Aktuelles zur Baugarantieversicherung, insbesondere Substanziierung einer Garantieverpflichtung und Rechtsnatur der vertraglichen Beziehungen

BGE 138 III 241 und Urteil des KGer BL vom 15. Mai 2012

Matthias Schnyder*

I. Die Ausgangslage

1. Die verschiedenen Arten von Baugarantien

Im Zusammenhang mit der Ausführung von Bauarbeiten sind verschiedene Absicherungen durch Bankgarantien oder Garantieversicherungen üblich. Dabei werden verschiedene Erscheinungsformen unterschieden, z.B. die Submissionsgarantie, die Ausführungs- oder Erfüllungsgarantie, die Anzahlungs- oder Rückzahlungsgarantie und die Gewährleistungsgarantie[1]. Während die Submissionsgarantie und die Anzahlungs- oder Rückzahlungsgarantie in der Baupraxis eher eine untergeordnete Rolle spielen, sind die Ausführungs- oder Erfüllungsgarantie sowie die Gewährleistungsgarantie relativ oft anzutreffen.

Die Ausführung grösserer Bauarbeiten nimmt erfahrungsgemäss längere Zeit in Anspruch. Während der Werkausführung können bei Vertragsabschluss unvorhergesehene Ereignisse, wie Zahlungsunfähigkeit oder höhere Gewalt, den Unternehmer daran hindern, das von ihm geschuldete Bauwerk zu vollenden. Oft ist der Unternehmer zwar in der Lage, seine Leistungspflicht zu erbringen, aber er stellt das von ihm geschuldete Bauwerk mangelhaft her oder ist mit der Werkausführung im Rückstand. In all diesen Fällen kann gerade bei grösseren Bauvorhaben dem Besteller ein erheblicher Schaden entstehen, weil er z.B. eine Fabrikanlage erst verspätet in Betrieb nehmen oder einen Häuserblock nicht rechtzeitig vermieten kann. Der Besteller ist deshalb an einer vertragsgemässen, d.h. mängelfreien und termingerechten Werkausführung besonders interessiert, um sich vor Vermögenseinbussen, z.B. in Form von Umsatz- oder Mietzinsausfällen, zu schützen. Dieser Interessenlage dient die *Ausführungs- oder Erfüllungsgarantie*[2].

Nach Ablieferung des vollendeten Bauwerkes ist der Unternehmer verpflichtet, für Mängel des Bauwerkes einzustehen. Dieser Mängelhaftung des Unternehmers entsprechen vom Besteller aus gesehen die verschiedenen Mängelrechte gemäss Art. 368 OR. Übt der Besteller eines dieser Rechte aus, so erwachsen dem Unternehmer daraus bestimmte Pflichten, wie namentlich die Pflicht, das mangelhafte Bauwerk auf seine Kosten nachzubessern. Der Besteller ist daran interessiert, diese Leistungspflichten des Unternehmers durch Garantievertrag sicherstellen zu lassen. Diesem Sicherungszweck dient die *Gewährleistungsgarantie*. Die Gewährleistungsgarantie knüpft zeitlich an die Ausführungsgarantie an[3].

Wie das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Urteil festgehalten hat, kommt es bei der Frage, welche Art von Garantie vorliegt, nicht primär auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung, sondern auf den angestrebten Zweck an[4].

2. Die Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft

In seiner jüngeren Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht mehrfach mit der Abgrenzung zwischen einer Bürgschaft und einem Garantievertrag bzw. der Unterscheidung zwischen selbständigen Garantien und akzessorischen Garantien befasst. In den massgebenden Urteilen des Bundesgerichtes sind insbesondere die folgenden Kriterien genannt worden:

- Im *Entscheid 4A_279/2009 vom 14. September 2009* erläuterte das Bundesgericht, dass mit der Bürgschaft der Interzedent gegenüber dem Gläubiger die Pflicht übernimmt, für die Erfüllung der Schuld eines Dritten, des Hauptschuldners, einzustehen (Art. 492 Abs. 1 OR). Die Bürgschaftsverpflichtung setze den Bestand einer anderen (der sicherzustellenden) Verpflichtung voraus. Sie sei dieser beigeordnet und hänge in Bestand und Inhalt notwendigerweise von ihr ab; die Bürgschaft sei akzessorisch. Sie sichere die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrags.

  Hinsichtlich des unter Art. 111 OR zu subsumierenden Garantievertrags hielt das Bundesgericht fest, dass er verschiedene Erscheinungsformen aufweist. Bei der reinen Garantie stehe der Garant für einen vom konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein. Daneben umfasse der Begriff der Garantie auch diejenigen Verpflichtungen, die sich in irgend-

* Dr. iur., Advokat, Advokatur und Notariat Hug Schmiedlin Schnyder, Basel (<www.mschnyder.ch>). Der Verfasser vertrat die Klägerin in den genannten Gerichtsverfahren anwaltlich.

