

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

## Die neuen einheitlichen Richtlinien für „Demand Guarantees“

### I. Einleitung

Nachdem die von der Internationalen Handelskammer (ICC), Paris, herausgegebenen Einheitlichen Richtlinien für Vertragsgarantien (Publikation Nr. 325) in der Praxis keine Resonanz gefunden hatten, liegen nunmehr Einheitliche Richtlinien für „Demand Guarantees“ (ERDG, Publikation 458) vor. Deshalb stellt sich die Frage, ob diese ICC-Richtlinien geeignet sind, der Praxis des Außenhandelsgeschäfts eine wirksame Hilfestellung gegenüber dem Risiko mißbräuchlicher Inanspruchnahme zu bieten, oder ob es bei dem seit langen Jahren bewährten Instrument der auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie – ohne Wenn und Aber – in der Praxis verbleiben wird.

### II. Anwendungsbereich – Qualifikation der ERDG

#### 1. Anwendungsbereich gem. Art. 1 ERDG

Art. 1 ERDG bestimmt zunächst eine blanke Selbstverständlichkeit, daß nämlich die ERDG immer dann auf „jede auf Anfordern zahlbare Garantie“ Anwendung finden, sofern die Parteien ihre Anwendung in dieser Garantie selbst festgelegt haben. Darüber hinaus regelt Art. 1 ERDG, daß sie auch dann „für alle Beteiligten bindend“ sein sollen, „soweit in der Garantie oder deren Änderung nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist“.

Während die erste Alternative zu erkennen gibt, daß es sich bei den ERDG um Vertragsbedingungen handeln soll, die der wirksamen Einbeziehung bedürfen, deutet die zweite in Art. 1 ERDG bezeichnete Alternative darauf hin, daß es sich bei den ERDG um Handelsgewohnheitsrecht oder um einen Handelsbrauch gem. § 346 HGB handeln soll: Unabhängig von dem Willen der Parteien sollen die ERDG auf solche Garantien Anwendung finden, die auf „Anfordern“ zahlbar gestellt sind. Ersichtlich ist damit eine Parallele zu Art. 1 der „Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ERA)“ herbeigeführt.

Es ist ungefragt einzuräumen, daß nur eine solche weitreichende – vom Willen der Parteien unabhängige – Geltung der ERDG überhaupt geeignet ist, die von der ICC, Paris, angestrebte internationale, weltweite Geltung eines Tages zu sichern. Daraus folgt aber gleichzeitig, daß die Parteien eines internationalen Vertrages vorsorglich erwägen sollten, die Anwendung der ERDG ausdrücklich abzubedingen, wenn sie es – wie bisher – bei einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie belassen wollen, die ohne Rechtsvereinheitlichung jeweils dem anwendbaren nationalen Recht unterworfen ist.

#### 2. Der AGB-Charakter der ERDG

Eine solche ausdrückliche Abbedingung der ERDG wäre freilich dann nicht erforderlich, wenn die ERDG – deutsches Recht als Vertragsstatut vorausgesetzt – ihrerseits lediglich als AGB i. S. von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz zu qualifizieren wären. Soweit die ERDG im nicht-kaufmännischen Bereich – selten genug wird dies der Fall sein – verwendet werden, müßten die Einbeziehungsvoraussetzungen von § 2 AGB-Gesetz beachtet werden. Demgegenüber gilt im kaufmännischen Bereich gem. § 24 AGB-Gesetz das Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Einbeziehung i. S. der §§ 145 ff. BGB<sup>1)</sup>. Dies schließt ein, daß der AGB-Verwender auf die Geltung der ERDG als AGB-Klauseln i. S. von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz ausdrücklich verweisen muß, so daß der aus der Garantie Begünstigte verpflichtet ist, sich nach dem Inhalt der ERDG zu erkundigen<sup>2)</sup>, falls sie ihm nicht unmittelbar zur Kenntnis gebracht werden. Auch wenn ein ausdrücklicher Hinweis auf die Geltung der AGB fehlt, müssen im kaufmännischen Bereich zumindest konkrete Umstände des Einzelfalls

vorliegen, aus denen die Schlußfolgerung abgeleitet werden kann, daß der Vertragspartner stillschweigend mit der Geltung der AGB einverstanden ist<sup>3)</sup>.

#### a) Parallele zu den ERA

Daß die ERDG AGB-Charakter besitzen und kein Handelsbrauch sind, ist keineswegs überraschend oder der beabsichtigten weltweiten Geltung der ERDG von vornherein abträglich. Vielmehr folgt es aus einer Parallelschaltung zu den seit langer Zeit etablierten ERA: Auch diese sind – wenngleich nicht unumstritten – grundsätzlich als AGB-Klauseln i. S. von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz einzuordnen<sup>4)</sup>. Keineswegs wird dadurch ausgeschlossen, daß einzelne Bestimmungen der ERA tatsächlich – insbesondere wegen lang anerkannter Übung – als Handelsbrauch gem. § 346 HGB einzuordnen sind<sup>5)</sup>. Wenn aber die rechtliche Qualifikation der ERA als AGB-Klauseln i. S. von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz nicht verhindert haben, daß inzwischen von einer praktisch ausschließlichen, weltweiten Geltung der ERA auszugehen ist, so ist eine weltweite Akzeptanz der ERDG eines späteren Tages keinswegs durch eine national-rechtliche Qualifikation ihres Rechtscharakters präkludiert.

