Institut für Bankrecht, Universität Bern

SBT 2006 - Schweizerische Bankrechtstagung 2006

Bankhaftungsrecht

herausgegeben von Susan Emmenegger

mit Beiträgen von
Prof. Dr. iur. Susan Emmenegger, Universität Bern
Dr. iur. Martin Hess, Rechtsanwalt Zürich
Prof. Dr. iur. Vito Roberto, Universität St. Gallen
Prof. Dr. iur. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich
Prof. Dr. iur. Karl Hofstetter, Universität Zürich
Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Peter Gauch, Universität Fribourg

HELBING & LICHTENHAHN
Basel Genf München

Die Haftung der Bank als Kreditgeberin

Vito Roberto, St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 94

I. Grundlagen 102
1. Besondere Stellung der kreditgebenden Banken 102
2. Haftungskonstellationen 103
3. Beispielsfälle 103

II. Die kreditgebende Bank als faktisches Organ 104
1. Faktische Organschaft der kreditgebenden Bank im Allgemeinen 104
2. Einflussnahme als Voraussetzung der faktischen Organschaft 107
3. Folgerungen 110

III. Informationspflichten gegenüber Kreditnehmer 110
1. Informationsasymmetrien 110
2. Keine Aufklärungspflicht der Bank als Grundsatz 111
3. Aufklärungspflicht als Ausnahme 112
4. Aufklärungspflicht bei Interessenkonflikt der Bank 114

IV. Informationspflichten gegenüber Dritten 115
1. Allgemeines 115
2. Ausservertragliche Haftung für Informationspflichtverletzungen 116
3. Keine Pflicht zur Offenlegung der Einzelheiten eines Kreditvertrages 118

V. Konkursverschleppung durch den Kreditgeber 119
1. Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit 119
2. Haftung wegen absichtlicher sittenwidriger Schädigung 121
3. Haftung aufgrund des allgemeinen Deliktsrechts 121

Zu Dank verpflichtet bin ich meinen Assistenten, Niklaus Dietschi, B.A. und M.A. HSG (in Rechtswissenschaften), B.A. HSG (in Betriebswirtschaftslehre) und Beat Lütolf, B.A. und M.A. HSG (in Rechtswissenschaften), für die intensive Mithilfe bei der Umwandlung der Referatsnotizen zu dem vorliegenden Beitrag.

4. Folgerungen 124
VI. Weitere Haftungskonstellationen 125
1. Verrechnungsliberierung als Sanierungsmassnahme 125
2. Verantwortlichkeit für Kreditkaskaden 129
3. Mithilfe an unzulässigen «Cash Pooling-Modellen» 130
VII. Ökonomische Erwägungen 133
1. Auswirkungen von Informationsasymmetrien 133
2. Auswirkungen von Rechtsunsicherheit auf Kreditentscheidungen 135
VIII. Zusammenfassung in Thesen 138

Literaturverzeichnis

ABEGGLEN SANDRO, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft: Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Diss. Bern 1995 (zit. Aufklärungspflichten).

— Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen: Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern: Privatrecht und Finanzmarktrecht, Bern 2004 (zit. Wissenszurechnung).

AEBI DIETER, Interzession: Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001.

AKERLOF GEORGE A., The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 84 (1970), S. 488 ff.

ALBERS-SCHÖNBERG MAX, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980.

BANERJEE ABHIJIT V., A Simple Model of Herd Behavior, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. 107, No. 3 (Aug. 1992), S. 797 ff.

BAUMANN MAX, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Teilband, Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., hrsg. von Peter Gauch und Jörg Schmid, Zürich 1998.

BECKER FLORIAN, Verhaltenspflichten und Haftung von Banken bei Kreditvergabe, Berlin 2003.

BERGER BERNHARD, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung: dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Diss. Bern 2000.

BERTHEAU FORTUNAT, Die Haftung der Kreditgeberbank gegenüber dem Kreditnehmer: Eine Untersuchung der verschiedenen Haftungsgrundlagen unter

besonderer Berücksichtigung des Krediteröffnungsvertrages, Diss. Zürich 1998.

BERTSCHINGER URS, Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft, in: Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, hrsg. von Hans Caspar von der Crone, Rolf H. Weber, Roger Zäch und Dieter Zobl, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 455 ff.

BIKHCHANDANI SUSHIL/HIRSHLEIFER DAVID/WELCH IVO, A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades, in: The Journal of Political Economy, Vol. 100, No. 5 (Oct. 1992), S. 992 ff.

BLUM OLIVER, Fallstricke des Cash Pooling: Heikle Güterabwägung bei der Liquiditätsbewirtschaftung, in: NZZ vom 15. November 2005 (Nr. 267), S. 25 (zit. Fallstricke).

— Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, in: AJP 2005, S. 705 ff. (zit. Aspekte).

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004.

BREHM ROLAND, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, hrsg. von Heinz Hausheer und Hans Peter Walter, Bern 2006.

BRODA BJÖRN M., Finanzierungsalternativen für KMU zum Bankkredit? Gewinnen hybride Finanzierungsformen (Mezzanine-Finanzierungen) für KMU durch den neuen Basler Akkord weiter an Bedeutung?, in: ST 2003, S. 463 ff.

BRUNNER ALEXANDER, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bd. II, Art. 111–401 StGB, hrsg. von Marcel Alexander Niggli und Hans Wiprächtiger, Basel 2003.

CAMPONOVO RICO A., Aktienkapitalerhöhung durch Verrechnungsliberierung: Bestätigung der rechtlichen Zulässigkeit im Sanierungsfalle, in: ST 1999, S. 885 ff.

CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (zit. Vertrauenshaftung).

— Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: 2. Festschrift für Karl Larenz, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris und Uwe Diederichsen, München 1983, S. 27 ff. (zit. FS Larenz).

CHAUDET FRANÇOIS, L'obligation de diligence du banquier en droit privé, in: ZSR 1994, II. Halbband, S. 1 ff.

DESSEMONTET FRANÇOIS, La responsabilité de la banque dispensatrice de crédits comme organe de fait de son débiteur, in: Emptio-venditio inter nationes –

Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises – Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf: Mélanges Karl Heinz Neumayer, Basel 1997, S. 403 ff.

DRUEY JEAN NICOLAS, Liberierung durch Verrechnung – muss die Gegenforderung werthaltig sein? in: Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, hrsg. von Hans-Caspar von der Crone, Peter Forstmoser, Rolf H. Weber und Roger Zäch, Zürich 2004, S. 267 ff.

DRUEY JEAN NICOLAS/VOGEL ALEXANDER, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.

DUBACH ALEXANDER, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck Voraussetzung und Inhalt, in: SJZ 94 (1998), S. 157 ff.

EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAUS RETO, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2004.

ENGERT ANDREAS, Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung, Diss. München 2005.

ESCHENBRUCH KLAUS, Konzernhaftung: Haftung der Unternehmen und der Manager, Düsseldorf 1996.

FASSBENDER KARL-JOSEF, Cash Pooling und Kapitalersatzrecht im Konzern, Diss. Berlin 2004.

FEHLMANN REGULA, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss. St. Gallen 2002.

FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. Aufl., Zürich 1987.

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft, in: ZSR 2003, I. Halbband, S. 531 ff.

FREIXAS XAVIER/ROCHET JEAN CHARLES, Microeconomics of Banking, Cambridge (MA)/London 1997.

GIEGERICH UDO, Techniken des zentralen Cash Management: Wichtige Elemente der Optimierung des Working Capital, in: ST 2002, S. 869 ff.

GIGER MARCEL, Sanierungen aus Sicht der Aktionäre und Obligationäre, in: Sanierung der AG: Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, hrsg. von Vito Roberto, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, S. 121 ff.

GLANZMANN LUKAS, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht: ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. St. Gallen 1996 (zit. Darlehensvertrag).

— Die Kapitalerhöhung durch Verrechnung: Sinnvolle Sanierungsmassnahmen bei Aktiengesellschaften, in: NZZ vom 12. Juli 1999, S. 15 (zit. Kapitalerhöhung).

— Die Schranken der Liberierung durch Verrechnung nach schweizerischem Aktienrecht, in: ZSR 1999, I. Halbband, S. 221 ff. (zit. Schranken).

GLANZMANN LUKAS/ROBERTO VITO, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen, in: Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, hrsg. von R.H. Weber, Zürich 2004, S. 77 ff.

GUTHRIE CHRIS/RACHLINSKI JEFFREY J./WISTRICH ANDREAS J., Inside the Judicial Mind, Cornell Law Review 86 (2001), S. 777 ff.

HAAG GÜNTER, Rating als Kernstück von Basel II: Brennpunkte in der Fremdkapitalfinanzierung, in: ST 2003, S. 912 ff.

HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.

HELLMANN THOMAS/STIGLITZ JOSEPH, Credit and equity rationing in markets with adverse selection, European Economic Review 44 (2000), S. 281 ff.

HEINZER BORIS, La responsabilité de la banque dispensatrice de crédit envers les tiers créanciers de son client, Basel 2001.

HOLD MICHAEL, Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 2000.

HOMBURGER ERIC, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, 2. Aufl., Zürich 1997.

HONSELL HEINRICH, Anmerkung zu BGH IVa ZR 66/83 vom 23.1.1985, in: JZ 1985, S. 952 ff.

HUGUENIN CLAIRE, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, 2. Aufl., Basel 2002.

ISLER PETER R./ZINDEL GAUDENZ G., in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl., hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.

ISLER PETER, Die kreditgebende Bank – ein faktisches Organ des Schuldners? in: Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter

Zobl zum 60. Geburtstag, hrsg. von Hans-Caspar von der Crone, Peter Forstmoser, Rolf H. Weber und Roger Zäch, Zürich 2004, S. 287 ff.

JAFFEE DWIGHT M./STIGLITZ JOSEPH E., in: Handbook of Monetary Economics, Bd. II, hrsg. von Benjamin M. Friedman und Frank H Hahn, Amsterdam 1990.

KESSELBACH STEPHAN, Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht: Unter besonderer Berücksichtigung des Art. 152 StGB, Diss. Zürich 2001.

KOEFERLI JÜRG A., Der Sanierer einer Aktiengesellschaft: Arbeitsleistungsvertrag, Kapitalverlust, Überschuldung und Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1994.

KRAMER ERNST A., in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, hrsg. von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1986.

KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht: Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001.

KURER PETER, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl., hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.

LÄNZLINGER ANDREAS, Die Haftung des Kreditgebers: Beurteilung möglicher Haftungstatbestände nach schweizerischem und nach amerikanischem Recht, Diss. Zürich 1992.

LOMBARDINI CARLO, Droit bancaire suisse, Zürich/Basel/Genf 2002.

LOSER PETER, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, in: recht 1999, S. 73 ff. (zit. Konkretisierung).

— Vertrauenshaftung und Schutzpflicht – Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, Festschrift Juristentag, Zürich 2000, S. 113 ff. (zit. Schutzpflicht).

MARGIOTTA ADRIANO, Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses?, Diss. St. Gallen 2002.

MAURENBRECHER BENEDIKT, Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, in: AJP 1998, S. 1327 ff.

MOSER MARTIN, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten: Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, Diss. Bern 1998.

MOSER MARTIN/BERGER BERNHARD, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten:

Zugleich eine Besprechung des BGE 4C.410/1997 vom 23.6.1998, in: AJP 1999, S. 541 ff.

MOSIMANN PETER, Die Liberierung der Aktien durch Verrechnung, Diss. Basel 1976.

NEUBERGER DORIS, Mikroökonomik der Bank, München 1998.

NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick, 2. Aufl., Bern 2004.

NOLL JÜRGEN, Rechtsökonomie: Eine anwendungsorientierte Einführung, Wien 2005.

NYFFELER FRANZ, Wie geht das Bundesgericht mit Verantwortlichkeitsklagen um?, in: Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, hrsg. von R.H. Weber, Zürich 2004, S. 7 ff.

PFEIFER MICHAEL, Übersicht über die Entwicklungen und Tendenzen bei der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit, in: AJP 2000, S. 1468 ff.

REINARZ PETER, Die Unternehmens-Sanierung im Lichte des Aktien- und des Steuerrechts, in: AJP 1997, S. 443 ff.

ROBERTO VITO, Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, in: AJP 1999, S. 511 ff. (zit. AJP 1999).

— Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers, in: Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, hrsg. von Jürgen Becker, Reto Hilty, Jean-Fritz Stöckli und Thomas Würtenberger, München/Bern 2002, S. 91 ff. (zit. Gedanken).

— Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten – Wie das Schielen auf das BGB den Blick auf das schweizerische Recht trüben kann, in: Festschrift Juristentag, Zürich 2000, S. 137 ff. (zit. FS Juristentag).

— Die Haftung des Vermögensverwalters und Anlageberaters, in: Rechtliche Verantwortlichkeit bei der Vermögensverwaltung, hrsg. von Bernasconi/Chopard, Lugano 2002, 37 ff. (zit. Vermögensverwaltung).

— Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002 (zit. Haftpflichtrecht).

RUBLI ARMAND P., Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002.

RUSCH ARNOLD F., Interzession im Interesse des Aktionärs: Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004.

SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2005.

SCHÄRER HEINZ/MAURENBRECHER BENEDIKT, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, OR 1–529, 3. Aufl., hrsg. von

Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.

SCHENKER URS, Sanierung von Aktiengesellschaften: Rechtliche und steuerliche Rahmenbedingungen, hrsg. von Baker & McKenzie Zürich, Zürich 2002.

SCHMIDT KARSTEN, Das Insolvenzrisiko der Banken zwischen ökonomischer Vernunft und Rechtssicherheit, in: WM 1983, S. 490 ff.

SCHNYDER BERNHARD, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, OR 1–529, 3. Aufl., hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.

SCHOCH PETER, Zur Kapitalerhöhung durch Verrechnung – Eine Entgegnung, in: NZZ vom 1. September 1999, S. 27.

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000.

SEGE PATRICK, Bankenvertreter im Verwaltungsrat von Grossunternehmen in Krisensituationen, Bern 1999.

SENN DOROTHEA, Die Haftung des Verwaltungsrates bei Sanierung der AG, Diss. Zürich 2001.

SPREMANN KLAUS/GANTENBEIN PASCAL, Zinsen, Anleihen, Kredite, 2. Aufl., München/Wien, 2003.

STEIN URSULA, Die Normadressaten der §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung, in: ZHR 148 (1984), S. 207 ff.

STOFFEL WALTER A./TERCIER PIERRE, Das Gesellschaftsrecht 2000/2001 – Le droit des sociétés 2000/2001, in: SZW 2001, S. 282 ff.

TRIGO TRINADE RITA/PETER HENRY, Responsabilité des organes de gestion dans un groupe de sociétés: commentaire des ATF 128 III 29 et 128 III 92, in: SZW 2002, S. 251 ff.

TSCHÄNI RUDOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003.

VOGEL ALEXANDER, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft: mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsgrundsätze, Diss. St. Gallen 1997.

VON BÜREN ROLAND, Der Konzern: Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Basel 2005.

VON FISCHER MARIE, Die Ad hoc-Publizität nach Art. 72 Kotierungsreglement unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsfrage, Diss. Bern 1999.

VON PLANTA ANDREAS, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981.

VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES, Private Equity-Finanzierungsverträge, Zürich/Baden-Baden 2002.

VRBASKI RASTKO, Zur Liberierung durch Verrechnung bei der sanierenden Kapitalerhöhung nach schweizerischem und deutschem Aktienrecht, in: SZW 2005, S. 59 ff.

WALTER HANS PETER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: ZBJV 1996, S. 273 ff. (zit. ZBJV 1996).

— Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, in: ZSR 2001, I. Halbband, S. 79 ff. (zit. ZSR 2001).

WALTER MARIA, Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 2005 (zit. M. WALTER).

WATTER ROLF, Chinese Walls bei Universalbanken, in: SJZ 1991, S. 109 ff. (zit. Chinese Walls).

— in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl., hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.

WERNLI MARTIN, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl., hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.

WIDMER CHRISTOPH K., Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998 (zit. CH. WIDMER).

WIDMER CORINNE, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, in: ZSR 2001, I. Halbband, S. 101 ff. (zit. C. WIDMER).

WIDMER PETER/BANZ OLIVER, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl., hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.

WIEGAND WOLFGANG, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, in: recht 1997, S. 85 ff. (zit. Schuldverhältnis).

— Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, in: Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul Chapuis, hrsg. von Claude Alain Margelisch, Zürich 1998, S. 143 ff. (zit. Ad hoc-Publizität).