1 Mauro Spaini, Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, Dietikon 2000, 213 ff.

2 Spaini (Fn. 1), 232.

3 Spaini (Fn. 1), 270.

4 Urteil des BGer 4A_463/2011 vom 5. Oktober 2011 E. 3.2.

einer Weise auf ein Schuldverhältnis beziehen, das dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt (sogenannte bürgschaftsähnliche Garantie oder Garantie im engeren Sinn). Mit ihr werde diese Leistung gesichert, gleichgültig, ob sie tatsächlich geschuldet ist; die Verpflichtung gelte damit auch für den Fall, dass die Schuldpflicht nie entstanden ist, wegfällt oder nicht erzwingbar ist. Der Promittent verspreche dem Promissar mit ihr Schadenersatz für den Fall, dass der Dritte sich nicht erwartungsgemäss verhält. Als Abgrenzungskriterium zwischen der bürgschaftsähnlichen Garantie und der Bürgschaft stehe die Akzessorietät im Vordergrund. Diese bedeute, dass die akzessorische Verpflichtung von der Hauptschuld abhängig ist und dieser als Nebenrecht folgt[5].

- In *BGE 131 III 511* (=Pra 95 [2006] Nr. 66) führte das Bundesgericht hinsichtlich der Unterscheidung von selbständigen und akzessorischen Garantien aus, dass im ersten Fall die Bank oder eine andere natürliche oder juristische Person dem Gläubiger die versprochene Leistung als solche garantiert, also unabhängig vom Inhalt und der Gültigkeit der Verpflichtung aus dem Grundverhältnis zwischen Auftraggeber und Begünstigtem. Bei einer akzessorischen Garantie hingegen knüpfe die Bank ihre Verpflichtung zur allfälligen Bezahlung an die Nichterfüllung des Grundvertrages, welcher zwischen Auftraggeber und Begünstigtem besteht[6].

  Wenn der tatsächliche wirkliche Wille der Parteien nicht festgestellt werden kann, ist die vom Garanten eingegangene Verpflichtung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Dabei ist zunächst vom Wortlaut der Garantieerklärung auszugehen. Die Rechtsprechung hat gewisse Kriterien herausgearbeitet, nach denen sich die zwei Arten von Garantien abgrenzen lassen, wobei stets der Gesamtheit der Umstände Rechnung zu tragen ist. So deute die Tatsache, dass die Garantie von einer Bank ausgestellt wurde, auf eine selbständige Verpflichtung hin. Die Formulierung, wonach sich der Garant «unwiderruflich» verpflichtet hat, stelle für sich allein kein ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium dar, zumal es sich dabei um eine im Bankgeschäft übliche Formulierung handelt, welche nicht immer einen Verzicht auf Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis zu bedeuten hat. Der Umstand, dass sich der Garant verpflichtete, «auf erstes Verlangen» zu leisten, deute auf eine selbständige Garantie hin. Gemäss der Rechtsprechung führe schliesslich auch der Verzicht des Garanten auf «jegliche Einreden und Einwendungen» nicht notwendigerweise zur Annahme einer selbständigen Garantie; die Lehre weise diesem Kriterium demgegenüber entscheidende Bedeutung zu[7].

- In *BGE 128 III 295* (=Pra 92 [2003] Nr. 13) legte das Bundesgericht dar, dass das schweizerische Recht der Unterscheidung zwischen der unabhängigen Verpflichtung und der akzessorischen Garantie grosse Bedeutung zumesse. Um festzustellen, ob eine unabhängige Verpflichtung oder eine akzessorische Garantie vorliege, seien aufgrund mehrerer Anzeichen die charakteristischen Merkmale der Verpflichtung zu ermitteln. So bestehen gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung Anhaltspunkte für eine unabhängige Verpflichtung[8],

  - wenn der sich Verpflichtende und der Mitschuldner unterschiedliche persönliche Interessen hat, die mehr oder weniger gleichwertig sind;
  - wenn der Betrag, zu dessen Bezahlung er sich verpflichtet, nicht demjenigen entspricht, der vom andern Schuldner geschuldet ist, oder nicht in Bezug auf diesen festgelegt ist;
  - wenn die Verpflichtung in einem Zeitpunkt eingegangen wird, wo man weiss, dass der andere Schuldner nicht erfüllen können wird;
  - wenn angenommen werden kann, die Verpflichtung wäre auch dann eingegangen worden, wenn die Pflicht des Mitschuldners nicht bestanden hätte, ungültig oder aufgehoben worden wäre.

- Gemäss den in *BGE 125 III 305* (=Pra 88 [1999] Nr. 172) enthaltenen Erwägungen deutet es nach der Rechtsprechung auf einen Vertrag zulasten eines Dritten hin, wenn die Verpflichtung des Garanten auf eine unabhängige Weise umschrieben ist und wenn das Garantieversprechen zu einem Zeitpunkt abgegeben wurde, in dem man weiss, dass der Hauptschuldner vermutlich nicht erfüllen kann. Für eine Bürgschaft spreche eher, wenn sich die Verpflichtung des Garanten vollumfänglich mit derjenigen des Hauptschuldners deckt und sie ganz mit Bezug auf diese definiert ist. Das Vorhandensein eines persönlichen Interessens des Garanten, das sich von demjenigen des Hauptschuldners unterscheidet, weise eher auf einen Vertrag zulasten eines Dritten hin, sei jedoch nicht ausschlaggebend. Der Verzicht, die Einreden des Hauptschuldners zu erheben oder gegen ihn Regressansprüche geltend zu machen, sei ebenfalls von geringer Bedeutung[9].

[5] Urteil des BGer 4A_279/2009 vom 14. September 2009 E. 3.1.
[6] BGE 131 III 511 E. 4.2.
[7] BGE 131 III 511 E. 4.3.
[8] BGE 128 III 295 E. 2d/bb.
[9] BGE 125 III 305 E. 2b.