#### b) Beiderseitige Verwendung der ERDG

Notwendigerweise sind die ERDG dann keine AGB-Klauseln i. S. von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz, wenn sich beide Parteien bei Abschluß des Vertrages darüber einig sind, die ERDG im Rahmen der hinausgelegten Garantien zur Anwendung zu berufen<sup>6)</sup>. Die Nichtanwendbarkeit von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz rechtfertigt sich in diesen Fällen jedoch nur dann, wenn beide Vertragsparteien die AGB ohne Zugestehen einer Verhandlungsmöglichkeit in den Garantievertrag einführen wollen<sup>7)</sup>. Bezogen auf die ERDG wird diese Konstellation – jedenfalls für die nächste Zeit – selten sein, weil es häufig so sein wird, daß der Garantie-Auftraggeber die Anwendung der ERDG deswegen „vorschlägt“, mithin: i. S. von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz „stellt“, weil die ERDG – wie noch zu zeigen sein wird – dem Garantie-Auftraggeber durchaus günstiger sind als die Verwendung der in der Praxis üblichen Garantie, welche auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellt ist<sup>8)</sup>.

Ob die Anwendung von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz auf die ERDG dann noch zur Konsequenz hat, diese inhaltlich mit der Sonde von § 9 AGB-Gesetz zu prüfen<sup>9)</sup>, kann in diesem Zusammenhang offenbleiben<sup>10)</sup>. Zwar ist auch beabsichtigt, daß die ERDG sich im internationalen Garantiegeschäft eines Tages durchsetzen, doch ist es – jedenfalls im Augenblick – mangels hinrei-

1) BGH, NJW-RR 1987 S. 112, 113; BGH, ZIP 1992 S. 404, 406.

2) BGH, DB 1982 S. 947 = ZIP 1982 S. 447, 448.

3) BGH, NJW-RR 1992 S. 626, 627 – Einheitsbedingungen der Deutschen Textilveredlungsindustrie.

4) *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 28. Aufl., (11) ERA Anm. 2; *Eisemann/Schütze*, Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr, 1989, S. 56; *Graf von Westphalen*, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 3. Aufl. 1987, S. 227 f. m. w. N.

5) *Wassermann*, Die Verwertung von Ansprüchen aus Dokumentenakkreditiven, 1981, S. 25; *Baumbach/Duden/Hopt*, a.a.O. – betreffend die Abstraktheit des Akkreditivs; *Zahn/Eberding/Ehrlich*, Zahlung und Zusage im Außenhandel, 6. Aufl., Rdn. 1/8.

6) *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, 2. Aufl. 1989, § 1 Rdn. 29; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 6. Aufl. 1990, § 1 Rdn. 29.

7) So mit Recht *Wolf/Horn/Lindacher* a.a.O.

8) Hierzu im einzelnen *Graf von Westphalen*, Die Bankgarantie im Internationalen Handelsverkehr, 2. Aufl. 1990; *Nielsen*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, 1986.

9) *Graf von Westphalen*, WM 1980 S. 178 ff.; *Baumbach/Duden/Hopt* a.a.O.

10) Im einzelnen *Wolf*, ZHR 113 S. 300 ff.

chender Akzeptanz der ERDG noch nicht geboten, im Rahmen der §§ 9, 24 AGB-Gesetz Rücksicht auf die Internationalität der ERDG im Sinne einer „lex mercatoria“ zu nehmen.

### III. Erforderliche Abstraktheit

#### 1. Die auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie a) Rechtsnatur

Die im internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr gebräuchliche Form der auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie ist ein „Kind des Mißtrauens“: Als Sicherungsinstrument verschafft sie dem Begünstigten die „denkbar stärkste Rechtsposition“<sup>11)</sup>. Losgelöst vom Vertragsverhältnis zwischen Exporteur und Kunde sichert die Bankgarantie den Begünstigten vor den Risiken einer Nichterfüllung bzw. einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages<sup>12)</sup>. Will der Begünstigte die auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie in Anspruch nehmen, so ist er lediglich verpflichtet, die in der jeweiligen Garantieklausel – auch „Tenor“ genannt – festgelegten formellen Voraussetzungen zu erfüllen; er ist nicht verpflichtet, auch gegenüber der Garantiebank den materiellen Nachweis der Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages – bezogen auf das Rechtsverhältnis zwischen Exporteur und seinem Kunden – zu erbringen<sup>13)</sup>. Aufgrund der Inanspruchnahme der auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie vollzieht sich ein „Rollentausch“: Da die Bank zu Lasten des Exporteurs/Garantie-Auftraggebers Zahlung leistet, ist es dann Sache des Exporteurs/Garantie-Auftraggebers, den von der Bank an den Begünstigten ausgezahlten Betrag – unter Berücksichtigung des zwischen diesen beiden Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses – zurückzuverlangen, was regelmäßig die Führung eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens einschließt. Dies findet in dem stereotypen Grundsatz seinen Widerklang: „Erst zahlen, dann prozessieren!“<sup>14)</sup>

Es ist anerkannt, daß sich aus dem Grundsatz der Parteiautonomie, wie er in § 305 BGB verankert ist, das Institut des Garantievertrages ableiten läßt<sup>15)</sup>. Der Garantievertrag ist dadurch charakterisiert, daß – entsprechend dem jeweiligen Parteiwillen – die Verpflichtung des Garanten charakteristisch ist, für einen bestimmten, regelmäßig: wirtschaftlichen Erfolg einzustehen<sup>16)</sup>. Auch kann der Garantievertrag den Zweck verfolgen, einen künftigen, noch nicht entstandenen Schaden zu übernehmen; unter diesem Gesichtswinkel ist die Verpflichtung des Garanten auf Schadloshaltung des Versprechensempfängers gerichtet<sup>17)</sup>.

