

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
4C.217/2002 /Ima

Urteil vom 24. Juni 2003  
I. Zivilabteilung

Besetzung  
Bundesrichter Corboz, Präsident,  
Bundesrichter Walter, Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Nyffeler und Bundesrichter Favre,  
Gerichtsschreiber Mazan.

Parteien

X. \_\_\_\_\_ AG,  
Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Walter M. Müller, Löwenstrasse  
17, 8023 Zürich,

gegen

Bank A. \_\_\_\_\_,  
Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. René Schwarzmann,  
Theaterstrasse 2, Postfach 4426, 8022 Zürich.

Gegenstand

Kreditauftrag; erlaubte Substitution,

Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 19. April 2002.

Sachverhalt:

A.

Am 18. September 1990 unterzeichnete die X. \_\_\_\_\_ AG (Beklagte) ein an die Bank A. \_\_\_\_\_ (Klägerin) gerichtetes und als "Revers" bezeichnetes Dokument. Darin ersuchte die Beklagte die Klägerin, den Ehegatten P. \_\_\_\_\_ und/oder W. \_\_\_\_\_ einen Kredit in der Höhe von FRF 4'500'000.-- zu gewähren. Zur Sicherung dieses Kredits gab die Beklagte im erwähnten "Revers" folgende Erklärung ab:

"Hierdurch übernehmen wir [die Beklagte] gegenüber Ihrer Bank [die Klägerin] die volle Haftung für sämtliche Verpflichtungen aus dem obigen Engagement. Wir ermächtigen Sie ausdrücklich und ohne Vorbehalt, unter Verzicht auf jede Einrede, uns für alle Beträge bis zur Höhe des ausgesetzten Kredites zuzüglich Zinsen, Kommissionen und allfälliger Kosten zu belasten, und wir verpflichten uns, diese Beträge auf Ihr erstes Verlangen anzuschaffen."

In der Folge sprach die Klägerin einen Kredit von FRF 2'700'000.-- an die Eheleute P. \_\_\_\_\_ und einen Kredit von FRF 1'800'000.-- an die Eheleute W. \_\_\_\_\_, wobei die Verträge die Errichtung von Grundpfandrechten auf den Grundstücken der Kreditnehmer vorsahen. Diese Kredite wurden zwecks Tilgung von Schulden ausbezahlt, welche die F. \_\_\_\_\_ GmbH - deren Geschäftsführer P. \_\_\_\_\_ und W. \_\_\_\_\_ waren - bei der Beklagten hatte.

Für den Fall, dass die Rückzahlung durch die Kreditnehmer P. \_\_\_\_\_ und W. \_\_\_\_\_ ausbleiben und die Beklagte aus der im "Revers" abgegebenen Sicherheit in Anspruch genommen werden sollte, vereinbarten die Prozessparteien, dass die Klägerin der Beklagten die grundpfandversicherten Kreditpositionen gegenüber den Kreditnehmern abtreten würde, so dass es dann Sache der Beklagten wäre, gegen die Kreditnehmer vorzugehen und die Grundpfandsicherheiten zu realisieren.

In der Folge wurde der an die Ehegatten W. \_\_\_\_\_ erteilte Kredit von FRF 1'800'000.-- zurückbezahlt. Demgegenüber zahlten die Eheleute P. \_\_\_\_\_ ihren Kredit von FRF 2'700'000.-- nur teilweise zurück. Da der Kredit nicht vollständig zurückgeführt wurde, wandte sich die Klägerin an die Beklagte. Diese erklärte sich bereit, den ausstehenden Betrag zurückzuzahlen, jedoch nur unter der Bedingung, dass die Klägerin ihr die Grundpfandsicherheiten übergebe und sich verpflichte, den bezahlten Betrag inklusive Zinsen und Prozesskosten zurückzuerstatten, falls die englischen Gerichte zum Schluss kommen sollten, dass die Grundpfandrechte ungültig seien.

Im Mai 1994 leitete die Klägerin in Grossbritannien ein Gerichtsverfahren gegen die Eheleute P. \_\_\_\_\_ ein mit dem Ziel, den ausstehenden Kredit einzufordern bzw. die Grundpfandsicherheit zu verwerten. Dieses Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

B.

Nach Darstellung der Klägerin belief sich die ausstehende Kreditposition bezüglich der Ehegatten P.\_\_\_\_\_ per 30. Juni 1999 auf 3'963'327.35 (Kapital in der Höhe von FRF 2'160'000.-- zuzüglich aufgelaufene Zinsen in der Höhe von FRF 1'803'327.35). Mit Klage vom 19. April 2000 gelangte die Klägerin ans Handelsgericht des Kantons Zürich und beantragte im Wesentlichen, die Beklagte zur Bezahlung von CHF 971'015.20 - eventuell FRF 3'963'327.35 - je nebst 6,75% Zins seit 30. Juni 1999 zu verpflichten.

