

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Bearbeiterverzeichnis .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XLII

## Kapitel A Funktion und Unterscheidungsformen der Bankgarantie (Graf von Westphalen)

<b>I. Funktionen der Bankgarantie .....</b>	<b>2</b>
1. Allgemeines .....	2
2. Aus der Perspektive des Begünstigten .....	6
3. Aus der Perspektive des Garantierauftraggebers .....	7
4. Aus der Perspektive der Garantiebank .....	9
5. Risikobewertung .....	11
a) Sphäre des Begünstigten .....	11
b) Sphäre des Garantierauftraggebers .....	12
c) Sphäre der Garantiebank .....	14
<b>II. Erscheinungsformen der Bankgarantie .....</b>	<b>15</b>
1. Bietungsgarantie .....	16
2. Anzahlungsgarantie .....	17
3. Erfüllungsgarantie .....	19
a) Liefer- und Leistungsgarantie .....	19
b) Erfüllungsgarantie .....	21
c) Gewährleistungsgarantie .....	21
4. Direkte – indirekte Garantien .....	22
5. Sonstige Garantiefornen .....	23
a) Zahlungsgarantie .....	23
b) Konnossementsgarantie .....	24
c) Rückgarantie .....	25
d) Bestätigte Garantie .....	26
e) Indossierte Garantie .....	27
<b>III. Typische Ausgestaltung einer Bankgarantie .....</b>	<b>27</b>
1. Präambel .....	28
a) Bezugnahme auf Grundvertrag .....	28
b) Erforderliche Trennung .....	29

c) Vorteil der Präambel .....	30
2. Garantieklausel .....	31
3. Betrag – Währung .....	32
a) Höchstbetrag .....	32
b) Zinsen – Kosten .....	32
c) Währung .....	34
d) Ermäßigungsklauseln .....	34
4. „Verfalldatum“ .....	35
a) Erlöschen .....	35
b) Rückgabe der Garantieurkunde .....	36
5. Sonstige Bestimmungen .....	37
a) Inkrafttreten .....	37
b) Rechtswahlklauseln .....	37
c) Gerichtsstandsvereinbarungen .....	38
d) Abtretungsklauseln .....	38
e) Kündigungs- und Hinterlegungsklauseln .....	38
<b>IV. Rules for Demand Guarantees – URDG 758 .....</b>	<b>38</b>
1. Rechtsnatur .....	39
a) Kein Handelsbrauch nach § 346 HGB .....	39
b) Kein „Stellen“ nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen gemeinsamer Festlegung auf die URDG 758 – Ausnahme .....	40
c) Voraussetzungen des „Stellens“ (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) .....	41
aa) Grundtatbestand .....	41
bb) Aushandeln (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) .....	42
bb) Verwender = Garantiefauftraggeber oder Begünstigter .....	43
cc) Garantiefbank als Abschlussgehilfe .....	43
c) Kein eigenständiges Normgefüge .....	43
d) Wirksame Einbeziehung der URDG 758 .....	44
aa) Grundsätze der §§ 145 ff. BGB .....	44
bb) Regelungen in den URDG 758 .....	44
aaa) Art. 1a URDG 758 .....	44
bbb) Art. 1c URDG 758 .....	45
e) Richterliche Inhaltskontrolle nach den §§ 307, 310 BGB .....	47

## **Kapitel B**

### **Wesensmerkmal und Rechtsnatur der Bankgarantie – Abgrenzung gegenüber ähnlichen Erscheinungsformen (Graf von Westphalen)**

<b>I. Garantievertrag .....</b>	<b>51</b>
1. Selbstständiger Garantievertrag .....	53

a) Typus .....	53
b) Keine Akzessorietät .....	54
c) Abstraktheit .....	54
2. Garantievertrag – Bankgarantie auf „erstes Anfordern“ .....	55
<b>II. Bankgarantie – Akzessorische Bürgschaft .....</b>	<b>57</b>
1. Allgemeine Abgrenzungskriterien .....	57
2. Abstraktheit – Akzessorietät .....	58
a) Sicherungszweck als „kausales“ Geschäft .....	58
b) Abstraktheit .....	61
c) Eigene Auffassung .....	62
aa) Einrede- und Einwendungsausschluss .....	62
bb) Als kausales Sicherungsgeschäft? .....	63
3. Nichtanwendung der Bürgschaftsbestimmungen der §§ 765 ff. BGB für eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie .....	65
a) Grundsatz .....	65
b) Bürgschaftsrechtliche Schutzbestimmungen .....	65
aa) Schriftform .....	65
bb) Vorausklage .....	66
cc) Unmöglichkeit – Unvermögen .....	66
c) Anwendbarkeit von § 774 BGB? .....	66
d) Analoge Anwendung von § 775 BGB .....	69
e) Analoge Anwendung von § 776 BGB .....	70
<b>III. Sonderfigur der auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bürgschaft .....</b>	<b>71</b>
1. Auslegungsmerkmale .....	75
a) Erkennbarer Wille .....	75
b) Inhalt der Urkunde .....	76
aa) Wortlaut – „bürgen“ – „verbürgen“ – „garantieren“ .....	76
bb) Zahlung auf „erstes Anfordern“ .....	77
cc) Weiterer Wortlaut – „Verzicht auf Einreden und Einwendungen“ .....	78
c) Kriterien außerhalb der Urkunde .....	79
aa) Voraussetzungen ihrer Berücksichtigung .....	79
bb) Weitergehende Erwägungen – das zugrunde liegende Sicherungsversprechen .....	80
cc) Weitergehende Erwägungen – der unstreitige Sachverhalt .....	81
dd) Verbleibende Auslegungszweifel .....	81
2. AGB-rechtliche Besonderheiten der Garantieklausel .....	82
a) Vorformulierte Klausel – § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB .....	82

b) Formelle Voraussetzung – das „Stellen“ – § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB . . . . .	84
aa) Begünstigter als AGB-Verwender – Garantieklausel im Grundvertrag . . . . .	84
bb) Garantierauftraggeber als Verwender – Garantieklausel im Geschäftsbesorgungsvertrag? . . . . .	85
cc) Begünstigter als Verwender der Garantieklausel . . . . .	86
dd) Vielzahl . . . . .	87
c) Inhaltliche Voraussetzungen einer Individualabrede (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) . . . . .	89
aa) Allgemein . . . . .	89
bb) Berücksichtigung des Grundvertrags zwischen Garantierauftraggeber und Begünstigtem . . . . .	91
cc) Individualabrede der Garantieklausel trotz fehlender Abänderungsbereitschaft? . . . . .	93
d) Besondere Aufklärungspflichten bei einer Bürgschaft auf „erstes Anfordern“ . . . . .	94
e) Besondere Aufklärungspflichten bei einer Bankgarantie auf „erstes Anfordern“ . . . . .	94
f) Zwischenergebnis . . . . .	97
<b>IV. Wirksamkeit der Bankgarantie auf „erstes Anfordern“ –</b>	
<b>§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB</b> . . . . .	98
1. Erfordernis einer einheitlichen Qualifikation . . . . .	99
2. Unterschiedliche Rechtsordnungen als Kontrast . . . . .	99
3. Maßgebende Grundnorm: § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB . . . . .	101
a) Typusbedingtes Missbrauchsrisiko für den Garantierauftraggeber . . . . .	101
b) Maßstab des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB – Meinungskontroverse . . . . .	102
aa) Streitstand . . . . .	102
bb) Argumente in Abgrenzung zur BGH-Judikatur zur Bürgschaft auf „erstes Anfordern“ . . . . .	103
cc) Zurückweisung der AGB-rechtlichen Gegenargumente . . . . .	104
dd) Stellungnahme: Stabilisierung des Ansatzes nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB . . . . .	105
ee) Vorsorglich: Erfahrungen der Exportwirtschaft – § 305c Abs. 1 BGB? . . . . .	105
<b>V. Zwischenergebnis</b> . . . . .	107
<b>VI. Verwandte Erscheinungsformen</b> . . . . .	109
1. Äquivalente Formulierungen . . . . .	109
2. Unschädliche Formulierungen . . . . .	111