Überträgt man diese Gesichtspunkte auf die im internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie, so ergeben sich auffallende Ähnlichkeiten: Hier wie dort zielt die Hauptpflicht des Garanten darauf ab, den Begünstigten gegenüber einem bestimmten Risiko schadlos zu halten; der Garant sichert das „Interesse“ des Begünstigten<sup>18)</sup>. Ausgeprägt wird dies in den verschiedenen Erscheinungsformen der Bankgarantie, wie sie im internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr anzutreffen sind: Angefangen von der Bietungsgarantie über die Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsgarantie bis hin zur Zahlungsgarantie.

#### b) Das charakteristische Moment der Abstraktheit

Auch wenn immer mit Recht hervorgehoben wird, daß die auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie – im Unterschied zur akzessorischen Bürgschaft gem. §§ 765 ff. BGB – abstrakt ist<sup>19)</sup>, so muß man sich doch darüber im klaren sein: Der Begriff der „Abstraktheit“ ist eine der vieldeutigsten des Privatrechts<sup>20)</sup>. *Hadding/Häuser/Welter*<sup>21)</sup> haben aufgrund einer detaillierten Analyse ermittelt, daß der Begriff der „Abstraktheit“ eine zweifache Bedeutung besitzt: Abstraktheit besagt zunächst einmal rechtliche Selbständigkeit gegenüber einem anderen Rechtsgeschäft – ein Tatbestand, den *Hadding/Häuser/Welter*

als „äußerliche Abstraktheit“ umschreiben<sup>22)</sup>. Davon zu unterscheiden ist die „inhaltliche Abstraktheit“. Sie ist dann gegeben, wenn die Wirksamkeit einer Verfügung dadurch unbeeinträchtigt bleibt, daß die Vereinbarung über ihren Zweck nicht in ihr enthalten ist<sup>23)</sup>. Ob man eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie als „inhaltlich“ abstrakt charakterisieren kann, darf im Rahmen dieser Abhandlung dahinstehen; ausreichend ist es allemal zu konstatieren, daß eine so ausgestaltete Garantie „äußerlich“ abstrakt ist. Dokumentiert wird dies vor allem in der Erkenntnis, daß die Zahlungspflicht der Bank dadurch ausgelöst wird, daß der Begünstigte auf „erstes Anfordern“ Zahlung leistet, so daß die Zahlungspflicht der Bank immer dann entsteht, wenn der Begünstigte ein Zahlungsbegehren an die Bank richtet, welches die Voraussetzungen des „formellen“ Garantiefalls exakt reflektiert. Ob auch bezogen auf den Grundvertrag zwischen Exporteur/Garantie-Auftraggeber und Begünstigtem die Voraussetzungen des „materiellen“ Garantiefalls gegeben sind, bleibt grundsätzlich außer Betracht: Einreden oder Einwendungen, die aus diesem Vertragsverhältnis resultieren, beeinträchtigen den Zahlungsanspruch des Begünstigten nicht, solange er ein formell ordnungsgemäßes Zahlungsverlangen an die Bank auf Auszahlung des Garantiebetrages richtet.

#### c) Grenzen – Mißbrauchsfälle

In seiner grundlegenden Entscheidung vom 12. 3. 1984<sup>24)</sup> hat der BGH kategorisch festgestellt, der den Grundvertrag zwischen Exporteur/Garantie-Auftraggeber und Begünstigtem betreffende Einrede- und Einwendungsverzicht, welcher für die auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie konstitutiv ist, unterliegt seinerseits „den Maßstäben von Treu und Glauben“: Nur dann, wenn „offensichtlich oder liquide beweisbar“ ist, daß trotz Vorliegens der „formellen“ Voraussetzungen des Garantiefalls dieser als „materieller“ Garantiefall im Grundvertrag nicht eingetreten ist, scheidet der Zahlungsanspruch des Begünstigten am Einwand des Rechtsmißbrauchs<sup>25)</sup>.

Folglich gibt „nur die offensichtlich fehlende sachliche Berechtigung des Begünstigten der Bank den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung“<sup>26)</sup>. Mehr noch: „Alle Streitfragen tatsächlicher, aber auch rechtlicher Art, deren Beantwortung sich nicht von selbst ergibt“, sind nach Zahlung des Garantiebetrages in einem evtl. Rückforderungsprozeß – mit umgekehrten Vorzeichen, weil ein „Rollentausch“ vorliegt – auszutragen<sup>27)</sup>. Verbleiben irgendwelche Zweifel daran, ob der Einwand des Rechtsmißbrauchs im einzelnen begründet ist, so sind die hierfür streitenden Tatsachen entweder nicht „liquide“<sup>28)</sup> oder doch zumindest nicht „of-

<sup>11)</sup> *Horn*, NJW 1980 S. 2153.

<sup>12)</sup> *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 25 f.

<sup>13)</sup> *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 27.

<sup>14)</sup> *Liesecke*, WM 1968 S. 2226; *Zahn/Eberding/Ehrlich*, a.a.O., Rdn. 9/3; *Auhagen*, Die Garantie einer Bank auf „erstes Anfordern“ zu zahlen, Diss. Freiburg 1966, S. 39 f.

<sup>15)</sup> BGH, NJW 1985 S. 2941; RG, JW 1919 S. 241; RG, JW 1921 S. 828; RGZ 137 S. 83, 85; *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 51; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1981, Rdn. 1124; *Zahn/Eberding/Ehrlich*, a.a.O., Rdn. 9/7 ff.

<sup>16)</sup> BGH, WM 1978 S. 554; BGH, WM 1977 S. 718; RGZ 52 S. 429.

<sup>17)</sup> RGZ 137 S. 83, 85.

<sup>18)</sup> *Graf von Westphalen*, a.a.O.

<sup>19)</sup> Hierzu *Canaris*, a.a.O., Rdn. 1125; *Nielsen*, a.a.O., S. 25 f.; *Hein*, Der Zahlungsanspruch des Begünstigten einer Bankgarantie „auf erstes Anfordern“, Diss. Gießen 1982, S. 23.

