



BGP Partner
Rechtsanwälte
Bern – Zürich

Vom Umgang mit Garantien in Bauwerkverträgen

RA Olivier Bula / RA Oliver Gnehm

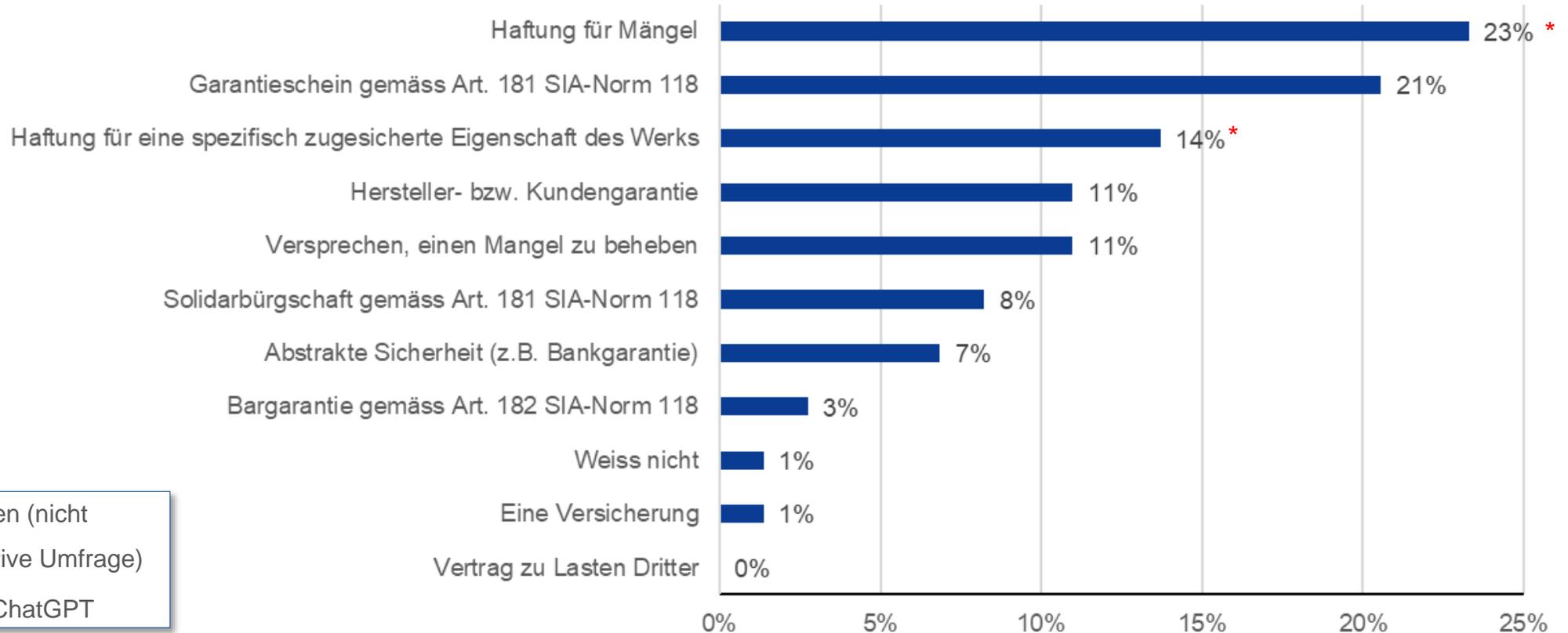
21. Juni 2023 / 14. Zürcher Praktikertag für Baurecht

Inhaltsübersicht

- 1. Der Garantiebegriff in der Baupraxis**
- 2. Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten**
 - Unlimitierte Deckung der Verzugszinsen
 - Rechtsnachfolger als Begünstigter
- 3. Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie**
 - Verhinderung der Garantieauszahlung
 - Rückforderung ungerechtfertigter Garantieleistungen
- 4. Key Takeaways**

Der Garantieebegriff in der Baupraxis

Was versteht die Baupraxis unter dem Garantieebegriff?

