



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 15. Mai 2012 (100 10 1276)

Obligationenrecht

Auslegung eines Versicherungsvertrags

_____ Besetzung Präsidentin Christine Baltzer-Bader, Richter Edgar Schürmann
(Ref.), Richter Dieter Freiburghaus, Präsident Thomas Bauer, Richter David Weiss; Gerichtsschreiber Hansruedi Zweifel

_____ Parteien **A_____ AG,**
vertreten durch Advokat Dr. Matthias Schnyder, Augustinergasse 5,
Postfach 1112, 4001 Basel,
Klägerin und Appellantin

gegen

B_____ AG,
vertreten durch Advokat Roman Schlager, Dufourstrasse 49,
4010 Basel,
Beklagte und Appellatin

_____ Gegenstand **Obligationenrecht / Forderung**
Appellation gegen das Urteil des Bezirksgerichts Arlesheim vom
12. August 2010

A. Die A____ AG (Klägerin und Appellantin) und die B____ AG (Beklagte und Appellatin) schlossen am 12./13.04.2006 einen Baugarantie-Versicherungsvertrag ab. Gestützt auf diesen Vertrag erklärte die Klägerin mit Garantieverprechen vom 13.04.2006, der C____ AG, einem Unternehmensteil der D____ 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 D____ AG und eine schriftliche Bestätigung, wonach die Beklagte ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei. Das Ende der Gültigkeit der Garantie wurde auf den 30.06.2007 festgelegt. Mit Schreiben vom 19.12.2006 forderte die D____ 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 27.12.2006 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 02.01.2007 forderte die Klägerin die D____ AG sinngemäss auf, anlässlich eines noch zu vereinbarenden Besprechungstermins den Garantiefall zu substantiieren. Eine solche Besprechung kam indessen nicht zustande. Mit Schreiben vom 08.01.2007 beharrte die D____ AG unter Hinweis auf die Abstraktheit der Garantie auf Auszahlung. Erst mit Schreiben vom 25.05.2007 spezifizierte die D____ AG die Vertragsverletzungen der Beklagten näher. Am 03.08.2007 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.

B. Am 11.08.2009 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Arlesheim Klage ein mit dem Begehren, es sei die Beklagte zur Zahlung eines Betrags von CHF 145'286.90 nebst Zins zu 5 % seit dem 02.08.2007 sowie der Friedensrichterkosten von CHF 250.00 zu verurteilen, unter o/e Kostenfolge. Mit Urteil vom 12.08.2010 wies das Bezirksgericht Arlesheim die Klage ab.

C. Gegen dieses Urteil erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 13.08.2010 die Appellation und leistete gleichentags den Appellationskostenvorschuss.

Mit Appellationsbegründung vom 25.11.2010 beantragte die Klägerin die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung von CHF 145'286.90 nebst Zins zu 5 % seit 02.08.2005 sowie der Friedensrichterkosten von CHF 250.00, unter o/e Kostenfolge zulasten der Beklagten. Sie begründete ihre Anträge wie folgt:

Von den involvierten Parteien sei klar zwischen einer Erfüllungsgarantie und einer Gewährleistungsgarantie unterschieden worden, was sich aus der Auftragsbestätigung der C____ AG gegenüber der Beklagten vom 15.02.2006 (Ziff. 7) ergebe. Näher umschrieben werde diese Erfüllungsgarantie in den generellen Bedingungen der C____ AG (Ziff. 3.11.1), wonach der Unternehmer dem Bauherrn bei Verträgen mit einer Vertragssumme von mehr als CHF 250'000.00 vor Vertragsunterzeichnung für die richtige Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Vertrag eine Garantie einer namhaften Schweizer Bank oder Versicherungsgesellschaft mit einem Garantiebetrug von 10 % der Vertragssumme und einer Laufzeit von Baubeginn bis mindestens 4 Monate über den Fertigstellungstermin hinaus übergebe. Um der entsprechenden Verpflichtung aus dem Vertrag mit der C____ AG nachzukommen, habe die Beklagte bei der Klägerin am