3. Verzicht auf Einreden und Einwendungen .....	111
4. Einordnung von „Effektivklauseln“ .....	113
a) Besonderheiten von „Effektivklauseln“ .....	113
b) Beispiele für „Effektivklauseln“ .....	113
c) Auslegung: Ausgehandelte oder vorformulierte Klausel? ...	114
d) Rechtsprechungsergebnisse (§§ 133, 157 BGB) .....	115
e) Eigene Auffassung – Individualabrede .....	117
aa) Einfache Behauptung v. Tatbestand der Vertragsverletzung .....	117
bb) Berücksichtigung tatsächlicher Ereignisse des in Bezug genommenen Grundvertrages .....	119
cc) Vorliegen eines versteckten Dissenses (§ 155 Abs. 1 BGB)? .....	120
dd) Geltendmachung und Begründung einer Nachweispflicht .....	123
ee) Nachschieben von Begründungen .....	124
ff) Keine späteren Nachweispflichten betreffend den Rückforderungsprozess .....	125
gg) Rechtsfolge eines versteckten Dissenses .....	126
5. Sonstige Erklärungen oder Urkunden des Begünstigten als Voraussetzung des „formellen“ Garantiefalls .....	128
a) Schriftliche Erklärungen/Bestätigungen des Begünstigten ..	128
b) Vorlage zusätzlicher Dokumente .....	129
c) Nachweis des Garantiefalls – Vorlage von Urteilen/ Schiedsurteilen .....	130
<b>VII. Besonderheiten der URDG 758 .....</b>	<b>132</b>
1. Geltung der „International Standard Demand Guarantee Practice“ (ISDGP) als Ausweis der „best practice“ für die URDG 758 .....	132
2. Begründung des Garantievertrages – Art. 4 URDG 758 .....	133
3. Durchgreifende Bedenken nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	133
a) Grundsätzliche Feststellungen: Begünstigter AGB- Verwender .....	133
b) Besonders: Unwirksamkeit von Art. 4 lit. b) und c) URDG 758 .....	134
4. Festlegung der Abstraktheit der Bankgarantie – Art. 5 URDG 758 .....	134
5. Änderungen des Garantievertrages – Art. 11 URDG 758 .....	135
a) Praktisches Bedürfnis .....	135
b) Regelung von Art. 11 lit. a) URDG 758 .....	135
c) Regelung von Art. 11 lit. b) URDG 758 .....	135
d) Regelung von Art. 11 lit. c) URDG 758 .....	136

e) Bedenken nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. ....	137
f) Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 11 und Art. 13 URDG 758 .....	137
g) Besonderheit von Ziff. 80 ISDGP. ....	138

## Kapitel C

### Rechtsverhältnis zwischen Garantieauftraggeber und Garantiebank (Graf von Westphalen)

<b>I. Pflichten der Bank</b> .....	141
1. Geschäftsbesorgungsvertrag bei Erstellung einer Direktgarantie .....	141
a) Rechtsnatur des Geschäftsbesorgungsvertrages .....	142
b) Bestehen einer zusätzlichen Beratungspflicht gegenüber dem Garantieauftraggeber? .....	142
aa) Weisungsgebundenheit der Bank .....	143
bb) Bestehen und Gegenstand der Beratungspflicht .....	143
aaa) Ausgangspunkt – Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) v. Obliegenheit. ....	143
bbb) Erfordernis des „aufklärungsgerechten“ Verhaltens des Garantieauftraggebers – Kausalitätsnachweis. ....	145
ccc) Unvollständigkeit und Unklarheit des Garantieauftrags .....	147
ddd) Bereits abgestimmter Garantietext .....	147
eee) Bestehen von Länderrisiken .....	148
cc) Ablehnung des Geschäftsbesorgungsvertrages. ....	149
c) Zustandekommen des Geschäftsbesorgungsvertrages .....	150
aa) Mindestinhalt des Geschäftsbesorgungsvertrages .....	150
bb) Einbeziehung von Aval-Bedingungen .....	151
2. Geschäftsbesorgungsvertrag bei Erstellung einer „indirekten“ Garantie .....	152
a) Rechtsnatur. ....	152
b) Erneut: Beratungspflichten der Erstbank. ....	153
aa) Weisungsgebundenheit. ....	153
bb) Schlüssigkeitsprüfung durch die inländische Erstbank ..	153
cc) Direkte Garantie – „indirekte“ Garantie .....	154
aaa) Ausgangslage .....	154
bbb) Gesetzliche Pflicht zur Stellung einer „indirekten“ Garantie .....	154

ccc) Auffassung von Canaris.....	155
ddd) Fehlende Seriosität der Zweitbank.....	155
eee) Unüblichkeit oder Gesetzeswidrigkeit der Garantieklausel .....	156
fff) Nachbesserung der Garantieklausel – Verzögerungsrisiko .....	157
c) Parallele zu Art. 37d ERA (UCP 600)? .....	157
d) Haftung der Erstbank für Verschulden der ausländischen Zweitbank.....	158
aa) Auswahlverschulden.....	158
bb) Zweitbank: Erfüllungsgehilfenschaft oder Substitut? ...	159
cc) Einschaltung der ausländischen Zweitbank als Avis- Bank.....	159
dd) Einschaltung der ausländischen Zweitbank als bestätigende Bank .....	160
ee) Einschaltung der ausländischen Zweitbank als indossierende Bank .....	160
ff) Kontrollpflicht der Erstbank .....	160
3. Prüfpflicht der deutschen Erstbank bei Inanspruchnahme der Bankgarantie durch den Begünstigten – Aufwendungsersatzanspruch – Rückgarantie .....	161
a) Gegenüber dem Aufwendungsersatzanspruch der ausländischen Zweitbank.....	161
b) Bei einer Rückgarantie .....	162
c) Im Fall eines behaupteten Rechtsmissbrauchs .....	164
aa) Pflichten der Erstbank.....	164
bb) Kein Zurückbehaltungsrecht der Erstbank gegenüber der Zweitbank.....	164
4. Benachrichtigungspflicht bei drohender Inanspruchnahme.....	165
a) Inhalt und Begründung der Benachrichtigungspflicht .....	165
aa) Allgemeines .....	165
bb) Benachrichtigungspflicht aufgrund von Aval-AGB.....	166
cc) Bei drohender rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme .....	166
dd) Bei einer „indirekten“ Garantie.....	167
b) Zeitpunkt der Benachrichtigungspflicht .....	167
c) Im Fall eines Begehrens „extend or pay“ .....	168
d) Verletzung der Benachrichtigungspflicht – Rechtsfolgen. ...	169
5. Pflicht zur Zahlungsverweigerung .....	170
a) Dogmatische Begründung .....	170
b) Bei Direktgarantien.....	171
c) Bei „indirekten“ Garantien .....	171

d) Im Fall einer Rückgarantie . . . . .	173
e) Bei Fehlen einer Rückgarantie . . . . .	173
<b>II. Pflichten des Garantierauftraggebers . . . . .</b>	<b>174</b>
1. Vorschuss . . . . .	174
2. Forderung nach zusätzlichen Sicherheiten . . . . .	175
3. Befreiungsanspruch (§ 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB) – Vermögensverschlechterung . . . . .	176
4. Sicherung des Aufwendungserstattungsanspruchs – Einräumung einer Hinterlegungsbefugnis. . . . .	177
5. Provisionspflicht . . . . .	178
a) Entstehen des Anspruchs – Einbuchung . . . . .	179
b) Verfalldatum – Ausbuchung . . . . .	181
aa) Bei einer Direktgarantie . . . . .	181
aaa) Anwendbarkeit deutschen Rechts . . . . .	181
bbb) Anwendbarkeit ausländischen Rechts. . . . .	182
bb) Bei einer „indirekten“ Garantie. . . . .	184
cc) Bei einer Rückgarantie . . . . .	185
c) Nichtwirksamwerden des Grundvertrages – § 139 BGB . . . . .	185
aa) Bei einer Direktgarantie . . . . .	185
bb) Bei einer „indirekten“ Garantie. . . . .	186
d) Regelungen in Aval-Bedingungen . . . . .	186
e) Ausbuchung unter Vorbehalt . . . . .	188
aa) Aufgrund eines einseitigen Vorbehalts der Bank . . . . .	188
bb) Freistellung durch den Garantierauftraggeber . . . . .	189
6. Aufwendungserstattungsanspruch gemäß §§ 675, 670 BGB . . . . .	190
a) Bei einer Direktgarantie . . . . .	190
b) Bei einer „indirekten“ Garantie – Rückgarantie. . . . .	192
c) Ausbuchung unter Vorbehalt – Aufwendungserstattung . . . . .	192
d) Verlust des Aufwendungserstattungsanspruchs . . . . .	193
e) Forderungsübergang gemäß § 774 BGB analog? . . . . .	193
<b>III. Rechtsbeziehung zwischen Garantierauftraggeber und Begünstigtem . . . . .</b>	<b>195</b>
1. Inhalt des Garantievertrages . . . . .	195
2. Pflicht zur Stellung einer Bankgarantie . . . . .	195
a) Hauptpflicht . . . . .	195
b) Vertragsverletzung – Rechtsfolgen. . . . .	197
c) Erfüllungsverweigerung – § 139 BGB. . . . .	197
3. Nicht ordnungsgemäße Erfüllung des Garantieversprechens . . . . .	198
4. Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung für das „Inkrafttreten“ der Bankgarantie (§§ 158 Abs. 1, 163 BGB) . . . . .	199
5. Bankgarantie – Aufrechnungsverbot? . . . . .	200

