

Einlagensicherung in der Schweiz im Bankenkonzurs

WIE SICHER SIND UNSERE BANKGUTHABEN? ANGESICHTS DER TÄGLICHEN HOBSBOTSCHAFTEN ÜBER BEREITS EINGETRETENE ODER NOCH DROHENDE BANKENZUSAMMENBRÜCHE STELLT SICH WOHL JEDER HEUTE DIE BERECHTIGTE FRAGE, OB SEINE VERMÖGENSWERTE, WELCHE SICH IM ZUGRIFF VON BISHER NOCH ALS SICHER GELTENDEN BANK-INSTITUTIONEN BEFINDEN, TATSÄCHLICH NOCH SICHER SIND.



von Thomas Reimann

Zur aktuellen gesetzlichen Regelung

Gestützt auf den Bericht und die Vorschläge der Expertenkommission Schaefer aus dem Jahr 2000, und basierend auf den entsprechenden Vorschlägen des Bundesrates sowie den Entscheidungen des Parlamentes, sind am 1. Juli 2004 die neuen Bestimmungen des Bankengesetzes (BankG) über die Einlagensicherung in Kraft gesetzt worden. Am 1. August 2005 wurde überdies die neue Bankenkonzursverordnung (BKV) der Eidg. Bankenkommision (EBK) in Kraft gesetzt, welche ebenfalls Bestimmungen zur Einlagensicherung enthält und die Bestimmungen des Bundesgesetz über Schuldbetreibung- und Konkurs (SchKG) ergänzt. Im Unterschied zu den Regelungen anderer Länder (Stichwort: Staatsgarantie) beruht die schweizerische Einlagensicherung bei Banken auf folgenden Prinzipien:

- Zunächst besteht gemäss Art. 37b des Bankengesetzes (BankG) ein **Konkursprivileg**; es gewährleistet die vorrangige Auszahlung von Kundeneinlagen bei der insolventen Bank bis zur Höhe von maximal CHF 30'000 pro Kunde bzw. Gläubiger; und

- **Kleinstkunden** werden bis maximal CHF 5'000 vorab aus der vorhandenen Konkursmasse befriedigt; und
- durch Art. 37h BankG soll im Rahmen einer **Selbstregulierung** der dem BankG unterstellten Institute auch tatsächlich sichergestellt werden, dass im Ernstfall die für die Auszahlung der privilegierten Einlagen notwendige Liquidität vorhanden ist und zur schnellen Auszahlung (spätestens innerhalb von drei (3) Monaten nach dem Bankzusammenbruch und unter Verzicht auf Verrechnung mit Gegenforderungen) an die Gläubiger herangezogen werden kann.

Die im Rahmen der Selbstregulierung gemäss Art. 37h BankG für die Bankkunden geschaffene Einlagensicherung ist nicht unbegrenzt, sondern untersteht folgenden Einschränkungen:
- Die dem BankG unterstellten Banken und Effektenhändler mit privilegierten Einlagen haben sich vorab lediglich dazu verpflichtet, gemeinsam eine Zusatzliquidität von CHF 2 Mrd. zu halten, die sich nach den als privilegiert gemeldeten Beträgen aufschlüsselt, und es wurde gemäss 37h Abs. 3 Bst. b BankG als Obergrenze für das System der Einla-

Inhalt

	Seite
Einlagensicherung in der Schweiz im Bankenkonzurs	1
Entschädigungen aus dem Anlagefondsvertrieb	3
Griffigere Mittel gegen unlautere Geschäftsmethoden	5
Haftung des Architekten und Ingenieurs bei Kostenüberschreitungen	6

Fortsetzung Seite 2

Fortsetzung

gensicherung ein Gesamtbetrag von CHF 4 Mrd. festgesetzt (ursprünglicher Betrag CHF 1 Mrd.).

Was passiert nun im Ernstfall?

Im Falle des Konkurses einer in der Schweiz domizilierten Bank oder eines Effektenhändlers fallen alle Forderungen des Kontoinhabers gegen das insolvente Institut gemäss dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung- und Konkurs (SchKG) grundsätzlich in die 3. Konkursklasse, die erst nach den beiden vorrangigen Konkursklassen Befriedigung finden können. Der Konkurs selber wird indessen durch die Bankaufsichtsbehörde gemäss der Verordnung über den Bankkonkurs und nicht nach SchKG durchgeführt. Gestützt auf das BankG und im Rahmen der Einlagensicherung ergeben sich dabei aber folgende Privilegierungen für den Bankkunden:

1. Kleinsteilagen

Soweit sie erreichbar sind, werden Einleger im Sinne von Art. 37b BankG mit einer fälligen Gesamtforderung von CHF 5'000 oder weniger ausserhalb der Kollokation und unter Ausschluss jeglicher Verrechnung möglichst rasch befriedigt.