ZINDEL GAUDENZ G./ISLER PETER R., in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, OR 530–1186, 2. Aufl., hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Rolf Watter, Basel/Genf/München 2002.

ZOBL DIETER, Sicherungsgeschäfte der Aktiengesellschaft im Interesse des Aktionärs, in: Banken und Bankenrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 183 ff.

ZOBL DIETER/KRAMER STEFAN, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004.

I. Grundlagen

1. Besondere Stellung der kreditgebenden Banken

Der Kreditgewährung durch die Finanzinstitute kommt in einer Marktwirtschaft eine zentrale Bedeutung zu. Ein operativ tätiges Unternehmen ist in aller Regel auf die Finanzierung durch Kreditgeber, namentlich der Banken, angewiesen. Die Rolle der Banken als Kreditgeber akzentuiert sich noch bei Unternehmenskrisen. Die Sanierung eines in Schieflage geratenen Unternehmens lässt sich ohne Mitwirkung der beteiligten Banken regelmässig nicht bewerkstelligen. Die Banken müssen dabei entscheiden, ob sie einem notleidenden Unternehmen einen Kredit einräumen bzw. – bei einem bestehenden Kreditverhältnis – weiterhin Kredit gewähren oder gar ausweiten sollen. Bei der Abwägung der Ertrags- und Verlustaussichten im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung sind auch die rechtlichen Rahmenbedingungen bedeutsam. Der Kreditgeber hat eben nicht bloss die Kreditwürdigkeit des kreditsuchenden Unternehmens und gegebenenfalls die Werthaltigkeit der Kreditsicherheiten zu prüfen, sondern muss auch die *möglichen Haftungsimplikationen aufgrund seiner Kreditgeberstellung* berücksichtigen.

Im Zusammenhang mit der Haftung der kreditgebenden Banken wird zuweilen auf deren *besonderen Stellung*, besonders im Vergleich zu anderen Vertragspartnern, hingewiesen[1]. Die Sonderstellung gründet einmal darauf, dass Unternehmen oft in besonderem Masse auf die Kreditgewährung durch Banken, namentlich der sogenannten Hausbank, angewiesen sind. Sodann haben die Banken regelmässig eine im Vergleich zu anderen Geschäftspartnern deutlich weitergehende Möglichkeit zur Einsicht in die Unternehmen. Und aufgrund der zahlreichen Geschäftskontakte einer Bank besteht schliesslich die Gefahr von Interessenkonflikten.

Insgesamt geht es dabei um das, was man unter dem Stichwort des «Informationsvorsprungs der Banken» oder auch der «Macht der Banken» in der rechtlichen und rechtspolitischen Diskussion anzusprechen pflegt. Aus dieser besonderen Stellung leitet man dann eine *besondere Verantwortung* ab. Nun wirkt sich aber eine verstärkte Inpflichtnahme der Banken als Kreditgeber zwangsläufig auf deren Abwägung bei der Kreditprüfung aus. Infolge einer *überhöhten Verantwortlichkeit* kann es letztlich zu einer volkswirtschaftlich *unerwünschten Kreditrationierung* kommen.

---

[1] Vgl. zum Wissensvorsprung der Banken LÄNZLINGER, 113 ff.; BERTHEAU, 33 f.; ABEGGLEN, Wissenszurechnung, 301 ff.

2. Haftungskonstellationen

Im Zusammenhang mit der Haftung der Bank als Kreditgeber denkt man in erster Linie an die Haftung der Bank als faktisches Organ sowie an die Haftung gegenüber dem Kreditnehmer. Entsprechend häufig hat sich die Lehre mit diesen Themen befasst[2]. Es stellen sich aber zahlreiche weitere Fallkonstellationen, die haftungsrechtlich problematisch sein können. Im vorliegenden Beitrag sollen deshalb verschiedene mögliche Aspekte der Verantwortlichkeit einer Bank aufgrund ihrer Kredittätigkeit untersucht werden.

Bei den mannigfachen Haftungskonstellationen kommen unterschiedliche Haftungsgrundlagen zum Zuge, weshalb verschiedene Rechtsgebiete betroffen sind. In Betracht kommt eine *aktienrechtliche Verantwortlichkeit* aus Art. 754 ff. OR, eine *Vertragshaftung* aufgrund der Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Darlehensvertrag oder eine *ausservertragliche Haftung* aus Art. 41 bzw. 55 OR.

Dieser Beitrag fokussiert auf Haftungsfragen bei der *Kreditvergabe an Unternehmungen*. Ausgeklammert bleiben die Haftungsrisiken bei Darlehen an Privatpersonen; gegenüber diesen gehen die Aufklärungspflichten der Kreditinstitute weiter als gegenüber Unternehmen, insbesondere wenn Kredite für spekulative Anlagen gewährt werden.

3. Beispielsfälle

Um die möglichen Haftungskonstellationen besser illustrieren zu können, sollen zunächst einige Beispiele vorgestellt werden. Die in den Beispielen angesprochenen Themen werden dann in den nachfolgenden Ziffern II bis V ausgeleuchtet.

Beispielsfall 1 – Die kreditgebende Bank als faktisches Organ:

Im Kreditvertrag zwischen Bank A und Unternehmen X ist festgelegt, dass X weitgehende und von A überprüfbare Informationspflichten hat, die Kreditmittel für bestimmte spezifisch festgelegte Zwecke verwenden darf, X einen bestimmten Sanierungsberater beiziehen und einen festgelegten Businessplan einhalten muss. Wie ist die Rechtslage im Konkurs der X?

---

[2] Vgl. etwa BASK-SCHÄRER/MAURENBRECHER, OR 312 N 68c; BERTHEAU, 133 f.; DESSEMONTET, 410 ff.; LOMBARDINI, 537 ff.; MAURENBRECHER, 1335 ff.; ROBERTO, Vermögensverwaltung, 37 ff.

Beispielsfall 2 – Informationspflichten der kreditgebenden Bank gegenüber dem Kreditnehmer:

Bank B gewährt dem Unternehmen X einen Kredit zur Finanzierung einer Beteiligung an einem Bauprojekt, ohne offen zu legen, dass B das Projekt vorfinanziert hat und dieses vom Projektinitiator nicht mehr zu realisieren war. Wie ist die Rechtslage, wenn die neuen Kreditmittel teilweise für die Rückführung der von B in das Projekt investierten Gelder verwendet werden?

Beispielsfall 3 – Informationspflichten der kreditgebenden Bank gegenüber Dritten:

Bank C gewährt eine Kreditlinie an das sanierungsbedürftige Unternehmen X, wobei die Kreditgewährung an bestimmte Bedingungen geknüpft ist. X informiert an der GV über die Krediteinräumung, ohne die Bedingungen zu erwähnen. Wie ist die Rechtslage, wenn die Bedingungen nicht erfüllt werden, der Kredit nicht gewährt und X insolvent wird?

Beispielsfall 4 – Haftung der kreditgebenden Bank wegen Konkursverschleppung:

Bank D gewährt Unternehmen X einen gesicherten Überbrückungskredit, wobei vereinbart wird, dass D für die notwendigen Devestitionen beigezogen wird. Wie ist die Rechtslage, wenn X trotz Devestitionen insolvent wird?

II. Die kreditgebende Bank als faktisches Organ

1. Faktische Organschaft der kreditgebenden Bank im Allgemeinen

Beim ersten der erwähnten Beispielsfälle befindet sich das kreditnehmende Unternehmen offensichtlich bereits bei der Kreditaufnahme in einer Krisensituation. In solchen Situationen ist es für ein Unternehmen schwierig, neue Kreditmittel zu erhalten. Dies ist in der Regel nur gegen Einräumung von Sicherheiten möglich. Im Beispielsfall gewährt die Bank dagegen trotz der Krisensituation einen ungesicherten Kredit. Dieser darf freilich bloss für spezi-

fisch festgelegte Zwecke verwendet werden. Sodann muss das Unternehmen einen festgelegten Businessplan einhalten. Um die Befolgung der Vertragsbedingungen sicherzustellen, möchte die Bank detailliert informiert werden und diese Informationen überprüfen können. Letztlich geht das Interesse der Bank dahin, dass die Finanzkraft des Unternehmens wieder hergestellt wird. Aus diesem Grunde wird der Beizug eines von der Bank bezeichneten Sanierungsberaters vertraglich vereinbart.

Ein in den Grundzügen vergleichbarer Sachverhalt lag der «*Zumbrunn-Entscheidung*» des Bundesgerichts aus dem Jahre 1981 zugrunde[3]. Der Sachverhalt war zusammengefasst folgender: Die sich in finanzieller Schieflage befindende Bauunternehmung Zumbrunn AG führte zwei Kapitalerhöhungen durch, an denen sich der damalige Schweizerische Bankverein (SBV) über zwei Tochtergesellschaften mitbeteiligte. Die Bank agierte dabei nicht nur als Kreditgeberin, sondern auch als finanzielle Beraterin des einzigen Verwaltungsrates der Zumbrunn AG. Ausserdem nahmen Vertreter der Bank als «stille» Verwaltungsräte im Verwaltungsrat der Zumbrunn AG Einsitz, wobei sie an Entscheidungen mit finanzieller Tragweite mitwirkten und die Willensbildung zu administrativen und geschäftlichen Fragen der Gesellschaft massgeblich beeinflussten. Die Sanierungsbemühungen blieben indessen erfolglos. Über die Zumbrunn AG wurde der Konkurs eröffnet. In der Folge kam es zu Verantwortlichkeitsklagen gegen die formellen und faktischen Organe.

Dem Bundesgericht bot sich in dieser Entscheidung die Gelegenheit, sich ausführlich mit den *Kriterien der faktischen Organschaft* zu befassen. Als faktische Organe gelten «Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen»[4]. Die *Einflussnahme* muss sich auf die *Organkompetenz* selbst beziehen; es geht somit um Handlungen, die nach Gesetz, Statuten und Reglementen den formellen Organen vorbehalten sind[5]. In einer späteren Entscheidung wurde präzisiert, dass es zudem einer *gewissen Dauer* des organtypischen Verhaltens bedarf. Eine faktische Organstellung kann nur einer Person zukommen, «die in eigener Verantwortung eine dauernde Zuständigkeit für gewisse das All-

3 BGE 107 II 349 ff.

4 BGE 107 II 349 ff. Erw. 5 a); siehe ferner BGE 128 III 92 ff. Erw. 3 a); BGE 124 III 418 ff. Erw. 1 b); 122 III 225 ff. Erw. 4 b); 117 II 432 ff. Erw. 2 b); 107 II 349 ff. Erw. 5 a); aus der Lehre statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 20 N 18.

5 MAURENBRECHER, 1336.

tagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheide wahrnimmt. Weder ein Handeln im Einzelfall noch eine bloss hilfsweise Tätigkeit in untergeordneter Stellung vermag hingegen die spezifische Organhaftung zu begründen. [...] Die Vornahme einzelner Handlungen, die dem Bereich der Geschäftsführung zugerechnet werden können, begründet jedoch keine faktische Organstellung»[6]. Schliesslich sind für das organtypische Verhalten nicht nur die Aktivitäten innerhalb der Gesellschaft relevant; vielmehr kann auch die *Kundgabe* einer solchen Betätigung *gegenüber Dritten* massgebend sein[7].

In der Zumbrunn-Entscheidung wurde nicht gegen die kreditgebende Bank selbst, sondern gegen die Bankenvertreter als faktische Organe der Zumbrunn AG geklagt. Aufgrund des arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruchs gegenüber dem Arbeitgeber dürfte in solchen Fällen letztlich doch die Bank für den Schadenersatzanspruch aufkommen[8]. Im Allgemeinen richtet sich die Klage ohnehin nicht gegen die Bankenvertreter, sondern – mit Blick auf die höhere Solvenz – unmittelbar gegen die Bank[9]. Bei solchen Klagen stellt sich bezüglich der faktischen Organschaft der kreditgebenden Bank noch eine weitere Frage: An sich können bloss natürliche Personen Mitglieder eines Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft sein. Dies ergibt sich aus Art. 707 Abs. 3 OR. Danach kann eine juristische Person, die Aktionärin der Gesellschaft ist, nicht in den Verwaltungsrat gewählt werden; wählbar sind an ihrer Stelle ihre Vertreter[10]. Auch die Verantwortlichkeit trifft den Vertreter[11], während die vertretene juristische Person grundsätzlich nicht haftet. Denn der Vertreter wird von der Generalversammlung gewählt, und nicht etwa – wie im Falle der Beteiligung des Gemeinwesens an einer Aktiengesellschaft – entsandt[12]. Es ist in der schweizerischen Lehre

---

6 BGE 128 III 29 ff. Erw. 3 c); vgl. ISLER, 294 f.; KOEFERLI, 190; MAURENBRECHER, 1336; TRIGO TRINADE/PETER, 256; BASK-WIDMER/BANZ, OR 754 N 10.

7 ISLER, 293 f.; vgl. zur Haftung aus Kundgabe auch VOGEL, 184, 331 ff. und 411 ff.; BÖCKLI, § 11 N 467; BGE 111 II 480 ff.; 117 II 570 Erw. 3.

8 Zum Freistellungsanspruch BK-REHBINDER, OR 321e N 27; ROBERTO, Gedanken, 94 f.

9 BERTHEAU, 120.

10 Der in Art. 707 Abs. 3 OR verwendete Vertreterbegriff ist weit aufzufassen. Der Vertreter muss demnach nicht Angestellter oder gar Organ der delegierenden juristischen Person sein; vielmehr kann auch ein Dritter (z.B. ein Anwalt) als Vertreter gewählt werden, vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 27 N 10.

11 BASK-WERNLI, OR 707 N 40; ZK-HOMBURGER, OR 707 N 62 ff.

12 Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 15; ZK-HOMBURGER, OR 707 N 41; BÖCKLI, § 18 N 143; Urteil des Handelsgerichts St. Gallen vom 25. März 1983, publiziert in GVP 1983 Nr. 45 (vgl. zum Entscheid auch SAG 1986, 38 ff.).

und Rechtsprechung jedoch unstreitig, dass die vertretene *juristische Person als faktisches Organ* haftbar werden kann. Erfüllt eine juristische Person, z.B. die Muttergesellschaft oder eben die kreditgebende Bank, aufgrund ihres tatsächlichen Einflusses auf die Geschäftsführung die Kriterien der faktischen Organschaft, so kann sie sich gerade nicht darauf berufen, sie hätte nach Art. 707 Abs. 3 OR gar nicht in den Verwaltungsrat gewählt werden können[13]. Eine Haftung der Kreditbank aus Doppelorganschaft wird in der Lehre insbesondere dann bejaht, wenn sie ihrem Vertreter im Verwaltungsrat Instruktionen erteilt und damit zu erkennen gibt, dass sie sich selbst als Entscheidungsträgerin betrachtet[14].

Zu demselben Ergebnis gelangt, wer die Handlungen der Vertreter aufgrund Art. 722 OR oder Art. 55 Abs. 2 ZGB der vertretenen juristischen Person zurechnet. Vorausgesetzt ist freilich, dass der Vertreter gleichzeitig Organ[15] der vertretenen juristischen Person ist. Anderenfalls liesse sich eine Einstandspflicht aufgrund der Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 Abs. 1 OR) begründen. Inwiefern sich die Einstandsvoraussetzungen zwischen den verschiedenen Haftungsgrundlagen unterscheiden, ist unklar und umstritten[16].

2. Einflussnahme als Voraussetzung der faktischen Organschaft

Bei der Zumbrunn-Entscheidung war der Sachverhalt insofern eigentümlich, als die Bank sich an Kapitalerhöhungen beteiligt hatte und dadurch einen Minderheitsanteil an der Gesellschaft von über einem Drittel besass. Die Bank liess sich sodann vertraglich das Recht zur «stillen Einsitznahme in

---

13 BÖCKLI, § 18 N 109; BASK-WERNLI, OR 707 N 40; BERTHEAU, 120 f.; FORSTMOSER, N 722 ff.; ISLER, 292; ausführlich VOGEL, 205 ff., 389 ff.

14 MAURENBRECHER, 1337, m.w.N.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 15; FORSTMOSER, N 703 ff.; BASK-WERNLI, OR 707 N 41.

