

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Bearbeiterverzeichnis .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXIX

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

I. Funktionen der Bankgarantie .....	1
1. Allgemeines .....	1
2. Aus der Perspektive des Begünstigten .....	4
3. Aus der Perspektive des Garantieauftraggebers .....	5
4. Aus der Perspektive der Garantiebank .....	6
5. Risikobewertung .....	8
a) Sphäre des Begünstigten .....	8
b) Sphäre des Garantieauftraggebers .....	9
c) Sphäre der Garantiebank .....	11
II. Erscheinungsformen der Bankgarantie .....	12
1. Bietungsgarantie .....	13
2. Anzahlungsgarantie .....	14
3. Erfüllungsgarantie .....	15
a) Liefer- und Leistungsgarantie .....	16
b) Erfüllungsgarantie .....	17
c) Gewährleistungsgarantie .....	17
4. Direkte – indirekte Garantien .....	18
5. Sonstige Garantieformen .....	19
a) Zahlungsgarantie .....	19
b) Konnossementgarantie .....	20
c) Rückgarantie .....	21
d) Bestätigte Garantie .....	22
e) Indossierte Garantie .....	23
III. Typische Ausgestaltung einer Bankgarantie .....	23
1. Präambel .....	24
a) Bezugnahme auf Grundvertrag .....	24
b) Erforderliche Trennung .....	25

IX

## Inhaltsverzeichnis

c) Vorteil der Präambel .....	26
2. Garantieklausel .....	27
3. Betrag – Währung .....	28
a) Höchstbetrag .....	28
b) Zinsen – Kosten .....	28
c) Währung .....	29
d) Ermäßigungsklauseln .....	29
4. „Verfalldatum“ .....	31
a) Erlöschen .....	31
b) Rückgabe der Garantiekunde .....	32
5. Sonstige Bestimmungen .....	32
a) Inkrafttreten .....	32
b) Rechtswahlklauseln .....	33
c) Gerichtsstandsvereinbarungen .....	33
d) Abtretungsklauseln .....	33
e) Kündigungs- und Hinterlegungsklauseln .....	34

## Kapitel B.

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

I. Garantievertrag .....	35
1. Selbstständiger Garantievertrag .....	36
a) Typus .....	36
b) Keine Akzessorietät .....	37
c) Abstraktheit .....	37
2. Garantievertrag – Bankgarantie auf „erstes Anfordern“ .....	38
II. Bankgarantie – Akzessorische Bürgschaft .....	40
1. Allgemeine Abgrenzungskriterien .....	40
2. Abstraktheit – Akzessorietät .....	41
a) Sicherungszweck als „kausales“ Geschäft .....	41
b) Abstraktheit .....	44
c) Eigene Auffassung .....	45
aa) Einrede- und Einwendungsausschluss .....	46
bb) Als kausales Sicherungsgeschäft? .....	47
3. Nichtanwendung der Bürgschaftsbestimmungen der §§ 765 ff. BGB für eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie .....	48
a) Grundsatz .....	48
b) Bürgschaftsrechtliche Schutzbestimmungen .....	49

aa) Schriftform .....	49
bb) Vorausklage .....	49
cc) Unmöglichkeit – Unvermögen .....	49
c) Anwendbarkeit von § 774 BGB? .....	50
d) Analoge Anwendung von § 775 BGB .....	53
e) Analoge Anwendung von § 776 BGB .....	54
<b>III. Sonderfigur der auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bürgschaft .....</b>	<b>55</b>
1. Auslegungsmerkmale .....	57
a) Erkennbarer Wille .....	58
b) Inhalt der Urkunde .....	58
aa) Wortlaut – „bürgen“ – „verbürgen“ – „garantieren“ .....	58
bb) Zahlung auf „erstes Anfordern“ .....	60
cc) Weiterer Wortlaut – „Verzicht auf Einreden und Einwendungen“ .....	61
c) Kriterien außerhalb der Urkunde .....	61
aa) Voraussetzungen ihrer Berücksichtigung .....	61
bb) Weitergehende Erwägungen – das zugrunde liegende Sicherungsversprechen .....	62
cc) Weitergehende Erwägungen – der unstreitige Sachverhalt .....	63
dd) Verbleibende Auslegungszweifel .....	64
d) Vorformulierte Klausel .....	64
2. Unwirksamkeitskriterien einer Bürgschaft auf „erstes Anfordern“ .....	65
a) Formelle Voraussetzungen .....	66
aa) Begünstigter als AGB-Verwender .....	66
bb) Bank als AGB-Verwenderin .....	67
cc) Vielzahl .....	69
b) Inhaltliche Voraussetzungen einer Individualabrede .....	70
aa) Allgemein .....	70
bb) Berücksichtigung des Grundvertrags zwischen Garantieauftraggeber und Begünstigtem .....	72
cc) Individualabrede trotz fehlender Abänderungsbereitschaft? .....	73
c) Besondere Aufklärungspflichten .....	74
d) Kriterien der Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB .....	75
e) Konsequenzen der Unwirksamkeit .....	76
f) Zwischenergebnis .....	77
<b>IV. Unwirksame Bürgschaft auf „erstes Anfordern“ – wirksame Bankgarantie .....</b>	<b>78</b>

## Inhaltsverzeichnis

1. Erfordernis einer einheitlichen Qualifikation .....	79
2. Unterschiedliche Rechtsordnungen als Kontrast .....	79
3. Maßgebende Grundnorm: § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB .....	80
4. Grenzen der Wirksamkeit einer Garantie auf „erstes Anfordern“ .....	83
<b>V. Zwischenergebnis .....</b>	<b>84</b>
<b>VI. Verwandte Erscheinungsformen .....</b>	<b>88</b>
1. Äquivalente Formulierungen .....	88
2. Unschädliche Formulierungen .....	89
3. Verzicht auf Einreden und Einwendungen .....	90
4. Einordnung von „Effektivklauseln“ .....	91
a) Inhalt von „Effektivklauseln“ .....	92
b) Beispiele für „Effektivklauseln“ .....	92
c) Rechtsprechungsergebnisse .....	92
d) Eigene Auffassung .....	94
aa) Allgemeine Auslegungsregeln .....	94
bb) Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse des in Bezug genommenen Grundvertrages .....	95
cc) Vorliegen eines Dissenses? .....	96
dd) Inanspruchnahme .....	98
ee) Nachweispflicht .....	99
ff) Nachschieben von Begründungen .....	100
gg) Keine späteren Nachweispflichten betreffend den Rückforderungsprozess .....	101
e) Zwischenergebnis .....	102
5. Sonstige Erklärungen oder Urkunden des Begünstigten als Voraussetzung des „formellen“ Garantiefalls .....	104
a) Schriftliche Erklärungen/Bestätigungen des Begünstigten ..	104
b) Vorlage zusätzlicher Dokumente .....	105
c) Nachweis des Garantiefalls – Vorlage von Urteilen/ Schiedsurteilen .....	106

