

Recht der Internationalen Wirtschaft

Heft 12/38. Jahrgang

Dezember 1992

Ausgewählte Fragen zur Interpretation der Einheitlichen Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von WESTPHALEN, Köln

I. Vorbemerkung

Nachdem die Internationale Handelskammer (ICC), Paris, im Jahr 1979 (Publikation Nr. 325) Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien herausgegeben hatte, liegen nunmehr Einheitliche Richtlinien für „DEMAND GUARANTEES“ (ERDG – Publikation Nr. 458) vor. Verglichen mit den Vertragsgarantien sind die „DEMAND GUARANTEES“ – dies läßt sich schon vorweg sagen – wesentlich praxisgerechter. Wie aus der „Einleitung“ abzulesen, sind die neuen Richtlinien „für eine weltweite Anwendung“¹ vorgesehen; sie sollen gleichermaßen für Garantien, Bonds und „andere Zahlungsverpflichtungen“ gelten, sofern die Zahlungsverpflichtung des Garanten oder Ausstellers „gegen Vorlage einer schriftlichen Anforderung und anderer in der Garantie bestimmter Dokumente“ entsteht². Ob freilich diese recht hochgespannten Erwartungen eines Tages wirklich realisiert werden, bleibt – jedenfalls vorläufig – abzuwarten³. Gleichwohl soll im folgenden der Versuch unternommen werden, anhand einiger Problemkreise der Frage nachzugehen, ob der Optimismus der Verfasser der ERDG berechtigt oder schlicht überzogen ist. Als Kontrapunkt für diese Erwägungen soll dabei der gegenwärtige Rechtszustand für Garantien dienen, die auf „erstes Anfordern“ des Begünstigten zahlbar gestellt sind.

II. Generelle Interessenbewertung

1. Für auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Garantien

Die auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie erweist sich als „Kind des Mißtrauens“⁴. Sie verschafft dem Begünstigten als Sicherungsinstrument die „denkbar stärkste Rechtsposition“⁵. Losgelöst vom Vertragsverhältnis zwischen Exporteur und Kunde sichert die Bankgarantie den Begünstigten vor den Risiken der Nichterfüllung oder einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages. Es ist also stets die typische Sicherungsfunktion der Bankgarantie, die im Vordergrund des Interesses steht und üblicherweise durch die Formel dokumentiert wird, daß der Begünstigte berechtigt ist, auf „erstes Anfordern“ Zahlung zu verlangen.

a) Aus der Perspektive des Begünstigten

Weil die im internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr verwendete Bankgarantie typischerweise auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellt ist, wird dadurch eine Vertauschung der Parteirollen erreicht⁶. Sofern der Begünstigte die Bankgarantie auf „erstes Anfordern“ formell ordnungsgemäß in Anspruch nimmt, erreicht er – jedenfalls in der Regel – eine ausreichende Sicherung für die ihm wegen

Nichterfüllung oder nicht ordnungsgemäßer Erfüllung gegenüber seinem Vertragspartner zustehenden vertraglichen bzw. gesetzlichen Ansprüche. Es handelt sich hier um eine abstrakte Verpflichtung⁷. Sie ist also sowohl vom Vertragsverhältnis zwischen Garantie-Auftraggeber und Garantiebank sowie vom Vertragsverhältnis zwischen Garantie-Auftraggeber und Begünstigtem als den Parteien des Grundvertrages unabhängig: Einwendungen oder Einreden, welche sich aus diesen Rechtsbeziehungen möglicherweise ergeben, stehen der Bank im Fall ordnungsgemäßer Inanspruchnahme der auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie durch den Begünstigten grundsätzlich – von Mißbrauchsfällen nach § 242 BGB einmal abgesehen – nicht zu. Durch die Inanspruchnahme der Bankgarantie erreicht der Begünstigte, daß der Garantie-Auftraggeber in die Rolle des Klägers gedrängt wird. Dies ist der „Rollentausch“⁸, der sich aufgrund der Inanspruchnahme der Bankgarantie vollzieht. Es gilt der Grundsatz: „Erst zahlen, dann prozessieren!“⁹ Nach Auszahlung des Garantiebetrages durch die Bank stehen dem Begünstigten sogleich liquide Mittel zur Verfügung, was mit der Liquiditätsfunktion der auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie zutreffend umschrieben wird¹⁰.

b) Aus der Perspektive der Garantiebank

Die im internationalen Garantiegeschäft tätigen Banken sind vor allem an der Form der Bankgarantie interessiert, welche auf „erstes Anfordern“ des Begünstigten zahlbar gestellt ist. Dieses Instrument hat sich – jedenfalls in den Augen der Garantiebanken – bewährt. Aufgrund ihrer abstrakten Natur verhindert die Bankgarantie, daß die Banken – unter allen Umständen wollen sie dies ja vermeiden – in das Vertragsverhältnis zwischen Garantie-Auftraggeber – Begünstigtem hineingezogen werden. Sie sind weder in sachlicher noch in personeller Hinsicht in der Lage, noch

1 Einheitliche Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien – Publikation-Nr. 458.

2 Siehe Fn. 1.

3 Hierzu Graf von Westphalen, DB 1992 S. 2017 ff.

4 Graf von Westphalen, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 2. Aufl. 1990, S. 25.

5 Horn, NJW 1980 S. 2153.

6 Liesecke, WM 1968 S. 72; Stockmayer, AG 1980 S. 327, 333.

7 Hadding/Häuser/Welter, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bürgschaft und Garantie, S. 700, 706 ff.; Graf von Westphalen (Fn. 4), S. 54 ff.