Zusammengefasst kann aus diesen Urteilen abgeleitet werden, dass eine gewisse Zurückhaltung des Bundesgerichts ersichtlich wird, allgemein gültige Kriterien aufzustellen. Immer wieder findet sich in den Urteilen die Bemerkung, dass bestimmten Kriterien eine gewisse Bedeutung zukomme, diese letztendlich jedoch nicht entscheidend seien. Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass das Bundesgericht primär eine auf den Einzelfall zugeschnittene Lösung sucht.

II. Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2012 (BGE 138 III 341)

1. Sachverhalt

Die X. Versicherungsgesellschaft AG (Klägerin und Beschwerdeführerin) und die Y. Fassadenbau AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin) schlossen am 12./13. April 2006 einen Baugarantie-Versicherungsvertrag ab. Gestützt auf diesen Vertrag erklärte die Klägerin mit Garantieversprechen vom 13. April 2006, der Z. Generalunternehmung AG auf erste Aufforderung hin jeden Betrag bis maximal CHF 145 286.90 zu zahlen. Dies ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen des zwischen der Beklagten und der Begünstigten bestehenden Werkvertrags und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus demselben. Zur Geltendmachung der Garantiesumme erforderlich war eine schriftliche Zahlungsaufforderung der Z. AG und eine schriftliche Bestätigung, wonach die Beklagte ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei[10]. Das Ende der Gültigkeit der Garantie wurde auf den 30. Juni 2007 festgelegt.

Mit Schreiben vom 19. Dezember 2006 forderte die Z. AG von der Klägerin die Auszahlung der Garantiesumme in der Höhe von CHF 145 286.90 mit der Begründung, die Beklagte sei ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen. Mit Schreiben vom 27. Dezember 2006 setzte die Klägerin die Beklagte darüber in Kenntnis. Darauf begründete die Beklagte der Klägerin noch gleichentags schriftlich und dokumentiert, weshalb der Garantiefall nicht eingetreten sei. Mit Schreiben vom 2. Januar 2007 forderte die Klägerin die Z. AG sinngemäss auf, anlässlich eines noch zu vereinbarenden Besprechungstermins den Garantiefall zu substanziieren. Eine solche Besprechung kam indessen nicht zustande. Mit Schreiben vom 8. Januar 2007 beharrte die Z. AG unter Hinweis auf die Abstraktheit der Garantie auf Auszahlung. Erst mit Schreiben vom 25. Juli 2007 spezifizierte die Z. AG die Vertragsverletzungen der Beklagten näher. Am 2. August 2007 zahlte die Klägerin schliesslich die Garantiesumme von CHF 145 286.90 aus. In der Folge forderte die Klägerin den Betrag von CHF 145 286.90 von der Beklagten zurück. Diese lehnte die Zahlung ab.

Am 11. August 2009 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Arlesheim Klage ein mit dem Begehren, es sei die Beklagte zur Zahlung eines Betrags von CHF 145 286.90 zu verurteilen. Mit Urteil vom 12. August 2010 wies das Bezirksgericht Arlesheim die Klage ab. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin Appellation beim Kantonsgericht Basel-Landschaft mit dem Begehren, es sei das Urteil des Bezirksgerichts Arlesheim aufzuheben und die Beklagte zur Zahlung eines Betrags von CHF 145 286.90 zu verurteilen. Mit Urteil vom 14. Juni 2011 wies das Kantonsgericht Basel-Landschaft die Appellation ab.

Zur Begründung führte das Kantonsgericht in seinem Urteil vom 14. Juni 2011 aus, die Verweigerung der Garantieauszahlung bei Fehlen der entsprechenden Voraussetzungen gehöre zu den auftragsrechtlichen Pflichten des Garanten, deren Verletzung zum Verlust des Auslagen- und Verwendungsersatzes führe. Die Begünstigte sei bei Inanspruchnahme der Garantie zur Substanziierung des Ereignisses verpflichtet, welches den Garantiefall auslöse, selbst wenn dies im Garantieversprechen nicht vorgesehen sei. Da eine solche Substanziierung durch die begünstigte Z. AG nicht bzw. erst verspätet erfolgt sei, hätte die Klägerin die Auszahlung der Garantiesumme verweigern müssen. Da sie trotz ihres Rechts auf Zahlungsverweigerung die Garantiesumme in Verletzung ihrer vertraglichen Sorgfaltspflichten ausbezahlt habe, stehe ihr gegen die Beklagte kein Regressrecht zu.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 26. August 2011 beantragte die Klägerin dem Bundesgericht, es sei das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft aufzuheben und es sei die Beklagte zur Zahlung eines Betrags von CHF 145 286.90 zu verurteilen. Die Beklagte und die Vorinstanz beantragten die Abweisung der Beschwerde.