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

<b>I. Abschluss des Bankgarantievertrages .....</b>	<b>108</b>
1. Zustandekommen des Vertrages .....	108
a) Angebot .....	108
b) Voravis .....	109

c) Form .....	110
d) Vertretungsbefugnis .....	111
e) Annahmeerklärung .....	111
aa) Schlüssiges Verhalten des Begünstigten .....	111
bb) Erforderliche Frist zum Widerspruch.....	112
2. Valutierung – Inkrafttreten des Vertrages – Anzahlungsgarantie	113
a) Beginn der garantiemäßigen Verpflichtung der Bank .....	113
b) Bilanzierung – Provisionspflicht.....	114
c) Koppelung des Inkrafttretens von Garantie- und Grundvertrag .....	115
d) Weitere Besonderheiten bei der Anzahlungsgarantie .....	118
<b>II. Garantiebetrag – Währung – Höchstbetrag .....</b>	<b>119</b>
1. Betrag und Zinsen .....	119
2. Währung: Euro .....	121
3. Fremdwährung.....	121
4. Revolvierende Garantien .....	122
5. Ermäßigungsklauseln .....	122
6. Befristung der Garantieverpflichtung – Bedeutung des „Verfalldatums“ .....	124
a) Zeitpunkt der Inanspruchnahme .....	124
b) Rückgabe der Urkunde.....	126
c) extend or pay .....	126
7. Außerordentliches Kündigungsrecht der Garantiebank .....	127
a) Dauerschuldverhältnis – § 314 BGB .....	127
b) Wiederholtes Verlangen „to extend or pay“ .....	128
c) Aufgeben von Sicherheiten .....	128
d) Missbräuchliche Inanspruchnahme .....	129
e) Wirkung ex nunc .....	129
f) Beendigung des Garantievertrages – Berücksichtigung des Sicherungszwecks .....	130
8. Hinterlegungsklausel .....	132
a) Grundstruktur .....	132
b) AGB-rechtliche Beurteilung .....	133
c) Im Verhältnis zum Garantieauftraggeber.....	134
9. Erlöschen der Garantieverpflichtung – Rückgabe der Urkunde ..	135
a) Tatbestand des Erlöschens .....	135
b) Rückgabepflicht .....	135
aa) Urteil des OLG Hamburg .....	136
bb) Parallelschaltung zur Garantie auf „erstes Anfordern“ ..	137
c) Anfechtungsrecht des Begünstigten?.....	138
d) Schriftliche Entlastungserklärung .....	139
10. Änderung des Garantievertrages.....	139

## Inhaltsverzeichnis

a) Automatische Verringerung des Garantie-Obligos .....	139
aa) Praktische Durchführung .....	140
bb) Unklare oder fehlende Ermäßigungsklauseln .....	141
aaa) Beachtlichkeit von Indizien? .....	141
bbb) Beschränkungen aufgrund der Abstraktheit .....	143
b) Rechtsgeschäftliche Abänderungen des Garantie-Obligos ..	144
c) Gerichtliche Durchsetzung .....	144
d) Sonderfall des „extend or pay“ .....	146
11. Abtretung des Garantieanspruchs .....	146
a) Wirtschaftliche Bedeutung .....	146
b) Grundsätzliche Erwägungen .....	147
aa) Die Geltendmachung des Zahlungsanspruchs als höchstpersönliches Recht? .....	148
bb) Ergebnisse der Judikatur .....	148
cc) Literaturmeinung .....	150
c) Eigene Auffassung .....	151
aa) Übertragbarkeit auf eine auf „erstes Anfordern“ zahlig gestellte Bankgarantie? .....	152
bb) Sonstige Erklärungen des Begünstigten .....	154
12. Vereinbarungen des anwendbaren Rechts – Gerichtsstandsklausel .....	155
<b>III. Ordnungsgemäße Inanspruchnahme der Bankgarantie durch     den Begünstigten – Nachweispflichten des Begünstigten .....</b>	<b>155</b>
1. Inanspruchnahme durch den Begünstigten .....	155
a) Ordnungsgemäße Stellvertretung .....	156
aa) Kollisionsrechtliche Erwägungen .....	156
bb) Vertretung des Begünstigten als natürliche Person .....	156
cc) Vertretungsmacht bei Gesellschaften .....	157
b) Prüfpflicht der Bank .....	159
aa) Betreffend die Vertretungsbefugnis .....	159
bb) Betreffend die Echtheit der Unterschrift .....	160
c) Abweichende Aval-Bedingungen .....	161
aa) Parallele zum Dokumenten-Akkreditiv .....	161
bb) Kontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	162
d) Formgerechte Inanspruchnahme .....	163
aa) Fernschriftliche Inanspruchnahme .....	164
bb) Kollisionsrechtliche Fragestellung .....	165
cc) Fehlendes Formerfordernis .....	165
dd) Verwendung von Telekommunikationsmitteln .....	166
ee) Vorlage sonstiger Dokumente .....	167
ff) Sprache .....	167
2. Fristgerechte Inanspruchnahme .....	168

a) Regeltatbestand .....	168
b) Risiko des Postlaufs .....	169
c) Anwendbarkeit des § 193 BGB .....	170
d) „Verfalldatum“ als Ausschlussfrist .....	171
e) Teilweise Inanspruchnahme .....	172
aa) Praktische Erwägungen .....	172
bb) Nachträgliche Bezifferung .....	172
cc) Inanspruchnahme des Gesamtbetrages bei fehlender Bezifferung? .....	173
dd) Kein Eingreifen von § 203 BGB bei Verhandlungen .....	174
3. Bedeutung sonstiger Fristen, insbesondere von „Gnadenfristen“ .....	175
a) Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes .....	176
b) „Gnadenfrist“ – Einleitung eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens .....	176
c) Verspätete Inanspruchnahme .....	178
4. Richtiger Adressat der Inanspruchnahme .....	178
a) Grundsatz .....	178
b) Praktische Konsequenzen .....	179
aa) Weiterleitungspflicht? .....	179
bb) Schadensersatzsanktion .....	180
5. Erklärungs- und Nachweispflichten des Begünstigten .....	181
a) Tatbestand des „formellen“ Garantiefalls .....	181
aa) Bezugspunkt: Unmissverständlichkeit der Inanspruchnahme .....	181
bb) Unterscheidung zwischen dem „formellen“ und dem „materiellen“ Garantiefall .....	181
cc) Erfüllung aller in der Garantieklausel – „Tenor“ – bedingten Erklärungen oder Nachweise .....	182
b) „extend-or-pay“-Verlangen .....	183
c) Vorlage sonstiger Dokumente/Erklärungen .....	184
d) Besonderheiten: Zahlung auf „erstes Anfordern“ – Anzahlungsgarantie .....	186
<b>IV. Die sich auf den „formellen“ Garantiefall erstreckende Prüfpflicht der Garantiebank .....</b>	<b>189</b>
1. Grundsatz der „strikten“ Observanz .....	189
2. Zahlung auf „erstes Anfordern“ .....	190
3. Abgabe zahlungsauslösender Erklärungen .....	191
a) Schriftform .....	191
b) Zusätzliche Erklärungen .....	191
aa) Wortgleichheit mit dem Inhalt des „Tenors“ .....	191
bb) Interpretationsspielräume .....	192
4. Vorlage sonstiger Dokumente .....	194

## Inhaltsverzeichnis

a) Äußerliche Ordnungsgemäßheit .....	194
b) Vollständigkeit .....	195
c) Ausschluss von Widersprüchen .....	196
5. Prüfzeit .....	197
a) Internationale Regelwerke .....	197
b) Benachrichtigungspflichten .....	198
6. Auszahlungspflicht .....	198
<b>V. Zahlungsverweigerung – Tatbestand des Rechtsmissbrauchs ..</b>	<b>199</b>
1. Ausgangspunkt der Judikatur .....	199
a) Missbräuchlichkeit .....	200
b) Erkennbarkeit – Beweisbarkeit .....	200
aa) Brauchbare Beweismittel .....	202
bb) Unbrauchbare Beweismittel .....	203
aaa) Aus der Sphäre des Garantieauftraggebers .....	203
bbb) Eidesstattliche Versicherungen .....	203
ccc) Einstweilige Verfügung gegen den Begünstigten als Begründung des Rechtsmissbrauchs .....	204
c) Subjektive Elemente .....	205
2. Meinungen in der Literatur .....	206
a) Tatbestand des Missbrauchs .....	206
b) Subjektiver Tatbestand .....	207
c) Beweisbarkeit .....	208
3. Eigene Auffassung .....	209
a) Tatbestand der Missbräuchlichkeit .....	209
aa) Grundsatz .....	209
bb) Höhe der Inanspruchnahme .....	210
b) Subjektiver Tatbestand .....	211
c) „Liquide“ Beweisbarkeit .....	212
aa) Ausgangspunkt .....	212
bb) Begründung .....	213
4. Missbrauchsfälle bei einer Bürgschaft auf „erstes Anfordern“ ..	214
a) Ergebnisse in Rechtsprechung und Literatur .....	215
b) Eigene Auffassung .....	217
5. Schlussfolgerungen bei unberechtigter Inanspruchnahme – Missbrauchsfälle .....	217
a) Benachrichtigungspflicht der Bank .....	218
aa) Dogmatische Grundlage: Schutzpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB .....	218
bb) Entfallen der Pflicht bei anderweitiger Kenntnis .....	219
cc) Umgehende Benachrichtigungspflicht .....	220
dd) Schadensersatzsanktion nach § 280 BGB .....	220
b) Einzelne Fälle .....	221