Mit Urteil vom 19. April 2002 verpflichtete das Handelsgericht des Kantons Zürich die Beklagte, der Klägerin ? 604'205.36 (entsprechend FRF 3'963'327.35) nebst 5% Zins seit 4. November 1999 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen.

C.

Mit Berufung vom 13. Juni 2002 beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 19. April 2002 aufzuheben und die Klage abzuweisen. Eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Ergänzung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung. Das Handelsgericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

D.

Eine parallel zur Berufung erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 12. Februar 2003 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Kern der Streitigkeiten zwischen den Parteien ist die Frage, ob die Beklagte gestützt auf den "Revers" in Anspruch genommen werden kann, auch wenn nicht feststeht, ob die Grundpfandsicherheit auf dem Grundstück der Eheleute P.\_\_\_\_\_, die nach der Abmachung der Parteien auf die Beklagte übertragen werden sollte, falls sie aus dem "Revers" in Anspruch genommen werden sollte, rechtsgültig errichtet worden ist. Die Vorinstanz hat eine Zahlungspflicht der Beklagten gestützt auf die Sicherungsabrede im "Revers" bejaht. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, das zwischen den Parteien abgeschlossene Rechtsverhältnis erinnere zwar in verschiedener Hinsicht an einen Kreditauftrag (Art. 408 OR). Effektiv hätten die Parteien aber einen Vertrag zugunsten eines Dritten abgeschlossen (Art. 112 OR), welcher mit einem bedingten Zahlungsverprechen der Beklagten in Form einer Garantie verbunden gewesen sei. Da nicht geklärt sei, ob die abzutretenden Grundpfandrechte auf der Liegenschaft der Eheleute P.\_\_\_\_\_ gültig errichtet worden seien, könne die Beklagte zwar grundsätzlich dem Anspruch der Klägerin auf Erbringung der Garantieleistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR entgegensetzen. Im vorliegenden Fall

zeitige diese Einrede indessen keinen Erfolg. Eine Verantwortlichkeit der Klägerin für das möglicherweise nicht gültig errichtete Grundpfandrecht falle nämlich ausser Betracht, weil diese für die von ihr beigezogenen englischen Anwälte nur beschränkt in Bezug auf die richtige Auswahl und Instruktion hafte (Art. 399 Abs. 2 OR) und keine unbeschränkte Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) Platz greife. Eine unsorgfältige Auswahl und Instruktion dieser Anwälte seitens der Klägerin sei nicht behauptet worden.

2.

Im Zusammenhang mit der Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien hat die Vorinstanz das Vorliegen eines Kreditauftrages im Wesentlichen mit der Begründung verneint, im "Revers" vom 18. September 1990 sei nicht die für den gesetzlichen Kreditauftrag essentielle Haftung vereinbart worden.

2.1 Durch den Kreditauftrag im Sinn von Art. 408 OR verpflichtet sich der Beauftragte, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, jedoch unter der Verantwortlichkeit des Auftraggebers, einem Dritten Kredit zu gewähren. Bei dieser Mandatsfigur hat einerseits der Auftraggeber Anspruch gegenüber dem Beauftragten auf Kreditgewährung an den Dritten. Andererseits haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für die Auslagen, die dem Beauftragten aus der Kreditgewährung entstanden sind, "wie ein Bürge" (Art. 408 Abs. 1 OR). Im vorliegenden Fall hat die Beklagte die Klägerin im "Revers" vom 18. September 1990 beauftragt, den Ehegatten P.\_\_\_\_\_ und/oder W.\_\_\_\_\_ einen Kredit zu gewähren. Die Beklagte ihrerseits hat sich verpflichtet, für die Rückzahlung des Darlehens Sicherheit zu leisten. Damit haben die Parteien einen Kreditauftrag im Sinn von Art. 408 OR abgeschlossen. Entgegen der Meinung der Vorinstanz spricht auch die im vorliegenden Fall von den Parteien vereinbarte Haftung, die - insbesondere wegen des im "Revers" vorgesehenen "Verzichts auf jede Einrede" - weiter geht als die akzessorische Haftung eines Bürgen, nicht gegen die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Kreditauftrag. Obwohl der Kreditauftraggeber "wie ein Bürge" haftet, ist die Haftung aus Kreditauftrag im Unterschied zur Haftung aus Bürgschaft nämlich nicht

akzessorisch (vgl. z.B. Art. 409 OR und im Unterschied dazu Art. 492 Abs. 2 OR; Christoph M Pestalozzi, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2003, N. 33 zu Art. 111; Pierre Tercier, Les contrats speciaux, 3. Auflage, Zürich 2003, Rz. 5026, insbes. 2°; Rolf H. Weber, Berner Kommentar, Bern 2002, N. 106 zu Art. 111 OR).