2. Privilegierte Einlagen

Gemäss Art. 37b BankG werden Einlagen, die nicht auf den Inhaber lauten, einschliesslich Kassenobligationen, die im Namen des Einlegers beim insolventen Institut hinterlegt sind, bis zum Höchstbetrag von CHF 30'000 je Gläubiger der 2. Konkursklasse nach Art. 219 Abs. 4 SchKG zugewiesen. Unter den Begriff der privilegierten Einlagen im Sinne von Art. 37b BankG fallen dabei insbesondere Sparkonti, Kassenobligati-

onen, Festgelder, Call-Gelder sowie auch Vorsorgekonti der Säule 3A. Für diese Art von Einlagen bzw. Forderungen besteht somit Privilegierung im Konkursverfahren der Bank bis zum Höchstbetrag von CHF 30'000, aber eben nur einmal pro Gläubiger bzw. Bankkunde. Sämtliche Einlagen bzw. Forderungen des betreffenden Kunden gegenüber der insolventen Bank werden addiert und das Privileg von bis zu maximal CHF 30'000 kann nur einmal in Anspruch genommen werden, auch wenn bei der insolventen Bank verschiedene Konti geführt werden.

3. Depotwerte

Keine Gefahr besteht grundsätzlich für den Kunden für seine Wertschriften-Depots: Diese Werte fallen nicht in die Konkursmasse der Bank, sondern werden gemäss Art. 37d BankG aus der Konkursmasse (unter Wahrung der Ansprüche der Bank gegenüber dem Depot-Inhaber) abgesondert. Solche Depotwerte wie Obligationen, Aktien, Anlagefonds oder Exchange Traded Funds (FTS) gehören dem Depotinhaber und werden im Insolvenzfall dem Depotinhaber ausgehändigt. Die in den Depots enthaltenen Wertschriften können zwar stark an Wert verlieren, sie sind aber vom Konkurs der Bank, bei welcher das Depot angelegt wurde, nicht direkt tangiert. Probleme könnten sich aber bei Treuhandanlagen bei Dritt-Banken ergeben: Bei Problemen der Drittbank trägt in diesen Fällen der Gläubiger das Insolvenzrisiko der Drittbank.

4. Eigene Produkte der insolventen Bank

Anders ist die Situation bei Produkten der insolventen Bank: Aktien, Obligationen und strukturierte Produkte, wel-

che die insolvente Bank selber herausgegeben hat, können wertlos werden, wenn das Institut selber in Konkurs geht. Dagegen sind Anlagefonds der konkursiten Bank selber als Sondervermögen geschützt und fallen ebenfalls nicht in die Konkursmasse, sondern werden abgesondert.

Ist die Einlagensicherung in der Schweiz ausreichend?

Der im Rahmen der bestehenden Gesetzgebung privilegierte Betrag von bis maximal CHF 30'000 pro Kunde wird derzeit durch die aktuelle Einlagensicherung garantiert, wobei der gesamte Betrag der Einlagensicherung auf den Betrag von insgesamt höchstens CHF 4 Mrd. beschränkt ist: Dies entspricht einem tatsächlichen Schutz von CHF 30'000 für rund 134'000 Kunden einer insolventen Bank.

Bei kleineren und mittleren Instituten mag dieser Schutz noch als ausreichend bezeichnet werden können, bei mehreren, insbesondere aber auch bei gleichzeitigen Bankenkonkursen und/oder beim Konkurs eines grösseren Instituts in der Schweiz wäre diese Einlagensicherung aber nicht mehr ausreichend, weshalb auch, angesichts der aktuellen Finanzkrise, der Ruf nach staatlicher Einlagensicherung im In- und Ausland deutlich hörbar wird und auch verständlich ist.

Lösung bei Kantonalbanken und Raiffeisenbanken?

Sowohl die Kantonalbanken wie auch die genossenschaftlich organisierten Raiffeisenbanken unterstehen zunächst dem gleichen Regime bezüglich der Einlagensicherung wie dargelegt. Bei den mit Staatsgarantie ausgestatteten Kantonalbanken (u.a. Zürcher Kantonal-

bank) erhöht sich aber der Schutz des Bankkunden durch die staatliche Garantie, die betreffende Kantonalbank überhaupt vor dem Konkursfall zu retten und bei den genossenschaftlich organisierten Raiffeisenbanken bestehen neben den Ausfallgarantien unter den dem Verbund angeschlossenen einzelnen Banken überdies noch Nachschusspflichten der Genossenschafts-Mitglieder, welche ebenfalls als zusätzliches Haftungssubstrat helfen, den möglichen Ausfall beim Bankkunden zu verhindern.