12.04.2006 eine Erfüllungsgarantie beantragt. Gestützt darauf sei zwischen der Klägerin und der Beklagten am 13.04.2006 ein entsprechender Versicherungsvertrag abgeschlossen worden und die Klägerin habe die Garantie durch Unterzeichnung einer besonderen Garantieverpflichtung geleistet. Die Unklarheitenregel dürfe erst bei Versagen aller übrigen Auslegungsgrundsätze herangezogen werden. Dass der Inhalt der Benachrichtigung der Garantiebegünstigten an die Klägerin bei Inanspruchnahme der Garantie auslegungsbedürftig sei, begründe die Vorinstanz nicht näher. Die Vorinstanz habe vorschnell auf die Unklarheitenregel Bezug genommen. Bei Garantieverträgen mit der Klausel "Zahlen auf erstes Anfordern" und dem Ausschluss von Einreden und Einwendungen genüge es für das Auslösen der Zahlungspflicht des Garanten, wenn der Begünstigte seinen Anspruch auf Garantieleistung formgerecht behaupte, ohne irgendeinen Beweis hierfür erbringen zu müssen. Die Beklagte sei eine langjährige Kundin der Klägerin, welche in den vergangenen Jahren mehrfach Erfüllungsgarantien beantragt habe. Für die Anwendung der Unklarheitenregel bleibe auch aus diesem Grund kein Raum. Ferner sei davon auszugehen, dass die Beklagte den Auftrag der C_____ AG nicht erhalten hätte, wenn sie keine derartige Erfüllungsgarantie geleistet hätte. Der von der Vorinstanz angeführte Art. 7 AVB hinsichtlich des gebotenen Vorgehens der Klägerin sei auf Schadenfälle zugeschnitten, bei denen Mängel gerügt würden. Bei einer Erfüllungsgarantie spielten Mängel zumeist keine Rolle, wohl hingegen bei Gewährleistungsgarantien. Für eine analoge Heranziehung von Art. 7 AVB bestehe auch deshalb kein Grund, weil das Vorgehen in einem Garantiefall in der Garantieverpflichtung vom 13.04.2006 abschliessend geregelt worden sei. Die entsprechende Individualabrede gehe den in den AVB vorformulierten allgemeinen Bestimmungen vor. Abgesehen davon habe die Beklagte im bisherigen Gerichtsverfahren nie behauptet, die Klägerin hätte gemäss Art. 7 AVB vorgehen müssen. Der von der Vorinstanz erhobene Vorwurf der mangelnden Substanziierung sei nicht berechtigt. Im Text der Garantieverpflichtung vom 13.04.2006 sei eine Substanziierungspflicht nicht ausdrücklich vorgesehen. Ob der Garantieabruf durch den Begünstigten gestützt auf das Grundverhältnis zu Recht erfolge oder nicht, spiele für das Garantieverhältnis grundsätzlich keine Rolle. Nur in besonders gelagerten Fällen könnten Einwendungen aus dem Grundverhältnis für das Garantieverhältnis durchschlagen bei geradezu rechtsmissbräuchlichem Abruf der Garantie. An den Einwand des Rechtsmissbrauchs seien jedoch strenge Anforderungen zu stellen. Mit Schreiben vom 19.12.2006 habe die C_____ AG die in der Erfüllungsgarantie genannten Voraussetzungen erfüllt. Die Klägerin habe mit der Auszahlung der Garantiesumme zugewartet, um sich davon zu überzeugen, dass die Garantieziehung nicht rechtsmissbräuchlich erfolge, und um der Beklagten zu ermöglichen, eine gütliche Einigung mit der C_____ AG bzw. der D_____ AG zu finden. Erst nachdem sich ergeben habe, dass der Beklagten eine Einigung mit der C_____ AG bzw. der D_____ AG nicht gelungen sei, und nachdem die C_____ AG bzw. die D_____ AG nachgewiesen habe, die Garantie nicht rechtsmissbräuchlich in Anspruch zu nehmen, habe die Klägerin die Garantiesumme ausbezahlt. Selbst wenn mit der Vorinstanz von einer Substanziierungspflicht des Begünstigten auszugehen sei, so wäre eine derartige Substanziierung bereits im Schreiben der C_____ AG an die Beklagte vom 21.09.2006, wovon die Klägerin eine Kopie erhalten habe, zu erblicken. Dies sei bereits innerhalb der Gültigkeitsdauer der Garantie erfolgt. Ausserdem sei es nicht zwingend erforderlich, dass die Substanziierung des Garantiefalles innerhalb der Gültigkeitsdauer der Garantie erfolge.