<sup>20)</sup> *Kübler*, Feststellung und Garantie, 1967, S. 211.

<sup>21)</sup> Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bürgschaft und Garantie, S. 706 ff.; vgl. auch *Nielsen*, a.a.O., S. 24 ff.

<sup>22)</sup> *Hadding/Häuser/Welter*, a.a.O., S. 708.

<sup>23)</sup> Hierzu auch *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 56 ff.

<sup>24)</sup> BGH, DB 1984 S. 1389 = RIW 1984 S. 918.

<sup>25)</sup> BGH a.a.O.

<sup>26)</sup> BGH, DB 1985 S. 1685 = WM 1985 S. 511.

<sup>27)</sup> BGH, DB 1988 S. 2245, 2246 = WM 1988 S. 934, 935.

<sup>28)</sup> BGH, DB 1984 S. 1389 = RIW 1984 S. 918.<sup>2</sup>

fensichtlich<sup>29)</sup>. Ist es der Bank unter Berücksichtigung der §§ 133, 157 BGB möglich, die vom Garantie-Auftraggeber zum Nachweis des Rechtsmißbrauchs unterbreiteten Tatsachen anders – und damit: im Ergebnis abweichend – zu bewerten, so scheidet der Einwand des Rechtsmißbrauchs; die Zahlungspflicht der Bank setzt sich durch<sup>30)</sup>.

Der Einwand des Rechtsmißbrauchs kann also lediglich mit „liquiden“ Beweismitteln geführt werden<sup>31)</sup>. Ein „liquides“ Beweismittel ist in erster Linie eine Urkunde, soweit sie den Tatbestand des Rechtsmißbrauchs durchschlagend belegt<sup>32)</sup>. Das Beweisergebnis muß also eindeutig sein<sup>33)</sup>. Dabei ist stets im Auge zu behalten, daß die Bank nicht Partei des Grundverhältnisses zwischen Garantie-Auftraggeber/Exporteur und Begünstigtem ist. Gleichwohl schuldet sie aufgrund ihres eigenen Vertragsverhältnisses Zahlung an den Begünstigten, sofern dieser die „formellen“ Voraussetzungen des Garantiefalls ihr gegenüber darlegt und ordnungsgemäß Zahlung begehrt.

## 2. Die Abstraktheit gem. Art. 2b ERDG

### a) Die Parallele zu Art. 3 ERA

Nachdem Art. 2a ERDG – im Rahmen einer vorgeschalteten Begriffsdefinition – klargestellt hat, daß eine „auf Anfordern zahlbare Garantie“ jede Garantie-, Bond- oder andere Zahlungsverpflichtung einer Bank, Versicherungsgesellschaft oder einer anderen Stelle oder Person ist, ist damit zunächst ein wichtiger Ansatzpunkt gewonnen: Die in Art. 2a ERDG angesprochene Garantie bezieht sich nicht auf die akzessorische Bürgschaft, wie sie in den §§ 765 ff. BGB ihre Regelung gefunden hat. Damit ist klargestellt, daß Bürgschaften, unselbständige Bonds oder andere akzessorische Verpflichtungen von dem Regelungsgehalt der ERDG nicht erfaßt werden.

Gleiches gilt für die in deutschem Recht häufig verwendete, auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bürgschaft, die ja eine Sonderform des deutschen Rechtskreises darstellt<sup>34)</sup>. Zwar läßt sich durchaus die Auffassung vertreten, daß diese Sonderform der Bürgschaft ebenfalls „äußerlich“ abstrakt ist<sup>35)</sup>. Gleichwohl handelt es sich hierbei nicht um eine Garantie i. S. von Art. 2a ERDG, weil das Wesensmerkmal der „Demand Guarantees“ darin besteht, daß, wie noch im einzelnen zu erörtern ist, die Zahlungspflicht nicht auf „erstes Anfordern“ ausgelöst, sondern gem. Art. 20a ERDG die weitere schriftliche Erklärung des Begünstigten enthalten muß, daß der Garantie-Auftraggeber, seine Verpflichtungen aus dem Grundvertrag „verletzt“ hat, einschließlich der Erklärung, „welcher Art“ eben diese Vertragsverletzung ist, die dem Garantie-Auftraggeber zuzurechnen ist.

Damit ist gleichzeitig klargestellt, daß die in Art. 2b ERDG bezeichnete Abstraktheit sich ausschließlich auf „Demand Guarantees“ bezieht. Doch auch die auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie ist dem Regelungsgehalt von Art. 2a ERDG zuzuordnen. Unter Berücksichtigung dieser begrifflichen Einschränkung wird die Abstraktheit gem. Art. 2b ERDG dahin umschrieben, daß die „Demand Guarantees“ „ihrer Natur nach“ von dem Grundvertrag sowie von den Angebotsbedingungen (im Falle einer Bietungsgarantie), „auf denen sie beruhen“, getrennt sind. Dies wird sodann in Art. 2 lit. b Satz 2 ERDG präzisiert:

„Die Verpflichtung des Garanten unter einer Garantie besteht darin, den oder die darin genannten Beträge gegen Vorlage einer schriftlichen Zahlungsanforderung und anderer in der Garantie bezeichneter Dokumente zu zahlen, die nach ihrer äußeren Aufmachung den Garantie-Bedingungen zu entsprechen scheinen“.

Im Sinn der zuvor umschriebenen „äußerlichen“ Abstraktheit steht also fest, daß auch die „Demand Guarantees“ selbständige, d. h. abstrakte Verbindlichkeiten zum Gegenstand haben.