So gesehen ist es mehr als verständlich, wenn insbesondere die mit Staatsgarantie ausgestatteten Kantonalbanken und auch die Raiffeisenbanken heute einen erheblichen Neukundengeldzufluss verzeichnen dürfen.

Folgerungen und Massnahmen

Absolute Sicherheit gibt es in diesen turbulenten Zeiten keine und Banken sind als sichere Aufbewahrer von Vermögenswerten immer noch sehr geeignet, auch wenn heute nicht alle Banken auch ein Lob als gute Verwalter verdienen. Der Ruf nach einer ergänzenden stattlichen Einlagensicherung ist verständlich und eine Erhöhung der bisherigen Regelungen von bis maximal CHF 30'000 pro Kunde auf CHF 50'000 oder CHF 100'000 in der politischen Diskussion und durchaus angezeigt. Wem diesbezüglich das Vertrauen auf eine rasche Umsetzung fehlt, dem kann heute nur empfohlen werden, seine privilegierten Einlagen auf verschiedene Banken zu verteilen. ■

Offene Fragen im Zusammenhang mit Entschädigungen aus dem Anlagefondsvertrieb

IN DER SCHWEIZERISCHEN FINANZINDUSTRIE WERDEN JÄHRLICH VERGÜTUNGEN IN MILLIARDENHÖHE AN FONDSMANAGER, FONDSVERTREIBER UND FONDSLEITUNGEN AUSGERICHTET. NICHT ZULETZT DIENEN SOLCHE VERGÜTUNGEN DAZU, DEN VERKAUF VON FONDSPRODUKTEN ANZUKURBELN. ALLERDINGS KÖNNEN SOLCHE VERGÜTUNGSMODELLE AUCH FALSCH ANREIZE SETZEN, WELCHE SICH IN BESTIMMTEN KONSTELLATIONEN ZUM NACHTEIL VON ANLEGERN AUSWIRKEN KÖNNEN. WIE MIT SOLCHEN VERGÜTUNGEN UMZUGEHEN IST, WIRD DERZEIT SOWOHL VON JURISTEN WIE AUCH VON AUFSICHTSBEHÖRDEN KONTROVERS DISKUTIERT.



von Rolf Kuhn

Das Fondsgeschäft ist auch in der Schweiz ein lukratives Geschäft. An den durch die Fondsindustrie generierten Erträgen partizipieren verschiedene Rollenträger, welche in eine eigentliche Wertschöpfungskette eingegliedert sind. Zu diesen Rollenträgern gehören nebst den Produzenten von Finanzprodukten und den Fondsmanagern auch Vertriebsmittler. Vertriebsmittler werden vom Produzenten oder vom Fondsträger dafür entschädigt, dass sie Anteile eines bestimmten Fonds vertreiben. Dieser Vertrieb erfolgt häufig dadurch, dass die Vertriebssträger die Fonds innerhalb

ihres eigenen Kundenstammes anbieten. Als Vertriebssträger treten häufig Banken und Vermögensverwalter auf, welche häufig über ein grosses Netz an Kunden verfügen, die am Kauf von Finanzprodukten interessiert sein könnten.

In einem von der Eidgenössischen Bankenkommission unlängst veröffentlichten Diskussionspapier hält die Kommission fest, dass der Schweizer Fondsmarkt im April 2008 ein Volumen von CHF 525 Mrd. erzielte. Dieses Volumen generiert durchschnittliche Verwaltungskommissionen in der Höhe von CHF 6.2 Mrd. Konservativ geschätzt, wird die Hälfte dieser Summe als Vertriebsvergütungen an Vertriebspartner gezahlt.

Häufig ist die Höhe und der Anfall solcher Vertriebsvergütungen an den mit dem Verkauf Fondsanteilen erzielten Umsatz geknüpft, d.h. je mehr Anteile ein Vertriebssträger vertreibt, desto grösser wird die von ihm vereinnahmte Entschädigung. Dementsprechend bildet ein solches Entschädigungsmodell

Fortsetzung Seite 4

Fortsetzung

gleichzeitig ein Anreizsystem. Der Vertriebsträger soll durch dieses Modell motiviert werden, möglichst viele Anteile zu vertreiben.

Nun aber steht der Vertriebsträger häufig gleichzeitig mit seinen Kunden in einer Vertragsbeziehung. Je nach dem wie diese Vertragsbeziehung zum Kunden ausgestaltet ist, ist der Vertriebsträger auch gehalten, die Interessen des Kunden zu wahren und eigene Gewinninteressen nicht über die Interessen des Kunden zu stellen. Ein Anreizsystem kann zu Interessenkonflikten führen. Der Vertriebsträger könnte dazu neigen seinen Kunden Produkte zu verkaufen, die den Bedürfnissen des Kunden nicht optimal entsprechen, bspw. weil das Produkt die Risikobereitschaft des Kunden übersteigt.

