich in einem anderen Entscheidfall grosszügiger verhalten kann – was sie letztlich im Tempus-Urteil auch getan hat.<sup>64</sup> Zweitens zeigt sich, aus welchen Zufällen heraus sich die juristische Dogmatik und die Gesetzgebung weiterentwickelt; man spricht und man schreibt über das «neue»

---

<sup>63</sup> Vgl. HINDERLING, Aspekte der Absichtanfechtung, 263 ff.

<sup>64</sup> Vgl. BGE 134 III 615 und dazu hinten Punkt III./3./a/aa (Parameter) sowie bb (Praktische Umsetzung) Fn. 96.

Sanierungsdarlehen, der Bundesrat will gar die Notwendigkeit einer gesetzlichen Sonderregel überprüfen.<sup>65</sup> Den Stein ins Rollen gebracht hat ein argumentatives Nebengleis im Rahmen einer mündlichen Urteilsberatung.

## 2. Dogmatische Einordnung

So, wie das Bundesgericht den Begriff verwendet, folgt aus dem Vorliegen eines Sanierungsdarlehens eine generelle, vorab geltende Freistellung von der Absichtsanfechtung. Die höchstrichterliche Begründung für dieses Ergebnis hat sich zwischen den soeben erwähnten Entscheiden Junod und Wirtschaftsbank Zürich verändert – wobei noch einmal darauf hinzuweisen ist, dass das Bundesgericht die beiden Entscheide nicht unter dem formellen Titel des Sanierungsdarlehens entschieden hat.

### a) Ältere Rechtsprechung: Fehlende Gläubigerschädigung

Ursprünglich hatte das Bundesgericht die Gewährung eines Darlehens zur kurzfristigen Überbrückung eines finanziellen Engpasses mangels Gläubigerschädigung verneint. Dies war die Hauptbegründung im Fall Junod (Vorschuss des Betriebsbuchhalters für die Angestelltenlöhne).<sup>66</sup> Im Konkursfall hätten die Angestellten ihre Forderungen höchstwahrscheinlich eingegeben und wären dort in der ersten Klasse kolloziert worden. Der für den Anfechtungsgläubiger relevanten Gläubigerklasse<sup>67</sup> sei demnach kein Vermögen entzogen worden und der Gläubiger habe keinen – jedenfalls keinen von ihm nachgewiesenen – Schaden erlitten.<sup>68</sup> Weiter begründete das Bundesgericht seinen Entscheid mit dem Hinweis darauf, dass zwischen der Darlehenshingabe und deren Rückzahlung keine wesentliche Verschlechterung des schuldnerischen Vermögenszustands eingetreten sei: Die Lage sei bereits bei der Darlehenshingabe schlecht gewesen.<sup>69</sup> Schliesslich hielt das Bundesgericht fest, man könne denjenigen Gläubiger, der aus Gefälligkeit einen kurzfristigen Kredit gewähre, nicht genau gleich behandeln wie einen gewöhnlichen Geschäftsgläubiger. Art. 288 SchKG bezwecke nicht, die Ver-

---

<sup>65</sup> Siehe dazu hinten Punkt IV.3 (Entscheid des Bundesrats).

<sup>66</sup> BGE 78 III 83.

<sup>67</sup> Nach damaligem Recht handelt es sich wahrscheinlich um die fünfte Klasse.

<sup>68</sup> BGE 78 III 83 E. 1 S. 85 f. Diese Begründung wird in BGE 99 III 27 E. 5 S. 37 unter Hinweis auf die doktrinale Kritik zurückgewiesen.

<sup>69</sup> BGE 78 III 83 E. 2 S. 86 f. Diese Begründung wird in BGE 99 III 27 E. 5 S. 38 ausdrücklich zurückgewiesen.



suche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen. Es sei im Interesse aller Gläubiger, dass Dritte dem Schuldner zu Hilfe kommen, ohne dass sie riskieren müssten, im Falle der misslungenen Sanierung ihren Anspruch auf Rückvergütung zu verlieren.<sup>70</sup>

**b) Neuere Rechtsprechung: Fehlende Schädigungsabsicht und fehlende Erkennbarkeit**

Im Entscheid *Wirtschaftsbank Zürich* (BGE 99 III 27, Rückzahlung von Termingeldern) hat das Bundesgericht das Argument der fehlenden Gläubigerschädigung verworfen. Es folgte dabei MERZ, der in einer Urteilsbesprechung des Falles *Junod* darauf hingewiesen hatte, dass die Rückzahlung eines Darlehens an einen nicht privilegierten Schuldner zweifellos eine Gläubigerschädigung darstelle.<sup>71</sup> Hingegen – so MERZ – sei der Anfechtungsanspruch von Art. 288 SchKG nicht zu gewähren, wenn versucht werde, einem bedrängten, aber doch nicht in gänzlich aussichtsloser Lage befindlichen Schuldner das Durchhalten zu ermöglichen; solche Hilfeleistungen seien als Ganzes zu würdigen, was dazu führe, dass die Begünstigungsabsicht und ihre Erkennbarkeit für den Empfänger fehle.<sup>72</sup>

Das Bundesgericht hat seither an der «Einheitsthese» und der doppelten Verneinung von Schädigungsabsicht und Erkennbarkeit festgehalten.<sup>73</sup> Im ZKB-Entscheid hat es präzisiert, die Abwicklung des ganzen Geschäfts, umfassend Gewährung und Rückzahlung des Darlehens, erfolge nicht nur im

---

<sup>70</sup> BGE 78 III 83 E. 2 S. 87 f.

<sup>71</sup> MERZ, ZBJV 90 (1954), 168. So bereits BGE 53 III 79 S. 80; dort ging es allerdings nicht um ein Sanierungsdarlehen, sondern (lediglich) um die Frage, ob die Pfandbestellung im Rahmen einer neuen Kreditgewährung anfechtbar sei, was das Bundesgericht verneinte.

<sup>72</sup> MERZ, ZBJV 90 (1954), 168. Zustimmend BGE 99 III 27 E. 5 S. 37. So bereits ein unpublizierter Entscheid des Appellationsgerichts Basel aus dem Jahr 1935, zitiert in HINDERLING, ZSR 54 (1935), 247.

<sup>73</sup> BGE 134 III 452 E. 5.2 und E. 5.3 S. 459, unter Hinweis auf MERZ, ZBJV 90 (1954), 168, sowie CASTELLA, JdT 1956 II, 79 f. Vgl. aber REBSAMEN, Jusletter vom 21.09.2009, Rz. 15, wonach das Bundesgericht in BGE 99 III 27 (*Wirtschaftsbank Zürich*) die in BGE 78 III 83 entwickelten Grundsätze insgesamt verworfen habe. Auch GLANZMANN, ZBJV 146 (2010) 291, kritisiert die Kehrtwendung des Bundesgerichts. Nach der hier vertretenen Auffassung hat das Bundesgericht in BGE 99 III 27 nur die Argumente eins (Gläubigerschädigung) und zwei (gleichbleibende Notlage) verworfen. Den Hinweis auf die von MERZ vorgebrachte Einheitsthese lässt das Gericht in BGE 99 III 27 E. 5 S. 37 hingegen unwidersprochen stehen. Im Ergebnis wie hier auch WEBER, Jusletter vom 20.10.2008 Rz. 26.

Interesse des Darlehensgebers, sondern auch im Interesse aller anderen Gläubiger. In einem solchen Fall dürfe die Frage nach einer Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit nicht isoliert, bezogen nur auf die Rückzahlung gestellt werden. Aufnahme und Rückzahlung des Darlehens seien vielmehr als Einheit zu würdigen. Nur so könnten die Schutzwürdigkeit der Interessen des Darlehensgebers und der übrigen Gläubiger in ein richtiges Verhältnis gebracht werden.<sup>74</sup>

Das Bundesgericht argumentiert in fast wörtlicher Anlehnung an HINDERLING.<sup>75</sup> Damit wird auch dem Basler Appellationsgericht zu späterer Ehre verholfen; dieses hatte die Einheitsthese im bereits erwähnten Entscheid aus dem Jahre 1935 vertreten (Kredit an einen überschuldeten Kaufmann für ein gewinnbringendes Geschäft):<sup>76</sup> «Wenn der Schuldner bei Abgabe des Zahlungsverprechens an eine Benachteiligung der Gläubiger nicht denken konnte, weil das Rechtsgeschäft in ihrem Interesse lag, so konnte er auch bei Tilgung der Schuld keine Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht hegen, da sein Wille nach Treu und Glauben im Verkehr auch jetzt nur auf Erfüllung der ganzen Vereinbarung als eines einheitlichen Rechtsgeschäfts gehen konnte.»<sup>77</sup>

### c) **Eigene Einordnung: Teleologische Reduktion von Art. 288 SchKG**

Bei näherer Betrachtung überzeugt auch die zweite und aktuelle Begründung des Bundesgerichts nicht. Die Frage des Anfechtungsprivilegs des Sanierungsdarlehens stellt sich nur dann, wenn ein Sanierungsdarlehen – das begriffsnotwendig in einer Krisenphase gewährt wird – zurückbezahlt wird, und anschliessend die Krise in einen Konkurs oder in einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung umschlägt. In diesen Fällen muss aber der Schuldner im Zeitpunkt der Rückzahlung – wenn man von gänzlich ungewöhnlichen Sonderkonstellationen absieht – mit der Möglichkeit rechnen, dass die Sanierung misslingt und der Konkursmasse deshalb der Rückzahlungsbetrag entzogen wird. Auch die leistungsempfangenden Gläubiger müssen angesichts der Umstände in aller Regel mit diesem Sachverhalt rechnen. Das Handelsgericht Zürich bemerkt im ZKB-Entscheid zutreffend, dass in der

---

<sup>74</sup> BGE 134 III 452 E. 5.3 S. 459.

<sup>75</sup> HINDERLING, Aspekte der Absichtsanfechtung, 264 f.

<sup>76</sup> Siehe oben S. 170 (Genese). HINDERLING war damals am Gericht tätig, siehe den Hinweis in ZSR 54 (1935), 241 (Autorenennung).

<sup>77</sup> App. BS vom 22.03.1935, zitiert in HINDERLING, ZSR 54 (1935), 247, sowie DERS., Aspekte der Absichtsanfechtung, 263.

Sanierungsphase eine Gleichbehandlung der Gläubiger, wie sie dem Anfechtungsrecht zugrunde liegt, per definitionem nicht möglich ist. Dasselbe sagt auch das Bundesgericht, wenn es im Fall Junod ausführt, dass Sanierungsgläubiger anders zu behandeln seien als die gewöhnlichen Geschäftsgläubiger.<sup>78</sup> Um diese Privilegierung geht es im Ergebnis. Das Bundesgericht «rettet» sich mit dem Hinweis auf eine ganzheitliche Würdigung von Darlehenshingabe und Darlehensrückgabe. Weil die Darlehenshingabe im Interesse der Gläubiger liege, könne auch die Darlehensrückgabe nicht gegen deren Interessen verstossen. Das überzeugt nicht: Die Interessen der Gläubiger sind durchaus einseitig: Sie sind interessiert am Vermögenszufluss, nicht aber am Vermögensabfluss.<sup>79</sup>

Die dogmatische Begründung für die Sonderstellung des Sanierungsdarlehens liegt nach der hier vertretenen Auffassung nicht in der Verneinung eigentlich vorhandener Tatbestandselemente (Schädigungsabsicht, Erkennbarkeit), sondern in der Anwendung von Art. 1 ZGB, nämlich der teleologischen Reduktion: Der Anwendungsbereich von Art. 288 SchKG ist mit Blick auf seinen Zweck zu weit. Der Zweck besteht in der Wiedergutmachung von Nachteilen, die einzelne Konkursgläubiger gegenüber anderen erleiden.<sup>80</sup> Aber Art. 288 SchKG bezweckt – wie das Bundesgericht selbst sagt – nicht, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen.<sup>81</sup> Es muss erlaubt sein, dem Schuldner «aus der Klemme zu helfen».<sup>82</sup> Dieser Ausnahmetatbestand fehlt im Gesetz, obwohl er bestehen müsste. Das Gesetz ist in diesem Sinne lückenhaft, und die Lücke wird geschlossen, indem der Art. 288 SchKG auf einen Anwendungsbereich reduziert wird, der seiner Zielsetzung entspricht.<sup>83</sup>

Diese Begründung ist auch ohne weiteres kongruent mit der Vorgehensweise des Bundesgerichts im ZKB-Entscheid: Dort prüfte das Gericht

---

<sup>78</sup> BGE 78 III 83 E. 2 S. 87 f.

<sup>79</sup> Kritisch auch REBSAMEN, Jusletter vom 21.09.2009, Rz. 34: Die «anfechtungsrechtliche Einheit» sei ein merkwürdiges Konstrukt.

<sup>80</sup> BGE 134 III 452 E. 2 S. 454, unter Hinweis auf BGE 29 II 747 E. 6 S. 753; BGE 99 III 27 E. 3 S. 32 f.

<sup>81</sup> BGE 134 III 452 E. 5.2. S. 458, unter Hinweis auf BGE 78 III E. 2 S. 87 f. Vgl. auch BGE 53 III 78 S. 80: «Die Anfechtungsklage, die den Schutz der Gläubiger bezweckt, will nicht verhindern, dass einem bedrängten Schuldner durch Gewährung von Zahlungsmitteln geholfen werde, sofern nur diese Hilfe ernstlich als erfolgverheissend betrachtet werden kann.»

<sup>82</sup> BGE 134 III 452 E. 5.2. S. 458, unter Hinweis auf BGE 33 II 345 E. 6 S. 349.

<sup>83</sup> Zur Rechtsfigur der teleologischen Reduktion z. B. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 213 ff.

vorab den Sonderfall des Sanierungsdarlehens, und anschliessend die allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen der Absichtsanfechtung.<sup>84</sup>

### 3. Materielle Voraussetzungen: Besondere Zweckbestimmung

Welche materiellen Voraussetzungen müssen gegeben sein, damit der Sonderfall des Sanierungsdarlehens bejaht wird und es zur Freistellung von der Anfechtung kommt? Es wurde bereits gesagt, dass das Sanierungsdarlehen im Verständnis des Bundesgerichts ein Darlehen mit einer besonderen Zweckbestimmung ist. Analysiert man die bisherige Rechtsprechung, so besteht der besondere Zweck des Sanierungsdarlehens in seiner Doppelfunktion als Überbrückungskredit und als Unterstützungskredit. Welches sind angesichts dieser beiden Voraussetzungen mögliche Schritte oder Strategien, welche die Banken bei ihrer Kreditpraxis beachten könnten, um von der Anfechtungsfreistellung des Sanierungsdarlehens profitieren zu können?

#### a) Überbrückungsfunktion

##### aa) Parameter

Das privilegierte Sanierungsdarlehen ist ein Überbrückungskredit. Er soll eine *vorübergehende* finanzielle Notlage des Schuldners abfedern.<sup>85</sup> Der vorübergehende Charakter der Notlage ist essentiell. Wer schlechtem Geld gutes Geld hinterher wirft, wird nicht geschützt, das Sanierungsdarlehen darf nicht zum Palliativ-Darlehen<sup>86</sup> verkommen. Subjektiv muss der Kreditgeber den Darlehensnehmer als sanierungsfähig einstufen, objektiv muss seine Einschätzung gerechtfertigt sein. Praktisch relevant ist naturgemäss vor allem das (überprüfbare) objektive Element. Das Bundesgericht übernimmt im ZKB-Entscheid die Formel von HINDERLING; danach müssen «berechtigte, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen gegeben sein».<sup>87</sup> Kurz: Es müssen eindeutige Sanierungschancen vorhanden sein. Im Ergebnis legt das Bundesgericht einen deutlich strengeren Massstab an als das vorentscheidende Handelsgericht. Letzteres war der Auffassung,

---

<sup>84</sup> Vgl. BGE 134 III 452 E. 6.2. und E. 6.3 S. 461 f.

<sup>85</sup> Vgl. auch BGE 53 III 79 S. 80 («Zahlungsschwierigkeiten»).

<sup>86</sup> Der Ausdruck des «palliativen Darlehens» stammt von meinem Mitarbeitenden, Herrn BLaw Raffael Knecht.

<sup>87</sup> BGE 134 III 452 E. 5.3. S. 459.

es genüge, wenn die Sanierung nicht von vornherein aussichtslos erscheine.<sup>88</sup> Das Bundesgericht selbst hat im zeitlich späteren Tempus-Entscheid seine strengen Anforderungen etwas aufgeweicht, und verlangt im Kern eine berechtigte Hoffnung auf Sanierung – was man auch als realistische (im Gegensatz zu eindeutige) Sanierungschance bezeichnen könnte.<sup>89</sup> Es ist heute nicht klar, welches fortan der Massstab des Bundesgerichts sein wird. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Messlatte bei der realistischen Sanierungschance liegen.<sup>90</sup> Die Frage nach der Sanierungschance stellt sich nur dann, wenn die Sanierung gescheitert ist. Mit dem Wechsel von der *ex ante* zu der *ex post*-Perspektive ist naturgemäss bereits eine Verschärfung des Massstabes verbunden – im Nachhinein ist man immer klüger. Eindeutige Sanierungschancen gibt es aus der *ex post*-Perspektive nicht. Selbst wenn man also auf eine realistische Sanierungschance abstellt, ist damit keineswegs ein Freipass für die anfechtungssichere Kreditvergabe verbunden.

Fraglich bleibt, was unter der Sanierungschance bzw. der Sanierung zu verstehen ist. Im ZKB-Entscheid musste sich das Bundesgericht dazu nicht äussern, weil es andere Voraussetzungen für das Vorliegen des Sanierungsdarlehens verneinte. Aus seinen Hinweisen auf frühere Entscheide<sup>91</sup> ist zu folgern, dass das Bundesgericht unter der Sanierung die Abwendung des Konkurses versteht.<sup>92</sup> Eine realistische Sanierungschance besteht, wenn das

---

<sup>88</sup> Vgl. HGer ZH, ZR 106 (2007) Nr. 22 S. 105: «Es muss vielmehr zur Bejahung der Pauliana um die Erkenntnis (beim Schuldner auch um das Erkennenmüssen, beim Gläubiger um das Erkennensollen) gehen, dass die Sanierung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr möglich ist, dass nur noch die Liquidation bleibt.»

<sup>89</sup> BGE 134 III 615 E. 5.1. S. 621 f. («[...] lorsque les conditions données au moment où l'acte a été passé permettaient, sur la base d'un examen objectif, d'espérer un redressement.»).

<sup>90</sup> So auch UMBACH-SPAHN, Kurzkommentar, N 13 zu Art. 288 SchKG; LORANDI, BISchK 2009, 214.

<sup>91</sup> BGE 134 III 452 E. 5.2 S. 458 f. Die Hinweise betreffen folgende Entscheide (siehe auch die nachfolgende Fussnote): BGE 53 III 78 S. 80; 74 III 48 E. 4 S. 52 ff.; 79 III 78 E. 4 S. 83 ff.

<sup>92</sup> Vgl. BGE 74 III 48 E. 4 S. 54 («Dass eine umfassende, die Konkursgefahr beseitigende Sanierung zur Zeit der Gewährung des Schuldbriefdarlehens der Klägerin in einigermaßen sicherer Aussicht stand, haben die Vorinstanzen demnach mit Recht verneint.»). Auch in BGE 79 III 78 E. 4b S. 84 f. ist von der Abwendung des Konkurses die Rede, der Entscheid ist aber nicht einschlägig, weil es nicht um ein Sanierungsdarlehen ging. In BGE 53 III 78 S. 80 führte es zwar aus, die Hilfe müsse erfolversprechend sein, zog daraus aber keine Konsequenzen und prüfte diesen Punkt auch nicht. Zudem fehlen die Hinweise, dass das Darlehen zu Sanierungszwecken gewährt wurde. Für die Doktrin vgl. REBSAMEN, Jusletter vom 21.09.2009, Rz. 28, wonach «Sanierung» die Mög-

Unternehmen realistischerweise in die Lage gebracht werden kann, den Konkurs abzuwenden.

Auch legte das Bundesgericht nicht explizit fest, ob die berechtigte Hoffnung auf Sanierung im Zeitpunkt der Darlehenshingabe oder im Zeitpunkt der Darlehenstilgung bestehen muss.<sup>93</sup> Sinnvollerweise muss es sich um den Zeitpunkt der Darlehenshingabe handeln. Die Anfechtungsfreistellung ist Ausfluss der besonderen Zweckbestimmung des Darlehens. Die Zweckbestimmung erfolgt aber bereits im Zeitpunkt der Darlehenshingabe. Hinzu kommt, dass im Falle des Abstellens auf den Rückgabezeitpunkt das Freistellungsprivileg ins Leere laufen würde. Dieses soll ja gerade sicherstellen, dass dann, wenn sich das Scheitern der Sanierung abzeichnet, eine anfechtungsfreie Rückgabe der Sanierungsmittel möglich ist.

#### **bb) Praktische Umsetzung**

Die Überbrückungsfunktion erfordert subjektiv den Sanierungswillen (mindestens) des Darlehensgebers. Um diesen hervorzuheben, wäre zu überlegen, den Sanierungszweck im Darlehensvertrag explizit festzuhalten. Der Nachteil eines solchen Vorgehens liegt aber auf der Hand: damit kommuniziert die Bank auch, dass sie um die finanzielle Notlage des Unternehmens weiss – was ihr im Rahmen der Prüfung der allgemeinen Voraussetzungen von Art. 288 SchKG für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht zur Last gelegt werden könnte.

Der Überbrückungszweck muss sich zudem objektiv rechtfertigen. Das Bundesgericht verlangt *mindestens* realistische Sanierungschancen.<sup>94</sup> Im ZKB-Entscheid spricht es von einem «tauglichen Sanierungskonzept».<sup>95</sup> Damit stellt sich die Frage, wer dem Sanierungsplan oder dem Sanierungskonzept das «Tauglichkeitssiegel» verleihen soll. Im besten Fall sind es externe Berater. Im zweitbesten Fall ist es die eigene Research-Abteilung der Bank – wobei sich hier das Problem der aufsichtsrechtlich geforderten «chinese walls» stellt. Im drittbesten Fall ist es die Revisionsstelle des notleidenden Unter-

---

lichkeit der Erfüllung sämtlicher Gläubigerforderungen bedeute. Vgl. dagegen GALLIKER/VON DER CRONE, SZW 2008, 611, wonach die Wiederherstellung der Liquidität mit dem Ziel der Aufrechterhaltung des Geschäftsganges im Vordergrund steht.

<sup>93</sup> Vgl. hierzu auch REBSAMEN, Jusletter vom 21.09.2009, Rz. 19.

<sup>94</sup> Siehe dazu oben S. 176 (Parameter): Im ZKB-Entscheid verlangt das Bundesgericht materiell «eindeutige» Sanierungschancen.

<sup>95</sup> BGE 134 III 452 E. 6.1. S. 461. Vgl. auch LORANDI, BISchK 2009, 215.

nehmens. Im vierbtesten Fall ist es das Unternehmen selbst.<sup>96</sup> Auf jeden Fall müssten aber solche Einschätzungen auf Punkten gründen, die auch durch einen unbefangenen Dritten nachvollziehbar sind.