D. Mit Appellationsantwort vom 07.02.2011 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Appellation, und zwar aus folgenden Gründen:

Zur Begründung werde in erster Linie auf das vorinstanzliche Urteil verwiesen. Gemäss der Garantieerklärung habe sich die Klägerin gegenüber der C_____ AG (D_____ AG) unwiderruflich auf erste Aufforderung hin verpflichtet, ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen des eingangs erwähnten Vertrags und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus demselben jeden Betrag bis maximal CHF 145'286.90 zu zahlen, wofür die rechtsgültig unterzeichnete schriftliche Zahlungsaufforderung und die schriftliche Bestätigung benötigt würden, wonach die B_____ AG ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei. Die Gültigkeit der "Garantie" sei auf den 30.06.2007 befristet worden. Unklar sei, ob eine Bürgschaft oder eine Garantie vereinbart worden sei. Aufgrund der Anmeldung für eine Baugarantie-Versicherung / Leistung einer Solidarbürgschaft vom 12.04.2006 sei davon auszugehen, dass die von der Klägerin gebotene Sicherheit die Erfüllung der Werkleistung habe absichern sollen ("Erfüllungsgarantie"). Auch aus der ausgestellten Versicherungspolice gehe hervor, dass es sich um eine "Erfüllungsgarantie" handle. Als Vertragsgrundlagen würden die "Allgemeinen Bedingungen für die Baugarantie-Versicherung, Ausgabe Juni 1993" (AVB) für anwendbar erklärt. Diese Allgemeinen Bedingungen bezögen sich nicht auf Mängelgarantien, sondern auf "Anzahlungs-, Ausführungs- oder Werkgarantien" und kämen damit nach Treu und Glauben integral und unabhängig von der Art der Dritten gegenüber ausgestellten Sicherheit zur Anwendung. Entsprechend sei Art. 7 der AVB auch auf die vorliegende Sicherheit anwendbar. Die Prüfung nach Art. 7 AVB setze implizit voraus, dass der Schadensfall bzw. die Beanstandung in nachvollziehbarer und prüfbarer Weise dargelegt werde. Sonst sei eine Stellungnahme des Versicherungsnehmers nicht möglich. Ohne Ausführungen der Garantie- bzw. Bürgschaftsgläubigerin und ohne Stellungnahme des Versicherungsnehmers könne die Versicherung nicht abschätzen, ob eine rechtsmissbräuchliche Garantieziehung vorliege. Die Pflicht zur Substanziierung der Vertragsverletzung zur Ziehung der Garantie sei daher das geeignete und zweckmässige Mittel, um rechtsmissbräuchliche Garantieziehungen zu verhindern. Dennoch habe die Klägerin die Garantiesumme ausbezahlt, ohne dass ihr die C_____ AG (D_____ AG) rechtzeitig Anhaltspunkte für die angebliche Vertragsverletzung durch die Beklagte geliefert habe. Gerade in strittigen Fällen müssten die Anforderungen an die Begründung der Vertragsverletzung höher angesetzt werden. In solchen Fällen bestehe gesteigertes Missbrauchspotential, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass eine liquide Schuldnerin ohne Grund eine Leistung verweigere oder von einem Vertrag zurücktrete. Die Erfüllungsgarantie vom 13.04.2006 an die C_____ AG dürfe inhaltlich nicht von der Vereinbarung mit der Beklagten abweichen. Gegenüber der Beklagten gälten die in der Police und in den dieser beigefügten Allgemeinen Bedingungen festgehaltenen Regeln. Ohnehin ergebe sich aus der Auslegung der Erfüllungsgarantie vom 13.04.2006 und auch aus Treu und Glauben, dass für eine rechtsgültige Garantieziehung die hinreichende Substanziierung der Vertragsverletzung formgerecht und innert der Garantiefrist dargetan werden müsse. Dazu gehöre nicht nur eine kurze Darstellung der Vertragsverletzung, sondern auch der daraus angeblich resultierende Schaden sei glaubhaft darzulegen. Dieses Ergebnis resultiere auch daraus, dass die Klägerin nicht etwa die Leistung einer fixen Garantiesumme, sondern nur eine Leistung bis *maximal* CHF 145'286.90 versprochen habe. Nach Ablauf der Garantiefrist könne die Substanziierung nicht mehr rechtsgültig vorgenommen werden. Es genüge daher nicht, dass die C_____ AG (D_____ AG) innerhalb der Garantiefrist zwar erklärt