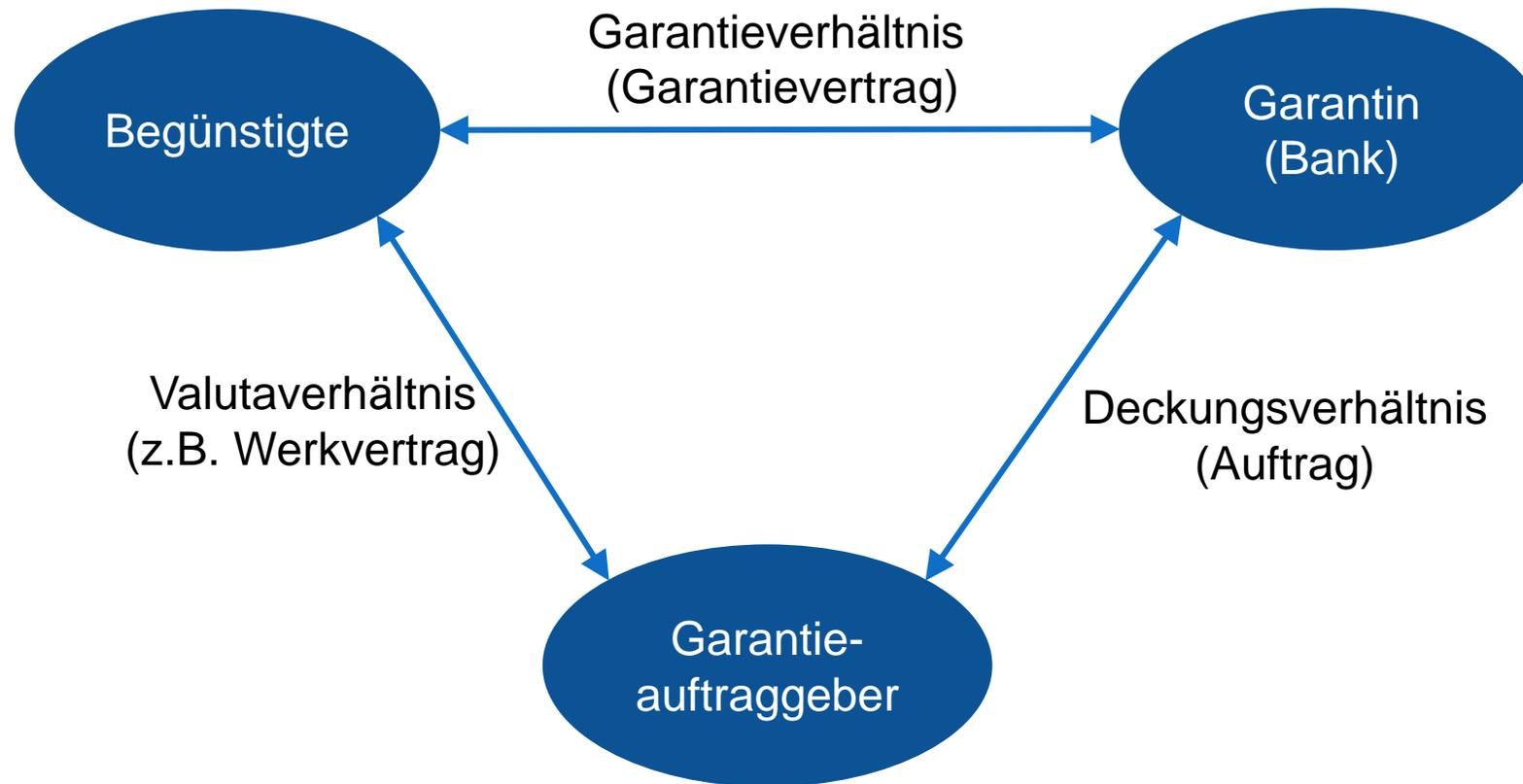


72 Antworten (nicht repräsentative Umfrage)

* Antwort ChatGPT

Der Garantiebegriff in der Baupraxis

Begriff und Abgrenzung (I)