8 Liesecke, WM 1968 S. 72.

9 Liesecke, WM 1968 S. 22, 26; Zahn/Eberding/Ehrlich, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, 6. Aufl. 1986, Rdnr. 9/3; von Caemmerer, Bankgarantien im Außenhandel, Festschrift für Riese, 1964, S. 295, 298.

10 Nielsen, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, 1986, S. 15 f.; Graf von Westphalen (Fn. 4), S. 27.

haben sie die erforderlichen Mittel, die Berechtigung irgendwelcher Ansprüche im Vertragsverhältnis zwischen Begünstigtem und Garantie-Auftraggeber nachzuprüfen. Sie sind in dieser Beziehung Dritte. Deshalb hat die Garantiebank in erster Linie ein Interesse daran, daß bei einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie lediglich formelle Prüfungspflichten im Hinblick auf die Ordnungsgemäßheit der Inanspruchnahme der Bankgarantie erfüllt werden¹¹, damit danach der Garantiebetrag unverzüglich an den Begünstigten ausgezahlt werden kann. Ist dies geschehen, betrachtet die Bank das von ihr gegebene Garantieversprechen als erfüllt; die von ihr bewirkte Zahlung ist im Verhältnis zum Begünstigten endgültig, und das Geschäft ist dann für die Bank abgeschlossen und erledigt. Aufgrund des zum Garantie-Auftraggeber bestehenden Geschäftsbesorgungsvertrages nach §§ 675, 631 ff. BGB belastet sie dann den Garantie-Auftraggeber mit den jeweils entstandenen Aufwendungen. Es bleibt diesem überlassen, Regreß beim Begünstigten zu nehmen, so daß das Schlagwort vom „Erst zahlen, dann prozessieren!“¹² hier erneut seine Bestätigung erfährt.

c) Aus der Perspektive des Garantie-Auftraggebers

Auch der Garantie-Auftraggeber hat grundsätzlich ein Interesse daran, daß die in seinem Auftrag hinausgelegte Bankgarantie dem Begünstigten die Rechtsstellung gewährt, die dieser – unter Berücksichtigung des jeweils abgeschlossenen Grundvertrages – für erforderlich erachtet. Bei internationalen Geschäften ist es regelmäßig so, daß der Begünstigte eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie verlangt. Da der Garantie-Auftraggeber primär – dies ist jedenfalls die Regel – an dem Zustandekommen des Exportkontrakts interessiert ist und nur in zweiter Linie an der inhaltlichen Ausgestaltung der jeweiligen Bankgarantie, ist der Schluß naheliegend: Der Garantie-Auftraggeber nimmt insoweit etwaige aus der Stellung einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie resultierende Risiken bewußt in Kauf; sie sind Teil des Exportkontrakts¹³. Damit ist das Risiko rechtsmißbräuchlicher Inanspruchnahme Teil des vertraglichen Gesamtrisikos des Garantie-Auftraggebers als Exporteur. Er ist es, der den Begünstigten als seinen Kunden ausgewählt hat; daß ein Kontrakt zwischen beiden zustande kommt, beruht auf der autonomen Entscheidung des Garantie-Auftraggebers. Dies schließt auch die Beibringung der vom Begünstigten geforderten, auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie ein. Einfluß- und Risikosphäre decken sich hier.

2. Interessenbewertung aufgrund der ERDG

a) Aus der Perspektive des Begünstigten

Wie immer eine – abstrakte – Bankgarantie gestaltet sein mag, sie bezieht sich auf das Interesse des Begünstigten, gegen die Risiken abgesichert zu werden, daß der Garantie-Auftraggeber seine Verpflichtung gegenüber dem Begünstigten aus dem Grundvertrag nicht erfüllt. Doch der entscheidende Unterschied zwischen einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie und einer „DEMAND GUARANTEE“ besteht nach Art. 20 a ERDG darin: Der Begünstigte ist verpflichtet, bei Inanspruchnahme der „DEMAND GUARANTEE“ zusätzlich in schriftlicher Form zu erklären:

- „(i) daß der Auftraggeber seine Verpflichtung(en) unter dem (den) zugrundeliegenden Vertrag (Verträgen) oder, im Falle einer Bietungsgarantie, unter den Angebotsbedingungen verletzt hat, und
- (ii) welcher Art die Verletzung durch den Auftraggeber ist.“