habe, die "Garantie" ziehen zu wollen, aber erst am 25.07.2007 die angebliche Vertragsverletzung substantiiert habe. Die Substanziierung der Vertragsverletzung könne nicht vor der Garantieziehung erfolgen. Somit stelle das Schreiben der C____ AG vom 21.09.2006 keine hinreichende Substanziierung dar. Ferner habe die C____ AG (D____ AG) auch in den Schreiben vom 19.12.2006 und 08.01.2007 nicht auf das Schreiben vom 21.09.2006 verwiesen. Ob das letztgenannte Schreiben der Klägerin überhaupt in Kopie zugestellt worden sei, sei ohnehin unbewiesen. Da die Garantie weder formell korrekt noch fristgerecht gezogen worden sei, bestehe kein Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten.

E. Mit Urteil vom 14.06.2011 wies das Kantonsgericht Basel-Landschaft die Appellation ab. Zur Begründung führte das Kantonsgericht aus, die Verweigerung der Garantiauszahlung bei Fehlen der entsprechenden Voraussetzungen gehöre zu den auftragsrechtlichen Pflichten des Garanten, deren Verletzung zum Verlust des Auslagen- und Verwendungersatzes führe. Die Begünstigte sei bei Inanspruchnahme der Garantie zur Substanziierung des Ereignisses verpflichtet, welches den Garantiefall auslöse, selbst wenn dies im Garantieverprechen nicht vorgesehen sei. Da eine solche Substanziierung durch die begünstigte D____ 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.

F. Mit Urteil vom 13.02.2012 hob das Bundesgericht in Gutheissung der von der Klägerin erklärten Beschwerde in Zivilsachen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 14.06.2011 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Es erwog dabei, dass in Bezug auf den Eintritt des Garantiefalles eine streng formalisierte Betrachtungsweise gelte, die allein auf den Wortlaut der Garantieklausel abstelle. Der Begünstigte müsse dem Garanten gegenüber nur die Voraussetzungen erfüllen, die in der jeweiligen Garantieklausel als Bedingung für das Entstehen der Zahlungspflicht des Garanten ihm gegenüber festgelegt seien. Diese Grundsätze seien nicht vereinbar mit einer Verpflichtung des Begünstigten, den Eintritt des Garantiefalles über den Wortlaut der Garantieklausel hinausgehend näher zu substantiieren. Es liege in der Verantwortung der Garantin, sämtliche Voraussetzungen für die Auszahlung der Garantiesumme im Garantieverprechen aufzuführen. Der Begünstigte sei in seinem Vertrauen auf den Inhalt des Garantieverprechens zu schützen. Vorliegend seien zum Abruf der Garantieerklärung eine schriftliche Zahlungsaufforderung der D____ AG und eine schriftliche Bestätigung vorausgesetzt worden, wonach die Beklagte ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz habe die Klägerin von der D____ AG nicht eine über den Wortlaut des Garantieverprechens hinausgehende Substanziierung verlangen können, inwiefern der Vertrag verletzt worden sei. Indem die Vorinstanz mit dieser Begründung eine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten der Klägerin angenommen und folglich deren Regressrecht verneint habe, habe sie Bundesrecht verletzt. Die Vorinstanz habe diverse Fragen offen gelassen, so insbesondere diejenige, ob der Baugarantie-Versicherungsvertrag vom 12./13.04.2006 auslegungsbedürftig sei und in welchem Sinn er gegebenenfalls auszulegen sei. Über den Inhalt dieses Vertrags bestünden im vor-

instanzlichen Urteil keine Feststellungen. Damit fehlten dem Bundesgericht die tatsächlichen Grundlagen für einen reformatorischen Entscheid, weshalb die Sache an das Kantonsgericht zur Ergänzung des Sacherhalts und zu neuem Entscheid zurückzuweisen sei.

