

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Bearbeiterverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XLII

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

I. Funktionen der Bankgarantie	2
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
II. Erscheinungsformen der Bankgarantie	15
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
III. Typische Ausgestaltung einer Bankgarantie	27
1. Präambel	28
a) Bezugnahme auf Grundvertrag	28
b) Erforderliche Trennung	29

IX

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
IV. Rules for Demand Guarantees – URDG 758	38
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)

I. Garantievertrag	51
1. Selbstständiger Garantievertrag	53

a) Typus	53
b) Keine Akzessorietät	54
c) Abstraktheit	54
2. Garantievertrag – Bankgarantie auf „erstes Anfordern“	55
II. Bankgarantie – Akzessorische Bürgschaft	57
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) Vorklage	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
III. Sonderfigur der auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bürgschaft	71
1. Auslegungsmerkmale	75
a) Erkennbarer Wille	75
b) Inhalt der Urkunde	76
aa) Wortlaut – „bürden“ – „verbürden“ – „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
IV. Wirksamkeit der Bankgarantie auf „erstes Anfordern“ –	
§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB	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
V. Zwischenergebnis	107
VI. Verwandte Erscheinungsformen	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
VII. Besonderheiten der URDG 758	132
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)

I. Pflichten der Bank	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: Erfüllungsgehilfschaft 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 – Aufwendungserstattungsanspruch – Rückgarantie	161
a) Gegenüber dem Aufwendungserstattungsanspruch 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
II. Pflichten des Garantierauftraggebers	174
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
III. Rechtsbeziehung zwischen Garantierauftraggeber und Begünstigtem	195
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

IV. Nichterfüllung des Garantieforderungsberechtigten – § 139 BGB	201
V. Rückforderungsansprüche zwischen Garantieforderungsberechtigter – Garantiebank?	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
VI. Geltung der URDG 758	206
1. Rechtsnatur und Einbeziehung – Art. 1 lit. a) URDG 758	206
2. Mindestanforderung für die Weisungen des Garantieforderungsberechtigten – 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 Garantieforderungsberechtigten – Art. 31 URDG 758 – Art. 9 Rom I-VO	208

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

I. Abschluss des Bankgarantievertrages	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
II. Garantiebtrag – Währung – Höchstbetrag	225
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“ – bedungenen 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

Prüfpflicht der Garantiebank	293
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
V. Zahlungsverweigerung – Tatbestand des Rechtsmissbrauchs ..	303
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
VI. Schlussfolgerungen bei unberechtigter Inanspruchnahme – Missbrauchsfälle	320
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
VII. Besondere Fallkonstellationen – Gültigkeitseinwendungen	325
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
VIII. Rückforderungsanspruch der Bank gegenüber dem Begünstigten	338
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
IX. Berechtigte Zahlungsverweigerung – Gegenrechte der Garantiebank	349
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
X. Vereinbarung des anwendbaren Rechts –	
Gerichtsstandvereinbarung	354
XI. Besonderheiten bei Vereinbarung der URDG 758	354
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)*

I. Wesensmerkmale	369
II. Besonderheiten „indirekter“ Garantien	370
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) Ausgangsbestand	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
III. Einbeziehung und Auswirkungen der URDG 758	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)

I. Einstweilige Verfügung des Garantierauftraggebers	
gegen die Garantiebank	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

II. Einstweiliger Rechtsschutz des Garantiefürtraggebers bei einer „indirekten“ Garantie gegen die Bank	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
III. Einstweilige Verfügung des Garantieftraggebers gegen den Begünstigten	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
IV. Arrestantrag des Garantieftraggebers gegenüber dem Begünstigten	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)

I. Direktgarantie – Vertragsverhältnis: Garantiebank – Begünstigter	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
II. Vertragsverhältnisse bei einer „indirekten“ Garantie	486
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
III. Besonderheiten bei Vereinbarung der URDG 758	495
1. Gerichtsstandvereinbarung – Art. 25 Brüssel Ia-VO	495
2. Freistellungspflicht nach Art. 31 URDG	497

Kapitel H

Die Bankgarantie im österreichischen Recht

(Liebel)