<b>IV. Nichterfüllung des Garantierauftraggebers – § 139 BGB</b> . . . . .	201
<b>V. Rückforderungsansprüche zwischen Garantierauftraggeber – Garantiebank?</b> . . . . .	201
1. Nichterfüllung der Voraussetzung des „formellen“ Garantiefalls. . . . .	201
2. Missbräuchliche Inanspruchnahme . . . . .	203
a) Kein „formeller“ Garantiefall, aber „materieller“ Garantiefall. . . . .	203
b) Gelungener Nachweis. . . . .	203
c) Misslungener Nachweis . . . . .	203
3. Nachträglicher Erweis einer unberechtigten Inanspruchnahme .	205
<b>VI. Geltung der URDG 758</b> . . . . .	206
1. Rechtsnatur und Einbeziehung – Art. 1 lit. a) URDG 758 . . . . .	206
2. Mindestanforderung für die Weisungen des Garantierauftraggebers – Art. 8 URDG 758. . . . .	206
3. Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bankgarantie – Art. 4 URDG 758 . . . . .	208
4. Amendment (Art. 11 URDG 758) and Variation (Art. 13 URDG 758) . . . . .	208
5. Extend or pay – Art. 23 URDG 758 . . . . .	208
6. Haftung des Garantierauftraggebers – Art. 31 URDG 758 – Art. 9 Rom I-VO . . . . .	208

**Kapitel D**  
**Das Rechtsverhältnis:**  
**Bank – Begünstigter bei einer Direktgarantie**  
*(Graf von Westphalen)*

<b>I. Abschluss des Bankgarantievertrages</b> . . . . .	214
1. Zustandekommen des Vertrages . . . . .	215
a) Angebot. . . . .	215
b) Voravis. . . . .	215
c) Form . . . . .	216
d) Vertretungsbefugnis . . . . .	217
e) Annahmeerklärung . . . . .	217
aa) Schlüssiges Verhalten des Begünstigten . . . . .	217
bb) Erforderliche Frist zum Widerspruch. . . . .	218
2. Valutierung – Inkrafttreten des Vertrages – Anzahlungsgarantie	219
a) Beginn der garantiemäßigen Verpflichtung der Bank . . . . .	219
b) Bilanzierung – Provisionspflicht. . . . .	220

c) Koppelung des Inkrafttretens von Garantie- und Grundvertrag .....	222
d) Weitere Besonderheiten bei der Anzahlungsgarantie .....	224
<b>II. Garantiebtrag – Währung – Höchstbetrag .....</b>	<b>225</b>
1. Betrag und Zinsen .....	225
2. Währung: Euro .....	226
3. Fremdwährung .....	227
4. Revolvierende Garantien .....	227
5. Ermaigungsklauseln .....	228
6. Befristung der Garantieverpflichtung – Bedeutung des „Verfalldatums“ .....	230
a) Zeitpunkt der Inanspruchnahme .....	230
b) Rückgabe der Urkunde .....	232
c) Extend or pay .....	232
7. Auerordentliches Kündigungsrecht der Garantiebank .....	232
a) Dauerschuldverhaltis – § 314 BGB .....	232
b) Wiederholtes Verlangen „to extend or pay“ .....	234
c) Aufgeben von Sicherheiten .....	234
d) Missbräuchliche Inanspruchnahme .....	235
e) Wirkung ex nunc .....	235
f) Beendigung des Garantievertrages – Berücksichtigung des Sicherungszwecks .....	236
8. Hinterlegungsklausel .....	237
a) Grundstruktur .....	237
b) AGB-rechtliche Beurteilung .....	238
c) Im Verhaltis zum Garantierauftraggeber .....	240
9. Erlöschen der Garantieverpflichtung – Rückgabe der Urkunde ..	240
a) Tatbestand des Erlöschens .....	240
b) Rückgabepflicht .....	240
aa) Urteil des OLG Hamburg .....	241
bb) Parallelschaltung zur Garantie auf „erstes Anfordern“ ..	242
c) Anfechtungsrecht des Begünstigten? .....	243
d) Schriftliche Entlastungserklahrung .....	243
10. Änderung des Garantievertrages .....	244
a) Automatische Verringerung des Garantie-Obligos .....	244
aa) Praktische Durchführung .....	245
bb) Unklare oder fehlende Ermaigungsklauseln .....	246
aaa) Beachtlichkeit von Indizien? .....	246
bbb) Beschränkungen aufgrund der Abstraktheit. ....	248
b) Rechtsgeschäftliche banderungen des Garantie-Obligos ..	248
c) Gerichtliche Durchsetzung .....	249
d) Sonderfall des „extend or pay“ .....	250

11. Abtretung des Garantieanspruchs.....	251
a) Wirtschaftliche Bedeutung .....	251
b) Grundsätzliche Erwägungen .....	252
aa) Die Geltendmachung des Zahlungsanspruchs als höchstpersönliches Recht? .....	252
bb) Ergebnisse der Judikatur.....	253
cc) Literaturmeinung.....	255
c) Eigene Auffassung .....	256
aa) Auseinandersetzung mit den Meinungen in der Literatur .....	256
bb) Übertragbarkeit auf eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie?.....	257
cc) Sonstige Erklärungen des Begünstigten.....	259
12. Vereinbarungen des anwendbaren Rechts – Gerichtsstandsklausel .....	259

### **III. Ordnungsgemäße Inanspruchnahme der Bankgarantie durch den Begünstigten – Nachweispflichten des Begünstigten .....**

1. Inanspruchnahme durch den Begünstigten .....	260
a) Ordnungsgemäße Stellvertretung.....	261
aa) Kollisionsrechtliche Erwägungen.....	261
bb) Gewillkürte Vertretung des Begünstigten .....	261
cc) Anscheins- und Duldungsvollmacht.....	263
dd) Vertretungsmacht bei Gesellschaften.....	263
b) Prüfpflicht der Bank .....	264
aa) Betreffend die Vertretungsbefugnis .....	264
bb) Betreffend die Echtheit der Unterschrift .....	267
c) Abweichende Aval-Bedingungen .....	267
aa) Parallele zum Dokumenten-Akkreditiv .....	267
bb) Kontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.....	268
d) Formgerechte Inanspruchnahme.....	269
aa) Fernschriftliche Inanspruchnahme .....	270
bb) Kollisionsrechtliche Fragestellung .....	271
cc) Fehlendes Formerfordernis .....	271
dd) Verwendung von Telekommunikationsmitteln.....	272
ee) Vorlage sonstiger Dokumente .....	273
ff) Sprache .....	273
2. Fristgerechte Inanspruchnahme .....	274
a) Regeltatbestand .....	274
b) Risiko des Postlaufs .....	275
c) Anwendbarkeit des § 193 BGB .....	276
d) „Verfalldatum“ als Ausschlussfrist.....	276
e) Teilweise Inanspruchnahme.....	277

aa) Praktische Erwägungen .....	277
bb) Nachträgliche Bezifferung .....	278
cc) Inanspruchnahme des Gesamtbetrages bei fehlender Bezifferung? .....	278
dd) Kein Eingreifen von § 203 BGB bei Verhandlungen ....	280
3. Bedeutung sonstiger Fristen, insbesondere von „Gnadenfristen“ .....	281
a) Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes .....	281
b) „Gnadenfrist“ – Einleitung eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens .....	282
c) Verspätete Inanspruchnahme .....	283
4. Richtiger Adressat der Inanspruchnahme .....	283
a) Grundsatz .....	283
b) Praktische Konsequenzen .....	284
aa) Weiterleitungspflicht? .....	284
bb) Schadensersatzsanktion .....	285
5. Erklärungs- und Nachweispflichten des Begünstigten .....	285
a) Tatbestand des „formellen“ Garantiefalls .....	285
aa) Bezugspunkt: Unmissverständlichkeit der Inanspruchnahme .....	285
bb) Unterscheidung zwischen dem „formellen“ und dem „materiellen“ Garantiefall .....	286
cc) Erfüllung aller in der Garantieklausel – „Tenor“ – bedingenen Erklärungen oder Nachweise .....	287
b) „Extend-or-pay“-Verlangen .....	288
c) Vorlage sonstiger Dokumente/Erklärungen .....	289
d) Besonderheiten: Zahlung auf „erstes Anfordern“ – Anzahlungsgarantie .....	290

#### **IV. Die sich auf den „formellen“ Garantiefall erstreckende**

<b>Prüfpflicht der Garantiebank .....</b>	<b>293</b>
1. Grundsatz der „strikten“ Observanz .....	294
2. Zahlung auf „erstes Anfordern“ .....	295
3. Abgabe zusätzlicher zahlungsauslösender Erklärungen .....	295
a) Keine Prüfung im Blick auf die Schlüssigkeit .....	295
b) Schriftform .....	296
c) Zusätzliche Erklärungen .....	297
aa) Wortgleichheit mit dem Inhalt des „Tenors“ .....	297
bb) Interpretationsspielräume – eigene Auslegung .....	297
4. Vorlage sonstiger Dokumente .....	299
a) Äußerliche Ordnungsgemäßheit .....	299
b) Vollständigkeit .....	300
c) Ausschluss von Widersprüchen .....	301