15 Der Organbegriff von Art. 55 Abs. 2 ZGB ist weit zu definieren, vgl. BASK-HUGUENIN, ZGB 55 N 13; nach MAURENBRECHER, 1335 (insb. Fn. 86), ist der Begriff des faktischen Organs in Art. 55 Abs. 2 ZGB weiter gefasst als im Verantwortlichkeitsrecht nach Art. 754 ff. OR; so im Ergebnis auch BGE 117 II 570 Erw. 3, wonach es für eine Haftung nach Art. 754 ff. OR erforderlich ist, dass der Betreffende die Geschäfte der Gesellschaft aufgrund selbständiger Entschlüsse leitet. Nach BASK-HUGUENIN, ZGB 55 N 15, unterscheiden sich Art. 55 ZGB und Art. 754 ff. OR nicht durch den Organbegriff, sondern durch die Regelungsfunktion.

16 Vgl. hierzu VON PLANTA, 83 ff.; ALBERS-SCHÖNBERG, 152 ff.; FORSTMOSER, N 728; nach BÖCKLI, § 11 N 466 ist der dogmatische Umweg über Art. 722 OR oder Art. 55 OR unnötig, da mit der Revision des Aktienrechts die faktischen Organe noch klarer in den Wortlaut von Art. 754 OR einbezogen wurden.

den Verwaltungsrat» sowie ein Beratungsmandat in finanziellen Angelegenheiten einräumen. Die Bankenvertreter wirkten nicht bloss bei finanziellen Entscheidungen, sondern auch bei administrativen und geschäftlichen Angelegenheiten mit. Die Mitwirkung war – gemäss den Ausführungen des Gerichts – in diesem Fall umso bedeutsamer, als die Zumbrunn AG bloss ein einziges Verwaltungsratsmitglied hatte, welches aufgrund der persönlichen Überzeugungskraft und Machtstellung der Bankenvertreter kaum zur unabhängigen Willensbildung in der Lage war. Das Bundesgericht kam infolgedessen zum Schluss, dass die Bankenvertreter in *organtypischer Weise Einfluss auf die Geschäftsführung* genommen hatten und damit die faktische Organschaft zu bejahen ist[17].

Auf den Beispielsfall 1 zurückkommend gilt es nun zu prüfen, ob eine faktische Organschaft aufgrund des Sachverhaltes zu bejahen wäre. In Bezug auf den von der Rechtsprechung geforderten Grad der Einflussnahme lässt sich immerhin feststellen, dass die Kreditnehmerin verpflichtet ist, den Kredit vertragsgemäss zu verwenden, den Businessplan einzuhalten, einen Sanierungsberater beizuziehen und der Bank weitgehende und überprüfbare Informationen zu geben. Es bestehen aber wesentliche Unterschiede zu den Gegebenheiten im Zumbrunn-Fall. Weder ist die kreditgebende Bank Aktionärin der kreditnehmenden Unternehmung, noch hat sie sich organschaftliche Mitwirkungsrechte oder ein Beratungsmandat einräumen lassen.

Die Verpflichtung, einen *Sanierungsberater* beizuziehen, kann das Haftungsrisiko infolge einer faktischen Organschaft kaum erhöhen. Zwar erwarten oder verlangen die Banken, dass diese Sanierungsexperten Einfluss auf die Geschäftsführung erhalten[18], weshalb ein solcher Experte – sofern er nicht als formelles Organ bestellt wird – durchaus die Anforderungen des faktischen Organs erfüllen kann[19]. Die Bank ist jedoch für die Handlungen

---

17 BGE 107 II 349 ff. Erw. 5.

18 Dabei kommt es oftmals zu personellen Wechseln in der bestehenden Unternehmensleitung; zuweilen werden diese von der Bank auch als Bedingung für die Gewährung eines Überbrückungskredites gefordert. Die Bank sollte in diesem Zusammenhang jedoch darauf achten, dass diese unübertragbare Aufgabe gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR ohne Mitwirkung eines Bankenvertreters wahrgenommen und entsprechend dokumentiert wird. Nach BERTHEAU, 135, ist es ungefährlich, falls die Bank bloss eine Vorauswahl der neuen Geschäftsführung trifft, und der eigentliche Entscheid der Geschäftsführung überlassen bleibt; gl.M. KOEFERLI, 190; weitergehend wohl MAURENBRECHER, 1336, nach welchem es keine Rolle spielt, ob die Auflagen bei der Kreditgewährung in den unentziehbaren Kompetenzbereich des Verwaltungsrates eingreifen.

19 Gelegentlich werden auch mehrere externe Personen mit der Bewältigung einer Krisensituation betraut. In der Praxis regeln diese «Beiräte» ihre Zusammenarbeit oftmals

des auf ihre Veranlassung hin beigezogenen Sanierungsexperten nicht haftbar. Dieser ist aufgrund seiner Selbstständigkeit *weder Hilfsperson* im Sinne von Art. 55 Abs. 1 OR *noch Organ* der Bank.

Dass die kreditgebende Bank das Unternehmen auf einen Businessplan verpflichtet und sich gewisse *Informations- und Kontrollrechte* ausbedingt, vermag ebenfalls nicht zu einer faktischen Organschaft zu führen[20]. Ein solches Vorgehen zielt auf die Reduktion der Informationsasymmetrien ab und ist – wie noch aufzuzeigen ist[21] – auch ökonomisch erwünscht. Entscheidend ist – wie WIDMER/BANZ zutreffend ausführen –, dass «die Einflussnahme der Bank von aussen erfolgt und einzig der Wahrung eigener, legitimer Interessen dient, mithin die Bank nur indirekt auf die Geschäftsführung einwirkt (...). So muss es einer Bank unbenommen sein, ihre Rechte aus Kreditverträgen gegenüber der Gesellschaft auszuüben»[22].

Im Beispielsfall 1 kann daher nicht von einer faktischen Organschaft der Bank ausgegangen werden. Dies wird auch durch die Ausführungen des Bundesgerichts in der Zumbrunn-Entscheidung bestätigt: «Gewiss können auch gesellschaftsfremde Personen die Willensbildung einer Gesellschaft entscheidend beeinflussen, z.B. wenn Finanzinstitute ihre Kredite von einer bestimmten Finanz- und Geschäftspolitik, Berater oder andere Beauftragte der Gesellschaft ihre Leistungen von ähnlichen Voraussetzungen abhängig machen. Solches Verhalten Dritter lässt sich indes nicht mit der gesellschaftsinternen Tätigkeit von Personen vergleichen, denen rechtlich oder faktisch Organstellung zukommt; es vermag daher auch keine Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR zu begründen»[23]. Das Gericht hat im konkreten Fall eine Haftung insbesondere deshalb bejaht, weil die Bankenvertreter sich «nicht nur in gesellschaftsinterne Verhältnisse, sondern auch in die Entscheidungsbefugnisse eines Organs eingemischt haben und ihren eigenen Willen durchsetzen konnten»[24].

---

in einem Reglement. Darin wird unter anderem festgehalten, man stelle kein faktisches Organ der Unternehmung dar. Solche internen Vereinbarungen sind im Aussenverhältnis selbstverständlich unbehelflich.

20 BERTHEAU, 137 f.; KOEFERLI, 190; LÄNZLINGER, 167 und 192; MAURENBRECHER, 1336; BASK-WIDMER/BANZ, OR 754 N 10.

21 Hinten VII.1.

22 BASK-WIDMER/BANZ, OR 754 N 10; DESSEMONTET, 405; vgl. aber HEINZER, N 132 ff. und 439 ff. sowie die Ausführungen diesbezüglich in Fn. 96 hiernach.

23 BGE 107 II 349 ff. Erw. 5 b).

24 BGE 107 II 349 ff. Erw. 5 c); eingehend zum Entscheid BERTHEAU, 123 ff.; DRUEY/VOGEL, 368 ff.

3. Folgerungen

Aufgrund des Haftungsrisikos achten die Banken gerade in Krisensituationen von kreditsuchenden Unternehmen speziell darauf, nicht in die Rolle des faktischen Organs zu fallen. Vorsicht ist insbesondere bei kreditgebenden Banken angezeigt, die – z.B. wegen einer Verrechnungsliberierung[25] – auch Aktionäre einer Gesellschaft sind; in solchen Konstellationen sollten ihre Vertreter jedenfalls nicht gleichzeitig intensiv die Unternehmensleitung beraten[26]. Dagegen führen Vorgaben zur Kreditverwendung und überprüfbare Informationspflichten des Kreditnehmers ebenso wenig zur faktischen Organschaft der kreditgebenden Bank wie die Vereinbarung, dass ein Sanierungsexperte beizuziehen oder ein Businessplan einzuhalten ist.

Nicht bloss die Zumbrunn-Entscheidung, sondern die in den letzten Jahren allgemein *gesteigerte Gefahr von Verantwortlichkeitsklagen* nach einem Konkurs hat bei den Banken zu einer *erhöhten Vorsicht bei Sanierungen* geführt[27]. Angesichts dieser Sachlage dürfte es heute kaum mehr vorkommen, dass eine Bank sich derart intensiv in eine Sanierung involvieren lässt, wie dies im erwähnten Sachverhalt der Zumbrunn-Entscheidung der Fall war.

III. Informationspflichten gegenüber Kreditnehmer

1. Informationsasymmetrien

Im zweiten Beispielsfall hat die Bank in ein Projekt investiert, das nicht mehr zu realisieren ist. In der Folge gewährt sie einem anderen Unternehmen einen Kredit, damit sich dieses bei eben diesem Projekt finanziell beteiligen kann, ohne die Realisierungsprobleme offen zu legen. Die gewährten Kreditmittel werden teilweise für die Rückführung der von der Bank vorgängig in das Projekt investierten Gelder verwendet. Nicht nur in solchen Konstellationen, sondern ganz allgemein stellt sich bei Kreditverträgen die Frage, in-

25 Hierzu hinten VI.1.

26 Vgl. die risikomindernden Massnahmen bei BERTSCHINGER, 470 f., u.a. mit dem Hinweis, dass bei der Beurteilung des tatsächlichen Haftungsrisikos von Kreditgebern die «Business Judgement Rule» auch für faktische Organe gelten muss.

27 Siehe auch die Ergebnisse einer kleinen Umfragen bei SEGE, 34, der aufgrund einer ökonomischen und juristischen Betrachtung zum Schluss gelangt, «dass die Einsitznahme von Bankenvertretern in Verwaltungsräten bei Grossunternehmen in Krisensituationen für die Banken deutlich mehr Gefahren als Chancen bietet».

wiefern die Bank dem Kreditnehmer gegenüber *Aufklärungs- und Informationspflichten* nachkommen muss.

Zunächst ist festzustellen, dass zwischen Bank und Kreditnehmer in verschiedener Hinsicht *Informationsasymmetrien* bestehen. Der Kreditnehmer hat bezüglich der eigenen Leistungsfähigkeit, insbesondere seiner Möglichkeit, die Kredite zurückzuführen, den besseren Informationsstand. Die Bank hat demgegenüber aufgrund ihrer zahlreichen Geschäftskontakte den besseren Wissensstand bezüglich der Marktfaktoren und des sonstigen Geschäftsumfeldes. Ersteres führt dazu, dass die Banken vom Kreditnehmer sowohl über den Stand als auch über die finanzielle Entwicklung im Unternehmen informiert werden wollen. Letzteres wirft die hier zur Diskussion stehende Frage auf, ob die Bank den Kreditnehmer über ihr bekannte und für den Kreditnehmer wesentliche Umstände aufzuklären hat.

2. Keine Aufklärungspflicht der Bank als Grundsatz

Vorweg ist zu beachten, dass das *Bankgeheimnis* eine Information des Kreditnehmers seitens der Bank oft verbietet[28]. Da von Banken keine Vertragspflichten eingefordert werden können, deren Erfüllung rechtswidrig ist, dürfte die Frage der Aufklärungspflicht vielfach obsolet sein. Aber selbst da, wo sich kein Problem des Bankgeheimnisses stellt, ist fraglich, ob die bei einer Bankabteilung vorhandenen Informationen der Kreditabteilung überhaupt vorliegen und vorliegen sollen. Eine Kontrolle des Informationsflusses innerhalb einer Universalbank ist schon aufgrund der dem Universalbankensystem inhärenten Interessenkonflikten erforderlich[29].

In der schweizerischen Rechtsprechung ist anerkannt, dass grundsätzlich der Kreditnehmer selber die notwendigen Informationen beschaffen muss, die im Zusammenhang mit der Kreditaufnahme stehen. Die Bank hat – ebenso wenig wie ein sonstiger Vertragspartner – die Vertragsgegenseite nicht über mögliche Risiken im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss

---

[28] Dies gilt umso mehr, falls man in Anlehnung an die v.a. in Deutschland vertretene Lehrmeinung ein bankinternes Bankgeheimnis annimmt, vgl. ausführlich MARGIOTTA, 109 ff., m.w.N.; ABEGGLEN, Wissenszurechnung, 332; DESSEMONTET, 417.

[29] Sog. «Chinese Walls» erweisen sich insbesondere als probates Mittel gegen den Insiderhandel, vgl. NOBEL, § 9 N 40; WATTER, Chinese Walls, 109 ff.; eingehend ABEGGLEN, Wissenszurechnung, 357 ff.; ZOBL/KRAMER, § 8 N 808; MAURENBRECHER, 1330; grundlegend zur Wissenszurechnung ferner M. WALTER, passim.

aufzuklären[30]. Es gilt das Prinzip, dass jeder Vertragsschliessende für sich selber entsprechende Risikoabklärungen zu tätigen hat. So wird in einem unlängst ergangenen Bundesgerichtsentscheid ausgeführt, dass «la banque n'est en règle générale pas tenue de faire des investigations sur le besoin de crédit du client, sur ses intentions quant à l'utilisation des fonds ou sur la justification matérielle et l'opportunité de sa demande; le banquier n'est pas le tuteur de son client»[31].

3. Aufklärungspflicht als Ausnahme

Ausnahmsweise kann die Bank verpflichtet sein, den Kreditnehmer aufzuklären. Dies betrifft namentlich jene Fälle, in denen es sich beim Kreditnehmer um einen *unerfahrenen Bankkunden* handelt und der Kredit der Abwicklung *«banknaher» Geschäfte* dient. Zu denken ist etwa an den Abschluss eines Kreditvertrages, um bestimmte Wertpapieranlagen tätigen zu können; dies gilt in besonderem Masse, wenn auf Kredit hoch spekulative Termin-optionsgeschäfte erworben werden[32].

Fraglich ist dagegen, ob und inwiefern die Bank geschäftserfahrene Kreditnehmer über vom Bankgeschäft unabhängige Investitionsprojekte aufzuklären hat. Eine entsprechende Aufklärungspflicht wird im deutschen Recht zumindest für jene der Bank bekannten *Umstände* diskutiert, die den *Vertragszweck vereiteln* können[33]. Zu denken ist namentlich an Fälle, in denen der Bank bekannt ist, dass das Projekt, für welches der Kredit aufgenommen wird, nicht realisiert werden bzw. nicht erfolgreich sein kann. Entsprechendes klingt auch in der schweizerischen Rechtsprechung an. Der Grundsatz

---

30 Auch LÄNZLINGER, 127, spricht sich gegen eine allgemeine Pflicht aus, «einen anderen über Tatsachen aufzuklären, von denen dieser nichts weiss»; vgl. ferner ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, 12, u.a. mit Verweis auf den Entscheid des Aargauer Handelsgerichts vom 3.12.1975, Erw. 3 (wiedergegeben in SJZ 1976, 380 ff.), wo im Zusammenhang mit einem Baukredit allerdings eine Aufklärungspflicht statuiert wurde.

31 BGE 4C.82/2005 vom 4. August 2005 Erw. 6.2, mit Verweis auf BGE 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 Erw. 2 b); ebenso bereits Pra 1998, 829.

32 BGE 124 III 155 Erw. 3 a) m.w.N.

33 Ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen auf die Rechtsprechung BECKER, 104 ff., der die von der Rechtsprechung aufgestellten Aufklärungspflichten über vertragswesentliche Umständen folgendermassen zusammenfasst: «Die Bank ist verpflichtet, bei Verhandlungen über den Abschluss eines Kreditvertrages über solche Umstände aufzuklären, die zur Vereitelung des weiteren Zwecks des Kreditnehmers geeignet und daher für seine Entschliessung von wesentlicher Bedeutung sind, soweit dieser die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte» (126).

von *Treu und Glauben* verpflichte die Parteien – so die wiederkehrende Formulierung des Bundesgerichts – «bei Aufnahme von Vertragsverhandlungen zur gegenseitigen richtigen Aufklärung über erhebliche Tatsachen, welche die Gegenpartei nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist, die aber ihren Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können»[34]. Bei Bankkrediten wird infolgedessen eine Aufklärungspflicht der Bank «bei einem Wissensvorsprung der Bank um spezielle Risiken eines zu kreditierenden Vorhabens»[35] bejaht, was letztlich sämtliche Umstände umfassen dürfte, die den Vertragszweck vereiteln können.