In der Sache wiederholt Art. 2b ERDG praktisch das Definitionsmuster, wie es in Art. 3 ERA vorgeprägt ist: Auch Akkreditive

sind danach „ihrer Natur nach“ von dem zugrundeliegenden Kauf- oder sonstigen Vertragsverhältnis getrennt. Weder der Garant noch die Akkreditivbank haben in irgendeiner „Hinsicht“ etwas mit solchen Verträgen zu tun; sie sind auch nicht an sie gebunden – unabhängig davon, ob in der „Demand Guarantee“ oder im Akkreditiv auf den zugrundeliegenden Vertrag Bezug genommen wird. Da aber kein Zweifel daran besteht, daß Art. 3 ERA den Grundsatz der Abstraktheit für Akkreditive formuliert<sup>36)</sup>, muß gleiches für die „Demand Guarantees“ gelten. Sie sind in gleicher Weise abstrakte Zahlungsverprechen, wie dies für die bislang gebräuchliche Form der Bankgarantie festgestellt wurde, die auf „erstes Anfordern“ des Begünstigten zahlbar ist.

### b) Grenzen: Der Einwand des Rechtsmißbrauchs

Daraus ergibt sich, ohne daß es einer weiteren vertiefenden Darlegung bedarf, daß auch die „Demand Guarantees“ in gleicher Weise dem Einwand des Rechtsmißbrauchs gem. § 242 BGB ausgesetzt sind, wie dies zuvor für die auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie festgestellt wurde. Hier wie dort findet die Selbständigkeit von Garantie- und Grundvertrag ihre Grenze in dem Verbot rechtsmißbräuchlichen Verhaltens.

## IV. Inanspruchnahme – Zahlungspflicht der Bank

Gerade wenn man berücksichtigt, daß mißbräuchliche Inanspruchnahmen der auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie in der Praxis immer wieder vorkommen, stellt sich die Frage, ob dieses Risiko bei „Demand Guarantees“ aufgrund der ERDG eingeschränkt ist. So wichtig dieser Gesichtspunkt ist (vgl. sub. 3), so kann man gleichwohl nicht nur diesen Aspekt betrachten. Dies würde ja bedeuten, das Pferd vom Schwanz her aufzuzäumen. Denn vorgeschaltet ist die Antwort auf die Frage, ob die von der ICC entwickelten „Demand Guarantees“ überhaupt den Bedürfnissen der Praxis entsprechen, d. h. dem Begünstigten eine ausreichend sichere Rechtsposition gewährleisten, Zahlung aus der „Demand Guarantee“ zu verlangen, wenn hierzu aufgrund einer dem Garantie-Auftraggeber/Exporteur zuzurechnenden Verletzung des Grundvertrages Anlaß besteht. Zu diskutieren ist also zunächst – und dies im Unterschied zu der auf „erstes Anfordern“ gestellten Bankgarantie – der zentrale Komplex von ordnungsgemäßer Inanspruchnahme und Zahlungspflicht der Bank.

### 1. Der „formelle“ Garantiefall bei einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie

#### a) Die Prüfpflicht der Bank

Soweit eine Bankgarantie auf „erstes Anfordern“ des Begünstigten zahlbar gestellt ist, ist die Prüfpflicht der Bank darauf beschränkt, ob der Begünstigte das erklärt, was als Voraussetzung der Zahlung auf „erstes Anfordern“ in der jeweiligen Garantieklausel niedergelegt ist<sup>37)</sup>. Da der Begünstigte nur verpflichtet ist, zum Nachweis des „formellen“ Garantiefalls die in der Garantieklausel bedungene Erklärung abzugeben, ist die Bank auch nicht zu einer weitergehenden Prüfung verpflichtet:

<sup>29)</sup> BGH, DB 1988 S. 2245, 2246 = WM 1988 S. 934, 935.

<sup>30)</sup> BGH, DB 1986 S. 2594 = WM 1986 S. 1429.

<sup>31)</sup> *Canaris*, a.a.O. Rdn. 1017; Rdn. 1139; *Zahn/Eberding/Ehrlich*, a.a.O., Rdn. 9/117; *Pleyer*, WM 1973 Beil. 2, S. 18; *Horn*, NJW 1980 S. 2153, 2156; *Graf von Westphalen*, a.a.O. S. 189 f.

<sup>32)</sup> *Canaris*, a.a.O., Rdn. 1017.

<sup>33)</sup> BGH, DB 1986 S. 2594 = WM 1986 S. 1429.

<sup>34)</sup> Hierzu BGH WM 1976 S. 422; BGH, WM 1979 S. 457; BGH, WM 1979 S. 691; BGH, WM 1982 S. 1324; BGH, DB 1984 S. 796 = WM 1984 S. 44; BGH, DB 1985 S. 1074 = WM 1985 S. 511; BGH, DB 1987 S. 732; BGH, WM 1987 S. 553; BGH, WM 1988 S. 934; BGH, DB 1989 S. 1081 = WM 1989 S. 433; BGH, DB 1989 S. 1232 = WM 1989 S. 709.

<sup>35)</sup> Im einzelnen *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 70 ff.

<sup>36)</sup> Vgl. auch *Canaris*, a.a.O., Rdn. 1012 ff.

<sup>37)</sup> BGH, DB 1984 S. 796 = WM 1984 S. 44, 45.

Die eindeutige und unmißverständliche Erklärung des Begünstigten, Zahlung aufgrund eines „ersten Anforderns“ zu begehren, reicht aus, um die Zahlungspflicht der Bank auszulösen<sup>38)</sup>. Geht das ordnungsgemäße Anfordern des Begünstigten bei der Bank ein, ist ihre Zahlungspflicht i. S. von § 271 Abs. 1 BGB fällig<sup>39)</sup>.