5. Prüfzeit .....	302
6. Benachrichtigungs- und Auszahlungspflichten .....	302
<b>V. Zahlungsverweigerung – Tatbestand des Rechtsmissbrauchs ..</b>	<b>303</b>
1. Ausgangspunkt der Judikatur .....	303
a) Missbräuchlichkeit .....	305
b) Erkennbarkeit – Beweisbarkeit .....	305
aa) Brauchbare Beweismittel .....	307
bb) Unbrauchbare Beweismittel .....	307
aaa) Aus der Sphäre des Garantiefauftraggebers .....	307
bbb) Eidesstattliche Versicherungen .....	308
ccc) Einstweilige Verfügung gegen den Begünstigten als Begründung des Rechtsmissbrauchs .....	308
c) Subjektive Elemente .....	310
2. Meinungen in der Literatur .....	310
a) Tatbestand des Missbrauchs .....	310
b) Subjektiver Tatbestand .....	312
c) Beweisbarkeit .....	313
3. Eigene Auffassung .....	314
a) Tatbestand der Missbräuchlichkeit .....	314
aa) Grundsatz .....	314
bb) Höhe der Inanspruchnahme .....	314
b) Subjektiver Tatbestand .....	315
c) „Liquide“ Beweisbarkeit .....	317
aa) Ausgangspunkt .....	317
bb) Begründung der Rechtsfigur .....	317
d) Pflicht der Garantiefbank zur Unterlassung der Auszahlung? .....	319
<b>VI. Schlussfolgerungen bei unberechtigter Inanspruchnahme – Missbrauchsfälle .....</b>	<b>320</b>
1. Benachrichtigungspflicht der Bank gegenüber dem Garantiefauftraggeber .....	321
a) Dogmatische Grundlage: Schutzpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB .....	321
b) Entfallen der Pflicht bei anderweitiger Kenntnis .....	323
c) Umgehende Benachrichtigungspflicht .....	323
2. Schadensersatzsanktion nach § 280 BGB .....	324
<b>VII. Besondere Fallkonstellationen – Gültigkeitseinwendungen ....</b>	<b>325</b>
1. Sicherungszweck der Bankgarantie – kein „formeller“ Garantiefall .....	325
2. Höhere Gewalt, etwa Streik, Embargo, Unmöglichkeit etc. ....	326

3. Verstoß gegen Devisengesetze .....	327
4. Widerspruch zum deutsch-rechtlichen ordre public .....	329
5. Vorheriger oder nachträglicher Wegfall des von der Garantie erfassten Risikos .....	331
6. Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Begünstigten .....	332
a) Ausgangspunkt: § 241 Abs. 2 BGB .....	332
b) Nachschieben von Gründen des Rechtsmissbrauchs .....	333
7. Sonderfall „extend or pay“ .....	334
a) Zahlungspflicht – Verlängerungspflicht .....	334
b) Benachrichtigungspflicht des Garantierauftraggebers .....	335
c) Prüffrist .....	336
d) Vorlage zusätzlicher Erklärungen oder Dokumente .....	336
aa) Allgemeines .....	336
bb) Besondere Hinweispflicht der Bank .....	337
e) Verlangen „extend or pay“ als Indiz für rechtsmissbräuchliche spätere Inanspruchnahme? .....	337
<b>VIII. Rückforderungsanspruch der Bank gegenüber dem Begünstigten .....</b>	<b>338</b>
1. Grundsatz .....	339
2. Mängel des Garantievertrages .....	340
3. Fehlende Voraussetzungen des Garantiefalls .....	341
a) Bezogen auf die formellen Voraussetzungen .....	341
b) Bezogen auf sonstige Teile des Valutaverhältnisses .....	342
4. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme – Auszahlung der Garantiesumme .....	342
5. Fehlende Voraussetzungen des „materiellen“ Garantiefalls – kein nachgewiesener Rechtsmissbrauch .....	344
a) Zahlung bei Vorliegen des „formellen“ Garantiefalls mit Rechtsgrund .....	345
b) Keine ausschlaggebende Berücksichtigung des Insolvenzrisikos des Garantierauftraggebers .....	346
c) Darlegungs- und Beweislast .....	347
6. Rückforderungsanspruch der Bank bei nachträglicher Erfüllung durch den Garantierauftraggeber .....	347
7. Rückforderungsprozess – Urkundenprozess .....	349
<b>IX. Berechtigte Zahlungsverweigerung – Gegenrechte der Garantiebank .....</b>	<b>349</b>
1. Bestehen „liquider“ Gegenansprüche .....	350
a) Aufrechnung .....	350
aa) Zahlungsgarantie .....	350

bb) Sonstige Garantien .....	351
cc) Fremde Ansprüche .....	351
2. Zurückbehaltungsrechte .....	352
3. Verjährung .....	352
a) Entstehen der Zahlungspflicht .....	352
b) Beginn und Dauer der Verjährung .....	353
4. Wirksamkeitseinwendungen .....	353
a) Allgemeiner Art .....	353
b) Art. VIII Abschnitt 2b des Abkommens von Bretton Woods ..	354
c) Embargo .....	354
<b>X. Vereinbarung des anwendbaren Rechts –</b>	
<b>Gerichtsstandvereinbarung .....</b>	<b>354</b>
<b>XI. Besonderheiten bei Vereinbarung der URDG 758 .....</b>	<b>354</b>
1. Inanspruchnahme der Bankgarantie – Art. 14 URDG 758 .....	354
a) Grundsatz – Art. 14 lit. a) URDG 758 .....	354
b) Electronic form – Art. 14 lit. c) UDRG 758 .....	355
c) Mindestanforderungen – Art. 14 lit. f) URDG 758 .....	355
d) Sprachzwang – Art. 14 lit. g) URDG 758 .....	356
2. Inanspruchnahme der Bankgarantie – Art. 15 URDG 758 .....	357
a) Vorlage eines die Inanspruchnahme stützenden Dokuments ..	357
b) Vorrang des Individualvertrages (§ 305b BGB) .....	357
c) Durchgreifende Bedenken gegen Art. 15 lit. c) URDG 758 ..	357
d) Rückgriff auf Ziff. 109, 110 ISDGP .....	358
e) Erneut: Vorbehalt von § 305b BGB .....	358
3. Benachrichtigungspflicht der Garantiebank –	
Art. 16 URDG 758 .....	359
4. Prüfungspflicht der Garantiebank – Art. 19 URDG 758 .....	359
a) Prüfung des „formellen“ Garantiefalls – Auslegungsangebot	
nach Ziff. 141 ISDGP? .....	359
b) Keine Auslegung – Irrtümer – Regeln der ISDGP .....	360
c) Anzugebende Daten – Art. 19 lit. b) URDG 758 .....	360
d) Unterzeichnetes Dokument – Art. 19 lit. c) URDG 758 .....	361
e) Keine Überprüfungspflicht betreffend Zahlenangaben –	
Art. 19 lit. e) URDG 758 .....	361
5. Prüfzeit – Art. 20 lit a) URDG 758 .....	362
6. Zahlungspflicht – Art. 20 lit. b) URDG 758 .....	362
7. Zahlung in der bedungenen Währung – Art. 21 lit. a)	
URDG 758 .....	362
8. Extend or pay – Art. 23 URDG 758 .....	363
a) Grundsatz .....	363
b) Keine Haftung für etwaigen Zinsausfall .....	363

c) Klauseln in Ziff. 122 ff. ISDGP .....	363
d) Wiederholtes Verlangen „to extend or pay“ .....	364
e) Keine fristgerechte Verlängerung = Zahlungspflicht der Bank .....	364
9. Missbräuchliche Inanspruchnahme .....	365
a) Keine eigenständige Regelung: Art. 22 ff. URDG 758 .....	365

## **Kapitel E** **Rechtsverhältnis:**

### **Bank – Begünstigter im Fall einer „indirekten“ Garantie** *(Graf von Westphalen)*

<b>I. Wesensmerkmale .....</b>	<b>369</b>
<b>II. Besonderheiten „indirekter“ Garantien .....</b>	<b>370</b>
1. Zustandekommen des Garantievertrages .....	370
a) Unterschiedliche Vertragsverhältnisse .....	370
aa) Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Erstbank .....	371
bb) Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen den Banken .....	371
cc) Garantievertrag zwischen Zweitbank und Begünstigtem .....	371
b) Zustandekommen des Garantievertrages .....	371
2. Rechtsverhältnis Erstbank – Zweitbank .....	372
a) Verpflichtungen der inländischen Erstbank .....	372
b) Ausführungsanzeige .....	374
3. Haftung der deutschen Erstbank für Fehlverhalten der ausländischen Zweitbank .....	375
a) Auswahlverschulden der deutschen Erstbank .....	375
aa) Verwendung von Avalbedingungen .....	376
b) Ausführungsverschulden .....	377
c) Kontrollpflichten .....	379
4. Rückgarantie: Rechtsnatur – Zustandekommen des Vertrages ..	379
a) Einige beispielhafte Formulierungen .....	380
b) Rechtsnatur der Rückgarantie .....	381
c) Verhältnis der Rückgarantie zum Aufwendungs- erstattungsanspruch .....	382
d) Umfang der zu erstattenden Aufwendungen .....	384
e) Prüfpflicht der Erstbank .....	385
f) Zustandekommen des Rückgarantie-Vertrages .....	386
5. Weitere Funktionen der ausländischen Zweitbank .....	386
a) Avisbank .....	386
b) Bestätigte Garantie .....	387
c) Indossierte Bankgarantie .....	388

