

## 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> Zu nächst 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, in dem 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 «Hypotheken» 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 auszu schöpfen. In diesem Sinne definiert AESCHLIMANN den Krediteröffnungs vertrag als Vertrag, «in dem sich der Kreditgeber verpflichtet, dem Kre ditnehmer in bestimmten Grenzen, auf dessen Verlangen, fortlaufend Kredite zu gewähren, oder seinen Kredit zu dessen Gunsten zu verwen den».<sup>13</sup> Bei dieser Möglichkeit verfügt der Kreditnehmer über ein Gestal tungsrecht und ist befugt, die Bank durch einseitige Erklärung dazu zu verpflichten, ihm einen Kreditbetrag zur Nutzung zu überlassen.<sup>14</sup> Hier her 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 Kredit vertrag, der keine entsprechende Abrede enthält, auch keine feste Lauf zeit 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 Gestal tungsmöglichkeit führe ich lediglich der Vollständigkeit halber auf, wäh rend sie praktisch, wie Praktiker mir sagen, keine Rolle spielt.<sup>15</sup>

Die Frage, von welcher Gestaltungsmöglichkeit die Parteien Gebrauch ge macht haben, lässt sich (wie schon gesagt) nur anhand des konkreten Ver trages entscheiden. Die Bezeichnung eines Vertrages als Rahmenkreditver trag 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. Er gibt 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 je derzeit 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. Zu nächst 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 zu rückzuzahlen». 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 hatten Kantone 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, liessen 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 konsumentekreditrechtlichen 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 Kreditobergrenze 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 einig 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 herausplücken. 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 Konsumenten überschuldung 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 Verbraucher kreditverträge 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 *Gesetzgebungs maxime* 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 Delikts recht, 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 marktbasieren 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. FRANCONI, Konsortialverträge, 1, definiert den Begriff Konsortialkredit wie folgt: «Der Konsortialkredit ist eine gemeinschaftliche Krediterteilung mehrerer zu diesem Zweck zusammengeschlossener, 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 Akquisitionen 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 Akquisitionskredit 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 Entscheidungen 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 revolvingden Kreditlimiten und vorbehaltlich 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 Bürgschaftspflichtung 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 Anleihsenobligationen. 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 Garantierklärung 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 Garantierklärung 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 66 % of the Total Commitments (or, if the Total Commitments have been reduced to zero, aggregated more than 66 % 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 66 % 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 stützen. 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 Vorgehen 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 abubrechen, 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 coopération sui generis.» Dem entgegen 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.

Kredit 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 Krediten 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 zu gestimmt hat.<sup>102</sup> Daher ist es wichtig, dass die Solidarhaftung im Krediteröffnungsvertrag und nicht in einem separaten Konsortialvertrag ausgeschlossen 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 so dann 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 («Wahrfall»<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»)<sup>125</sup>. 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 gegen über 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 Konkurs beziehungsweise 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, Obligationen recht, 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 steuer relevante Kassenobligations 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, so wohl 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 steuer relevanten 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 Informationen, 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 Zustimmungquote 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.