aa) Sicherungszweck der Bankgarantie – „formeller“ Garantiefall .....	221
bb) Fälle höherer Gewalt, etwa Streik, Embargo, Unmöglichkeit etc. als „formeller“ Garantiefall .....	222
cc) Verstoß gegen Devisenregelungen .....	224
dd) Widerspruch zum deutsch-rechtlichen <i>ordre public</i> .....	225
ee) Vorheriger oder nachträglicher Wegfall des von der Garantie erfassten Risikos .....	227
c) Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Begünstigten .....	228
d) Nachschieben von Gründen des Rechtsmissbrauchs .....	229
e) Zahlungsverweigerung oder nur Verzicht auf Aufwendungserstattung? .....	230
6. Sonderfall „extend or pay“ .....	232
a) Zahlungspflicht – Verlängerungspflicht .....	232
b) Benachrichtigungspflicht des Garantieauftraggebers .....	233
c) Prüffrist .....	234
d) Vorlage zusätzlicher Erklärungen oder Dokumente .....	234
aa) Allgemeines .....	234
bb) Besondere Hinweispflicht der Bank .....	235
e) Verlangen „extend or pay“ als Indiz für rechtsmissbräuchliche spätere Inanspruchnahme? .....	235
f) Besonderheiten bei Vereinbarung der URDG 758 .....	237
<b>VII. Rückforderungsanspruch der Bank gegenüber dem Begünstigten .....</b>	<b>238</b>
1. Grundsatz .....	238
2. Mängel des Garantievertrages .....	239
3. Fehlende Voraussetzungen des Garantiefalls .....	240
a) Bezogen auf die formellen Voraussetzungen .....	240
b) Bezogen auf sonstige Teile des Valutaverhältnisses .....	240
4. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme – Auszahlung .....	241
5. Fehlende Voraussetzungen des „materiellen“ Garantiefalls – kein nachgewiesener Rechtsmissbrauch .....	243
a) Unterschiedliche Auffassungen und ihre Begründung .....	243
b) Eigener Standpunkt .....	245
6. Rückforderungsanspruch der Bank bei nachträglicher Erfüllung durch den Garantieauftraggeber .....	249
<b>VIII. Rückforderungsanspruch Bürgschaft auf „erstes Anfordern“ .....</b>	<b>250</b>
1. Ausgangspunkt .....	250
a) Ansicht des BGH .....	250
b) Ansichten in der Literatur .....	253
c) Eigene Auffassung .....	253

## Inhaltsverzeichnis

2. Rückforderungsprozess – Urkundenprozess .....	255
a) Bankgarantie auf „erstes Anfordern“ .....	255
b) Bürgschaft auf „erstes Anfordern“ .....	256
<b>VIII. Berechtigte Zahlungsverweigerung – Gegenrechte der Garantiebank.</b> .....	<b>257</b>
1. Bestehen „liquider“ Gegenansprüche .....	257
a) Aufrechnung .....	257
aa) Zahlungsgarantie .....	257
bb) Sonstige Garantien .....	258
cc) Fremde Ansprüche .....	259
2. Zurückbehaltungsrechte .....	259
3. Verjährung .....	260
a) Entstehen der Zahlungspflicht .....	260
b) Beginn und Dauer der Verjährung .....	261
4. Wirksamkeitseinwendungen .....	261
a) Allgemeiner Art .....	261
b) Art. VIII Abschnitt 2b des Abkommens von Bretton Woods ..	262
c) Embargo .....	262
<b>IX. Vereinbarung des anwendbaren Rechts – Gerichtsstandsvereinbarung</b> .....	<b>262</b>

## Kapitel D. Rechtsverhältnis: Bank-Begünstigter im Fall einer „indirekten“ Garantie (*Graf von Westphalen*)

<b>I. Besonderheiten bei „indirekten“ Garantien .....</b>	<b>264</b>
1. Zustandekommen des Garantievertrages .....	264
a) Unterschiedliche Vertragsverhältnisse .....	264
aa) Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Erstbank .....	264
bb) Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen den Banken .....	265
cc) Garantievertrag zwischen Zweitbank und Begünstigtem .....	265
b) Zustandekommen des Garantievertrages .....	265
2. Rechtsverhältnis Erstbank – Zweitbank .....	266
a) Verpflichtungen der inländischen Erstbank .....	266
b) Ausführungsanzeige .....	268
3. Haftung der deutschen Erstbank für Fehlverhalten der ausländischen Zweitbank .....	269
a) Auswahlverschulden der deutschen Erstbank .....	269
aa) Verwendung von Avalbedingungen .....	270

b)	Ausführungsverschulden .....	271
c)	Kontrollpflichten .....	273
4.	Rückgarantie: Rechtsnatur – Zustandekommen des Vertrages ..	273
a)	Einige beispielhafte Formulierungen .....	274
b)	Rechtsnatur der Rückgarantie .....	275
c)	Verhältnis der Rückgarantie zum Aufwendungserstattungsanspruch .....	276
d)	Umfang der zu erstattenden Aufwendungen .....	278
e)	Zustandekommen des Rückgarantie-Vertrages .....	279
5.	Weitere Funktionen der ausländischen Zweitbank.....	280
a)	Avisbank .....	280
b)	Bestätigte Garantie .....	281
c)	Indossierte Bankgarantie .....	282
6.	Inanspruchnahme der Direktgarantie im Rahmen einer „indirekten“ Garantie – Rückgarantie der inländischen Erstbank	282
a)	Inanspruchnahme der ausländischen Zweitbank aufgrund der Direktgarantie.....	283
b)	Mitteilungspflicht der Zweitbank .....	283
c)	Weiterleitung der Mitteilungen an den Garantieauftraggeber – Berücksichtigung von Einwendungen .....	284
d)	Auszahlung des Garantiebetrages.....	285
aa)	„Tatbestandswirkung“ .....	285
bb)	Konsequenzen .....	286
e)	Verlangen „to extend or pay“ .....	287
f)	Inanspruchnahme der Rückgarantie der Erstbank durch die ausländische Zweitbank .....	287
g)	Prüfpflicht der inländischen Erstbank bei Inanspruchnahme der Rückgarantie durch die ausländische Zweitbank .....	288
aa)	Allgemein .....	288
bb)	Bei Vorlage dokumentärer Evidenzen .....	289
cc)	Kein hinreichender Nachweis des Rechtsmissbrauchs ..	289
h)	Besonderheiten – Inanspruchnahme durch den Begünstigten und Verfalldatum .....	290
aa)	Ausgangslage .....	290
bb)	Besonderheiten bei Rückgarantie? .....	291
7.	Zahlung – Zahlungsverweigerung .....	292
a)	Zahlungspflicht .....	292
b)	Originäres Zahlungsverweigerungsrecht der ausländischen Zweitbank .....	293
aa)	Grundaussage .....	293
bb)	Alleinige Maßgeblichkeit des ausländischen Rechts .....	294
cc)	Keine allgemeinen Grundsätze betreffend den Rechtsmissbrauch .....	296