Der Garantiebegriff in der Baupraxis

Begriff und Abgrenzung (II)

- Abstraktes Zahlungsversprechen
- Absicherung Bezahlung / bestimmter Ausfallrisiken aus einem Geschäft
- Zentrale Rolle im Wirtschaftsverkehr: erlaubt dem Begünstigten den sofortigen Zugriff auf liquide Mittel = **Liquiditätsfunktion**.
- **Abstraktheit** der Garantie:
 - Zahlungsanspruch nicht abhängig von der Realisierung des gesicherten Risikos (materieller Garantiefall), sondern vom Eintritt des formellen Garantiefalls
 - Abrufvoraussetzungen und mögliche Einwendungen ergeben sich allein aus Garantieverhältnis (Begünstigter / Garantin)
- Abgrenzung Bürgschaft / Akzessorietät

Der Garantiebegriff in der Baupraxis

Typische Garantien

- Submissionsgarantie
- Erfüllungsgarantie
- Anzahlungsgarantie
- Gewährleistungsgarantie
- Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten

Inhaltsübersicht

1. Der Garantiebegriff in der Baupraxis

2. Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten



- Unlimitierte Deckung der Verzugszinsen
- Rechtsnachfolger als Begünstigter

3. Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie

- Verhinderung der Garantieauszahlung
- Rückforderung ungerechtfertigter Garantieleistungen