## b) Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Begünstigten

Hat jedoch der Begünstigte eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie nicht ordnungsgemäß in Anspruch genommen, ist die Bank verpflichtet, etwaige Beanstandungen ihm umgehend mitzuteilen, um ihm Gelegenheit zu geben, die Mängel noch vor Verstreichen des Verfalldatums abzustellen<sup>40)</sup>. In soweit wird man eine Parallele zum Dokumenten-Akkreditiv ziehen, weil dort in Art. 16d ERA festgelegt ist, daß die eröffnende Bank, welche sich zur Zurückweisung der angedienten Dokumente entscheidet, eine entsprechende Mitteilung an die Bank „unverzüglich durch Telekommunikationsmittel“ oder „auf anderem schnellen Weg“ schuldet – gleichgültig, ob dieses Mitteilung an den Akkreditiv-Auftraggeber oder an die übersendende Bank geschuldet wird. Gelingt es also dem Garantie-Auftraggeber nicht, rechtzeitig vor Ablauf des Verfalldatums die aufgezeigten Mängel einer ordnungsgemäßen Inanspruchnahme zu beseitigen, so ist die Bank aufgrund des abgeschlossenen Garantievertrages verpflichtet, Zahlung zu verweigern.

## 2. Schriftliche Erklärung des Begünstigten i. S. von Art. 20a ERDG

Das „Herzstück“ der ERDG ist Art. 20: Da eine „Demand Guarantee“ nicht als auf „erstes Anfordern“ des Begünstigten ausgestaltete Bankgarantie zu qualifizieren ist, fordert Art. 20a ERDG neben der schriftlichen Zahlungsanforderung „eine schriftliche Erklärung“ des Begünstigten,

„(i) daß der Auftraggeber seine Verpflichtung(en) und dem (den) zugrundeliegenden Vertrag (Verträgen) oder, im Fall der Bietungsgarantie, unter den Angebotsbedingungen verletzt hat und

(ii) welcher Art die Verletzung durch den Auftraggeber ist“.

In eben dieser in Art. 20a ERDG niedergelegten zusätzlichen Erklärung des Garantie-Auftraggebers liegt der zentrale Unterschied zu einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie. Die in Art. 20a ERDG vorgesehene zusätzliche Erklärungspflicht des Garantie-Auftraggebers ist freilich in der Praxis keineswegs ungewöhnlich<sup>41)</sup>. Es bietet sich hier an, erneut eine Parallele zum Dokumenten-Akkreditiv zu ziehen<sup>42)</sup>. Mithin kommt es maßgebend darauf an, ob die für die Inanspruchnahme der Bankgarantie vorgelegte – zusätzliche – Erklärung des Begünstigten formell exakt die Voraussetzungen erfüllt, die Art. 20a ERDG verlangt. Strikt formalisiert kommt es nur auf eine förmliche Prüfung an; ob die zusätzliche Erklärung des Begünstigten, wie sie in Art. 20a ERDG verlangt wird, richtig oder falsch ist, interessiert nicht.

## a) Anwendbarkeit des Art. 20a ERDG gem. Art. 20c ERDG: Verstoß gegen das AGB-Gesetz?

Von besonderer Wichtigkeit ist in diesem Zusammenhang, daß Art. 20c ERDG die Anwendbarkeit von Art. 20a ERDG immer dann vorsieht, sofern die Parteien Art. 20a ERDG „in den Garantie-Bedingungen“ nicht „ausdrücklich“ ausgeschlossen haben. Wird also i. S. von Art. 2 ERDG eine „Demand Guarantee“ hinausgelegt, so ist der Begünstigte verpflichtet, die Zahlungsanforderung mit einer zusätzlichen Erklärung zu verbinden, wie sie in Art. 20a ERDG verankert ist.

Dies bedeutet: Auch dann, wenn die Parteien einer „Demand Guarantee“ keine zusätzliche „schriftliche Erklärung“ des Begünstigten i. S. von Art. 20a ERDG in der Garantieklausel, also: im Text der Garantie selbst, verankert haben, wird die Zahlungspflicht der Bank gem. Art. 20c ERDG nur dann ausgelöst, wenn

der Begünstigte gleichwohl die nach Art. 20a ERDG verlangte „schriftliche Erklärung“, der Garantie-Auftraggeber habe – konkret und spezifiziert – seine Vertragspflichten verletzt, der Zahlungsanforderung beifügt.

In diesem Zusammenhang ist geltend gemacht worden, daß Art. 20a ERDG als überraschende Klausel i. S. von § 3 AGB-Gesetz qualifiziert werden müsse<sup>43)</sup>. Dieser Einwand ist in der Tat nicht ganz von der Hand zu weisen, weil Art. 2a ERDG – im Rahmen der vorangestellten Definition der „Demand Guarantee“ – lediglich bestimmt, daß die Zahlungspflicht der Bank „gegen Vorlage einer schriftlichen Zahlungsanforderung“ ausgelöst wird. Von der weitergehenden „schriftlichen Erklärung“ des Begünstigten, der Garantie-Auftraggeber habe i. S. von Art. 20a ERDG seine Vertragspflichten verletzt, ist jedoch – und dies ist entscheidend – in Art. 2a ERDG keine Rede. Vielmehr wird die Zahlungspflicht der Bank nur an sonstige „weitere in der Garantie bezeichnete Dokumente“ geknüpft. Doch sind diese nur dann Voraussetzung für die Zahlungspflicht der Bank, wenn und soweit sie Gegenstand der Garantieklausel selbst sind. Unterstrichen wird dies dadurch, daß die Definition von Art. 2a ERDG – im Rahmen einer beispielhaften Aufführung – von einem „Zertifikat eines Architekten oder Ingenieurs, einem Urteil oder einem Schiedsurteil“ spricht und klarstellt, daß diese „Dokumente“ „gegebenenfalls“ in der Garantieurkunde bezeichnet sind.

