

Beat Kleiner †

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt

Kaspar Landolt

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Dominique Gemperli

lic. iur., Rechtsanwältin, LL.M.

BANK- GARANTIE

**Die Garantie unter
besonderer Berücksichtigung
des Bankgarantiegeschäftes**

5., vollständig neu bearbeitete Auflage
mit neuen Mustertexten

Schulthess § 2016

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur vorliegenden 5. Auflage – Persönliches und Sachliches	V
Aus dem Vorwort zur 4. Auflage	VII
Vorwort zur 1. Auflage	VIII
Dank	IX
Inhaltsübersicht	XI
Abkürzungen	XXI
Literaturverzeichnis	XXV

§ 1 Einleitung	1
----------------------	---

Allgemeiner Teil

Rechtsnatur der Garantie und deren Abgrenzung zu anderen Rechtsfiguren	5
---	---

§ 2 Problemstellung und vorläufige Definition der Garantie	7
---	---

§ 3 Auslegung von garantieähnlichen Rechtsgeschäften	10
--	----

I. Garantie als einseitiger Vertrag	10
---	----

II. Allgemeine Auslegungsgrundsätze	11
---	----

III. Objektiviert Auslegung im Bereich der Garantie	13
---	----

A. Gegenstand der Auslegung	13
-----------------------------------	----

B. Erkennbarkeit oder normatives Wissenmüssen bezüglich der Umstände und Erfahrungssätze	13
---	----

1. Sachbezogene Erkennbarkeit	14
-------------------------------------	----

2. Personenbezogene Erkennbarkeit	15
---	----

C. Zu berücksichtigende Umstände oder Indiztatsachen	17
--	----

D. Schluss von den «gegebenen Umständen» auf die Bedeutung einer Willenserklärung	18
--	----

IV. Vermutungen bei zweifelhaftem Auslegungsergebnis	19
--	----

V. Garantien im internationalen Verkehr	20
---	----

§ 4 «Reine» Garantie	21
----------------------------	----

§ 5	Bürgschaftsähnliche Garantie und Bürgschaft	26
I.	Ähnlichkeit im Sicherungsobjekt	26
II.	Abgrenzung zwischen bürgschaftsähnlicher Garantie und Bürgschaft – Unterscheidungskriterien	27
A.	Bezeichnung des Sicherungsvertrages	27
B.	Fehlende Akzessorietät als wesentliches theoretisches Unterschei- dungsmerkmal	29
C.	Auslegungspraxis – Indizien	35
1.	Auslegungsindizien im Vertragswortlaut	36
a)	An Gesetzesbestimmungen angelehnte Formulierungen ...	36
b)	Bezugnahme auf ein anderes Schuldverhältnis im Text des Sicherungsvertrages	36
c)	Leistung oder Erfüllung einer Schuldpflicht als Sicherungs- objekt	40
d)	Dokumente und Erklärungen als zahlungsauslösende Ele- mente	42
e)	Verpflichtung zur Zahlung «auf erstes Anfordern»	46
f)	Ausschluss von Einwendungen und Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis	47
g)	«Solidarische» Verpflichtung und Schuld-«Beitritt»	50
h)	«Unbedingte» Verpflichtung	51
i)	«Unwiderrufliche» Verpflichtung	51
k)	Verzicht auf das beneficium excussionis (beneficium discussionis) und das beneficium divisionis	52
l)	Ausbleiben der Leistung infolge Verschuldens desjenigen, der die Leistung erbringen sollte	53
m)	Schwergewichtsbildung beim Zusammentreffen mehrerer Indizien im Vertragswortlaut	53
aa)	Schwergewichtsbildung zugunsten einer selbständigen Verpflichtung	53
bb)	Schwergewichtsbildung zugunsten einer akzessori- schen Sicherung	57
cc)	Erfolgreiche Textauslegung	57
2.	Aus den Umständen des Vertragsschlusses sich ergebende Auslegungsindizien	60
a)	Eigenes Interesse des Sicherungsgebers und Animerinter- esse	61
b)	Sicherungen im Zusammenhang mit Schuldverhältnissen – Akzessorische Sicherung als Regelfall	64
c)	Besondere Umstände als Indiz für eine selbständige Sicherung	64