Im eingangs erwähnten Diskussionspapier hat sich die Eidgenössische Bankenkommission mit der Frage beschäftigt, wie solche Interessenskonflikte anzugehen sind. Einerseits ist es notwendig, dass geleistete Vergütungen gegenüber den Anlegern transparent gemacht werden. Der Anleger kann dann selbst erkennen, ob allenfalls ein möglicher Interessenskonflikt vorliegt oder nicht. Sodann kann diesem Interessenskonflikt natürlich auch mit organisatorischen Massnahmen entgegengetreten werden, indem z.B. der Kunden- und Anlageberater nicht darüber informiert wird, für welche Fonds sein Arbeitgeber, die Bank, eine Vertriebsentschädigung erhält und für welche nicht. Dadurch wird an sich eine neutrale Beratung sichergestellt. Auch die Ausgestaltung des internen Lohnsystems spielt in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle, so kann ein Bonussystem,

welches an den Verkauf bestimmter Produkte gekoppelt ist, zu unerwünschten Folgen führen. Auch hier kann mit einer ausgewogenen Regelung die Gefahr von negativen Folgen eines Anreizsystems herabgemindert werden.

Nebst diesen organisatorischen Massnahmen ergibt sich auch aus dem Schweizerischen Obligationenrecht ein Prinzip, das als Regulativ für derartige Interessenskonflikte dienen soll: Es handelt sich hierbei um Art. 400 Abs. 1 OR. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Auftraggeber alles herauszugeben hat, was ihm im Zusammenhang mit der Ausführung eines Auftrages zukommt. Sinn und Zweck der Bestimmung ist es, dem Beauftragten letztlich den Anreiz zu nehmen, sich irgendwelchen anderen Interessen als den Interessen seines Auftraggebers hinzugeben. Weiss der Beauftragte, dass er ohnehin alles abgeben muss, was er von einem Dritten erhält, so wird der Beauftragte gar kein Interesse an der Generierung solcher Drittzuzwendungen haben.

In der Rechtslehre wurde die Auswirkung dieser Bestimmung auf Entschädigungen im Zusammenhang mit dem Fondsvertrieb seit geraumer Zeit heftig diskutiert: Die Meinungen, ob solche Vertriebsentschädigungen den Anlegern abzuliefern sind, gehen weit auseinander. Einerseits wird argumentiert, die Vertriebsentschädigungen stellen eine Vergütung der von einer Bank getätigten Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb dar. Folglich stehen sie nicht dem Kunden zu. Andere Meinungen gehen dahin, dass die an Verkäufe gekoppelten Entschädigungen sehr wohl im Zusammenhang mit vom Kunden erteilten Aufträgen anfallen und diese Entschädigungen deshalb der Ablieferungspflicht unterliegen und so-

mit letztlich an die Anleger weiterzuleiten sind.

Welche Auffassung nun korrekt ist, ist unklar. Ein höchstrichterliches Urteil zu dieser Frage gibt es (noch) nicht. Die Eidgenössische Bankenkommission hat sich im genannten Diskussionspapier keiner Meinung angeschlossen, sondern darauf hingewiesen, dass sie einem höchstrichterlichen Urteil nicht vorgreifen wolle. Man darf deshalb gespannt sein, wie die Diskussion weiter verläuft. Würde man eine Herausgabe bejahen, so käme dies einem empfindlichen Eingriff in die heutige Wertschöpfungskette gleich. Das heute praktizierte Modell würde punktuell durchbrochen, indem ein bestimmter Rollenträger, d.h. der Vertriebsträger plötzlich gezwungen würde, erhebliche Vermögenswerte aus der in sich geschlossenen Wertschöpfungskette abfliessen zu lassen. Es ist daher eher unwahrscheinlich, dass ein Gericht einen solchen Eingriff zulassen würde und wohl eher eine Herausgabepflicht verneinen wird. Andererseits ist die Diskussion rund um Entschädigungen in der Finanzindustrie gerade im Zusammenhang mit der internationalen Finanzkrise neu entflammt. Falsche Anreizsysteme und fehlende Regulierungsmechanismen werden u.a. als Mitursache der Krise betrachtet. Der Ruf nach staatlichen Richtlinien wird – sei diese Forderung nun berechtigt oder nicht – unüberhörbar lauter. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass auch das derzeit praktizierte Modell im Zusammenhang mit der laufenden Diskussion einer grundlegenden Umgestaltung zugeführt wird. Gerade auch vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass auch die Fondsindustrie vor grundlegenden Veränderungen stehen könnte. ■