Es ist also diese neben der Zahlungsaufforderung notwendige „schriftliche Erklärung“ im Sinn von Art. 20 a ERDG, welche den „DEMAND GUARANTEES“ das Gepräge gibt und den Unterschied zur Bankgarantie auf „erstes Anfordern“ charakterisiert. Das Interesse des Begünstigten, auf die Garantiesumme schnell zuzugreifen, wird also durch eben dieses zusätzliche Erfordernis einer „schriftlichen Erklärung“ im Sinn von Art. 20 a ERDG im Verhältnis zu einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie eingeschränkt.

b) Aus der Perspektive der Garantiebank

Wie an anderer Stelle im einzelnen gezeigt¹⁴, ist auch die „DEMAND GUARANTEE“ im Sinn von Art. 20 a ERDG eine abstrakte Zahlungsverpflichtung; sie ist gleichermaßen vom Grundvertrag zwischen Garantie-Auftraggeber und Begünstigtem unabhängig und vom Vertragsverhältnis zwischen Garantie-Auftraggeber und Garantiebank losgelöst. Da eine weitgehende Parallele zwischen ERDG einerseits und den „Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen für Dokumenten-Akkreditive“ (ERA) andererseits besteht¹⁵, ist aus der Perspektive der Garantiebank kein wesentlicher Unterschied zwischen einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie und einer „DEMAND GUARANTEE“ zu erkennen. Weder im einen noch im anderen Fall läuft die Bank – eindeutige und klare Gestaltung der „DEMAND GUARANTEE“ vorausgesetzt – Gefahr, daß sie sich zwischen die Stühle setzt und damit ihr „Standing“ gefährdet. Damit ist freilich noch nichts darüber gesagt, ob in anderen Konstellationen nicht doch Unterschiede auszumachen sind zwischen einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie und einer „DEMAND GUARANTEE“. Darüber wird später zu sprechen sein (sub. III).

c) Aus der Perspektive des Garantie-Auftraggebers

Die ERDG¹⁶ betonen, der Garantie-Auftraggeber könne und dürfe „aufgrund von Treu und Glauben schriftliche Informationen darüber erwarten, daß und in welcher Hinsicht durch ihn begangene Pflichtverletzungen behauptet werden“. Im Unterschied zu der auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie soll eine „DEMAND GUARANTEE“ den Garantie-Auftraggeber „in gewissem Ausmaß“¹⁷ vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme einer Garantie schützen. Anders gewendet: Die in Art. 20 a ERDG vorgesehene zusätzliche „schriftliche Erklärung“ dient erkennbar dem Zweck, das Risiko rechtsmißbräuchlicher Inanspruchnahme zugunsten des Garantie-Auftraggebers zu minimieren. Doch dies erscheint zweifelhaft: Wenn nämlich ein Begünstigter rechtsmißbräuchlich eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie in Anspruch nimmt, dann ist kaum zu erwarten, daß ihm die Hände zittern, wenn er die nach Art. 20 a ERDG – neben der Zahlungsaufforderung – erforderliche zusätzliche „schriftliche Erklärung“ in Form einer „schriftlichen Lüge“ abgibt, um auf diese Weise die – rechtsmißbräuchliche – Inanspruchnahme der „DEMAND GUARANTEE“ auszulösen¹⁸. Dabei ist insbesondere im Auge zu behalten, daß das Risiko rechtsmißbräuchlicher Inanspruchnahme von auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantien vor allem darin begründet ist, daß die prozeßrechtlichen Voraussetzungen für eine einstweilige Verfügung gegen die auszahlungswillige

11 Graf von Westphalen (Fn. 4), S. 164 ff.

12 Liesecke, WM 1968 S. 72.

13 Graf von Westphalen (Fn. 4), S. 30 f.

14 Graf von Westphalen, DB 1992 S. 2017, 2019.

15 Graf von Westphalen, DB 1992 S. 2017 f.

16 A. a. O. (Fn. 1), 5 – S. 3.

17 Ebenda.

18 Hierzu Graf von Westphalen, DB 1992 S. 2017, 2020 f.

Garantiebank extrem streng sind¹⁹. Es ist und bleibt eben sehr schwierig, der auszahlungswilligen Garantiebank mit „liquiden“ Beweismitteln nachzuweisen, daß der Begünstigte rechtsmißbräuchlich handelt. Denn „liquide“ Beweismittel sind nur solche, die „offensichtlich“ sind²⁰; nur die „offensichtlich fehlende sachliche Berechtigung“ gibt dem Garantie-Auftraggeber den Einwand, der Begünstigte handle rechtsmißbräuchlich²¹. Verbleiben aber irgendwelche – auch nur entfernt liegende – Auslegungszweifel, so liegt ein „liquides“ Beweismittel nicht vor²².