Das sind strenge Voraussetzungen: Bei den externen Gutachten dürfte es schwierig sein, ein «wording» zu erhalten, das sich in aller Klarheit für die Sanierungschance ausspricht – das Haftungsrisiko wäre schlicht zu gross. Im übrigen zeigt bereits der Hinweis auf den Sanierungsplan, dass ein einzelnes Darlehen nur in sehr kleinen und überschaubaren Verhältnissen geeignet sein wird, berechnigte Hoffnung auf Sanierung zu begründen. Meistens braucht es ein ganzes Massnahmenpaket, eine koordinierte Aktion von mehreren Akteuren, den Gläubigern wie den Aktionären – kurz: einen Sanierungsplan/ein Sanierungskonzept. Damit ist man bei einer weiteren Hürde: Der Zeit. Koordination braucht Zeit, und Zeit ist in der Unternehmenskrise regelmässig nur knapp vorhanden.

## **b) Unterstützungsfunktion**

### **aa) Parameter**

Als Unterstützungskredit soll das Sanierungsdarlehen den Schuldner darin unterstützen, den Konkurs abzuwenden. Das Unterstützungsmotiv muss gegenüber dem Anlagemotiv überwiegen. Entsprechend fehlt die besondere Zweckbindung, wenn es in erster Linie darum geht, Geld kurzfristig und mit hohem Zins anzulegen.<sup>97</sup> Als Indiz für das Primat der Geldanlage dienen etwa die Zinskonditionen. Im Entscheid Wirtschaftsbank Zürich legte der Kreditgeber sein Geld zunächst als Termingeld zu 3.5 % Zins an, bevor er die Bank wechselte und es bei der späteren Konkursitin als Termingeld zu 6 % bzw. 6.25 % investierte.<sup>98</sup> Das Bundesgericht verweigerte unter Hinweis auf das Anlagemotiv die Freistellung von der Anfechtung.<sup>99</sup>

Die besondere Zweckbindung im Sinne eines überwiegenden Unterstützungsmotivs fehlt auch, wenn die Kreditpolitik der Bank gegenüber dem notleidenden Schuldner im Wesentlichen unverändert bleibt. Im ZKB-Entscheid sah das Bundesgericht in der Verlängerung des Kredits um drei

---

<sup>96</sup> In BGE 134 III 615 E. 5.3. S. 622 (Tempus) hat das Bundesgericht der Einschätzung des Verwaltungsratspräsidenten massgebliches Gewicht zugestanden. Es ist aber zu bezweifeln, dass man diese Erwägung des Gerichts als allgemeines Kriterium verwenden kann.

<sup>97</sup> So etwa BGE 99 III 27 E. 5 S. 37, bestätigt in BGE 134 III 452 E. 5.2. S. 459.

<sup>98</sup> Vgl. den Sachverhalt in BGE 99 III 27, Sachverhalt Punkt B.

<sup>99</sup> BGE 99 III 27 E. 5 S. 37.

Monate lediglich die Fortführung der bisherigen Kreditpraxis. Die ZKB habe im Vergleich zu den anderen Kreditgebern weder Sonderleistungen versprochen noch ein eigentliches Entgegenkommen gezeigt, noch die Sanierung direkt unterstützt.<sup>100</sup> Daraus ist umgekehrt zu folgern: Das Unterstützungsmotiv muss konkret unterlegt sein mit Sonderleistungen, einem eigentlichem Entgegenkommen oder einer direkten Unterstützung der Sanierung.

#### **bb) Praktische Umsetzung**

Im Rahmen der Unterstützungsfunktion verlangt das Bundesgericht die aktive Mitwirkung der Bank bei den Sanierungsbestrebungen des Schuldners. Die Bank muss Sonderleistungen erbringen, ein eigentliches Entgegenkommen zeigen, oder die Sanierung direkt unterstützen. Das «eigentliche Entgegenkommen» kann man unter den weiteren Begriff der Sonderleistung fassen, es handelt sich um einen graduellen Unterschied: Die Sonderleistung bezeichnet Leistungen, die sich deutlich von der üblichen Bankpraxis abheben, das Entgegenkommen liegt am positiven Ende des noch üblichen Verhaltensspektrums.

Zu den Sonderleistungen zählt – auch mit Blick auf die bisherigen Präzedenzfälle – das Gewähren von vorteilhaften Zinskonditionen. Auch der Einräumung von längeren, in der Praxis der entsprechenden Bank unüblichen Rückzahlungsfristen, kommt indiziell der Charakter einer Sonderleistung zu. Dasselbe gilt für die Verlängerung eines bestehenden Darlehens, wenn diese Verlängerung in der konkreten Geschäftsbeziehung oder für die Kreditpraxis der entsprechenden Bank unüblich ist. Zu den direkten Unterstützungshandlungen kann man etwa die Zurverfügungstellung von bankinternem know-how zählen, oder die Vermittlung von neuen Geldgebern oder überhaupt die aktive Unterstützung bei der Suche nach zusätzlichen Finanzierungsquellen.

Bei alledem stellt sich die Frage, ob solche Strategien *realistischerweise* in das Verhaltensspektrum einer Bank fallen können, die als Akteurin auf dem Markt operiert und die – nicht zuletzt mit Blick auf ihre Anteilseigner – gewinnorientiert handeln soll. Ein vorteilhaftes Darlehen an einen notleidenden Schuldner fällt nicht in die Kategorie des gewinnorientierten Handelns, zumal ein solches Darlehen von der Bank mit entsprechenden Eigenmitteln unterlegt werden muss und daher teuer ist. Kurz: Man kann als Bank eine

---

<sup>100</sup> BGE 134 III 452 E. 6.1. S. 461.



solche Hilfestellung im Einzelfall wohl ins Auge fassen – jedenfalls dann, wenn man bereits vorher in das Unternehmen investiert hatte und bei dessen Konkurs ein entsprechender Verlust droht. Zum bankmässigen Tagesgeschäft werden solche Sanierungsdarlehen aber sicherlich nie gehören. Bezüglich der direkten Unterstützung der Sanierung ist zudem zu beachten, dass sich die Bank dem Risiko der faktischen Organschaft aussetzt, mit den entsprechenden Haftungsfolgen.<sup>101</sup>

### c) Zwischenergebnis: Hohe Anforderungen

Das Bundesgericht stellt mit dem ZKB-Urteil hohe Anforderungen an das Vorliegen eines Sanierungsdarlehens. Es verlangt unterschwellig ein Mass an Selbstlosigkeit, das sich mit der Natur der geschäftsmässigen Kreditgewährung von Banken nur sehr bedingt verträgt. Man kann sich mit Fug die Frage stellen, ob eine solche Kreditvergabe überhaupt für die Banken in Betracht kommt.<sup>102</sup> Um auf das eingangs erwähnte Bild der Rechtsfiguren zurückzukommen: Man kann sich fragen, ob das Bundesgericht nicht wie der Lampenanzünder in der Geschichte des Kleinen Prinzen mit dem Sanierungsdarlehen einen Stern gezündet hat, dessen Strahlkraft sich auf den Planeten des Mont Repos beschränkt. Hinzu kommt – und damit sind wir wieder bei der gewohnten juristischen Nüchternheit –, dass sich die aktuellen bundesgerichtlichen Parameter noch nicht zu einer «bewährten» Rechtsprechung verdichtet haben, so dass die Kreditvergabe zu Sanierungszwecken insgesamt mit einem beträchtlichen Anfechtungsrisiko behaftet bleibt.<sup>103</sup>

Die hohen Hürden sind erklärbar, wenn man sich noch einmal die Genese des privilegierten Sanierungsdarlehens vor Augen führt und sich bewusst macht, auf welche wenigen und zudem ausserordentlichen Konstellationen sich das Bundesgericht bei der «Konstruktion» des privilegierten Sanierungsdarlehens abgestützt hat: *Bejaht* wurde die Anfechtungsfreistellung lediglich in zwei (bekannten) Entscheiden. Der eine wurde vom Appellations-

---

<sup>101</sup> Zur faktischen Organschaft der Bank (in casu verneint): BGE 136 III 14, besprochen von LAPORTE, *Actualités suisses CDBF* n° 656

<sup>102</sup> Noch weitergehend REBSAMEN, *Jusletter* vom 21.09.2009, Rz. 40, der die Existenz einer besonderen Kategorie von «Sanierungsdarlehen» bestreitet. Hierzu dies: Das Sanierungsdarlehen existiert genauso wie die Vertrauenshaftung, das gesetzliche Schuldverhältnis, die nachwirkenden Vertragspflichten und die vielen anderen Rechtsfiguren, die das Bundesgericht in den juristischen Sternenhimmel hängt. Sie mögen ihre Strahlkraft allein aus der bundesgerichtlichen Phantasie schöpfen, aber sie sind, was die Konsequenzen angeht, absolut real.

<sup>103</sup> So auch LORANDI, *BISchK* 2009, 215; GLANZMANN, *ZBJV* 146 (2010), 292.

gericht Basel gefällt und betrifft den nicht im Bankgeschäft tätigen Geldgeber, der einem überschuldeten Kaufmann Kredit für ein gewinnbringendes Geschäft gewährt, dessen Ertrag letztlich allen Gläubigern zugute kommt. Dieser Entscheid inspirierte die Doktrin, namentlich in der Person von HINDERLING, der später den Begriff des Sanierungsdarlehens prägte und dessen Überlegungen vom Bundesgericht im ZKB-Entscheid übernommen wurden. Der andere ist ein Bundesgerichtsentscheid und betrifft den Buchhalter einer KMU, der dem Unternehmen einen Vorschuss für die Bezahlung der Löhne der Angestellten leistet. Mit Blick auf die Präjudizien spielt also das Sanierungsdarlehen in einer völlig anderen Liga als die Bankkredite, die einem notleidenden Kreditnehmer gewährt werden. Im zweiten und letztlich einzigen positiv entschiedenen Fall des Bundesgerichts handelte es sich zudem um ein Gefälligkeitsdarlehen.

#### 4. Alternativen zum privilegierten Sanierungsdarlehen?

Wenn das privilegierte Sanierungsdarlehen in seiner bundesgerichtlichen Ausgestaltung für die Banken nur eine sehr beschränkte Möglichkeit eröffnet, notleidenden Firmen Liquidität zuzuführen, ohne sich bei der Rückzahlung dem Risiko der Anfechtungsklage auszusetzen, so fragt sich, ob es anfechtungsfeste Alternativen für bankmässige Sanierungsleistungen gibt.<sup>104</sup>

Im Vordergrund steht die traditionelle besicherte Kreditvergabe.<sup>105</sup> Hier gilt, was bereits im Rahmen der Anfechtungsvoraussetzungen ausgeführt wurde:<sup>106</sup> Die Bestellung eines Pfandes gegen den Erhalt eines Darlehens bewirkt regelmässig keine Gläubigerschädigung; eine solche Transaktion fällt unter die allgemeine Regel, wonach der Austausch gleichwertiger Leistungen unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerschädigung nicht problematisch ist.<sup>107</sup> Anders verhält es sich, wenn ein ungesicherter Kredit nachträglich besichert wird: Sofern hier nicht bereits die Überschuldungspauliana greift (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG), bildet die Absichtspauliana den Auffangtatbestand.<sup>108</sup> Und anders verhält es sich auch, wenn die Sicherheit zwar

---

<sup>104</sup> Vgl. dazu eingehend der Beitrag von HUNKELER, Absichtsanfechtung, in diesem Band.

<sup>105</sup> So auch GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), 286, 292 f.

<sup>106</sup> Siehe oben S. 159 (Absichtsanfechtung im Allgemeinen).

<sup>107</sup> Grundlegend: BGE 53 III 78 S. 79 f. Vgl. auch BGE 63 III 155 (Bestellung eines Pfandes gegen Erhalt von Ware auf Kredit); BGer 5A\_758/2008 E. 5 und BGer 5A\_750/2008 E. 4.3 (Zinszahlungen). Für zahlreiche Hinweise auf Präjudizien zum Austausch gleichwertiger Leistungen: BGE 99 III 27 E. 4 S. 34 f.; 134 III 615 E. 4.2.1. S. 618.

<sup>108</sup> BGE 53 III 78 S. 79 f.; 134 III 615 E. 4.2.1. S. 618.

gleichzeitig bestellt wird, aber der Schuldner mit dem betreffenden Geschäft den Zweck verfolgt hat, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können und der Empfänger der Schuldnerleistung dies erkannt hat oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen können.<sup>109</sup>

Eine weitere Strategie besteht – ganz banal – darin, bei der Kreditgewährung grössere Zurückhaltung zu üben.<sup>110</sup> Dass sich allerdings die Kreditpraxis im Anschluss an den ZKB-Entscheid massgeblich verändert hat, ist zu bezweifeln.<sup>111</sup> Eine durchgehende Praxisänderung hätte sich auch in einer Anpassungswelle bei den bankinternen Kreditreglementen (Änderung der Kompetenzordnung, Änderung der Belehnungssätze) niederschlagen müssen. Dies ist nicht geschehen.<sup>112</sup> Tatsächlich ist die Zurückhaltung bei der Kreditgewährung ein zweiseitiges Schwert: Jeder Kredit, der nicht gesprochen wird, bedeutet auch den Verzicht auf den Zinsgewinn. Eine weitere Vermeidungsstrategie im Hinblick auf die Anfechtungstatbestände könnte darin liegen, Kredite früher, also bereits bei ersten Krisenzeichen, fällig zu stellen. Diese Strategie wird aber häufig an der fünfjährigen Anfechtungsfrist von Art. 288 SchKG scheitern.

Schliesslich bestehen Überlegungen in die Richtung, dass die Bank die jeweils fälligen Lohnforderungen eines notleidenden Unternehmens begleicht und sich im Gegenzug von den Arbeitnehmenden diese Forderungen jeweils abtreten lässt, mit der Folge, dass sie im Falle des Unternehmenskonkurses über privilegierte Konkursforderungen (Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG) verfügt. Das Bundesgericht hat dieses Vorgehen in einem Entscheid aus dem Jahre 1923 ausdrücklich geschützt.<sup>113</sup>

#### IV. Das Sanierungsdarlehen in der SchKG-Revision

Der Zusammenbruch der Swissair gab Anlass zur Einsetzung einer Expertengruppe, die den Reformbedarf im Insolvenzrecht abklären sollte. Dem Sa-

---

<sup>109</sup> 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. 280 f. Weitere Hinweise bei VOGT, GesKR 2009, 165 Fn. 8.

<sup>110</sup> Vgl. dazu z. B. HUNKELER, Jusletter vom 25.08.2008, Rz. 6; GESSLER, NZZ vom 10.9.2008, 4.

<sup>111</sup> Vgl. hierzu auch die Aussagen von Roger Wichser (Credit Recovery Schweiz, Credit Suisse) im Rahmen der Paneldiskussion, in diesem Band.

<sup>112</sup> Anfrage bei der zuständigen Stelle der FINMA.

<sup>113</sup> BGE 49 III 201 S. 202 ff.; vgl. hierzu auch den Beitrag von HUNKELER, in diesem Band.

nierungsgedanken kam dabei hohe Priorität zu. Laut Auftrag sollte die Expertenkommission auch entsprechende ausländische und internationale Lösungen prüfen – etwa das Chapter 11-Verfahren des US-amerikanischen Rechts oder die einschlägigen Empfehlungen der UNCITRAL. Zudem sollte sie untersuchen, ob und inwieweit das Nachlassverfahren weiter in Richtung Sanierungsverfahren entwickelt werden kann und soll. Die Expertengruppe lieferte dem Bundesamt für Justiz im März 2005 einen Bericht mit ersten Thesen ab (Phase 1), im Juni 2008 folgte der Vorentwurf samt Begleitbericht (Phase 2).<sup>114</sup> Im Januar 2009 schickte der Bundesrat den grösstenteils unveränderten Vorentwurf in die Vernehmlassung. Die Vorschläge wurden in der Vernehmlassung mehrheitlich begrüsst. Im Januar 2010 beauftragte der Bundesrat das EJPD mit der Ausarbeitung einer Botschaft.<sup>115</sup>

## 1. Vorentwurf: Keine Sonderregelung für Sanierungsdarlehen

Der Vorentwurf verzichtet auf eine Sonderregelung für Sanierungsdarlehen. In der ersten Phase war die Expertengruppe in dieser Frage noch uneinig:<sup>116</sup> Zugunsten einer gesetzlichen Privilegierung solcher Darlehen wurde angeführt, dass sie aussergerichtliche Sanierungen fördere. Allerdings müssten die Voraussetzungen für eine Privilegierung gesetzlich umschrieben werden; Kernvoraussetzung sei, dass das Darlehen mit Blick auf Leistungszeitpunkt und Leistungsumfang effektiv geeignet war, einen massgebenden Beitrag zur Sanierung zu beizutragen. Die Voraussetzungen müssten gerichtlich überprüft und die Darlehensgewährung entsprechend genehmigt werden. Gegen die Privilegierung wurde eingewendet, für Refinanzierungszwecke stehe das Nachlassverfahren zur Verfügung, in dessen Rahmen Darlehen als Masseverbindlichkeiten abgeschlossen werden könnten. Die Privilegierung von Sanierungsdarlehen berge zudem das Risiko, dass die Einleitung von Insolvenzverfahren verschleppt würden. Zudem kämen insbesondere Anteilseigner zu einer doppelten Privilegierung: Entweder gelinge die Sanierung, oder die Darlehensrückzahlung werde garantiert. Schliesslich sei auch die einseitige Privilegierung von Darlehen nicht überzeugend; auch

---

<sup>114</sup> Vgl. zum Ganzen BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Begleitbericht zum VE Revision SchKG, 3 f.

<sup>115</sup> Vgl. zur Chronologie die Webseite des BJ unter der Sparte «Schuldbetreibung und Konkurs», Dossier «Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsverfahren)».

<sup>116</sup> Vgl. zum Ganzen: EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (2005), Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?, 43.

andere Verträge könnten für die Sanierung entscheidend sein, ohne dass diese privilegiert behandelt würden.

In der zweiten Phase gelangte die Expertengruppe zur Auffassung, dass auf eine gesetzlich verankerte Privilegierung des Sanierungsdarlehens verzichtet werden sollte:<sup>117</sup> Es sei zweifelhaft, ob eine entsprechende Gesetzesbestimmung überhaupt justiziabel wäre. Zudem werde gemäss Vorentwurf der Zugang zur Nachlassstundung erleichtert. Innerhalb der Nachlassstundung sei bei entsprechender Zustimmung des Sachwalters eine Privilegierung von neuen Mittelzuflüssen zulässig (Art. 310 Abs. 2 SchKG). Eine weitere Privilegierung des Sanierungsdarlehens dränge sich nicht auf.

Das Bundesamt für Justiz folgte in seinem Vorentwurf dem Vorschlag der Expertengruppe und verzichtete auf eine gesetzliche Sonderregelung für das Sanierungsdarlehen.

## 2. Vernehmlassung: Sonderregelung teilweise gefordert

Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer regten an, den Vorentwurf um eine Bestimmung zum Sanierungsdarlehen zu ergänzen.<sup>118</sup> Teilweise wurde ausdrücklich auf den ZKB-Entscheid des Bundesgerichts Bezug genommen, allerdings nicht im Sinne einer Kritik, sondern um zu unterstreichen, dass es sich um ein bedeutsames praktisches Anliegen handelt.<sup>119</sup> Zur Begründung wurde ausgeführt, es sei nicht sinnvoll, mit der Beschaffung neuer Geldmittel bis nach der Bewilligung der Nachlassstundung zu warten zu müssen, und zwar vor allem im Hinblick auf Darlehen, mit deren Gewährung die Nachlassstundung vermieden werden könne.<sup>120</sup> Auch könne nicht angehen, dass frühzeitige Leistungen im Hinblick auf eine künftige Sanierung schlechter behandelt würden als spätere Leistungen während der Nachlassstundung.<sup>121</sup> Weiter erscheine es nicht als angemessen, wenn Gläubiger, die sich vor Erbringen ihrer Sanierungsleistung zahlen liessen, besser gestellt

---

<sup>117</sup> Vgl. zum Ganzen: EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (2008), Revision SchKG, 29.

<sup>118</sup> Vgl. zum Ganzen BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Bericht Vernehmlassungsverfahren, 4 Nr. 325. Es handelt sich um folgende Teilnehmer: FDP, SVP; *economiesuisse*, *SwissBanking*, Verband Schweizerischer Kantonalbanken (VSKB).

<sup>119</sup> FDP, Vernehmlassungsantwort, 3; *SWISSBANKING*, Vernehmlassung, 3.

<sup>120</sup> Vgl. *ECONOMIESUISSE*, Vernehmlassung, 3; FDP, Vernehmlassungsantwort, 3; SVP, Antwort, 2 f.; *SWISSBANKING*, Vernehmlassung, 3.

<sup>121</sup> Vgl. *ECONOMIESUISSE*, Vernehmlassung, 3; FDP, Vernehmlassungsantwort, 3; *SWISSBANKING*, Vernehmlassung, 3.

würden als jene, die mit der Einforderung ihrer Gegenleistung zuwarteten und so dem zu sanierenden Unternehmen vorläufig Liquidität belassen.<sup>122</sup>

### **3. Entscheid des Bundesrats: Weitere Abklärung zur Frage der Sonderregelung**

Der Bundesrat hat gestützt auf die Vernehmlassungsergebnisse dem EJPD den Auftrag zur Ausarbeitung einer Botschaft zur Teilrevision des SchKG erteilt. Ob eine Sonderregelung für Sanierungsdarlehen geschaffen werden soll, will der Bundesrat weiter abklären.<sup>123</sup>

### **4. Konsequenzen für die Kreditpraxis**

Nach dem Regelungsverzicht im Rahmen des Vorentwurfs ist mit Blick auf den bundesrätlichen Gesetzesentwurf die Frage eines Sondertatbestandes über das Sanierungsdarlehen wieder offen. Dass die gesetzliche Privilegierung von Darlehen in der Krisenphase eines Unternehmens die Kreditfreudigkeit der Banken stimulieren würde, steht ausser Frage. Die genaue Ausgestaltung eines solchen Kreditprivilegs steht aber noch aus.

Bleibt es hingegen beim Verzicht auf eine gesetzliche Regelung des Sanierungsdarlehens, so könnte die Frage der Kotierung für die Sanierungspraxis der Banken zu einem massgeblichen Kriterium werden. Bei den nicht kotierten Gesellschaften könnte sich nämlich in einem solchen Fall die Darlehensgewährung verstärkt im Rahmen eines Nachlassverfahrens abspielen:

Wie bereits die Expertengruppe hervorgehoben hat, soll die Revision den Zugang zur Nachlassstundung erleichtern. Namentlich muss der Schuldner seinem Gesuch keinen Entwurf des Nachlassvertrages beilegen (Art. 293 lit. a VE-SchKG). Bereits nach geltendem Recht besteht während der Stundung die Möglichkeit, zufließende neue Mittel als Masseverbindlichkeiten zu behandeln; erforderlich ist die Zustimmung des Sachwalters (Art. 310 Abs. 2 SchKG). Von zentraler Bedeutung dürfte aber insbesondere sein, dass die provisorische Nachlassstundung – jedenfalls bei den nicht kotierten Gesellschaften – nicht mehr zwingend öffentlich bekannt zu machen ist (Art. 293c Abs. 2 VE-SchKG). Man erreicht also unter dem Dach des Vorentwurfs ein stilles Sanierungsumfeld, verbunden mit der Möglichkeit zur geschütz-

---

<sup>122</sup> Vgl. FDP, Vernehmlassungsantwort, 3; SWISSBANKING, Vernehmlassung, 3 f.