Griffigere Mittel gegen unlautere Geschäftsmethoden

**IM RAHMEN DER GEPLANTEN REVISION DES GESETZES ÜBER DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB (UWG) SOLLEN EINZELNE MÄNGEL IM GELTENDEN RECHT AUSGEMERZT WERDEN. NAMENTLICH SOLL DEM ADRESSBUCHSCHWINDEL, UNLAUTEREN SCHNEEBALLSYSTEMEN UND MISSBRÄUCLICHEN ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBE-
DINGUNGEN DER KAMPF ANGESAGT WERDEN.**



von Roger Meier

Der erläuternde Bericht zur Änderung des UWG's macht im geltenden Recht auf drei Ebenen Mängel aus: Bei einzelnen Geschäftspraktiken, in der Rechtsdurchsetzung und bei der Preistransparenz von Dienstleistungen. Im Bereich der neu zu regelnden unlauteren Geschäftspraktiken stehen der Adressbuchschwindel, die unlauteren Schneeballsysteme und die missbräuchlichen allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im Vordergrund:

Adressbuchschwindel

Der Missbrauch mit untransparenten Offertbestimmungen für Einträge in Register aller Art mit geringem oder gar keinem Nutzen ist enorm. Opfer sind meist KMUs, Freiberufliche oder Verwaltungen. Allgemein bekannt sind die Offerten, die als Rechnungen getarnt beim Empfänger den Eindruck erwecken, es bestehe bereits ein Vertragsverhältnis. In Tat und Wahrheit wird aber gerade durch die Bezahlung der Rechnung der Vertrag geschlossen, teilweise sogar für mehrere Jahre. Beliebte Zielscheiben

sind neue Marken- oder Firmeninhaber, die kurz nach der Publikation der neuen Marke oder Firma kontaktiert werden und die zuweilen meinen, mit der Bezahlung der zugestellten Rechnung die amtlichen Gebühren zu begleichen.

Die neue Regelung sieht vor, dass bei einer Offerte für einen Eintrag in ein Adressverzeichnis oder Firmenregister auf die Kostenpflichtigkeit des Angebots, die Laufzeit des Vertrags, den von dieser abhängigen Gesamtpreis sowie auf die Verbreitung und Form der Publikation hinzuweisen ist. Dabei sind diese Informationen in grossen Buchstaben, an gut sichtbarer Stelle und in verständlicher Sprache anzubringen. Der Versand von Rechnungen für eine Registereintragung soll verboten werden, wenn kein vorgängiger Auftrag dazu ergangen ist.

Die Bestimmung orientiert sich insbesondere an den vom Bundesgericht für Offertrechnungen entwickelten Grundsätzen BGE 129 IV 49 ((E. 2.5), sic! 4/2003, 354 ff. 13) und stiess im Vernehmlassungsverfahren auf breite Zustimmung.

Unlautere Schneeballsysteme

Der Regelungsbedarf von Schneeballsystemen ist anerkannt. Schneeballsysteme zeichnen sich dadurch aus, dass sie meist mit Geldeinsatz verbunden sind oder eine lawinenartige Verbreitung suchen, wie etwa der einst in die Schlagzeilen geratene European Kings Club (EKC). Es ist eine mathematische Binsenwahrheit, dass Schneeballsysteme

an der Endlichkeit der Teilnehmer scheitern (müssen). Die bisherige Regelung der Schneeballsysteme im Lotteriegesetz ist nur historisch zu erklären und die Überführung ins UWG ist sinnvoll. Der neue Gesetzesentwurf versucht Klarheit zu schaffen, wie die verpönten Schneeballsysteme von den zulässigen Multi-Level-Marketing-Systemen abzugrenzen sind und listet in Art. 3b (neu) Kriterien auf, welche ein unerlaubtes Schneeballsystem vermuten lassen, wenn zumindest zwei von den genannten Kriterien vorliegen. Da die UWG-Bestimmungen nicht zuletzt auch Strafnormen darstellen, liegt die Befürchtung nahe, dass die Regelungstechnik der *professio iuris* (gesetzl. Vermutung) zu einer Verletzung des strafrechtlichen Legalitätsprinzips führen wird und so über kurz oder lang vom Bundesgericht dem neuen Art. 3b UWG die Zähne gezogen werden.

Der Entwurf von Art. 3b stösst in der Vernehmlassung zwar auf grundsätzliche Akzeptanz. Viele Vernehmlassungsteilnehmer wünschen sich jedoch eine präzisere Formulierung, insbesondere bezüglich der Abgrenzung von unzulässigen Schneeballsystemen und zulässigen Multi-Level-Marketing-Systemen.