Diese Diskrepanz zwischen Art. 2a ERDG und Art. 20c ERDG belegt den Schluß, daß das zusätzliche Erfordernis einer „schriftlichen Erklärung“ des Begünstigten i. S. von Art. 20a ERDG überraschenden Charakter i. S. von § 3 AGB-Gesetz hat, wenn sich für das Erfordernis einer solchen zusätzlichen „schriftlichen Erklärung“ i. S. von Art. 20a ERDG keinerlei Anhaltspunkt in der Garantieurkunde wiederfindet. Demzufolge kann man mit Fug und Recht Art. 20c ERDG auch als Verstoß gegen das Vorrangprinzip des Individualvertrages gem. § 4 AGB-Gesetz qualifizieren. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, daß eine herkömmliche, auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie durchaus in das Definitionsschema von Art. 2a ERDG, nicht jedoch in den Begriffsraster von Art. 20a ERDG paßt. Dies aber führt notwendigerweise zu der abschließenden Folgerung: Unter dieser Voraussetzung verstößt Art. 20c ERDG auch gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz und ist unwirksam. Die unangemessene Benachteiligung des Begünstigten liegt dann darin, daß er eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie in Händen hat, diese aber nur dann ordnungsgemäß in Anspruch nehmen darf, wenn er die zusätzliche, in der Garantieklausel nicht stipulierte Voraussetzung von Art. 20a ERDG erfüllt.

Deshalb ist dieser Wertungswiderspruch zwischen Art. 2a ERDG und Art. 20c ERDG nur dadurch auszuschalten, daß die Parteien einer „Demand Guarantee“ von vornherein in der Garantieklausel spezifizieren, daß nicht nur Zahlung auf „erstes Anfordern“ des Begünstigten zu leisten ist, sondern daß dieser auch gem. Art. 20a ERDG verpflichtet ist, die weitergehenden Erklärungen – bezogen auf den Grundvertrag zum Garantie-Auftraggeber und dessen Vertragsverletzung – beizubringen.

## b) Prüfungs- und Benachrichtigungspflicht gem. Art. 9 ERDG

Die in Art. 9 ERDG vorgesehene Prüfungspflicht entspricht exakt dem Grundsatz der „strikten Observanz“, wie er für das Akkreditivgeschäft in Art. 15 ERA festgelegt ist. Besonderheiten erge-

<sup>38)</sup> Graf von Westphalen, a.a.O., S. 164 f.

<sup>39)</sup> Graf von Westphalen, a.a.O., S. 170 f.

<sup>40)</sup> Graf von Westphalen, a.a.O., S. 172; hierzu auch Dohm, Bankgarantie im Internationalen Handel, 1983, Rdn. 213.

<sup>41)</sup> Graf von Westphalen, a.a.O., S. 165 ff.

<sup>42)</sup> Hierzu auch Nielsen, a.a.O., S. 32 f.; Dohm, a.a.O. Rdn. 203 ff.

<sup>43)</sup> ICC-Doc. 460/393 – S. 9 – Redebeitrag Paashaus.

ben sich in diesem Zusammenhang nicht; auch ist das Kriterium der „angemessenen“ Sorgfalt gem. § 347 HGB ausreichend. Daher bestehen gegen die Haftungsfreizeichnungsklauseln gem. Art. 15 ERDG keine Bedenken, weil diese Freizeichnung nur dann gilt, als die Bank „in gutem Glauben und mit angemessener Sorgfalt“ gehandelt hat. Dies deckt sich mit dem Ergebnis der BGH-Judikatur, wonach die Prüfungspflicht beim Dokumenten-Akkreditiv – auch unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz – auf die „äußere Aufmachung“ zielt, so daß eine das Fälschungsrisiko erfaßte Haftungsfreizeichnungsklausel nicht zu beanstanden ist<sup>44)</sup>.

### 3. Mißbrauchsrisiko bei „Demand Guarantees“

Ob sich die „Demand Guarantees“ durchsetzen werden, hängt – nicht zuletzt – entscheidend davon ab, ob das Mißbrauchsrisiko hier geringer ist, als bei den Garantien, die auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellt sind.

#### a) Aufgrund der gegenwärtigen Praxis

In der Praxis des Garantiegeschäfts ist das Mißbrauchsrisiko gering. Verlässliche Schätzungen, die neueren Datums sind, fehlen; und die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen, in denen Garantie-Auftraggeber den Versuch unternommen haben, im Wege der einstweiligen Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO der Bank die Auszahlung des Garantiebetrages zu untersagen, sind seltener geworden<sup>45)</sup>.

Unabhängig davon, ob man es gem. § 935 ZPO für zulässig ansieht, der Bank im Wege der einstweiligen Verfügung bei Strafandrohung zu untersagen, den auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Garantiebtrag an den Begünstigten auszuzahlen, steht jedenfalls fest: Überhaupt nur dann, wenn in der Tat „liquide“ Beweismittel vorliegen, aus denen sich offensichtlich der Rechtsmißbrauch ergibt, hat der Garantie-Auftraggeber prozessual eine Chance, sich gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten durchzusetzen<sup>46)</sup>. Ob er dabei mit Erfolg der Bank die Auszahlung des angeforderten Garantiebetrages verbieten kann, oder ob es nicht vorzuziehen ist, der Bank gem. § 935 ZPO zu untersagen, Regreß beim Garantie-Auftraggeber zu nehmen, jedenfalls steht fest: Prozessual gewertet verbindet sich das Risiko einer rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie mit der regelmäßig nur schwer vom Garantie-Auftraggeber zu erfüllenden Pflicht, den Tatbestand des Mißbrauchs mit „liquiden“ Beweismitteln zu dokumentieren. Gerade darin liegt in der Praxis häufig die maßgebende Schwierigkeit; der Garantie-Auftraggeber verfügt zwar über Beweismittel, aus denen sich der Rechtsmißbrauch ableiten läßt, sie sind jedoch oft nicht so dokumentär eindeutig, daß sie als „liquide“ bezeichnet werden können.