<sup>123</sup> Vgl. EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, MEDIENMITTEILUNG, passim.

ten Kreditvergabe.<sup>124</sup> Das könnte dazu führen, dass die Banken im Zweifelsfall das Unternehmen dazu «ermuntern», die provisorische Nachlassstundung zu beantragen. Keinen Einfluss hat dagegen die Anfechtungsfreistellung gemäss Art. 285 Abs. 3 VE-SchKG; sie greift nur, wenn eine Rechts-handlung vom Nachlassgericht oder vom Gläubigerausschuss genehmigt wird, also nicht mehr im Rahmen der «stillen» provisorischen Stundung.

Für die kotierten Unternehmen steht die geschilderte Möglichkeit aufgrund der Ad-hoc Relevanz der provisorischen Nachlassstundung nicht zur Verfügung. Dort wird sich also auch künftig die Frage nach einem Privileg für die speziellen Kredite stellen, die ausserhalb eines Nachlassverfahrens, aber mit einem Sanierungszweck, gewährt werden.

## 5. Mögliche Parameter für das gesetzliche Sanierungsdarlehen

Falls der Grundsatzentscheid zugunsten einer gesetzlichen Regelung des Sanierungsdarlehens fällt, so stellt sich die Frage, wie eine solche Regelung aussehen sollte. Die Grundidee ist einfach: Wer einem bedrängten Schuldner durch Gewährung eines Darlehens hilft, ist bei der Tilgung des Darlehens von der Anfechtung freigestellt, wenn die Hilfe ernstlich als erfolgversprechend betrachtet werden durfte.<sup>125</sup>

Eine erste Gesetzgebungsvariante besteht darin, einen solchen general-klauselartigen Satz in das Gesetz aufzunehmen, und die Präzisierungen der Lehre und Rechtsprechung zu überlassen. Er könnte etwa wie folgt lauten:

Nicht anfechtbar ist die Tilgung eines Darlehens, das dem bedrängten Schuldner zum Zwecke der Sanierung gewährt wurde, sofern eine berechnete Erwartung der Sanierung bestand.

Das hat den Vorteil der Kürze und der Flexibilität. Zudem trägt es der Tatsache Rechnung, dass man die Komplexität eines Sanierungsprivilegs kaum adäquat in einer noch verständlichen Rechtsnorm einfangen kann. Es hat aber den Nachteil der Rechtsunsicherheit. Diese ist zwar im Moment behoben, aber um den Preis einer derart restriktiven bundesgerichtlichen Praxis, die – wenn man denn überhaupt ein Privileg einführen will – nicht dem gesetzgeberischen Willen entsprechen würde.

Eine zweite Variante besteht in einer detaillierten Regelung der Voraussetzungen für ein Sanierungsprivileg. Hier kommen folgende Regelungs-

---

<sup>124</sup> Vgl. hierzu auch ROTH, SJZ 105 (2009), 460, insb. auch Fn. 14.

<sup>125</sup> In Anlehnung an BGE 53 III 78 S. 80.

bausteine in Betracht, die als solche wiederum in verschiedene Richtung hin konkretisiert werden können:

- Finanzielle Notlage des Schuldners  
Mögliche Konkretisierungen: drohende Zahlungsunfähigkeit, eingetretene Zahlungsunfähigkeit, dringender Liquiditätsbedarf.
- Sanierungszweck der Finanzierung<sup>126</sup>  
Mögliche Konkretisierungen: Sonderleistung (z. B. Zinsverzicht)<sup>127</sup>, aktive Sanierungsunterstützung<sup>128</sup>, Deklaration als Sanierungsdarlehen, Vorgaben bei der Mittelverwendung.
- Sanierungsfähigkeit des Schuldners<sup>129</sup>  
Mögliche Konkretisierungen: eindeutige Sanierungschance, realistische Sanierungschance.
- Sanierungseignung des Darlehens  
Mögliche Konkretisierungen: Beitrag zu Sanierung, massgeblicher Beitrag zur Sanierung<sup>130</sup>, exklusive Sanierungswirkung.
- formalisiertes Verfahren  
Mögliche Konkretisierungen: Gerichtliche Überprüfung/Genehmigung<sup>131</sup>.

Schliesslich stellt sich noch zusätzlich die Frage, ob man das Sanierungsprivileg auf die Kreditvergabe beschränken will, oder ob allenfalls andere Leistungen von einem solchen Privileg profitieren sollen.<sup>132</sup>

## V. Schlussbemerkungen

In einem kürzlich erschienenen Beitrag hat FRANCO LORANDI einen «Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten» des Bundesgerichts unternommen.<sup>133</sup> Der Titel ist freundlich gewählt, man könnte auch von einem

---

<sup>126</sup> Vgl. BGE 134 III 452 E. 5.5. S. 460.

<sup>127</sup> BGE 134 III 452 E. 6.1. S. 461.

<sup>128</sup> BGE 134 III 452 E. 6.1. S. 461.

<sup>129</sup> BGE 134 III 452 E. 5.3. und 5.5., S. 459 f.

<sup>130</sup> Vgl. zum Ganzen: EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (2005), Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?, 43.

<sup>131</sup> Vgl. zum Ganzen: EXPERTENGRUPPE NACHLASSVERFAHREN (2005), Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?, 43.

<sup>132</sup> Für die Gleichbehandlung ROTH, SJZ 105 (2009), 460; GLANZMANN, ZBJV 146 (2010), 292.

<sup>133</sup> Vollständiger Titel im Literaturverzeichnis.



Überlebenskampf im paulianischen Dornenwald sprechen. Derweil hat das Bundesgericht am juristischen Sternenhimmel die Rechtsfigur des Sanierungsdarlehens aufgehängt. So sehr dieser neue Stern funkelt und strahlt, einen Ausweg aus dem Dornenwald bietet er in seiner jetzigen Ausgestaltung nicht.

Das neue SchKG wird möglicherweise Abhilfe schaffen. Vorher wird man aber nicht nur vertieft über die Parameter diskutieren müssen, denen ein privilegiertes Sanierungsdarlehen genügen muss, sondern man muss sich auch noch einmal die Grundsatzfrage stellen, ob sich angesichts der bestehenden und vorgesehenen insolvenzrechtlichen Gefässe die zusätzlich Einführung eines solchen Sondertatbestands rechtfertigt.



# Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe

Hans-Ueli Vogt, Zürich\*

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	192
I. Einleitung .....	194
II. Die Bundesgerichtsurteile vom 24. Februar 2010.....	195
1. Sachverhalt.....	195
2. Erwägungen.....	196
a) Zweck der paulianischen Anfechtung.....	196
b) Gläubigerschädigung.....	197
aa) Im Allgemeinen .....	197
bb) Zahlung von Darlehenszinsen und Austausch gleichwertiger Leistungen .....	199
III. Bemerkungen zu den Bundesgerichtsurteilen vom 24. Februar 2010.....	202
1. Zweck der paulianischen Anfechtung .....	202
a) Grundsatz der relativen Gläubigergleichbehandlung.....	202
b) Normale Geschäftstätigkeit als sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung von Gläubigern .....	203
c) Rückgängigmachung bzw. Verhinderung unlauterer Machenschaften als Zweck der paulianischen Anfechtung.....	205
2. Gläubigerschädigung.....	207
a) Austausch gleichwertiger Leistungen: Ausgangspunkt und Grundsatz .....	207

---

\* Dr. Hans-Ueli Vogt, LL.M., MBA, a.o. Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich; Rechtsanwalt, Homburger, Zürich.

b) Austausch gleichwertiger Leistungen: vollstreckungsrechtliche Beurteilung.....	209
aa) Wirtschaftliche, funktionale Betrachtung des Zusammenhangs von Leistung und Gegenleistung.....	210
bb) Keine Zinsmachenschaften.....	211
cc) Zinszahlungen als Beitrag zum Erhalt der Darlehenssumme .....	213
dd) Zusammenfassung.....	213
3. Fazit und Würdigung .....	214
IV. Bezüge der Absichtsanfechtung zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe.....	215
1. Die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht der Organe.....	215
a) Inhalt der Sorgfaltspflicht.....	215
b) Massstab der Sorgfaltspflicht: die Interessen der Gesellschaft....	217
aa) Keine selbständige Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen und zur Gleichbehandlung der Gläubiger.....	217
bb) Besondere Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger bei finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft .....	218
2. Gläubigerschädigung als Sorgfaltspflichtverletzung?.....	220
a) Verminderung des Vollstreckungssubstrats als Sorgfaltspflichtverletzung?.....	220
b) Begünstigung eines Gläubigers als Sorgfaltspflichtverletzung? .....	222
c) Fazit .....	223
3. Zum Verhältnis von paulianischer Anfechtung und aktienrechtlicher Verantwortlichkeit .....	224

## Literaturverzeichnis

- AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.
- ERNST WOLFGANG, Die Zahlung fälliger Schuld als Fall der paulianischen Anfechtung in Geschichte und Gegenwart, in: SJZ 2010, Heft 16/17.
- FORSTMOSER PETER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: Matthias Oertle et al. (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, S. 413-430.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

- GILLIERON PIERRE-ROBERT, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 271-352, Lausanne 2003.
- GLANZMANN LUKAS, Sanierungsdarlehen, in: ZBJV 2010, S. 261-294.
- GRASS ANDREA R., Business Judgment Rule, Diss. Zürich 1998.
- KRAAKMAN REINIER et al., The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, 2. Aufl., New York 2009.
- LAMBERT CLAUDE, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich), Bern 1992.
- LORANDI FRANCO, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung. Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, BLSchK 2009, S. 213-236.
- PETER HENRY/CAVADINI FRANCESCA, Kommentierung Art. 717 OR, in: Tercier/Amstutz (édit.), Commentaire Romand du Code des Obligations II, Basel/Frankfurt a. M. 2008.
- REBSAMEN THOMAS, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft (Diss. Freiburg), Zürich 2004.
- SCHÜPBACH HENRI-ROBERT, Droit et action révocatoires, Basel/Frankfurt a. M. 1997.
- STAEHELIN ADRIAN, Kommentierung Art. 288 SchKG, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bände, Band III, Basel 1998.
- UMBACH-SPAHN BRIGITTE, Kommentierung Art. 288 SchKG, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG), Kurzkommentar, Basel 2008.
- VOGT HANS-UELI, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung. Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, in: GesKR 2009, S. 163-190.
- VOGT HANS-UELI/KÄSER THOMAS, Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer *share swap transaction*, in: GesKR 2009, S. 583-590.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/CARBONARA ANTONIO/HUNZIKER SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR Beiheft 43, Basel 2006.
- WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, Kommentierung Art. 717 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Paulianische Anfechtung von Zahlungen im Rahmen eines Total Return Swap, in: SZW 2010, S. 267-275.

## I. Einleitung

Nach Art. 288 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung «in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen». Daraus ergeben sich die Tatbestandsmerkmale der Absichtsanfechtung: eine Gläubigerschädigung, die Schädigungsabsicht seitens des Schuldners und die Erkennbarkeit dieser Absicht für den Begünstigten.

Die Bedeutung dieser drei Tatbestandsmerkmale ist durch die Lehre, vor allem aber eine jahrzehntelange Rechtsprechung geklärt und gefestigt worden.<sup>1</sup> Verschiedene Bundesgerichtsurteile aus den Jahren 2008 und 2009 – etliche von ihnen in Verfahren betreffend die «Swissair» ergangen – haben diese Rechtsprechung weitergeführt.<sup>2</sup> Diese Urteile liegen zwar im Grossen und Ganzen auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Doch hat die Anwendung der in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auf Rechtshandlungen und geschäftliche Massnahmen von Grossunternehmen, die in finanziellen Schwierigkeiten stecken, zu Urteilen geführt, die zwar im Ergebnis kaum zu beanstanden sind, jedoch nur schwer erkennen lassen, wie sich die betreffenden Schuldner vernünftigerweise hätten verhalten sollen (und was folglich Schuldner in der derzeitigen Krise unter anfechtungsrechtlichen Gesichtspunkten tun dürfen).

---

<sup>1</sup> Siehe etwa die Darstellungen bei AMONN/WALTHER, § 52 N. 22 ff.; GILLIÉRON, Art. 288, N. 8 ff.; SCHÜPBACH, Art. 288, N. 4 ff., 13 ff., 68 ff.; STAEHELIN, SchKG III, Art. 288, N. 4 ff.; UMBACH-SPAHN, Art. 288, N. 3 ff.

<sup>2</sup> Siehe insbesondere BGE 134 III 452 (SAirGroup in Nachlassliquidation gegen Zürcher Kantonalbank; Rückzahlung eines Darlehens); 134 III 615 (Tempus Concept SA in Nachlassliquidation gegen PricewaterhouseCoopers SA; Bezahlung des Honorars für die Tätigkeit als Revisionsstelle bzw. für eine Beratungstätigkeit); 135 III 265 (Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation gegen Flughafen Zürich AG; Bezahlung von Flughafengebühren); 135 III 276 (Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation gegen Air Total (Suisse) SA und Air Total International; Bezahlung von Treibstofflieferungen); BGer 5A\_64/2008 (Bezahlung von Verwaltungsratshonoraren); BGer 5A\_386/2008 (SAirGroup in Nachlassliquidation gegen Z. Bank; Rückzahlung eines Darlehens im Rahmen eines Betriebsmittelrahmenkredits); BGE 135 III 513 (Schweizerische Eidgenossenschaft et al. gegen B. und D.; Verkauf von Genossenschaftsanteilen); BGer 5A\_420/2008 (SAirGroup in Nachlassliquidation gegen X.; Zahlungen im Rahmen einer «share swap»-Transaktion); BGer 5A\_116/2009 (SAirGroup in Nachlassliquidation gegen Bank X.; Rückzahlung eines Darlehens im Rahmen eines Geldmarktkredits).

Zwei Bundesgerichtsurteile vom 24. Februar 2010<sup>3</sup> betreffend die paulianische Anfechtung der Zahlung von Darlehenszinsen – beide in der *causa* «Swissair» ergangen – sind nun offenkundig von der Absicht des Gerichts getragen, die Bemühungen eines Schuldners in finanziellen Schwierigkeiten nicht allzu sehr durch das Risiko einer paulianischen Anfechtung einzuschränken und so die Interessen der Gläubigersamtheit besser zu wahren.

Der vorliegende Beitrag stellt die beiden Urteile dar und analysiert sie (II. und III.). Anschliessend werden im Lichte der neuen Rechtsprechung die Bezüge zwischen der Absichtsanfechtung und der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe untersucht (IV.), ergeben sich Verhaltensanweisungen an die Organe einer um ihr Überleben kämpfenden Aktiengesellschaft doch nicht nur aus den Tatbeständen der paulianischen Anfechtung, sondern auch aus dem Aktienrecht.

## II. Die Bundesgerichtsurteile vom 24. Februar 2010

### 1. Sachverhalt

1992 gewährten verschiedene Kantonalbanken der Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft («Swissair») einen Konsortialkredit über 30 Millionen Franken mit einer festen Laufzeit von zehn Jahren. Und die Banque LBLux. S.A. («LBLux») gewährte der Swissair ein Darlehen in der Höhe von 20 Millionen Franken. Das Darlehen wie auch der Konsortialkredit waren jährlich zu 7¾ % zu verzinsen.<sup>4</sup> Am 17. September 2001 zahlte die SAirGroup AG («SAirGroup») für den Konsortialkredit Zinsen in der Höhe von ca. 2,3 Millionen Franken,<sup>5</sup> am 28. September 2001 zahlte sie im Rahmen des Darlehensvertrages Zinsen von ca. 1,5 Millionen Franken.<sup>6</sup> Am 2. Oktober 2001 kam der Flugbetrieb der SAirGroup zum Erliegen, am 4. Oktober stellte sie ein Gesuch um provisorische Nachlassstundung, das am Folgetag vom Bezirksgericht Zürich bewilligt wurde, und am 26. Juni 2003 erwuchs die Verfügung, mit welcher der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt worden war, in Rechtskraft.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> BGer 5A\_750/2008 und 5A\_758/2008 (das zweitgenannte Urteil ist zur Publikation in der Amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide [BGE] bestimmt).

<sup>4</sup> BGer 5A\_750/2008, Sachverhalt A bzw. 5A\_758/2008, Sachverhalt A.

<sup>5</sup> BGer 5A\_750/2008, Sachverhalt A.

<sup>6</sup> BGer 5A\_758/2008, Sachverhalt A.

<sup>7</sup> BGer 5A\_758/2008, Sachverhalt A und 5A\_750/2008, Sachverhalt B.

Der Gläubigerausschuss der SAirGroup verzichtete darauf, die allfälligen Anfechtungsansprüche gegen die Kantonalbanken und die LBLux geltend zu machen, und trat sie im Umfang der Zinszahlungen vom 17. bzw. 28. September 2001 an die IG Swissair Obligationäre GmbH («IG Swissair») ab.<sup>8</sup> Im September 2005 erhob die IG Swissair beim Handelsgericht des Kantons Zürich Anfechtungsklage gegen die Zürcher Kantonalbank (als Konsortialführerin) und die LBLux und verlangte die Rückerstattung der bezahlten Zinsen. Das Handelsgericht wies beide Klagen ab.<sup>9</sup> Daraufhin gelangte die IG Swissair in beiden Verfahren mit einer auf Art. 288 SchKG abgestützten Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.<sup>10</sup>

## 2. Erwägungen

Das Bundesgericht äussert sich in beiden Urteilen zuerst zum Zweck der paulianischen Anfechtung. Dann prüft es, ob die Zinszahlungen eine Gläubigerschädigung bedeuteten.

### a) Zweck der paulianischen Anfechtung

«Die Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG ist ein im Dienst der Gläubigergleichbehandlung stehendes Instrument [...].

Durch die Rückführung von Vollstreckungssubstrat in die Masse wird die dem Insolvenzrecht zugrunde liegende Maxime der Gläubigergleichbehandlung (Art. 197 Abs. 1 SchKG, unter Vorbehalt von Art. 219 SchKG) gewissermassen auf die Verdachtsperiode vorverlagert. In diesem Stadium kann jedoch die Gleichbehandlung der Gläubiger weder absolute Maxime noch Selbstzweck sein; insofern handelt es sich bei der Anfechtungsklage um einen Ausnahmetatbestand, der seiner Natur nach restriktiv zu handhaben ist. Es darf insbesondere nicht aus den Augen verloren gehen, dass zivilrechtliches Handeln immer auch vor dem Hintergrund der Insolvenzbeständigkeit vor sich geht. Es ist im Geschäftsverkehr einerlei, ob ein Rechts-

---

<sup>8</sup> BGer 5A\_750/2008, Sachverhalt C bzw. 5A\_758/2008, Sachverhalt B.

<sup>9</sup> BGer 5A\_758/2008, Sachverhalt B und 5A\_750/2008, Sachverhalt D.

<sup>10</sup> BGer 5A\_758/2008, Sachverhalt C und 5A\_750/2008, Sachverhalt E. Im erstgenannten Verfahren hatte sich die IG Swissair vor Handelsgericht auch auf die Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG) berufen. Das Handelsgericht wies die Klage indessen auch in dieser Hinsicht ab, denn die Zinsforderung war fällig, womit keine «Zahlung einer nicht verfallenen Schuld» (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG) vorlag (vgl. BGer 5A\_758/2008, Sachverhalt B).



geschäft durch eine allfällige Anfechtungsklage zivilrechtlich dahinfällt oder ob lediglich die Vollstreckung in die empfangenen Vermögenswerte zu dulden ist; unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung des Institutes der Anfechtung bzw. von der technischen Umsetzung ist das Vertrauen in die Beständigkeit zivilrechtlich gültig geschlossener Verträge und damit die Rechtssicherheit betroffen.

In diesem Sinn geht es beim Institut der Anfechtungsklage nicht darum, den Schuldner faktisch seiner Handlungsfähigkeit zu berauben und ihn zu immobilisieren, zumal damit in der Regel seine sofortige Konkursreife herbeigeführt würde, was selten im Interesse der Gläubigergesamtheit liegen dürfte. Dem Schuldner muss mit anderen Worten selbst in schwierigen Zeiten bzw. bei finanziell angespannter Lage eine normale Geschäftstätigkeit möglich sein (...), und auch sachlich motivierte Entscheide des Schuldners im Rahmen dieser Tätigkeit können naturgemäss eine Ungleichbehandlung der Gläubiger beinhalten. Die Anfechtungsklage soll dort greifen, wo es um unlautere Machenschaften geht, wie es namentlich der Fall ist, wenn Vollstreckungssubstrat beiseite geschafft worden ist, das sich bei normalem Geschäftsgebaren in der Masse noch vorgefunden hätte.»<sup>11</sup>

## **b) Gläubigerschädigung**

Das Zürcher Handelsgericht hatte die Gläubigerschädigung in beiden Fällen bejaht, woraufhin die Beschwerdeführerin (IG Swissair) sich vor Bundesgericht auf die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Absichtsanfechtung, also die Schädigungsabsicht des Schuldners und die Erkennbarkeit dieser Absicht für den Begünstigten, konzentrierte. Im Rahmen seiner Rechtsanwendung von Amtes wegen<sup>12</sup> prüfte das Bundesgericht indessen zuerst, ob eine Gläubigerschädigung vorliegt (was es schliesslich verneinte, sodass es auf die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit nicht ankam).<sup>13</sup>

### **aa) Im Allgemeinen**

Der Tatbestand der Absichtsanfechtung setzt voraus, dass die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners die Gläubiger tatsächlich geschädigt hat, bezweckt die Anfechtung doch, Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zuzuführen, die ihr durch eine anfechtbare Rechtshandlung entzogen wor-

---

<sup>11</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 2 und 5A\_750/2008 E. 2.