2.2 Wenn wie im vorliegenden Fall ein Kreditauftrag vorliegt, untersteht das Rechtsverhältnis der Parteien nebst den besonderen Bestimmungen des Kreditauftrages auch den allgemeinen Regeln des Auftragsrechts (Rolf H. Weber, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2003, N. 3 zu Art. 408 OR; Tercier, a.a.O., N. 5017). Dabei besteht die Hauptleistungspflicht des Kreditbeauftragten in der vertragskonformen Auftragsausführung, im vorliegenden Fall also in der Erteilung eines Kredites an die Ehegatten P.\_\_\_\_\_ und/oder W.\_\_\_\_\_. Den Parteien steht die Möglichkeit offen, zusätzlich zur vertragskonformen Auftragsausführung weitere Haupt- oder Nebenleistungspflichten zu vereinbaren (vgl. dazu Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bern 1992, N. 259 f. zu Art. 394, mit Hinweisen). Davon haben die Parteien im vorliegenden Fall Gebrauch gemacht, indem sie vereinbart haben, dass der von der Klägerin erteilte Kredit durch Grundpfandrechte sicherzustellen sei, die für den Fall, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin haftbar würde, auf die Beklagte übertragen worden wären. Diese Zusatzvereinbarung enthält nur eine Nebenleistungspflicht der kreditbeauftragten Bank. Die auftraggebende Beklagte hatte unabhängig von der Errichtung der Grundpfandrechte ein offensichtliches Interesse an der Krediterteilung, da diese Kredite zwecks Tilgung von Schulden der Kreditnehmer bzw. einer diesen gehörenden juristischen Person direkt an die Beklagte ausbezahlt wurden. Die Kredite wurde denn auch ausbezahlt, bevor die Grundpfandsicherheiten bestellt wurden, was ebenfalls auf eine bloss nebensächliche Bedeutung der Zusatzvereinbarung im Gesamtkontext spricht.

2.3 Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass die Parteien einen Kreditauftrag des Inhalts abgeschlossen haben, dass die Beklagte die Klägerin beauftragte, den Ehegatten P.\_\_\_\_\_ und/oder W.\_\_\_\_\_ Kredit zu gewähren (Hauptleistungspflicht) sowie diese Kredite durch Grundpfandrechte zu sichern und bei Inanspruchnahme der Beklagten an diese abzutreten (Nebenleistungspflicht). Die Beklagte ihrerseits hat sich verpflichtet, die "volle Haftung" für die Rückzahlung des "ausgesetzten Kredites zuzüglich Zinsen, Kommissionen und allfälliger Kosten", und zwar "unter Verzicht auf jede Einrede" zu übernehmen.

3.

Die Vorinstanz ist im angefochtenen Urteil davon ausgegangen, dass die Beklagte der Forderung der Klägerin auf Bezahlung der im "Revers" vereinbarten Sicherheitsleistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR entgegensetzen könne, weil nicht klar sei, ob die an die Beklagte abzutretenden Grundpfandrechte rechtsgültig bestellt worden seien. Die Klägerin macht demgegenüber geltend, dass die Beklagte mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausgeschlossen sei.

3.1 Gemäss Art. 82 OR muss diejenige Vertragspartei, die bei einem zweiseitigen Vertrag die andere Partei zur Erfüllung anhalten will, entweder bereits erfüllt oder die Erfüllung angeboten haben, wenn sie nicht nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat. Wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, steht der in Anspruch genommenen Partei die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu. Der Schuldner muss eine fällige Forderung also nicht erfüllen, bevor der Gläubiger die Gegenleistung erbracht oder sie wenigstens angeboten hat. Das Leistungsverweigerungsrecht setzt allerdings voraus, dass die gegenseitigen Leistungen in einem Austauschverhältnis stehen. In der Regel besteht nur zwischen den Hauptleistungspflichten ein Austauschverhältnis. Ausnahmsweise ist die Anwendung von Art. 82 aber auch im Hinblick auf Nebenleistungspflichten denkbar. Dabei ist es in erster Linie an den Parteien zu entscheiden, ob die Nebenleistung einen solchen Stellenwert hat, dass sie zur Hauptleistung in einem Austauschverhältnis steht (Urs Leu, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2003, N. 4 f. zu Art. 82; Rolf H. Weber, Berner Kommentar, Bern 1983, N. 81 und 91 zu Art. 82).