Missbräuchliche AGBs

Nach Art. 8 des vorliegenden Entwurfs handelt unlauter, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen

Fortsetzung Seite 6

Fortsetzung

verwendet, die in gegen Treu und Glauben verstossender Weise von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. Zwar besteht eine weitgehende Übereinstimmung, dass die bestehende Fassung des Artikels nicht überzeugt. Der neue Verweis auf „Treu und Glauben“ ist mindestens ebenso auslegungsbedürftig wie die bisherige Wendung „in irreführender Weise“, nur wird zuerst zu klären sein, inwiefern die Rechtsprechung zur

alten Bestimmung auf die neue Anwendung findet. Umstritten ist auch die geplante Einführung einer abstrakten Inhaltskontrolle. Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Einführung der abstrakten Inhaltskontrolle könnte in Zukunft ein Gericht einen Vertrag bzw. die ihm zugrunde liegenden AGBs auch dann als unlauter erklären, wenn die Vereinbarung dem übereinstimmenden freien Willen der Parteien entspricht, vom dispositiven Gesetzesrecht jedoch erheblich abweicht.

Fazit

Während der neue Tatbestand über den Adressbuchswindel einer lästigen Ge-

schäftsmethode den Riegel schiebt, vermögen die Neuregelungen über die Schneeballsysteme und der AGBs im UWG (noch) nicht zu überzeugen. Bereits methodisch sind die Mängel gravierend, so ist eine strafrechtliche Norm, die mit einer gesetzlichen Vermutung operiert, ein rechtsstaatlicher Gräuel und die AGBs gehören im Obligationenrecht geregelt. Aber auch inhaltlich stösst die neue Regelung über die allgemeinen Geschäftsbedingungen auf harsche Kritik in der Vernehmlassung. Bleibt zu hoffen, dass die eidgenössischen Räte die festgestellten Mängel zu korrigieren wissen. ■

Zur Haftung des Architekten und Ingenieurs bei Kostenüberschreitungen

EIN NEUERES BUNDESGERICHTSURTEIL (4C.424/2004) FÜHRT IN DER PRAXIS ZU EINER DEUTLICHEN VERSCHÄRFUNG DER HAFTUNG VON ARCHITEKTEN UND INGENIEUREN FÜR KOSTENSCHÄTZUNGEN UND KOSTENVORANSCHLÄGEN. UM HONORARKÜRZUNGEN UND HAFTPFLICHTFÄLLE ZU VERMEIDEN, MÜSSEN DIE PLANUNGS- UND ARCHITEKTURBÜROS ZWINGEND RECHTZEITIG VERBINDLICHE KOSTENPROGNOSEN MIT DEFINIERTEM GENAUIGKEITSGRAD ERSTELLEN.



von Christopher Tillman

Zu beurteilen war ein Streit zwischen einer Architekturunternehmung (Architekt) und einer Glashandelsfirma als Bauherr. Der Bauherr beauftragte den Architekten mit der Realisierung eines Gewerbebaues mit Wohnung, basierend auf einem Kostenvoranschlag. Im Zuge der Bauausführung stellte sich heraus, dass die Kosten um rund CHF 300'000 höher ausfallen würden und in einem weiteren Kostenvoranschlag wurden die Mehrkosten schliesslich auf rund CHF 250'000 veranschlagt. Die Bauabrechnung wies schliesslich aber Mehrkosten von rund CHF 350'000 aus. In der darauf

folgenden Klage hat der Architekt geltend gemacht, dass dem Architekten bei Bausummenüberschreitungen schon grundsätzlich eine Toleranzgrenze von 10 % zuzubilligen sei. Eine Kostenbegrenzungsvereinbarung, die diese Toleranzgrenze beseitigen würde, sei nicht vereinbart worden. Zudem treffe gemäss dem Architekten den Bauherrn ein schweres Mitverschulden an der Kostenüberschreitung.

Das Bundesgericht hat in seiner jüngsten Rechtsprechung (BGE 134 III 361, 4A.358/2007 vom 27. März 2008) ausgeführt, dass der Kostenvoranschlag kein

Ergebnis der intellektuellen Arbeit des Architekten ist, sondern als Information über voraussehbare Baukosten einzu-stufen ist. Es handelt sich beim Kostenvoranschlag überwiegend um die Kosten von Drittunternehmen (Bauhandwerkern), die auf der Baustelle tätig sind. Daher sei es gemäss Bundesgericht dem Architekten nicht zuzumuten, für die Richtigkeit des Kostenvoranschlages im Sinne eines Erfolgs eintreten zu müssen. Der Kostenvoranschlag sei lediglich als Prognose aufzufassen. Das Bundesgericht hat somit in diesem Entscheid vom März 2008 entschieden, dass auf den Kostenvoranschlag die Regeln des Auftragsrechts (Art. 394 ff. OR) anzuwenden sind. Mit dem Kostenvoranschlag schuldet der Architekt somit keinen Erfolg im Sinne eines Werkvertrages. Damit war in diesem vom Bundesgericht beurteilten Fall die Verjährungsfrist von 10 Jahren des Auftragsrechts und nicht die fünfjährige Verjährungsfrist des Werkvertragsrechts massgebend. Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass der Kostenvoranschlag des Architekten oder Ingenieurs entgegen weit verbreiteter Meinung von Bauherren nicht einfach ein verbindlicher Baupreis ist.