#### b) Bei „Demand Guarantees“

Das Risiko rechtsmißbräuchlicher Inanspruchnahme von „Demand Guarantees“ im Rahmen von Art. 20a ERDG ist freilich nur insoweit gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage abgeschwächt, als der Begünstigte verpflichtet ist, im Rahmen einer zusätzlichen „schriftlichen Erklärung“ zu behaupten, der Garantie-Auftraggeber habe seine Pflichten aus dem Grundvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt. Nur in dieser „schriftlichen Lüge“ liegt der Vorteil der „Demand Guarantees“.

Unterstellt man jedoch, ein Begünstigter entscheide sich rücksichtslos dazu, die zu seinen Gunsten hinausgelegte Garantie rechtsmißbräuchlich in Anspruch zu nehmen, so wird er dies mit der gleichen Intensität „krimineller Energie“ auch dann tun, wenn eine „Demand Garantie“ i. S. von Art. 20a ERDG vorliegt. Es macht keinen substanzialen Unterschied, ob der Begünstigte rechtsmißbräuchlich lediglich den Zahlungsanspruch aus der auf „erstes Anfordern“ fällig gestellten Bankgarantie geltend macht,

oder ob er darüber hinaus noch die nach Art. 20a ERDG geforderte „schriftliche Erklärung“ in Form einer „schriftlichen Lüge“ abgibt. Wenn dem Begünstigten die Hände nicht zittern, falls er eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie rechtsmißbräuchlich in Anspruch nimmt, dann kann man kaum erwarten, daß die Tinte in seiner Feder stockt, wenn er dann die nach Art. 20a ERDG geforderte zusätzliche „schriftliche Erklärung“ abgibt und den Garantie-Auftraggeber einer Vertragsverletzung fälschlicherweise beschuldigt.

Hinzu kommt, daß das Instrumentarium des einstweiligen Rechtsschutzes gem. §§ 935, 940 ZPO bei einer rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme einer „Demand Garantie“ genauso zum Zuge gelangt, wie bei einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie. Dies hängt unmittelbar mit der „äußerlichen“ Abstraktheit zusammen, die gem. Art. 2b ERDG auch den „Demand Guarantees“ als Wesensmerkmal eigentümlich ist. Also muß auch hier der Garantie-Auftraggeber durch „liquide“ Beweismittel den Nachweis erbringen, daß die vom Begünstigten gem. Art. 20a ERDG herrührende „schriftliche Lüge“ falsch ist, eine ihm anzulastende Vertragsverletzung schlechterdings nicht vorliegt. Dies wird ihm genauso selten gelingen, wie im gegenwärtigen Zeitpunkt, weil die Hürde sehr hoch ist, bevor ein Beweismittel als „liquide“ qualifiziert werden kann.

### V. Zusammenfassung

Es ist sicherlich zu begrüßen, daß die ICC den Versuch unternommen hat, einheitliche Regeln für „Demand Guarantees“ zu entwickeln; und es ist sicherlich ein erheblicher Fortschritt gegenüber den „Einheitlichen Richtlinien für Vertragsgarantien“<sup>47)</sup>, welche im Jahre 1978 herausgegeben worden waren, zwischenzeitlich aber ein Eremitendasein geführt hatten. Verglichen mit dem weltweit akzeptierten Instrumentarium der auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantien sind die nunmehr von der ICC favorisierten „Demand Guarantees“ aber keineswegs so ausgestaltet, daß das Risiko rechtsmißbräuchlicher Inanspruchnahme für den Garantie-Auftraggeber wesentlich abnehmen wird.

Wenn freilich – und dies ist entscheidend – der Begünstigte eine auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Bankgarantie in Anspruch nimmt, welche ihrerseits pauschal den ERDG unterliegt, obwohl in der Garantieurkunde selbst die Tatbestandselemente von Art. 20a ERDG nicht inkorporiert sind, so liegt darin für den Begünstigten eine nach den §§ 3, 4, 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksame Verpflichtung. Denn er ist nicht nur gehalten, bei Inanspruchnahme der Garantie eine schriftliche Anforderung zu stellen, sondern darüber hinaus verpflichtet, die nach Art. 20a ERDG gebotene zusätzliche „schriftliche Erklärung“ abzugeben, daß der Garantie-Auftraggeber – konkretisiert und spezifiziert – seine Pflichten aus dem Grundvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.

Reflektiert aber die auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellte Garantieurkunde das zusätzliche Erfordernis einer „schriftlichen Erklärung“, wie es in Art. 20a ERDG vorgesehen ist, so handelt es sich hierbei um ein Instrument, welches schon gegenwärtig in der Praxis üblich ist: Die Parteiautonomie ist ohne weiteres in der Lage, diese Konstellation zu bewältigen. So gesehen bieten die ERDG eine gewisse Hilfestellung; sie unterstützen den Parteiwillen, doch wirft dies die bange Frage auf, ob in der Tat sich der gewaltige Aufwand gelohnt hat, den die ICC mit der Erarbeitung und Publikation der ERDG auf sich genommen hat.

<sup>44)</sup> BGH, DB 1989 S. 2598 = ZIP 1989 S. 1451, 1452.

<sup>45)</sup> Jüngstens OLG Köln, WM 1991 S. 1751.

<sup>46)</sup> Im einzelnen *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 259 ff. m. w. N.

<sup>47)</sup> ICC-Publikation Nr. 325.