Wie problematisch es ist, bei speziellen Risiken, die den Vertragszweck vereiteln können, eine Aufklärungspflicht zu bejahen, zeigt der Bundesgerichtsentscheid betreffend den Erwerb, die Überbauung und die Veräusserung von Immobilien[36]. Infolge des Einbruchs im Immobiliensektor anfangs der neunziger Jahre erlitten die gegen die Bank klagenden Kreditnehmer grosse Verluste. Nach der (fragwürdigen) Feststellung der Vorinstanz war die Immobilienkrise für die Bank «allenfalls, wenn auch nicht zwingend, voraussehbar»[37]. Das Gericht hat, obwohl der Einbruch bei den Immobilienpreisen den Vertragszweck vereitelte, eine Haftung zu Recht abgelehnt.

Eine Aufklärungspflicht über den Vertragszweck vereitelnde Umstände ist sodann auch wegen der Abgrenzungsproblematik zur allgemeinen Aufklärungspflicht fragwürdig. Wie sollen, so ist zu fragen, die «allgemeinen Risiken», also die Zweckmässigkeit einer Kreditaufnahme oder die rechtliche und wirtschaftliche Durchführbarkeit eines Projektes, von den «speziellen Risiken», die den Zweck der Kreditaufnahme geradezu vereiteln können, abgegrenzt werden?

Aus diesen Gründen sollte es bei vom Bankgeschäft unabhängigen Projekten – zumindest bei geschäftserfahrenen Kreditnehmern[38] – dabei bleiben,

---

34 BGE 125 III 86 Erw. 3 c) m.w.H.; ebenso BGE 4C.192/1998 vom 19. April 2000.

35 Pra 1998, 830 mit Verweis auf BERTHEAU, 69 f. sowie CHAUDET, 65 und 68; siehe auch BGE 4C.82/2005 vom 4. August 2005 Erw. 6.2, wonach eine Aufklärungspflicht bestehe, falls die Bank «peut prévoir un danger non reconnaissable pour le client et menaçant un placement».

36 Pra 1998, 827 ff.

37 Pra 1998, 831.

38 Vgl. auch BGE 4C.192/1998 vom 19. April 2000, in der eine Geschäftsbank gegen eine andere Bank wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs- und Informationspflichten geklagt hatte; das Gericht wies die Klage zu Recht ab, da der Klägerin als geschäfts-

dass die Bank weder verpflichtet ist, die Durchführbarkeit solcher Projekte in rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht unaufgefordert zu prüfen, noch den Kreditnehmer über die Risiken eines zu finanzierenden Objekts dieser Art zu unterrichten. Selbst wenn Umstände vorliegen, die den Vertragszweck vereiteln können, sollte es beim allgemeinen Grundsatz bleiben, dass der Kreditnehmer selber einschätzen bzw. abklären muss, ob sich das mit dem Kredit verbundene Vorhaben realisieren lässt.

4. Aufklärungspflicht bei Interessenkonflikt der Bank

Anders können die Dinge dann liegen, wenn die Bank selber in einem *Interessenkonflikt* steht. Für diesen Fall sieht die Rechtsprechung zu Recht eine *Aufklärungspflicht* der Bank vor[39]. So darf – wie das Bundesgericht ausführt – die Bank «nicht für Kredite an ein gefährdetes Unternehmen werben, um damit die Rückzahlung eigener, unsicherer Ausstände zu fördern»[40]. Im Beispielsfall 2, in welchem die Bank die Anfangsinvestition getätigt hat und die Kreditvergabe an einen Dritten dazu dient, diese Investitionen zurückzuführen, ist offen, ob die Bank den Kreditnehmer zur Kreditaufnahme ermuntert hat. Ist dies der Fall, trifft sie gleichzeitig eine Aufklärungspflicht bezüglich des Interessenkonflikts.

Nichts anderes sollte gelten, wenn die Bank nicht aktiv auf die Kreditaufnahme hingewirkt hat, sondern lediglich passiv blieb. Der Kreditvertrag als Darlehen mit dauerschuldrechtlichem Auftragseinschlag[41] macht die Offenlegung von Interessenkonflikten, die einen engen Zusammenhang mit dem betreffenden Geschäft haben, schon von der Natur der vertraglichen Vereinbarung her notwendig. In entsprechenden Fällen hat auch die deutsche Rechtsprechung eine Aufklärungspflicht der Bank bejaht[42]. Infolgedessen ist davon auszugehen, dass bei Interessenkonflikten nicht bloss eine Ermunterung zur Kreditaufnahme unzulässig ist, sondern die Bank auch von sich

---

erfahrener Partei «genügend eigene Erkenntnisquellen zur Verfügung standen» (Erw. 2 d).

39 Pra 1998, 830; BGE 4C.82/2005 vom 4. August 2005.

40 Pra 1998, 830 m.N. auf die Lehre.

41 So Pra 1998, 828.

42 Vgl. BGH NJW 1978, 2547: Aufklärungspflicht einer Bank, die als Hauptgläubigerin an der Sanierung wirtschaftlich interessiert ist; BGH NJW 1991, 693, 694: Aufklärungspflicht im Einzelfall nach Treu und Glauben bei besonderem Schutzbedürfnis des Darlehensnehmers, insbesondere bei Wissensvorsprung oder schwerwiegendem Interessenskonflikt der Bank; siehe die weiteren Nachweise bei BECKER, 96 f.

aus den Kreditnehmer aufzuklären hat[43]. Der Rechtslage in Deutschland entsprechend sollte sich die Aufklärungspflicht aber bloss auf den *bestehenden* Interessenkonflikt, *nicht* dagegen auf die *Mängel des zu finanzierenden Projekts* beziehen[44]. Eine solche Einschränkung dürfte sich auch im Hinblick auf das Bankgeheimnis aufdrängen, das Auskünfte über das Projekt meist nicht zulässt.

IV. Informationspflichten gegenüber Dritten

1. Allgemeines

Nebst den (vor-)vertraglichen Aufklärungs- und Informationspflichten gegenüber dem Kreditnehmer stellt sich auch die Frage, ob die kreditgewährende Bank Informationspflichten gegenüber Drittpersonen hat. Zu denken ist insbesondere an Sachverhalte, in denen die Bank bestimmte Risiken beim Kreditnehmer kennt, während Dritte darüber nicht informiert sind und bei Eingehen von Geschäftsbeziehungen mit dem Unternehmen einen Schaden erleiden können.

In diese Richtung geht auch der dritte Beispielsfall, in dem die Bank dem Unternehmen einen Kredit einräumt, der an bestimmte Bedingungen geknüpft ist. Wenn nun das Unternehmen Gläubiger und Anleger bloss über die Kreditgewährung, nicht aber über die Bedingungen informiert, ist fraglich, ob die Bank aufgrund unterlassener Informationen gegenüber diesen Drittpersonen haftbar werden kann.

Dazu ist zunächst wiederum festzustellen, dass das *Bankgeheimnis* in den allermeisten Fällen eine solche Information nicht zulassen dürfte. Der Umstand, dass das Unternehmen selbst die Krediteinräumung öffentlich ge-

---

43 In diesem Sinne auch die beiläufigen Ausführungen in BGE 4C.192/1998 vom 19. April 2000 Erw. 2 b), wonach eine Bank gegenüber einer anderen Bank haftpflichtig werden kann, wenn sie verschweigt, dass ein gemeinsamer «Konsortialkredit lediglich zur Ablösung der eigenen notleidenden Kredite dient».

44 Vgl. im Ergebnis ebenso MOSER/BERGER, 549 f und 552 ff.; zur Rechtslage in Deutschland BECKER, 97 mit Hinweis auf BGH NJW 1988 1583, 1584 = ZIP 1988, 562, 564: keine allgemeine Aufklärungspflicht der Kreditbank über die Sanierungsbedürftigkeit des zu finanzierenden Objektes; hierzu auch BGH ZIP 1992, 912, 913; siehe ferner BGH ZIP 1992, 163, 164 f. und BGH ZIP 1992, 990, 991: besondere Aufklärungs- und Hinweispflichten, wenn die Bank nach aussen erkennbar über die Rolle als Kreditgeber hinausgeht – in den konkreten Fällen beim sogenannten Bauherrenmodell.

macht hat, entbindet die Bank noch nicht von der Geheimhaltungspflicht[45], da die Einzelheiten des Kredits nicht offen gelegt wurden. Die Bank müsste sich vielmehr im Rahmen des Kreditvertrages vom Bankgeheimnis entbinden lassen für den Fall, dass das kreditnehmende Unternehmen Dritte unvollständig über das Kreditverhältnis informiert. Einer solchen Ermächtigung bedarf es allerdings nicht. Denn unabhängig vom Bankgeheimnis lässt sich eine Haftung der Bank in diesen Konstellationen – wie nachstehend aufgezeigt wird – nicht begründen.

2. Ausservertragliche Haftung für Informationspflichtverletzungen

Weder im schweizerischen noch im ausländischen Recht besteht eine allgemeine ausservertragliche Aufklärungs- und Informationspflicht Dritter. In der schweizerischen Lehre wird dies – in Verkennung der schweizerischen Generalklausel in Art. 41 Abs. 1 OR – damit begründet, dass bei reinen Vermögensschäden (und um einen solchen handelt es sich im vorliegenden Beispiel) ein Haftungsanspruch bloss bei Bestehen einer Schutznorm in Betracht kommen kann[46]. Diese Rechtsauffassung trifft auf die Rechtslage in Deutschland zu, da § 823 Abs. 2 BGB dies explizit so anordnet; in der Schweiz kommt eine Haftung für Vermögensschäden dagegen *nicht bloss bei Schutznormverletzungen*, sondern im Hinblick auf den Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 OR auch bei Verstössen gegen *ungeschriebene Verhaltensnormen* in Betracht[47].

Das Bundesgericht hat indessen zu Recht nicht einen allgemeinen Vermögensschutz anerkannt. Bislang wurden Verhaltenspflichten zum Schutze des Vermögens Dritter bloss punktuell, gerade auch im Zusammenhang mit Aufklärungspflichten bejaht. Zu erinnern ist an die Entscheidung, in der die Hausbank eines Bestellers von einem deutschen Lieferanten um eine Kreditauskunft gebeten wurde und die Bank die Kreditwürdigkeit des Bestellers bejahte[48]. Der Besteller ging später in Konkurs. Der deutsche Lieferant klagte gegen die Bank und bekam Recht, obwohl er nicht in einem vertraglichen Verhältnis zur Bank stand und bloss einen Vermögensschaden erlitten hatte.

---

45 Allgemein zum Bankgeheimnis LOMBARDINI, 629 ff.; NOBEL, § 15 N 56 ff.; MARGIOTTA, 59 ff.; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 393 ff.

46 Siehe etwa BASK-SCHNYDER, OR 41 N 34.

47 Vgl. zum Ganzen ROBERTO, AJP 1999, 511, 518 f.; DERS., Haftpflichtrecht, N 48 ff., 138 ff.

48 BGE 111 II 471 ff.; weitere Fälle bei ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 142 ff.

Das Bundesgericht bejahte die Haftung der Bank infolge unrichtiger Auskunft an den deutschen Lieferanten mit der Begründung, dass der Angefragte im Rahmen seiner beruflichen Stellung und seines Fachwissens in Anspruch genommen wurde, dabei leichtfertig unrichtige Angaben machte und für ihn die Bedeutung der Auskunft für den Adressaten erkennbar war[49]. Eine solche Fallkonstellation liegt im Sachverhalt des dritten Beispielsfalles aber nicht vor. Die Bank hat keine Auskünfte erteilt und wurde auch nicht um Auskunft gebeten. Um Ausuferungsgefahren entgegenzuwirken, müssen Fallgruppen, in denen Verhaltenspflichten zum Schutze des Vermögens von Drittpersonen anerkannt werden, tatbestandsmässig eng begrenzt bleiben. Das Unterlassen der Information Dritter stellt jedenfalls dann keine haftungsbegründende Pflichtwidrigkeit dar, wenn der Betreffende weder angefragt wurde noch unaufgefordert an Dritte gerichtete Informationen gab.

In neuerer Zeit müssen solche Fallkonstellationen jeweils auch im Hinblick auf die *Vertrauenshaftung* geprüft werden[50]. Diese aus dem deutschen Recht übernommene Haftungsfigur[51] zielt auf eine Haftungsbegründung in jenen Fällen ab, in denen bei einem reinen Vermögensschaden kein Schutznormverstoss vorliegt. Aufgrund der erläuterten Abweichung der schweizerischen von der deutschen Rechtslage hätte es dieses Imports nicht bedurft[52].

Am zweckmässigsten ist es, man versteht die Vertrauenshaftung als Oberbegriff für jene Fälle, in denen die Rechtsprechung aufgrund einer ungeschriebenen Verhaltensnorm eine Haftung für eine Vermögensschädigung anerkennt. Eine eigenständige Bedeutung hätte sie dann nicht mehr. Im vorliegenden Zusammenhang ist zu bemerken, dass die Vertrauenshaftung ohnehin nicht zum Zuge kommen könnte, setzt sie doch eine *Sonderver-*

---

49 BGE 111 II 471 ff. Erw. 3.

50 Die Vertrauenshaftung taucht unvermittelt in BGE 120 II 331 ff. (Swissair-Entscheidung) und BGE 121 III 350 ff. (Ringer-Entscheidung) auf, ist seither in der Rechtsprechung aber wieder in den Hintergrund gerückt. In der juristischen Literatur hat diese Theorie dagegen einen beachtlichen Niederschlag gefunden, siehe etwa BK-KRAMER, Allg. Einl. OR, 68 und 142 ff.; MOSER, 83 ff.; WALTER, ZBJV 1996, 273 ff.; DERS., ZSR 2001, 79 ff.; WIEGAND, Schuldverhältnis, 85 ff.; LOSER, Konkretisierung, 73 ff.; DERS., Schutzpflicht, 113 ff.; ZK-BAUMANN, ZGB 2 N 105 ff.; BERGER, 15 ff. je m.N.

51 Grundlegend CANARIS, Vertrauenshaftung; sowie DERS., FS Larenz, 27 ff.

52 SCHWENZER, Rz. 52.01 ff.; C. WIDMER, 101 ff.; ROBERTO, FS Juristentag, 137 ff.

bindung zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten voraus[53]. Eine solche Verbindung ist im vorliegenden Fall nicht auszumachen.

3. Keine Pflicht zur Offenlegung der Einzelheiten eines Kreditvertrages

Im Grunde ist auch zu bezweifeln, ob im dritten Beispielsfall Gläubiger und Anleger überhaupt gegen jemanden Haftungsansprüche geltend machen können. Während es bezüglich der Bank an einer Haftungsgrundlage fehlt, ist bezüglich des Unternehmens selbst bzw. der verantwortlichen Organe das Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit fraglich.

Kreditverträge sind Rahmenverträge, in denen sich der Kreditgeber verpflichtet, «dem Kreditnehmer zu bestimmten Bedingungen und bis zu einer bestimmten Höhe Kredit durch Hingabe von Bar- und Buchgeld und Geldsurrogaten zu gewähren, je nach Vereinbarung als feste Vorschüsse oder Kontokorrentkredit, oder seinen Kredit zugunsten des Kreditnehmers zu verwenden»[54]. Statt von Kreditverträgen spricht man daher auch von Krediteröffnungsverträgen. Diese sind zu unterscheiden von Darlehensverträgen, die eine unmittelbare Hingabepflicht begründen.

Die Offenlegung der komplexen Einzelheiten eines Kreditvertrages bzw. Krediteröffnungsvertrages ist weder zumutbar noch praktikabel. Handelt es sich bei den Bedingungen im Kreditvertrag um im allgemeinen Bankgeschäft übliche Bedingungen, so stellt der fehlende Hinweis darauf bei der Bekanntgabe der Krediteinräumung keine Pflichtwidrigkeit dar und kann daher nicht zu Schadenersatzansprüchen führen.