<sup>12</sup> Art. 106 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

<sup>13</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 4 und 8; 5A\_750/2008 E. 4 und 4.5.

den sind (Art. 285 Abs. 1 SchKG).<sup>14</sup> Eine Gläubigerschädigung bedeutet eine «Schädigung der anderen Gläubiger durch eine Beeinträchtigung ihrer Exekutionsrechte [...], indem ihre Befriedigung im Rahmen der General- oder Spezialexécution oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren wegen der Bevorzugung des einen Gläubigers beeinträchtigt wird».<sup>15</sup> Es geht bei der Absichtsanfechtung um die «Wiedergutmachung eines den Gläubigern zugefügten wirtschaftlichen Nachteils».<sup>16</sup>

An einer Schädigung fehlt es in der Regel, wenn die angefochtene Rechtshandlung im *Austausch gleichwertiger Leistungen* besteht.<sup>17</sup> Ein solcher Austausch liegt beispielsweise vor, wenn der Schuldner gegen Bestellung eines Pfandes ein Darlehen erhält oder er ihm gehörende Sachen gegen Zahlung des vollen Gegenwertes veräussert.<sup>18</sup> Gibt der Schuldner demgegenüber Geld oder andere Vermögenswerte zum blossen Zweck der Tilgung einer Forderung hin, so tauscht er für seine Leistung keine Gegenleistung ein, und eine Schädigung der Gläubiger ist nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>19</sup>

«Das Bundesgericht hat den Austausch von Leistungen mit Blick auf die Wahrung des Vollstreckungssubstrates zumeist aufgrund der *zeitlichen Abfolge* beurteilt. Erfolgte die Leistung vorgängig oder gleichzeitig, so liegt in der Regel keine Gläubigerschädigung vor, wenn sie gleichwertig ist»;<sup>20</sup> so bei der Bestellung eines Pfandes gegen Gewährung eines Darlehens.<sup>21</sup> «Eine nachträgliche Leistung wird hingegen meist nicht als gleichwertige Gegenleistung betrachtet»;<sup>22</sup> so bei der Bezahlung von bereits gelieferter Ware und von schon beanspruchten Dienstleistungen.<sup>23</sup> Nach Auffassung des Bundesgerichts kann dieser zeitliche Zusammenhang als Ansatz «durchaus hilfreich sein bei der Umschreibung der gleichwertigen Gegenleistung und dient damit einer vertretbaren Erfassung der Gläubigerschädigung».<sup>24</sup>

---

<sup>14</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 3.

<sup>15</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 3.

<sup>16</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 3.

<sup>17</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 3 und 5A\_750/2008 E. 3.

<sup>18</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 3.

<sup>19</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 3.

<sup>20</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 3 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>21</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 3.

<sup>22</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 3.

<sup>23</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 3.

<sup>24</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 3.

An einer Gläubigerschädigung fehlt es grundsätzlich auch dann, wenn «die anderen Gläubiger auch bei richtigem Verhalten des Schuldners zum gleichen Verlust gekommen wären» (sogenanntes *rechtmässiges Alternativverhalten*), der Stand des Vermögens des Schuldners ohne die angefochtene Rechtshandlung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung somit der gleiche wäre wie der tatsächlich bestehende.<sup>25</sup>

#### **bb) Zahlung von Darlehenszinsen und Austausch gleichwertiger Leistungen**

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen über den Austausch gleichwertiger Leistungen ist «beim Darlehensvertrag die *Rückzahlung* nicht eine (gleichwertige) Gegenleistung für die Hingabe des Darlehensbetrages, sondern die Erfüllung der mit der Darlehensaufnahme eingegangenen Pflicht zu späterer Rückzahlung; sie bewirkt deshalb – unter Vorbehalt von Konkursprivilegien und dinglichen Vorrechten – in der Regel eine Schädigung der anderen Gläubiger (...).»<sup>26</sup> Das Vollstreckungssubstrat wird vermindert und der befriedigte Gläubiger gegenüber den verbleibenden Gläubigern begünstigt.<sup>27</sup>

Der *Darlehenszins* ist das «Entgelt und damit die – bei marktpreisüblichen Zinssätzen gleichwertige – *Gegenleistung für das Zurverfügungstellen von Kredit*», wobei sich das «Austauschverhältnis nicht auf die Geldhingabe bei der Gewährung des Darlehens, sondern auf die fortgesetzte Wertgebrauchsüberlassung der Valuta, mithin auf das durative Element bezieht».<sup>28</sup> «Indes kommt dieser Betrachtungsweise nur hilfsweise Bedeutung zu. Massgebend ist schliesslich der vollstreckungsrechtliche Aspekt der Beeinträchtigung der Exekutionsrechte der Gläubiger (...).»<sup>29</sup>

Für die anfechtungsrechtliche Beurteilung der Zinszahlung kommt es auch auf den *zeitlichen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung* an. Diesbezüglich ist es aus Sicht des Bundesgerichts «nicht entscheidend, dass die Zinszahlung, soweit sie postnumerando erfolgt, die Gegenleistung für die Kreditierung während der vorangegangenen Periode ist, besteht doch zwischen der Zahlung von Waren (...) und der Zinszahlung in dem Sinn keine Analogie, als der Darlehensvertrag im Unterschied zum Kaufvertrag

---

<sup>25</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 3.

<sup>26</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 3 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>27</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4.2.

<sup>28</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 5 (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. auch BGer 5A\_750/2008 E. 4.3.

<sup>29</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4.3.

durativer Natur und die Zinszahlung typischerweise von Periodizität geprägt ist. Der regelmässige Zinsendienst *stellt die fortgesetzte Wertüberlassung sicher* und insofern besteht wirtschaftlich ein *permanenter Ausgleich zwischen Wert und Gegenwert.*<sup>30</sup> Anders verhält es sich dann, wenn am Ende der Laufzeit ein Einmalzins entrichtet wird oder wenn aufgelaufene Zinsen, die längst fällig waren, nachträglich bezahlt werden, insbesondere zusammen mit der Rückzahlung des Darlehens;<sup>31</sup> «hier dient die Zinsleistung nicht mehr dem weiteren Zurverfügungstellen von Kredit, weshalb sie in diesem speziellen Fall nicht als gleichwertige Gegenleistung für die fortgesetzte Gebrauchsüberlassung betrachtet werden kann und folglich mit Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung das Schicksal der Darlehensrückzahlung teilen muss (...).»<sup>32</sup> Ebenso liegt im Fall der Bezahlung von höheren Zinsen als ursprünglich von den Parteien vereinbart mangels des geforderten Zusammenhangs zwischen Leistung und Gegenleistung kein Austausch gleichwertiger Leistungen vor.<sup>33</sup>

In beiden Urteilen betont das Bundesgericht sodann, dass die Zinszahlungen *keine Zinsmachenschaften* darstellten, welche von «unlauteren Absichten» getragen wären und in der Regel der Begünstigung bestimmter Gläubiger dienen würden (zum Beispiel vorzeitige oder höhere Zahlungen).<sup>34</sup> «Vielmehr geht es vorliegend um einen langjährigen Kreditvertrag, bei welchem die Zinsen stets unmittelbar nach dem Fälligkeitsdatum in der von den Parteien vereinbarten Höhe, mithin gewissermassen routinemässig bzw. automatisch beglichen wurden; im Übrigen wurde der Kredit nach der termingerecht erfolgten Zinszahlung, die vorliegend angefochten ist, anstandslos weitergeführt. Das heisst mit anderen Worten, dass der Vertrag von beiden Seiten über alle Jahre hinweg und auch nach der angefochtenen Zahlung stets respektiert worden ist.»<sup>35</sup> Die *«automatische Begleichung fälliger Zinsen im Rahmen eines langjährigen Kreditvertrages [ist] unter anfechtungsrechtlichen Gesichtspunkten unbedenklich».*<sup>36</sup> Daraus zieht das Bundesgericht im Urteil in Sachen LBLux unter Hinweis auf seine Ausführungen zum Zweck der paulianischen Klagen den Schluss, dass «der Zinsendienst zur gewöhnlichen Geschäftstätigkeit zu zählen [ist], welche dem Schuldner auch in einem

---

<sup>30</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6 (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>31</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6 und 5A\_750/2008 E. 4.2.

<sup>32</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6.

<sup>33</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4.2.

<sup>34</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6 und 5A\_750/2008 E. 4.4.

<sup>35</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6; im gleichen Sinn BGer 5A\_750/2008 E. 4.4.

<sup>36</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4.4 (Hervorhebung hinzugefügt).

schwierigen wirtschaftlichen Umfeld bzw. bei angespannter finanzieller Lage möglich sein muss».<sup>37</sup> Im Urteil in Sachen Kantonalbanken folgert das Gericht, dass die Zahlung des fälligen Zinses «[i]n Anbetracht der konkreten Ausgestaltung und Abwicklung des langjährigen Kreditverhältnisses [...] als gleichwertige Gegenleistung der Schuldnerin für das Zurverfügungstellen von betriebsnotwendigen finanziellen Mitteln zu betrachten [ist]», und zwar nicht als eine nachträgliche, sondern eine gleichzeitige Gegenleistung.<sup>38</sup>

Die Banken haben nach der Überweisung des Zinses den *Kredit aufrechterhalten*. Aus der Sicht des Bundesgerichts ist es entscheidend, «dass aufgrund der regelmässigen und termingerechten Zinszahlung die Darlehenssumme beim Schuldner belassen worden ist und sich unabhängig von der Verwendung jedenfalls in dem Sinn wertmässig in der Masse wiederfindet, als diese im Umfang des nicht zurückbezahlten Kapitals grösser ist».<sup>39</sup> Die Nachlassmasse wurde somit nicht durch Rückzahlung des Darlehensbetrages geschmälert.<sup>40</sup>

Schliesslich hält das Bundesgericht fest, dass die Banken bereits die *Kapitalforderung verloren* haben bzw. hierfür nur eine Konkursdividende erhalten.<sup>41</sup> «Vor dem Hintergrund des Zwecks der Anfechtungsklage, die Begünstigung einzelner Gläubiger zu verhindern, wäre nicht einsichtig, weshalb der Gläubiger, der bereits die Darlehensforderung verliert bzw. hierfür nur eine Konkursdividende erhält, auch noch die Zinsen zurückzahlen soll, welche die Gegenleistung für die fortgesetzte Wertgebrauchsüberlassung der Valuta darstellten.»<sup>42</sup>

Insgesamt lag somit in beiden Fällen *keine Gläubigerschädigung* vor: «weder eine Benachteiligung der Gläubigerschaft insgesamt noch die Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil der anderen».<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6.

<sup>38</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4.4.

<sup>39</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 7.

<sup>40</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4.4.

<sup>41</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4.4.

<sup>42</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 7.

<sup>43</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 8.

### III. Bemerkungen zu den Bundesgerichtsurteilen vom 24. Februar 2010

Die beiden Bundesgerichtsurteile liefern einerseits eine gewisse Klarstellung zum Zweck der paulianischen Anfechtung, andererseits eine in bestimmter Hinsicht neue Auslegung des Tatbestandselements der Gläubigerschädigung.

#### 1. Zweck der paulianischen Anfechtung

##### a) Grundsatz der relativen Gläubigergleichbehandlung

Der Inhalt und Stellenwert des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung ist bei der Bestimmung des Zwecks der paulianischen Anfechtung und damit bei der Anwendung der verschiedenen Anfechtungstatbestände von entscheidender Bedeutung. Während das Bundesgericht schon die Auffassung vertrat, die Gleichbehandlung der Gläubiger sei die *ratio legis* oder ein selbständiger Zweck von Art. 288 SchKG bzw. der paulianischen Anfechtung,<sup>44</sup> hielt es in anderen Urteilen und hält es nun auch vorliegend lediglich fest, dass der Tatbestand der Absichtsanfechtung im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes auszulegen sei bzw. die Anfechtungsklagen «*im Dienst der Gläubigergleichbehandlung*» stünden.<sup>45</sup>

Dass die paulianische Anfechtung im Dienst der Gläubigergleichbehandlung steht, bedeutet, dass die der Zwangsvollstreckung zuzuführenden Vermögenswerte nach Massgabe des materiellen Konkursrechts, also, unter Vorbehalt der Rangordnung von Art. 219 Abs. 4 SchKG, entsprechend dem Gleichbehandlungsprinzip, allen Gläubigern zukommen sollen. Bei der mit der paulianischen Anfechtung verbundenen Vorverlagerung des Grundsatzes einer absoluten Gleichbehandlung der Gläubiger auf die Verdachtsperiode setzt das Bundesgericht an: «In diesem Stadium kann [...] die Gleichbehandlung der Gläubiger weder absolute Maxime noch Selbstzweck sein»; es gehe bei der Anfechtungsklage «nicht darum, den Schuldner faktisch seiner Handlungsfähigkeit zu berauben und ihn zu immobilisieren [...]. [S]achlich motivierte Entscheide des Schuldners im Rahmen [der normalen Geschäftstätigkeit] können naturgemäss eine Ungleichbehandlung

---

<sup>44</sup> BGE 134 III 615 E. 4.3 S. 620; 134 III 273 E. 4.4.1 S. 282.

<sup>45</sup> BGE 135 III 276 E. 6.3.2 S. 283; BGer 5A\_758/2008 E. 2 und 5A\_750/2008 E. 2.

der Gläubiger beinhalten.»<sup>46</sup> Damit hat das Bundesgericht einen *anfechtungsrechtlichen Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger während der Verdachtsperiode* aufgestellt: Sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlungen von Gläubigern im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit des Schuldners sollen kein Grund für eine Anfechtung seiner Rechtshandlungen sein.

Als Aussage zum Zweck der paulianischen Anfechtung ist der Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger bei der Auslegung und Anwendung *aller drei Tatbestandsmerkmale* der Absichtsanfechtung bedeutsam. Am nächsten scheint der Bezug zur Schädigungsabsicht zu liegen: Wer auf der Basis «sachlich motivierter Entscheide» handelt, hat, jedenfalls im subjektiven Sinn, keine Schädigungsabsicht.<sup>47</sup> Das Bundesgericht hat indessen beide Fälle ausschliesslich unter dem Titel der Gläubigerschädigung abgehandelt, und es nimmt dort auch auf seine Ausführungen zum Zweck der paulianischen Anfechtung Bezug. Welchen Stellenwert es der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger bei dieser Tatbestandsvoraussetzung im Einzelnen einräumt, geht aus den Erwägungen des Gerichts indessen nicht klar hervor.<sup>48</sup>

## **b) Normale Geschäftstätigkeit als sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung von Gläubigern**

Zur normalen Geschäftstätigkeit, die dem Schuldner möglich sein muss und Ungleichbehandlungen seiner Gläubiger rechtfertigt, gehört unter anderem die Zahlung von Darlehenszinsen (falls mit ihnen keine Zinsmachenschaften verbunden sind).<sup>49</sup> Das soll selbst dann gelten, wenn der Schuldner keinen Gewinn mehr erwirtschaftet, solange nur die Geschäftstätigkeit noch ge-

---

<sup>46</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 2 und 5A\_750/2008 E. 2; in diesem Sinn auch schon VOGT, GesKR 2009, 177: «Eine paulianische Anfechtung allein wegen einer Ungleichbehandlung von Gläubigern zuzulassen, bedeutet eine Immobilisierung jedes Schuldners, der mit einer Anfechtung seiner Rechtshandlungen rechnet. [...] Wer alle gleich behandeln muss [...], der kann praktisch nicht handeln. [...] Auf einen nicht konkursiten, der freien Marktwirtschaft ausgesetzten, möglicherweise um sein Überleben kämpfenden Schuldner darf das Regime der Gleichbehandlung grundsätzlich nicht erstreckt werden» (Hervorhebungen unterdrückt).

<sup>47</sup> In BGer 5A\_386/2008 stehen die Ausführungen zum Spannungsverhältnis zwischen Gläubigergleichbehandlung und Aufrechterhaltung der normalen Geschäftstätigkeit denn auch in den Erwägungen zur Schädigungsabsicht (E. 4.3).

<sup>48</sup> Siehe hierzu hinten III.2.b.aa.

<sup>49</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6.

winnstrebig ist.<sup>50</sup> Man wird allgemein, über den Zinsendienst hinaus, die *Finanzierung des Schuldners* zu seiner normalen Geschäftstätigkeit zählen.<sup>51</sup> Doch ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Rechtshandlung des Schuldners, die seiner Finanzierung dient, im Rahmen eines Austausches gleichwertiger Leistungen (im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung) erfolgt ist.

Indessen leuchtet mit Blick auf den Zweck der paulianischen Anfechtung nicht ohne Weiteres ein, dass eine Gesellschaft, die in finanziellen Schwierigkeiten steckt und um ihr wirtschaftliches Überleben kämpft, ihren ungleichen Umgang mit konkurrierenden, möglicherweise nicht voll gedeckten Ansprüchen von Gläubigern mit dem Hinweis auf ihre «normale Geschäftstätigkeit» rechtfertigen können soll. Der Rechtfertigungsgrund sollte eher in Erfolg versprechenden Anstrengungen zur Rückkehr zur «Normalität», also in der *Sanierung*, einschliesslich einer allfälligen Restrukturierung und Refinanzierung, liegen. Eine Sanierung schliesst in einem gewissen, allenfalls aber neu zu bestimmenden Ausmass die Aufrechterhaltung der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit ein, ist aber nicht auf sie beschränkt. Das Bundesgericht hat jedoch den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht relativiert, um Sanierungsbemühungen des Schuldners anfechtungsrechtlich zu erleichtern; von solchen Bemühungen ist in den beiden Urteilen keine Rede. Gleichwohl sollte die «normale Geschäftstätigkeit» mit Rücksicht auf die Sanierungsbedürftigkeit und auch die Sanierungsfähigkeit des Schuldners definiert werden: Die «normale Geschäftstätigkeit» rechtfertigt eine Ungleichbehandlung der Gläubiger, wenn die betreffende Rechtshandlung des Schuldners und insofern die *Fortführung der normalen Geschäftstätigkeit Voraussetzung oder Bestandteil einer Erfolg versprechenden Sanierung* sind. Dass der Schuldner noch immer «gewinnstrebig» sein Geschäft betreibt (wenn auch ohne einen Gewinn zu erzielen),<sup>52</sup> reicht für sich allein nicht aus. Von der Fortführung der normalen Geschäftstätigkeit profitieren die Gläubiger nur dann, wenn parallel zu ihr Massnahmen zur Sanierung des Unternehmens ergriffen werden, sodass die Geschäftstätigkeit einen Beitrag zur Gesundung des Unternehmens leistet. Insbesondere rechtfertigen Leistungen im Zusammenhang mit der Finanzierung des Schuldners eine Ungleichbehandlung von Gläubigern nur, wenn die betreffende Finanzierung zur Sanierung des Schuldners ge-

---

<sup>50</sup> So BGer 5A\_758/2008 E. 6; siehe jedoch sogleich im Text.

<sup>51</sup> In BGer 5A\_386/2008 verlangte das Gericht demgegenüber einen direkten Zusammenhang mit dem «operativen Geschäft» (E. 4.3).

<sup>52</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6.



hört oder sie ermöglicht. Das lässt sich gegebenenfalls für die Bezahlung von Darlehenszinsen, dank derer eine Kreditfinanzierung fortgesetzt werden kann, durchaus sagen. Es kann dies aber auch für die Rückzahlung eines Darlehens zutreffen, wenn sie im Rahmen einer sanierungsbedingten Refinanzierung des Schuldners erfolgt.<sup>53</sup>

Ob eine Rechtshandlung des Schuldners einen genügenden Bezug zu seiner normalen Geschäftstätigkeit aufweist (und insbesondere auch, wie hier postuliert wird, zur Sanierung des Schuldners), soll das mit einer Anfechtungsklage befasste Gericht nicht im Nachhinein gestützt auf seine eigene Beurteilung der damaligen Situation umfassend prüfen. Erforderlich, aber auch genügend ist seitens des Schuldners ein «*sachlich motivierter Entscheidung*».<sup>54</sup> Liegen keine sachfremden Motive vor, ist die Ungleichbehandlung der Gläubiger gerechtfertigt. Mit dem Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger während der Verdachtsperiode sollte somit eine anfechtungsrechtliche *business judgment rule* verknüpft sein.<sup>55</sup>

### c) **Rückgängigmachung bzw. Verhinderung unlauterer Machenschaften als Zweck der paulianischen Anfechtung**

In seinen beiden Urteilen vom 24. Februar 2010 scheint das Bundesgericht neben der sachlichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Gläubigern im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit noch einen anderen allgemeinen Massstab zur Beurteilung der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung aufzustellen, wenn es sagt, die Anfechtungsklage solle dort greifen, «wo es um unlautere Machenschaften geht, wie es namentlich der Fall ist, wenn Vollstreckungssubstrat beiseite geschafft worden ist, das sich bei normalem Geschäftsgebaren in der Masse noch vorgefunden hätte».<sup>56</sup> Man wird dieses (anfechtungsrechtliche) Verbot unlauterer Machenschaften mit dem Gebot, sachlich motivierte Entscheide im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit

---

<sup>53</sup> Die Rückzahlung eines Darlehens hat mithin nicht entweder einen unmittelbaren operativen Zweck oder bewirkt die Abführung letzter flüssiger Mittel (in diesem Sinn aber BGer 5A\_386/2008 E. 4.3 und 5A\_116/2009 E. 6.3); sie kann im Rahmen einer Sanierung mittelbar zur Fortführung der Geschäftstätigkeit beitragen (siehe auch GLANZMANN, ZBJV 2010, 268, 287).

<sup>54</sup> Vgl. BGer 5A\_758/2008 E. 2 und 5A\_750/2008 E. 2.

<sup>55</sup> Vgl. zur *business judgment rule* im aktienrechtlichen Zusammenhang hinten IV.1.a.

<sup>56</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 2 und 5A\_750/2008 E. 2. – Wenn man den einschlägigen Urteilsparagrafen isoliert und rein sprachlich interpretiert, könnte man gar den Schluss ziehen, die «unlauteren Machenschaften» seien in den Augen des Bundesgerichts der *alleinige* Massstab, um zu bestimmen, wann eine Rechtshandlung anfechtbar ist.

zu treffen, im Prinzip gleichsetzen können.<sup>57</sup> Immerhin hat *in casu* bei der Beurteilung der Zinszahlungen vor allem die langjährige, routinemässige Geschäftsabwicklung gegen Machenschaften der Schuldnerin gesprochen,<sup>58</sup> also weniger das Vorliegen eines sachlich motivierten Entscheides als die Tatsache, dass die Schuldnerin *nicht konkret und gezielt die betreffenden Gläubiger bevorzugt* hat.<sup>59</sup>

Der Zweck der Rückgängigmachung bzw. Verhinderung unlauterer Machenschaften wirft Fragen zum *Verhältnis zwischen dem Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung und jenem der Schädigungsabsicht* auf (nachdem das Bundesgericht auch die «unlauteren Machenschaften», gleich wie seine übrigen Ausführungen zum Zweck der paulianischen Anfechtung, ins Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung einfliessen lässt). Bis anhin hätte man es als die Funktion der «Schädigungsabsicht» bezeichnet, im Meer der objektiv nach Art. 288 SchKG anfechtbaren Rechtshandlungen die anfechtungswürdigen zu erfassen. Hier würde sich der Begriff der unlauteren Machenschaften als Konkretisierung anbieten.<sup>60</sup> Die vom Bundesgericht demgegenüber vorgenommene Zuordnung von im Kern subjektiven, wenn auch in der Rechtsanwendung oft objektivierten Faktoren im Verhalten des Schuldners zum Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung lässt sich in einer Gesamtschau – Festlegung eines Massstabes dafür, wann eine Bevorzugung eines Gläubigers anfechtungswürdig ist – zwar rechtfertigen, hinterlässt aber dennoch Bedenken, denn mit der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Gläubigerschädigung steht im Prinzip bereits fest, dass der Schuldner mit Schädigungsabsicht gehandelt hat, sprechen unlautere Machenschaften doch eindeutig für eine Schädigungsabsicht. Eine solche sachlogische Verknüpfung zweier an sich voneinander unabhängiger Tatbestandsmerkmale entspricht kaum einer richtigen Auslegung des Gesetzes; wenn aus zwei Tatbestandsmerkmalen im Ergebnis eines gemacht wird, missachtet man eine im Tatbestand angelegte Differenzierung der rechtlichen Beurteilung.