2. Erwägungen

In seinem Entscheid vom 13. Februar 2012, in dem die eingereichte Beschwerde gutgeheissen wurde, stellte das Bundesgericht namentlich die folgenden Erwägungen an.

a) Ausstellung einer Garantie

Wenn eine Garantie im Sinne von Art. 111 OR ausgestellt wird, so sei der Garant unbesehen eines all-

[10] Der Text der Garantieverpflichtung vom 13. April 2006 lautete wörtlich wie folgt: «Im Auftrag der Firma Y. AG verpflichten wir, X. Versicherungsgesellschaft, uns hiermit unwiderruflich, Ihnen auf erste Anforderung hin, ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen des eingangs erwähnten Vertrages und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus demselben, jeden Betrag bis maximal CHF 145 286.90 zu zahlen. Dazu benötigen wir Ihre schriftliche Bestätigung, wonach die Firma Y. AG ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist.»

fälligen Streites über den Grundvertrag zur Zahlung verpflichtet, sofern die im Garantieversprechen umschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 131 III 511 E. 4.2 S. 524; 122 III 321 E. 4a S. 322; 122 III 273 E. 3a/aa S. 275). Die Unabhängigkeit der Garantie finde ihre Grenzen dort, wo sie offensichtlich rechtsmissbräuchlich beansprucht wird (BGE 131 III 511 E. 4.6). In diesem Fall sei der in Anspruch genommene Garant nicht nur berechtigt, sondern gegenüber dem Garantiesteller auch verpflichtet, die Zahlung zu verweigern (BGE 122 III 321 E. 4a S. 322 f.)[11].

b) Unterschiedliche Auffassungen in der Lehre

Wie das Bundesgericht darlegt, wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass der Begünstigte einer Garantie mit Sofortzahlungsklausel («auf erstes Anfordern») bei Inanspruchnahme das Ereignis, welches den Garantiefall auslöst, auch dann näher umschreiben muss, wenn der Garantietext keine oder nur eine allgemein formulierte Erklärung verlangt[12]. Dies werde damit begründet, dass die rechtsmissbräuchliche Ausnützung einer formalen Rechtsposition nicht zulässig sei[13]. Ohne eine gewisse Substanziierung könne die Bank keine Schlüssigkeitsprüfung vornehmen und habe auch keine Grundlage für die Erkenntnis eines etwaigen Rechtsmissbrauchs[14].

Dem werde entgegengehalten, eine Substanziierungspflicht widerspreche der streng formalisierten Betrachtungsweise, die allein auf den Wortlaut der Garantieklausel abstelle[15]. Die Voraussetzungen für den Abruf der Garantiesumme würden einzig durch das Garantieversprechen festgelegt[16]. Bestünden keine weiteren Zahlungsvoraussetzungen und Formvorschriften, so werde die Zahlungspflicht der Garantin mit dem Empfang der formlosen Abruferklärung ausgelöst[17].

c) Abstellen auf den Wortlaut der Garantieklausel

In Bezug auf den Eintritt des Garantiefalls gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine streng formalisierte Betrachtungsweise, die allein auf den Wortlaut der Garantieklausel abstellt. Der Begünstigte müsse dem Garanten gegenüber nur die (aber auch alle) Voraussetzungen erfüllen, die in der jeweiligen Garantieklausel als Bedingung für das Entstehen der Zahlungspflicht des Garanten ihm gegenüber festgelegt sind (BGE 122 III 321 E. 4a S. 322; 122 III 273 E. 3a). So könne der Garant etwa keine Vorleistungen verlangen, die sich nicht eindeutig aus dem Garantietext ergeben (Urteil 4C.144/2003 vom 10. September 2003 E. 2.2)[18].

d) Keine weitergehende Substanziierungsverpflichtung

Als Fazit hält das Bundesgericht fest, dass diese Grundsätze nicht vereinbar sind mit einer Verpflichtung des Begünstigten, den Eintritt des Garantiefalls über den Wortlaut der Garantieklausel hinausgehend näher zu substanziieren. Es liege vielmehr in der Verantwortung der Garantin, sämtliche Voraussetzungen für die Auszahlung der Garantiesumme im Garantieversprechen aufzuführen. Der Begünstigte sei insofern in seinem Vertrauen auf den Inhalt des Garantieversprechens zu schützen (vgl. Urteil 4C.144/2003 vom 10. September 2003 E. 2.2). Vorliegend wurden zum Abruf der Garantie eine schriftliche Zahlungsaufforderung der Z. AG und eine schriftliche Bestätigung vorausgesetzt, wonach die Beschwerdegegnerin ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz konnte die Beschwerdeführerin von der Z. AG nicht eine über den Wortlaut des Garantieversprechens hinausgehende Substanziierung verlangen, inwiefern der Vertrag verletzt worden sei. Indem die Vorinstanz mit dieser Begründung eine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten der Beschwerdeführerin angenommen und folglich deren Regressrecht verneint hat, habe sie Bundesrecht verletzt[19].

Da die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 14. Juni 2011 diverse Fragen offen gelassen hatte, so insbesondere diejenige, ob der Baugarantie-Versicherungsvertrag vom 12./13. April 2006 auslegungsbedürftig sei und in welchem Sinn er gegebenenfalls auszulegen sei, fehlten dem Bundesgericht die tatsächlichen Grundlagen für einen reformatorischen Entscheid, weshalb die Sache an das Kantonsgericht Basel-Landschaft zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung zurückgewiesen wurde[20].

[11] BGE 138 III 241 E. 3.2.

[12] Spaini (Fn. 1), 102; Claus-Wilhelm Canaris, Grosskommentar HGB, Bankvertragsrecht, Erster Teil, 4. Aufl. 1988, N 1130, je mit Hinweisen.

[13] Spaini (Fn. 1), 102.

[14] Canaris (Fn. 12), 767 N 1130.

[15] Carlo Lombardini, Droit bancaire suisse, 2. Aufl., Zürich 2008, 600 N 96; Jürgen Dohm, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985, N 198 f.