Nicht nur bestehen im Allgemeinen keine Offenlegungs- und Informationspflichten über die Einzelheiten eines Kreditvertrages; vielmehr können solche Informationen an Dritte zur Haftung der kreditgebenden Bank gegenüber dem Kreditnehmer führen. Der Kreditgeber hat neben den aus dem Bankgeheimnis folgenden Pflichten auch die sich *aus dem Kreditvertrag ergebenden Verpflichtungen zur Interessenwahrung und Loyalität* zu beachten. Illustrativ ist ein vor kurzem ergangenes Urteil des deutschen BGH zur Haftung

---

53 Vgl. BK-BREHM, OR 41 N 53c ff.; LOSER, Konkretisierung, 74 f.; FEHLMANN, 169 ff.; WALTER, ZBJV 1996, 281 ff.; siehe aber VON FISCHER, 141 ff., die auch bei einem «typisierten Vertrauen» eine Haftung befürwortet; ebenso bereits WIEGAND, Ad hoc-Publizität, 162 f.; zutreffend dagegen BGE 4C.47/2004 vom 9.12.2004, Erw. 3, wonach «die rechtliche Sonderverbindung und das erweckte Vertrauen zwei verschiedene, kumulative Voraussetzungen der Vertrauenshaftung bilden».

54 BASK-SCHÄRER/MAURENBRECHER, OR 312 N 27.

der Deutschen Bank und ihres Vorstandssprechers wegen Interviewäusserungen zur Kreditwürdigkeit eines Unternehmens der Kirch-Gruppe. Das Gericht bejahte die Schadenersatzpflicht mit der Begründung, aus dem Kreditvertrag ergebe sich für die kreditgebende Bank die Nebenpflicht, «die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers weder durch Tatsachenbehauptungen, auch wenn sie wahr sind, noch durch Werturteile oder Meinungsäusserungen zu gefährden»[55].

V. Konkursverschleppung durch den Kreditgeber

1. Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

Die Konkursverschleppung als solche, also das Hinausschieben der Überschuldungsanzeige beim Gericht, stellt *keinen Straftatbestand* dar[56]. In Betracht kommt dagegen eine *zivilrechtliche Haftung* wegen unterlassener Überschuldungsanzeige[57]. Die Pflicht zur Überschuldungsanzeige obliegt als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe dem Gesamtverwaltungsrat der Aktiengesellschaft[58] und subsidiär, sollte dieser untätig bleiben und eine offensichtliche Überschuldung vorliegen, der Revisionsstelle[59]. Gläubiger – z.B. die Bank als Kreditgeberin – sind *weder verpflichtet noch berechtigt*, anstelle des Verwaltungsrates eine Überschuldungsanzeige vorzunehmen[60].

---

55 BGH ZIP 2006, 317, 320.

56 Immerhin lässt sich auf den Tatbestand der Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB hinweisen, wonach u.a. die Verschlimmerung der Überschuldung strafbar ist, vgl. BÖCKLI, § 13 N 817; HEINZER, N 321 ff.; in Bezug auf die Strafbarkeit Dritter BASK-BRUNNER, StGB 165 N 16 f., nach welchem aus der Tatsache, dass Dritte im Wortlaut von Art. 165 StGB nicht erwähnt werden, nicht auf eine grundsätzliche Straflosigkeit Dritter geschlossen werden darf. Vielmehr kann ein Kreditgeber Täter nach Art. 165 Ziff. 1 sein, falls er z.B. «in Kenntnis der maroden Lage des Schuldners Hochzinskredite gewährt». KESSELBACH, 135, weist für den Bereich der Unternehmenskrise zu Recht auf die Gefahr einer allzu starken Ausdehnung der Strafverfolgung auf das grundsätzlich zivilrechtlich geregelte Wirtschaftsleben hin.

57 Art. 725 Abs. 2 OR.

58 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.

59 Art. 729b Abs. 2 OR.

60 ZK-HOMBURGER, OR 725 N 1254; siehe auch zum OR 1936 BGE 99 Ia 10 ff. Erw. 3 b): «Legitimiert zu einer solchen Anzeige ist, vom hier nicht zutreffenden Sonderfall des Art. 743 Abs. 2 OR abgesehen, einzig die Verwaltung der Aktiengesellschaft. Andere Organe der AG oder einzelne Aktionäre sind zur Anzeige der Überschuldung nicht befugt; dasselbe gilt für Gläubiger und Behörden»; KUNZ, § 11 N 137, fordert de lege

Da der Kreditgeber nicht Adressat der Pflicht zur Überschuldungsanzeige ist, kann er auch nicht wegen unterlassener Konkursanzeige haftbar werden[61]. Dies würde selbst dann gelten, wenn die Kreditbank aktiv darauf hinwirkt, dass der Verwaltungsrat die aufgrund einer bestehenden Überschuldung gebotene Benachrichtigung des Richters unterlässt. Nur wenn der Kreditgeber die Unternehmensorgane verdrängt, diese damit an der Wahrnehmung ihrer Aufgaben hindert und insbesondere die Entscheidung über die Benachrichtigung des Richters in die eigene Hand nimmt, kommt aufgrund der vorstehend dargelegten Grundsätze zur faktischen Organschaft eine Einstandspflicht in Betracht[62].

Abzulehnen ist dagegen die Erweiterung des zur Richterbenachrichtigung verpflichteten Adressatenkreises, wie dies im deutschen Recht diskutiert wird[63]. Dort erwägt man, den Sondertatbestand der Konkursverschleppung in Richtung eines *Allgemeindelikts* aufzuweichen. Die Haftung wegen verschleppter Überschuldungsanzeige soll demnach nicht mehr bloss von den Organen, sondern *von jedermann* begangen werden können. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Pflicht zur Überschuldungsanzeige deshalb dem Verwaltungsrat bzw. der Revisionsstelle auferlegt ist, da von diesen Gesellschaftsorganen die Kenntnis der finanziellen Lage der Gesellschaft und die Beurteilung der Sanierungsaussichten erwartet wird. Um nun eine Haftung der Kreditbank begründen zu können, müsste diese ebenfalls über einen entsprechenden *Informationsstand* verfügen. Sodann bedarf es einer ähnlich *Entscheidungsmacht* über das weitere Schicksal der überschuldeten Gesellschaft[64]. Es ist zwar denkbar, dass eine Bank sich vertraglich weitgehende Informationsrechte und Einflussmöglichkeiten ausbedingen kann. Damit dürfte sie aber wiederum eine organähnliche Stellung innehaben und

ferenda aus Gründen des Minderheitenschutzes, dass auch einzelne Aktionäre die Überschuldungsanzeige machen können; kritisch BÖCKLI, § 13 N 820 Fn. 1481.

61 Anders HEINZER, N 352 und 411 ff.: Trotz der ausschliesslich den Organen obliegenden Pflicht zur Richterbenachrichtigung «il serait erroné d'en déduire que le banquier ne peut commettre une violation illicite de l'article 725 alinéa 2 CO» (N 352). Die Bank soll nicht nur im Falle einer Kreditgewährung an ein kreditunwürdiges Unternehmen (N 415), sondern sogar dann rechtswidrig handeln, wenn sie einen bestehenden Kredit in der Unternehmenskrise nicht zurückfordert (N 420). Zurückhaltender CHAUDET, 80.

62 Vgl. vorstehend II.; vgl. zum deutschen Recht eingehend STEIN, 211 ff.

63 Vgl. die Nachweise bei ENGERT, 38 ff.; für das Schweizer Recht HEINZER, N 352 und 399 ff.

64 Z.B. die Möglichkeit, Sanierungsverhandlungen zu führen, Vereinbarungen mit andern Gläubigern zu treffen, vgl. STEIN, 231.

aufgrund einer faktischen Organschaft haftbar werden[65]. Eine Erweiterung des Adressatenkreises, der zur Richterbenachrichtigung berechtigt und verpflichtet ist, wie dies in der deutschen Lehre vorgeschlagen wird, ist daher *abzulehnen*.

2. Haftung wegen absichtlicher sittenwidriger Schädigung

Denkbar ist auch eine Haftung der Bank aus *unerlaubter Handlung*. Nach deutschem Vorbild könnte eine Einstandspflicht aufgrund sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung bejaht werden[66]. Als Haftungsvoraussetzungen wären in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung zu fordern: eine *Beeinflussung* der Gesellschaftsorgane mit dem Ziel, die Konkursanmeldung hinauszuschieben, die *eigennützigen Beweggründe* der Kreditbank sowie einen *Schädigungsvorsatz*[67].

Eine Haftung liesse sich infolgedessen bejahen, wenn die Bank vorsätzlich auf die Verschleppung der Konkursanzeige hinwirkt, um *eigene Vorteile* zu erlangen. Im Beispielsfall 4 könnten die eigennützigen Beweggründe darin erblickt werden, dass die Bank während der hinausgezögerten Konkursanmeldung lukrative Dienstleistungen im Zusammenhang mit den Devestitionen erbringen kann. Dies alleine würde jedoch für eine Haftung nicht genügen, da der Kreditbank die Wahrnehmung legitimer Eigeninteressen nicht ohne weiteres abgesprochen werden darf. Erforderlich wäre zusätzlich die Absicht, andere Gläubiger zu schädigen.

3. Haftung aufgrund des allgemeinen Deliktsrechts

Die Schädigungsabsicht dürfte selten vorliegen bzw. zu beweisen sein. Mit Blick auf die Generalklausel in Art. 41 Abs. 1 OR liesse sich jedoch für das schweizerische Recht auch argumentieren, dass eine *ungeschriebene Verhaltensnorm* besteht[68], die den Kreditgeberbanken bezüglich der Einflussnahme auf die Gesellschaftsorgane bestimmte Pflichten auferlegt.

---

65 Vgl. vorstehend II.

66 Die deutsche Praxis und Lehre hat in erster Linie die vorsätzliche und sittenwidrige Schädigung gemäss § 826 BGB, welcher Art. 41 Abs. 2 OR entspricht, zur Grundlage der Kreditgeberhaftung gemacht, vgl. ENGERT, 49.

67 Vgl. zu den Voraussetzungen im deutschen Recht ENGERT, 51 ff.

68 Siehe vorne bei Fn. 47. Im deutschen Recht verbietet sich dagegen eine solche Rechtsauffassung aufgrund des klaren Wortlautes in § 823 BGB. Aus diesem Grunde kommt im deutschen Recht – anders als in der Schweiz – der absichtlichen und sittenwidrigen

Die an die Pflichtwidrigkeit gestellten Voraussetzungen müssten durch Lehre und Rechtsprechung konkretisiert werden. In der deutschen Lehre wurde aufgrund der in der Vergangenheit ergangenen Urteile folgendes *Pflichtenprogramm* formuliert[69]: Der Kreditgeber muss im Vorfeld der Kreditvergabe die finanzielle Lage der Gesellschaft überprüfen, die Aussichten für eine Überwindung der Krise sorgfältig abschätzen bzw. abschätzen lassen, begründeten Zweifeln an der Zuverlässigkeit des Managements nachgehen, die Sanierung in konkreter Form planen und dem Unternehmen die für die Sanierung notwendigen Mittel (selber oder durch Dritte) zuführen[70].

Entsprechendes gilt im Grunde auch im schweizerischen Recht in Bezug auf die «stille» Sanierung eines Unternehmens durch den Verwaltungsrat[71]. Solche Bemühungen sind zulässig, sofern die anvisierten Sanierungsmassnahmen eine dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft und deren Ertragskraft herbeizuführen vermögen. Bestehen derartige Sanierungsaussichten, liegt gemäss einer neueren Entscheidung des Bundesgerichts «keine Gefährdung der Gläubigerforderungen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor»[72]. Wobei das Gericht zutreffend auch gleich anfügt: «Die Sanierung bleibt zulässig, selbst wenn sich die Sanierungsbemühungen im Nachhinein als unfruchtbar erweisen»[73].

Massnahmen, die lediglich den Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögern, rechtfertigen dagegen kein Zuwarten bei der Benachrichtigung des Richters[74]. Hinsichtlich der Frage, in welchen Fällen ein Zuwarten gerechtfertigt ist, muss nach Auffassung des Bundesgerichtes abgewogen werden, «ob das Risiko, das mit dem Versuch einer Sanierung naturgemäss verbunden ist, durch den ökonomischen Wert der Chance einer erfolgreichen Sanierung aufgewogen wird»[75]. Sind erhebliche Zweifel an den Erfolgsaus-

---

Schädigung eine grosse Bedeutung zu. Die Ausweitung des Anwendungsbereiches wurde dadurch möglich, dass die Rechtsprechung bereits grobfahrlässiges Verhalten für die Sittenwidrigkeit genügen lässt und der Eventualvorsatz sich kaum von der Grobfahrlässigkeit unterscheiden lässt. Siehe dazu etwa HONSELL, 952 f.

69 ENGERT, 59. Die Pflichtwidrigkeit wird dort zusätzlich zur eigennützigen Handlung gefordert.

70 Vgl. auch die nicht abschliessende «check-list» bei CHAUDET, 59 f.

71 Siehe dazu NYFFELER, 28 f. und GLANZMANN/ROBERTO, 86 f. je m.w.N.

72 BGE 4C.366/2000 Erw. 4 b) vom 19. Juni 2001, mit Verweis auf DUBACH, 157.

73 A.a.O. Erw. 4 b), mit Verweis auf BGE 108 V 183 ff. Erw. 2.

74 Vgl. ausführlich HEINZER zur Haftbarkeit bei der Gewährung von für die Bedürfnisse der Bank untaugliche Kredite (N 476 ff.) und der Finanzierung von nichtrentablen Projekten (N 481 ff.).

75 A.a.O. Erw. 5 b/aa).

sichten der Sanierung angebracht oder ist das Risiko für die Gläubiger nach der erwähnten Abwägung im Verhältnis zur Chance zu hoch, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen und ihm den Entscheid über die Fortführung der Gesellschaft zu überlassen[76].

Diese Grundsätze müssen auch für das Pflichtenprogramm des Kreditgebers beachtet werden[77]. Neben dem Einwirken auf den Verwaltungsrat zwecks Hinausschiebens der Konkursanmeldung aus eigennützigen Gründen bedarf es auch einer Pflichtverletzung[78], wobei die Pflichten denjenigen entsprechen, die im Hinblick auf den Verwaltungsrat bei stillen Sanierungen entwickelt wurden. Insbesondere wäre zu beachten, dass die Erhöhung der Liquidität mittels eines gesicherten Kredits keine Sanierung zu bewirken vermag[79]. Besteht keine Aussicht auf finanzielle Gesundung des Unternehmens, führt die Belastung von Gesellschaftsaktiven bloss zu einer Verringerung des den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehenden Haftungssubstrats[80]. An die *Sanierungsaussichten* sollten freilich *keine zu strengen Anforderungen* gestellt werden. Immerhin könnten im Falle einer erfolgreichen Sanierung bestehende Kredite gerettet werden.

---

76 A.a.O. Erw. 4 b).

77 Anders dagegen HEINZER, N 412 ff., wonach die Kreditgewährung an eine notleidende Gesellschaft bereits das Rechtswidrigkeitserfordernis erfüllt.

78 Vgl. auch die Ausführungen in BGE 4P.161/2003 vom 12. November 2003 Erw. 4.3.2: «Certes, huit jours auparavant, la banque avait accordé à Z-SA en formation un prêt fixe de 700'000 fr. pour le rachat du capital-actions de V-SA, un prêt fixe de 500'000 fr. pour le rachat du matériel d'exploitation de Y et un crédit en compte courant de 3'000'000 fr. comme liquidités pour l'exploitation de la société. A défaut d'autres éléments, il n'était pourtant pas arbitraire d'admettre que l'octroi de ces prêts, peu avant la fondation de la société précitée, n'avait en rien lese cette société, ses actionnaires ou ses créanciers.» Bloss die Hingabe eines Kredits führt «a défaut d'autres elements» nicht zu einer Einstandspflicht des Kreditgebers.

79 Nach HEINZER, N 422 ff., und CHAUDET, 64, handelt der Kreditgeber rechtswidrig, falls er sich übermässige Sicherheiten gewähren lässt. Allerdings ist in diesem Zusammenhang auf die paulianische Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG hinzuweisen: Ist eine Sicherheitsleistung anfechtbar, so sind keine Gläubiger geschädigt, und es ist in der anfechtbaren Handlung noch keine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 OR zu erblicken, vgl. BGE 95 III 83 ff. Erw. 6 c). Die Widerrechtlichkeit kann sich aber ergeben, falls gleichzeitig gegen eine andere Norm – insbesondere des Strafrechts – verstossen wird, so BGE 95 III 83 ff. Erw. 6 d); HEINZER, N 427.

80 Zu weit geht dagegen die Forderung nach einer Überwachungspflicht der Bank hinsichtlich des Kredites, so aber CHAUDET, 72 ff.; HEINZER, N 490 ff.