6. Inanspruchnahme der Direktgarantie im Rahmen einer „indirekten“ Garantie – Rückgarantie der inländischen Erstbank .....	388
a) Inanspruchnahme der Direktgarantie der ausländischen Zweitbank .....	389
b) Mitteilungspflicht der Zweitbank .....	389
c) Weiterleitung der Mitteilungen an den Garantierauftraggeber – Berücksichtigung von Einwendungen .....	391
d) Auszahlung des Garantiebetrages .....	391
aa) „Tatbestandswirkung“ .....	391
bb) Konsequenzen .....	392
e) Verlangen „to extend or pay“ .....	393
f) Inanspruchnahme der Rückgarantie der Erstbank durch die ausländische Zweitbank .....	393
g) Prüfpflicht der inländischen Erstbank bei Inanspruchnahme der Rückgarantie durch die ausländische Zweitbank .....	394
aa) Allgemein .....	394
bb) Bei Vorlage dokumentärer Evidenzen .....	394
cc) Kein hinreichender Nachweis des Rechtsmissbrauchs ..	395
h) Besonderheiten – Inanspruchnahme durch den Begünstigten und „Verfalldatum“ .....	395
aa) Ausgangslage .....	395
bb) Besonderheiten bei Rückgarantie? .....	397
7. Zahlung – Zahlungsverweigerung .....	398
a) Zahlungspflicht .....	398
b) Originäres Zahlungsverweigerungsrecht der ausländischen Zweitbank .....	398
aa) Grundaussage .....	398
bb) Alleinige Maßgeblichkeit des für die Zweitbank anwendbaren ausländischen Rechts .....	399
cc) Keine allgemeinen Grundsätze betreffend den Rechtsmissbrauch .....	401
dd) Nachweispflicht des Garantierauftraggebers .....	402
c) „Doppelter“ Rechtsmissbrauch – Verweigerung des Aufwendungserstattungsanspruchs der Erstbank gegenüber der Zweitbank .....	402
aa) Ausgangstatbestand .....	402
bb) Kollusives Zusammenwirken .....	403
d) Zahlungsverweigerung der deutschen Erstbank bei rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Rückgarantie .....	404
e) Rückgriff auf den deutsch-rechtlichen ordre public gemäß Art. 21 Rom I-VO .....	406
aa) Gerichtsentscheide .....	406

bb) Kritische Würdigung. ....	406
cc) Auseinandersetzung mit Literaturmeinungen. ....	407
f) Zweitbank – Zurechenbarkeit des Rechtsmissbrauchs:	
Begünstigter als Staatsunternehmen. ....	409
aa) Ausgangspunkt . ....	409
bb) Kritische Würdigung. ....	409
<b>III. Einbeziehung und Auswirkungen der URDG 758</b> . ....	410
1. Einbeziehung in den Vertrag zwischen Erst- und Zweitbank . . . .	410
2. Grundsatz der Abstraktheit für die Rückgarantie . . . . .	411
3. Inanspruchnahme – Art. 15 lit. b) URDG 758 . . . . .	411
4. Haftungsfreistellung – Art. 31 URDG 758 . . . . .	412

## **Kapitel F**

### **Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes**

*(Graf von Westphalen)*

<b>I. Einstweilige Verfügung des Garantierauftraggebers</b>	
<b>gegen die Garantiebank</b> . . . . .	415
1. Statthaftigkeit einer einstweiligen Verfügung (§ 935 ZPO) –	
Verfügungsanspruch des Garantierauftraggebers . . . . .	416
a) Abweisende Urteile. ....	417
b) Gegenteilige Stimmen . . . . .	419
c) Eigene Auffassung . . . . .	420
2. „Liquide“ Beweismittel . . . . .	422
a) Gerichtsurteile . . . . .	423
b) Literaturmeinungen . . . . .	423
c) Eigene Auffassung . . . . .	424
d) Beweiswürdigung . . . . .	425
3. Verfügungsgrund. . . . .	429
a) Allgemeine Voraussetzungen . . . . .	429
b) Forderung nach „liquiden“ Beweismitteln auch für den	
Verfügungsgrund? . . . . .	430
c) Meinungsbild betreffend den Verfügungsgrund . . . . .	431
aa) Ausgangspunkt . . . . .	431
bb) Gegenläufige Urteile. ....	431
cc) Skeptische und wohlwollende Literaturmeinungen . . . .	432
d) Eigene Auffassung . . . . .	433
aa) Im Zweifel zu verneinender Verfügungsgrund im Sinn	
der §§ 935, 940 ZPO . . . . .	433
bb) Zweckmäßige Antragstellung . . . . .	435

<b>II. Einstweiliger Rechtsschutz des Garantiefürtraggebers bei einer „indirekten“ Garantie gegen die Bank</b> .....	436
1. Rechtsmissbrauch im Verhältnis Begünstigter – ausländische Zweitbank – Deliktischer Tatbestand (§ 826 BGB) .....	437
a) Deliktischer Gerichtsstand für die Zweitbank. ....	437
aa) Deliktische Anknüpfungspunkte – Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO .....	437
b) Anwendung deutschen Deliktsrechts – Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO .....	439
aa) Materiell-rechtliche Fragen .....	439
bb) Liquider Nachweis des schädigenden Verhaltens der Zweitbank .....	440
cc) „Liquider“ Nachweis des schädigenden Verhaltens der Zweitbank betreffend die Inanspruchnahme der Rückgarantie – Positive Kenntnis der Erstbank .....	441
dd) Zwischenfazit .....	442
c) Hilfsgerichtsstand des Vermögens der Zweitbank in Deutschland (§ 23 ZPO) bei Antragstellung des Garantiefürtraggebers (§§ 935, 940 ZPO) .....	442
aa) Inlandsbezug .....	443
bb) Belegenes Vermögen .....	443
cc) Vermögensrechtlicher Anspruch – Vertrag zwischen Erst- und Zweitbank als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Garantiefürtraggebers .....	444
d) Zwischenfazit .....	446
2. Rechtsmissbrauch im Verhältnis Begünstigter – ausländische Zweitbank (§ 242 BGB) .....	446
a) Nachweis fremden Rechts – zu berücksichtigender Rechtsmissbrauch .....	446
aa) Amtsermittlungspflicht des Gerichts (§ 293 ZPO) .....	446
bb) Eidesstattliche Versicherung v. „liquides“ Beweismittel? .....	448
cc) Gegeneinwand: „Liquides“ Beweismittel Teil des materiellen Rechts .....	449
b) Grundsatz: „Doppelter“ Rechtsmissbrauch .....	450
aa) Ausgangslage .....	450
bb) Bestehen einer Rückgarantie .....	452
c) Ausländisches Recht – kein Einwand des Rechtsmissbrauchs gegenüber einem „formellen“ Garantiefall .....	452
e) Begünstigter und Zweitbank als Teil des Staates – Zurechenbarkeit des Rechtsmissbrauchs? .....	453
3. Parallelität zur Direktgarantie – Vorgehen gegen die Erstbank ..	454

4. Vorgehen gegen die Erstbank – kein Nachweis eines „doppelten“ Rechtsmissbrauchs – nur „einfacher“ Rechtsmissbrauch .....	455
5. Praktischer Vorschlag .....	455
<b>III. Einstweilige Verfügung des Garantieftraggebers gegen den Begünstigten</b> .....	456
1. Gerichtsstand .....	456
a) Inländischer Gerichtsstand .....	456
b) Gerichtsstand des Vermögens – § 23 ZPO .....	457
c) Besonderer Verfügungsgrund – § 917 Abs. 2 Satz 1 ZPO .....	457
d) Vollzug der erlassenen Verfügung .....	458
e) Erlassene Verfügung als Beweis des Rechtsmissbrauchs .....	459
aa) Bei einer Direktgarantie .....	459
bb) Bei einer „indirekten“ Garantie .....	459
f) Zutreffender Antrag .....	460
<b>IV. Arrestantrag des Garantieftraggebers gegenüber dem Begünstigten</b> .....	461
1. Statthaftigkeit des Arrestes .....	461
a) Bestehen eines Schadensersatzanspruchs als Basis des Arrestanspruchs .....	462
b) Eigene Auffassung .....	464
aa) Rechtsschutzbedürfnis .....	464
bb) Vorrangigkeit der Befriedungsverfügung .....	465
cc) Arrestgrund .....	467
c) „Indirekte“ Garantien .....	467
2. Entstehen sonstiger Schadensersatzforderungen .....	468