## Inhaltsverzeichnis

dd) Nachweispflicht des Garantieauftraggebers .....	296
c) „Doppelter“ Rechtsmissbrauch – Verweigerung des Aufwendungserstattungsanspruchs der Erstbank gegenüber der Zweitbank .....	297
aa) Ausgangstatbestand .....	297
bb) Kollusives Zusammenwirken .....	297
d) Zahlungsverweigerung der deutschen Erstbank bei rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Rückgarantie .....	298
e) Rückgriff auf den deutsch-rechtlichen ordre public gemäß Art. 21 Rom-I-VO .....	300
aa) Gerichtsentscheide .....	300
bb) Kritische Würdigung .....	300
cc) Auseinandersetzung mit Literaturmeinungen .....	302
f) Zweitbank – Zurechenbarkeit des Rechtsmissbrauchs: Begünstiger als Staatsunternehmen .....	303
aa) Ausgangspunkt .....	303
bb) Kritische Würdigung .....	304

## Kapitel E. Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (*Graf von Westphalen*)

<b>I. Einstweilige Verfügung des Garantieauftraggebers gegen die Garantiebank .....</b>	305
1. Stathaltigkeit einer einstweiligen Verfügung .....	306
a) Abweisende Urteile .....	306
b) Gegenteilige Stimmen .....	307
c) Eigene Auffassung .....	309
2. „Liquide“ Beweismittel .....	311
a) Gerichtsurteile .....	312
b) Literaturmeinungen .....	312
c) Eigene Auffassung .....	313
d) Beweiswürdigung .....	314
e) Einstweilige Verfügung gegenüber dem Begünstigen – offensichtlicher Nachweis des Rechtsmissbrauchs? .....	315
3. Verfügungsgrund .....	317
a) Allgemeine Voraussetzungen .....	317
b) Besonderer Verfügungsgrund – § 917 Abs. 2 ZPO .....	318
c) Forderung nach „liquiden“ Beweismitteln .....	319
d) Meinungsbild im Übrigen .....	320
e) Eigene Auffassung .....	320
aa) Parallele zum UWG: Unterlassung und Schadensersatz .....	321

bb) Allgemeine Kriterien .....	322
cc) Zweckmäßige Antragstellung .....	324
<b>II. Einstweiliger Rechtsschutz des Garantieauftraggebers bei einer indirekten Garantie gegen die Bank .....</b>	<b>325</b>
1. Rechtsmissbrauch im Verhältnis Begünstigter – ausländische Zweitbank .....	326
a) Gerichtsstand für die Zweitbank .....	326
b) Nachweis fremden Rechts – zu berücksichtigender Rechtsmissbrauch .....	327
c) „Doppelter“ Rechtsmissbrauch .....	329
aa) Ausgangslage .....	329
bb) Bestehen einer Rückgarantie .....	331
d) Ausländisches Recht – kein Einwand des Rechtsmissbrauchs .....	331
e) Begünstigter und Zweitbank als Teil des Staates – Zurechenbarkeit des Rechtsmissbrauchs? .....	332
2. Parallelität zur Direktgarantie – Vorgehen gegen die Erstbank .....	333
3. Vorgehen gegen die Erstbank – kein Nachweis eines „doppelten“ Rechtsmissbrauchs .....	334
4. Praktischer Vorschlag .....	334
<b>III. Einstweilige Verfügung des Garantieauftraggebers gegen den Begünstigten .....</b>	<b>335</b>
1. Gerichtsstand .....	335
a) Inländischer Gerichtsstand .....	335
b) Gerichtsstand des Vermögens – § 23 ZPO .....	336
c) Vollzug der erlassenen Verfügung .....	336
d) Erlassene Verfügung als Beweis des Rechtsmissbrauchs .....	337
aa) Bei einer Direktgarantie .....	337
bb) Bei einer indirekten Garantie .....	338
e) Zutreffender Antrag .....	339
<b>IV. Arrest des Garantieauftraggebers gegenüber dem Begünstigten</b> .....	<b>340</b>
1. Statthaftigkeit des Arrestes .....	340
a) Bestehen eines Schadensersatzanspruchs .....	341
b) Eigene Auffassung .....	343
aa) Rechtsschutzbedürfnis .....	343
bb) Arrestgrund .....	346
c) „Indirekte“ Garantien .....	346
2. Entstehen sonstiger Schadensersatzforderungen .....	347

**Kapitel F.**  
**Kollisionsrechtliche Problemstellungen**  
*(Graf von Westphalen)*

<b>I. Direktgarantie – Vertragsverhältnis:</b>	
<b>Garantiebank – Begünstigter .....</b>	349
1. Berücksichtigung der Rom-I-VO .....	349
2. Kollisionsrechtliche Anknüpfung.....	350
a) Ausdrückliche und stillschweigende Rechtswahl .....	350
b) Fehlende Rechtswahl .....	352
c) AGB-rechtliche Fragen .....	353
aa) Rechtswahl .....	353
bb) Gerichtsstandsvereinbarung .....	353
d) Isolierte Anknüpfung vorkonsensualen Verhaltens .....	354
e) Vertragssprache/Verhandlungssprache .....	355
3. Gerichtsstandsvereinbarungen .....	357
a) Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung.....	357
b) Besonderheiten gemäß Art. 23 EG-Verordnung Nr. 44/2001	358
4. Bereicherungsausgleich .....	360
<b>II. Vertragsverhältnisse bei einer „indirekten“ Garantie .....</b>	361
1. Auf die Rückgarantie anwendbares Recht.....	361
2. Auf den Geschäftsbesorgungsvertrag anwendbares Recht.....	362
3. Auf die ausländische Direktgarantie anwendbares Recht.....	363
a) Generelle Aussage.....	363
b) Bestätigende Bank.....	363
c) Indossierende Bank.....	364
4. Bereicherungsausgleich .....	364
5. Kollisionsrechtliche Einschränkungen des Schuldstatuts .....	365
a) Berücksichtigung des Devisenrechts .....	366
aa) Nach dem Abkommen von Bretton Woods .....	366
bb) Nach Art. 9 Rom-I-VO .....	367
b) Berücksichtigung des Währungsrechts .....	368
c) Berücksichtigung sonstiger zwingender Bestimmungen öffentlichen Rechts .....	368
aa) Bei einer Direktgarantie .....	368
bb) Bei einer „indirekten“ Garantie .....	370

## Kapitel G.

### Rechtsverhältnis zwischen Garantieauftraggeber und Garantiebank

*(Graf von Westphalen)*

<b>I. Pflichten der Bank .....</b>	<b>371</b>
1. Geschäftsbesorgungsvertrag bei Erstellung einer Direktgarantie .....	371
a) Rechtsnatur des Geschäftsbesorgungsvertrages .....	371
b) Bestehen einer zusätzlichen Beratungspflicht gegenüber dem Garantieauftraggeber? .....	372
aa) Weisungsgebundenheit der Bank .....	372
bb) Gegenstand der Beratungspflicht .....	373
aaa) Grundsätzlicher Ausgangspunkt .....	373
bbb) Unvollständigkeit und Unklarheit des Garantieauftrags .....	373
ccc) Länderrisiken – Einzelfallbetrachtung .....	375
ddd) Grundsätzlich: Fehlender Schaden .....	376
cc) Ablehnung des Geschäftsbesorgungsvertrages .....	377
c) Zustandekommen des Geschäftsbesorgungsvertrages .....	378
aa) Mindestinhalt des Geschäftsbesorgungsvertrages .....	378
bb) Garantie nach Maßgabe der Uniform Rules (ICC-Nr. 325 bzw. URDG 458/1) .....	379
cc) Garantie nach Maßgabe der Uniform Rules (ICC – URDG 758) .....	380
dd) Einbeziehung von Aval-Bedingungen .....	380
2. Geschäftsbesorgungsvertrag bei Erstellung einer „indirekten“ Garantie .....	381
a) Rechtsnatur .....	381
b) Erneut: Beratungspflichten der Erstbank .....	382
aa) Weisungsgebundenheit .....	382
bb) Schlüssigkeitsprüfung durch die inländische Erstbank .....	382
cc) Direkte Garantie – „indirekte“ Garantie .....	383
aaa) Ausgangslage .....	383
bbb) Gesetzliche Pflicht zur Stellung einer „indirekten“ Garantie .....	384
ccc) Auswahl der Zweitbank .....	385
ddd) Fehlende Seriosität der Zweitbank .....	385
eee) Unüblichkeit oder Gesetzeswidrigkeit der Garantieklausel .....	-
fff) Nachbesserung der Garantieklausel – Verzögerungsrisiko .....	386
c) Parallele zu Art. 37d ERA (UCP 600) .....	387

## Inhaltsverzeichnis

d) Haftung der Erstbank für Verschulden der ausländischen Zweitbank .....	388
aa) Bei einer „indirekten“ Garantie .....	388
bb) Einschaltung der ausländischen Zweitbank als Avis-Bank .....	389
cc) Einschaltung der ausländischen Zweitbank als bestätigende Bank .....	389
dd) Einschaltung der ausländischen Zweitbank als indossierende Bank .....	389
3. Prüfpflicht der deutschen Erstbank bei Inanspruchnahme der Bankgarantie durch den Begünstigten .....	390
a) Gegenüber dem Aufwendungserstattungsanspruch der ausländischen Zweitbank .....	390
b) Bei einer Rückgarantie .....	391
c) Im Fall eines behaupteten Rechtsmissbrauchs .....	393
4. Benachrichtigungspflicht bei drohender Inanspruchnahme .....	394
a) Inhalt und Begründung der Benachrichtigungspflicht .....	394
aa) Allgemeines .....	394
bb) Benachrichtigungspflicht aufgrund von Aval-AGB .....	395
cc) Bei drohender rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme .....	395
dd) Bei einer „indirekten“ Garantie .....	396
b) Zeitpunkt der Benachrichtigungspflicht .....	397
c) Im Fall eines Begehrens „extend or pay“ .....	397
d) Verletzung der Benachrichtigungspflicht – Rechtsfolgen .....	398
5. Pflicht zur Zahlungsverweigerung .....	399
a) Dogmatische Begründung .....	399
b) Bei Direktgarantien .....	400
c) Bei „indirekten“ Garantien .....	400
d) Im Fall einer Rückgarantie .....	402
e) Bei Fehlen einer Rückgarantie .....	403
6. Vorsorglich: Aval-Bedingungen – URDG 758 .....	403
a) Wirksamkeitsgrenzen nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	403
b) Verpflichtung des Garantiauftraggebers zur eigenen Rechtsverfolgung .....	404
c) Bei einer „indirekten“ Garantie .....	405
d) URDG 758 .....	406
<b>II. Pflichten des Garantiauftraggebers .....</b>	<b>406</b>
1. Vorschuss .....	406
2. Forderung nach zusätzlichen Sicherheiten .....	407
3. Befreiungsanspruch (§ 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB) – Vermögensverschlechterung .....	408

<b>4. Sicherung des Aufwendungserstattungsanspruchs – Einräumung einer Hinterlegungsbefugnis . . . . .</b>	<b>409</b>
<b>5. Provisionspflicht . . . . .</b>	<b>412</b>
a) Entstehen des Anspruchs – Einbuchung . . . . .	413
b) Verfalldatum – Ausbuchung . . . . .	415
aa) Bei einer Direktgarantie . . . . .	415
aaa) Anwendbarkeit deutschen Rechts . . . . .	415
bbb) Anwendbarkeit ausländischen Rechts . . . . .	416
bb) Bei einer „indirekten“ Garantie . . . . .	419
cc) Bei einer Rückgarantie . . . . .	420
c) Nichtwirksamwerden des Grundvertrages – § 139 BGB . . . . .	420
aa) Bei einer Direktgarantie . . . . .	420
bb) Bei einer „indirekten“ Garantie . . . . .	421
d) Regelungen in Aval-Bedingungen . . . . .	422
e) Ausbuchung unter Vorbehalt . . . . .	423
aa) Aufgrund eines einseitigen Vorbehalts der Bank . . . . .	423
bb) Freistellung durch den Garantieauftraggeber . . . . .	424
<b>6. Aufwendungserstattungsanspruch gemäß §§ 675, 670 BGB . . . . .</b>	<b>425</b>
a) Bei einer Direktgarantie . . . . .	425
b) Bei einer „indirekten“ Garantie – Rückgarantie . . . . .	428
c) Ausbuchung unter Vorbehalt – Aufwendungserstattung . . . . .	428
d) Verlust des Aufwendungserstattungsanspruchs . . . . .	429
e) Forderungsübergang gemäß § 774 BGB analog? . . . . .	429
<b>III. Rechtsbeziehung zwischen Garantieauftraggeber und Begünstigtem . . . . .</b>	<b>431</b>
1. Inhalt des Garantievertrages . . . . .	431
2. Pflicht zur Stellung einer Bankgarantie . . . . .	431
a) Hauptpflicht . . . . .	431
b) Vertragsverletzung – Rechtsfolgen . . . . .	433
c) Erfüllungsverweigerung – § 139 BGB . . . . .	434
3. Nicht ordnungsgemäße Erfüllung des Garantieversprechens . . . . .	434
4. Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung für das „Inkrafttreten“ der Bankgarantie (§§ 158 Abs. 1, 163 BGB) . . . . .	435
5. Bankgarantie – Aufrechnungsverbot? . . . . .	436
<b>IV. Nichterfüllung des Garantieauftraggebers – § 139 BGB . . . . .</b>	<b>437</b>
<b>V. Rücksforderungsansprüche zwischen Garantieauftraggeber – Garantiebank? . . . . .</b>	<b>438</b>
1. Nichterfüllung der Voraussetzung des „formellen“ Garantiefalls . . . . .	438
2. Missbräuchliche Inanspruchnahme . . . . .	439
a) Gelungener Nachweis . . . . .	439

## Inhaltsverzeichnis

b) Misslungener Nachweis .....	440
3. Nachträglicher Erweis einer unberechtigten Inanspruchnahme ..	441

## **Kapitel H.** **Versuche internationaler Vereinheitlichungen** *(Graf von Westphalen)*

<b>I. Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien ICC Nr. 325 . . . . .</b>	<b>443</b>
<b>II. Einheitliche Richtlinien für „Demand Guarantees“ – URDG Nr. 458 . . . . .</b>	<b>445</b>
<b>III. Rules on International Stand-by-Practices – ISP 98 . . . . .</b>	<b>445</b>
1. Ausgangslage . . . . .	445
2. Anwendungsbereich der ISP 98 . . . . .	446
<b>IV. Rules on Demand Guarantees – URDG 758 . . . . .</b>	<b>447</b>
<b>V. Unterschiede und Besonderheiten der einzelnen Regelwerke . . . . .</b>	<b>447</b>
1. Rechtsnatur . . . . .	447
a) ISP 98 . . . . .	447
b) URDG 458 und URDG 758 . . . . .	449
c) UN-Konvention . . . . .	451
aa) Allgemein . . . . .	451
bb) Anwendungsbereich: Vertragsstaaten . . . . .	452
2. Abstraktheit . . . . .	453
a) ISP 98 . . . . .	453
b) URDG 458 und 758 . . . . .	454
c) UN-Konvention . . . . .	455
3. Zahlungsklausel . . . . .	455
a) ISP 98 . . . . .	455
b) URDG 458 . . . . .	456
c) URDG 758 . . . . .	458
aa) Garantie . . . . .	458
bb) Rückgarantie . . . . .	460
cc) Dokumentenprüfung . . . . .	460
4. Missbrauchsfälle . . . . .	460
a) Keine Festlegungen – ISP 98 und URDG . . . . .	460
b) URDG 458 und 758 . . . . .	461
c) UN-Konvention . . . . .	461
aa) Regel des Art. 19 . . . . .	461
bb) Regel des Art. 20 . . . . .	463