4. Folgerungen

Eine Haftung des Kreditgebers wegen verspäteter Richterbenachrichtigung lässt sich auf der Grundlage der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht begründen, es sei denn, die Voraussetzungen der faktischen Organschaft seien erfüllt. In Betracht kommt dagegen eine ausservertragliche Haftung wegen absichtlicher sittenwidriger Schädigung oder aufgrund des allgemeinen Deliktsrechts. Bei beiden dogmatischen Herleitungen müssen die Anforderungen an eine Einstandspflicht hoch angesetzt werden. Eine absichtliche Schädigung anderer Gläubiger im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR dürfte kaum je vorliegen. Eine Haftung des Kreditgebers setzt daher voraus, dass (i) er auf den Verwaltungsrat dahingehend *einwirkt*, dass dieser die Konkursanmeldung hinausschiebt, (ii) dies aus *eigennützigen Gründen* erfolgt und (iii) die im Hinblick auf die *«stille» Sanierung einer Unternehmung durch den Verwaltungsrat entwickelten Voraussetzungen nicht vorliegen*.

Im Beispielsfall 4 hat die Bank einem notleidenden Unternehmen einen gesicherten Überbrückungskredit eingeräumt. Die eigennützigen Beweggründe könnten wiederum darin erblickt werden, dass die Bank in der Zwischenzeit lukrative Dienstleistungen im Zusammenhang mit den Devestitionen erbringen kann. Ob die Bank aktiv auf das Hinauszögern der Konkursanmeldung hingewirkt hat, geht aus dem Beispielsfall nicht hervor. Selbst wenn dies der Fall wäre, würde eine Haftung gemäss den vorne entwickelten Kriterien zusätzlich noch eine Pflichtverletzung voraussetzen.

Der Beispielsfall enthält bezüglich der Sanierungswürdigkeit und -fähigkeit des Unternehmens keine Anhaltspunkte. Banken pflegen jedoch Überbrückungskredite bloss im Hinblick auf eine mögliche Unternehmenssanierung zu gewähren. Um den Kredit zurückzuführen, sind oftmals Devestitionen notwendig. Sodann darf der Zinsendienst das Unternehmen nicht zu sehr belasten, da ansonsten eine finanzielle Gesundung kaum möglich ist. Infolgedessen kann die Kreditgewährung im Einzelfall finanziell wenig lukrativ sein. Dadurch, dass sich die Bank ausbedingt, bei den Devestitionen das Unternehmen beraten zu können, kann die Rendite des Geschäftes leicht verbessert werden. Im übrigen darf von einer Bank auch nicht erwartet werden, dass sie zwar den für das Überleben eines Unternehmens notwendigen Kredit gewährt, das Unternehmen jedoch eine andere Bank mit der Abwicklung der Devestitionen betraut. Sofern also *berechtigte Sanierungshoffnungen* bestanden bzw. das Sanierungsrisiko durch den ökonomischen Wert einer möglichen erfolgreichen Sanierung aufgewogen wird, kommt eine *Haf-*

tung nicht in Betracht, auch wenn die Bank auf die Verzögerung der Konkursanmeldung hingewirkt und in der Zwischenzeit Beratungshonorare bezogen hat.

VI. Weitere Haftungskonstellationen

Wie eingangs bemerkt, bestehen für die kreditgebende Bank vielfältige Haftungsrisiken. Auf vier Fallgruppen mit ihren verschiedenen Ausprägungen wurde vorne eingegangen. Nachfolgend soll durch die Erläuterung einiger weiterer Problembereiche die Breite der Haftungsvariationen verdeutlicht werden.

1. Verrechnungsliberierung als Sanierungsmassnahme

In unternehmerischen Krisensituationen ist eine der naheliegenden bilanztechnischen Sanierungsmassnahmen die *Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital*. Für solche Transaktionen kommen (neben den Aktionären bei bestehenden Aktionärsdarlehen) meist bloss die Kreditbanken in Betracht. Bei einem solchen «Debt-Equity-Swap» verzichtet der Gläubiger gegen entsprechendes Aktienkapital ganz oder zu einem Teil auf seine Darlehensforderung und ermöglicht somit der notleidenden Gesellschaft die Beseitigung der Unterbilanz, d.h. des nicht mehr durch Aktiven vollständig gedeckten Aktienkapitals, oder gar der Überschuldung[81]. Diese Sanierungshandlung ist in unternehmerischen Krisensituationen zwar nahe liegend und von der Unternehmung, den Gläubigern und den Aktionären erwünscht, da sie den Gang zum Richter vermeiden und allenfalls das Überleben der Unternehmung ermöglichen kann[82]; sie ist aber für die Bank mit einem doppelten Haftungsrisiko verbunden.

Zum einen erhöht sich die Gefahr, dass die Bank als faktisches Organ qualifiziert wird, da sie im Anschluss an eine solche Transaktion nicht mehr Kreditgeberin, sondern Aktionärin ist. Zum anderen ist fraglich, ob ein Gericht ein solches Vorgehen als rechtsgültige Liberierung ansehen würde. In der Lehre werden sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Gegenposition zahlreiche Gründe angeführt.

---

81 Siehe dazu GIGER, 126 f.

82 Bilanztechnische Sanierungen vermögen jedoch die Gesundung des Unternehmens nicht *nachhaltig* zu sichern; hierfür muss die Ertragskraft wiederhergestellt werden.

Wer solche Sanierungshandlung als unzulässig erachtet, stösst sich vor allem am Umstand, dass die zur Verrechnung gebrachte Forderung im Zeitpunkt des nicht mehr gedeckten Aktienkapitals bzw. der Überschuldung bloss noch *teilweise oder gar nicht mehr werthaltig* ist[83]. Da das Fremdkapital nicht mehr vollständig durch Aktiven gedeckt ist, sinkt der wirtschaftliche Wert solcher Forderungen unter den nominalen Forderungsbetrag. Die Gesellschaft ist eben nicht in der Lage, alle Forderungen bei Fälligkeit zu begleichen[84]. Sodann werden unter anderem auch Bedenken hinsichtlich des Aktionärsschutzes geäussert. Es komme zu einer Ungleichbehandlung der Aktionäre, wenn Gläubiger der Gesellschaft «billiger» eine mit derjenigen der in bar liberierenden Aktionäre identischen Aktionärsstellung erlangen können[85].

Die gelegentlich gehegten Zweifel an der Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung bei nicht mehr vollständig werthaltigen Forderungen sind unbegründet. Im schweizerischen Recht ist die Verrechnung als *eigenständige Liberierungsart* ausdrücklich im Gesetz geregelt[86], wobei *keine Einschränkung* hinsichtlich der Werthaltigkeit vorgesehen ist. Auch bedarf es für die Liberierung *nicht notwendigerweise eines Zuflusses von Aktiven*[87]. Es gehört zum Wesen der Verrechnung als liquiditätsneutrales, reines Passivengeschäft, dass sich zwei gegenüberstehende Forderungen aufheben bzw. verkleinern, ohne dass der Gesellschaft Liquidität oder andere Vermögenswerte zufliessen. Deshalb kann es bei der Verrechnung auch nicht auf den Marktwert der Forderungen ankommen, da es nicht um einen Erwerbsakt, sondern um den Untergang der Forderungen kraft Identität von Gläubiger und Schuldner geht[88]. Sachgerecht ist bei Verrechnungen alleine das *Nominalwertprinzip*[89].

---

83 Gegen die Zulässigkeit namentlich BÖCKLI, § 2 N 126 ff.; CH. WIDMER, 389; KUNZ, § 2 N 47 ff.; SENN, 155 f.; SCHOCH, 27; noch zum OR 1936 und die Voraussetzung der Werthaltigkeit de lege ferenda fordernd MOSIMANN, u.a. 67 ff.

84 FORSTMOSER/VOGT, 533.

85 So KUNZ, § 2 N 48 ff. (dort) Fn. 134; ebenso SCHOCH, 27; a.M. DRUEY, 284; FORSTMOSER/VOGT, 552 ff., welche den bei der Verrechnungsliberierung notwendigen Bezugsrechtsentzug durch die damit verfolgte Sanierungswirkung gerechtfertigt sehen; dabei dürfte das Sanierungsziel den von Art. 652b Abs. 2 OR verlangten «wichtigen Grund» darstellen.

86 Art. 635 Ziff. 2 und 652e Ziff. 2 OR.

87 Das Gesetz sieht in Art. 652d OR die Kapitalerhöhung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital (Ausgabe von Gratisaktien) vor. FORSTMOSER/VOGT, 562; GLANZMANN, Schranken, 228 ff.

88 DRUEY, 280.

Auch sachlich bestehen keine Bedenken gegen die Verrechnungsliberierung. Die Gläubiger werden nicht benachteiligt, da die Deckungsquote für die verbleibenden Gläubiger nicht verringert, sondern erhöht wird. Zwar wären die Gläubiger bei einem eigentlichen Mittelzufluss – etwa durch Barliberierung – noch besser gestellt, doch haben Gläubiger grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Kapitalerhöhung. Im Vergleich zu einer ausbleibenden Verrechnungsliberierung sind die bestehenden Gläubiger nach einer solchen Transaktion besser gestellt[90]. Die Aktionärsinteressen werden ebenfalls nicht verletzt. Der *Substanzwert* der Gesellschaft *erhöht sich* auch bei Liberierung durch eine nicht werthaltige Forderung, da die Gesellschaftsverbindlichkeiten um den Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung abnehmen, während der Substanzwert entsprechend zunimmt.

Der überwiegende Teil der Lehre bezeichnet die Verrechnungsliberierung infolgedessen zu Recht auch in jenen Fällen als zulässig, in denen die Forderung, die für die Liberierung zur Verrechnung gebracht wird, nicht werthaltig ist. Diese Auffassung ermöglicht es, die Verrechnungsliberierung auch in der unternehmerischen Krisensituation als *zulässiges Sanierungsinstrument* zu verwenden[91]. Sowohl für die Gläubiger, die willens sind, einen

---

89 Da die überschuldete Gesellschaft, für welche der Bankkredit ein Passivum darstellt, aufgrund des Vorsichtsprinzips zum Nominalwert verbuchen muss, verbessert sich die Vermögenslage bei Verrechnungsliberierung auch im vollen Umfang der getilgten Schuld, so DRUEY, 268 und insb. 277: «Das Modell, die Idee der Verrechnung, ist aber auch insofern massgebend – gegenteilige Gesichtspunkte sind nicht feststellbar –, als sie dem Nominalwertprinzip folgt, also Franken gegen Franken stattfindet und damit dem Gläubiger den für dieses Institut typischen Vorteil verschafft, mit einer schlechten Forderung einen vollwertigen Titel für die Erfüllung seiner Schuld einsetzen zu können. Deshalb spielt die Verrechnung in der ganzen Einredelehre eine so prominente Rolle (vgl. nur Art. 169 OR)».

90 Vgl. GLANZMANN, Schranken, 230, mit dem Hinweis, dass das Vertrauen der Gläubiger auf Liquiditätszufluss selbst dann enttäuscht würde, wenn die zur Verrechnung gebrachte Forderung werthaltig wäre. Es liesse sich einzig hinsichtlich zukünftiger Gläubiger bemängeln, dass über die mangelnde Werthaltigkeit der verrechneten Forderung insofern eine eingeschränkte Publizität besteht, als dass Art. 641 OR keine Pflicht vorsieht, die Tatsache der Verrechnungsliberierung in den Statuten zu erwähnen; kritische Stimmen zur eingeschränkten Publizität finden sich ferner bei CH. WIDMER, 398; GLANZMANN, Schranken, 223 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 31; VON SALIS-LÜTOLF, N 573 (dort) Fn. 343, welcher sich bei fraglicher Werthaltigkeit der Verrechnungsforderungen für eine statutarische Erwähnung der Verrechnungsliberierung ausspricht.

91 Für die Zulässigkeit DRUEY, 267 ff.; GLANZMANN, Schranken, 221 ff.; DERS. Kapitalerhöhung, 15; FORSTMOSER/VOGT, 531 ff.; HOLD, 184 f.; CAMPONOVO, 885 ff.; RUBLI, 207 f.; wohl auch VON SALIS-LÜTOLF, N 573; REINARZ, 443 ff.; PFEIFER, 1474 ff.; SCHENKER,

Beitrag zur Sanierung eines Unternehmens zu leisten, als auch für die in Schieflage geratene Unternehmung selbst wäre es wünschenswert, wenn bezüglich der Zulässigkeit *Rechtssicherheit* geschaffen würde[92].

Der *Rechtsprechung* bot sich bislang keine Gelegenheit, die Streitfrage zu klären[93]. Für die kreditgebende Bank besteht damit das Problem, dass die angeführten Gründe zwar für die Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung sprechen mögen, die Rechtslage aber aufgrund der divergierenden Auffassungen in der Lehre und der fehlenden Rechtsprechung unsicher bleibt. Sollte ein Gericht im Nachgang an eine Verrechnungsliberierung, die einen Konkurs gleichwohl nicht abzuwenden vermochte, zur Auffassung gelangen, dass ein Debt-Equity-Swap in der Überschuldungssituation unzulässig ist, hätte dies erhebliche Auswirkungen auf den Kreditgeber. Da nach dieser Ansicht die Verrechnung keine rechtsgültige Liberierung darstellt, kommt es zu einer *Nachliberierungsforderung* gegen die kreditgebende Bank[94]. Überdies drohen *strafrechtliche* Konsequenzen für die Organe der Kreditbank, etwa wegen Erschleichung einer Falschbeurkundung (Art. 253 StGB) oder unwahrer Angaben gegenüber den Handelsregisterbehörden (Art. 153 StGB)[95].

108 ff.; BASK-ZINDEL/ISLER, OR 652c N 4; BASK-ISLER/ZINDEL, OR 653a N 9 f.; BASK-WATTER, OR 753 N 8; mit einem Blick auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung auch VRBASKI, 59 ff.

92 Zur ökonomischen Auswirkung der Rechtsunsicherheit bei Kreditverhältnissen vgl. hinten VII.2.

93 Bloss als obiter dictum erwähnt das Urteil des Bundesgerichtes vom 11.07.2002, i.S. A. GmbH und B. AG gegen EBK (2.A.169/2002), dass «[b]ei einer Liberierung durch Verrechnung [...] eine Einlage nur dann als erbracht [gilt], wenn der Verkehrswert der Forderung gegen die Gesellschaft nicht tatsächlich unter deren Nennwert gefallen ist» (Erw. 6). Die Tragweite dieser höchstgerichtlichen Feststellung in Bezug auf künftige Sachverhalte dürfte indessen schwer abzuschätzen sein. Im Dunstkreis der Thematik bewegte sich ferner der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2001, in ZR 100 (2001) Nr. 41, 126 ff., wonach die Liberierung der Aktien in bar oder durch Tilgung von Gegenforderungen für die finanzielle Situation einer Gesellschaft keinen Unterschied machen soll, a.a.O. Erw. 2 b) i.f.; DRUEY, 276; STOFFEL/TERCIER, 285.

94 VON SALIS-LÜTOLF, N 572; vgl. auch BÖCKLI, § 2 N 131.

95 BÖCKLI, § 2 N 145.

2. Verantwortlichkeit für Kreditkaskaden

Ein weiteres Haftungsrisiko folgt aus dem Gedanken, dass das Vertrauen anderer Gläubiger aufgrund der Kreditgewährung durch die Bank Rechtsschutz verdient[96]. Der Gedankengang ist der Folgende: Kreditgebern stehen eine Reihe von Informationsquellen zur Verfügung. Sie können sich auf öffentlich zugängliche Informationen stützen, seien diese rechtlich vorgeschrieben, wie Angaben im Handelsregister oder kapitalmarktrechtliche Informationspflichten, oder seien diese unter den Marktteilnehmern weitergegebene Informationen. Sodann haben Kreditgeber die Möglichkeit, im Rahmen der Kreditvergabe vom Unternehmen weitere Auskünfte und Unterlagen einzufordern. Sie können bei ihrer Prüfung ausserdem allgemeine Informationen über die Ausfallrisiken in einer Branche, die Wirtschaftslage in dem betreffenden Wirtschaftszweig oder die Einschätzungen von Ratingagenturen oder Analysten heranziehen.

Nun werden aber in der Praxis diese Informationsmöglichkeiten höchstens teilweise genutzt. Vielmehr verlassen sich, gemäss dem Gedankengang der Kreditkaskadenhaftung, viele Kreditgeber darauf, dass die grossen Kreditgeber die insgesamt verfügbaren Informationen bereits in ein Urteil über die Kreditwürdigkeit zusammengeführt haben und zu einer positiven Einschätzung gekommen sind. Ansonsten würde das auf Fremdkapital angewiesene Unternehmen im Markt ja nicht überleben. Es handelt sich somit um ein *Signal der grossen Kreditgeber an die kleineren Kreditgeber betreffend der Kreditwürdigkeit* eines Unternehmens.