Werden bei einem Bauprojekt die vorgesehenen Kosten überschritten, kann der Architekt oder Ingenieur, obwohl der Kostenvoranschlag wie erwähnt nur eine Prognose ist, je nach der Ausgestaltung des konkreten Vertrages und den Ursachen die zur Kostenüberschreitung geführt haben, dennoch unterschiedlich haftbar werden. Zu unterscheiden ist dabei insbesondere, ob a) die Mehrkosten auf Zusatzkosten oder b) auf Ungenauigkeiten des Kostenvoranschlages bzw. auf mangelnde Kostenüberwachung zurückzuführen sind (BGE 122 III 61 E. 2a; 119 II 249 E. 3b/aa).

Vertragswidrig verursachte Zusatzkosten des Architekten

Die Haftung für vertragswidrig verursachte Zusatzkosten, die dem Bauherrn bei richtiger Bauausführung erspart geblieben wären, besteht unabhängig von der Erstellung eines Kostenvoranschlages. Der Architekt hat diese Mehrkosten als Schaden zu ersetzen, soweit er sie schuldhaft verursacht hat, wie beispielsweise durch unwirtschaftliche oder fehlerhafte Planung, ungünstige Vergebung oder unrichtige Weisungen (BGE 122 III 61 E. 2a).

Ungenau Kostenberechnungen des Architekten

Wird der Kostenvoranschlag des Architekten überschritten, weil dieser auf ungenauen Kostenberechnungen des Architekten beruhte oder weil der Architekt seine Pflichten zur Kostenüberwachung im Verlauf der Bauausführung nicht genügend wahrnahm, liegt darin eine Schlechterfüllung des Vertrages, für die der Architekt oder Ingenieur bei Verschulden haftet. Zu ersetzen ist dabei der Vertrauensschaden, den der Bauherr erlitten hat, weil er in die Verlässlichkeit des Kostenvoranschlages vertraut hat. Grundsätzlich darf der Bauherr im Vertrauen darauf handeln, dass der Architekt oder Ingenieur seine Pflichten vollständig, sorgfältig und rechtzeitig erfüllt. Der Bauherr ist nicht gehalten und kaum je in der Lage, die Tätigkeit des Architekten oder Ingenieurs zu überwachen und die Kostenprognose auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Dabei ist gemäss dem eingangs erwähnten Bundesgerichtsentscheid nun aber auch zu beachten, dass es zu den Pflichten des Architekten oder Ingenieurs gehört, den Bauherrn auch über den Genauigkeitsgrad seines Kostenvor-

anschlages aufzuklären. Unterlässt der Architekt oder Ingenieur eine Aufklärung über Kostenrisiken, insbesondere über die Ungenauigkeit seines Kostenvoranschlages, so erweckt er den Eindruck und das Vertrauen des Bauherrn, besondere Risiken beständen nicht.

Genauigkeit des Kostenvoranschlages

Von besonderer Bedeutung ist gemäss Bundesgericht die Genauigkeit des Kostenvoranschlages. Haben die Vertragsparteien keine Vereinbarung über die Genauigkeit des Kostenvoranschlages getroffen, besteht eine Toleranzgrenze, die beim detaillierten Kostenvoranschlag für einen Neubau 10 % beträgt. Eine solche Grenze ist auch in der SIA-Norm 102/2003 Ziff. 4.3.2, in der SIA-Norm 103/2003 Ziff. 4.1.32, im SIA-Vertrag für Bauingenieurleistungen Nr. 1003/2003 Ziff. 7 sowie im SIA-Vertrag für Architekturleistungen Nr. 1002/2003 Ziff. 7 enthalten, welche letzterer im vom Bundesgericht beurteilten Fall (in der früherer Fassung) massgebend war. Mit dieser Toleranz soll den Unwägbarkeiten, die mit der Kostenschätzung und der Verwirklichung eines Bauvorhabens verbunden sind, und den sich im Lauf der Realisierung verändernden Verhältnissen Rechnung getragen werden.