Sieht man also in diesen prozeß-rechtlichen Schwierigkeiten das wesentliche Element des Mißbrauchsrisikos bei auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantien, so gilt dies nicht minder für „DEMAND GUARANTEES“. Aus der auch den „DEMAND GUARANTEES“ eigentümlichen Abstraktheit folgt – ähnlich wie beim Dokumenten-Akkreditiv –, daß ein Rückgriff auf das Instrumentarium der einstweiligen Verfügung nur bei Vorliegen von „liquiden“ Beweismitteln zulässig ist²³. So gesehen relativiert sich also das Interesse des Garantie-Auftraggebers, anstelle einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie eine „DEMAND GUARANTEE“ zu fordern und auch gegenüber dem Begünstigten durchzusetzen. Doch bleibt – und dies mit allem Nachdruck – zu unterstreichen: Im internationalen Geschäftsverkehr ist eine „DEMAND GUARANTEE“ durchaus ein Vorteil, weil man – bis zum Beweis des Gegenteils – jedenfalls in der Theorie davon ausgehen darf, daß die nach Art. 20a ERDG geforderte zusätzliche „schriftliche Erklärung“ eine gewisse – zusätzliche – Hemmschwelle im Vorfeld darstellt, skrupellos und rechtsmißbräuchlich auch „DEMAND GUARANTEES“ abzukassieren.

Wenn man jedoch die andernorts im einzelnen begründete Auffassung²⁴ akzeptiert, so ist diese Hoffnung – jedenfalls aus deutsch-rechtlicher Sicht – trügerisch: Wegen der erkennbaren Diskrepanz in dem Definitionsrastraster von Art. 2a ERDG im Verhältnis zu Art. 20a ERDG ist nämlich das Erfordernis einer zusätzlichen „schriftlichen Erklärung“ – neben der schriftlichen Zahlungsaufforderung – nur dann unter Berücksichtigung der §§ 3, 4, 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz wirksam, wenn es bereits Teil des Grundvertrages zwischen Garantie-Auftraggeber und Begünstigtem ist. Handelt es sich hingegen um eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie, welche keine weiteren Erklärungspflichten des Begünstigten vorsieht, dann gelten gemäß Art. 1 die ERDG gleichwohl. Die in Art. 20a ERDG geforderte zusätzliche „schriftliche Erklärung“ des Begünstigten, der Garantie-Auftraggeber habe seine Vertragspflichten im einzelnen verletzt, ist dann weder vom Vorrangprinzip des § 4 AGB-Gesetz gedeckt noch im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz wirksam. Vielmehr ist bei einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie Art. 20a ERDG als überraschende Klausel im Sinn von § 3 AGB-Gesetz zu qualifizieren: Weder die Garantiebank noch der Garantie-Auftraggeber ist also berechtigt, vom Begünstigten – neben der Zahlungsaufforderung – eine zusätzliche „schriftliche Erklärung“ im Sinn von Art. 20a ERDG zu verlangen. Es bleibt dann bei der alten Rechtsfigur der auf „erstes Anfordern“ des Begünstigten zahlbar gestellten Bankgarantie.

III. Sonstige Problemfelder

Regelmäßig wird das Risiko rechtsmißbräuchlicher Inanspruchnahme von auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantien von dem Verlangen des Begünstigten begleitet, „to extend or pay“²⁵. Die damit zusammenhängenden Fragen sind in Art. 26 ERDG geregelt; ob diese Bestimmung eine Reduzierung des ohnehin vorhandenen Mißbrauchsri-

sikos bewirkt, ist jedoch – um es vorweg zu sagen – mehr als fraglich.

1. Bei einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie

Sofern die Zahlungsaufforderung des Begünstigten exakt dem „ersten Anfordern“ entspricht, wie es Gegenstand des „Tenor“ der Bankgarantie ist, so ist auch bei einem Verlangen „to extend or pay“ die Zahlungspflicht der Garantiebank ausgelöst. Die Garantiebank ist in diesem Fall verpflichtet, den Garantie-Auftraggeber unverzüglich zu benachrichtigen, um ihm Gelegenheit zu geben, entweder – wegen des „liquide“ nachzuweisenden Rechtsmißbrauchs – eine einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO zu erwirken oder – was häufiger der Fall ist – zähneknirschend dem Verlängerungsbegehren des Begünstigten nachzukommen. Nach Ablauf von maximal drei Bankarbeitstagen ist die Garantiebank verpflichtet, entweder dem Begünstigten Zahlung zu leisten oder seinem Verlängerungsbegehren – allerdings: nur auf Weisung des Garantie-Auftraggebers – Rechnung zu tragen²⁶.

Diese Frist würde sich möglicherweise noch verkürzen, würde man mit dem OLG Köln²⁷ das „Standing“ der Garantiebank ins Spiel bringen und die Auffassung teilen, ob die Bank in diesen Fällen Zahlung leistet, sei allein ihre eigene – auch geschäftspolitisch motivierte – Entscheidung; dem Garantie-Auftraggeber geschieht dann – so das OLG Köln – kein Unrecht, weil er sich der gemäß §§ 675, 670 BGB zu vollziehenden Belastungsbuchung der Garantiebank widersetzen könne.