4. Key Takeaways

Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten

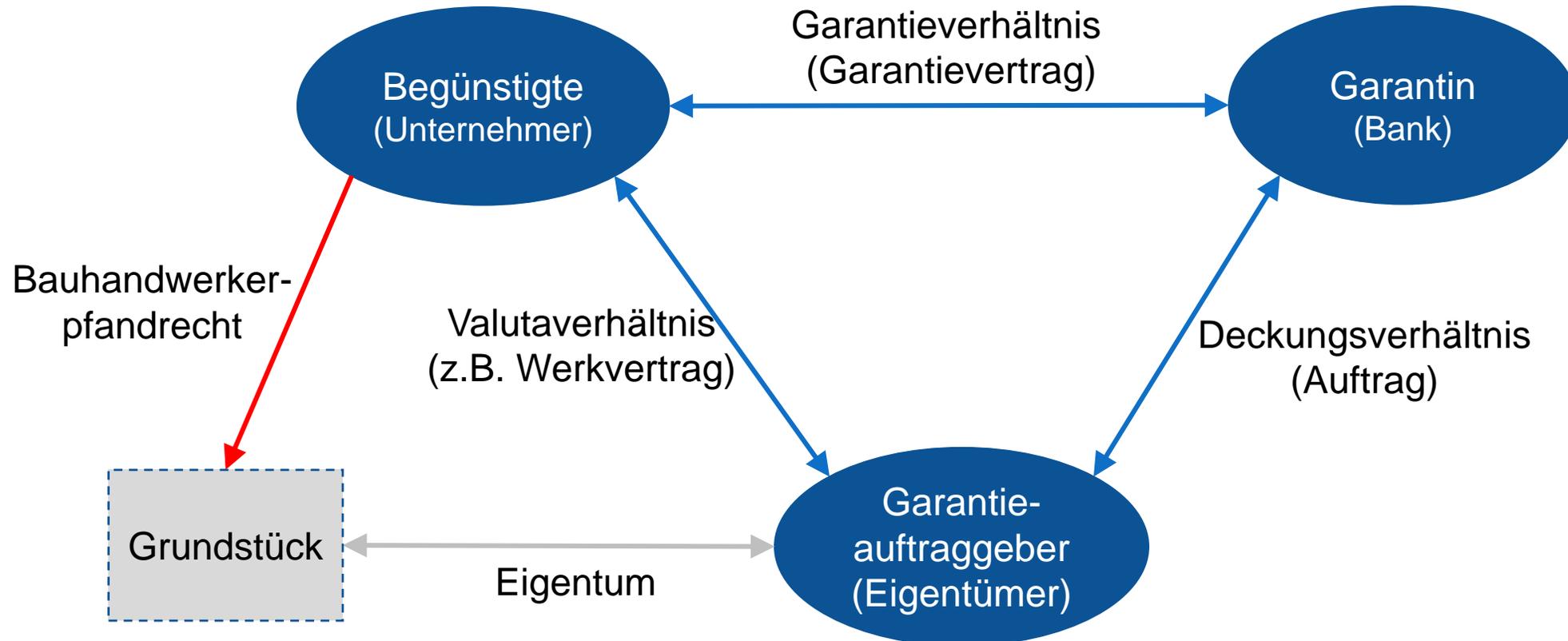
Ausgangslage

Art. 839 Abs. 3 ZGB

*„**Sie [die Eintragung]** darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und **kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet.**“*

Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten

Übersicht



Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten

Gleichwertigkeit der Ersatzsicherheit

- **Hinreichende Sicherheit**

„Damit eine Ersatzsicherheit als "hinreichend" gelten kann, muss sie qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht.“ (BGE 142 III 738 E. 4.4.2)

- **Gleichwertigkeit in quantitativer (betragsmässiger) Hinsicht**

- pfandberechtigte Forderung
- zeitlich unlimitierte Deckung Verzugszinsen (BGE 142 III 738 E. 4.4.2)

- **Höhe der Sicherheit zum Voraus nicht feststellbar**

- ➔ Anerkannte Sicherungsformen fallen weg (insb. Solidarbürgschaft (Art. 499 OR) / Hinterlegung)
- ➔ Faktisch verbleibt die Garantie einer erstklassigen Bank oder Versicherung mit Sitz in der Schweiz

Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten

Quantitative Gleichwertigkeit de lege ferenda

- **Problem de lege lata**

Banken und Versicherungen stellen betragsmässig unlimitierte Bankgarantie insb. aus regulatorischen Gründen nur zurückhaltend aus.

→ Baupfandablösungen sind gegen den Widerstand des Bauunternehmers regelmässig nicht möglich.

- **Revision von Art. 839 Abs. 3 ZGB**

- Gesetzesentwurf

*„Sie [die Eintragung] darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung **zuzüglich Verzugszinse für die Dauer von zehn Jahren** hinreichende Sicherheit leistet.“*

- Revisionsvorhaben befindet sich im Parlament / Inkrafttreten frühestens 2025

Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten

Auswirkungen der Gesetzesrevision

- **Ausgangslage:**

- Kantonales Gericht qualifizierte gerichtliche Hinterlegung als hinreichende Ersatzsicherheit, obschon die Verzugszinsen lediglich für 10 Jahre gedeckt waren
(Entscheid des Cour de Justice des Kantons Genf ACJC/452/2022 vom 29.03.2022)
- Die Begründung erfolgte insb. unter Berücksichtigung der laufenden Gesetzesrevision.

- **BGer 5A_323/2022 vom 27.10.2022**

- Beschränkte Kognition gemäss Art. 98 BGG (Verletzung Willkürverbot)
- Bestätigung der Rechtsprechung betr. unlimitierte Deckung Verzugszinsen
- Abweichung von BGer-Rechtsprechung ≠ Verletzung Willkürverbot
- Berücksichtigung von laufenden Gesetzesrevisionen zulässig, sofern geltende Regelung nicht grundlegend geändert wird (Konkretisierung Rechtslage oder Schliessung Gesetzeslücke)

→ **Bauunternehmer musste sich mit betragsmässig limitierter Ersatzsicherheit begnügen**

Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten

Auswirkungen auf die Praxis (BGer 5A_323/2022)

- **Kantone mit einer weniger strengen Praxis (z.B. GE/VD/NE)**
 - Massnahmeverfahren: Betragsmässig limitierte Ersatzsicherheit = hinreichende Sicherheit
 - Ordentliches Verfahren: Betragsmässig limitierte Ersatzsicherheit ≠ hinreichende Sicherheit
- **Kantone mit strenger BGer-Praxis (z.B. BE/ZH)**
 - Unabhängig vom Verfahren: Betragsmässig limitierte Ersatzsicherheit ≠ hinreichende Sicherheit
- **Entscheid aus praktischer Sicht zu begrüßen**
- **Uneinheitliche Anwendung von Bundesrecht**

Inhaltsübersicht

1. **Der Garantiebegriff in der Baupraxis**
2. **Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten**
 - Unlimitierte Deckung der Verzugszinsen
 - Rechtsnachfolger als Begünstigter
3. **Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie**
 - Verhinderung der Garantieauszahlung
 - Rückforderung ungerechtfertigter Garantieleistungen
4. **Key Takeaways**



Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten

Rechtsnachfolger als Begünstigter (I)

- **Ersatzsicherheit muss qualitativ und quantitativ gleiche Sicherheit bieten:**
 - Bei einer Übertragung der gesicherten Forderung (Werklohn) geht Bauhandwerkerpfandrecht von Gesetzes wegen auf neuen Gläubiger über (akzessorisches Sicherungsrecht; Art. 835 ZGB und Art. 170 Abs. 1 OR)
 - Ersatzsicherheit muss Pfandgläubiger und seine Rechtsnachfolger absichern
- **Garantie:**
 - Selbstständige Sicherungsrechte gehen nicht von Gesetzes wegen über
 - Separate Abtretung der Garantieforderung erforderlich (Art. 164 OR)
 - Aber: Abtretbarkeit des Rechts auf Inanspruchnahme der Garantie umstritten
 - Universalsukzession (z.B. Fusion), problematisch wenn Abruf spezifischer Person vorbehalten

Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten

Rechtsnachfolger als Begünstigter (II)

- **Bei Übertragung der gesicherten Forderung ohne Rechtsnachfolgeklausel:**
 - Risiko, dass die Inanspruchnahme der Garantie erschwert oder verunmöglicht wird
 - Damit ist Ersatzsicherheit nicht mehr gleichwertig
 - Im Streitfall wird Garantie als Ersatzsicherheit i.d.R. abgelehnt
- **Rechtsnachfolgeklausel notwendig**
- **Problem in der Praxis: Banken oftmals nicht bereit, Garantie auch auf alle Rechtsnachfolger des Begünstigten auszustellen:**
 - Unnötig aufgrund Universalsukzession
 - Compliance / KYC (Know-Your-Customer): erlaube keinen automatischen Übergang der Garantie bei rechtsgeschäftlicher Übertragung der gesicherten Forderung

Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten

Rechtsnachfolger als Begünstigter (III)

- **Auswirkung für die Praxis:**

- **Grundeigentümer bzw. GU/TU (Garantieauftraggeber):**

- bei Widerstand gegen Ablösung Bauhandwerkerpfandrecht frühzeitig mit der Bank oder Versicherung (Garantin) klären, ob eine Garantiausstellung auf den Rechtsnachfolger möglich ist
 - Allenfalls mehrere mögliche Garanten angehen
 - Evtl. Solidarbürgschaft (wie gezeigt bis zur geplanten Gesetzesrevision nur in einzelnen Kantonen und nur im Stadium der provisorischen Baupfandeintragung möglich)

- **Bauunternehmer (Begünstigter):**

- Prüfen, ob Garantie auch auf seine Rechtsnachfolger ausgestellt ist
 - Andernfalls Garantie als nicht hinreichend ablehnen