G. Mit Verfügung der instruierenden Abteilungspräsidentin vom 01.03.2012 wurde der Fall der Fünferkammer ohne weitere Parteiverhandlung zur neuen Entscheidung überwiesen. Mit Eingabe vom 12.03.2012 nahm die Beklagte unaufgefordert nochmals Stellung im Sinne einer Ergänzung ihres anlässlich der Hauptverhandlung vom 14.06.2011 gehaltenen Plädoyers. Die Klägerin beantragte mit Schreiben vom 21.03.2012, die Eingabe der Beklagten vom 12.03.2012 aus dem Recht zu weisen, und machte für den Fall, dass diesem Antrag nicht stattgegeben werde, ihrerseits Bemerkungen zur Sache. Mit Verfügung vom 22.03.2012 überwies die instruierende Abteilungspräsidentin den Antrag der Klägerin, die Eingabe der Beklagten vom 12.03.2012 aus dem Recht zu weisen, der in der Hauptsache zuständigen Fünferkammer zum Entscheid.

Erwägungen

1. Das Bundesgericht hat die Sache zum Neuentscheid an das Kantonsgericht zurückgewiesen. Sowohl das erstinstanzliche als auch das kantonsgerichtliche Verfahren liefen nach der kantonalen Zivilprozessordnung (ZPO BL). Seit 01.01.2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO CH) in Kraft und es stellt sich die Frage, nach welchen Bestimmungen das Rechtsmittelverfahren vor der oberen kantonalen Instanz weiterzuführen ist, da für bundesgerichtliche Rückweisungen keine explizite Übergangsbestimmung in der ZPO CH besteht. Wird ein Entscheid in einem Verfahren durch eine Rechtsmittelinstanz aufgehoben und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen, wird damit das Verfahren vor dieser Instanz nicht abgeschlossen, sondern in den Stand zurückversetzt, in welchem es sich vor der Ausfällung des angefochtenen Entscheids befunden hat. Demnach muss gemäss dem Grundsatz der Einheit der Instanz bei der Wiederaufnahme des Verfahrens nach einem Rückweisungsentscheid das bisherige Verfahrensrecht weiterhin Anwendung finden (BGer 4A_471/2011 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen). Entsprechend dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind für den vorliegenden Neuentscheid über die Appellation der Klägerin das bisherige kantonale Verfahrensrecht und damit die Bestimmungen der basellandschaftlichen Zivilprozessordnung (ZPO BL) anwendbar.

2. Vorweg ist die Frage der Zulässigkeit einer weiteren Parteieingabe nach der Rückweisung der Sache vom Bundesgericht an das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, zu prüfen. Der Prozessstoff des Appellationsverfahrens ist in keiner Weise beschränkt worden. Die Parteien haben zusätzlich zu ihren Rechtsschriften im Appellationsverfahren an der Hauptverhandlung vom 14.06.2011 vor dem Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, mündlich zur Sache umfassend plädieren können. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gebietet daher nicht, den Parteien nach der Rückweisung nochmals Gelegenheit zu Bemerkungen einzuräumen. Daher ist die Eingabe der Beklagten vom 12.03.2012 entsprechend dem Antrag der Klägerin aus dem Recht zu weisen. Das Gleiche gilt auch für die Eventualausführungen der Klägerin in der Eingabe vom

21.03.2012.