[16] Andres Büsser, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Freiburg (CH) 1997, N 896 ff.; Beat Kleiner, Bankgarantie, 4. Aufl., Zürich 1990, N 21.04 f., 21.09; Daniel Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4. Aufl., Genf 2000, 341.

[17] Dieter Zobl, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: Wiegand (Hrsg.), Berner Bankrechtstag, Personalsicherheiten, Bern 1997, 45 f.; BGE 138 III 241 E. 3.3.

[18] BGE 138 III 241 E. 3.4.

[19] BGE 138 III 241 E. 3.5.

[20] Nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichte E. 4. des Urteils 4A_505/2011 vom 13. Februar 2012.

III. Urteil des KGer BL vom 15. Mai 2012[21]

1. Sachverhalt

Entsprechend den im Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts genannten Vorgaben hat das Kantonsgericht Basel-Landschaft am 15. Mai 2012 einen neuen Entscheid gefällt, wobei keine weitere Parteiverhandlung durchgeführt wurde.

Der Sachverhalt entspricht grundsätzlich demjenigen, der bereits dem Urteil des Bundesgerichts zugrunde lag[22]. Eine von der Beklagten unaufgefordert eingereichte Eingabe vom 12. März 2012, in der sie nach Vorliegen der schriftlichen Begründung des Urteils des Bundesgerichts vom 13. Februar 2012 nochmals Stellung bezogen hatte, ist vom Kantonsgericht Basel-Landschaft antragsgemäss aus dem Recht gewiesen worden, da es der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht gebiete, den Parteien nach der Rückweisung durch das Bundesgericht nochmals Gelegenheit zu Bemerkungen einzuräumen.

2. Erwägungen

a) Die Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft

Die Frage, ob der Baugarantie-Versicherungsvertrag vom 12./13. April 2006 auslegungsbedürftig ist, hat das Kantonsgericht Basel-Landschaft namentlich deshalb bejaht, weil in den verschiedenen Vertragsdokumenten keine einheitliche Terminologie verwendet worden ist[23].

Hinsichtlich der Frage, ob die Parteien einen Garantievertrag gemäss Art. 111 OR oder einen Bürgschaftsvertrag gemäss Art. 492 OR abgeschlossen haben, führte es aus, dass der Garantievertrag darin bestehe, dass jemand dem Vertragspartner die Leistung eines Dritten verspricht und sich verpflichtet, Schadenersatz zu bezahlen, wenn der Dritte die Leistung nicht erbringt. Die Schuld des Garanten könne selbst dann bestehen, wenn der Dritte nicht Schuldner des Begünstigten ist oder wenn seine Schuld für nichtig oder ungültig erklärt worden ist. Bei der Bürgschaft verpflichte sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen, was eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraussetze. Die Akzessorietät sei das wichtigste Abgrenzungskriterium, das heisst die Abhängigkeit von der Hauptschuld. Während bei der akzessorischen Bürgschaft der Bürge die Erfüllung eines Vertrags garantiere, werde bei der selbständigen Garantie eine Leistung als solche, unabhängig von der Verpflichtung des Dritten versprochen. Im Gegensatz zur Bürgschaft müsse derjenige, der eine selbständige Garantieverpflichtung eingegangen ist, seine Leistung selbst dann erbringen, wenn die Hauptschuld nicht entstanden, für nichtig oder ungültig erklärt worden ist (BGE 125 III 305 E. 2.a und b)[24].

b) Anwendungsbereich der Unklarheitsregel

Bezüglich der Auslegung des Vertrags legte das Kantonsgericht Basel-Landschaft dar, dass Individualabreden in der Regel vorformulierten Vertragsbestimmungen vorgehen. Im Übrigen seien vorformulierte Vertragsbestimmungen und individuell verfasste Vertragsklauseln grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen (BGE 5C.271/2004 E. 2, BGE 123 III 44 E. 2.c/bb, BGE 122 III 121 E. 2.a). Der Inhalt eines Versicherungsvertrags bestimme sich gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG in Verbindung mit Art. 18 Abs. 1 OR primär nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen. Wenn dieser unbewiesen bleibt, seien zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 126 III 120 E. 2.a). Die Auslegung habe sich nach Wortlaut, Sinn und Zweck des Vertrags, nach dem Sachzusammenhang und der inhaltlichen Ausgestaltung der einzelnen Erklärungen zu richten. Führe auch dies nicht zu einem klaren Ergebnis, dann würden die Vermutungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Anwendung kommen (BGE 131 III 511 E. 4.3 und 4.4). Wenn eine Bestimmung von einer Partei unklar verfasst worden ist, so bestimme die Unklarheitsregel, dass im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist. Die Regel dürfe aber in keinem Fall allein deswegen angewandt werden, weil die Auslegung streitig ist, sondern erst dann, wenn die übrigen Auslegungsmethoden versagen und der bestehende Zweifel nicht anders behoben werden kann (BGE 122 III 124 E. 2.d; BJM 1996 S. 200 und dort zitierte Rechtsprechung)[25].

c) Individualabrede einer selbständigen Garantie

Im vorliegenden Fall vermochte der Wortlaut des Versicherungsantrags vom 12. April 2006 für sich allein noch keine Klarheit über die inhaltliche Ausgestaltung des Deckungsverhältnisses zu geben. Der Wortlaut des besonderen Garantieversprechens vom 13. April 2006 sei hingegen nicht interpretationsbedürftig, sondern halte klar fest, dass es um eine vom Grundverhältnis losgelöste Sicherheit geht. Die Klägerin verspreche der Begünstigten im Auftrag der Beklagten Scha-