2. Die Regelung von Art. 26 ERDG

Es entspricht der aufgezeigten Rechtslage, wenn Art. 26 ERDG zunächst bestimmt, die Garantiebank sei verpflichtet, von einem Verlangen „to extend or pay“ „unverzüglich“ den Garantie-Auftraggeber zu unterrichten.

a) Die fehlende Zeitbestimmung

Doch dann kommt die entscheidende Einschränkung:

„Der Garant hat dann die Zahlung für eine angemessene Zeit auszusetzen, die dem Auftraggeber und dem Begünstigten eine Einigung über die Gewährung einer solchen Verlängerung und dem Auftraggeber die Veranlassung der Durchführung ermöglicht.“

Unmittelbar drängt sich die Frage auf: Was heißt in diesem Zusammenhang „angemessene Zeit“ („for such time as is reasonable“)? Konkretisiert wird diese Frist im Sinn von Art. 26 ERDG verbal dadurch, daß auf eine potentielle „Einigung“ zwischen Garantie-Auftraggeber und Begünstigtem abgestellt wird. Doch es liegt auf der Hand, die Interessen zwischen diesen Parteien divergieren in hohem Maße; es entscheiden die jeweiligen Umstände des Einzelfalls. Diese aber sind – jedenfalls aus der Perspektive der Garantiebank – nicht abzuschätzen. Die Garantiebank ist eben nicht Partei des Grundvertrages zwischen Garantie-Auftraggeber und Begünstigtem. Sie ist auch über Bedeutung und Inhalt etwaiger Meinungsverschiedenheiten zwischen diesen Parteien nicht unterrichtet, um – von sich aus

19 OLG Köln, WM 1991 S. 1751; im einzelnen Graf von Westphalen (Fn. 4), S. 259 ff.

20 BGH, RIW 1984 S. 918.

21 BGH, WM 1985 S. 511, 512.

22 BGH, WM 1986 S. 1429, 1430.

23 Graf von Westphalen, DB 1992 S. 2017, 2021.

24 Graf von Westphalen, DB 1992, S. 2017 ff.

25 Hierzu im einzelnen Graf von Westphalen (Fn. 4), S. 207 ff.

26 Hierzu im einzelnen Graf von Westphalen (Fn. 4), S. 208.

27 OLG Köln, WM 1991 S. 1751.

– eine zuverlässige Beurteilung der „angemessenen Zeit“ gemäß Art. 26 ERDG vornehmen zu können. Es ist eben das Schicksal aller Leerformeln. Sie dienen nur selten der Streitvermeidung, solange gegenläufige Interessen dominant sind. Genau dies ist hier der Fall: Der Begünstigte will rasch eine Entscheidung darüber herbeigeführt wissen, ob die „DEMAND GUARANTEE“ verlängert oder ausgezahlt wird. Der Garantie-Auftraggeber hingegen hat regelmäßig ein Interesse daran, die Garantie-Urkunde im Original zurückzuerhalten; doch schickt er sich auch ins Unvermeidbare und gestattet widerstrebend eine zeitlich befristete Verlängerung der „DEMAND GUARANTEE“, weil dies noch das geringere Übel im Vergleich zu einer Zahlung ist.

So wird es also nahezu unvermeidbar sein, daß die in Art. 26 ERDG enthaltene Regelung – so gut sie immer gemeint war – keine der beteiligten Interessen zufriedenstellen wird. Die Garantiebanken sehen mit Recht ihr „Standing“ gefährdet, wenn sie nicht unverzüglich Zahlung leisten. Der Garantie-Auftraggeber als Kunde der Garantiebank sieht sein Interesse sträflich vernachlässigt, wenn die Garantiebank nicht eine „angemessene Zeit“ nach Art. 26 ERDG zuwartet, damit eben doch letzten Endes eine „Einigung“ zwischen dem Garantie-Auftraggeber und dem Begünstigten herbeigeführt wird, ein Arrangement sozusagen, an welches die Garantiebank dann gebunden ist. Der Begünstigte hingegen erwartet mit Recht, daß alsbald seinem Begehren Rechnung getragen wird; für ihn ist die Garantiebank der ausschließliche Ansprechpartner. Nur sie ist aufgrund des Garantievertrages verpflichtet, Zahlung zu leisten. Mit dem Garantie-Auftraggeber verbindet den Begünstigten lediglich der Grundvertrag, dessen Erfüllunginteresse durch die „DEMAND GUARANTEE“ aufgrund der beschriebenen Liquiditätsfunktion gesichert sein soll. So reklamiert also jede Partei in dieser „Dreiecksbeziehung“ ihr eigenes Recht; und diesen „gordischen Knoten“ hat Art. 26 ERDG mit der unklaren Zeitbestimmung geschürzt, nicht aber gelöst.

b) Die Nichthaftung der Garantiebank

Diese Bedenken werden noch dadurch verschärft, wenn man sich vor Augen führt, daß Art. 26 Abs. 2 ERDG kategorisch bestimmt:

„Der Garant haftet nicht (für Zinsen oder in anderer Weise) für die Verzögerung irgendeiner Zahlung an den Begünstigten aufgrund des vorstehenden Verfahrens.“

Notwendigerweise besagt dies, daß eine an Art. 20 a ERDG ausgerichtete Zahlungsanforderung im Sinn von Art. 26 ERDG nicht dazu führt, daß die Zahlungspflicht der Garantiebank im Sinn von § 271 BGB fällig wird. Dies bedeutet auch, daß der Begünstigte nicht die Rechtsmacht besitzt, die Voraussetzungen des Zahlungsverzugs im Sinn von § 284 Abs. 1 BGB durch eine Mahnung herbeizuführen. Selbst dann, wenn die Garantiebank – aus welchen Gründen immer – die Interessen ihres Kunden, des Garantie-Auftraggebers, im Rahmen von Art. 26 ERDG unangemessen in den Vordergrund rückt, um die danach ihr zur Verfügung stehende „angemessene Zeit“ weitlich auszukosten, braucht sie eine Sanktion für dieses Verhalten nicht zu besorgen. Gleichwohl: Der Begünstigte ist Berechtigter und damit Kunde aus dem Garantievertrag. Umgekehrt: Es ist nicht zu erkennen, wie der Begünstigte überhaupt in der Lage sein kann, einen ihm erwachsenen Verzögerungsschaden im Sinn von Art. 26 Abs. 2 ERDG zu reklamieren. Der Garantie-Auftraggeber ist eben nicht Partei des Garantievertrages; folglich hat der Begünstigte es nicht in der Hand, den Zahlungsverzug nach § 284 BGB ihm gegenüber zu begründen. Der Begünstigte hat den Schaden; gegenüber dem Garantie-Auftraggeber aber hat er keinen Anspruch, und die Garantiebank schützt sich gemäß Art. 26 Abs. 2 ERDG durch eine umfassende Freizeichnung.

Eine Lösung könnte sich anbieten, würde man auf das Instrumentarium der Drittschadensliquidation zurückgreifen können. Doch ist dies ersichtlich nicht von den ERDG gewollt, scheitert im übrigen aber auch daran, daß Art. 26 Abs. 2 ERDG keine typische Schadensverlagerung auf einen Dritten zum Gegenstand hat²⁸. Vielmehr ist das Auseinanderfallen von Schaden und Anspruch zum einen das Ergebnis des typischen „Dreiecksverhältnisses“, wie es für das Garantiegeschäft üblich ist, zum anderen resultiert der beim Begünstigten belassene Verzögerungsschaden aus der vertraglich geschaffenen Freizeichnung der Garantiebank ihm gegenüber. Daß dies in hohem Maße unbefriedigend ist, braucht nicht weiter vertieft zu werden.

Naheliegender ist es daher, die Haftungsfreizeichnung von Art. 26 Abs. 2 ERDG an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz scheitern zu lassen. Im Bereich einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung im Sinn von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz versteht sich dies gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz praktisch von selbst²⁹. Aber auch im Rahmen gewöhnlicher Fahrlässigkeit wird man eine so umfassende, das Willkürverbot nicht berücksichtigende AGB-Klausel an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz scheitern lassen; das Konzept des Freizeichnungsverbots bei „wesentlichen“ Vertragspflichten im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz braucht hier nur noch vorsorglich bemüht zu werden³⁰. Dann aber sitzt die Garantiebank wirklich zwischen allen Stühlen: Ohne den Vertrag zwischen Garantie-Auftraggeber und Begünstigtem sowie den daraus entstehenden Streit im Sinn von Art. 26 Abs. 1 ERDG überhaupt beurteilen zu können, muß sie aus eigenem Interesse selbständig entscheiden, wann für sie die „angemessene Zeit“ im Sinn von Art. 26 ERDG abgelaufen ist, um auf diese Weise der Haftungssanktion ihrem Vertragspartner, dem Begünstigten, gegenüber zu entgehen.

3. Die Haftungsfreizeichnung nach Art. 18 lit. b) i. V. mit Art. 15 ERDG

Ein weiterer neuralgischer Punkt ist die umfassende Haftungsfreizeichnung in Art. 15 ERDG. Sie bezieht sich u. a. auch auf die Sonderproblematik der „indirekten“ Garantie³¹, wie sie in Art. 14 b ERDG verankert ist. Es heißt dort:

„Garanten und Rückgaranten übernehmen keine Haftung oder Verantwortung, wenn die von ihnen übermittelten Weisungen nicht ausgeführt werden, auch wenn sie selbst die Auswahl des Dritten getroffen haben.“

Demgegenüber bestimmt Art. 15 ERDG:

„Garanten und Rückgaranten sind von der Haftung und Verantwortung gemäß vorstehender Art. 11, 12 und 14 nur insoweit befreit, als sie in gutem Glauben und mit angemessener Sorgfalt handeln.“³²

Geht man davon aus, daß der zwischen Garantiebank und Garantie-Auftraggeber abgeschlossene Vertrag nach deutschem Recht zu beurteilen ist, so handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter im Sinn der §§ 675, 631 ff. BGB³³. Als Folge dieser Qualifizierung steht fest, daß die Garantiebank gegenüber dem Garantie-Auftraggeber dafür einstehen muß, daß die vertraglich bedungene Garantie zugunsten des Begünstigten hinausgelegt wird. Sie ist also werkvertraglich verpflichtet,

28 Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 51. Aufl., vor § 249 Rdnr. 112 m. w. N.