Diese Kreditkaskade lässt sich ökonomisch als *Informationskaskade* erklären[97]. Die Banken haben in dieser Kaskade regelmässig einen *Informationsvorsprung*, da einerseits die Kreditinformationen als Nebenprodukt der Geschäftstätigkeit anfallen und andererseits Finanzintermediäre über Spezialwissen zur Beschaffung von Kreditinformationen verfügen[98]. Sodann wäre

---

96 Ausführlich hierzu ENGERT, 83 ff.; siehe auch HEINZER, N 132 ff. und 439 ff., nach welchem sich die Bank im Einzelfall rechtsmissbräuchlich verhalten könne, falls sie einen Kredit kündigt, nachdem sie Dritten ausdrücklich oder konkludent zu erkennen gab, das Kreditverhältnis weiterführen zu wollen; nach DESSEMONTET, 405, kann ein Vertrag grundsätzlich keine Rechtswirkungen auf Dritte haben («res inter alios acta non nocet» bzw. «privity of contracts»); trotzdem soll eine abrupte Kreditkündigung gegen den guten Glauben verstossen (a.a.O., 416).

97 Vgl. grundlegend die formale Herleitung von BIKHCHANDANI/HIRSHLEIFER/WELCH, 992 ff.; zum Phänomen des «Herdenverhaltens» auch BANERJEE, 797 ff.

98 Vgl. ENGERT, 90 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

eine umfassende Abklärung bei kleineren Krediten für die jeweiligen Gläubiger unökonomisch. Es sei, so wird geltend gemacht, gesamtwirtschaftlich ohnehin sinnvoller, wenn Informationen über einen Kreditnehmer nicht mehrfach erhoben werden; die grossen Kreditgeber können die Kreditprüfung kostengünstiger und umfassender vornehmen. Umgekehrt sei es auch nicht erwünscht, dass kleinere Kreditgeber die Gewährung von Krediten einschränken. Funktionierende Kreditkaskaden würden daher die Unternehmensfinanzierung verbessern. Aus diesem Grund könne aus gesamtwirtschaftlicher Sicht gefordert werden, dass das Vertrauen von Kreditgebern mit vergleichsweise schlechtem Zugang zu kreditrelevanten Informationen in die Kreditabklärung der grossen Kreditgeber zu schützen sei[99].

Eine Haftung aufgrund des geschafften Vertrauens des Grosskreditgebers ist jedoch *abzulehnen*[100]. Dies nicht nur deshalb, weil die Kreditwürdigkeit eine veränderliche Grösse darstellt; vielmehr können auch die Interessenlagen bei den verschiedenen Kreditgebern unterschiedlich sein. So kann es sich bei einer Bank, die bereits Kredit gewährt hat, ökonomisch lohnen, einem notleidenden Unternehmen weiterhin Kredit zu gewähren, um die Chance der Rückführung des Kredits zu erhöhen. Sodann könnte die Interessenlage auch insofern unterschiedlich sein, als ein Kredit gesichert sein könnte, sei es durch Vermögenswerte des Unternehmens selbst, sei es durch Dritte[101]. Der gesamtwirtschaftliche Effizienzgewinn lässt sich infolgedessen kaum erreichen. Im Gegenteil besteht die Gefahr, dass die mit weiteren Theorien zur Kreditgeberhaftung einhergehende Rechtsunsicherheit ökonomisch unerwünschte Folgen zeitigt[102].

3. Mithilfe an unzulässigen «Cash Pooling-Modellen»

Schliesslich sei noch das Haftungsrisiko im Zusammenhang mit Dienstleistungen für die Errichtung und Betreibung einer zentralen Konzernfinanzierung erwähnt. In der Praxis erfolgt die Liquiditätsbewirtschaftung von Konzernen vielfach zentralisiert im Rahmen eines Cash Pooling. Dabei führen die einzelnen Gruppengesellschaften aus Effizienzgründen ihre Soll- und Habensaldi aller Bankkonten bei einer Bank bzw. Bankengruppe zu-

99 So im Ergebnis ENGERT, 96 f.

100 So auch BIKHCHANDANI/HIRSHLEIFER/WELCH, 992.

101 ENGERT, 109 ff.

102 Siehe nachstehend bei VII/2.

sammen[103]. Die ökonomische Motivation einer solchen Liquiditätsbündelung liegt einerseits in der jederzeitigen Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit. Anderseits verhindert das Cash Pooling, dass einige Gruppengesellschaften niedrig verzinste Guthaben bei Banken unterhalten, während andere Konzerngesellschaften ihren Liquiditätsbedarf zu hohen Schuldzinsen decken müssen[104]. Auf diese Weise kann die Zinsbelastung im Gesamtkonzern möglichst tief gehalten werden. Sodann ermöglicht das Cash Pooling Grössenvorteile am Kapitalmarkt, indem die Kreditwürdigkeit der einzelnen Konzernunternehmung in der konsolidierten Betrachtungsweise höher eingestuft wird[105]. Die zentrale Konzernfinanzierung verringert schliesslich den Finanzbedarf der Gesamtgruppe.

Das Cash Pooling ist aber in mehrfacher Hinsicht problematisch. Aufgrund der Überlassung der Liquidität an die Gruppengesellschaft, die als Pool Leader bestimmt wurde (beim physischen Cash Pooling), bzw. der Gewährung von Sicherheiten für Sollsaldi einer anderen Gruppengesellschaft (beim Notional Pooling)[106] ist die einzelne Konzerngesellschaft regelmässig nicht kreditwürdig, wenn die Kreditwürdigkeit für jede Konzerngesellschaft gesondert zu beurteilen ist. Das Cash Pooling kann aus verschiedenen Gründen gegen *gesellschaftsrechtliche Bestimmungen verstossen*, da im schweizerischen Gesellschaftsrecht der Grundsatz der *zivilrechtlichen Selbständigkeit* der einzelnen Konzerngesellschaften gilt[107].

So sind auch in Konzernverhältnissen die Schranken zum Schutze des Eigenkapitals zu beachten. Das Cash Pooling kann infolgedessen gegen das

---

103 Ein bankenübergreifendes Pooling ist demgegenüber kostspielig und nur unter einschränkenden Bedingungen möglich (fehlende Standardisierung der Bankensysteme und geringe Kooperationsbereitschaft der Banken), vgl. GIEGERICH, 869.

104 FASSBENDER, 28; ESCHENBRUCH, N 3056 f.

105 Eingehend FASSBENDER, 29, m.w.N.

106 Vgl. zu den Erscheinungsformen BLUM, Aspekte, 705; DERS., Fallstricke, 25; GIEGERICH, 869 f.; FASSBENDER, 26 ff.; RUBLI, 219 f.

107 Vgl. VON BÜREN, 177, m.V. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, etwa im Urteil vom 8.4.1999 (4C.10/1999), worin festgehalten wurde, es sei «zu beachten, dass in einem ausgereiften Privatrechtssystem die Rechtsfigur der juristischen Person in hohem Grade verfestigt ist und die Rechtssubjektivität nicht von Fall zu Fall in Frage gestellt werden soll», vgl. ferner BGE 110 Ib 127 ff. Erw. 3; 108 Ib 28 ff. Erw. 4; zur Durchbrechung des Trennungsprinzips, insb. in Bezug auf Haftungsfragen statt vieler VOGEL, 151 ff.; VON BÜREN, 174 ff.; HANDSCHIN, 219 ff.

Verbot der *Einlagerückgewähr* (Art. 680 Abs. 2 OR)[108] oder der *verdeckten Gewinnausschüttung* (Art. 678 Abs. 2 OR) verstossen. So ist das Kapitalrückzahlungsverbot verletzt, falls die Bonität der sich am Pool beteiligenden Gruppengesellschaft nicht gewährleistet ist oder begründete Zweifel hinsichtlich der Rückzahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit oder Kündbarkeit des Darlehens bestehen[109]. Dagegen besteht wegen unzulässiger Gewinnausschüttung eine Rückerstattungspflicht für Leistungen, welche in einem offenbaren Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen[110].

Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit einer zentralen Konzernfinanzierung in Form eines Cash Pools und gegebenenfalls, welche Modalitäten zu beachten sind, ist unsicher. Die an einem Cash Pool beteiligte Bank hat infolgedessen – nebst den hauptverantwortlichen Organen – ein Haftungsrisiko. Die Bank riskiert zum einen, etwaige aufgrund der Sicherungsabrede einbehaltene Vermögenswerte *zurückerstatten* zu müssen[111]. Sodann besteht die Gefahr, dass die Bank aufgrund der kausalen Mitwirkung an einer rechtswidrigen Verletzung der Kapitalschutzvorschriften[112] solidarisch mit den Organen[113] *schadenersatzpflichtig* wird.

---

108 Dies gilt sowohl bei einer Leistung Upstream (d.h. direkt an den Aktionär) als auch bei einer Leistung Crossstream, da in letzterer Konstellation die Mittel zumindest indirekt zu Gunsten des Aktionärs abfliessen.

109 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 348; TSCHÄNI, Kap. 5 N 48; BASK-KURER, OR 680 N 22; RUSCH, 135; GLANZMANN, Darlehensvertrag, 98 f.; vgl. zu Ganzen auch BÖCKLI, § 12 N 544.

110 Ausserdem können sich beim Cash Pooling Probleme im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsinteresse, der Verletzung der guten Sitten, der Begrenzung des Erwerbs und Haltens eigner Aktien oder der Gleichbehandlung der Aktionäre ergeben; vgl. zu den einzelnen Problembereichen etwa RUSCH, 18 ff.

111 BLUM, Aspekte, 708 f., m.w.H.; siehe für den Fall einer verdeckten Gewinnausschüttung TSCHÄNI, Kap. 5 N 73; AEBI, 175; hinsichtlich der Rückerstattungspflicht aus Art. 680 Abs. 2 OR soll es nach einem Teil der Lehre auf die Gutgläubigkeit der Bank ankommen, dahingehend ZOBL, 190 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 109; a.M. BASK-KURER, OR 680 N 25 («absolute Nichtigkeit»); die Frage der Gutgläubigkeit der Pool Bank dürfte indes aufgrund einer weitgehenden Wissenszurechnung akademischer Natur sein.

112 Zumindest im Umfang der freien Reserven sollte die zentrale Bewirtschaftung der Vermögenswerte zulässig sein; vgl. BLUM, Aspekte, 715, u.a. mit dem Hinweis, dass die Gläubiger ja auch gegen eine ordentliche Dividendenausschüttung im Umfang der freien Reserven nichts einwenden können; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 348.

113 Vgl. zu einer entsprechenden Klage gegen die Swissair-Organe NZZ vom 14.7.2005, 21.

VII. Ökonomische Erwägungen

Zum Schluss seien noch einige Überlegungen ökonomischer Art im Zusammenhang mit der Kreditgewährung durch Banken angestellt. Darzulegen sind einerseits die Auswirkungen von Informationsasymmetrien auf das Kreditverhalten der Banken und andererseits die Bedeutung von Rechtsunsicherheit in Bezug auf Kreditentscheidungen. Auf diese beiden Aspekte hat in der deutschen Literatur insbesondere ENGERT[114] hingewiesen.

1. Auswirkungen von Informationsasymmetrien

Zwischen dem Kreditgeber und dem Kreditnehmer besteht eine ausgeprägte Informationsasymmetrie. Das Unternehmen hat die weitaus besseren Möglichkeiten, um die eigene Kreditwürdigkeit einschätzen zu können, als die kreditgebende Bank.

Damit entsteht die Situation, die der Nobelpreisträger Akerlof am Beispiel des Gebrauchtwagenmarktes mit seinem Forschungsbeitrag «Market for Lemons» aufgezeigt hat[115]. Mit «Lemons» sind dabei nicht Zitronen, sondern minderwertige Occasionsfahrzeuge gemeint. Das theoretische Modell ist das folgende: Der Käufer eines Gebrauchtwagens kann die Qualität des Fahrzeugs nur eingeschränkt überprüfen. Aus diesem Grunde tendieren auch die Verkäufer von Gebrauchtwagen in minderwertigem Zustand dazu, die Qualität des Fahrzeugs höher anzupreisen, als sie tatsächlich ist.

Im Markt stellt sich aufgrund der mangelhaften Überprüfbarkeit der Qualitätsunterschiede ein Einheitspreis ein. Dieser Preis mag für die Eigentümer minderwertiger Gebrauchtwagen nach wie vor attraktiv sein, während die Eigentümer qualitativ guter Fahrzeuge nicht bereit sind, ihre Fahrzeuge zu diesem Preis zu veräussern. Es kommt mithin zu einer *Negativauslese* («adverse selection»), wodurch die Preise für Gebrauchtwagen noch tiefer sinken. Dies macht den Markt für weitere Verkaufsinteressenten unattraktiv. Letztlich sind bloss noch jene Verkäufer bereit, ihr Gebrauchtauto zu den gefallenen Preisen zu veräussern, die um die mangelhafte Qualität ihres Autos wissen. Alle anderen Verkaufsinteressenten sind vom Markt ausgeschlossen. Im Ergebnis können Informationsasymmetrien zum *teilweisen oder*

114 S. 14 ff., 134 ff., 209 ff.

115 AKERLOF, 488 ff.

gänzlichen Zusammenbruch des Marktes führen, es sei denn, das Informationsgefälle lässt sich zu vernünftigen Kosten beheben[116].

Entsprechendes gilt für den Kreditmarkt. Das Ausfallrisiko einer Unternehmung ist für die Bank oftmals wenig transparent; jedenfalls kann das Unternehmen seine Kreditwürdigkeit besser einschätzen als die Bank. Ein Kreditzins kann für ein solides Unternehmen zu hoch, für ein Unternehmen mit potentiellen Risiken dagegen durchaus angemessen sein. Da vor allem Unternehmen mit geringer Kreditwürdigkeit durch die bestehenden Kreditkonditionen angezogen werden, müssten die Banken aufgrund der steigenden Ausfallrisiken die Zinsen kontinuierlich erhöhen, was Unternehmen mit geringen Risiken noch weiter vom Kreditmarkt ausschliesst («adverse selection»). In Analogie zum Akerlof'schen «Market for Lemons» kann dies dazu führen, dass *ökonomisch sinnvolle Kreditfinanzierungen teilweise oder vollends unterbleiben.*

Um dieser Problematik zu entgehen und gleichwohl profitabel arbeiten zu können, können die Banken dazu übergehen, aufgrund gewisser Merkmale ganze Risikoklassen von der Kreditfinanzierung auszuschliessen. In den USA spricht man in diesem Zusammenhang von «*redlining*». Kreditgeber pflegten in den USA beim Hypothekargeschäft ganze Landstriche rot zu schraffieren, wo generell keine Hypotheken gewährt wurden[117]. Eine solche Kreditrationierung kommt einem partiellen Zusammenbruch des Kreditmarktes gleich[118].

Subtiler erfolgt die Kreditrationierung, falls Unternehmen, die im Grunde als gleich kreditwürdig erscheinen, teils Kredite erhalten, teils leer ausgehen[119], oder wenn zwar alle Unternehmen Kredite erhalten, aber nicht in der Höhe, in der sie die Kredite nachfragen[120]. Die Banken sind jeweils auch nicht bereit, durch Zinserhöhungen den Nachfrageüberhang zu beseitigen und den Kreditmarkt ins Gleichgewicht zu bringen. Was auf den ersten Blick paradox erscheinen mag, ist wiederum mit dem Akerlof'schen «Market for Lemons» erklärbar: Ein höherer Zins schreckt die finanzstarken Unternehmen ab und lockt dafür Unternehmen mit schlechter Bonität an. Sofern

---

116 So beispielsweise die Untersuchung des Autos in einer Werkstatt, vgl. ENGERT, 17.

117 Vgl. zum Redlining ENGERT, 22; FREIXAS/ROCHET, 138; JAFFEE/STIGLITZ, 848; NEUBERGER, 104.

118 Grundlegend zu den ökonomischen Hintergründen der Kreditrationierung in Märkten mit Negativauslese HELLMANN/STIGLITZ, 281.

119 Vgl. FREIXAS/ROCHET, 140, Abb. 5.2.

120 ENGERT, 23.

die Kreditausfälle die Mehreinnahmen aufgrund der Zinserhöhungen übersteigen, wird der Gewinn nicht erhöht, sondern verringert[121].