[21] Abrufbar im Internet unter <www.bl.ch/kantonsgericht>; Entscheid vom 15.5.2012.
[22] Siehe oben II. 1.
[23] Urteil KGer BL vom 15. Mai 2012 E. 3.
[24] Urteil KGer BL vom 15. Mai 2012 E. 4 Abs. 1.
[25] Urteil Kantonsgericht BL vom 15.5.2012 E. 4 Abs. 2.

denersatz für den Ausfall der Hauptleistung, d.h. für den Fall, dass die Beklagte sich nicht entsprechend dem Werkvertrag verhält. Das Erfüllungsversprechen der Garantin sei nicht deckungsgleich mit jenem der Hauptschuldnerin, sondern beinhalte eben Schadenersatz. Es werde zwar Bezug genommen auf den Werkvertrag zwischen der Begünstigten und der Beklagten, aber es bestehe zufolge Unabhängigkeit von der Gültigkeit und den Rechtswirkungen des Werkvertrags und zufolge des Verzichts auf Einwendungen und Einreden aus dem Werkvertrag keine Akzessorietät der Leistungspflicht der Klägerin. Es liege somit keine akzessorische Bürgschaft, sondern eine selbständige Garantie vor (vgl. BGE 113 II 437 E. 2.b, 125 III 305 ff. E. 2.b, 131 III 511 ff. E. 4.3; BSK OR-Pestalozzi, Art. 111 N 6, 22 und 28).

Das Garantieversprechen stellte gemäss undatierter Police ein integrierter Bestandteil des Versicherungsvertrags zwischen den Parteien dar und war der Police beigeheftet. Die Beklagte hatte folglich Kenntnis vom gegenüber der Z. AG abgegebenen Garantieversprechen der Klägerin. Deshalb müsse die Beklagte insbesondere auch den Wortlaut des Garantieversprechens gegen sich gelten lassen. Damit sei das Vorliegen einer Individualabrede zwischen den Parteien über die Leistung einer selbständigen Garantie der Klägerin zugunsten der Z. AG zu bejahen.

Zufolge Bestehens einer abschliessenden Individualabrede zwischen den Parteien sei der in der Police enthaltene Verweis auf die Allgemeinen Bedingungen für die Baugarantie-Versicherung rechtlich bedeutungslos, soweit diese Allgemeinen Bedingungen der Individualabrede widersprechen. Nach Treu und Glauben habe die Klägerin davon ausgehen dürfen, dass sie im Auftrag der Beklagten gegenüber der Begünstigten eine selbständige Garantie abgeben durfte und dass für eine Regressnahme im Deckungsverhältnis nebst dem Nachweis einer form- und fristgerechten Garantieziehung durch die Begünstigte und der anschliessenden Auszahlung der Garantiesumme durch die Klägerin keine weiteren Voraussetzungen darzutun waren. Bei diesem Auslegungsergebnis erübrigte sich eine Anwendung der Unklarheitsregel[26].

d) Keine rechtsmissbräuchliche Garantieziehung

Anschliessend hielt das Kantonsgericht Basel-Landschaft fest, dass die Klägerin die form- und fristgerechte Garantieziehung durch die Begünstigte hinreichend substanziiert und bewiesen habe. Ferner habe sie dargetan, dass sie ihrer Informationspflicht gegenüber der Beklagten nachgekommen ist und ihr damit ermöglicht hat, bei einer allfälligen rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Garantieleistung vorsorgliche Massnahmen eines Gerichts zu erwirken und/oder der Garantin die erforderlichen Beweismittel zum Nachweis einer rechtsmissbräuchlichen Garantieziehung vorzulegen. Nur ein Rechtsmissbrauch seitens der Begünstigten könnte die Berufung der Klägerin auf eine selbständige Garantie unbehelflich machen. Da im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte nachgewiesen oder ersichtlich waren, welche auf eine rechtsmissbräuchliche Garantieziehung hingedeutet haben, gelang es der Beklagten nicht, eine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten im Deckungsverhältnis durch die Klägerin darzutun[27].

Aufgrund dieser Erwägungen hat das Kantonsgericht Basel-Landschaft den Entscheid des Bezirksgerichts Arlesheim vom 12. August 2010 in Gutheissung der Appellation aufgehoben und die Klage im Umfang von CHF 145 286.90 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 3. August 2007 gutgeheissen. Gegen diesen Entscheid hat die Beklagte innert der massgebenden Frist keine Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht erhoben, so dass er in Rechtskraft erwachsen ist.

IV. Bemerkungen

1. Substanziierung

Die Auffassung des Bundesgerichts, wonach in Bezug auf den Eintritt des Garantiefalls eine streng formalisierte Betrachtungsweise gilt, die allein auf den Wortlaut der Garantieklausel abstellt, verdient Zustimmung[28]. Insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit ist es angezeigt, dass der Begünstigte darauf vertrauen darf, dass die Garantiesumme dann ausbezahlt wird, wenn die in der Garantieerklärung genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Wenn umgekehrt zusätzliche Umstände, die nicht ausdrücklich genannt werden, nachgewiesen werden müssten, hätte dies zur Folge, dass langjährige Rechtsstreitigkeiten zur Frage entstehen könnten, ob die Versicherungsgesellschaft die Garantiesumme auszahlen darf bzw. muss.