---

<sup>57</sup> Vgl. die Verknüpfung in BGer 5A\_758/2008 E. 6; sie fehlt in BGer 5A\_750/2008 E. 4.4.

<sup>58</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6 und 5A\_750/2008 E. 4.4.

<sup>59</sup> Siehe hierzu auch hinten III.2.b.bb.

<sup>60</sup> Das Bundesgericht sagt denn auch, dass Zinsmachenschaften von «unlauteren Absichten» getragen wären (BGer 5A\_758/2008 E. 6 und 5A\_750/2008 E. 4.4 [Hervorhebung hinzugefügt]).

## 2. Gläubigerschädigung

### a) Austausch gleichwertiger Leistungen: Ausgangspunkt und Grundsatz

Die eigentliche Neuerung, welche die beiden Bundesgerichtsurteile vom 24. Februar 2010 bringen, betrifft die Tatbestandsvoraussetzung der Gläubigerschädigung. Diesbezüglich kommt das Gericht zum Schluss, dass die Zahlung von Darlehenszinsen unter den konkreten Umständen keine Gläubigerschädigung bedeutete; dies aufgrund einer im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung *extensiven Auslegung des (Ausnahme-)Tatbestandes eines Austausches gleichwertiger Leistungen*. Auf der Ebene des Grundsätzlichen bestätigt das Bundesgericht demgegenüber seine etablierte Rechtsprechung zum Begriff der Gläubigerschädigung und zum Austausch gleichwertiger Leistungen.

Mit einer Gläubigerschädigung ist, wenn man sie als das *Ergebnis* einer Rechtshandlung des Schuldners versteht, jede *Beeinträchtigung von Gläubigern in ihren Vollstreckungsrechten* gemeint. Die Beeinträchtigung kann insbesondere darin bestehen, dass die Gläubiger in geringerem Umfang befriedigt werden, als sie es ohne die angefochtene Rechtshandlung würden, sie also einen «wirtschaftlichen Nachteil» erleiden (Gläubigerbenachteiligung),<sup>61</sup> oder darin, dass ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren wegen der Bevorzugung eines Gläubigers beeinträchtigt wird (Gläubigerbegünstigung). Der «wirtschaftliche Nachteil» resultiert aus einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats.<sup>62</sup> Die Gläubigerschädigung als *Handlung* des Schuldners besteht, wo es um die Erfüllung von Forderungen geht, in jedem Fall darin, dass der Schuldner einen oder mehrere *Gläubiger bevorzugt*.<sup>63</sup>

Eine Verminderung des Vollstreckungssubstrats liegt namentlich bei Schenkungen und schenkungsähnlichen Geschäften des Schuldners vor (die nach Massgabe von Art. 286 SchKG der Schenkungsanfechtung unterliegen, aber auch den Tatbestand der Absichtsanfechtung erfüllen können). Hat der Schuldner demgegenüber im *Austausch* dafür, worüber er mit der angefochtenen Rechtshandlung verfügt hat, eine *gleichwertige Leistung* empfangen, so hat seine Rechtshandlung das Vollstreckungssubstrat, wenn man dieses

---

<sup>61</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 3.

<sup>62</sup> Siehe zum Ganzen BGer 5A\_758/2008 E. 3, vgl. auch E. 8: «weder eine Benachteiligung der Gläubigerschaft insgesamt noch die Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil der anderen»; sodann etwa BGE 135 III 513 E. 3. 1 S. 515; 99 III 27 E. 3 S. 32 f.

<sup>63</sup> Siehe VOGT, GesKR 2009, 175 f.

nach Abschluss des Austauschgeschäfts betrachtet, nicht vermindert.<sup>64</sup> (Gleichwertig ist eine Leistung, wenn ihr Wert von den Parteien nach marktüblichen Ansätzen festgelegt worden ist.<sup>65</sup>) Diejenige Tatbestandsvariante der Gläubigerschädigung, die in einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats besteht, ist in einem solchen Fall nicht erfüllt (und dies, obwohl der Schuldner den betreffenden Gläubiger gegenüber den anderen Gläubigern bevorzugt hat). Indessen bedeutet nicht jeder Austausch gleichwertiger Leistungen im hier verstandenen, herkömmlichen Sinn, dass es an einer Gläubigerschädigung fehlt; es kann auch die Tatbestandsvariante der Gläubigerbegünstigung erfüllt sein. Diesbezüglich unterscheidet das Bundesgericht im Prinzip nach dem Kriterium der *zeitlichen Abfolge von Leistung und Gegenleistung*:<sup>66</sup>

- Hat der Schuldner *vorgängig oder Zug um Zug mit dem begünstigten Dritten geleistet*, so hat es mit der Feststellung der Gleichwertigkeit der Leistungen an sich sein Bewenden; es liegt keine Gläubigerschädigung vor.<sup>67</sup>
- Hat der Schuldner demgegenüber *nachträglich geleistet*, so ist darin eine Gläubigerbegünstigung zu sehen; der Ausnahmetatbestand des Austausches gleichwertiger Leistungen kommt nicht zur Anwendung bzw. ist nicht erfüllt.<sup>68</sup> Dabei führt – jedenfalls nach der bisherigen Rechtsprechung – praktisch jede Begünstigung eines Gläubigers zur Anfechtbarkeit der betreffenden Rechtshandlung, und zwar deshalb, weil das Bundesgericht den nachträglich leistenden Schuldner einem absoluten Gleichbe-

---

<sup>64</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 3; BGE 134 III 452 E. 3.1 S. 455; 134 III 615 E. 4.1 und 4.2 S. 617 f.

<sup>65</sup> Siehe BGer 5A\_750/2008 E. 4.3; vgl. auch BGE 135 III 513 E. 3.5 S. 517 f. und E. 3.6.2 S. 518 f.

<sup>66</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 3 (in grundsätzlicher Hinsicht), sodann E. 4.2 und 4.4 (betreffend das Verhältnis zwischen dem Zurverfügungstellen eines Darlehensbetrages und der Zahlung von Zinsen); BGE 135 III 276 E. 6.3.1 und 6.3.2 S. 282 f.

<sup>67</sup> Die Ausführungen des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der Zahlung von Darlehenszinsen geben indes zur Frage Anlass, inwieweit diese Regel noch gilt; siehe hinten III.2.b.bb.

<sup>68</sup> Das Bundesgericht sagt, die Gleichwertigkeit sei mit Blick auf die zeitliche Abfolge von Leistung und Gegenleistung festzulegen und bei nachträglicher Leistung des Schuldners seien die Leistungen nicht gleichwertig (BGer 5A\_750/2008 E. 3). Die zeitliche Abfolge tangiert den Wert der Leistungen jedoch nicht; hingegen leuchtet es ein, die Art der Verknüpfung der Leistungen – der zeitliche Aspekt ist dabei nur einer – beim Ausnahmetatbestand des Austausches gleichwertiger Leistungen zu berücksichtigen (siehe hinten III.2.b.aa).

handlungsgebot unterwirft.<sup>69</sup> Ob das Gericht in diesen Fällen fortan den Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger bzw. das Verbot unlauterer Machenschaften als Massstab verwendet, ist aufgrund der beiden hier besprochenen Urteile unklar.<sup>70</sup> Dabei hätte eine gut nachvollziehbare Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung gerade darin bestanden zu sagen, dass eine Rechtshandlung im Rahmen eines Austausches von gleichwertigen Leistungen bei nachträglicher Leistung des Schuldners nur noch nach Massgabe des Grundsatzes der relativen Gläubigergleichbehandlung anfechtbar ist, wenn also die Rechtshandlung im Lichte der normalen Geschäftstätigkeit nicht auf einem sachlich motivierten Entscheid beruht.

**b) Austausch gleichwertiger Leistungen: vollstreckungsrechtliche Beurteilung**

Das Bundesgericht hätte, wie eben angesprochen, in Anwendung der vorstehenden Grundsätze über die zeitliche Abfolge von Leistung und Gegenleistung und aufgrund seiner Erwägungen zum Zweck der Anfechtungsklage ohne grosse Anstrengungen zu seinem Ergebnis kommen können: Zinsen sind eine nachträglich zur (andauernden) Darlehensgewährung erbrachte Leistung; die mit ihrer Zahlung verbundene Ungleichbehandlung der übrigen Gläubiger basiert jedoch auf einem sachlich motivierten Entscheid im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit, womit es an einer Gläubigerschädigung fehlt. Das Gericht hat jedoch einen gewundeneren Weg zu seinem Ergebnis und letztlich auch eine restriktivere Lösung gewählt (und damit den Bestand der beschriebenen Grundsätze zum Teil in Frage gestellt): Einerseits misst es dem Ausnahmetatbestand des Austausches gleichwertiger Leistungen einen grösseren Anwendungsbereich zu als bisher, womit dieser Tatbestand manche Situationen erfasst, die nach dem Grundsatz der relativen Gläubigergleichbehandlung hätten beurteilt werden können (so *in casu* die Zahlung von Darlehenszinsen); andererseits scheint das Gericht ausserhalb eines Austausches gleichwertiger Leistungen keinen Anwendungsbereich für einen Grundsatz der relativen Gläubigergleichbehandlung zu sehen (so vorliegend mit Bezug auf die nachträgliche Zahlung aufgelaufener Zinsen). Der «Austausch gleichwertiger Leistungen» wird damit zur zentra-

---

<sup>69</sup> So besonders deutlich BGE 135 III 276 E 6.1.2 S. 280 und E. 6.3.1 und 6.3.2 S. 282 f.

<sup>70</sup> Siehe hinten III.2.b.

len Frage unter dem Titel der Gläubigerschädigung. Die beiden Urteile zeigen, nach welchen Gesichtspunkten inskünftig zu prüfen sein wird, ob der Schuldner im Austausch eine gleichwertige Leistung empfangen hat.

Aus *zivilrechtlicher Sicht* besteht beim Darlehensvertrag ein Austauschverhältnis zwischen der Zinszahlung und der Aufrechterhaltung der Wertüberlassung («fortgesetzte Wertgebrauchsüberlassung der Valuta»<sup>71</sup>). Bezogen auf das Synallagma dieser beiden Leistungen sind die Zinsen *in casu* offenbar nachträglich bezahlt worden, also als Gegenleistung für die Kreditierung während der vorangegangenen Periode.<sup>72</sup> In früheren Urteilen hielt sich das Bundesgericht bei der Frage, wie ein Austausch von Leistungen in zeitlicher Hinsicht zu beurteilen sei, recht strikt an seine zivilrechtliche Analyse des betreffenden Geschäfts.<sup>73</sup> Nun erklärt es, der schuldrechtlichen Betrachtungsweise komme nur eine «hilfsweise Bedeutung» zu, massgebend sei der «vollstreckungsrechtliche Aspekt der Beeinträchtigung der Exekutionsrechte der Gläubiger».<sup>74</sup>

Bei seiner *vollstreckungsrechtlichen Analyse* des Austausches gleichwertiger Leistungen, einschliesslich der zeitlichen Abfolge der Leistungen, fällt für das Bundesgericht im Zusammenhang mit den angefochtenen Zinszahlungen dreierlei ins Gewicht:

**aa) Wirtschaftliche, funktionale Betrachtung des Zusammenhangs von Leistung und Gegenleistung**

Bedeutsam ist aus Sicht des Bundesgerichts erstens, dass die Zahlungen für die vorangegangene Periode die fortgesetzte Wertüberlassung im Rahmen des Darlehensvertrages sicherstellten;<sup>75</sup> «insofern besteht wirtschaftlich ein permanenter Ausgleich zwischen Wert und Gegenwert»,<sup>76</sup> sodass in den Zahlungen nicht eine nachträgliche, sondern eine gleichzeitige Leistung zu erblicken ist.<sup>77</sup> Damit hält das Gericht zwar am Kriterium der zeitlichen Abfolge von Leistung und Gegenleistung fest, doch versteht es dieses in einem wirtschaftlichen, funktionalen Sinn (womit es vom Tatbestandsmerkmal der

---

<sup>71</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 5.

<sup>72</sup> Vgl. BGer 5A\_758/2008 E. 6.

<sup>73</sup> Siehe BGer 5A\_420/2008 E. 5 f.; dazu LORANDI, BLSchK 2009, 229; VOGT/KÄSER, GesKR 2009, 588 f.; ZELLWEGER-GUTKNECHT, SZW 2010, 273 f., 275.

<sup>74</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4.3.

<sup>75</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6.

<sup>76</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6.

<sup>77</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4.4.

Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen absorbiert wird)<sup>78</sup>. Es besteht ein *enger zeitlicher, vor allem aber auch wirtschaftlicher Zusammenhang* zwischen der Zahlung von Zinsen für die vorangegangene Periode und der im Rahmen des gleichen Vertrages erbrachten, wenn auch nicht synallagmatisch verknüpften Gegenleistung einer fortgesetzten Gebrauchsüberlassung. In der Tendenz führt eine Beurteilung der zeitlichen Abfolge von Leistung und Gegenleistung nach wirtschaftlichen, funktionalen Gesichtspunkten dazu, dass Leistungen des Schuldners im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen und Sukzessivlieferungsverträgen nicht anfechtbar sind.

Fehlt der beschriebene Zusammenhang zwischen den beiden Leistungen, ist die *Leistung* des Schuldners also eindeutig eine *nachträgliche*, dann liegt nach Auffassung des Bundesgerichts kein Austausch gleichwertiger Leistungen vor; so im Fall der nachträglichen Zahlung aufgelaufener Zinsen oder von höheren Zinsen als ursprünglich vereinbart.<sup>79</sup> Indessen dürfte die weitere Überlassung des Darlehensbetrages auch in solchen Fällen oft von der Bezahlung der ausstehenden Zinsen abhängen.<sup>80</sup> Diesen Einwand und auch das am Zweck der Anfechtungsklage orientierte Argument, die nachträgliche Zahlung aufgelaufener und allenfalls gar von höheren als den vereinbarten Zinsen sei im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit erfolgt, scheint das Bundesgericht jedoch nicht zuzulassen (zumindest nicht unter dem Titel der Gläubigerschädigung).

#### **bb) Keine Zinsmachenschaften**

Zweitens betont das Bundesgericht in seinen Ausführungen zum Austausch gleichwertiger Leistungen, dass die angefochtene Zinszahlung «nicht nur vertragsgemäss, sondern gleichsam routinemässig abgewickelt»,<sup>81</sup> die Zinsschulden «routinemässig bzw. automatisch beglichen» wurden,<sup>82</sup> also keine Zinsmachenschaften vorlagen.<sup>83</sup> Dieser Gesichtspunkt spielt im Urteil in Sachen Kantonalbanken bei der Frage des Austausches gleichwertiger Leistungen bzw. ihrer zeitlichen Abfolge eine Rolle;<sup>84</sup> im Urteil in Sachen LBLux

---

<sup>78</sup> Siehe BGer 5A\_750/2008 E. 3, sodann auch E. 4.4.

<sup>79</sup> Siehe BGer 5A\_750/2008 E. 4.2.

<sup>80</sup> Siehe auch GLANZMANN, ZBJV 2010, 269.

<sup>81</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4.4.

<sup>82</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6.

<sup>83</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 4.4 und 5A\_750/2008 E. 6.

<sup>84</sup> BGer 5A\_750/2008 E. 4.4; ähnlich bereits BGer 5A\_420/2008 betreffend Zahlungen im Rahmen einer «*share swap*»-Transaktion, wonach es wesentlich sei, dass «keine der beiden Parteien direkten Einfluss auf die Kursentwicklung und damit auf den jeweiligen

ist die Schlussfolgerung demgegenüber die, dass der Zinsendienst zur gewöhnlichen Geschäftstätigkeit gehört, die dem Schuldner auch in einer finanziell schwierigen Situation möglich sein muss.<sup>85</sup> Bei frischer, unverkrampfter Betrachtung geht es um Umstände, die geradezu lehrbuchartig das Fehlen einer Schädigungsabsicht illustrieren.<sup>86</sup> Ordnet man das Fehlen von Zinsmachenschaften dem Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung zu, so führt dies zu Verwerfungen im System der Tatbestandsvoraussetzungen: Wenn eine vorgängige oder gleichzeitige Leistung des Schuldners angesichts des engen zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Leistung und Gegenleistung bejaht worden ist, ist – jedenfalls nach bisheriger Rechtsprechung – der Ausnahmetatbestand des Austausches gleichwertiger Leistungen ohne Weiteres erfüllt.<sup>87</sup> Wenn nun das Bundesgericht nebst dem Zusammenhang zwischen den Zinszahlungen und der fortgesetzten Überlassung der Darlehensvaluta die Routinemässigkeit und den Automatismus der Zinszahlungen, also das Fehlen von Machenschaften betont, fragt sich geradezu, ob ein Austausch gleichwertiger Leistungen bei vorgängiger oder gleichzeitiger Leistung des Schuldners fortan nicht mehr in allen Fällen anzunehmen sei. Man wird jedoch aus den beiden Bundesgerichtsurteilen keinen entsprechenden Schluss ziehen dürfen. Mit seinem Hinweis auf das Fehlen von Zinsmachenschaften ist es dem Gericht wohl vielmehr darum gegangen deutlich zu machen, dass trotz der Verminderung des Vollstreckungssubstrats, die, bei zivilrechtlicher Betrachtung, mit der nachträglichen Zahlung von Zinsen eintritt, keine Gläubigerbegünstigung vorgelegen hat.

---

Wert der auszutauschenden Leistungen hatte und dass die Kursentwicklung bei Abschluss der Vereinbarung [...] nicht voraussehbar war» (E. 6, ebenfalls unter dem Titel der Gläubigerschädigung).

<sup>85</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 6.

<sup>86</sup> Siehe auch vorn III.1.c. – In einem früheren Urteil hat das Bundesgericht allerdings erklärt, dass die Routinemässigkeit einer Leistung bzw. deren Erbringung aufgrund einer von den Parteien im konkreten Fall nicht beeinflussbaren Leistungsverpflichtung – konkret: bei Cross-Default-Klauseln – die Schädigungsabsicht nicht ausschliesse (BGer 5A\_386/2008 E. 4.3, mit der für die «routinemässige» Zahlung von Darlehenszinsen an sich ebenfalls einschlägigen Begründung, dass Cross-Default-Klauseln «nicht automatisch zu einer Verneinung der Schädigungsabsicht und damit gewissermassen zu einer generellen Unanfechtbarkeit von Darlehensrückzahlungen führen, ansonsten damit einer ganzen Gläubigerkategorie eine Vorzugsstellung eingeräumt würde»).

<sup>87</sup> Siehe vorn III.2.a.



**cc) Zinszahlungen als Beitrag zum Erhalt der Darlehenssumme**

Drittens betont das Bundesgericht bei seiner vollstreckungsrechtlichen Analyse des Austausches gleichwertiger Leistungen, dass dem Schuldner dank der Zinszahlung die Darlehenssumme belassen worden ist, welche sich nun in der Nachlassmasse befindet.<sup>88</sup> In der Dogmatik der Absichtsanfechtung bedeutet dies, dass die Rechtshandlung des Schuldners, mit der das Vollstreckungssubstrat an sich vermindert worden ist, deshalb keine Gläubigerschädigung darstellt, weil *ohne die Rechtshandlung das Substrat gleich gross oder gar geringer* wäre.<sup>89</sup> Mit diesem Einwand hätte die Gläubigerschädigung *in casu* ohne Weiteres verneint werden können.

Man kann den Einwand aber auch dem «Austausch gleichwertiger Leistungen» zuordnen: Aus zivilrechtlicher Sicht stehen der Zins und der Darlehensbetrag zwar nicht in einem Austauschverhältnis, aus der Optik der Vollstreckungsrechte der Gläubiger ist der zwischen ihnen bestehende *wirtschaftliche, funktionale Zusammenhang* indes bedeutsam, weil dank der Zinszahlung der Darlehensbetrag dem Schuldner und letztlich seinen Gläubigern erhalten geblieben ist.

Das Bundesgericht nimmt aber auch den Standpunkt der betreffenden Banken und nicht nur jenen der Gläubiger ein: Diese Banken haben sich ihre Darlehen, anders als manche andere, nicht zurückzahlen lassen und sollen darum nun wenigstens die Zinsen behalten dürfen.<sup>90</sup> Hier schwingen *Billigkeitsüberlegungen* mit und wird von den übrigen Gläubigern ein Stück Solidarität gegenüber den Banken verlangt, die mit dem Verlust ihrer Darlehensforderung bereits ein Opfer erbracht haben.

**dd) Zusammenfassung**

Versucht man eine Zusammenfassung, so erweist sich als neues Element beim Austausch gleichwertiger Leistungen, dass das Kriterium der zeitlichen Abfolge der Leistungen nicht aus einer strikt zivilrechtlichen, sondern einer wirtschaftlichen, funktionalen Perspektive beurteilt wird. Beim Austausch gleichwertiger Leistungen spielt sodann (und mit dem eben genann-

---

<sup>88</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 7.

<sup>89</sup> Siehe allgemein BGer 5A\_758/2008 E. 3; siehe auch BGer 5A\_420/2008 betreffend Zahlungen im Rahmen einer «*share swap*»-Transaktion, wonach sich die Vermögenslage der Schuldnerin «bei einer Verweigerung von ‚Collaterals‘ nicht anders präsentiert [hätte] als mit deren vertragsgemässen Zahlung» (E. 6); dazu LORANDI, BISchK 2009, 226 f.; VOGT/KÄSER, GesKR 2009, 588; ZELLWEGE-GUTKNECHT, SZW 2010, 274.

<sup>90</sup> BGer 5A\_758/2008 E. 7.

ten Punkt zusammenhängend) eine Rolle, ob und inwieweit die Leistung des Schuldners zum Erhalt seines dereinstigen Vollstreckungssubstrats beigetragen hat. Schliesslich ist aus Sicht des Bundesgerichts die Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung im Rahmen einer routinemässigen, automatischen Geschäftsabwicklung ein Gesichtspunkt, der gegen eine Gläubigerschädigung spricht (wobei einstweilen unklar, letztlich aber auch nicht entscheidend ist, welchem Aspekt der Gläubigerschädigung eine solche Geschäftsabwicklung frei von Machenschaften zuzuordnen ist).

### **3. Fazit und Würdigung**

Die beiden Bundesgerichtsurteile vom 24. Februar 2010 stellen als Grundsatz klar, dass ein Schuldner in finanzieller Bedrängnis seine normale Geschäftstätigkeit fortführen kann. Damit verbundene Ungleichbehandlungen von Gläubigern sollen, wenn sie auf sachlich motivierten Entscheiden beruhen, nicht später Anlass zu einer Anfechtungsklage geben, denn mit der Anfechtungsklage sollen nur eigentliche Machenschaften unterbunden bzw. rückgängig gemacht werden. Damit zieht das Bundesgericht die Grenze zwischen der mit der paulianischen Anfechtung verbundenen Vorwirkung des konkursrechtlichen Gleichbehandlungsgebots und der Verfügungs- und Handlungsfreiheit der Privatrechtssubjekte in einer sachgerechten Weise – leicht verschoben gegenüber seiner bisherigen Rechtsprechung in Richtung Verfügungs- und Handlungsfreiheit des Schuldners, und zwar im Interesse der Gläubigergesamtheit.