## **Kapitel G**

### **Kollisionsrechtliche Problemstellungen**

*(Graf von Westphalen)*

<b>I. Direktgarantie – Vertragsverhältnis: Garantiebank – Begünstigter</b> .....	472
1. Berücksichtigung der Rom I-VO – Grundsätze .....	472
2. Kollisionsrechtliche Anknüpfung .....	474
a) Ausdrückliche Rechtswahl .....	474
b) Stillschweigende Rechtswahl .....	477
c) Fehlende Rechtswahl – Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO .....	477
d) Isolierte Anknüpfung vorkonsensualen Verhaltens .....	478
e) Vertragssprache/Verhandlungssprache .....	480

3. Gerichtsstandvereinbarungen gemäß Art. 25 Brüssel Ia-VO . . . .	481
a) Ausgangspunkt . . . . .	481
b) Zivil- und Handelssachen . . . . .	482
c) Beklagtengerichtsstand . . . . .	483
d) Wirksamkeitsvoraussetzungen von Gerichtsstandvereinbarungen – Art. 25 Brüssel Ia-VO . . . . .	483
aa) Willenseinigung . . . . .	483
bb) Formfragen . . . . .	484
cc) Wirksamkeitsfragen – § 307 BGB . . . . .	485
4. Kollisionsrechtliche Fragen des Bereicherungsausgleichs . . . . .	486
<b>II. Vertragsverhältnisse bei einer „indirekten“ Garantie . . . . .</b>	<b>486</b>
1. Auf die Rückgarantie anwendbares Recht . . . . .	487
2. Auf den Geschäftsbesorgungsvertrag anwendbares Recht . . . . .	488
3. Auf die ausländische Direktgarantie anwendbares Recht . . . . .	488
a) Generelle Aussage . . . . .	488
b) Bestätigende Bank . . . . .	489
c) Indossierende Bank . . . . .	489
4. Bereicherungsausgleich . . . . .	489
5. Kollisionsrechtliche Einschränkungen des Schuldstatuts . . . . .	490
a) Berücksichtigung des Devisenrechts . . . . .	491
aa) Nach dem Abkommen von Bretton Woods . . . . .	491
bb) Nach Art. 9 Rom I-VO . . . . .	492
b) Berücksichtigung des Währungsrechts . . . . .	493
c) Berücksichtigung sonstiger zwingender Eingriffsnormen . . . . .	493
aa) Bei einer Direktgarantie . . . . .	493
bb) Bei einer „indirekten“ Garantie . . . . .	495
<b>III. Besonderheiten bei Vereinbarung der URDG 758 . . . . .</b>	<b>495</b>
1. Gerichtsstandvereinbarung – Art. 25 Brüssel Ia-VO . . . . .	495
2. Freistellungspflicht nach Art. 31 URDG . . . . .	497

## **Kapitel H**

### **Die Bankgarantie im österreichischen Recht**

*(Liebel)*

<b>I. Allgemeines . . . . .</b>	<b>501</b>
1. Gesetzliche Grundlagen . . . . .	501
2. Begriff, Zweck und grundlegende Struktur . . . . .	502
a) Definition . . . . .	502
b) Dreipersonalität . . . . .	503

c) Abstraktheit der Bankgarantie.....	503
d) Die „Bargeldfunktion“ der Garantie.....	505
<b>II. Rechtsverhältnis zwischen Garantief Auftraggeber und Begünstigtem (Valutaverhältnis) .....</b>	<b>506</b>
<b>III. Rechtsverhältnis zwischen Garantief Auftraggeber und Bank (Deckungsverhältnis).....</b>	<b>508</b>
1. Pflichten bei der Eröffnung der Garantie.....	508
2. Überprüfung der materiellen und formellen Berechtigung .....	509
3. Erhebung des Rechtsmissbrauchseinwandes .....	510
4. Pflicht zur Verständigung über den Garantieabruf.....	511
5. Haftung der Bank .....	512
6. Aufwändersatzanspruch und Regress .....	513
7. Aufklärungspflichten .....	514
<b>IV. Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Begünstigten.....</b>	<b>515</b>
1. Abschluss des Garantievertrags .....	515
2. Form .....	517
a) Allgemeine: Analoge Formpflicht nach § 1346 Abs 2 ABGB .....	517
b) Bankgarantie: Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 6 BWG.....	518
3. Die Auslegung des Garantievertrags .....	520
a) Allgemeine Auslegungsregeln und deren Anwendung auf die Bankgarantie .....	520
b) Grundsatz der formellen Garantiestrengue .....	522
4. Die Abgrenzung von Bankgarantie und Bürgschaft .....	523
a) Abgrenzung .....	523
b) Dissens und Konversion .....	525
c) Mischform von Garantie und Bürgschaft: Die Bürgschaft auf erstes Anfordern .....	526
5. Abruf der Garantie .....	527
a) Aktiv- und Passivlegitimation .....	527
b) Die Pflicht zur Substantiierung.....	529
c) Erbringung von Nachweisen .....	530
d) Formpflichten.....	532
e) Rechtzeitigkeit.....	534
f) Beanstandungspflichten der Bank bei mangelhaftem Abruf?	534
aa) Grundlagen.....	534
bb) Fristerstreckung .....	535
6. Einwendungen des Garanten .....	537
a) Allgemeines .....	537

b) Einwendungen aus dem Garantieverhältnis .....	537
c) (Keine) Einwendungen aus dem Deckungs- und Valutaverhältnis .....	539
7. Abtretung der Rechte des Begünstigten .....	540
a) Zahlungsanspruch .....	540
b) Recht auf Abruf der Garantie .....	540
c) Legalzession nach Abtretung der Forderung im Valutaverhältnis? .....	542
8. Beendigung .....	542
a) Befristung und Bedingungen .....	542
b) Kündigung .....	543
c) Verjährung .....	544
<b>V. Schutz vor missbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie .</b>	<b>545</b>
1. Grundlagen .....	545
2. Der Grundtatbestand: Die zur Bankgarantie geprägten Rechtssätze .....	546
3. „Schädigungszweck“ und vertretbare Rechtsauffassung .....	547
4. Notwendigkeit der „liquiden Beweisbarkeit“ .....	548
5. Maßgeblicher Zeitpunkt .....	549
6. Rechtsfolgen .....	550
a) Recht des Garanten zur Leistungsverweigerung .....	550
b) Pflicht des Garanten zur Leistungsverweigerung .....	551
c) Unterlassungsansprüche des Auftraggebers .....	552
aa) Gegen den Begünstigten .....	552
bb) Gegen den Garanten .....	552
7. Einstweiliger Rechtsschutz .....	553
a) Grundsätzliche Zulässigkeit einstweiliger Maßnahmen .....	553
b) Sicherung des Unterlassungsanspruchs gegen den Begünstigten .....	554
c) Sicherung des Unterlassungsanspruchs gegen den Garanten .....	555
d) Einstweilige Verfügung bei befristeten Garantien .....	557
8. Rechtsprechungsübersicht .....	557
a) Der zweckwidrige Abruf .....	557
b) Spezialfall der Zweckwidrigkeit: Rechtsmissbrauch bei Deckungsrücklassgarantien .....	558
c) Abruf vor Fälligkeit .....	559
d) Abruf der Garantie durch Zessionar .....	561
<b>VI. Rückforderung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie .....</b>	<b>562</b>
1. Grundsatz: Keine Kondiktion der Bank gegen den Begünstigten	562

2. Ausnahmen: Kondition der Bank gegen den Begünstigten . . . .	564
a) Mängel im Verhältnis Garant und Begünstigter . . . . .	565
b) Einwendungen der Bank: Rechtsmissbrauch . . . . .	566
c) Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten . . . . .	567
d) Aussonderungsrecht der Bank bei Insolvenz des Garantieauftraggebers? . . . . .	568