29 Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGBG, Großkommentar, § 11 Nr. 7 Rdnr. 39 m. w. N.

30 Hierzu Paulus, DWiR 1992 S. 182 ff. – umfassend.

31 Hierzu Graf von Westphalen (Fn. 4), S. 224 ff.

32 Publikation Nr. 485 S. 10.

33 Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl., Rdnr. 1106; Nielsen (Fn. 10), S. 66; Graf von Westphalen (Fn. 4), S. 335; a. M. Zahn/Eberding/Ehrlich (Fn. 9), Rdnr. 9/71.

die vom Garantie-Auftraggeber herrührenden Weisungen (vgl. § 665 BGB) strikt einzuhalten, weil sie deren Erfüllung gegenüber dem Begünstigten schuldet. Diese Erfolgshaftung ist – im Gegensatz zur Regelung von Art. 15 ERDG – nicht davon abhängig, ob die Grantiebank mit „angemessener Sorgfalt“ handelt; die werkvertragliche Erfüllung ist als Erfolg geschuldet, wie sich unmittelbar aus § 633 Abs. 1 BGB ablesen läßt.

Qualifiziert man die ERDG als AGB-Klausel im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz³⁴, so ist die BGH-Judikatur zu den „wesentlichen“ Vertragspflichten als freizeichnungsfeste Pflichten im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz einschlägig. Jegliche Haftungsfreizeichnung ist hier unwirksam³⁵. Der werkvertraglich geschuldete Erfolg kann nicht Gegenstand einer wirksamen Freizeichnung sein³⁶, weil die werkvertraglichen Erfüllungspflichten verschuldensunabhängig sind.

Diese Unwirksamkeitssanktion gilt erst recht, wenn man im Rahmen von Art. 14 lit. b) ERDG berücksichtigt, daß die Haftungsfreizeichnung auch dann zugunsten der Garantiebank eingreifen soll, wenn diese selbst die „Auswahl des Dritten“ bestimmt hat. Unabhängig davon, ob man bei der „indirekten“ Garantie die – regelmäßig ausländische – Erstbank als Substitut oder als Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB einordnet³⁷, steht jedenfalls im Rahmen von § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB fest, daß die beauftragte Garantiebank für das Verschulden haftet, welches ihr bei der Übertragung eines Auftrags an einen Dritten zur Last fällt. Und nach § 664 Abs. 1 Satz 3 BGB gilt, daß die Haftung gemäß § 278 BGB unberührt bleibt, sofern die beauftragte Garantiebank einen Gehilfen eingeschaltet hat. Fällt also ein Übertragungsverschulden nach § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB der Garantiebank im Sinn von Art. 14 lit. b) ERDG zur Last, so ist dies durch Art. 15 ERDG – verbal gesprochen – abbedungen. Ob dies mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz vereinbar ist, ist mehr als zweifelhaft. Unabhängig davon steht fest: Ist der von der beauftragten Garantiebank eingeschaltete Dritte Erfüllungsgehilfe im Sinne von § 278 BGB, so kommt es auf ein Eigenverschulden des Geschäftsherrn – und nur dies hat Art. 15 ERDG im Auge – nicht an; § 278 BGB normiert die strikte Haftung für Fremdverschulden, was gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unmittelbar zu berücksichtigen ist.

Folglich führt kein Weg an der Erkenntnis vorbei, daß die weitreichende Haftungsfreizeichnung, wie sie in Art. 14 lit. b) ERDG verankert ist, unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz oder von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz unwirksam ist. Art. 15 ERDG ändert dieses Ergebnis nicht ab, sondern setzt erst das Fundament für die AGB-rechtliche Argumentation.

4. Gerichtsstandsklauseln

Nach Art. 28 ERDG gilt für „alle Rechtsstreitigkeiten bezüglich der Garantie“ zwischen Garantie-Auftraggeber und Begünstigtem „ausschließlich“ die Zuständigkeit des Gerichts des Landes, in welchem sich der Geschäftssitz der Garantiebank befindet. Diese Regelung steht unter dem Vorbehalt, daß „in der Garantie nichts anderes geregelt ist“. Doch darauf kommt es nicht entscheidend an. Nimmt man nämlich das Schriftlichkeitserfordernis von Art. 17 EuGVÜ als Maßstab, so ist die Gerichtsstandsregelung von Art. 28 ERDG ersichtlich deswegen unwirksam, weil es hier an dem zwingenden Erfordernis einer beiderseitigen Schriftform fehlt. Dieser Mangel ist auch nicht dadurch zu heilen, daß man im Rahmen von Art. 17 EuGVÜ darauf verweist, daß auch solche Gerichtsstandsvereinbarungen wirksam getroffen werden können, „die den internationalen Handelsbräuchen“ entsprechen³⁸. Denn es kann beim besten Willen nicht davon die Rede sein, daß die Gerichtsstandsklausel im Sinn