Vereinbarung eines Kostendachs

Will der Bauherr das Risiko einer von ihm zu tragenden Kostenüberschreitung selbst im Rahmen der erwähnten Toleranzgrenze von 10 % ausschliessen, muss er bei Vertragsschluss oder auch im Verlaufe der Planung ein Kostendach festsetzen oder sich vom Architekten eine Bausummengarantie abgeben lassen. Dabei handelt es sich um eine Weisung des Bauherrn, nach der die Kosten

Fortsetzung Seite 8

Fortsetzung von Seite 7

des Bauwerks einen bestimmten Betrag nicht übersteigen dürfen. Wenn der Architekt oder Ingenieur bemerkt oder bemerken muss, dass das Kostendach nicht eingehalten werden kann, hat er die Arbeiten grundsätzlich unverzüglich einzustellen, und den Bauherrn zu orientieren, damit Massnahmen zur Einhaltung des Kostendachs getroffen werden können. Kommt der Architekt oder Ingenieur diesen Pflichten sorgfältig nicht nach, und verschuldet er dadurch die Überschreitung des Kostendachs, hat er dem Bauherrn den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen. Dieser Schaden besteht grundsätzlich in den Mehrkosten, die der Bauherr durch die Weisung mit dem Kostendach verhindern wollte, ohne dass eine Toleranz von 10 % der Honorarsumme in Abzug zu bringen ist.

Im beurteilten Fall durfte der Bauherr gemäss Bundesgericht auf die Genauigkeit des ihm unterbreiteten Kostenvoranschlags unter Ausschluss der Toleranz von 10 % vertrauen und für das Bundesgericht stand fest, dass der Bauherr bei rechtzeitiger Kenntnis der Unrichtigkeit des Kostenvoranschlags auf das Bauvorhaben verzichtet oder dieses jedenfalls auf kostengünstigere Weise realisiert hätte, um Mehrkosten zu verhindern. In der Folge musste der Architekt den vollen Betrag der Kostenüberschreitung (abzüglich einiger vom Bauherrn zu vertretenden Mehrkosten für Ausbau- und Änderungswünsche) als Vertrauensschaden vergüten. ■

Humor

Chuck und sein Gaul...oder: «Wie das amerikanische Finanz-System funktioniert»

Der junge Chuck will mit einer eigenen Ranch reich werden. Als Anfang kauft er einem Farmer ein Pferd ab. Er übergibt dem Farmer seine ganzen 100 Dollar und dieser verspricht, ihm das Pferd am nächsten Tag zu liefern. Am nächsten Tag kommt der Farmer vorbei und teilt Chuck eine schlechte Nachricht mit: «Es tut mir leid, Kleiner, aber das Tier ist in der Nacht tot umgefallen.» Meint Chuck: «Kein Problem. Gib mir einfach mein Geld zurück. «Geht nicht», eröffnet ihm der Farmer. «Ich habe das Geld gestern bereits für Dünger ausgegeben.» Chuck überlegt kurz. «Na dann», fängt er an, «nehme ich das tote Biest trotzdem.» «Wozu denn?» fragt der Farmer. «Ich will es verlosen», erklärt ihm Chuck. «Du kannst doch kein totes Pferd verlosen!», staunt der Farmer. Doch Chuck antwortet: «Kein Problem! Ich erzähl' einfach keinem, dass es schon tot ist...»

Monate später laufen sich Chuck – fein in Anzug und schicken Schuhen – und der Farmer in der Stadt über den Weg. Fragt der Farmer: «Chuck! Wie lief's denn mit der Verlosung des Pferde-Kadavers?» «Spitze», erzählt ihm Chuck. «Ich habe über 500 Lose zu je 2 Dollar verkauft und meine ersten 1'000 Dollar Profit gemacht.»

«Ja... gab's denn keine Reklamationen?» «Doch – vom Gewinner», sagt Chuck. «Dem habe ich dann einfach seine 2 Dollar zurückgegeben.» Heute verkauft Chuck strukturierte Finanzprodukte bei...

Dr. Peter Lutz LL.M.

Lic.iur. Romeo Da Rugna

Dr. Stefan H. Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

Dr. Jörg Witmer LL.M.

Lic.iur. Rolf Kuhn LL.M.

Lic.iur. Irène Biber

Lic.iur. Roger Meier

Lic.iur.
Christopher Tillman LL.M.
Fachanwalt SAV Bau- und ImmobilienrechtPD Dr. Sabine Kilgus LL.M.
Konsulentin

Dr. Christian Christen LL.M.

Lic.iur. Ivo Meyer LL.M.

Lic.iur. Giuseppe Mongiovi

In eigener Sache

Wir freuen uns Ihnen mitzuteilen, dass RA lic.iur. **Christopher Tillman LL.M., Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht**, am Lehrgang Immobilienentwicklung (Projektentwicklung) sowie am Lehrgang Immobilienreuhänder des Schweizerischen Verbandes der Immobilienwirtschaft (SVIT) einen Lehrauftrag für privates und öffentliches Bau- und Immobilienrecht erhalten hat. Herr Tillman ist Mitglied der Kammer unabhängiger Bauherrenberater (KUB) des SVIT. ■

Forchstrasse 2

Postfach 1467

8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

lawyer@lawyerlutz.ch

Eingetragen
im AnwaltsregisterZertifiziert nach
EN ISO 9001 : 2000