# Kapitel I.

## Die Bankgarantie im österreichischen Recht

*(Brigitta Zöchling-Jud)*

<b>I. Allgemeines .....</b>	<b>466</b>
1. Gesetzliche Grundlagen .....	466
2. Begriff .....	467
3. Arten .....	468
<b>II. Rechtsverhältnis zwischen Garantieauftraggeber und Begünstigtem (Valutaverhältnis) .....</b>	<b>468</b>
<b>III. Rechtsverhältnis zwischen Garantieauftraggeber und Bank (Deckungsverhältnis) .....</b>	<b>469</b>
1. Allgemeines .....	469
2. Spezifische Pflichten bei der Bankgarantie .....	470
a) Pflichten der Bank gegenüber dem Auftraggeber .....	470
aa) Pflicht zur Erhebung von Einwendungen .....	470
bb) Benachrichtigungspflicht .....	471
cc) Aufklärungspflichten .....	472
b) Pflichten des Auftraggebers gegenüber der Bank .....	472
<b>IV. Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Begünstigten .....</b>	<b>472</b>
1. Abschluss des Garantievertrages .....	472
2. Form .....	473
3. Die Auslegung des Garantievertrages .....	474
a) Allgemeine Auslegungsregeln .....	474
b) Grundsatz der formellen Garantiestrenge .....	475
4. Bankgarantie und Bürgschaft .....	475
a) Allgemeines .....	475
b) Abgrenzung .....	476
c) Konversion .....	476
d) Die „Bürgschaft aufs erste Anfordern“ .....	477
5. Art und Umfang der Garantieleistung .....	478
6. Inanspruchnahme der Garantie .....	478
7. Einwendungen des Garanten .....	480
a) Allgemeines .....	480
b) Einwendungen aus dem Garantievertrag .....	481
c) Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis .....	482
d) Einwendungen aus dem Valutaverhältnis .....	482
8. Übertragung der Rechte des Begünstigten .....	482
9. Beendigung der Garantie .....	483

## Inhaltsverzeichnis

a) Befristung und Bedingung .....	483
b) Kündigung .....	484
c) Verjährung .....	484
<b>V. Schutz vor missbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie .....</b>	<b>485</b>
1. Allgemeines .....	485
a) Rechtsmissbrauch im österreichischen Recht .....	485
b) Anwendung dieser Grundsätze auf die Bankgarantie .....	488
c) Zeitpunkt des Vorliegens des Rechtsmissbrauchs .....	489
2. Rechtsfolgen .....	490
a) Unterlassungsansprüche des Auftraggebers gegen den Begünstigten .....	490
b) Leistungsverweigerungsrecht des Garanten .....	492
c) Leistungsverweigerungspflicht des Garanten .....	493
d) Unterlassungsansprüche des Auftraggebers gegen den Garanten .....	494
e) Zusammenfassung .....	495
3. Einstweiliger Rechtsschutz .....	495
a) Zulässigkeit einstweiliger Maßnahmen .....	495
b) Sicherung des Unterlassungsanspruches gegen den Begünstigten .....	497
c) Sicherung des Unterlassungsanspruches gegen den Garanten .....	498
d) Einstweilige Verfügung bei befristeten Garantien .....	499
4. Rechtsprechungsübersicht .....	500
<b>VI. Rückforderung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie .....</b>	<b>503</b>
1. Grundsatz: Keine Kondiktion der Bank gegen den Begünstigten .....	503
2. Ausnahmen: Kondiktion der Bank gegen den Begünstigten .....	503
a) Mängel im Verhältnis Garant und Begünstigter .....	504
b) Einwendungen der Bank: Rechtsmissbrauch .....	505
c) Abtretung des Rückforderungsanspruchs .....	507
d) Bürgschaft aufs erste Anfordern .....	507
e) Aussonderungsrecht der Bank bei Insolvenz des Garantiauftraggebers? .....	508
<b>VII. Garantien mit Auslandsbezug .....</b>	<b>509</b>
1. Internationales Privatrecht .....	509
2. Zuständigkeit für die Erlassung einstweiliger Verfügungen .....	511

# Kapitel J.

## Die Bankgarantie im schweizerischen Recht

*(Nicolas de Gottrau)*

<b>I. Einleitung . . . . .</b>	<b>516</b>
1. Allgemeines . . . . .	516
2. Definition . . . . .	518
3. Abgrenzung zwischen Bankgarantie und Bürgschaft . . . . .	519
<b>II. Einheitliche Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien (URDG) der IHK und Übereinkommen der Vereinten Nationen über unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit . . . . .</b>	<b>524</b>
1. Geschichtlicher Überblick . . . . .	524
2. Inhalt . . . . .	525
3. Anwendbarkeit und Rechtsnatur . . . . .	528
<b>III. Hauptsächliche Erscheinungsformen der Bankgarantien . . . . .</b>	<b>529</b>
1. Nach der Art des Sicherungsgegenstandes . . . . .	529
a) Bietungs- oder Ausschreibungsgarantie . . . . .	529
b) Erfüllungsgarantie . . . . .	530
c) Anzahlungs- oder Rückzahlungsgarantie . . . . .	531
d) Zahlungsgarantie . . . . .	531
e) Garantie für fehlende Dokumente (namentlich Konnossemente) . . . . .	532
f) Rückgarantie oder Gegengarantie . . . . .	532
g) Weitere Erscheinungsformen der Garantien . . . . .	533
2. Nach der Art der Inanspruchnahme . . . . .	534
a) Garantien „auf einfaches (oder erstes) Anfordern“ (without statement of default) . . . . .	535
b) Garantien „auf erstes Anfordern mit Effektivklausel“ . . . . .	536
c) Dokumentäre Garantien . . . . .	538
aa) Garantien, welche gegen Vorweisung von durch Dritte erstellte Dokumente zahlbar werden . . . . .	539
bb) Garantien, welche gegen Vorlage einer Erklärung des Bünstigten zahlbar werden (with statement of default) . . . . .	540
3. Nach der Rolle der Erstbank . . . . .	541
a) Direkte Garantien . . . . .	541
b) Indirekte Garantien . . . . .	541
<b>IV. Typischer Abfassungstext und Abtretbarkeit der Garantie . . . . .</b>	<b>542</b>
1. Typischer Abfassungstext der Garantie . . . . .	542
2. Abtretbarkeit der Garantieforderung . . . . .	545
<b>V. Unabhängiger Charakter der Bankgarantie . . . . .</b>	<b>546</b>

## Inhaltsverzeichnis

<b>VI. Rechtsnatur der Bankgarantie .....</b>	<b>550</b>
<b>VII. Rechtsbeziehungen zwischen den Garantieparteien .....</b>	<b>554</b>
<b>VIII. Anwendbares Recht gemäß dem schweizerischen Internationalen Privatrecht .....</b>	<b>555</b>
<b>IX. Pflichten der verschiedenen Parteien einer Bankgarantie.....</b>	<b>558</b>
1. Pflichten des Auftraggebers.....	558
2. Pflichten der Bank .....	560
3. Pflichten des Begünstigten.....	564
<b>X. Missbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie und Mittel zum Schutz des Auftraggebers, um zu verhindern, dass der Begünstigte die Garantiezahlung erlangt .....</b>	<b>566</b>
1. Einwendung des Rechtsmissbrauchs .....	566
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 .....	567
b) Einwendung des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) .....	570
aa) Allgemeines .....	570
bb) Anwendbarkeit der Einwendung des Rechtsmissbrauchs bei Bankgarantien .....	571
2. Arrest der aus der Bankgarantie abgeleiteten Forderung .....	575
a) Forderung des Auftraggebers, auf Grund welcher der Arrest verlangt wird .....	575
b) Forderung des Begünstigten, deren Verarrestierung verlangt wird .....	577
c) Zulässigkeit des Arrests .....	578
3. Vorsorgliche Maßnahmen .....	580
a) Allgemeines .....	580
b) Zuständigkeit ratione loci und ratione materiae der Schweizer Gerichte und auf die vorsorglichen Maßnahmen anwendbares Recht .....	581
c) Voraussetzungen für die Bewilligung vorsorglicher Maßnahmen .....	582
aa) Verfügungsanspruch .....	583
bb) Verfügungsgrund (Dringlichkeit der Maßnahme, „nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil“) .....	587
cc) Verhältnismäßigkeit .....	589
d) Pflicht der Bank zur Zusammenarbeit .....	589
e) Wahl der zitierten Parteien und Art möglicher Maßnahmen ..	590
aa) Maßnahme gegen den Begünstigten.....	590