von Art. 28 ERDG bereits EG-weiter Handelsbrauch und daher im Sinn von Art. 17 EuGVÜ anzuerkennen ist. Ganz im Gegenteil: Die AGB-rechtliche Qualifikation der ERDG beruht auf der Erkenntnis, daß diese – auch wenn etwas anderes beabsichtigt sein sollte – keineswegs Handelsbrauch im Sinn von § 346 HGB sind. Dazu fehlt die Bewährung in der Praxis; dazu fehlt die Anerkennung der beteiligten Verkehrskreise.

IV. Zusammenfassung

Selbst wenn man berücksichtigt, daß das Interesse des Garantie-Auftraggebers durchaus darauf zielt, eine „DEMAND GUARANTEE“ anstelle einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie zu erhalten, so kann diese Feststellung doch nicht an dem Ergebnis vorbeischieben: Die Regelung von Art. 20 a ERDG ist – wie an anderer Stelle ausführlich gezeigt³⁹ – wegen Verstoßes gegen §§ 3, 4, 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam, weil die Parteien des Grundvertrages lediglich eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie vereinbart haben, weil auch diese – und darin liegt die Crux – unter den Definitionsraster von Art. 2 a ERDG fällt. Ist also das zusätzliche Erfordernis einer „schriftlichen Erklärung“ im Sinn von Art. 20 a ERDG nicht unmittelbarer Bestandteil des Garantievertrages, so nützt Art. 20 a ERDG dem Garantie-Auftraggeber nichts; der Begünstigte kann dann – wie auch jetzt schon – Zahlung auf „erstes Anfordern“ verlangen. Macht aber der Begünstigte von dem üblichen Begehren „to extend or pay“ im Sinn von Art. 26 ERDG Gebrauch, so ist die Leerklausel von der „angemessenen Zeit“, die bis zur Zahlungspflicht der Garantiebank vergehen kann, geeignet, die Interessen aller Beteiligten zu beschädigen: Der Begünstigte muß gemäß Art. 26 Abs. 1 ERDG eine unbestimmt lange Frist warten, bevor er Zahlung erhält; und er hat keinen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens, weil dieser gemäß Art. 26 Abs. 2 ERDG gegenüber der Garantiebank ausgeschlossen ist. Die Garantiebank ihrerseits weiß im Rahmen von Art. 26 ERDG nur eins: sie wird es mit allen Beteiligten verderben, wenn sie – nach eigenem Gusto – das Kriterium der „angemessenen Zeit“ festlegt. Geht man jedoch soweit, die Haftungsfreizeichnung in Art. 26 Abs. 2 ERDG als nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam einzustufen, so trägt die Garantiebank noch den Verzögerungsschaden gegenüber dem Begünstigten. Auf die Norm von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz muß sich auch der Garantie-Auftraggeber berufen, wenn – entgegen seinen Weisungen – der Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Garantiebank fehlschlägt, weil Art. 14 b ERDG in Verbindung mit Art. 15 ERDG eine umfassende Haftungsfreizeichnung zugunsten der Garantiebank bewirkt, obwohl der Geschäftsbesorgungsvertrag auf eine werkvertragliche Erfüllungspflicht im Sinn der §§ 675, 631 ff. BGB zielt. Wollen die Parteien der ERDG dann einen über einen dieser Problempunkte entstandenen Streit nach Art. 28 ERDG schlichten und rufen das Gericht an, welches am Geschäftssitz der Garantiebank domiziliert, so scheidet diese ausschließliche Zuständigkeitsregel an der Barriere des Art. 17 EuGVÜ. Es bleibt dann dabei, daß die jeweiligen international-prozeßrechtlichen Zuständigkeitsregeln gelten, weil Rechtsvereinheitlichung in so apodiktischer Form, wie es den ERDG vorschwebt, nicht zu erreichen ist.

34 Hierzu Graf von Westphalen, DB 1992 S. 2017 f.

35 BGH, ZIP 1984 S. 971 – Textilveredelung = BB 1984 S. 939; BGH, ZIP 1988 S. 360, 362 – Bundesbank-Scheckinkasso; BGH, ZIP 1991 S. 1054, 1060 – Landesbausparkasse = BB 1991 S. 1591.

36 BGH, BB 1984 S. 746 – Kühllagerhaus.

37 Hierzu im einzelnen Graf von Westphalen (Fn. 4), S. 229 ff.

38 Hierzu Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Art. 17 Rdnrn. 40 ff.

39 Graf von Westphalen, DB 1992 S. 2017 ff.