3. In materieller Hinsicht ist zunächst zu prüfen, ob der Baugarantie-Versicherungsvertrag vom 12./13.04.2006 auslegungsbedürftig ist. Gemäss Ziff. 7 der Auftragsbestätigung der C_____ AG vom 15.02.2006 an die Beklagte erfolgte die Auftragsbestätigung unter dem Vorbehalt der Übergabe einer "Erfüllungsgarantie" im Umfang von 10 % des Werkpreises. Die integrierenden Bestandteil der Auftragsbestätigung bildenden Generellen Bedingungen (Ausgabe Oktober 2001, vgl. Klagantwortbeilage 6) hielten zwei verschiedene Sicherheiten fest. Für die richtige Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Vertrag hat der Unternehmer dem Bauherrn eine "Garantie" einer namhaften Schweizer Bank oder Versicherungsgesellschaft zu übergeben (Ziff. 3.11.1). Zur Sicherstellung der Mängelhaftung hat der Unternehmer dem Bauherrn vor Auszahlung des Rückbehalts eine "Solidarbürgschaft" einer namhaften Schweizer Bank oder Versicherungsgesellschaft zu leisten (Ziff. 3.11.2). Im von der Klägerin herausgegebenen Anmeldeformular ist von einer "Baugarantie-Versicherung, Leistung einer Solidarbürgschaft" die Rede, wobei drei verschiedene Arten von Garantien unterschieden werden, zwischen denen der Antragsteller auswählen kann: "Werkgarantie", "Anzahlungsgarantie" und "Erfüllungsgarantie" (vgl. Klagebeilage 7). Die undatierte Versicherungspolice und das Garantieverprechen vom 13.04.2006, welches laut Police einen integrierenden Bestandteil der Police darstellt, sprechen von einer "Erfüllungsgarantie" (vgl. Klagebeilagen 8 und 10). Das Garantieverprechen enthält zudem die unwiderrufliche Verpflichtung der Klägerin, der C_____ AG, einem Unternehmensbereich der D_____ AG, auf erste Aufforderung hin, ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen des Vertrags zwischen der Beklagten und der C_____ AG und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus demselben jeden Betrag bis maximal CHF 145'286.90 zu zahlen (vgl. Klagebeilage 10). Weiter enthält die undatierte Versicherungspolice einen Verweis auf die beigefügten "Allgemeinen Bedingungen für die Baugarantie-Versicherung, Ausgabe Juni 1993" (AVB, vgl. Klagebeilage 9). Die AVB sprechen von "Bürgschaftsverpflichtung" und enthalten eine Regelung für den Schadenfall. Da in den verschiedenen Vertragsdokumenten keine einheitliche Terminologie verwendet worden ist, ist die Auslegungsbedürftigkeit des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien (Deckungsverhältnis) zu bejahen.

4. Es stellt sich die Frage, ob die Parteien einen Garantievertrag gemäss Art. 111 OR oder einen Bürgschaftsvertrag gemäss Art. 492 OR abgeschlossen haben. Der Garantievertrag besteht darin, 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 kann selbst dann bestehen, wenn der Dritte nicht Schuldner des Begünstigten ist oder wenn seine Schuld nichtig oder für ungültig erklärt worden ist. Bei der Bürgschaft verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen, was eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraussetzt. Die Akzessorietät ist das wichtigste Abgrenzungskriterium, das heisst die Abhängigkeit von der Hauptschuld. Während bei der akzessorischen Bürgschaft der Bürge die Erfüllung eines Vertrags garantiert, wird bei der selbständigen Garantie eine Leistung als solche, unabhängig von der Verpflichtung des Dritten versprochen. Im Gegensatz zur Bürgschaft muss derjenige, der eine selbständige Garantieverpflichtung eingegangen ist, seine Leistung selbst dann erbringen, wenn die Hauptschuld nicht entstanden, nichtig oder ungültig erklärt worden ist (BGE 125 III 305 E. 2.a und b).