Der Ausschluss ganzer Risikoklassen wird heutzutage auch im Zusammenhang mit der Reform des Bankenaufsichtsrechts («Basel II») diskutiert. Mittelständische Unternehmen befürchten generell als schlechte Risiken eingestuft und vom Kreditmarkt ausgeschlossen zu werden (sog. «Credit Crunch»)[122].

Eine Möglichkeit, die Informationsasymmetrie zu vermindern, liegt in der sogenannten *Selbstselektion*. Dabei sollen durch bestimmte Vertragsbedingungen Unternehmen mit schlechter Kreditwürdigkeit von einer Kreditaufnahme abgehalten werden. Zu denken ist insbesondere an die verschiedenen Arten von Sicherheiten, insbesondere an die Stellung von Bürgschaften. Mit der Bereitschaft, die verlangten Sicherheiten zu leisten, senden die Kreditnehmer Signale hinsichtlich ihrer Bonität aus und verringern damit die Informationsasymmetrien[123].

Sofern die Leistung von Sicherheiten nicht in Betracht kommt, sollten Kreditgeber die Möglichkeit haben, sich möglichst umfassend von den Unternehmungen informieren zu lassen und diese Informationen auch überprüfen zu dürfen. Diese ökonomisch erwünschte Verringerung der Informationsasymmetrie darf nicht durch überhöhte Haftungsrisiken unterlaufen werden. Aus diesem Grunde sollte man bei Vereinbarung entsprechender Informationsrechte der kreditgebenden Bank auch nicht auf eine faktische Organschaft der Bank bei der kreditnehmenden Unternehmung schliessen.

2. Auswirkungen von Rechtsunsicherheit auf Kreditentscheidungen

Eine weitere ökonomische Überlegung bezieht sich auf die Auswirkung von Rechtsunsicherheit. Die Bank muss bei der Kreditvergabe folgendes Abwägen: Wie hoch sind die Ertragsmöglichkeiten und wie hoch ist das Aus-

121 ENGERT, 23 f.

122 Im Vorfeld von Basel II sind die Kreditbanken teilweise dazu übergegangen, für mittelständische Unternehmen einen internen Rating-Prozess zu implementieren. Dies bedingt einerseits, dass die Banken den Unternehmen die Informationen über die internen Rating-Systeme zugänglich machen, und andererseits, dass die Unternehmen die quantitativen Messgrössen nicht beeinflussen und damit das Bild verfälschen; vgl. HAAG, 912.

123 ENGERT, 19 f., m.w.N.; vgl. zum «Signaling» durch Gewährleistungen als Antwort auf die Adverse Selection SCHÄFER/OTT, 480 f.; NOLL, 28.

fallrisiko multipliziert mit der Ausfallwahrscheinlichkeit[124]. Je nachdem, wie sie diese Grössen einschätzt, wird sie den Kredit gewähren bzw. weiterhin bestehen lassen oder nicht. Gewährt eine Bank z.B. einen Kredit in der Höhe von CHF 500'000 für ein Jahr zu einem Zinssatz von 10% und droht für die Gläubiger bei einer Insolvenz des Unternehmens ein Verlust von 80%, dann erzielt die Bank beim Fortbestand des Unternehmens einen Gewinn von CHF 100'000, bei einer Insolvenz einen Verlust von CHF 400'000. Die Bank gewährt in diesem Fall den Kredit, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz weniger als 20% beträgt.

Falls nun im Nachgang an eine Insolvenz auch ein Haftungsrisiko besteht, wird die Bank zu ihrem Ausfallrisiko noch das Haftungsrisiko addieren müssen. Im gemachten Beispiel würde der Verlust um die potentielle Haftungssumme erhöht. Bei Rechtssicherheit wirft die Haftung des Kreditgebers keine Probleme auf: Der Kreditgeber handelt pflichtgemäss, und es kommt nicht zu Haftungsfällen.

Anders liegen die Dinge, falls hinsichtlich der Kreditgeberhaftung Rechtsunsicherheit besteht. Zum einen neigen Richter erfahrungsgemäss bei der nachträglichen Beurteilung eines Sachverhaltes dazu, sich eher «in Richtung Pflichtwidrigkeit zu irren». Dies hängt damit zusammen, dass der Kenntnisstand im Zeitpunkt des Handelns und in der nachträglichen Betrachtung unterschiedlich ist. *Während für den Handelnden oftmals erhebliche Unsicherheiten bestehen, welche von mehreren Handlungsalternativen erfolgsversprechend sein kann, erscheint für den Richter als nachträglicher Betrachter die Fehlerhaftigkeit der gewählten Handlungsoption als sicher*[125].

Zum anderen hat die ökonomische Analyse des Rechts aufgezeigt, dass sich Rechtsunsicherheit (bzw. die fehlerhafte Einschätzung der Rechtslage durch Kreditgeber oder Gerichte) in ihrer Wirkung nicht aufhebt. Der im

---

124 In der Standardformel des Actuarial Credit Risk Accounting (ACRA) ergibt sich der erwartete Verlust (Expected Loss, EL) aus dem Produkt der Ausfallwahrscheinlichkeit (Probability of Default, PD), dem Kreditbetrag zum Zeitpunkt des Ausfalls (Exposure at Default, EAD) und dem Verlust bei Ausfall in Prozent (Lossgiven Default, LGD); vgl. zum Kreditrisikomanagement SPREMANN/GANTENBEIN, 221 ff.; BRODA, 464.

125 Siehe bereits die Warnung vor nachträglicher Besserwisserei durch SCHMIDT, 490 ff.; in diesem Sinne auch die Ausführungen in der berühmten englischen Entscheidung des Privy Council «The Wagon Mound», Weekly Law Reports 1961/2, 126, 141: After the event even a fool is wise. But it is not the hindsight of a fool; it is the foresight of the reasonable man which can determine responsibility". Im amerikanischen Schrifttum wird der sog. «hindsight bias» bei Richtern auch psychologisch erforscht, siehe C. GUTHRIE/J.J. RACHLINSKI/A.J. WISTRICH, Inside the Judicial Mind, Cornell Law Review 86 (2001), 777 ff. m.N.

Konkurs haftpflichtige Kreditgeber läuft Gefahr, nicht bloss die eigenen, sondern auch die Ausfälle der anderen Anspruchinhaber tragen zu müssen, ohne dass er im gegenteiligen Fall an deren Gewinn partizipieren würde. Er wird die potentielle Gefahr, für eine Vielzahl von Schadenspositionen einstehen zu müssen, möglichst gering halten wollen «und zu diesem Zweck einen Sicherheitsabstand von der rechtlich festgelegten Haftungsschwelle einhalten»[126]. Besteht – wie vorne dargelegt wurde – in verschiedener Hinsicht bezüglich der Haftung des Kreditgebers *Rechtsunsicherheit*, wird die Bank bereits zu einem *früheren Zeitpunkt den Kredit verweigern*, als dies bei Rechtssicherheit der Fall wäre.

Rechtsunsicherheit hebt sich in ihrer Wirkung folglich nicht auf, sondern hat eine einseitige Wirkung: «Sie verringert die Bereitschaft des informierten Kreditgebers, Unternehmen Kredite zu gewähren. Eigentlich noch kreditwürdige Unternehmen werden auf diese Weise von der Kreditversorgung abgeschnitten. Die guten Absichten einer Kreditgeberhaftung verkehren sich in ihr Gegenteil.»[127]

Insgesamt ist festzustellen, dass Rechtsunsicherheit zu einer *ökonomisch unerwünschten partiellen Kreditrestriktion* führt. Die Lehre fordert daher seit längerem klare Richtlinien für die betroffenen Kreditgeber[128]. Es wäre im gesamtwirtschaftlichen Interesse, wenn Banken gerade in Krisensituationen nicht aufgrund unklarer Haftungsfolgen (faktische Organschaft, Beihilfe zur Konkursverschleppung usw.) von der Kreditgewährung absehen bzw. Kredite kündigen müssen. Eine Klärung der Rechtslage scheint auch bezüglich der Verrechnungsliberierung und der zentralen Konzernfinanzierung wünschenswert.

---

126 ENGERT, 137, der in 209 ff. in Anlehnung an die Arbeiten der Law and Economics-Autoren S. SHAVELL sowie J.E. CALFEE/R. CRASWELL den Zusammenhang auch grafisch herleitet.

127 ENGERT, 136. Wobei diese Folgerung nicht für Fälle mit Interessendivergenzen zwischen der kreditgebenden Bank und den anderen Gläubigern gilt, ENGERT, 137 f. und 212 ff.

128 Siehe die Nachweise auf die deutsche Literatur bei ENGERT, 133; eine analoge Situation besteht bezüglich der teilweise in Konflikt zueinander stehenden Pflichten der Unternehmensleitung in der Unternehmenskrise, vgl. GLANZMANN/ROBERTO, 100 f.

VIII. Zusammenfassung in Thesen

1. *Vielfältige Haftungskonstellationen und unterschiedliche Haftungsgrundlagen*: Die Haftung der Bank als Kreditgeber weist vielfältige Konstellationen auf und entzieht sich einer generellen Analyse. Vielmehr sind die verschiedenen in Betracht kommenden Tatbestände und die daraus resultierenden unterschiedlichen Haftungsgrundlagen im Einzelfall zu prüfen. Untersucht man die Stellung des Kreditgebers als faktisches Organ einer Unternehmung, so stützt sich die Haftung auf die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen. Verletzt der Kreditgeber dagegen seine Aufklärungs- und Informationspflichten gegenüber dem Kreditnehmer, steht die vertragliche Haftung im Vordergrund, während bei entsprechenden Pflichtverletzungen gegenüber Dritten wiederum eine ausservertragliche Haftung zu prüfen ist.

2. *Kreditgebende Bank als faktisches Organ*: Eine Haftung der kreditgebenden Bank als faktisches Organ setzt die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien für organtypisches Verhalten voraus. Der einschlägige Entscheid des Bundesgerichts, der eine solche Verantwortlichkeit bejaht, betraf einen spezifischen Sachverhalt[129]: Nicht nur war die Bank Minderheitsaktionärin der Gesellschaft; die Bankenvertreter standen als «stille» Verwaltungsräte auch bloss einem einzigen Verwaltungsrat gegenüber, der aufgrund der persönlichen Überzeugungskraft und der Machtstellung der Bankenvertreter kaum zur unabhängigen Willensbildung in der Lage war. Zu einer derart weitgehenden Machtstellung einer kreditgebenden Bank dürfte es heutzutage aufgrund der grösseren Sensibilisierung bezüglich der Haftungsrisiken kaum noch kommen. Das Haftungsrisiko lässt sich insbesondere dadurch senken, dass anstelle von Bankangestellten externe Berater das Unternehmen im Rahmen einer Sanierung beraten. Keine faktische Organschaft lässt sich aufgrund der im Rahmen des Kreditvertrages ausbedungenen Informations- und Kontrollrechte begründen.

3. *Informationspflichten gegenüber dem Kreditnehmer*: Der geschäftserfahrene Kreditnehmer hat das Risiko von vom Bankgeschäft unabhängigen Projekten, die er finanzieren will, selber einzuschätzen. Die Bank muss die Realisierbarkeit der Investition weder prüfen, noch den Kreditnehmer über die Risiken eines zu finanzierenden Objekts unterrichten. Wird der Kredit für ein vom Bankgeschäft unabhängiges Projekt verwendet und handelt es sich

[129] BGE 107 II 349 ff. sowie vorne bei II.1.

beim Kreditnehmer um eine geschäftserfahrene Vertragspartei, dann obliegt der Bank einzig bei Interessenkonflikten eine Aufklärungspflicht. Dabei bezieht sich die Aufklärungspflicht bloss auf den Interessenkonflikt, nicht dagegen auf die Mängel des zu finanzierenden Projekts.

4. *Informationspflichten gegenüber Dritten*: Obwohl es sich beim Schaden einer Drittperson aufgrund eines Kredites jeweils um einen reinen Vermögensschaden handeln dürfte, ist eine ausservertragliche Haftung nicht ausgeschlossen, da in der schweizerischen Rechtsordnung auch der Verstoss gegen ungeschriebene Verhaltenspflichten rechtswidrig ist; den Gedanken der Vertrauenshaftung bedarf es – anders als im deutschen Recht – hierfür nicht. Gleichwohl kommt eine Haftung aufgrund einer Informationspflichtverletzung gegenüber einem Dritten kaum je in Betracht. Solchen Informationen steht meist schon das Bankgeheimnis entgegen. Unabhängig davon ist die Offenlegung der komplexen Einzelheiten eines Kreditvertrages weder für die Bank noch für das kreditnehmende Unternehmen zumutbar oder praktikabel.

5. *Konkursverschleppung durch den Kreditgeber*: Für die Konkursanmeldung sind die formellen Organe, nicht die kreditgebende Bank zuständig. Eine Einstandspflicht wegen verspäteter Richterbenachrichtigung ist jedoch denkbar, wenn die Voraussetzungen der faktischen Organschaft erfüllt sind. Eine weitere Möglichkeit ist die ausservertragliche Haftung. Die Anforderungen an eine Einstandspflicht müssen freilich hoch angesetzt werden. Denkbar ist eine Haftung des Kreditgebers, wenn er aus eigennützigen Gründen auf den Verwaltungsrat dahingehend einwirkt, dass dieser die Konkursanmeldung hinausschiebt; überdies dürfen die durch Lehre und Praxis im Hinblick auf die «stille» Sanierung einer Unternehmung durch den Verwaltungsrat entwickelten Voraussetzungen nicht vorliegen.

6. *Weitere Haftungskonstellationen*: Um Unternehmenssanierungen nicht zu behindern, sollte die Verrechnungsliberierung auch bei einer Unterbilanz oder Überschuldung des Unternehmens zulässig sein. Da die Frage in der Lehre umstritten und durch die Rechtsprechung nicht entschieden ist, besteht für die Bank in solchen Situationen ein zivil- und strafrechtliches Risiko. – Neue Haftungsansätze entsprechend einer Kreditkaskadenhaftung sind abzulehnen. Kleinere Unternehmensgläubiger mit vergleichsweise schlechtem Zugang zu kreditrelevanten Informationen mögen zwar bei der Kreditgewährung auf die Abklärungen der Banken vertrauen und anneh-

men, dass die Banken einem Unternehmen, das nicht finanziell solide ist, keine Kredite gewährt; dieses Vertrauen kann aber schon deshalb rechtlich nicht geschützt werden, weil sich die Bank in einer unterschiedlichen Situation befinden kann, sei es, weil die Kredite gesichert sind oder weil die zusätzliche Kreditgewährung die Sanierung des Unternehmens und damit die Werterhaltung früherer Kredite ermöglicht. – Ein Haftungsrisiko der kreditgebenden Bank besteht schliesslich auch im Zusammenhang mit Dienstleistungen für die Errichtung und Betreibung einer zentralen Konzernfinanzierung. Die an einem solchen Cash Pool beteiligte Bank riskiert zum einen, Vermögenswerte, die als Sicherheiten für den Kredit dienten, zurückerstatten zu müssen. Zum anderen besteht die Gefahr, dass die Bank aufgrund der kausalen Mitwirkung an einer rechtswidrigen Verletzung der Kapitalschutzvorschriften solidarisch mit den Organen schadenersatzpflichtig wird. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung solche Tatbestände aus einer Konzernsicht würdigt.

7. *Ökonomische Erwägungen*: Ökonomisch ist es durchaus erwünscht, dass sich Banken weitgehende Informationsrechte durch die kreditbeanspruchenden Unternehmen einräumen lassen. Schlagworte wie die unerwünschte Macht der Banken sind diesbezüglich verfehlt. Die Informationen vermindern die bestehenden Informationsasymmetrien, was sich vorteilhaft auf die Höhe der Zinsen auswirkt und einer unerwünschten Kreditrationierung entgegenwirkt. Diese wünschbaren ökonomischen Auswirkungen dürfen nicht durch überhöhte Haftungsrisiken, insbesondere einer vorschnellen Qualifikation der kreditgebenden Bank als faktisches Organ der kreditnehmenden Unternehmung, unterlaufen werden. – Ökonomisch wäre es sodann auch erwünscht, dass die bestehenden Rechtsunsicherheiten möglichst verringert werden. Dies bezieht sich vor allem auf die Sorgfaltspflichten einer Bank im Zusammenhang mit Kreditgewährungen an Unternehmen, die sich in einer Krisensituation befinden. Damit ökonomisch schädliche partielle Kreditrestriktionen vermieden werden können, sind möglichst klare Richtlinien in Bezug auf die Verhaltenspflichten der Kreditgeber wünschbar.