

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	<b>Bürgschaftsähnliche Garantie und Bürgschaft</b> .....	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.	Schwergegewichtsbildung insgesamt – namentlich Garantien «auf erste Anforderung zu zahlen» im internationalen Handel ...	74
<b>§ 6</b>	<b>Mischformen von Garantie und Bürgschaft bei Teilverzicht auf Einwendungen und Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis .....</b>	<b>75</b>
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
<b>§ 7</b>	<b>Bürgschaft auf erstes Anfordern .....</b>	<b>83</b>
<b>§ 8</b>	<b>Garantie und übrige Sicherungsgeschäfte .....</b>	<b>85</b>
I.	Garantie und Konventionalstrafe .....	85
II.	Garantie und Versicherungsvertrag .....	86
<b>§ 9</b>	<b>Abgrenzung der Garantie von Bestandteilen anderer Verträge .....</b>	<b>89</b>
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

<b>§ 10 Garantie und Anweisung (Dokumentenakkreditiv)</b> .....	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
<b>§ 11 Garantie und Standby Letter of Credit</b> .....	103
<b>§ 12 Garantie und Kreditauftrag</b> .....	105
<b>§ 13 Garantie und Schuldmitübernahme</b> .....	108
I. Theoretische Abgrenzung .....	108
A. Gleichartigkeit der Schuldverhältnisse .....	108
B. Gleichordnung der Schuldverhältnisse .....	109
II. Praktische Abgrenzung .....	111
<b>§ 14 Garantie und Patronatserklärung</b> .....	112
<b>§ 15 Wechseleinlösungszusage als Garantie oder Bürgschaft</b> .....	116
<b>§ 16 «Vertrag zulasten Dritter» (porte-fort) als besondere Erscheinung der Garantie</b> .....	117
<b>§ 17 Typisierung der «Bankgarantien» nach wirtschaftlichen Gesichts- punkten (Bietungs-, Lieferungs- und Anzahlungsgarantien usw.)</b> ....	121
<b>§ 18 Die Behandlung des Tatbestandes der Garantie in den historischen Epochen und den verschiedenen Rechtsordnungen – Rechtsvergleichende Darstellung</b> .....	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
<b>Besonderer Teil</b>	
Garantieauftrag und Garantievertrag .....	139
§ 20 Garantieauftrag .....	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 Garantieauftrag 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
<b>§ 23 Indirekte Garantie – Einschaltung einer Zweitbank .....</b>	<b>198</b>
I. Bestätigung einer Garantie .....	198
II. Indirekte Garantie .....	199
A. Verhältnis Auftraggeber – Erstbank .....	199
B. Verhältnis Erstbank – Zweitbank .....	200
C. Verhältnis Zweitbank – Begünstigter .....	204
<b>§ 24 Rechte und Pflichten der Beteiligten bei der indirekten Garantie .....</b>	<b>205</b>
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

<b>§ 25 Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes</b> .....	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
 <b>§ 26 Abtretung der Garantieforderung, der Forderung aus dem Valutaverhältnis und des Rechts auf Inanspruchnahme der Garantie</b> .....	 230
I. Abtretung der Garantieforderung .....	230
II. Abtretung der Forderung aus dem Valutaverhältnis .....	230
III. Abtretung des Rechts auf Inanspruchnahme der Garantie .....	232
 <b>§ 27 Anwendbares Recht</b> .....	 233
 <b>§ 28 Gestaltung des Garantietextes</b> .....	 237
I. Allgemeines .....	237
II. Ingress .....	237
III. Verpflichtungsteil .....	238
IV. Form der Inanspruchnahme .....	239
V. Befristung .....	240
VI. Gerichtsstand und anwendbares Recht .....	241
 <b>Anhang I Mustertexte für Garantien</b> .....	 243
 <b>Anhang II Bemerkungen zu den ERAG und der UN-Konvention</b> .....	 259
 <b>Stichwortverzeichnis</b> .....	 263
 <b>Gesetzesregister</b> .....	 281