Auf der anderen Seite hat dies zur Folge, dass der Versicherungsnehmer – in der Regel handelt es sich um den Unternehmer eines Werkvertrages – kaum eine Möglichkeit hat, sich gegen eine Auszahlung der Garantiesumme zu sträuben. Insbesondere kann er grundsätzlich keine Einwendungen aus dem Grundverhältnis hinsichtlich des Garantieverhältnisses erheben. Die einzige Ausnahme liegt dann vor, wenn der Abruf der Garantie geradezu rechtsmissbräuchlich

[26] Urteil KGer BL vom 15. Mai 2012 E. 4 Absatz 3.

[27] Urteil KGer BL vom 15. Mai 2012 E. 5.

[28] Insoweit das Urteil des Bundesgerichts in der Lehre bereits kommentiert worden ist, geschah dies im zustimmenden Sinne (so PETER REETZ, Substantiierung einer Garantieabrufserklärung?, BR/DC 2012, 78 ff.).

erfolgt. An den Einwand des Rechtsmissbrauchs sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen; insbesondere ist eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Garantie keineswegs identisch mit einem unter dem Grundverhältnis unberechtigten Abruf der Garantie. Eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie liegt nur dann vor, wenn dem Begünstigten unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Garantie zusteht[29].

Auch das Bundesgericht hält in konstanter Rechtsprechung fest, dass nur ein Rechtsmissbrauch seitens des Begünstigten die Berufung auf eine selbständige Garantie unbehelflich machen kann. Die Verweigerung einer Auszahlung einer Bankgarantie unter Hinweis auf einen Rechtsmissbrauch des Begünstigten sei jedoch aussergewöhnlich. Dabei genüge es nicht, dass die Berufung auf die selbständige Garantie nicht mit dem Hinweis auf die Beziehungen zwischen Auftraggeber und Begünstigtem gerechtfertigt werden kann oder dass zwischen ihnen in Bezug auf die Erfüllung des Vertrages ein Streit besteht[30].

Im vorliegenden Fall hat das Kantonsgericht Basel-Landschaft im Urteil vom 15. Mai 2012 dargelegt, dass vonseiten der Beklagten der Nachweis einer angeblich rechtsmissbräuchlichen Garantieziehung durch die Begünstigte nicht nachgewiesen worden sei; auch habe sie keine vorsorglichen Massnahmen bei einem Gericht erwirkt. Abgesehen davon waren im konkreten Fall keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche auf eine rechtsmissbräuchliche Garantieziehung hingedeutet hätten[31].

Angesichts dieser rechtlichen Situation kann einem Versicherungsnehmer, der in einem allfälligen künftigen Fall über konkrete Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Garantieziehung durch den Begünstigten verfügt, aus Gründen der Vorsicht nur geraten werden, dass er beim zuständigen Gericht vorsorgliche Massnahmen, wie insbesondere ein Zahlungsverbot, beantragt[32], sobald er durch den Versicherer über die beabsichtigte Garantieziehung informiert worden ist. Eine rechtsmissbräuchliche Garantieziehung würde bspw. dann vorliegen, wenn die Garantie zu einem in der Garantieerklärung nicht vorgesehenen Zweck beansprucht wird[33].

2. Rechtsnatur

Das Bundesgericht hat bei seinen Erwägungen die Rechtsnatur des im vorliegenden Fall abgeschlossenen Vertrags nicht näher geprüft, sondern den Fall diesbezüglich an die Vorinstanz zurückgewiesen. Einzig in seinen Erwägungen zur Substanziierung der abgegebenen Garantieerklärung ist es kurz und bündig von einem Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR ausgegangen[34]. Demgegenüber hat sich das Kantonsgericht Basel-Landschaft einlässlich mit der rechtlichen Einordnung auseinandergesetzt. Dabei hat es im Wesentlichen erwogen, dass der Wortlaut des Versicherungsantrags vom 12. April 2006 für sich allein noch keine Klarheit über die inhaltliche Ausgestaltung des Deckungsverhältnisses zu geben vermöge; jedoch sei der Wortlaut der Garantieerklärung vom 13. April 2006 nicht interpretationsbedürftig, sondern halte klar fest, dass es um eine vom Grundverhältnis losgelöste Sicherheit gehe. Es liege somit keine akzessorische Bürgschaft, sondern eine selbständige Garantie vor[35].

Die vom Kantonsgericht Basel-Landschaft vorgenommene Charakterisierung als selbständige Garantie im Sinne von Art. 111 OR erscheint zutreffend und entspricht den in der Rechtsprechung des Bundesgerichts genannten massgebenden Kriterien. Da das Kantonsgericht Basel-Landschaft einzig gehalten war, die Rechtsnatur der im konkreten Fall abgegebenen Erfüllungsgarantie zu beurteilen, kann aus diesem Entscheid jedoch nicht abgeleitet werden, dass diese rechtliche Zuordnung generell für sämtliche Baugarantieversicherungen gilt.