## **Kapitel I**

### **Die Bankgarantie im schweizerischen Recht**

*(N. de Gottrau/M. de Gottrau)*

<b>I. Einleitung</b> . . . . .	573
1. Allgemeines . . . . .	573
2. Definition . . . . .	574
3. Abgrenzung zwischen Bankgarantie und Bürgschaft . . . . .	575
<b>II. Einheitliche Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien (URDG), Übereinkommen der Vereinten Nationen über unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit und „International Standard Demand Guarantee Practice for URDG“</b>	580
1. Geschichtlicher Überblick . . . . .	580
2. Inhalt . . . . .	581
3. Anwendbarkeit und Rechtsnatur . . . . .	583
4. Die „International Standard Demand Guarantee Practice for URDG“ . . . . .	584
<b>III. Hauptsächliche Erscheinungsformen der Bankgarantien</b> . . . . .	586
1. Nach der Art des Sicherungsgegenstandes . . . . .	586
a) Bietungs- oder Ausschreibungsgarantie . . . . .	586
b) Erfüllungsgarantie . . . . .	587
c) Anzahlungs- oder Rückzahlungsgarantie . . . . .	587
d) Zahlungsgarantie . . . . .	588
e) Garantie für fehlende Dokumente (namentlich Konnossemente) . . . . .	588
f) Rückgarantie oder Gegengarantie . . . . .	589
g) Weitere Erscheinungsformen der Garantien . . . . .	590
2. Nach der Art der Inanspruchnahme . . . . .	590
a) Garantien „auf einfaches (oder erstes) Anfordern“ (without statement of default) . . . . .	591
b) Garantien „auf erstes Anfordern mit Effektivklausel“ . . . . .	592
c) Dokumentäre Garantien . . . . .	594
aa) Garantien, welche gegen Vorweisung von durch Dritte erstellte Dokumente zahlbar werden . . . . .	595

bb) Garantien, welche gegen Vorlage einer Erklärung des Begünstigten zahlbar werden (with statement of default)	596
3. Nach der Rolle der Erstbank	596
a) Direkte Garantien	596
b) Indirekte Garantien	597
<b>IV. Typischer Abfassungstext und Abtretbarkeit der Garantie</b>	598
1. Typischer Abfassungstext der Garantie	598
2. Abtretbarkeit der Garantieforderung	600
<b>V. Unabhängiger Charakter der Bankgarantie</b>	601
<b>VI. Rechtsnatur der Bankgarantie</b>	605
<b>VII. Rechtsbeziehungen zwischen den Garantieparteien</b>	608
<b>VIII. Anwendbares Recht gemäß dem schweizerischen Internationalen Privatrecht</b>	609
<b>IX. Pflichten der verschiedenen Parteien einer Bankgarantie</b>	612
1. Pflichten des Auftraggebers	612
2. Pflichten der Bank	614
3. Pflichten des Begünstigten	618
<b>X. Missbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie und Mittel zum Schutz des Auftraggebers, um zu verhindern, dass der Begünstigte die Garantiezahlung erlangt</b>	619
1. Einwendung des Rechtsmissbrauchs	619
a) Definition und Behandlung der missbräuchlichen Inanspruchnahme einer Garantie in den URDG und im Übereinkommen der Vereinten Nationen über unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit	620
b) Einwendung des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB)	622
aa) Allgemeines	622
bb) Anwendbarkeit der Einwendung des Rechtsmissbrauchs bei Bankgarantien	624
2. Arrest der aus der Bankgarantie abgeleiteten Forderung	627
a) Forderung des Auftraggebers, auf Grund welcher der Arrest verlangt wird	628
b) Forderung des Begünstigten, deren Verarrestierung verlangt wird	629
c) Zulässigkeit des Arrests	630
3. Vorsorgliche Maßnahmen	632
a) Allgemeines	632

b) Zuständigkeit ratione loci und ratione materiae der Schweizer Gerichte und auf die vorsorglichen Maßnahmen anwendbares Recht .....	633
c) Voraussetzungen für die Bewilligung vorsorglicher Maßnahmen .....	634
aa) Verfügungsanspruch .....	635
bb) Verfügungsgrund (Dringlichkeit der Maßnahme, „nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil“) .....	638
cc) Verhältnismäßigkeit .....	640
d) Pflicht der Bank zur Zusammenarbeit .....	640
e) Wahl der zitierten Parteien und Art möglicher Maßnahmen ..	641
aa) Maßnahme gegen den Begünstigten .....	641
bb) Maßnahme gegen den Begünstigten, die auf die Bank als „Dritte“ abzielt .....	642
cc) Maßnahme gegen die Bank .....	644
aaa) Maßnahme gegen die Bank bei einer direkten Dreiparteiengarantie (oder bei einer einfach avisierten direkten Garantie) .....	646
bbb) Maßnahme gegen die Bestätigungs- oder Avisbank und Zahlstelle bei einer direkten Garantie .....	646
ccc) Maßnahme gegen die eröffnende Bank bei einer direkten Vierparteigarantie .....	647
ddd) Maßnahme gegen die Garantiebanc bei einer indirekten Garantie .....	648
eee) Maßnahme gegen die Rückgarantiebanc bei einer indirekten Garantie .....	649
dd) Maßnahme gegen den Begünstigten und die Bank .....	650
f) Prosequierung der vorsorglichen Maßnahmen .....	651

## **Kapitel J**

### **Bank Guarantees in the Netherlands**

*(Ensink)*

<b>I. Practice in the Netherlands .....</b>	<b>653</b>
<b>II. Qualification of the bank guarantee under Dutch law .....</b>	<b>654</b>
1. General remarks .....	654
2. Qualification as abstract bank guarantee .....	656
3. Use of URDG in the Netherlands .....	657
4. Consequences of qualification as suretyship .....	658
a) Dependent right (article 3:7 CC) .....	658
b) Surety for future obligations .....	659
c) Right of recourse .....	659

d) Necessity of waiver .....	659
e) Undue payment .....	659
5. Special provisions for suretyships entered into by and (for bank guarantees also) on behalf of consumers .....	660
6. Assignability of bank guarantees .....	661
<b>III. Performance of the bank guarantee .....</b>	<b>664</b>
1. Strict compliance .....	664
2. Exception(s) to the strict compliance rule .....	666
3. Notification obligations by the bank .....	670
<b>IV. Remedies .....</b>	<b>671</b>
1. General remarks .....	671
2. Conservatory attachment .....	672
3. Preliminary injunctive proceedings .....	674

## **Kapitel K**

### **First demand bank guarantees under French law**

*(Buchman)*

<b>1. Definition .....</b>	<b>678</b>
1.1. By case law .....	678
1.2. By statute .....	678
1.3. Neutrality of this definition .....	678
1.4. Terminology used .....	678
<b>2. Main Features .....</b>	<b>679</b>
2.1. A security .....	679
2.2. Autonomous .....	680
2.3. Automatic .....	680
<b>3. Various Kinds .....</b>	<b>681</b>
3.1. Classification based on the guarantee's purpose .....	681
3.2. Classification based on the guarantee's beneficiaries .....	681
<b>4. Counter-guarantees .....</b>	<b>682</b>
<b>5. Relevant legal sources .....</b>	<b>682</b>
5.1. Rome I Regulation .....	682
5.2. ICC's Uniform Rules for Demand Guarantees .....	682
5.3. UN Convention of 1995 on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit .....	683

<b>6. Validity</b> .....	683
6.1. Principle.....	683
6.2. Validity conditions.....	684
6.2.1. No particular form required.....	684
6.2.2. Substantive requirements.....	685
6.2.2.1. An autonomous guarantee.....	685
6.2.2.2. With a determined purpose.....	686
6.2.2.3. Having a cause.....	686
6.2.2.4. Which is licit.....	687
6.2.2.5. And for a defined duration.....	687
6.2.2.6. Specific rule for SAs (“Sociétés Anonymes”)..	688
<b>7. Regime under French law</b> .....	688
7.1. Issuance of the guarantee.....	688
7.2. Call of the guarantee.....	690
7.2.1. Validity conditions.....	690
7.2.2. Effects of the call.....	690
7.3. Exceptions to payment.....	691
7.3.1. Abusive or fraudulent calls.....	692
7.3.2. Fraudulent collusion.....	693
7.3.3. Manifest and certain.....	693
7.3.4. Procedure.....	694
<b>8. Post payment recourses</b> .....	694
8.1. Of the guarantor against the instructor.....	694
8.2. Of the instructor against the beneficiary.....	695
8.3. Of the instructor against the guarantor.....	696

## **Kapitel L**

### **Die Bankgarantie im italienischen Recht**

*(Troiano)*

<b>I. Allgemeines</b> .....	698
1. Definition.....	698
2. Anwendungsbereiche und Typologien.....	701
<b>II. Autonome Bankgarantie und zugrunde liegende Vertragsverhältnisse</b> .....	701
1. Allgemeines.....	701
2. Rechtsverhältnis zwischen Garantierauftraggeber und Begünstigtem (Valutaverhältnis).....	703
3. Rechtsverhältnis zwischen Garantierauftraggeber und Garant (Deckungsverhältnis).....	703