Inhaltsübersicht

1. **Der Garantiebegriff in der Baupraxis**
2. **Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten**
 - Unlimitierte Deckung der Verzugszinsen
 - Rechtsnachfolger als Begünstigter
3. **Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie**
 - Verhinderung der Garantieauszahlung
 - Rückforderung ungerechtfertigter Garantieleistungen
4. **Key Takeaways**



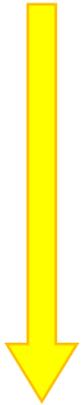
Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie

Ausgangslage

- **Inanspruchnahme der Garantie ohne Realisation des gesicherten Risikos bzw. ohne Eintritt des materiellen Garantiefalls**
- Beispiele:
 - Begünstigter hat gesicherte Leistung nachweislich erhalten
 - Begünstigter verhindert nachweislich Erbringen der gesicherten Leistung
 - Offensichtliches Missverhältnis zwischen Valuta-Schuld und Garantiebetrug (gemäss BGer reicht doppelter Betrag des gemäss Valutaverhältnis geschuldeten nicht aus)
 - Zweckwidriger Abruf, z.B. Abruf als Druckmittel oder für andere als gesicherte Forderungen (Überblick in BGer 4A_111/2014 E. 3.3)

Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie

Prozess der Inanspruchnahme



- Ausübungserklärung des Garantiebegünstigten
- Prüfung der Abrufvoraussetzungen gemäss Garantievertrag (formeller Garantiefall) durch die Garantin (Bank / Versicherung)
- Mitteilung an den Garantierauftraggeber (Bank- bzw. Versicherungskunde)
- Auszahlungsfrist (usanzgemäss 1 – 3 Werkzeuge)

→ Die Zeit drängt!

Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie

Recht bzw. Pflicht zur Verweigerung der Auszahlung

- **Fehlender Eintritt des formellen Garantiefalls**

Garantie- und Dokumentenstrenge (BGE 138 III 241)

- Prüfung erfolgt nach streng formalisierter Betrachtungsweise -> Wortlaut der Garantieklausel
- Keine Substantiierung über den Wortlaut hinaus erforderlich
- Nur ausdrücklich genannte Voraussetzungen sind relevant

- **Missbräuchlicher Abruf (Einwendungsdurchgriff)**

Zahlungsverweigerung unter Rückgriff auf das Valutaverhältnis als Ausnahme

- Offensichtlich rechtsmissbräuchlicher Abruf
- Rechtsmissbräuchlicher Abruf muss für Garantin offensichtlich erkennbar sein
- Absolut klare und sofort liquid beweisbare Verhältnisse

→ **Bank ist berechtigt und verpflichtet die Zahlung zu verweigern** (BGer 4A_709/2016)

Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie

Doppelte Offensichtlichkeit des Rechtsmissbrauchs

- **Offensichtlicher Rechtsmissbrauch**

Der Garantiebegünstigte weiss oder muss wissen, dass sich das mittels Garantie gesicherte Risiko nicht realisiert hat (Art. 2 Abs. 2 ZGB)

- **Offensichtliche Erkennbarkeit des Rechtsmissbrauchs**

Für die Garantin muss der missbräuchliche Abruf offensichtlich sein, d.h. es muss für sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, dass der Garantiebegünstigte nicht abrufberechtigt ist

- **Anwendungsbeispiel** (Urteil HGer ZH HE140055 vom 26.03.2014)

Abruf einer Bankgarantie als Druckmittel zur Verhinderung einer Baupfandeintragung

„Eine [...] Auszahlungserklärung behalten wir uns ausdrücklich für den Fall vor, dass Ihrerseits Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen [...] würden. Gegen Ihre schriftliche Erklärung, beim Projekt U. auf die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten unwiderruflich zu verzichten, wären wir bereit, die Beanspruchung der Erfüllungsgarantie zurückzuziehen.“

Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie

Vorsorgliche Massnahmen

- **Zahlungsverbot / Abrufverbot**

- **Grosse Zurückhaltung der Gerichte**

«Gemäss Praxis des Einzelgerichts werden provisorische Zahlungsverbote bei Bankgarantien nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen» (statt vieler HGer ZH HE220038 vom 20.05.2022)

- **Grundsatz**

- «erst zahlen, dann prozessieren»
- Schutz der Liquiditätsfunktion (sofortiger Zugriff auf liquide Mittel)

- **Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil als schwer überwindbare Hürde**

- Rein finanzieller Schaden grundsätzlich ungenügend
- Umtriebe und Rechtsunsicherheit zur Rückforderung (In- und Ausland) reicht i.d.R. nicht (HGer ZH HE 190099 E 5.3)

Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie

Auswirkung für die Praxis

- Verhinderung der Garantieauszahlung durch ein (super-)provisorisches Zahlungsverbot ist in der Regel aussichtslos
- Überzeugung der Garantin (Bank / Versicherung) steht bei doppelt offensichtlichem Rechtsmissbrauch im Vordergrund

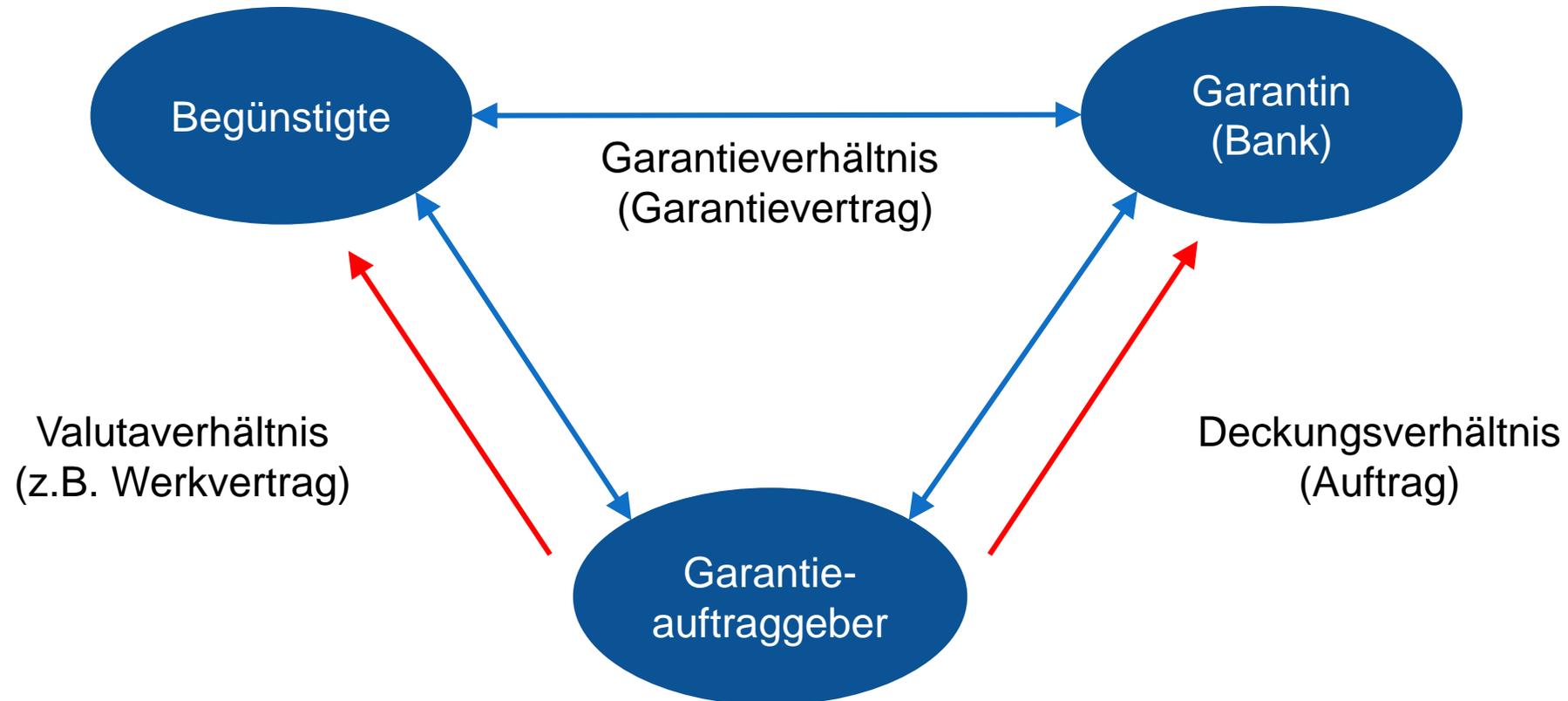
Inhaltsübersicht

1. **Der Garantiebegriff in der Baupraxis**
2. **Garantie zur Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten**
 - Unlimitierte Deckung der Verzugszinsen
 - Rechtsnachfolger als Begünstigter
3. **Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie**
 - Verhinderung der Garantiewahlleistung
 - Rückforderung ungerechtfertigter Garantieleistungen
4. **Key Takeaways**



Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie

Rückforderung ungerechtfertigter Garantieleistungen (I)



Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie

Rückforderung ungerechtfertigter Garantieleistungen (II)

- **Anspruch Garantierauftraggeber gegen Garantin:**