Die Umsetzung der bundesgerichtlichen Erwägungen zum Zweck der Anfechtungsklage auf der Ebene des Tatbestandes der Absichtsanfechtung und seiner drei Voraussetzungen wirft jedoch viele Fragen auf. Die Kurskorrektur im Grundsätzlichen war einstweilen nur für den Preis einer Einbusse an Rechtssicherheit bei den Einzelheiten der Tatbestandsmerkmale zu haben. Die «Gläubigerschädigung» – vermeintlich ein objektives, von Wertungen weitgehend freies Tatbestandsmerkmal – erweist sich als Anknüpfungspunkt für eine Grosszahl aller Umstände, die im Rahmen der Absichtsanfechtung zu würdigen sind. Worin unter diesen Umständen eine sinnvolle, eigenständige Funktion der «Schädigungsabsicht», des zentralen Tatbestandsmerkmals der Absichtsanfechtung, bestehen soll, bleibt abzuwarten.

## IV. Bezüge der Absichtsanfechtung zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe

Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung bewirkt eine Konvergenz – nicht eine völlige Übereinstimmung – der Verhaltensanweisungen für Schuldner (bzw. ihre Organe) in finanziellen Krisensituationen, die sich einerseits aus dem Tatbestand der Absichtsanfechtung und andererseits aus den aktienrechtlichen Organpflichten ergeben. Um diesen Bezug zwischen paulianischer Anfechtung und Aktienrecht geht es vorliegend. Der Absichtsanfechtung unterliegende Rechtshandlungen sind aus aktienrechtlicher Sicht vor allem im Lichte der Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR zu beurteilen.<sup>91</sup>

### 1. Die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht der Organe

#### a) Inhalt der Sorgfaltspflicht

Die Mitglieder des Verwaltungsrates und die übrigen mit der Geschäftsführung befassten Personen «müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren».<sup>92</sup> Was die Sorgfaltspflicht betrifft, so gebietet sie, dass die genannten Personen ihre Aufgaben so erfüllen, wie man dies von einer pflichtbewussten, umsichtigen, gut informierten, ihrem Amt gewachsenen Person verlangen kann. Die erforderliche Sorgfalt wird dabei objektiv und mit Rücksicht auf die konkreten Umstände bestimmt.<sup>93</sup> Die mit der Geschäftsführung befassten Personen müssen insbesondere Sorgfalt bei der Verwendung des Gesellschaftsvermögens walten lassen.<sup>94</sup>

Die Sorgfaltspflicht gilt auch mit Bezug auf *Geschäftsentscheide*. Die mit ihnen verbundenen Risiken müssen bewusst eingeschätzt und klar eingegrenzt werden.<sup>95</sup> Indessen darf nicht allein deshalb, weil sich Risiken später

---

<sup>91</sup> Für den Bezug zwischen der Pflicht zur Ergreifung von Sanierungsmassnahmen bzw. zur Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 OR und den Verhaltensanweisungen an den Schuldner, die sich aus dem Tatbestand der Absichtsanfechtung ergeben, siehe VOGT, GesKR 2009, 185-187.

<sup>92</sup> Art. 717 Abs. 1 OR.

<sup>93</sup> Siehe zum Ganzen BGer 4C.201/2001 E. 2.1.1; sodann etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N. 19 ff.; PETER/CAVADINI, Commentaire Romand, N. 4 und 7 f. zu Art. 717 OR; WATTER/ROTH PELLANDA, Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 717 OR.

<sup>94</sup> BGer 6B\_54/2008 E. 7.3.2; vgl. auch BGer 4A\_391/2009 E. 2.2.

<sup>95</sup> BGer 4C.201/2001 E. 2.1.2.

realisieren, rückwirkend auf ein unsorgfältiges Verhalten geschlossen werden. Das Eingehen von Risiken und die Ausübung von Ermessen bei der Prüfung, Bewertung und Auswahl von Handlungsalternativen sind der Geschäftsführungstätigkeit nämlich naturgemäss eigen.<sup>96</sup> Daraus ergibt sich der Grundsatz, dass Gerichte bei einer verantwortlichkeitsrechtlichen Überprüfung von Geschäftsentscheiden, die rechtlich einwandfrei zustande gekommen sind, Zurückhaltung üben sollen (*business judgment rule*) – ein Grundsatz, den das Bundesgericht in einem Urteil vom 8. Februar 2010 ausdrücklich festhält (soweit ersichtlich zum ersten Mal), und zwar im Zusammenhang mit Sanierungsmassnahmen (was für den Bezug zur paulianischen Anfechtung von besonderem Interesse ist): Den «Organen [ist] bei der Beurteilung von Sanierungsmassnahmen ein grosser Ermessensspielraum einzuräumen und bei der gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsleitungsentscheiden [ist] grundsätzlich Zurückhaltung zu üben».<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Es verhält sich bei Personen mit einer Geschäftsführungsfunktion ähnlich wie bei Ärzten. Diese haben «für jene Gefahren und Risiken, die immanent mit jeder ärztlichen Handlung und auch mit der Krankheit an sich verbunden sind, im allgemeinen nicht einzustehen» (BGE 120 Ib 411 E. 4a S. 413). Den Ärzten ist «sowohl in der Diagnose wie in der Bestimmung therapeutischer oder anderer Massnahmen nach dem objektiven Wissensstand oftmals ein Entscheidungsspielraum gegeben, welcher eine Auswahl unter verschiedenen in Betracht fallenden Möglichkeiten zulässt. Sich für das eine oder das andere zu entscheiden, fällt in das pflichtgemässe Ermessen des Arztes, ohne dass er zur Verantwortung gezogen werden könnte, wenn er bei einer Beurteilung ex post nicht die objektiv beste Lösung gefunden hat.» (BGE 130 I 337 E. 5.3 S. 343 f.; 120 Ib 411 E. 4a S. 413). Vgl. auch LAMBERT, 187 ff.

<sup>97</sup> BGer 4A\_306/2009 E. 7.2.4. Das Gericht führt weiter aus: «Wenn dieser Grundsatz auch nur für Entscheide gelten mag, die frei von Interessenkonflikten getroffen wurden [...], so darf jedenfalls verlangt werden, dass detaillierte Behauptungen über die Fehlerhaftigkeit einer Unterlassung [...] aufgestellt werden.» (BGer, a.a.O.). Das Bundesgericht formuliert den Grundsatz der Zurückhaltung bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden zwar in einem verfahrens- und beweisrechtlichen Kontext, er hat aber auch einen materiellrechtlichen Gehalt (was sich indirekt aus dem Vorbehalt bezüglich Entscheiden ergibt, die unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts zustande gekommen sind – ein Vorbehalt, der in der materiellrechtlichen, nicht in der beweis- und verfahrensrechtlichen Rechtfertigung der *business judgment rule* begründet ist). – In der Arzthaftpflicht bezeichnet der «Kunstfehler» die Schwelle, bei der die rechtliche Sanktionierung einer Fehlentscheidung einsetzt: Der Arzt muss für eine unrichtige Beurteilung einstehen, «wenn diese unvertretbar ist oder auf objektiv ungenügender Untersuchung beruht», während ihm «objektive Fehlgriffe nicht als Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen sind, welche bei einem so vielgestaltigen und verschiedenartigen Auffassungen Raum bietenden Beruf in gewissem Umfang als unvermeidbar erscheinen»

**b) Massstab der Sorgfaltspflicht: die Interessen der Gesellschaft**

Das Ziel und die Richtschnur bei der sorgfältigen Erfüllung der Geschäftsführungsaufgaben sind die Interessen der Gesellschaft. Für die Bezüge zwischen der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe und der Absichtsanfechtung ist dabei entscheidend, ob und inwieweit zu den Gesellschaftsinteressen auch die Interessen der Gläubiger gehören und die Gläubiger gleich zu behandeln sind.

**aa) Keine selbständige Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen und zur Gleichbehandlung der Gläubiger**

In einem gewissen Sinn gehören zu den Gesellschaftsinteressen auch die Interessen der Gläubiger und weiterer Anspruchsgruppen (nebst jenen der Aktionäre).<sup>98</sup> Ihre Berücksichtigung kann aber in einer von den Eigentümern und Risikokapitalgebern regierten Organisations- und Finanzierungsform im Prinzip nur ein Mittel zum Zweck – zur Verfolgung der Aktionärsinteressen – sein. Die Aktionäre haben indes im Normalfall ohnehin kein Interesse daran, die Gläubiger zu schädigen.<sup>99</sup> Ist aber den Geschäftsführungsorganen einer Aktiengesellschaft nicht unmittelbar aufgegeben, die Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu verfolgen, kann es auch keine Pflicht geben, die Gläubiger gleich zu behandeln. Insbesondere bedeuten die verschiedenen aktienrechtlichen Kapitalschutzbestimmungen – zu deren Beachtung die mit der Geschäftsführung befassten Personen im Interesse auch der Gläubiger verpflichtet sind – nicht, dass die Gesellschaftsinteressen im Sinne einer Gleichbehandlung der Gläubiger zu konkretisieren wären: Eine Pflicht zur Gleichbehandlung besteht nicht, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist,<sup>100</sup> wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht,<sup>101</sup> wenn die Gesellschaft überschuldet ist<sup>102</sup> oder wenn – in der Terminologie der Bewertungslehre – die Prämisse der Fortführung der Unternehmenstätigkeit<sup>103</sup> nicht mehr gegeben ist.<sup>104</sup>

---

(BGE 120 Ib 411 E. 4a S. 413 f.). – Vgl. zum Ganzen auch BÖCKLI, § 13 N. 581 ff.; GRASS, 103 ff.; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 44 ff.

<sup>98</sup> BGer 4A\_188/2007 E. 4.3.5: «Le devoir de diligence de l'administrateur implique une prise en compte des intérêts légitimes à la fois de la société, des actionnaires, des créanciers et du personnel de l'entreprise.»

<sup>99</sup> Siehe zum Ganzen KRAAKMAN et al., 28 f., vgl. auch S. 14-16.

<sup>100</sup> Siehe Art. 725 Abs. 1 OR.

<sup>101</sup> Siehe Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR.

<sup>102</sup> Vgl. Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR.

<sup>103</sup> Art. 662a Abs. 2 Ziff. 4 OR.

Das *Bundesgericht* hat zwar in einem nicht amtlich publizierten Urteil aus dem Jahr 2000 (*Raichle-Urteil*) einen anderen Standpunkt vertreten: «Während bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft fällige Schulden ohne Weiteres bezahlt werden dürfen, verhält es sich dann anders, wenn sich eine Gesellschaft in einer wirtschaftlichen und finanziellen Situation befindet, in welcher zu Liquidationswerten bilanziert werden muss und daraus eine Überschuldung der Gesellschaft resultiert; diesfalls haben die Gläubiger nach Massgabe der gesetzlichen Rangordnung gemäss Art. 219 SchKG Anspruch auf Gleichbehandlung. Jede bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers stellt eine Pflichtverletzung dar.»<sup>105</sup> Diese Ausführungen sind indessen unzutreffend. Wenn es einen Import zwangsvollstreckungsrechtlicher Wertungen ins Aktienrecht überhaupt geben kann – die unterschiedlichen Ziele und Funktionen der beiden Rechtsgebiete sprechen dagegen –, wäre zum einen der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger *nicht* einfach auf die *gesamte Periode* auszudehnen, während der eine Gesellschaft zu Liquidationswerten bilanzieren muss und sich daraus eine *Überschuldung* ergibt. Eine solche Vorwirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ginge über das hinaus, was das Zwangsvollstreckungsrecht mit den Bestimmungen über die paulianische Anfechtung verlangt, sind doch nur einzelne bestimmte Rechtshandlungen eines überschuldeten Schuldners nach Art. 287 SchKG anfechtbar und setzt eine Absichtsanfechtung unter anderem den Nachweis einer Schädigungsabsicht voraus. Zum andern wäre bei einem Import von zwangsvollstreckungsrechtlichen Wertungen ins Aktienrecht zu beachten, dass die Pflicht zur *Gleichbehandlung der Gläubiger* vor Konkurseröffnung selbst aus der Sicht des Zwangsvollstreckungsrechts im Prinzip nur eine *relative* ist (nach Massgabe der Regeln, die gemäss der neuen Rechtsprechung bei der Absichtsanfechtung gelten).<sup>106</sup>

**bb) Besondere Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger bei finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft**

Der Grad der gebotenen Berücksichtigung der Gläubigerinteressen bei der Konkretisierung der Gesellschaftsinteressen hängt mit der finanziellen Situation der Gesellschaft zusammen: Das Gewicht der Gläubigerinteressen

---

<sup>104</sup> Vgl. zum Ganzen auch FORSTMOSER, 422, 424 ff.; REBSAMEN, N. 730, 1173; sodann allgemein, nicht spezifisch für Aktiengesellschaften, ERNST, SJZ 2010, III.2 und 3.

<sup>105</sup> BGer 5C.29/2000 E. 4b aa.

<sup>106</sup> Zum Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger während der Verdachtsperiode, siehe vorn III.1.a.

nimmt zu, je mehr eine Gesellschaft in finanzielle Schwierigkeiten und in die Nähe einer Liquidation gerät. Reichen die Mittel der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten nicht mehr aus oder droht diese Situation einzutreten, gibt es keinen bzw. nur noch beschränkt Anlass, die Geschäftsführungsorgane auf die Interessen der Aktionäre zu verpflichten. Die Aktionäre haben das, was ihnen zusteht – ein Anteil am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft<sup>107</sup> –, verloren bzw. drohen es zu verlieren. Es wäre daher sinnwidrig, die Aktionärsinteressen noch immer ins Zentrum zu stellen. Das Vermögen der Gesellschaft steht in einer solchen Situation rechtlich, entsprechend den Regeln von Art. 725 OR sowie des Konkursrechts, den Gläubigern zu (ganz bzw. zum Teil); sie werden, *wirtschaftlich gesehen*, zu *Eigentümern* (wobei man sich den Übergang als fließend vorzustellen hat, in Abhängigkeit vor allem von der Gefährdung und Vernichtung des Eigenkapitals). Die Gesellschaftsinteressen sind nun (auch) die Interessen der Gläubiger, einschliesslich der Arbeitnehmer. Diesen Interessen ist oft mit Massnahmen der Geschäftsführungsorgane am besten gedient, die den Erhalt und die Fortführung des Unternehmens bezwecken, nämlich immer dann, wenn mit ihnen die realistische Aussicht verbunden ist, dass die Ansprüche der Gläubiger (wieder) voll gedeckt werden.<sup>108</sup>

Die besondere Berücksichtigung der Gläubigerinteressen im Fall von finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft ist jedoch *nicht im Sinn einer absoluten Gleichbehandlung der Gläubiger* und damit einer Vorwirkung des materiellen Konkursrechts zu verstehen. Vielmehr bleibt das Gesellschaftsinteresse der allein massgebliche Leitgedanke, den es im Einzelfall zu konkretisieren gilt. Welche Forderungen die Gesellschaft zu welchem Zeitpunkt, in welcher Reihenfolge und in welchem Umfang erfüllt, ist eine Frage der sorgfältigen Ausübung unternehmerischen Ermessens im Lichte der in diesen Situationen aktuellen, besonderen Interessen der Gesellschaft. Selbst in einer Gesellschaft, die in finanziellen Schwierigkeiten steckt, bedeutet die Berücksichtigung der Gläubigerinteressen somit lediglich eine *relative Gleichbehandlung* der Gläubiger: Die Wahrung der Gesellschaftsinteressen – und damit letztlich auch der Interessen der Gläubigergesamtheit – rechtfertigt Un-

---

<sup>107</sup> Art. 660 Abs. 1 und 2 OR.

<sup>108</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 116 II 320 E. 3a S. 323: Im Fall einer Überschuldung haben die Organe «das Recht und – zumindest moralisch – auch die Pflicht, in anderer Hinsicht drohenden Schaden soweit möglich zu verhindern oder zu begrenzen; es gilt, für die Betroffenen zu retten, was noch zu retten ist. Dazu können insbesondere auch geeignete Massnahmen zur Erhaltung des Betriebes dienen.»; FORSTMOSER, 422; KRAAKMAN et al., 119 f.; REBSAMEN, N. 725, 731.

gleichbehandlungen, wobei die Geschäftsführungsorgane auch hier über den für ihre Aufgabe charakteristischen Ermessens- und Entscheidungsspielraum verfügen.<sup>109</sup>

In den hier angesprochenen finanziellen Krisensituationen kommt freilich zu allererst die Regelung des *Artikels 725 OR* zur Anwendung: Eine überschuldete Gesellschaft muss nicht primär ihre Gläubiger relativ gleich behandeln, sondern den Richter benachrichtigen. Auf *diesem* (indirekten) Weg will das Aktienrecht für eine Gleichbehandlung der Gläubiger sorgen.<sup>110</sup> Bestehen jedoch konkrete Aussichten auf eine kurzfristig realisierbare Sanierung, muss (und darf) der Verwaltungsrat den Richter einstweilen nicht benachrichtigen.<sup>111</sup> Er muss bei seinen Sanierungsmassnahmen jedoch die Gläubigerinteressen im Sinne der vorstehenden Ausführungen besonders berücksichtigen.

## 2. Gläubigerschädigung als Sorgfaltspflichtverletzung?

Nachfolgend werden zwei ausgewählte Bezüge zwischen der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe und dem Tatbestand der Absichtsanfechtung untersucht.

### a) Verminderung des Vollstreckungssubstrats als Sorgfaltspflichtverletzung?

Eine Rechtshandlung eines Schuldners ist unter anderem dann aufgrund von Art. 288 SchKG anfechtbar, wenn der Schuldner eine Leistung erbringt, *ohne* dafür eine *gleichwertige Gegenleistung* zu bekommen. Zu denken ist beispielsweise an den Verkauf eines Unternehmensteils zu einem Preis unter seinem wirklichen Wert. Eine solche Rechtshandlung bewirkt eine Gläubigerschädigung in Form einer Verminderung des Vollstreckungssubstrats.<sup>112</sup> In der Handlung des betreffenden Organs liegt indes *nicht ohne Weiteres eine sorgfaltswidrige Verfügung über Gesellschaftsvermögen*. Bei der Erfüllung ihrer

---

<sup>109</sup> Siehe zum Gesagten VOGT, GesKR 2009, 184 f., mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung zur subsidiären Haftung der Arbeitgeber-Organen für nicht bezahlte AHV-Beiträge gemäss Art. 52 AHVG, wonach keine Haftung eintritt, wenn die Nichtbezahlung der AHV-Beiträge nach den Umständen als «verantwortlich getroffener und insofern gerechtfertigter Unternehmensentscheid» anzusehen ist.

<sup>110</sup> Siehe ERNST, SJZ 2010, III.3; FORSTMOSER, 425; REBSAMEN, N. 727, 731.

<sup>111</sup> BGer 4A\_555/2009 und 4A\_561/2009 E. 2.4; 4C.36/2006 E. 4.1 und 4.4; 4C.366/2000 E. 4b; BGE 116 II 533 E. 5a S. 541.

<sup>112</sup> Siehe hierzu vorn III.2.a.



Geschäftsführungsaufgabe verfügen die Organe über einen grossen Ermessens- und Entscheidungsspielraum, in dessen Rahmen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eines Geschäfts nur ein Element neben vielen anderen ist. Es liegt folglich nicht jeder Rechtshandlung eines Schuldners, mit der das dereinstige Vollstreckungssubstrat vermindert wird, eine Sorgfaltspflichtverletzung der für ihn handelnden Organe zugrunde. Eine (Sorgfalts-) Pflichtverletzung liegt immerhin etwa dann vor, wenn das Geschäft als Verschleuderung oder eine (nicht im Gesellschaftsinteresse liegende) Verschenkung von Gesellschaftsvermögen anzusehen ist, aber auch, wenn der Geschäftsabschluss unsorgfältig vorbereitet war oder unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts (und damit in Verletzung der Treuepflicht) zustande gekommen ist.<sup>113</sup>

Die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht der Organe und die Absichtsanfechtung bedeuten demnach *potenziell unterschiedliche Verhaltensanweisungen* an einen Schuldner bzw. seine Organe, wobei der Unterschied auf den ungleichen Stellenwert der Gläubigerinteressen zurückzuführen ist. Die Absichtsanfechtung statuiert im Prinzip einen strengeren Massstab. Bei einer Gesellschaft in finanziellen Schwierigkeiten *konvergieren* diese Massstäbe jedoch weitgehend, und es kommt insoweit zu keiner Pflichtenkollision bei den für den Schuldner handelnden Organen. In einer finanziellen Krisensituation führt die stärkere Berücksichtigung der Gläubigerinteressen bei der Konkretisierung der Gesellschaftsinteressen in der Tendenz dazu, dass dem Wert der Gegenleistung für einen vom Schuldner entäusserten Vermögenswert grösseres Gewicht zukommt; und umgekehrt verlieren andere Gesichtspunkte der Ausübung unternehmerischen Ermessens in dem Mass an Gewicht, in dem die Fortführung der Unternehmenstätigkeit keine realistische Perspektive mehr darstellt.

Bei aller Konvergenz dürfte eine *Differenz* zwischen der aktien- und der anfechtungsrechtlichen Verhaltensanweisung verbleiben. Denn der offene, inhaltlich unspezifische Massstab der Gesellschaftsinteressen verpflichtet selbst in den hier angesprochenen finanziellen Krisensituationen die Geschäftsführungorgane nicht dazu, nur noch Geschäfte abzuschliessen, die einen Austausch gleichwertiger Leistungen darstellen. Gerade die Sanierungssituation kann Anlass dazu geben, Unternehmensteile unter ihrem wirklichen Wert zu verkaufen – im Interesse der Gläubiger. Inwieweit auf der anderen Seite im Lichte der Absichtsanfechtung (und der Schenkungs-

---

<sup>113</sup> Siehe BGer 6B\_54/2008 E. 6.4.1 und 7.3.2; 4A\_188/2008 E. 4; BGE 113 II 52 E. 3a S. 57; BÖCKLI, § 13 N. 569a und 600.

anfechtung) ein solches Geschäft zulässig ist, hängt davon ab, wie die Gleichwertigkeit verstanden wird.<sup>114</sup> – Im Übrigen mögen freilich mangels eines Austausches gleichwertiger Leistungen eine Gläubigerschädigung und allenfalls auch eine Sorgfaltspflichtverletzung der Organe zwar zu bejahen, mag die Anfechtbarkeit der Rechtshandlung aber dennoch zu verneinen sein, weil die subjektiven Voraussetzungen der Absichtsanfechtung nicht erfüllt sind.