I. Allgemeines	501
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
II. Rechtsverhältnis zwischen Garantief Auftraggeber und Begünstigtem (Valutaverhältnis)	506
III. Rechtsverhältnis zwischen Garantief Auftraggeber und Bank (Deckungsverhältnis).....	508
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
IV. Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Begünstigten.....	515
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
V. Schutz vor missbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie .	545
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
VI. Rückforderung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie	562
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)

I. Einleitung	573
1. Allgemeines	573
2. Definition	574
3. Abgrenzung zwischen Bankgarantie und Bürgschaft	575
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“	580
1. Geschichtlicher Überblick	580
2. Inhalt	581
3. Anwendbarkeit und Rechtsnatur	583
4. Die „International Standard Demand Guarantee Practice for URDG“	584
III. Hauptsächliche Erscheinungsformen der Bankgarantien	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
IV. Typischer Abfassungstext und Abtretbarkeit der Garantie	598
1. Typischer Abfassungstext der Garantie	598
2. Abtretbarkeit der Garantieforderung	600
V. Unabhängiger Charakter der Bankgarantie	601
VI. Rechtsnatur der Bankgarantie	605
VII. Rechtsbeziehungen zwischen den Garantieparteien	608
VIII. Anwendbares Recht gemäß dem schweizerischen Internationalen Privatrecht	609
IX. Pflichten der verschiedenen Parteien einer Bankgarantie	612
1. Pflichten des Auftraggebers	612
2. Pflichten der Bank	614
3. Pflichten des Begünstigten	618
X. Missbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie und Mittel zum Schutz des Auftraggebers, um zu verhindern, dass der Begünstigte die Garantiezahlung erlangt	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 Garantiebank bei einer indirekten Garantie	648
eee) Maßnahme gegen die Rückgarantiebank 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)

I. Practice in the Netherlands	653
II. Qualification of the bank guarantee under Dutch law	654
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
III. Performance of the bank guarantee	664
1. Strict compliance	664
2. Exception(s) to the strict compliance rule	666
3. Notification obligations by the bank	670
IV. Remedies	671
1. General remarks	671
2. Conservatory attachment	672
3. Preliminary injunctive proceedings	674

Kapitel K

First demand bank guarantees under French law

(Buchman)

1. Definition	678
1.1. By case law	678
1.2. By statute	678
1.3. Neutrality of this definition	678
1.4. Terminology used	678
2. Main Features	679
2.1. A security	679
2.2. Autonomous	680
2.3. Automatic	680
3. Various Kinds	681
3.1. Classification based on the guarantee's purpose	681
3.2. Classification based on the guarantee's beneficiaries	681
4. Counter-guarantees	682
5. Relevant legal sources	682
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

6. Validity	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
7. Regime under French law	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
8. Post payment recourses	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)

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

III. Qualifikation des Garantievertrags	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
IV. Das Entstehen des Garantievertrags	714
V. Die Autonomie der Garantie	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
VI. Der Autonomie der Garantie gesetzte Grenzen	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
VII. Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht und Aussichten auf eine einheitliche internationale Regelung	735
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)

I. Introduction	746
II. The Characteristics of FDGs	747
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
III. Legal regime for FDGs	764
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
IV. Evaluation of FDGs in Spanish law	781

Kapitel N
Die Bankgarantie im tschechischen Recht
(Vávra)

I. Allgemeines	784
II. Gesetzliche Grundlagen	784
1. Zusammenfassende Wertung.	785
2. Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen.	786
III. Begriff der Bankgarantie	789
1. Einseitige Begünstigung	789
2. Schriftform.	789
3. Garantieversprechen.	789
4. Laufzeit.	790
5. Drei-Personen-Verhältnis.	790
IV. Rechtsverhältnis zwischen Garantierauftraggeber und Begünstigtem (Valutaverhältnis)	791
V. Rechtsverhältnis zwischen Garantierauftraggeber (Schuldner) und Bank (Deckungsverhältnis)	791
VI. Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Begünstigten (Leistungsverhältnis)	793
VII. Unterscheidung der Bankgarantietypen, Vergleich mit anderen Rechtsinstituten	793
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 Schuldbeitritt	797
e) Bankgarantie und Vertragsstrafe	797
VIII. Risiken des Missbrauchs der Bankgarantie	797
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
IX. Bankgarantieregelung in cz-BGB und URDG 758	805

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