bb) Maßnahme gegen den Begünstigten, die auf die Bank als „Dritte“ abzielt.....	591
cc) Maßnahme gegen die Bank .....	593
aaa) Maßnahme gegen die Bank bei einer direkten Dreiparteiengarantie (oder bei einer einfach avisierten direkten Garantie) .....	596
bbb) Maßnahme gegen die Bestätigungs- oder Avisbank und Zahlstelle bei einer direkten Garantie .....	596
ccc) Maßnahme gegen die eröffnende Bank bei einer direkten Vierparteiengarantie .....	597
ddd) Maßnahme gegen die Garantiebank bei einer indirekten Garantie.....	598
eee) Maßnahme gegen die Rückgarantiebank bei einer indirekten Garantie.....	599
dd) Maßnahme gegen den Begünstigten und die Bank.....	600
f) Prosequierung der vorsorglichen Maßnahmen .....	601

**Kapitel K.**  
**First demand guarantees in international trade**  
**under English law**  
*(Jennifer Howitt)*

1. The parties and documents involved .....	603
2. Situations where bonds are used .....	605
2.1 Performance Bonds .....	605
2.2 Bid or Tender Bonds.....	605
2.3 Advance Payment and Progress Payment Bonds .....	606
2.4 Retention Bonds .....	606
3. Terminology .....	606
3.1 Guarantees .....	606
3.2 Indemnities as primary obligations .....	607
3.3 Counter-indemnities.....	608
3.4 Bonds/on demand bonds/demand guarantees .....	609
3.5 Differences between bonds issued by surety companies, and bank guarantees issued by banks .....	612
3.6 The importance of distinguishing between a bond and a guarantee (in the sense of it being a surety contract).....	613
3.7 Letters of credit/documentary credits .....	614
3.8 Standby letters of credit .....	614
4. The text of demand guarantees and bonds .....	617

## Inhaltsverzeichnis

4.1 Common characteristics .....	617
4.2 Principles of drafting .....	618
4.3 Texts favourable to a principal .....	619
4.4 Texts prejudicial to a principal .....	620
<b>5. Legal principles applicable to bonds and demand guarantees ..</b>	<b>621</b>
5.1 Different kinds of demands .....	621
(a) Documentary demand .....	621
(b) Demand requiring beneficiary's own statement .....	621
(c) Simple demand .....	622
(d) An "extend or pay" demand .....	622
5.2 Manner of issuing demands .....	623
5.3 Legal nature of the issuer's obligations .....	625
5.4 The bond being independent of other transactions (the "autonomy principle") .....	626
5.5 Exceptions to the "autonomy principle" .....	627
(a) Fraud .....	627
(b) Attempts at creating further exceptions to the "autonomy principle" .....	628
(c) Any other exceptions to the "autonomy principle"? .....	630
<b>6. Uniform Rules governing bonds and demand guarantees ..</b>	<b>632</b>
6.1 What are the Uniform Rules applicable to bonds and guarantees? .....	632
6.2 The status of URDG 758 in English law .....	632
6.3 Usage of URDG in England .....	632
<b>7. UNCITRAL Convention ..</b>	<b>633</b>
<b>8. Standby letters of credit ..</b>	<b>634</b>
8.1 Legal nature of standby letters of credit .....	634
8.2 Uniform rules governing standby letters of credit .....	634
8.3 The status of ISP 98 in English law .....	634
8.4 Usage of ISP 98 in England .....	635
8.5 Bond or standby letter of credit – which one to use? .....	635
<b>9. Guarding against unfair demands ..</b>	<b>635</b>
9.1 URDG 758 .....	636
9.2 UCP 600 .....	636
9.3 ISP 98 .....	636
9.4 An alternative (or addition) to protection under ICC Rules .....	637
9.5 The importance of due diligence .....	638
(a) Commercial risk .....	638
(b) Risks arising from the nature of the demand .....	639

(c) Political risks .....	640
(d) Financial risks .....	641
<b>10. Issues to consider in deciding which instrument to use .....</b>	<b>641</b>
10.1 The beneficiary .....	641
10.2 The principal .....	642
10.3 The issuer .....	642
<b>11. The cost of obtaining a bond or bank guarantee .....</b>	<b>644</b>
11.1 Fees charged by the issuing bank .....	644
11.2 Premium for unfair calling insurance .....	645
11.3 Unforeseen costs .....	646
(a) as a result of “extend or pay” demands .....	646
(b) as a result of unreturned guarantees .....	646
(c) exchange rate risks .....	646
11.4 Opportunity cost for lost or reduced credit .....	647
<b>12. Alternatives to bonds and standby letters of credit .....</b>	<b>647</b>
12.1 Comfort letters .....	647
12.2 Corporate guarantees .....	649
<b>13. Support for principals .....</b>	<b>650</b>
13.1 ECGD’s Bond Support Scheme .....	650
<b>14. Conclusion .....</b>	<b>651</b>

**Kapitel L.**  
**Bank Guarantees in the Netherlands**  
*(Tom Ensink)*

<b>I. Practice in the Netherlands .....</b>	<b>652</b>
<b>II. Qualification of the bank guarantee under Dutch law .....</b>	<b>653</b>
1. General remarks .....	653
2. Consequences of qualification as suretyship .....	654
a) Dependent right (article 3:7 CC) .....	654
b) Surety for future obligations .....	655
c) Right of recourse .....	655
d) Necessity of waiver .....	655
e) Undue payment .....	656
3. Special provisions for suretyships entered into by and (for bank guarantees also) on behalf of consumers .....	658
4. Assignability of bank guarantees .....	659

<b>III. Performance of the bank guarantee .....</b>	<b>661</b>
1. Strict compliance.....	661
2. Exception(s) to the strict compliance rule .....	663
3. Notification obligations by the bank .....	666
<b>IV. Remedies.....</b>	<b>667</b>
1. General remarks.....	667
2. Conservatory attachment .....	668
3. Preliminary injunctive proceedings .....	670

## Kapitel M.

### First demand bank guarantees under French law (*Louis B. Buchman*)

<b>1. Definition .....</b>	<b>672</b>
1.1. By case law .....	672
1.2. By statute .....	672
1.3. Neutrality of this definition.....	673
1.4. Terminology used .....	673
<b>2. Main Features .....</b>	<b>674</b>
2.1. A surety .....	674
2.2. Autonomous .....	674
2.3. Automatic .....	675
<b>3. Various Kinds.....</b>	<b>675</b>
3.1. Classification based on the guarantee's purpose .....	675
3.2. Classification based on the guarantee's beneficiaries .....	676
<b>4. Counter-guarantees .....</b>	<b>676</b>
<b>5. Relevant legal sources .....</b>	<b>677</b>
5.1. Rome I Regulation .....	677
5.2. ICC's Uniform Rules for Demand Guarantees.....	677
5.3. UN Convention of 1995 on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit .....	678
<b>6. Validity.....</b>	<b>678</b>
6.1. - Principle.....	678
6.2. Validity conditions.....	679
6.2.1. No particular form required .....	679
6.2.2. Substantive requirements .....	681
6.2.2.1. An autonomous guarantee .....	681
6.2.2.2. With a determined purpose .....	681