#### **b) Begünstigung eines Gläubigers als Sorgfaltspflichtverletzung?**

Eine Gläubigerschädigung im Sinne der Absichtsanfechtung liegt auch vor, wenn zwar (wertmässig) gleichwertige Leistungen ausgetauscht wurden, der Ausnahmetatbestand des Austausches gleichwertiger Leistungen aber gleichwohl nicht erfüllt ist, zum Beispiel, weil der Schuldner nachträglich aufgelaufene Zinsen bezahlt hat.<sup>115</sup> Eine solche Gläubigerbegünstigung stellt *im Grundsatz keine Sorgfaltspflichtverletzung* der für den Schuldner handelnden Organe dar, weil diese, wie gesehen, keine aktienrechtliche Pflicht trifft, die Gläubiger der Gesellschaft gleich zu behandeln. Der Ermessens- und Entscheidungsspielraum, über den die Organe einer Aktiengesellschaft bei der Verfolgung der Gesellschaftsinteressen verfügen, bezieht sich auch auf den Umgang mit Gesellschaftsgläubigern.<sup>116</sup>

Bei einer Gesellschaft in finanziellen Schwierigkeiten kommt es jedoch auch hier zu einer weitgehenden – aber wiederum nicht vollständigen – *Konvergenz* zwischen den aktien- und den anfechtungsrechtlichen Verhaltensanweisungen an den Schuldner bzw. seine Organe. Die stärkere Berücksichtigung der Gläubigerinteressen führt im Ergebnis zu einer gewissen Beschränkung des Ermessensspielraums der Geschäftsführungsorgane, sodass aufgrund der Sorgfaltspflicht ein Grundsatz der relativen Gläubigergleichbehandlung gilt, ähnlich wie bei der Absichtsanfechtung.<sup>117</sup>

Doch auch hier verbleibt eine *Differenz* zwischen der aktien- und der anfechtungsrechtlichen Verhaltensanweisung, wobei das Ausmass der Diffe-

---

<sup>114</sup> Siehe zur Gleichwertigkeit vorn III.2.a.

<sup>115</sup> Siehe vorn III.2.

<sup>116</sup> Siehe zum Ganzen vorn IV.1.a.

<sup>117</sup> Siehe zum Ganzen vorn IV.1.b.bb bzw. III.1.a und III.2.b. – Insbesondere kann die zum Zweck der Anfechtungsklage gemachte Aussage, dem Schuldner müsse «selbst in schwierigen Zeiten bzw. bei finanziell angespannter Lage eine normale Geschäftstätigkeit möglich sein» (BGer 5A\_758/2008 E. 2 und 5A\_750/2008 E. 2), auch als eine Aussage zum Aktienrecht angesehen werden.

renz vom Stellenwert des anfechtungsrechtlichen Grundsatzes der relativen Gläubigergleichbehandlung – der aufgrund der beiden neuen Bundesgerichtsurteile schwer einzuschätzen ist<sup>118</sup> – abhängt, besteht die beschriebene Konvergenz der aktien- und der anfechtungsrechtlichen Rechtslage doch gerade wegen dieses Grundsatzes. Fehlt es am Austausch gleichwertiger Leistungen, weil eine *nachträgliche* Leistung des Schuldners vorliegt (Fall der nachträglichen Zahlung aufgelaufener Zinsen), so scheint das Bundesgericht den Einwand, die Rechtshandlung habe auf einem sachlich motivierten Entscheid im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit basiert, nicht zuzulassen, jedenfalls nicht unter dem Titel der Gläubigerschädigung.<sup>119</sup> Das bedeutet, dass die Rechtshandlung paulianisch anfechtbar ist, während in ihr nicht notwendigerweise eine Sorgfaltspflichtverletzung der Organe des Schuldners zu sehen ist, lassen sich doch auch in einem solchen Fall für die erbrachte Leistung sachliche, den Gläubigerinteressen durchaus entsprechende Gründe anführen. Fehlt es demgegenüber an einem Austausch gleichwertiger Leistungen, weil der Schuldner Vermögenswerte durch unlautere Machenschaften einem einzelnen Gläubiger zugehalten hat, so liegt in einer solchen anfechtbaren Rechtshandlung kaum jemals eine sorgfältige Ermessensausübung bei der Verfolgung der Gesellschaftsinteressen. – Auch bei den hier angesprochenen Sachverhalten der Gläubigerbegünstigung hängt die abschliessende Beurteilung, ob sowohl eine Sorgfaltspflichtverletzung als auch eine anfechtbare Rechtshandlung gegeben sind, selbstverständlich auch von den subjektiven Voraussetzungen der Absichtsanfechtung ab.

### c) Fazit

Aus den vorstehenden Ausführungen zum Verhältnis zwischen einer Gläubigerschädigung und einer Sorgfaltspflichtverletzung ergibt sich, dass – namentlich angesichts der neuen Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung – *in vielen Fällen beide Tatbestände erfüllt bzw. beide nicht erfüllt* sein werden. Es gibt aber auch Fälle einer Divergenz (wobei praktisch nur die Variante denkbar ist, dass zwar eine Gläubigerschädigung, nicht jedoch eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt). Dabei ist der hier beschriebene Zusammenhang nicht rechtsdogmatisch oder rechtssystematisch vorgegeben, sondern das Ergebnis autonomer Auslegungen der beiden gegenübergestellten Tatbestandsvoraussetzungen.

---

<sup>118</sup> Siehe vorn III.2.b.

<sup>119</sup> Siehe vorn III.2.b.aa.

### 3. Zum Verhältnis von paulianischer Anfechtung und aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

Die beschriebene Konvergenz zwischen dem Gebot, sorgfältig zu handeln, und dem Verbot, Gläubiger zu schädigen, wirkt sich potenziell auf der Ebene der beiden Sanktionstatbestände, der paulianischen Anfechtung und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus.<sup>120</sup> In verschiedenen Situationen bestehen zwischen einer Gläubigerschädigung (verstanden als Rechtshandlung des Schuldners, welche die Vollstreckungsrechte der Gläubiger beeinträchtigt) und einer Sorgfaltspflichtverletzung nämlich Berührungspunkte auf der Sachverhaltsebene, die auch Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen einem Anfechtungs- und einem Verantwortlichkeitsanspruch haben.

Einmal mögen Tatsachen, aus denen sich eine Gläubigerschädigung ergibt, für eine Sorgfaltspflichtverletzung der für den Schuldner handelnden Organe im Zusammenhang mit einem *anderen Verhalten als der angefochtenen Rechtshandlung* sprechen, wenn die beiden Verhaltensweisen zum *gleichen Sachverhaltskomplex* gehören. Wenn beispielsweise die Organe eines «Schuldner[s], der die werthaltigen und gewinnträchtigen Unternehmensteile veräussern muss und sogar den Staat um finanzielle Hilfe angeht» und «um sein wirtschaftliches Überleben [kämpft]»,<sup>121</sup> für angebliches Fehlverhalten im Vorfeld des Konkurses aktienrechtlich verantwortlich gemacht werden sollen, spielen diese im Zusammenhang mit der paulianischen Anfechtung einer Darlehensrückzahlung gemachten Feststellungen bei der rechtlichen Würdigung jenes Fehlverhaltens unter Umständen eine Rolle. Offensichtlich ist aber in einem solchen Fall ein Zusammenhang zwischen der Gläubigerschädigung und einer Sorgfaltspflichtverletzung *in keiner Weise rechtlich vorgegeben*, sondern er besteht allein aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten, die indessen unabhängig voneinander unter den jeweiligen Tatbestand zu subsumieren und nach dessen Voraussetzungen rechtlich zu beurteilen sind.

Sodann kann in der *anfechtbaren Rechtshandlung selber* ein allenfalls sorgfaltswidriges Organverhalten liegen, zum Beispiel im Verkauf von Unternehmensteilen zu einem zu tiefen Preis oder in der Rückzahlung eines Darlehens. (Eine Sonderkategorie bilden hierbei diejenigen Fälle, in denen der durch die Rechtshandlung Begünstigte ein für den Schuldner handelndes

---

<sup>120</sup> Deren Verhältnis ist freilich noch von anderen Aspekten als der Frage geprägt, ob eine Gläubigerschädigung eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellt; insbesondere kommt es auch auf alle übrigen Tatbestandsvoraussetzungen an.

<sup>121</sup> BGE 134 III 452 E. 8.4 S. 466.

Organ ist.<sup>122</sup>) In diesen Konstellationen fragt sich ebenfalls, ob aus einer Gläubigerschädigung auf eine Sorgfaltspflichtverletzung zu schliessen sei bzw. ob daraus, dass keine Gläubigerschädigung vorliegt, folge, dass die Organe des Schuldners auch keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen haben. Dabei ist das Verhältnis zwischen Gläubigerschädigung und Sorgfaltspflichtverletzung einerseits dann von Bedeutung, wenn im konkreten Fall die beiden Ansprüche, wirtschaftlich betrachtet, *nach ihrem Wert auf den gleichen Gegenstand gerichtet* sind (also beispielsweise auf die Rückübertragung eines Grundstücks bzw. einen Schadenersatz im entsprechenden Umfang abzielen). Ob dies zutrifft, ist vor allem eine Frage des Verhältnisses zwischen dem anfechtungsrechtlichen Begriff der Gläubigerschädigung (hier verstanden als das Ergebnis der Rechtshandlung des Schuldners) und dem aktienrechtlichen Schadensbegriff. Sie sind nicht identisch (wie das Beispiel der Rückzahlung eines Darlehens zeigt), im Einzelfall kann die Vermögenseinbusse aber die gleiche sein (so, wenn ein Vermögenswert beiseite geschafft wird). Sind der Anfechtungs- und der Verantwortlichkeitsanspruch wirtschaftlich identisch, kommt es zu einer Konkurrenz der Ansprüche, wobei eine Kumulation ausgeschlossen ist. Wegen ihrer unterschiedlichen Zwecke und Funktionen stehen die Anspruchsgrundlagen im Prinzip alternativ zur Verfügung.<sup>123</sup> Die Alternativität der Anspruchsgrundlagen kommt andererseits aber auch *ohne Übereinstimmung der Ansprüche nach ihrem wirtschaftlichen Gegenstand* zum Tragen. Kann beispielsweise der Begünstigte den Rückgabeanspruch nicht erfüllen oder ist ein entsprechendes Urteil gegen ihn nicht vollstreckbar,<sup>124</sup> bietet es sich der Konkursverwaltung an, auf die Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe des Schuldners auszuweichen. In all diesen Fällen besteht auf tatsächlicher Ebene ein Zusammenhang zwischen der Gläubigerschädigung und einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung. Es lassen sich jedoch bei der Rechtsanwendung keine wechselseitigen Schlüsse ziehen; die einschlägigen Sachverhaltselemente sind einzig nach den autonom ausgelegten Voraussetzungen des jeweiligen Tatbestandes rechtlich zu beurteilen.

---

<sup>122</sup> Paradigmatisch hierfür ist der Sachverhalt, der dem Raichle-Urteil des Bundesgerichts (BGer 5C.29/2000; dazu vorn IV.1.b.aa) zugrunde gelegen hat.

<sup>123</sup> Vgl. zum Ganzen BGer 5C.29/2000, vor allem E. 3e; BGE 44 III 205 E. 1 S. 207 f.; REBSAMEN, N. 1116 ff.; vgl. ferner aber auch BGE 127 III 1 E. 2a S. 5.

<sup>124</sup> Vgl. zum letzteren Punkt aus schweizerischer Sicht BGE 131 III 227 E. 3.3 S. 232 f.; 129 III 683 E. 3 S. 685.

Bei der Rechtsanwendung *post festum* dürfte die Frage des Verhältnisses zwischen Gläubigerschädigung und Sorgfaltspflichtverletzung bzw. allgemein zwischen paulianischer Anfechtung und aktienrechtlicher Verantwortlichkeit letztlich von eher *beschränkter praktischer Bedeutung* sein. Wichtiger ist die rechtliche Beurteilung *ex ante* und damit verbunden das Anliegen von Gesellschaften in finanziellen Schwierigkeiten bzw. ihrer Organe, im Einklang mit möglichst allen anwendbaren rechtlichen Regeln zu handeln, ungeachtet des Verhältnisses der verschiedenen Rechtsgrundlagen im Rahmen späterer Rechtsstreitigkeiten. Diesbezüglich ist der gewisse Gleichklang, den die beiden Bundesgerichtsurteile vom 24. Februar 2010 im Verhältnis zwischen der Absichtsanfechtung und der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht bewirken, zweifellos zu begrüßen.

## **Paneldiskussion: Wie weiter nach der Swissair-Rechtsprechung des Bundesgerichts?**

An der Paneldiskussion nahmen teil: Prof. Dr. Hans Peter Walter, Universität Bern (Diskussionsleitung); Karl Wüthrich, Rechtsanwalt, Wenger Plattner, Zürich; Prof. Dr. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, Universität St. Gallen, Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich; Roger Wichser, MBA, Credit Recovery Schweiz, Credit Suisse AG, Zürich; Dr. Daniel Hunkeler LL.M., Rechtsanwalt, Baur Hürlimann, Baden/Zürich; Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt, LL.M., Universität Zürich; Prof. Dr. Susan Emmenegger, LL.M., Universität Bern.

### **Einleitung durch Hans Peter Walter**

Meine Damen und Herren: Bevor Sie mit Eiern und Tomaten werfen, möchte ich klarstellen, dass ich nie Mitglied der zweiten Zivilabteilung war,<sup>1</sup> ich bin nicht verantwortlich für die paulianische Rechtsprechung des Bundesgerichts.

*Ius est ars boni et aequi*, heisst es im Corpus Iuris, jedermann kann es übersetzen und niemand weiss, was es heisst. Was ist Recht? Recht ist das, was die Gerichte als solches anerkennen oder mutmasslich anerkennen werden. Wir haben uns damit abzufinden, dass das Bundesgericht zur Absichtspauliana Recht gesprochen hat. Der Leading Case ist knapp ergangen. Knappe Entscheide sind immer die standhaftesten, weil man an der knappen Mehrheit mit aller Kraft festhält, bis die Mehrheit in personeller Hinsicht einmal ändert, was im Moment nicht abzusehen ist. Wir haben uns also damit abzufinden, dass es bei dieser Rechtsprechung bleibt. Es soll auch nicht Sinn des Panels sein, diese Entscheide zu diskutieren, sondern es soll die Frage im Vordergrund stehen, was wir mit dieser Rechtsprechung im Sanierungs- und Nachlassrecht machen.

---

<sup>1</sup> H. P. Walter war Präsident der ersten Zivilabteilung des Bundesgerichts.

Die Rechtsprechung dient der Rechtsfortbildung und sie ist trotz aller Unkenrufe wohl eine eigentliche Rechtsquelle, mindestens eine Rechtsinhaltsquelle. Wo die Dispositionsmaxime spielt, mutiert der Rechtsuchende, der Anlass zu Rechtsprechung gibt, zum Diener am Recht. Dies gilt in ganz besonderem Masse für die Swissair und die SAir Group. Nach den minutiösen Abklärungen in den Tagungsunterlagen haben die beiden seit 2002 in insgesamt 125(!) Verfahren die hungrigen Mäuler der schweizerischen Justiz gestopft, wofür ihnen Dank gebührt. Diese Abundanz hat das eidgenössische Rechtsleben vielleicht nicht immer reicher, mit Sicherheit aber bunter gemacht.

Für das heutige Podium stehen Fragen um die Anfechtungspauliana gemäss Art. 288 SchKG im Vordergrund. Im Besonderen möchte ich – soweit die Zeit reicht – folgende Themenkreise ansprechen:

1. Ist die Pauliana ein Sanierungshindernis?
2. Welche Ausweichmöglichkeiten stehen den Kreditgebern zur Verfügung:
  - insbesondere privilegierte Sanierungsdarlehen?
  - Swap-Geschäfte?
  - Befriedigung privilegierter Forderungen gegen deren Abtretung?
3. Wie ist das Verhältnis der Pauliana zur Verantwortlichkeitsklage?
4. Besteht für das Sanierungsrecht und das Recht des Nachlassverfahrens Reformbedarf?

Diese Aspekte sollen in einer Diskussion *de lege lata* und im Rahmen eines Ausblicks *de lege ferenda* angesprochen werden. Soweit ersichtlich führt in dem vom Bundesgericht arbitrierten Swissair-Pauliana-Cup der Nachlass mit 3 : 1. Der Anschlusstreffer wurde durch den eingewechselten Swap-Flügelstürmer erzielt, dem mit seinem *total return* ein synallagmatischer Befreiungsschlag mit Torerfolg gelang.

## Diskussion

*Hans Peter Walter: Herr Wichser, hat die Swissair-Rechtsprechung das Kreditverhalten der Banken beeinflusst und wenn ja inwiefern?*

*Roger Wichser: Ich denke nicht, dass sich das Kreditverhalten der Banken durch die Swissair-Entscheidung grundlegend verändert hat. Grundsätzlich ist allerdings der heutigen Aussage von Herrn Hunkeler beizupflichten: Wenn*



man den Entscheid des Bundesgerichts logisch zu Ende denkt, müsste man sicherheitshalber immer möglichst frühzeitig kündigen, sobald erste Wolken am Horizont auftreten. Ich denke nicht, dass es in der Praxis so weit kommt. Es wäre verfehlt, wenn wir bereits bei den geringsten Schwierigkeiten die Kundenverbindung aufs Spiel setzen, zumal wir ja in der Regel nicht davon ausgehen, dass die Schwierigkeiten in einem Konkurs enden. Würden wir so reagieren, so würden wir Geschäftsbeziehungen unnötigerweise aufs Spiel setzen.

Tatsächlich haben wir jedoch nach dem Gerichtsentscheid nun gegebenenfalls bereits in frühen Sanierungsphasen ein höheres Risiko der Anfechtbarkeit. Auch in anderen Fällen stellt sich uns aber immer wieder die Frage, wie wir uns effektiv verhalten. Wir als Recovery-Mitarbeiter sind uns natürlich der drei Pauliana-Tatbestände sehr wohl bewusst. Wir kennen deren Inhalt und können die fraglichen Situationen erkennen, wenn sie auf uns zukommen. In diesen Fällen ziehen wir auch juristischen Beistand zu Rate.

Zusammengefasst: Ich denke nicht, dass der Entscheid unser Verhalten, also unsere operative Tätigkeit wesentlich verändert hat. Hingegen hat es mit Blick auf die Rechtsfragen, die sich rund um die Pauliana stellen, eine Erweiterung gegeben. In unserem Umfeld müssen wir selbstverständlich immer alle Rechtsfragen klären, und mit der aktuellen Rechtsprechung sind es nunmehr einige Fragen mehr.

*Hans Peter Walter: Ist die Swissair als Grossunternehmen das Mass aller Dinge oder steht in der Praxis nicht die Sanierung von KMU im Vordergrund? Sind die rechtlichen (nicht die wirtschaftlichen) Risiken dieselben?*

*Roger Wichser:* Die Rechtsfragen sind dieselben. Diesbezüglich spielen eigentlich der Vertrag oder das wirtschaftliche Risiko als solches keine Rolle. Wir müssen aber bei grossen Gesellschaften mehr berücksichtigen, beispielsweise bei kotierten Unternehmungen.

*Hans Peter Walter: Herr Wüthrich, können Sie dies als Liquidator bestätigen oder sehen Sie bezüglich der Unternehmensgrösse Unterschiede?*

*Karl Wüthrich:* Ich möchte vorerst festhalten, dass das Bundesgericht ja nicht eine neue Rechtsprechung zur Pauliana generiert hat. Es hat einfach seine Rechtsprechung bestätigt. Einziges Novum ist, wie dies Frau Emmenegger heute gesagt hat, das Sanierungsdarlehen. Das Bundesgericht hat die sich stellenden Rechtsfragen konsequent gleich beantwortet, unabhängig davon, ob es sich um ein grosses oder ein kleines Unternehmen gehandelt hat. Von meiner Praxistätigkeit her gesehen – ich übe sie bereits seit ca. 30 Jahren aus und habe schon verschiedenste Gesellschaften liquidiert oder bei deren Sa-

nierung geholfen – ist der Fall Swissair insofern ein Spezialfall, als nie ein ernsthaftes Sanierungskonzept ausgearbeitet wurde. Es ist ebenfalls eine Tatsache, dass es eine Bank gegeben hat, die im Frühjahr 2001 dem Management klar gesagt hat, dass ein Sanierungskonzept erstellt werden muss. Man hat dies in den Wind geschlagen, ist hingegangen und hat die fällig gestellten Bankforderungen bezahlt. Dies teilweise unter Abzug von Liquiditäten aus den operativen Gesellschaften. Einen solchen Fall habe ich in dieser Art und Grösse, wie er bei der Swissair abgelaufen ist, vorher noch nie gesehen. Insofern glaube ich nicht, dass man den Fall Swissair *tel quel* auf einen anderen Fall, in dem eben Sanierungskonzepte bestehen und Sanierungshandlungen durchgeführt werden, übertragen kann.

*Hans Peter Walter: Herr Lorandi, Sie haben einen Spaziergang durch den Rosengarten der Pauliana gemacht.<sup>2</sup> Wir kennen nun die praxisgemässen Voraussetzungen an einen Erfolg der Pauliana, insbesondere hinsichtlich der subjektiven Kriterien der Schädigungsabsicht und der Erkennbarkeit. Sind Sie der Meinung, dieser Weg sei zu dornenvoll, was die subjektiven Voraussetzungen angeht? Wäre insbesondere in subjektiver Hinsicht etwas mehr dolus oder mala fides des tilgenden Darlehensnehmers anstatt wie heute im Ergebnis bewusste Fahrlässigkeit, die als Eventualvorsatz ausgegeben wird, zu fordern?*

*Franco Lorandi:* Ich würde im Grundsatz den Aussagen von Karl Wüthrich zustimmen, dass sich nicht soviel durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geändert hat, wie man vielleicht gemeinhin meint. Mein Vorwurf liegt eher bei der Inkonsequenz: Vergleicht man die Gruppe der Swissair-Entscheide mit der Gruppe der Nicht-Swissair-Entscheide, die zum Teil in derselben Zeitperiode ergangen sind, dann bin ich – trotz intensiven Studiums – nicht in der Lage zu sehen, wohin das Bundesgericht geht. Als subjektive Voraussetzungen haben wir ja sowohl die Absicht beim Schuldner auf der einen Seite als auch die Erkennbarkeit beim Empfänger auf der anderen Seite. Dass die Hürde auf der Seite des Empfängers relativ tief ist, und man sagt, dass Fahrlässigkeit genüge, daran hat sich an sich nicht so viel geändert. Das grundsätzliche Problem ist aber Folgendes: Das Bundesgericht sagt an sich zu recht, dass es auf den tatsächlichen Willen ankommt. Wo dieser aber nicht feststellbar ist, wird in objektiver Sicht aus den Umständen geschlossen, was wohl der mutmassliche Wille des Schuldners war. Darin liegt aus meiner Sicht das völlig Unvorhersehbare an dieser

---

<sup>2</sup> Vgl. *Lorandi*, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung. Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, in: BLSchK 2009, S. 213-236.