<b>III. Qualifikation des Garantievertrags</b> .....	704
1. Die Gültigkeit des Garantievertrags .....	704
2. Der autonome Garantievertrag als atypischer Vertrag mit Garantiefunktion .....	706
3. Die sog. Entschädigungsfunktion der Garantie .....	709
4. Die Abgrenzung zwischen Garantie und Bürgschaft .....	710
a) Autonomie der Garantie vs. Akzessorietät der Bürgschaft ...	710
b) Die Entschädigungsfunktion der Garantie. Autonome Garantie und sog. fideiussio indemnitas .....	712
<b>IV. Das Entstehen des Garantievertrags</b> .....	714
<b>V. Die Autonomie der Garantie</b> .....	715
1. Der Ausschluss der dem Hauptschuldner zustehenden Einreden	715
2. Einreden, die gegenüber dem Begünstigten geltend gemacht werden können: Die Einreden im Zusammenhang mit dem Garantievertrag und den anderen Rechtsverhältnissen zwischen Garanten und Begünstigtem .....	716
3. Die Folgen der Inanspruchnahme der Garantie .....	717
a) Der Regress des Garanten gegen den Schuldner .....	717
b) Die nur dem Schuldner und nicht dem Garanten zustehende Aktivlegitimation zur Geltendmachung der Erstattung gegenüber dem Begünstigten .....	717
aa) Allgemeines .....	717
bb) Autonome Bankgarantie und Bürgschaft auf erstes Anfordern .....	718
cc) Die Bedeutung der Klausel „auf erstes Anfordern“ .....	719
<b>VI. Der Autonomie der Garantie gesetzte Grenzen</b> .....	722
1. Allgemeines .....	722
2. Die sog. anfänglichen Grenzen: Die Geltendmachung von Einreden im Hinblick auf die Nichtigkeit des Hauptverhältnisses, die sich in Nichtigkeitsmängel des Garantievertrags verwandeln .....	723
3. Die späteren Grenzen: Die missbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie .....	725
a) Allgemeines .....	725
b) Das Recht des Garanten auf Zahlungseinstellung bei missbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie .....	726
aa) Allgemeines .....	726
bb) Klare und liquide Beweise für den Betrug .....	728
c) Das Recht des Hauptschuldners, sich der Zahlung der Garantie durch den Erlass einer – auch einstweiligen – Unterlassungsverfügung zu widersetzen .....	730

d) Die Voraussetzungen der einstweiligen Unterlassungsverfügung. ....	733
<b>VII. Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht und Aussichten auf eine einheitliche internationale Regelung . . . . .</b>	<b>735</b>
1. Anwendbares Recht nach den Normen des internationalen Privatrechts. ....	735
2. Gerichtliche Zuständigkeit . . . . .	737
3. Die von der International Chamber of Commerce aufgestellten Einheitlichen Richtlinien und das UNCITRAL-Übereinkommen über independent guarantees and stand-by letters of credit . . . . .	738

**Kapitel M**  
**First demand guarantees under Spanish law**  
*(Portellano)*

<b>I. Introduction . . . . .</b>	<b>746</b>
<b>II. The Characteristics of FDGs . . . . .</b>	<b>747</b>
1. The triangular relationships underlying all FDGs . . . . .	747
a) Underlying Contract . . . . .	747
b) Commission Contract . . . . .	747
c) Guarantee contract . . . . .	749
2. Legal nature . . . . .	753
3. Sources of the legal regime . . . . .	755
4. Classifying a guarantee as an FDG. . . . .	759
a) Use of “on first demand” or similar terms. . . . .	759
b) Unnecessary expressions. Use of the term “fianza”. . . . .	762
<b>III. Legal regime for FDGs . . . . .</b>	<b>764</b>
1. The dynamics of the petition for payment and payment . . . . .	764
a) General dynamics . . . . .	764
b) The debate over the existence of a duty to advise before payment . . . . .	765
c) Duty to advise of payment made . . . . .	767
d) Action for restitution by the guarantor against the principal debtor. . . . .	767
2. Invalidity of exceptions based on the underlying contract (except in the event of fraud) . . . . .	768
a) General rule . . . . .	768
b) Fraud . . . . .	768
c) Protections against abusive drawings. . . . .	771
3. Invalidity of exceptions based on the commission contract . . . . .	773

4. Invalidity of exceptions based on the guarantee contract . . . . .	773
a) General observation . . . . .	773
b) Term of the FDG and the problem with “extend or pay” . . . . .	776
c) Secured amount . . . . .	778
5. Guarantor’s personal exceptions against the beneficiary . . . . .	779
a) General rule . . . . .	779
b) Assignments of claims and the issue arising with set-offs . . . . .	780
<b>IV. Evaluation of FDGs in Spanish law . . . . .</b>	<b>781</b>

**Kapitel N**  
**Die Bankgarantie im tschechischen Recht**  
*(Vávra)*

<b>I. Allgemeines . . . . .</b>	<b>784</b>
<b>II. Gesetzliche Grundlagen . . . . .</b>	<b>784</b>
1. Zusammenfassende Wertung. . . . .	785
2. Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen. . . . .	786
<b>III. Begriff der Bankgarantie . . . . .</b>	<b>789</b>
1. Einseitige Begünstigung . . . . .	789
2. Schriftform. . . . .	789
3. Garantieversprechen. . . . .	789
4. Laufzeit. . . . .	790
5. Drei-Personen-Verhältnis. . . . .	790
<b>IV. Rechtsverhältnis zwischen Garantierauftraggeber und Begünstigtem (Valutaverhältnis) . . . . .</b>	<b>791</b>
<b>V. Rechtsverhältnis zwischen Garantierauftraggeber (Schuldner) und Bank (Deckungsverhältnis) . . . . .</b>	<b>791</b>
<b>VI. Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Begünstigten (Leistungsverhältnis) . . . . .</b>	<b>793</b>
<b>VII. Unterscheidung der Bankgarantietypen, Vergleich mit anderen Rechtsinstituten . . . . .</b>	<b>793</b>
1. Unterscheidung der Bankgarantietypen . . . . .	793
a) Bedingungslose Bankgarantie/bedingte Bankgarantie . . . . .	794
b) Dokumentarische Bankgarantie . . . . .	794
c) Bankgarantie ausgestellt von mehreren Ausstellern (Gegengarantie, Supergarantie) . . . . .	794
2. Vergleich mit anderen Rechtsinstituten . . . . .	795

a) Bankgarantie und Bürgschaft .....	795
b) Bankgarantie und Wertpapier .....	796
c) Bankgarantie und Anweisung .....	796
d) Bankgarantie und Schuldbetritt .....	797
e) Bankgarantie und Vertragsstrafe .....	797
<b>VIII. Risiken des Missbrauchs der Bankgarantie .....</b>	<b>797</b>
1. Risiken im Strafrecht .....	798
2. Risiken im Zivilrecht .....	799
3. Ex-ante-Schutz .....	800
a) Ex-ante-Schutz durch einstweilige Verfügung .....	800
b) Mögliche Einwände der Bank gegen die Auszahlung der Bankgarantie .....	802
c) Ex-ante-Schutz durch eine Unterlassungsklage bei evidentem Rechtsmissbrauch der Bankgarantie .....	803
4. Ex-Post-Maßnahmen der Bank gegen den Garantieauftraggeber (Schuldner), Einwände des Schuldners .....	804
<b>IX. Bankgarantieregelung in cz-BGB und URDG 758 .....</b>	<b>805</b>

## Anhang

Anhang 1: Bedingungen für das Avalgeschäft .....	808
Anhang 2: Bietungsgarantie .....	810
Anhang 2a: Bietungsgarantie (engl.) .....	811
Anhang 3: Anzahlungsgarantie .....	812
Anhang 3a: Anzahlungsgarantie (engl.) .....	313
Anhang 4: Liefergarantie .....	814
Anhang 4a: Liefergarantie (engl.) .....	815
Anhang 5: Vertragserfüllungsgarantie .....	816
Anhang 5a: Vertragserfüllungsgarantie (engl.) .....	817
Anhang 6: Gewährleistungsgarantie .....	818
Anhang 6a: Gewährleistungsgarantie (engl.) .....	819
Anhang 7: Konnossementsgarantie .....	820
Anhang 7a: Konnossementsgarantie (engl.) .....	821
Anhang 8: Modello di contratto di garanzia bancaria autonoma .....	822

## **Literaturverzeichnis**

Literaturverzeichnis Deutschland . . . . .	825
Literaturverzeichnis Österreich . . . . .	832
Literaturverzeichnis Schweiz . . . . .	837
Literaturverzeichnis Niederlande . . . . .	843
Literaturverzeichnis Frankreich . . . . .	844
Literaturverzeichnis Italien . . . . .	846
Literaturverzeichnis Spanien . . . . .	851
Literaturverzeichnis Tschechien . . . . .	854

## **Sachregister**

Sachregister Deutschland . . . . .	857
Sachregister Österreich . . . . .	862
Sachregister Schweiz . . . . .	864
Sachregister Niederlande . . . . .	867
Sachregister Frankreich . . . . .	868
Sachregister Italien . . . . .	869
Sachregister Spanien . . . . .	873
Sachregister Tschechien . . . . .	874