Während es bei einer Erfüllungsgarantie, die mit einem umfassenden Ausschluss von Einreden und Einwendungen verbunden ist, durchaus sachgerecht erscheint, diese als Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR zu charakterisieren, muss dies für andere Arten von Baugarantien keineswegs ebenso sein. Namentlich bei Gewährleistungsgarantien, bei denen es um die Absicherung von Baumängeln geht, dürfte es eher nahe liegen, diese als Bürgschaft zu verstehen. Einen gewissen Hinweis auf die Charakterisierung einer Gewährleistungsgarantie als Bürgschaft bildet namentlich Art. 181 Abs. 1 der SIA-Norm 118, wonach der Unternehmer vor der Auszahlung des Rückbehaltes Sicherheit für seine Haftung wegen Mängeln zu leisten hat, wobei die Sicherheit in der Solidarbürgschaft einer namhaften Bank oder Versicherungsgesellschaft besteht. Ebenso ein Indiz für das Vorliegen einer akzessorischen Bürgschaft bei einer Gewährleistungsgarantie stellt die in den anwendbaren Allgemeinen Versicherungsbedingungen zumeist anzutreffende Bestimmung

[29] Sonja Gabi, Garantieversicherung, Zürich 1990, 84; Kleiner (Fn. 16), N 21.45 ff.

[30] BGE 131 III 511 E. 4.6; Urteil des BGer 4A_463/2011 E. 3.1; Urteil des BGer 4C. 12/2007 vom 26. Juni 2007 E. 3.1 und 3.2.

[31] Siehe oben III. 2. d).

[32] Kleiner (Fn. 16), N 22.04 ff.

[33] Urteil des BGer 4A_463/2011 E. 3.2 vom 5. Oktober 2011; Urteil des BGer 4C.12/2007 vom 26. Juni 2007 E. 3.1.

[34] Siehe oben II. 2. a).

[35] Siehe oben III. 2. d).

dar, wonach der Versicherungsnehmer die vom Bauherrn gerügten Mängel zunächst zu untersuchen und nach Möglichkeit zu beheben hat.

Insgesamt betrachtet dürfte die Auffassung des Bundesgerichts zutreffend sein, dass in jedem Einzelfall aufgrund der getroffenen Vereinbarungen und der massgeblichen Umstände zu entscheiden ist, ob ein Garantievertrag oder eine Bürgschaft vorliegt.

3. Vertragsauslegung

Da das VVG keine allgemein gültigen Regeln über die Auslegung von Versicherungsverträgen enthält, gelten die allgemeinen Regeln über die Auslegung von Verträgen, namentlich Art. 2 Abs. 1 ZGB und Art. 18 OR[36]. Demgemäss ist wie bei jedem Vertrag für die Auslegung einer Versicherungsvertragsbestimmung grundsätzlich der wirkliche Wille der Parteien zu ermitteln. Kann er nicht erstellt werden, ist gemäss dem Vertrauensprinzip oder gemäss Treu und Glauben auf den wahrscheinlichen Willen abzustellen und es sind alle Umstände in Betracht zu ziehen, die beim Vertragsschluss eine Rolle gespielt haben.

In den Erwägungen des Urteils des Kantonsgerichts Basel-Landschaft werden die massgebenden Grundsätze dargelegt und zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass die Unklarheitsregel in keinem Fall allein deswegen angewandt werden darf, weil die Auslegung strittig ist, sondern erst dann, wenn die übrigen Auslegungsmethoden versagen und der bestehende Zweifel nicht anders behoben werden kann. Zwar beschränken sich die entsprechenden Ausführungen im Wesentlichen auf eine Wiedergabe der konstanten Praxis und Lehre, gleichwohl ist es begrüssenswert, dass diese Grundsätze ausdrücklich in Erinnerung gerufen worden sind. Dies gilt umso mehr, als bei solchen erstinstanzlichen Gerichten, die nur relativ selten Versicherungsangelegenheiten zu beurteilen haben, zuweilen eine gewisse Tendenz feststellbar ist, vorschnell auf die Unklarheitsregel Bezug zu nehmen und eine Bestimmung in einer für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstigeren Weise auszulegen. Ebenso sind die Erwägungen des Kantonsgerichts Basel-Landschaft zutreffend, wonach eine Individualabrede zwischen den Parteien einer allenfalls abweichenden Bestimmung in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgeht.

4. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es für die Auslegung und Anwendung eines Baugarantieversicherungvertrags sehr stark auf die getroffenen Vereinbarungen und die konkreten Verhältnisse ankommt. Dabei muss man sich bewusst sein, dass die Interessenlage der drei an einem derartigen Verhältnis beteiligten Parteien oft nicht die gleiche ist: Während der Begünstigte einer Garantieverpflichtung daran interessiert ist, möglichst rasch und ohne grossen Aufwand in den Genuss der vereinbarten Garantiesumme zu gelangen, hat der Versicherungsnehmer zumeist kein Interesse daran, dass die Garantiesumme zur Auszahlung gelangt, ist er dann doch in aller Regel mit einer Rückgriffsforderung der Versicherungsgesellschaft konfrontiert. Gewissermassen eine Zwischenstellung nimmt die Versicherungsgesellschaft ein, die einerseits das gegenüber dem Begünstigten abgegebene Zahlungsversprechen einhalten und andererseits dafür sorgen muss, dass sie vonseiten des Versicherungsnehmers nicht mit dem Vorwurf konfrontiert wird, sie habe die Garantiesumme unberechtigterweise ausbezahlt.

Aufgrund dieser Umstände kann den beteiligten Parteien primär die Empfehlung abgegeben werden, dass sie sich beim Abschluss eines Baugarantieversicherungsvertrags zum einen darüber im Klaren sind, welche Art von Sicherheit gewünscht wird, und dass zum anderen dieser Vertragswille anschliessend klar dokumentiert wird.

[36] BSK VVG-Stoessel, Vorbemerkungen zu Art. 1–3 N 22.