aa)	Besondere Umstände bei bestimmten Schuld- verhältnissen und entsprechende Garantietypen	64
bb)	Besondere Umstände ohne Rücksicht auf die Art des Schuldverhältnisses	66
aaa)	Konkurrenzsituation und unterschiedliche Macht- stellung	67
bbb)	Auslandgeschäft, namentlich auch unter dem Gesichtspunkt von Devisenrestriktionen	67
ccc)	Zufall und höhere Gewalt	72
d)	Fehlen einer typischen, objektiv erkennbaren Sondersituation	73
3.	Schwergewichtsbildung insgesamt – namentlich Garantien «auf erste Anforderung zu zahlen» im internationalen Handel ...	74
§ 6	Mischformen von Garantie und Bürgschaft bei Teilverzicht auf Einwendungen und Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis	75
I.	Qualifikation als Garantie oder Bürgschaft?	75
II.	Zulässigkeit von Mischformen	76
III.	Gesetzliche Mischformen	77
IV.	Mit dem Auftraggeber im Rahmen des Auftragsverhältnisses verein- barter Verzicht	78
V.	Folgen des Verzichtes bezüglich des Regresses auf den Hauptschuldner ...	78
VI.	Deutsche Praxis des erweiterten Sicherungszweckes der Bürgschaft	80
§ 7	Bürgschaft auf erstes Anfordern	83
§ 8	Garantie und übrige Sicherungsgeschäfte	85
I.	Garantie und Konventionalstrafe	85
II.	Garantie und Versicherungsvertrag	86
§ 9	Abgrenzung der Garantie von Bestandteilen anderer Verträge	89
I.	Abgrenzung zum gewöhnlichen Leistungsversprechen	89
II.	Abgrenzung zur unechten Einnahme- oder Minimalgarantie	90
III.	Abgrenzung zur Gewährleistung	92
IV.	Abgrenzung zur Gefahrtragung	93
V.	Abgrenzung zur Gewährleistung des Zedenten (Factoring, Forfaitierung)	93
VI.	Abgrenzung zur societas leonina (pactum leoninum)	96

§ 10 Garantie und Anweisung (Dokumentenakkreditiv)	97
I. Theoretische Abgrenzung	97
II. Praktische Abgrenzung	98
A. Bedingungslose, auf einen bestimmten Termin lautende Zahlungs- verpflichtung	98
B. Einreichung von Dokumenten als Zahlungsbedingung	99
C. Zahlungsverpflichtungen gegen Erklärung des Begünstigten	100
D. Zahlungspflicht «auf erstes Verlangen» ohne Hinweis auf ein Hauptschuldverhältnis	101
III. Rechtsgrundlage des Dokumentenakkreditivs	101
§ 11 Garantie und Standby Letter of Credit	103
§ 12 Garantie und Kreditauftrag	105
§ 13 Garantie und Schuldmitübernahme	108
I. Theoretische Abgrenzung	108
A. Gleichartigkeit der Schuldverhältnisse	108
B. Gleichordnung der Schuldverhältnisse	109
II. Praktische Abgrenzung	111
§ 14 Garantie und Patronatserklärung	112
§ 15 Wechseleinlösungszusage als Garantie oder Bürgschaft	116
§ 16 «Vertrag zulasten Dritter» (porte-fort) als besondere Erscheinung der Garantie	117
§ 17 Typisierung der «Bankgarantien» nach wirtschaftlichen Gesichts- punkten (Bietungs-, Lieferungs- und Anzahlungsgarantien usw.)	121
§ 18 Die Behandlung des Tatbestandes der Garantie in den historischen Epochen und den verschiedenen Rechtsordnungen – Rechtsvergleichende Darstellung	126
I. Historisches und Allgemeines	126
II. Deutsches, schweizerisches und österreichisches Recht	128
III. Französisches Recht	129
IV. Italienisches Recht	130
V. Englisches Recht	131

VI. Rechte der USA	133
VII. Weitere Rechte	134
§ 19 Abgrenzung – Schlussfolgerungen und Rechtfertigung der Methode ..	135
 Besonderer Teil	
Garantiefauftrag und Garantievertrag	139
§ 20 Garantiefauftrag	141
§ 21 Garantievertrag	142
I. Abschluss und Form	142
II. Art der Leistung	144
III. Zahlungsbedingungen	145
A. Materielle Zahlungsbedingungen	145
B. Formalisierte Zahlungsbedingungen – Dokumente und Erklärungen	145
C. «Bedingungslose» und «abstrakte» Garantien «auf erste Anforderung»	148
D. Standby letters of credit	149
IV. Kausalität – Abstraktheit – Sicherungszweck	149
V. Beendigung und Verjährung	152
§ 22 Rechte und Pflichten der Beteiligten beim Garantiefauftrag und Garantievertrag	155
I. Rechte und Pflichten der Beteiligten bis zur Abgabe der Garantieerklärung	155
II. Rechte und Pflichten der Beteiligten nach Abgabe der Garantieerklärung	157
III. Rechte und Pflichten der Beteiligten bei Garantiebeanspruchung	158
A. Garantiefall	158
1. Definition	158
2. Inanspruchnahme der Garantie	163
3. «Extend or pay»	164
B. Pflichten des Garanten im Verhältnis zum Auftraggeber – Informations- und Prüfungspflicht	165
C. Zahlungspflicht des Garanten im Verhältnis zum Begünstigten	167
1. Materielle Zahlungsbedingungen	169
2. Formalisierte Zahlungsbedingungen	169