Bezüglich der Auslegung des Vertrages ist vorab anzumerken, dass Individualabreden in der Regel vorformulierten Vertragsbestimmungen vorgehen. Im Übrigen sind vorformulierte Vertragsbestimmungen und individuell verfasste Vertragsklauseln grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen (BGer 5C.271/2004 E. 2, BGE 123 III 44 E. 2.c/bb, BGE 122 III 121 E. 2.a). Der Inhalt eines Versicherungsvertrags bestimmt sich gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 OR primär nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen. Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind 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 hat sich nach Wortlaut, Sinn und Zweck des Vertrags, nach dem Sachzusammenhang und der inhaltlichen Ausgestaltung der einzelnen Erklärungen zu richten. Führt auch dies nicht zu einem klaren Ergebnis, dann kommen die Vermutungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Anwendung (BGE 131 III 511 E. 4.3 und 4.4). Wurde eine Bestimmung von einer Partei unklar verfasst, so bestimmt die Unklarheitenregel, dass im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist. Die Regel darf 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 zit. Rspr.).

Der Wortlaut des Versicherungsantrags vom 12.04.2006 vermag für sich allein noch keine Klarheit über die inhaltliche Ausgestaltung des Deckungsverhältnisses zu geben. Der Wortlaut des besonderen Garantieversprechens vom 13.04.2006 ist hingegen nicht interpretationsbedürftig, sondern hält klar fest, dass es um eine vom Grundverhältnis losgelöste Sicherheit geht. Die Klägerin verspricht der Begünstigten im Auftrag der Beklagten Schadenersatz für den Ausfall der Hauptleistung, d.h. für den Fall, dass die Beklagte sich nicht entsprechend dem Werkvertrag verhält. Das Erfüllungsversprechen der Garantin ist nicht deckungsgleich mit jenem der Hauptschuldnerin, sondern eben Schadenersatz. Es wird zwar Bezug genommen auf den Werkvertrag zwischen der Begünstigten und der Beklagten, aber es besteht 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 liegt 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 Garantieverprechen stellt gemäss undatierter Police einen integrierenden Bestandteil des Versicherungsvertrags zwischen den Parteien dar und ist der Police beigeheftet. Die Beklagte hatte folglich Kenntnis vom gegenüber der C____ AG abgegebenen Garantieverprechen der Klägerin. Deshalb muss die Beklagte insbesondere auch den Wortlaut des Garantieverprechens gegen sich gelten lassen. Damit ist das Vorliegen einer Individualabrede zwischen den Parteien über die Leistung einer selbständigen Garantie der Klägerin zugunsten der C____ AG als Unternehmensbereich der D____ AG zu bejahen. Zum gleichen Ergebnis führt auch der Einbezug des von der Beklagten und der C____ AG beabsichtigten Zwecks, zu dem der Versicherungsvertrag abgeschlossen wurde. So macht die in den zitierten Generellen Geschäftsbedingungen der C____ AG getroffene Unterscheidung (vgl. Ziff. 3.11.1 und 3.11.2) deutlich, dass sich die Bauherrschaft nur hinsichtlich der Mängelhaftung mit einer akzessorischen Bürgschaft als Sicherheit begnügte und demgegenüber hinsichtlich

der Erfüllung eine abstrakte Sicherheit verlangte. Das Garantieverprechen als integrierender Bestandteil des Versicherungsvertrags enthält ferner eine detaillierte Regelung über das Vorgehen im Garantiefall, nämlich die Auszahlung auf erste Aufforderung hin mittels einer schriftlichen Bestätigung der Begünstigten, wonach die Beklagte ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei, innert der Garantiefrist bis 30.06.2007. Zuzufolge Bestehens einer abschliessenden Individualabrede zwischen den Parteien ist der in der undatierten Police enthaltene Verweis auf die Allgemeinen Bedingungen für die Baugarantie-Versicherung rechtlich bedeutungslos, soweit diese Allgemeinen Bedingungen wie z.B. Art. 7 AVB der Individualabrede widersprechen. Nach Treu und Glauben durfte die Klägerin daher davon ausgehen, 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 erübrigt sich folglich eine Anwendung der Unklarheitenregel.