6.2.2.3. Having a cause .....	682
6.2.2.4. Which is licit.....	682
6.2.2.5. And for a defined duration .....	683
6.2.2.6. Specific rule for SAs (“Sociétés Anonymes”). . . . .	683
<b>7. Regime under French law .....</b>	<b>684</b>
7.1.    Issuance of the guarantee .....	684
7.2.    Call of the guarantee .....	685
7.2.1.    Validity conditions.....	685
7.2.2.    Effects of the call .....	686
7.3.    Exceptions to payment .....	687
7.3.1.    Abusive or fraudulent calls .....	688
7.3.2.    Fraudulent collusion .....	689
7.3.3.    Manifest and certain .....	689
7.3.4.    Procedure.....	690
<b>8. Post payment recourses .....</b>	<b>690</b>
8.1.    Of the guarantor against the instructor .....	690
8.2.    Of the instructor against the beneficiary.....	691
8.3.    Of the instructor against the guarantor .. . . . .	692

**Kapitel N.**  
**Die Bankgarantie im italienischen Recht**  
*(Stefano Troiano)*

<b>I. Allgemeines .....</b>	<b>693</b>
1. Definition .....	693
2. Anwendungsbereiche und Typologien.....	695
<b>II. Autonome Bankgarantie und zugrunde liegende Vertragsverhältnisse .....</b>	<b>696</b>
1. Allgemeines .....	696
2. Rechtsverhältnis zwischen Garantieauftraggeber und Begünstigtem (Valutaverhältnis) .....	698
3. Rechtsverhältnis zwischen Garantieauftraggeber und Garant (Deckungsverhältnis) .. . . . .	698
<b>III. Qualifikation des Garantievertrags .....</b>	<b>699</b>
1. Die Gültigkeit des Garantievertrags .....	699
2. Der autonome Garantievertrag als atypischer Vertrag mit Garantiefunktion .. . . . .	701
3. Die sog. Entschädigungsfunktion der Garantie .. . . . .	705
4. Die Abgrenzung zwischen Garantie und Bürgschaft.....	705

## Inhaltsverzeichnis

a) Autonomie der Garantie vs. Akzessorietät der Bürgschaft . . . . .	705
b) Die Entschädigungsfunktion der Garantie. Autonome Garantie und sog. fideiussio indemnitatis . . . . .	707
<b>IV. Das Entstehen des Garantievertrags . . . . .</b>	<b>709</b>
<b>V. Die Autonomie der Garantie . . . . .</b>	<b>710</b>
1. Der Ausschluss der dem Hauptschuldner zustehenden Einreden . . . . .	710
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 . . . . .	711
3. Die Folgen der Inanspruchnahme der Garantie . . . . .	712
a) Der Regress des Garanten gegen den Schuldner . . . . .	712
b) Die nur dem Schuldner und nicht dem Garanten zustehende Aktivlegitimation zur Geltendmachung der Erstattung gegenüber dem Begünstigten . . . . .	713
aa) Allgemeines . . . . .	713
bb) Autonome Bankgarantie und Bürgschaft auf erstes Anfordern . . . . .	714
cc) Die Bedeutung der Klausel „auf erstes Anfordern“ . . . . .	714
<b>VI. Der Autonomie der Garantie gesetzte Grenzen . . . . .</b>	<b>718</b>
1. Allgemeines . . . . .	718
2. Die sog. anfänglichen Grenzen: Die Geltendmachung von Einreden im Hinblick auf die Nichtigkeit des Hauptverhältnisses, die sich in Nichtigkeitsmängel des Garantievertrags verwandeln . . . . .	718
3. Die späteren Grenzen: Die missbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie . . . . .	720
a) Allgemeines . . . . .	720
b) Das Recht des Garanten auf Zahlungseinstellung bei missbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie . . . . .	720
aa) Allgemeines . . . . .	720
bb) Klare und liquide Beweise für den Betrug . . . . .	723
c) Das Recht des Hauptschuldners, sich der Zahlung der Garantie durch den Erlass einer – auch einstweiligen – Unterlassungsverfügung zu widersetzen . . . . .	725
d) Die Voraussetzungen der einstweiligen Unterlassungsverfügung . . . . .	728
<b>VII. Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht und Aussichten auf eine einheitliche internationale Regelung . . . . .</b>	<b>730</b>

1. Anwendbares Recht nach den Normen des internationalen Privatrechts .....	730
2. Gerichtliche Zuständigkeit .....	733
3. Die von der <i>International Chamber of Commerce</i> aufgestellten Einheitlichen Richtlinien und das UNCITRAL-Übereinkommen über <i>independent guarantees and stand-by letters of credit</i> .....	734

**Kapitel O.**  
**First demand guarantees under Spanish law**  
*(Pedro Portellano)*

<b>I. Introduction</b> .....	739
<b>II. The Characteristics of FDGs</b> .....	741
1. The triangular relationships underlying all FDGs .....	741
a) Underlying Contract .....	741
b) Commission Contract .....	741
c) Guarantee contract .....	742
2. Legal nature .....	747
3. Sources of the legal regime .....	749
4. Classifying a guarantee as an FDG .....	752
a) Use of “on first demand” or similar terms .....	753
b) Unnecessary expressions. Use of the term “fianza” .....	755
<b>III. Legal regime for FDGs</b> .....	757
1. The dynamics of the petition for payment and payment .....	757
a) General dynamics .....	757
b) The debate over the existence of a duty to advise before payment .....	758
c) Duty to advise of payment made .....	760
d) Action for restitution by the guarantor against the principal debtor .....	760
2. Invalidity of exceptions based on the underlying contract (except in the event of fraud) .....	761
a) General rule .....	761
b) Fraud .....	761
c) Protections against abusive drawings .....	764
3. Invalidity of exceptions based on the commission contract .....	766
4. Invalidity of exceptions based on the guarantee contract .....	766
a) General observation .....	766
b) Term of the FDG and the problem with “extend or pay” .....	769
c) Secured amount .....	771
5. Guarantor’s personal exceptions against the beneficiary .....	772

## Inhaltsverzeichnis

a) General rule .....	772
b) Assignments of claims and the issue arising with set-offs .....	772
<b>IV. Evaluation of FDGs in Spanish law .....</b>	<b>774</b>

## Anhang

Anhang 1: Bedingungen für das Avalgeschäft .....	777
Anhang 2: Bietungsgarantie .....	779
Anhang 2a: Bietungsgarantie (engl.) .....	780
Anhang 3: Anzahlungsgarantie .....	781
Anhang 3a: Anzahlungsgarantie (engl.) .....	782
Anhang 4: Liefergarantie .....	783
Anhang 4a: Liefergarantie (engl.) .....	784
Anhang 5: Vertragserfüllungsgarantie .....	785
Anhang 5a: Vertragserfüllungsgarantie (engl.) .....	786
Anhang 6: Gewährleistungsgarantie .....	787
Anhang 6a: Gewährleistungsgarantie (engl.) .....	788
Anhang 7: Konnossementsgarantie .....	789
Anhang 7a: Konnossementsgarantie (engl.) .....	790
Anhang 8: Modello di contratto di garanzia bancaria autonoma .....	791
 Literaturverzeichnis Deutschland .....	795
Literaturverzeichnis Österreich .....	802
Literaturverzeichnis Schweiz .....	807
Literaturverzeichnis England .....	813
Literaturverzeichnis Holland .....	814
Literaturverzeichnis Frankreich .....	815
Literaturverzeichnis Italien .....	817
Literaturverzeichnis Spanien .....	820
 Sachregister Deutschland .....	823
Sachregister Österreich .....	832
Sachregister Schweiz .....	835
Sachregister England .....	838
Sachregister Holland .....	840
Sachregister Frankreich .....	841
Sachregister Italien .....	842
Sachregister Spanien .....	846