3. Zahlungspflicht bei rudimentär ausgestatteten Zahlungsbedingungen, «bedingungslosen» und «abstrakten» Garantien ...	171
D. Einwendungen und Einreden des Garanten gegen seine Zahlungspflicht	171
1. Bedeutung eines unqualifizierten Ausschlusses der Einwendungen und Einreden	172
2. Einwendungen und Einreden aus dem Deckungs- und aus dem Valutaverhältnis sind ausgeschlossen	172
3. Einwendungen und Einreden aus der Garantie selbst	173
a) Einwendungen aus Mängeln im Vertragsschluss	175
b) Einrede der «rechtsmissbräuchlichen» Inanspruchnahme	175
aa) Dogmatische Begründung	176
bb) Voraussetzungen	178
cc) Nachweis der Voraussetzungen	184
dd) Zweckwidrige Inanspruchnahme als Anwendungsfall der «rechtsmissbräuchlichen» Inanspruchnahme	187
E. Form der Inanspruchnahme	189
F. Adressat der Inanspruchnahme	190
G. Fristen für die Inanspruchnahme der Garantie	190
H. Umfang der Leistungspflicht des Garanten	192
I. Garantieleistung ist nicht Schadenersatzleistung aus eigenem Missverhalten des Garanten	193
IV. Rechte und Pflichten der Beteiligten nach Honorierung oder Ablauf der Garantieverpflichtung	194
§ 23 Indirekte Garantie – Einschaltung einer Zweitbank	198
I. Bestätigung einer Garantie	198
II. Indirekte Garantie	199
A. Verhältnis Auftraggeber – Erstbank	199
B. Verhältnis Erstbank – Zweitbank	200
C. Verhältnis Zweitbank – Begünstigter	204
§ 24 Rechte und Pflichten der Beteiligten bei der indirekten Garantie	205
I. Rechte und Pflichten der Parteien nach Auftragserteilung an die Zweitbank	205
II. Rechte und Pflichten der Parteien bei Garantiebeanspruchung	205
III. Rechte und Pflichten der Parteien nach Honorierung oder Ablauf der Garantieverpflichtung	206
IV. Der Rechtsmissbrauch bei indirekten Garantien	206

§ 25 Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes	211
I. Grundsätzliches – Keine nachträgliche Korrektur bewusst gewählter Risiken	211
II. Zahlungsverbote	215
A. Bei direkten Garantien	215
1. Hauptverfahren und Adressat der Massnahme	215
2. Zulässigkeit der Massnahmen	219
a) Im Allgemeinen	219
b) Berufung auf Rechtsmissbrauch	220
B. Bei indirekten Garantien	225
III. Unzulässige Arreste des Garantierauftraggebers zulasten des Begünstigten	226
A. Bei direkten Garantien	226
B. Bei indirekten Garantien	229
IV. Nebenfolgen von Zahlungsverboten und Arresten für die Bank	229
§ 26 Abtretung der Garantieforderung, der Forderung aus dem Valutaverhältnis und des Rechts auf Inanspruchnahme der Garantie	230
I. Abtretung der Garantieforderung	230
II. Abtretung der Forderung aus dem Valutaverhältnis	230
III. Abtretung des Rechts auf Inanspruchnahme der Garantie	232
§ 27 Anwendbares Recht	233
§ 28 Gestaltung des Garantietextes	237
I. Allgemeines	237
II. Ingress	237
III. Verpflichtungsteil	238
IV. Form der Inanspruchnahme	239
V. Befristung	240
VI. Gerichtsstand und anwendbares Recht	241
Anhang I Mustertexte für Garantien	243
Anhang II Bemerkungen zu den ERAG und der UN-Konvention	259
Stichwortverzeichnis	263
Gesetzesregister	281