5. Die Klägerin hat die form- und fristgerechte Garantieziehung durch die Begünstigte hinreichend substantiiert und bewiesen (vgl. Klagebegründung Ziff. 8 bis 13 sowie Klagebeilagen 12, 17 und 21). Ferner hat sie dargetan, dass sie ihrer Informationspflicht gegenüber der Beklagten nachgekommen ist (vgl. Klagebeilage 13) 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. Dabei genügt 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 Vertrags ein Streit besteht (BGE 131 III 511 E. 4.6). Die Beklagte hat in der Klageantwort weder konkret eine rechtsmissbräuchliche Garantieziehung durch die Begünstigte behauptet noch diesbezügliche Beweismittel angeboten (vgl. Klagantwort Ziff. 60 und 61). Im vorliegenden Fall sind ohnehin keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche auf eine rechtsmissbräuchliche Garantieziehung hindeuten. Der Beklagten ist es somit nicht gelungen, eine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten im Deckungsverhältnis durch die Klägerin darzutun. Folglich ist die Beklagte zur Rückerstattung des von der Klägerin ausbezahlten Garantiebetrags in Höhe von CHF 145'286.90 verpflichtet. Die Zinspflicht ergibt sich aus Art. 8 AVB, wonach der Versicherungsnehmer Zahlungen der A___ AG mit 5 % zu verzinsen hat (vgl. Klagebeilage 9). Da die Zahlung der Klägerin an die Begünstigte am 03.08.2007 erfolgt ist (vgl. Klagebeilage 21), beginnt an diesem Tag der Zinsenlauf.

6. Aufgrund der obigen Erwägungen ist der Entscheid der Vorinstanz in Gutheissung der Appellation aufzuheben und die Klage im Umfang von CHF 145'286.90 zuzüglich Zins zu 5 % seit 03.08.2007 gutzuheissen.

Entsprechend dem Ausgang des Appellationsverfahrens sind die Kosten beider kantonalen Instanzen in Anwendung von § 209 Abs. 2 ZPO BL der Beklagten aufzuerlegen, wobei die erstinstanzlich festgesetzte Höhe der Gerichtskosten zu bestätigen und die Gerichtsgebühr für das

Appellationsverfahren pauschal auf CHF 12'000.00 festzusetzen ist. Ferner ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Friedensrichterkosten von CHF 250.00 direkt zu bezahlen. Überdies ist die Beklagte gemäss § 211 ZPO BL zur Bezahlung einer angemessenen Parteientschädigung für beide kantonalen Instanzen an die obsiegende Klägerin zu verpflichten. Für das erstinstanzliche Verfahren ist gemäss § 7 Abs. 1 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (SGS 178.112) von einem Grundhonorar von CHF 13'500.00 und einem Zuschlag von 50 % auszugehen, was eine Parteientschädigung von CHF 20'250.00 zzgl. MWST ergibt. Erstinstanzliche Auslagen des Rechtsbeistands der Klägerin sind nicht aktenkundig. Für das Appellationsverfahren ist von der Honorarnote des Rechtsbeistands vom 14.06.2011 auszugehen. Für das Rechtsmittelverfahren ist nach Ansicht des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht, ein Zuschlag von 50 % auf das Grundhonorar nicht gerechtfertigt, weshalb eine entsprechende Reduktion vorzunehmen ist. Folglich ist die Parteientschädigung für das Appellationsverfahren auf CHF 15'028.30 inkl. Auslagen und inkl. MWST von CHF 1'113.30 festzusetzen.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. In Gutheissung der Appellation wird das Urteil des Bezirksgerichts Arlesheim vom 12. August 2010 aufgehoben und wird die Beklagte verurteilt, der Klägerin CHF 145'286.90 nebst Zins zu 5 % seit dem 3. August 2007 zu bezahlen.
 2. Die Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren von CHF 12'000.00 zuzüglich Auslagen von CHF 100.00 sowie die Gerichtsgebühr für das Appellationsverfahren von pauschal CHF 12'000.00 werden der Beklagten auferlegt. Überdies hat die Beklagte der Klägerin die Friedensrichterkosten von CHF 250.00 direkt zu bezahlen.
 3. Die Beklagte hat der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 21'870.00 inkl. MWST von CHF 1'600.00 sowie für das Appellationsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 15'028.30 inkl. Auslagen und inkl. MWST von CHF 1'113.20 zu bezahlen.

Präsidentin

Gerichtsschreiber

Christine Baltzer-Bader

Hansruedi Zweifel