 - Sofern Garantin Auftrag nicht «richtig» bzw. unsorgfältig erfüllt und an nichtberechtigten Begünstigten zahlt (Leistung trotz Pflicht zur Zahlungsverweigerung)
 - Keine Erfüllung
 - Schaden bei Garantin (Bank):
 - Zahlt aus „eigener Tasche“(auch wenn sie Konto des Garantierauftraggebers belastet)
 - Trägt Risiko dem Kunden (Garantierauftraggeber) den betreffenden Betrag ein zweites Mal zu bezahlen
 - Erfüllungsanspruch Garantierauftraggeber (aber Schadensabwälzungsklauseln in Bank AGB)

Unrechtmässige Inanspruchnahme einer Garantie

Rückforderung ungerechtfertigter Garantieleistungen (III)

- **Anspruch Garantierauftraggeber gegen Begünstigten:**
 - Garantin (Bank) hat richtig erfüllt bzw. Schadensabwälzungsklausel in Bank AGB greift
 - Auslagen- und Verwendungsersatz der Garantin gestützt auf Art. 402 OR -> Schaden bei Garantierauftraggeber
 - Art. 401 OR: Allfällige Ansprüche der Garantin gegen den Begünstigten (z.B. aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. Art. 62 OR) gehen auf Garantierauftraggeberin über
 - Zusätzlich vertraglicher Anspruch aus Valutaverhältnis

Vom Umgang mit Garantien in Bauwerkverträgen

Key Takeaways

“Drum prüfe, wer sich ewig bindet, ob sich das Herz zum Herzen findet, der Wahn ist kurz, die Reu ist lang.” Friedrich Schiller

- Genau prüfen, was mit dem Begriff „Garantie“ gemeint ist?
- Vertragshygiene:
 - Verpflichtung zur Leistung einer Garantie im Bauwerkvertrag sorgfältig formulieren
 - Garantie und Abrufvoraussetzungen sorgfältig formulieren
- Starkes Druck-/Verhandlungsmittel: Auszahlung einer Garantie lässt sich fast nicht verhindern
- Rechtliches Verständnis geht Hand in Hand mit guter Kommunikation und Verhandlungsführung



Olivier Bula

bula@bgpartner.ch

Oliver Gnehm

gnehm@bgpartner.ch

BGPartner AG

Genferstrasse 21

CH – 8002 Zürich

Tel: 044 312 20 20

www.bgpartner.ch