Rechtsprechung. Das Bundesgericht führt in verschiedenen Swissair-Entscheiden aus, man müsse diesen Willen feststellen, macht danach aber keine einzige Feststellung, wer was gemacht, gewollt oder gewusst hat, sondern stellt nur auf einen subjektiven Ausriss aus Presseerzeugnissen ab. Anhand von Letzterem erläutert es dann, dass dies die allgemeine Wahrnehmung gewesen sei. Diese Umstände hätten die Organe der Gesellschaft auch gekannt. Punkt. Im gleichen Zeitfenster gibt es aber einen Entscheid, der den lapidaren Satz enthält, der Verwaltungsratspräsident der Schuldnerin hätte bis zuletzt an das Überleben der Schuldnerin geglaubt, *ergo* sei die Schädigungsabsicht nicht gegeben. Punkt. Das sind zwei Welten, meine Damen und Herren. Nach meinem Kenntnisstand – Karl Wüthrich möge mich korrigieren – wurde in keinem dieser Entscheide ein Beweisverfahren darüber abgenommen, was der subjektive Wille der Parteien war. Ich bin sicher, dass die Swissair-Organe dasselbe gesagt hätten wie der erwähnte Verwaltungsratspräsident. Die Messlatte kann sicher nicht so liegen, dass man einfach subjektiv an das Gute glauben darf und dann ins schwarze Loch springen kann. Sind die Umstände dergestalt, dass man das gemeinhin nicht mehr tun kann, wird das Subjektive wohl durch die objektiven Umstände zu relativieren sein. Das ist für mich der Hauptpunkt, bei dem für mich nicht vorhersehbar ist, was die nächsten Entscheide bringen werden. Wird das Bundesgericht von der subjektiven Sicht ausgehen, oder wird diese am Schluss objektiv überlagert und davon ausgegangen, was ein vernünftiges und mündiges Organ in derselben Situation gemeint, gewusst oder gewollt haben muss?

*Hans Peter Walter: Herr Wüthrich, können Sie diese Ansicht bestätigen?*

*Karl Wüthrich:* Ein Beweisverfahren hat das Handelsgericht nie durchgeführt, das ist zutreffend. Ich sehe die von Herrn Lorandi angesprochene Schwierigkeit. Wenn man ausschliesslich auf die Aussagen der involvierten Organe abstellen würde, dann würde wohl nie jemand sagen, er habe absichtlich einen Gläubiger bevorteilt, denn er könnte sich dadurch auch noch strafbar machen. Insofern sind die subjektiven Aussagen der Organe sicher immer zu relativieren. Sie können meines Erachtens nur dann tragfähig sein, wenn eben auch in objektiver Hinsicht genügend Gründe dafür sprechen, dass die Sanierungschancen grösser waren als das Risiko, dass es zum Konkurs kommt. Hier wäre auch die Grenze zu ziehen. Wenn ich auf der Grundlage eines Sanierungskonzeptes zum Schluss komme, dass die Aussichten auf eine Sanierung grösser sind als das Konkursrisiko, dann ist keine Absicht gegeben.

*Hans Peter Walter: Herr Hunkeler, die anwesenden Referenten gehen – so habe ich das jedenfalls verstanden – davon aus, sanieren sei immer besser als liquidieren. Ist diese Aussage in dieser Strenge richtig? Kann es nicht auch sein, dass Sanierungen, die letztlich erfolglos bleiben, Substrat entziehen für die Liquidation im Konkurs oder im Nachlassverfahren? Ist die Sanierung bzw. der Sanierungsversuch immer die bessere Lösung, oder sollte man hier vielmehr noch gewisse Kriterien bestimmen?*

*Daniel Hunkeler: So habe ich das natürlich nicht gemeint, falls das so verstanden wurde. Selbstverständlich soll ein Unternehmen, das nicht sanierungswürdig ist, liquidiert werden. Sanierungschancen soll man nur dort weiterverfolgen, wo es auch tatsächlich sinnvoll ist, und zwar aus der Sicht des Unternehmens, insbesondere aber auch aus der Sicht der Gläubiger. Soweit Sie Ausweichmöglichkeiten ansprechen, muss man in diesem Zusammenhang auch erwähnen, dass die Expertengruppe Nachlassverfahren in ihrem Entwurf einer Gesetzesrevision die Zeitachse so gesetzt hat, dass nun ein Schuldnerunternehmen viel früher den Schutz der Nachlassstundung suchen kann und soll. Dies ist vergleichbar mit dem in den USA bekannten Verfahren des «Chapter 11». Es sollen durch verschiedene Massnahmen Anreize dafür geschaffen werden, dass der Schuldner früher in die Nachlassstundung geht. In der Folge spielen die Fragen der Pauliana und des Sanierungsdarlehens – insbesondere letztere – eine geringere Rolle. Das Unternehmen geht in die Nachlassstundung und refinanziert sich unter Kontrolle des Nachlassrichters bzw. des Sachwalters. Die Bank ist so nicht mehr auf diesen Kunstgriff des Sanierungsdarlehens angewiesen.*

*Hans Peter Walter: Bis jetzt ist die Sanierung eine private Angelegenheit. Das Unternehmen saniert sich selbst, vielleicht mit Hilfe der Banken. Aber irgendein unbeteiligter Dritter ist nicht involviert. Gehen wir davon aus, dass man den Prozess vorverschiebt und dass die Gesetzesnovelle nun die Behörde (ein Richter oder wer auch immer) dazu verpflichten soll, früher einzugreifen. Durch das Hinzuziehen eines Dritten erreicht man vielleicht eine etwas objektivere Beurteilung der Sanierungsaussichten, denn jedermann saniert lieber, als dass er liquidiert. Die Liquidation ist mit einem gewissen Prestigeverlust und persönlichen Einbussen verbunden. Eine Drittsicht kann hier mehr Objektivität einbringen. Die Frage, die sich nun aber stellt, ist folgende: Wer ist dieser Dritte? Ich bin nicht so sicher, ob der Richter der geeignete Sanierer ist. Ist es richtig, wenn man den Nachlassrichter entscheiden lässt, ob die Swissair Sanierungsaussichten hat? Ich kenne keinen Richter, der beispielsweise hätte beurteilen können, ob die Swissair sanierungsfähig war. Sollte man nicht jemand anderen einsetzen, zum Beispiel einen Aussenstehenden?*

*Daniel Hunkeler:* Die Richter sind heute oftmals überfordert, da gebe ich Ihnen absolut recht. Das Konzept der Gesetzesnovelle besteht ja darin, dass der Richter zwar die Nachlassstundung gewährt. Dies kann allenfalls sogar still und ohne Publizitätswirkung ablaufen. Mit dieser Bewegung wird aber automatisch auch ein Sachwalter eingesetzt. Ich glaube hier liegt auch der Schlüssel: Der Richter soll eine geeignete Person – eine natürliche Person oder eine geeignete Gesellschaft – einsetzen, die dann zusammen mit dem Schuldner, allenfalls auch mit externen Dritten, die Sanierungschancen beurteilt und dem Richter rapportieren kann. Der Richter erhält so eine Entscheidungsgrundlage, ob man in die definitive Nachlassstundung gehen soll, oder ob ein Übungsabbruch die bessere Variante ist.

*Hans Peter Walther:* Kommen wir zu den Ausweichmöglichkeiten und beginnen wir mit dem Sanierungsdarlehen. Frau Emmenegger hat die massgeblichen Punkte aufgelistet. Wir wissen, dass die Expertengruppe auf einen Vorschlag verzichtet hat. Dies wurde insbesondere mit dem Argument der fehlenden Justiziabilität begründet. Der Bundesrat will aber eine Normierung des Sanierungsdarlehens prüfen. Die Frage ist nun, ob das Sanierungsdarlehen wirklich justiziabel ist. Wir haben gehört, dass es zwei Kriterien gibt, die Überbrückung und die Unterstützung. Das ist noch einigermaßen überschaubar. Im Detail wird aber gefordert, dass eine berechtigte Erwartung auf Sanierung besteht. Der massgebliche Zeitpunkt ist die Darlehenshingabe und nicht – wie bei der Pauliana – die Darlehensrückgabe. Es muss posthum eine Beurteilung ex ante stattfinden. Wie überall im Recht, wo eine Beurteilung ex ante stattfindet, gilt das verbotene Prinzip des post hoc ergo propter hoc (wenn es so passiert ist, hat man das vorhersehen können). Hier besteht meines Erachtens eine sehr grosse Gefahr, dass man die Sanierungsaussicht verneint, wenn die Sanierung effektiv gescheitert ist.

Herr Vogt, sehen Sie eine realistische Möglichkeit, dadurch der Pauliana auszuweichen?

*Hans-Ueli Vogt:* Die eine Frage ist diejenige nach der Beurteilung durch die Gerichte. Eine andere Frage ist es, welche Auswirkungen eine gesetzliche Regelung des Sanierungsdarlehens auf die Beratungspraxis hätte, also letztlich darauf, was die Unternehmen in einer Sanierungssituation tun. Eventuell würde eine Normierung des Sanierungsdarlehens dazu führen, dass Sanierungskonzepte ausgearbeitet würden und diese gewissen Standards entsprechen. Solche Konzepte würden etwa regeln, wie die Forderungen der Banken behandelt werden. Man würde überdies gewisse Anforderungen, etwa den Gleichbehandlungsgrundsatz, berücksichtigen. Ich meine, im Sinne einer präventiven Wirkung auf die Beratungspraxis wäre die Normie-

rung des Sanierungsdarlehens bereits ein nützliches Signal des Gesetzgebers.

*Karl Wüthrich:* Die Frage nach der Justiziabilität stellt sich letztlich auch beim Massedarlehen in der Nachlassstundung. Der Sachwalter – und nicht etwa der Richter – entscheidet, ob er ein solches Darlehen entgegennimmt und braucht. Er muss somit auch beurteilen, ob die Entgegennahme des Darlehens sich zugunsten der Gläubiger auswirkt, oder ob sie die Gläubiger schädigt. Wenn ich als Sachwalter die Gläubiger schädige, riskiere ich auch, dass ich dem Vorwurf der Pflichtverletzung ausgesetzt bin und mit Haftungsforderungen konfrontiert werde. Es stellt sich die Frage nach der Beurteilungsfähigkeit also bei einem Massedarlehen genauso wie bei einem Sanierungsdarlehen. Wenn man in diesem Kontext vernünftige Regeln setzen will und kann, ist das sicher zu begrüßen. Schwierigkeiten hätte ich mit einer Generalklausel, die jedes Darlehen erfasst, das als Sanierungsdarlehen bezeichnet wird, ohne dass effektiv ein Sanierungsplan existiert. So würde man dem Missbrauch Tür und Tor öffnen und es kämen Finanzierungen ins Spiel, die nicht die Sanierung, sondern vielleicht andere Ziele im Auge haben.

*Franco Lorandi:* Ich habe ein paar wenige grundsätzliche Bemerkungen zum Sanierungsdarlehen: Es ist schlichtweg nicht justiziabel, und zwar auch dann nicht, wenn man einen gesetzlichen Ausnahmetatbestand schaffen würde. Susan Emmenegger hat in den Unterlagen zwei Möglichkeiten, nämlich eine Generalklausel oder einen detaillierten Katalog, aufgelistet. Es bleibt am Schluss des Tages trotzdem unjustiziabel. Dies ist das eine Problem. Das andere ist, dass der Begriff des Sanierungsdarlehens immer noch unklar ist. Zumindest ich habe es noch nicht geschafft, den Unterschied zwischen dem «normalen» und dem «privilegierten» Sanierungsdarlehen zu verstehen. Ausserdem ist es eine Ansammlung von unbestimmten Rechtsbegriffen. Susan Emmenegger hat aus Hinderling zitiert, den das Bundesgericht übernommen hat. Auch bei erneutem Studium des Satzes macht er aber für mich keinen Sinn. Eine gesetzliche Regelung ist auch nicht notwendig, denn wir haben ja mit der Nachlassstundung die Möglichkeit, Kredite durch Zustimmung des Sachwalters als Masseverbindlichkeiten auszugestalten. Wie Karl Wüthrich zu Recht gesagt hat, verschiebt man dadurch das Risiko vom Kreditgeber auf den Sachwalter. Ich persönlich möchte die Deklaration als Sachwalter nicht vornehmen müssen. Aber für den Kreditgeber ist der Mist geführt, er hat das *placet* erhalten. Weiter ist es auch ungerecht, den Kreditgeber anders als z. B. einen Lieferanten zu behandeln. Ich sehe es

nicht als richtig an, Sonderregeln für Kreditgeber zu schaffen. Es ist auch inkonsequent verglichen mit der Problematik der eigenkapitalersetzenden Darlehen. Das wollte man subordinieren und jetzt will man es hier privilegieren. Was passiert beispielsweise, wenn der Aktionär selbst das Darlehen hingibt? Das ergibt ein unlösbares Dilemma. Und zu Ende gedacht ist es auch inkonsequent: Susan Emmenegger hat gesagt, es sei ein insolvenzrechtlich privilegiertes Darlehen. Das heisst, man kann es eben nicht anfechten. Zu Ende gedacht heisst das: Wenn man es vor der Insolvenz nicht mehr zurückführen kann und die Forderung offen bleibt, so muss man es in der Insolvenz privilegiert tilgen können. Das ist ein Unsinn, da wir zu diesem Zweck den anschliessenden Privilegienkatalog des SchKG haben. Wir können nicht vor der Insolvenz etwas anders beurteilen, als wenn wir es nachher zurückführen müssen. Ich bleibe beim schönen Bild von Susan Emmenegger: Lassen wir doch den kleinen Prinz (sprich das Sanierungsdarlehen) auf seinem Planeten oben, und das Licht möge auf seinen Planeten scheinen. Von hier unten sieht man es dann aber nur bei ganz guter Mondkonstellation.

*Susan Emmenegger:* Ich habe meine Skepsis bereits geäussert. Mich würde einfach noch interessieren, wie Herr Wichser die Problematik mit den Sonderleistungen sieht. Das ist für mich eine Knacknuss, die ich fast nicht lösen kann. Ist es für eine Bank überhaupt denkbar, ein Darlehen – unter den Parametern des Bundesgerichts – zuzusprechen? Ein solches Darlehen ist enorm teuer, nicht nur, weil es zinslos erfolgt, sondern weil es sich ja um einen hochriskanten Schuldner handelt, ein solcher Kredit also auch mit entsprechendem Eigenkapital unterlegt werden muss. Sie müssen als Bank sehr viel investieren, wenn Sie ein Sanierungsdarlehen sprechen wollen.

*Roger Wichser:* Grundsätzlich unterstützen wir, wenn Überlebenschancen für das Unternehmen da sind. Dann sind diejenigen Fragen, die Sie im Nachgang noch gestellt haben, sekundärer Natur. Wenn wir sehen, dass ein Unternehmen mit seinem *know how*, seiner Infrastruktur, etc. überlebensfähig ist und auch bestehen kann, dann sind wir zu einer näheren Betrachtung bereit. Doch an dieser Stelle muss ich ganz klar sagen: Ohne Konzept gibt es auch keinen Kredit. Ohne ein Konzept ist auch die entsprechende Prognose unmöglich, ob das Unternehmen überlebensfähig ist. Das Konzept ist somit eine Grundvoraussetzung. Dass am Ende bei der Erteilung eines Massakredites aber das Risiko zum Sachwalter transferiert wird, möchte ich bezweifeln. Derjenige, welcher Geld gibt, trägt am Ende immer das finanzielle Risiko. Wir wissen ja nicht, ob die Deckungen am Ende ausreichen, die For-

derung auch zurückzuführen. Ich meine, dass man Leuten, die bereit sind, in einer Krisensituation zu unterstützen und beizustehen, diese Chance nicht mit juristischen Rahmenbedingungen nehmen sollte. Im Gegenteil: Man muss dies fördern. Ich freue mich zwar, als Bankenvertreter an diesem Panel teilnehmen zu dürfen. Eine wichtige Partei fehlt hier aber am Tisch: Das ist das Unternehmen, welches sich in der Krise befindet und Unterstützung braucht. Ich denke, man darf das Ganze nicht nur unter dem juristischen Blickwinkel oder von der Warte der Bank aus betrachten. Man muss vielmehr den Zweck sehen, den man eigentlich verfolgen will: Ein überlebensfähiges Unternehmen am Leben zu erhalten. Darauf muss hingearbeitet werden bei der Setzung der Rahmenbedingungen.

*Hans Peter Walter: Noch eine ketzerische Idee zu den Sonderkonditionen: In seiner sybillinischen Vollkommenheit sagt das Bundesgericht auch, man könne bestehende Kredite zu Sanierungsdarlehen wandeln (novatorisches Sanierungsdarlehen). Stellen Sie sich vor, es besteht ein Darlehen, das unter dem Damoklesschwert der Pauliana steht. Man halbiert den Zins und sagt, jetzt ist es ein Sanierungsdarlehen, und rettet damit das Kapital. Ob das der Sinn und Zweck dieser Aussage sein soll, frage ich mich. Ich habe etwas Mühe mit diesem umgewandelten Sanierungsdarlehen. Die gleiche Frage stellt sich im Hinblick auf das eigenkapitalersetzende Sanierungsarlehen. Hier postuliert man heute die Nachrangigkeit. Wäre das immer noch so im Falle der gesetzlichen Regulierung? Es gibt also noch viele offene Fragen.*

*Ich möchte aber noch auf einen anderen Ausweg zurückkommen. Es gibt ja den Entscheid über die Return Swaps, in dem das Bundesgericht die Anfechtungsklage des Liquidators abgewiesen hat. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Bezahlung von sog. «collaterals» nicht der Anfechtung unterliege, da es sich um ein subsynallagmatisches Geschäft handle. Ich frage mich, ob man da nicht Synallagma und Äquivalenz verwechselt hat. Das Synallagma macht ein Geschäft noch nicht anfechtungssicher, sondern vielmehr erst die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Wenn solche Kollateralzahlungen erfolgen, stellt das eigentlich nichts anderes als eine Schuldtilgung dar. Wir haben diesbezüglich ja eine ähnliche Regelung im Pfandrecht in Art. 810 ZGB, welche besagt, dass bei einer Wertverminderung kein Anspruch auf Rückzahlungen besteht. Wenn man trotzdem Rückzahlungen leistet, ist dies wahrscheinlich paulianisch anfechtbar. Wie stehen Sie zu dieser Entscheid, Herr Lorandi?*

*Franco Lorandi: Ich habe auch Mühe mit dem Entscheid, und zwar weil er – ich habe es heute schon mehrfach gesagt – wieder inkonsequent ist. Das Bundesgericht verlangt ja nicht nur Wertgleichheit, sondern es kommt auch auf die zeitliche Abfolge der Leistungen an. Wenn der Schuldner zeitlich*



nach der Gegenpartei leistet, dann hilft es der Gegenpartei nicht, dass ihre Leistung gleichwertig war. Der Revisionsstelle, dem Anwalt etc., die nachträglich bezahlt werden, hilft die Einrede «ich war mein Geld wert» nicht. Wie es auch Herr Hunkeler erwähnt hat, müssen die Parteien die Leistung vorher oder zeitgleich verlangen. Das sagt das Bundesgericht auch. Mein Kenntnisstand beläuft sich auf das zwei- bis dreimalige Studium des BGE. Und so wie ich das verstanden habe, handelte es sich um nachträgliche Zahlungen. Ich verstehe deshalb nicht, weshalb diese *ex post* erfolgten Zahlungen nicht der Anfechtung unterlagen. Das waren Leistungen *ex post*, nachdem die Gegenpartei vorgängig geleistet hatte. Nach den normalen Grundprinzipien kommt es nicht auf die Art des Geschäftes an: Ob es sich nun um einen Kaufvertrag oder einen Kreditvertrag oder eine Dienstleistung oder einen Equity Swap handelt, ist unerheblich. Es kommt einzig auf die zeitliche Abfolge an. Wer bezahlt wird, nachdem er seine Leistung erbracht hat, der hat das Nachsehen, auch wenn Leistung und Gegenleistung gleichwertig waren. Weshalb es im erwähnten Entscheid anders gewesen sein soll, habe ich nicht verstanden.

*Hans Peter Walter: Auch hier gilt also, dass man sich mit solchen Geschäften noch nicht allzu sehr in Sicherheit wiegen sollte. Ein letzter Punkt, den ich noch ansprechen möchte, ist das Verhältnis von Anfechtungsklage und Verantwortlichkeitsklage. Hier habe ich noch einige Ungereimtheiten im Hinterkopf, die Herr Vogt nicht hat ausräumen können. Wenn wir davon ausgehen, dass dieselbe Gläubigerbenachteiligung sowohl paulianisch als auch verantwortlichkeitsrechtlich relevant sein kann, dann gibt es eine Klagenkonkurrenz. Ich bin etwas im Zweifel über die Voraussetzungen. Bei der Pauliana wird formell die Absicht der Gläubigerschädigung verlangt. Die Gläubigerschädigung ist das eine, die Absicht ist das andere. Seitens des Empfängers tritt die Erkennbarkeit hinzu. Bei der Verantwortlichkeitsklage wird demgegenüber Vorsatz oder Fahrlässigkeit verlangt. Wie verhält es sich nun, wenn A eine fahrlässige Gläubigerschädigung begeht? Dann kommt die Pauliana nicht in Frage. Wie verhält es sich aber verantwortlichkeitsrechtlich? Und wie sieht es aus, wenn der Dritte die Schädigung nicht erkennt und nicht erkennen muss? Verantwortlichkeitsrechtlich spielt das keine Rolle, denn der Schaden ist eingetreten. Ist es unter diesen Gesichtspunkten immer noch richtig, dass die Absichtsanfechtung der Verantwortlichkeitsklage vorzuziehen ist bzw. stimmt es nicht, dass es Fälle gibt, in denen die Verantwortlichkeitsklage grössere Erfolgsaussichten hat?*

*Hans-Ueli Vogt: Das ist zweifellos der Fall. Ich habe mich in meiner Gegenüberstellung auf das Kernmerkmal der beiden Anspruchsgrundlagen konzentriert, also auf die absichtliche Gläubigerschädigung bzw. das pflicht-*

widrige Organverhalten. Man kann natürlich auch alle anderen Anspruchsvoraussetzungen in Betracht ziehen, wie ich dies in meinem Beitrag zur Tagung getan habe. Dann ergibt sich, dass manchmal nur der eine Weg offensteht oder dass jedenfalls vieles dafür spricht, den einen Weg einzuschlagen und nicht den andern. Die fehlende Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für den Dritten ist natürlich ein Umstand, der gegen eine Anfechtungs- und für eine Verantwortlichkeitsklage spricht.

*Hans Peter Walter: Das ist bei der Absicht natürlich auch der Fall, wir können ja nicht von einer fahrlässigen Absicht sprechen, das wäre ein Widerspruch in sich selbst. Die Frage ist einfach: Brauchen wir in diesen Fällen eine vorsätzliche Pflichtverletzung nach Art. 754 OR, einer Art lex specialis? Ergibt sich dann ein Wechsel im Verschuldensfall?*

*Hans-Ueli Vogt: Ich meine, dass die Unterschiede in diesem Punkt gering sind, wenn man bedenkt, dass das Verschulden objektiviert ist und sich zu grossen Teilen mit der Pflichtwidrigkeit deckt.*

*Ende der Diskussion*