3.2 Beim Kreditauftrag handelt es sich wie beim einfachen Auftrag um einen zweiseitigen Schuldvertrag. Beim entgeltlichen Auftrag ist von einem vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrag auszugehen, bei dem sich als Hauptleistungspflichten die Auftragsausführung und die Honorarpflicht gegenüberstehen. Diesbezüglich liegt das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung auf der Hand. Beim unentgeltlichen Auftrag ist demgegenüber von einem unvollkommen zweiseitigen Vertrag auszugehen, weil der Hauptleistungspflicht des Beauftragten zur Auftragsausführung keine Hauptleistung des Auftraggebers gegenübersteht. In diesem Fall geht die Rechtsprechung beispielsweise davon aus, dass der Anspruch des Beauftragten auf Ersatz der Auslagen und Verwendungen (Art. 402 Abs. 1 OR) nicht ohne weiteres als Gegenleistung dessen zu betrachten ist, was aufgrund der Geschäftsführung gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR dem Auftraggeber abzuliefern ist (BGE 122 IV 322 E. 3b S. 327, 94 II 263 E. 3a S. 267).

3.3 Im vorliegenden Fall ist vorweg festzuhalten, dass die Klägerin ihre Hauptleistungspflicht - die

Erteilung der Kredite an die Ehegatten P.\_\_\_\_\_ und/oder W.\_\_\_\_\_ - soweit ersichtlich vertragskonform erfüllt hat. Insofern stellt sich die Frage des nicht erfüllten Vertrages nicht. Zu prüfen ist nur, ob die Beklagte gestützt auf Art. 82 OR die geschuldete Sicherheitsleistung verweigern darf, solange nicht geklärt ist, ob die Klägerin auch ihre Nebenleistungspflicht - die rechtsgültige Errichtung der Grundpfandrechte - einwandfrei erfüllt und die Übertragung dieser Sicherheiten angeboten hat. Diesbezüglich sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Parteien die in Frage stehenden Leistungen in ein für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vorausgesetztes Austauschverhältnis bringen wollten. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass die Errichtung der Grundpfandrechte im Kontext der Gesamtvereinbarung für beide Parteien - und insbesondere auch für die Beklagte - nur die Bedeutung einer Nebenleistung hatte, weil die Beklagte in erster Linie an der Erteilung des Kredites interessiert war, der zur Tilgung einer Drittschuld an sie ausbezahlt wurde (vgl. E. 2.2). Diese Interessenlage wird insbesondere auch dadurch erhärtet, dass der Kredit ausbezahlt wurde, bevor die Grundpfandsicherheiten errichtet wurden. Andererseits fällt in Betracht, dass sich die Beklagte im "Revers" zur Rückzahlung des ausstehenden Drittkredits auf erstes Verlangen verpflichtet hat, und zwar "unter Verzicht auf jede Einrede". Dieser Einredeverzicht bezieht sich nach Treu und Glauben auch auf die Einrede aus Art. 82 OR, soweit die gehörige Erfüllung der auftragsrechtlich übernommenen Verpflichtung in Frage steht.

3.4 Insgesamt ergibt sich somit, dass die Klägerin ihre Hauptleistungspflicht, den Ehegatten P.\_\_\_\_\_ und/oder W.\_\_\_\_\_ einen Kredit zu eröffnen, erfüllt hat und die Beklagte aus dem von ihr abgegebenen Garantieverprechen haftbar wird, soweit das Darlehen nicht zurückbezahlt wurde. Ob die Klägerin ihre Nebenleistungspflicht, das Darlehen an die Ehegatten P.\_\_\_\_\_ und/oder W.\_\_\_\_\_ durch Grundpfandrechte abzusichern und diese Sicherheiten für den Fall der Inanspruchnahme der Beklagten aus dem Garantieverprechen auf diese zu übertragen, korrekt erfüllt hat, kann dahin gestellt bleiben, weil diese Pflicht nicht in einem Austauschverhältnis zur Sicherheitsleistung steht, welche die Beklagte gestützt auf den "Revers" vom 18. September 1990 zu erbringen hat.

4.

Da die Beklagte mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausgeschlossen ist, ist die Klage gutzuheissen. In quantitativer Hinsicht ist die eingeklagte Forderung im vorliegenden Verfahren nicht umstritten. Die Vorinstanz hat die Forderung daher im Ergebnis zu Recht geschützt, und die Berufung ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OR).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 10'000.-- wird der Beklagten auferlegt.

3.

Die Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 12'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. Juni 2003

Im Namen der I. Zivilabteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: