

# Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Außenhandel?

Von Rechtsanwalt Dr. Graf von Westphalen, Köln

Sicherlich ist es noch zu früh, von einer „Krise“ der Bankgarantie im Außenhandelsgeschäft zu sprechen; aber es mehren sich die Anzeichen, die sowohl in der Wirtschaftspresse<sup>1</sup> als auch in der juristischen Literatur<sup>2</sup> unmißverständlich darauf hindeuten, daß die seit langer Zeit festgefügtten Fundamente, auf denen das Institut der Bankgarantie im Außenhandelsverkehr ruhte, ins Wanken geraten könnten. Denn es häufen sich die Stimmen, welche die früher allseits akzeptierte abstrakt-formalisierte Rechtsnatur der Bankgarantie in Frage stellen<sup>3</sup>, und die Zahl der Gerichtsentscheidungen<sup>4</sup> nimmt zu, welche belegen, daß es — entgegen einer früher in der Literatur einhellig vertretenen Auffassung<sup>5</sup> — doch offenbar keineswegs Seltenheitswert besitzt, einer Bank erfolgreich die Auszahlung einer in Anspruch genommenen Bankgarantie durch Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu untersagen. Doch es bedarf keiner weitausholenden Begründung; die Einsicht drängt sich geradezu auf: Wenn es zutrifft, was freilich zu begründen ist, daß die Basis brüchig geworden ist, auf der die Bankgarantie als wesentliches Sicherungsmittel des internationalen Handelsverkehrs — weithin akzeptiert<sup>6</sup> — aufbaute, dann könnte es durchaus sein, daß sich eines Tages für die bisherigen Garantiegeber — vornehmlich also die Banken — die Frage aufdrängt, ob diese Entwicklung noch zu akzeptieren ist, ob also die Stellung von Bankgarantien aus rechtlichen und geschäftlichen Gründen noch vertretbar erscheint. Den Schaden hätte dann der Exporteur zu tragen: Die Bankgarantie als unerläßliches Sicherungsmittel im internationalen Handelsverkehr würde — wegen der gesteigerten Risiken, denen sich die Banken als Garantiegeber möglicherweise eines nicht all zu fernem Tages ausgesetzt sehen — nicht nur teurer; es könnte sogar sein, daß Wünsche deutscher Exporteure nach der Stellung von Bankgarantien im einen oder anderen Fall — aus allgemeinen Gründen, nicht aus solchen, die in der Person der Parteien des Exportgeschäftes liegen — abgelehnt werden. Noch ist es sicherlich nicht soweit, aber es erscheint an der Zeit, die Alarmleine zu ziehen, nicht jedoch bevor — was nunmehr geschehen soll — im folgenden die maßgeblich scheinenden neuen Problemstellungen und Tendenzen bei der Verwendung von Bankgarantien im Außenhandel im einzelnen dargelegt worden sind.

## I. Die Rechtsnatur der Bankgarantie

Es bedarf kaum der Hervorhebung: Die Bankgarantie ist eine Schöpfung des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs; und auch die ICC-Bankenkommission und die Kommission für internationale Handelspraxis, welche 12 Jahre lang an den „Einheitlichen Richtlinien für Vertragsgarantien“<sup>7</sup> in enger Kooperation mit der Kommission für internationales Handelsrecht der Vereinten Nationen (UNCITRAL) gearbeitet hat, hat es vermieden, eine Definition der Rechtsnatur der Bankgarantie herauszuarbeiten<sup>8</sup>.

## 1. Die verschiedenen Garantlearten

Bevor — freilich bezogen auf das deutsche Recht — die einzelnen Abgrenzungskriterien herausgearbeitet werden können, welche in der Vergangenheit in Rechtsprechung und Literatur vorgeschlagen wurden, um die Rechtsnatur der Bankgarantie im Außenhandel näher zu umreißen, erscheint es zweckmäßig, die verschiedenen Typen der Bankgarantie kurz aufzuzeigen, welche sich im internationalen Handelsverkehr herausgebildet haben<sup>9</sup>.

Es handelt sich hierbei zunächst um die Bietungsgarantien (tender bond oder bid bond). Ziel und Zweck derartiger Bietungsgarantien ist es, die aus-schreibende Stelle für den Fall abzusichern, daß der Bieter nach der Abgabe eines verbindlichen Angebots — trotz Zuschlags — den Vertrag nicht unterschreibt, eine etwa vorgesehene Erfüllungsgarantie nicht stellt und damit im praktischen Ergebnis sich weigert, den Vertrag auszuführen<sup>10</sup>.

Daneben unterscheidet man die Leistungs- oder Liefergarantie (performance bond); hierzu rechnet sowohl die allgemeine — auf die Vertragserfüllung — hinzielende Garantie als auch die Gewährleistungsgarantie<sup>11</sup>; zu erwähnen ist indessen auch — praktisch als Gegenstück — die Zahlungsgarantie<sup>12</sup>: Alle diese Formen der Bankgarantie dienen im Ergebnis dem gleichen Zweck; sie sollen sicherstellen, daß der Lieferant bzw. der Geldschuldner die ihnen nach den vertraglichen Bestimmungen obliegenden Pflichten ordnungsgemäß erfüllen<sup>13</sup>.

Schließlich ist die Anzahlungsgarantie (down payment guarantee) zu erwähnen. Sie dient dem Zweck, sicherzustellen, daß der Lieferant — nach Unterzeichnung des Vertrages und Erhalt der Anzahlung — diese auch dazu verwendet, die vertraglich übernommenen Pflichten zu erfüllen<sup>14</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. FAZ vom 10. 4. 1980, S. 13.

<sup>2</sup> Horn, NJW 1980 S. 2153 ff.; vgl. auch Stumpf, RIW/AWD 1979 S. 1 ff.

<sup>3</sup> Hierzu Pleyer, WM-Beilage Nr. 2/1973; Auhagen, Die Garantie einer Bank, auf „erstes Anfordern“ zu zahlen, (1966 (Diss. Freiburg); Horn/von Marschall/Rosenberg/Pavicevic, Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Frankfurt 1977, S. 27 ff.; Nielsen, BuB Rdnr. 5/131 ff.; Graf von Westphalen, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 2. Auflage, Heidelberg 1978, S. 187 ff. jeweils m. w. N.

<sup>4</sup> Insbesondere LG Frankfurt, Urteil vom 11. 12. 1979 — 3/10 O 123/79; LG Dortmund, Urteil vom 9. 7. 1980 — 10 O 9/80; hierzu insbesondere auch Stockmayer, AG 1980 S. 326 ff.; Schütze, WM 1980 S. 1438 ff. m. w. N.

<sup>5</sup> Liesecke, WM 1968 S. 22, 27; Scheuermann, AWD 1959 S. 194, 196; Nielsen, BuB Rdnr. 5/170.

<sup>6</sup> Vgl. MEED vom 26. Oktober 1979 S. 10 f. — „Performance Bond Call create Business Concern“ (Verfasser: Robin Allen/Edmond O'Sullivan).

<sup>7</sup> Hierzu IHK-Publikation Nr. 325; kritisch: Schinnerer, FS für Hämmerle, Graz 1972 S. 311 ff.; ders., Österreichisches Bank-Archiv 1979 S. 42 ff.; hierzu aber auch Stumpf, RIW/AWD 1979 S. 1 ff.

<sup>8</sup> Vgl. die Erläuterungen zu Art. 2, S. 11 — Publikation Nr. 325.

<sup>9</sup> Hierzu Nielsen, BuB Rdnr. 5/133 ff.; Graf von Westphalen, a.a.O., S. 168 ff.

<sup>10</sup> Statt aller Canaris, in: RGRK-HGB, Anh. zu § 357 Anm. 504; Axmann, DB-Beilage Nr. 8/1973 S. 9; Zahn, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, 5. Aufl., S. 254 f.; Schinnerer/Avancini, Bankverträge, Teil II, 3. Aufl., Wien 1978, S. 324 ff.

<sup>11</sup> Zahn, a.a.O., S. 255 ff.; Graf von Westphalen, a.a.O., S. 170; Schinnerer/Avancini, a.a.O., S. 328 f.

<sup>12</sup> Schinnerer/Avancini, a.a.O., S. 328 f.

<sup>13</sup> Pleyer, WM-Beilage Nr. 2/1973 S. 6 f.

<sup>14</sup> Hierzu Zahn, a.a.O., S. 255 ff.

## 2. Die Garantieklausel

Bei der Abfassung einer abstrakten oder auch als unbedingt bezeichneten Bankgarantie<sup>15</sup> sind verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen, um zu vermeiden, daß die der abstrakten Bankgarantie eigentümliche — bislang nahezu uneingeschränkt anerkannte — Sicherungsfunktion gefährdet wird. Zu denken ist dabei, ohne daß der Garantiezweck leidet, u. a. an die Zeitbestimmung für die Valutierung der Garantie („Inkrafttreten“), an eine notwendige Befristung<sup>16</sup>, an die Festlegung eines Verfalldatums<sup>17</sup>, an etwaige Ermäßigungen des Garantiebetrages<sup>18</sup>. Auf all das kann hier nicht näher eingegangen werden; der Hinweis muß ausreichen, daß diese Fragen in der Literatur umfassende Berücksichtigung gefunden haben<sup>19</sup>. Wichtig erscheint indessen, darauf aufmerksam zu machen, daß die Abfassung von Bankgarantien im Außenhandel eine weitgehende Standardisierung erfahren hat<sup>20</sup>. Die gebräuchlichste Formulierung in einer Bankgarantie ist, daß „Zahlung auf erstes Anfordern“ geleistet werden soll<sup>21</sup>. Damit verbindet sich die Vorstellung eines eigenständigen, unabhängigen Zahlungsverprechens aus der Bankgarantie, welches vom Grundgeschäft losgelöst ist<sup>22</sup>. Dies gilt freilich auch dann, wenn — innerhalb eines sicherlich sehr breit gefächerten Kaleidoskops von Formulierungen<sup>23</sup> — die Klausel dahin erweitert wird, daß „Zahlung auf erstes Anfordern“ erfolgt, und zwar „unter Verzicht auf jedwede Einrede oder jedweden Einwand“<sup>24</sup>.

## 3. Bisherige Abgrenzungsversuche gegenüber der Bürgschaft gemäß §§ 765 ff. BGB

Es ist allgemein anerkannt: Der entscheidende Unterschied zwischen einer abstrakten Bankgarantie, wie sie im internationalen Handelsverkehr Verwendung findet, und einer Bürgschaft gemäß §§ 765 ff. BGB besteht darin: Die Bürgschaft ist vom Bestehen einer Hauptschuld abhängig; sie ist streng akzessorisch<sup>25</sup>. Demgegenüber ist die Bankgarantie — sowohl nach richtiger Auffassung in der Rechtsprechung<sup>26</sup> als auch nach der in der Literatur hierzu vertretenen Auffassung<sup>27</sup> — ein abstraktes Sicherungsverprechen des Garantiegebers — vornehmlich: der Banken —, welches gegenüber dem Valutaverhältnis, also: dem Rechtsverhältnis zwischen Exporteur und seinem Kunden, unabhängig und selbständig ist. Es begründet ein Recht des Begünstigten, im Augenblick seines „ersten Anforderns“ bei Erfüllung der Garantiebedingungen unbedingt Zahlung zu beanspruchen<sup>28</sup>. Im Unterschied zum Akkreditgeschäft hat die Bankgarantie unmittelbar keine Zahlungsfunktion<sup>29</sup>, sondern primäre Sicherungsfunktion<sup>30</sup>. Desweiteren: Die Bürgschaft sichert vorrangig das Insolvenzrisiko. Zur Folge hat dies: Der Bürge ist dann nicht zur Zahlung verpflichtet, wenn z. B. der Grund für die Nichtleistung des Schuldners in einem Verbot des Devisentransfers liegt. Auf einen solchen, in der Person des Leistungsschuldners liegenden Umstand in Form der Unmöglichkeit kann sich zwar der Bürge, nicht aber der Garant mit Erfolg berufen<sup>31</sup> — vorausgesetzt freilich, daß das Zahlungsverprechen des Garantiegebers seinerseits nicht vom Verbot eines Devisentransfers unmittelbar betroffen ist<sup>32</sup>. Hinzu kommt: Nach deutschem Recht stehen dem Bürgen eigene

Rechte zu; er hat ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 770 BGB, und er kann dann, wenn es sich nicht um eine selbstschuldnerische Bürgschaft gemäß §§ 349, 351 HGB handelt, die Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB erheben. Derartige selbständige Rechte stehen dem Garantiegeber nicht zu: Die Bankgarantie ist abstrakt und unbedingt, weil sie üblicherweise „auf erstes Anfordern“ zur Zahlung fällig ist.

Schließlich: Kleiner<sup>33</sup> stellt zutreffend in seiner Untersuchung über die „Bankgarantie“ darauf ab, daß die Leistung des Bürgen Ersatz für die Nichterfüllung einer Schuldpflicht ist; ihr Umfang entspricht demzufolge der Ersatzpflicht, die den Schuldner selbst trifft, sofern er nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt<sup>34</sup>. Mit anderen Worten: Die Bürgschaftsverpflichtung ist auf die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit gerichtet. Demgegenüber ist die Leistung des Garanten im Rahmen einer im Außenhandel üblichen Bankgarantie unabhängig von einer vertraglichen Leistungspflicht zwischen Kunden/Begünstigten einerseits und Exporteur/Garantieauftraggeber andererseits. Der Umfang der Bankgarantie wird lediglich aufgrund der Tatsache bestimmt, daß ein genau bezeichnetes Ereignis — regelmäßig: das „erste Anfordern“ des Begünstigten — eintritt.

Diese Unterscheidungskriterien waren bislang — wenigstens im Grundsatz — unbestritten: Die Distinktion zwischen Bürgschaftsrecht gemäß §§ 765 ff. BGB einerseits und dem bei Erstellung einer Bankgarantie vorliegenden Garantievertrag<sup>35</sup> andererseits konnte als gesichert angesehen werden: Die Bankgarantie galt — dogmatisch gewertet — als Vertrag sui generis auf Basis des von den Parteien geäußerten Willens<sup>36</sup>. Ohne daß in der Sache ein Unterschied besteht, wurde teilweise allerdings die Bankgarantie auch als abstraktes Zahlungs- oder

<sup>15</sup> Hierzu LG Frankfurt, NJW 1963 S. 450; LG München, AWD 1972 S. 196; OLG Frankfurt, WM 1974 S. 958; OLG Hamburg, WM 1978 S. 260; OLG Hamburg, RIW/AWD 1978 S. 615; OLG Stuttgart, RIW/AWD 1980 S. 729.

<sup>16</sup> Hierzu Nielsen, BuB Rdnr. 5/146.

<sup>17</sup> Graf von Westphalen, a.a.O., S. 160 f.

<sup>18</sup> Ebenda.

<sup>19</sup> Hierzu im einzelnen auch Pleyer, a.a.O., S. 17; Canaris, in: RGKR-HGB, Anh. zu § 357 Anm. 516; Schlegelberger/Hefermehl, Anh. zu § 365 Rdnr. 300.

<sup>20</sup> Nielsen, BuB Rdnr. 5/139 f.

<sup>21</sup> Hierzu aber Schinnerer/Avancini, a.a.O., S. 315; Bedenken auch bei Kleiner.

<sup>22</sup> Pleyer, a.a.O., S. 9; Schlegelberger/Hefermehl, a.a.O., Rdnr. 296; Liesecke, WM 1968 S. 22, 26; Canaris, a.a.O., Anm. 518.

<sup>23</sup> Hierzu Pleyer, a.a.O., S. 8 ff.

<sup>24</sup> Freiherr Marschall von Bieberstein, a.a.O., S. 35; Graf von Westphalen, a.a.O., S. 178; Bedenken gegen die letztgenannte Klausel bei Nielsen, BuB Rdnr. 5/142.

<sup>25</sup> Canaris, a.a.O., Anm. 514; Schlegelberger/Hefermehl, a.a.O., Rdnr. 278; Pleyer, a.a.O. S. 13 ff.; Graf von Westphalen a.a.O. S. 174 ff. jeweils m. w. N.

<sup>26</sup> Hierzu Fußnote 15; vgl. aber BGH, WM 1976 S. 422; OLG Stuttgart, BauR 1978 S. 228, 229; insbesondere BGH, WM 1979 S. 691 — jedoch in keinem Fall betreffend die Auslegung einer Bankgarantie im Außenhandel.

<sup>27</sup> Kritisch und teilweise abweichend insbesondere Horn, NJW 1980 S. 2153 ff. m. w. N.

<sup>28</sup> Hierzu Fußnote 15.

<sup>29</sup> Canaris, a.a.O. Anm. 502.

<sup>30</sup> Schlegelberger/Hefermehl, a.a.O., Rdnr. 274.

<sup>31</sup> Liesecke, WM 1968 S. 22, 24 f.; Graf von Westphalen, a.a.O., S. 174; vgl. auch BGH, WM 1955 S. 265.

<sup>32</sup> Graf von Westphalen, a.a.O.

<sup>33</sup> Kleiner, Bankgarantie, 3. Aufl. S. 77 f.

<sup>34</sup> Ebenda, S. 78.

<sup>35</sup> Hierzu auch Graf von Westphalen, a.a.O., S. 173.

<sup>36</sup> Pleyer, a.a.O., S. 7 ff.; S. 13 ff.; Nielsen, BuB Rdnr. 5/137 m. w. N.

Leistungsversprechen qualifiziert, wobei jedoch — anders als in § 780 BGB — dem Begünstigten nicht der Einwand der fehlenden Rechtsgrundlage entgegengehalten und die Zahlung auf die Bankgarantie folglich nicht verweigert werden konnte<sup>37</sup>, ausgenommen: Fälle des Rechtsmißbrauchs. Praktische Konsequenzen hatte dies, wie gesagt, nicht<sup>38</sup>.

#### 4. Neue Tendenzen in der BGH-Judikatur

Der BGH hat inzwischen in zwei wichtigen Entscheidungen<sup>39</sup> — und damit steht der BGH nicht allein<sup>40</sup> — das Bestehen einer Bankgarantie — freilich im Inlandsgeschäft — verneint und Bürgschaftsrecht in der Sache angewandt, obwohl die für eine Bankgarantie typische Klausel Verwendung fand, wonach „Zahlung auf erstes Anfordern“ erfolgen sollte. Den rechtfertigenden Grund für diese Auslegung sieht der BGH in der Interpretation des Parteiwillens<sup>41</sup>. Dabei hebt der BGH darauf ab, daß der der Bürgschaft eigene Grundsatz der Akzessorietät als „zwingendes Recht“ bewertet wird<sup>42</sup>. Dieses Prinzip aber wird, so der BGH, durch die Verwendung der Klausel „Zahlung auf erstes Anfordern“ vorläufig eingeschränkt, nicht aber aufgehoben<sup>43</sup>. Dies besagt: Der Bürge muß bei einer derartigen Ausgestaltung des als „Bürgschaft“ zu wertenden Versprechens in dem Augenblick zahlen, in dem er hierzu „auf erstes Anfordern“ angehalten wird; er kann gegenüber diesem Zahlungsbegehren Einreden oder Einwendungen nicht erheben, und er kann sich auch nicht auf eine etwa gegebene Aufrechnungslage mit Erfolg berufen. Doch dann, wenn der „Bürge“ „auf erstes Anfordern“ Zahlung geleistet hat, kann er auf die Einreden und Einwendungen — wieder — zurückgreifen und notfalls die Zahlung aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung gemäß § 812 Abs. (1) BGB zurückfordern<sup>44</sup>.

Dies besagt: Die Verwendung der Klausel „Zahlung auf erstes Anfordern“ ist — für sich allein genommen und entgegen der bisher allgemein akzeptierten Praxis — im Inland nicht mehr ohne weiteres geeignet, das Leistungsversprechen zu einer — abstrakten — Bankgarantie auszugestalten; es kann sich vielmehr auch um eine Bürgschaft handeln, obwohl der Bürge — gerade aufgrund der Verwendung dieser Klausel — vorläufig zur Zahlung verpflichtet ist — vorbehaltlich freilich der später erfolgenden materiellen Nachprüfung der Berechtigung des Zahlungsbegehrens<sup>45</sup>. Anders gewendet: Die Formel, wonach „Zahlung auf erstes Anfordern“ geleistet werden muß, ist jedenfalls im Inland nicht mehr gleichzusetzen mit der vertraglichen Verankerung eines abstrakten Leistungsversprechens, welches dem die Bürgschaft beherrschenden Grundsatz der Akzessorietät, also der Abhängigkeit der Bürgschaft vom Bestand der Hauptschuld, diametral entgegengesetzt ist. Im Gegenteil: Auf Basis dieser BGH-Entscheidungen<sup>46</sup> kann die Auslegung der Parteivereinbarung gemäß §§ 133, 157 BGB durchaus ergeben, daß die Formel in einer Garantie, Zahlung solle „auf erstes Anfordern“ erfolgen, den Grundsatz der Akzessorietät lediglich einschränkt, so daß in der Sache — gleichwohl und entgegen der völlig herrschenden Meinung<sup>47</sup> — ein Bürgschaftsvertrag auch bei einem Leistungsversprechen im Außenhandel vorliegt. An anderer Stelle<sup>48</sup> habe ich vorgeschla-

gen, die damals erst in Ansätzen erkennbare Tendenz der Judikatur<sup>49</sup>, Bürgschaft und Bankgarantie bei Verwendung der Klausel „Zahlung auf erstes Anfordern“ — abhängig von einer Auslegung des Parteiwillens — unterschiedslos miteinander zu vermengen, auf Fälle des Inlandsgeschäfts zu beschränken — mit der Bemerkung, diese Judikatur sei bei Bankgarantien, welche „auf erstes Anfordern“ im Außenhandel fälliggestellt seien, schlechterdings nicht übertragbar. Doch erscheint diese Annahme jetzt zweifelhaft — nicht zuletzt auch deswegen, weil Horn<sup>50</sup> soeben den Versuch unternommen hat, diese neue Tendenz in der BGH-Judikatur auch auf die Verwendung von Bankgarantien im Außenhandel zu übertragen.

#### 5. Die Ansicht von Horn

Horn ist der Auffassung<sup>51</sup>, die vom BGH anvisierte Lösung sei — trotz ihrer komplizierten praktischen Konsequenzen: vorläufige Zahlung bei nachfolgender materieller Überprüfung der Zahlungsberechtigung — praxisnah, und sie entspreche den Absichten der Parteien des Grundgeschäftes<sup>52</sup>. Horn geht sogar — trotz einiger Bedenken<sup>53</sup> — einen wesentlichen Schritt weiter: Er ist der Meinung, daß auch bei einer abstrakten Bankgarantie die Frage der materiellen Berechtigung — also die Antwort auf die Frage, ob der Begünstigte die Garantie zu recht oder mißbräuchlich in Anspruch genommen hat — nicht völlig eliminierbar sei, sondern „spätestens auf der Ebene des Bereicherungsrechts entschieden werden“ müsse<sup>54</sup>. Er sagt:

*„Dann muß auch der Inhaber eines abstrakt und unbedingt gefaßten Garantieanspruchs Farbe bekennen, daß der vertragstypische Zweck für die Garantiezahlung . . . vorgelegen hat“<sup>55</sup>.*

Und wenig später führt Horn aus:

*„Wer daher als Garantieberechtigter beim Zahlungsbegehren den Eintritt des Garantiefalles nicht nachzuweisen braucht, muß sich darauf einlassen, daß der Sicherungsgeber diese materielle Prüfung in einem späteren Stadium fordern kann, und kann daher ebenfalls nur vorläufige Zahlung verlangen“<sup>56</sup>.*

<sup>37</sup> Von Caemmerer, in: FS für Riese, S. 301, 304 ff.; Auhagen, a.a.O., S. 51; Liesecke, WM 1966 S. 22, 24; Stockmayer, AG 1980 S. 326 ff.

<sup>38</sup> Käser, in: Bergström/Schulz/Käser, Garantieverträge im Handelsverkehr, S. 33; Finger, BB 1969 S. 206, 208.

<sup>39</sup> BGH, WM 1976 S. 422; BGH, WM 1979 S. 691.

<sup>40</sup> OLG Düsseldorf, BauR 1978 S. 228, 229; vgl. auch insbesondere OLG Stuttgart, WM 1977 S. 881, 882; LG Lübeck, MDR 1978 S. 53.

<sup>41</sup> BGH, WM 1979 S. 691, 692.

<sup>42</sup> BGH, WM 1966 S. 122.

<sup>43</sup> BGH, a.a.O.; BGH, WM 1979 S. 691, 692; hierzu insbesondere auch Merz, WM 1980 S. 230, 231; Gerth, ZKW 1980 S. 1110 ff.

<sup>44</sup> Horn, NJW 1980 S. 2153, 2154 ff.

<sup>45</sup> Merz, WM 1980 S. 230, 231, der insoweit die Frage als „endgültig geklärt“ betrachtet: Bürgschaften, in denen Klauseln enthalten sind, welche Zahlung auf „erstes Anfordern“ vorsehen, sind danach — entgegen den in Bankkreisen vertretenen Auffassungen — Bürgschaften, nicht aber Garantien.

<sup>46</sup> Hierzu Fußnote 39.

<sup>47</sup> Hierzu insbesondere Pleyer, a.a.O., S. 9 ff.; nach ihm besagen diese Worte („auf erstes Anfordern“) als „wesentliches Element“ „alles, worauf es ankommt, und bedürfen im Grunde keiner weiteren Präzisierung und Ergänzung“.

<sup>48</sup> Graf von Westphalen, a.a.O., S. 176 — unter Berücksichtigung der Entscheidung des OLG Stuttgart vom 8. 9. 1976, WM 1977 S. 881.

<sup>49</sup> OLG Stuttgart, a.a.O.

<sup>50</sup> Horn, NJW 1980 S. 2153 ff.

<sup>51</sup> Ebenda, S. 2156 ff.

<sup>52</sup> S. 2155, 2156.

<sup>53</sup> S. 2159.

<sup>54</sup> Ebenda.

<sup>55</sup> Ebenda.

<sup>56</sup> Ebenda.

Die Konsequenzen dieser Auffassung liegen auf der Hand: Bislang war es — und dies entsprach der h. M. bei der Behandlung von Bankgarantien im Außenhandel — unstreitig: Sobald — von groben und beweisbaren Mißbrauchsfällen abgesehen<sup>57</sup> — eine „auf erstes Anfordern“ fälliggestellte Bankgarantie in Anspruch genommen war, zahlte die Bank als Garant den fälligen Betrag aus und beanspruchte gemäß § 670 BGB unmittelbar vom Garantieauftraggeber Aufwendungsersatz im Rahmen des beide Parteien verbindenden Geschäftsbesorgungsvertrags im Sinn von § 675 BGB<sup>58</sup>. Ob die Inanspruchnahme der Bankgarantie rechtmäßig war, wurde auf Grundlage der „Garantieklausel“ geprüft; die abstrakte Rechtsnatur des in der Bankgarantie verkörperten unbedingten Zahlungsverprechens stand einer Zahlungsverweigerung — von Mißbrauchsfällen abgesehen — entgegen. Es oblag dem Garantieauftraggeber/Exporteur, mit seinem Kunden ggf. einen Rechtsstreit darüber zu führen, ob die Inanspruchnahme der Bankgarantie im Rahmen des Grundgeschäftes rechtmäßig oder rechtswidrig war; die Bank jedenfalls hatte nach Zahlung des Garantiebetrages<sup>59</sup> damit nichts mehr zu tun. Ganz anders ist es allerdings, wenn man — in Anwendung der BGH-Judikatur auf Bankgarantien im Außenhandel — der Ansicht von Horn folgt: Dann ist die Bank als Garantiegeber, weil sie ja nur vorläufig den Garantiebetrag „auf erstes Anfordern“ ausgezahlt hat, berechtigt und also auch verpflichtet, die materiellrechtliche Überprüfung „in einem späteren Stadium“<sup>60</sup> gegenüber dem Begünstigten durchzuführen — notfalls durch Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe. Kein Zweifel: Das Risiko einer mißbräuchlichen Inanspruchnahme von Bankgarantien, welche „auf erstes Anfordern“ fälliggestellt waren, lag bislang nach der h. M. in der Sphäre des Exporteurs/Garantieauftraggebers, nunmehr liegt es — nach der Meinung von Horn — im Risikobereich der auf Zahlung einer Bankgarantie in Anspruch genommenen Bank. So wünschenswert dieses Resultat — möglicherweise — aus der Perspektive der deutschen Exporteurwirtschaft sein mag (soweit sie nicht selbst aufgrund einer Zahlungsgarantie begünstigt ist), eins sollte nicht übersehen werden: Die Bereitschaft der Banken, Bankgarantien im Außenhandel — als Hilfe der Exportinteressen der deutschen Wirtschaft — zu gewähren, wird ganz entscheidend tangiert, sollte sich die Auffassung von Horn<sup>61</sup> in der Praxis für Bankgarantien im Außenhandel durchsetzen. Im Ergebnis würde diese Sicht der Dinge notwendigerweise die Konsequenz haben, daß die Banken die Stellung von Garantien im Außenhandel erheblich reduzieren; für die auf die Stellung von Bankgarantien in aller Regel angewiesene deutsche Exporteurwirtschaft bedeutet dies jedoch: Hier werden „Steine statt Brot gegeben“.

## 6. Kritik

Es erscheint zunächst verfehlt, sich auf die Meinung des BGH<sup>62</sup> zu stützen, weil sie einen „Bürgerschaftsfall“, nicht aber eine Garantie betraf. Überdies ist es unangemessen, die Banken mit dem Risiko der mißbräuchlichen Inanspruchnahme von Bankgarantien — ganz grundsätzlich und von Ausnahmefällen abgesehen — zu belasten. Denn sie ha-

ben — im Gegensatz zum Exporteur — kein vergleichbares unmittelbares, eigenes wirtschaftliches Interesse an der Stellung von Bankgarantien; diese dienen ersichtlich den Bedürfnissen des Exporteurs, weil sich der internationale Handel darauf eingestellt hat, daß so gut wie kein größerer Auslandsvertrag ohne die Stellung einer Bankgarantie abgewickelt wird. Das Interesse der Banken an der Stellung derartiger Garantien ist also auf den Erhalt der jeweiligen Aval-Provision beschränkt<sup>63</sup>. Und es ist auch gar nicht zu sehen, wie die Garantiesachbearbeiter der Banken überhaupt in der Lage sein könnten, die „materielle Prüfung“<sup>64</sup> durchzuführen, ob die Inanspruchnahme der jeweiligen Bankgarantie rechtmäßig oder rechtswidrig war; denn Bankgarantien enthalten üblicherweise<sup>65</sup> weder eine Gerichtsstands- noch eine Schiedsgerichtsklausel. Ungeachtet der Tatsache, daß Bankgarantien nach anerkannten kollisionsrechtlichen Grundsätzen<sup>66</sup> dem Recht unterworfen sind, welches am Sitz der garantierenden Bank gilt, wären die Banken deshalb darauf angewiesen, die „materielle Prüfung“ der Berechtigung des Zahlungsverlangens durch Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe im Land des jeweiligen Begünstigten durchzusetzen. Dies aber erscheint in keiner Weise zumutbar, weil damit den Banken das gesamte Sach-, Beweis- und Kostenrisiko, welches aus dem Valutaverhältnis — der Rechtsbeziehung zwischen Exporteur und Kunde — resultiert, überwältigt wird. Die Banken müßten für den Exporteur die „Kastanien aus dem Feuer holen“. Außerdem: Ob die zur Entscheidung berufenen, im Bestellerland domizilierenden Gerichte überhaupt geneigt wären, den kollisionsrechtlich eigentlich verbürgten Grundsatz anzuerkennen, daß nämlich das materielle Recht am Sitz der Garantiebank gilt, erscheint zweifelhaft. Soweit dies nicht zutrifft, würden die Banken damit ein tendenziell sogar höheres Risiko laufen als die Exporteure, die bei internationalen Verträgen üblicherweise auf die Wahl eines „neutralen“ Rechts ausweichen und eine Schiedsgerichtsvereinbarung wegen der erleichterten Vollstreckungsmöglichkeiten — verglichen mit einer Gerichtsstandsvereinbarung — vorziehen. Diese Nachteile wiegen schwer; sie können nicht damit gerechtfertigt werden, daß der zwischen Garantiebank einerseits und Garantieauftraggeber/Exporteur andererseits bestehende Geschäftsbesorgungsvertrag und die diesem Vertrag innewohnenden Treueverpflichtungen zugunsten des Garantieauftraggebers derartiges zum Inhalt hätten.

<sup>57</sup> Stockmayer, a.a.O.; Schütze, WM 1980 S. 1438, jeweils m. w. N.

<sup>58</sup> Vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., S. 136 f.

<sup>59</sup> Hierzu Canaris, a.a.O., Anm. 520 ff. — betreffend den Ausschluß von Einwendungen.

<sup>60</sup> Horn, NJW 1980 S. 2153, 2159.

<sup>61</sup> Horn, NJW 1980 S. 2153 ff.

<sup>62</sup> BGH, WM 1979 S. 691: Die betreffende Klausel war nämlich mit „Bürgschaftserklärung“ überschrieben; außerdem war von „verbürgen“ und von „Bankbürgschaft“ die Rede. Darüber hinaus bezogen sich die Parteien bei Abgabe dieser Erklärung auf wesentliche Bestimmungen des Bürgschaftsrechts, so auf die §§ 776, 770, 771 BGB. Die dadurch aufgezeigte Tendenz, daß trotz Verwendung der Worte „auf erstes Anfordern“ in Wirklichkeit eine Bürgschaft gewollt war, ergibt sich mithin aus der Auslegung der Parteivereinbarung, deren Wortlaut von üblichen Bankgarantien im Außenhandel meilenweit entfernt ist.

<sup>63</sup> Hierzu Graf von Westphalen, a.a.O., S. 175 m. w. N.

<sup>64</sup> Horn, a.a.O., S. 2159.

<sup>65</sup> Vgl. Nielsen, BuB Rdnr. 5/151.

<sup>66</sup> Pleyer, a.a.O., S. 15; Nielsen, a.a.O.; Graf von Westphalen, a.a.O., S. 195, jeweils m. w. N.

Will man also — wie bisher — das Instrument der Bankgarantie im internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr nutzen, dann bleibt kein Ausweg: Garantien, welche „auf erstes Anfordern“ fälliggestellt sind, müssen ihrer Rechtsnatur nach als Verträge sui generis qualifiziert und als solche auch für den Fall respektiert werden, daß diese Garantien — von eindeutigen Mißbrauchsfällen abgesehen — unberechtigt in Anspruch genommen werden. Dies ist ein Risiko, welches der Exporteur tragen muß, weil die Bank die Garantie im Interesse des Exporteurs erstellt<sup>66a</sup>. Dies ist ein wirtschaftliches Argument. Dem folgt ein rechtliches: Die bislang — im Grundsatz uneingeschränkt — anerkannte abstrakte Rechtsnatur einer Bankgarantie im Außenhandel, welche „auf erstes Anfordern“ fälliggestellt wird, belastet gewiß den Exporteur mit dem Risiko einer unberechtigten Inanspruchnahme; die Bank wird — von Ausnahmefällen abgesehen — frei, wenn sie „auf erstes Anfordern“ zahlt. Ihr steht dann generell das Recht zu, Aufwändungsersatz gemäß § 670 BGB vom Garantierauftraggeber zu verlangen. An diesen Grundsätzen ist — infolge einer im internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr notwendigerweise formalisierten Betrachtungsweise — uneingeschränkt und unbedingt festzuhalten. Für etwaige Auslegungsversuche, ein Zahlungsverprechen einer Bankgarantie, welches „auf erstes Anfordern“ fälliggestellt wird, aufgrund eines angeblichen „Parteiwillens“ dem Bürgschaftsrecht gemäß §§ 675 ff. BGB zuzuweisen und auf der Ebene des Bereicherungsrechts dem Grundsatz der Akzessorietät — auch bei einer Bankgarantie — in Form von Rückforderungsansprüchen Tribut zu zollen, besteht im Interesse der am internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr beteiligten Personen bei Bankgarantien im Außenhandel kein Anlaß: Gerade aus der international gebräuchlichen Terminologie folgt aufgrund ihrer stereotypen Verwendung die besondere Abstraktheit einer auf „erstes Anfordern“ fälliggestellten Bankgarantie.

## 7. Die „Einheitlichen Richtlinien für Vertragsgarantien“ der IHK

Auch wenn nicht zu verkennen ist, daß die Verabschiedung dieser „Einheitlichen Richtlinien“ ein begrüßenswerter, auf Rechtsvereinheitlichung zielender Fortschritt ist<sup>67</sup>, so stellen sich gleichwohl weitreichende Bedenken ein. Wenig deutet auch im Augenblick darauf hin, daß diese „Einheitlichen Richtlinien“ geeignet sind, der Praxis des Bankgarantiegeschäftes die erforderliche — aus der Rechtsvereinheitlichung abzuleitende — Rechtssicherheit zu gewähren<sup>68</sup>.

### a) Der Anwendungsbereich

Die „Einheitlichen Richtlinien“ beschränken sich auf eine Regelung der Bietungs-, Erfüllungs- und Anzahlungsgarantie<sup>69</sup>. Doch ist maßgebend: Gemäß Art. 1 Abs. (1) gelten die „Richtlinien“ als typische AGB-Klauseln, d. h. sie müssen in der jeweiligen Bankgarantie ausdrücklich in Bezug genommen werden. Dies geschieht — jedenfalls nach der bislang erkennbaren Praxis — so gut wie nie, was auch für die darauf basierenden VDMA-Muster gilt<sup>70</sup>.

### b) Die Verknüpfung von Garantie und Grundgeschäft

Es gehört zu den Wesensmerkmalen einer unbedingten, abstrakten Bankgarantie, daß diese vom Grundgeschäft losgelöst ist. Mit diesem — als wesentlich einzustufenden — Grundsatz brechen hingegen die „Einheitlichen Richtlinien“: Bereits bei der rechtstechnischen Definition der „Anzahlungsgarantie“ heißt es, die garantierende Bank übernehme die Verpflichtung, „bei Nichterstattung seitens des Garantierauftraggebers gemäß den Bedingungen eines zwischen diesem und dem Begünstigten geschlossenen Vertrags (Hauptvertrag) vom Begünstigten an den Garantierauftraggeber geleistete und nicht anderweitig erstattete Anzahlungen oder Zahlungen“ — dem Begünstigten „im Rahmen einer festgesetzten Geldsumme Zahlung zu leisten“.

Dies ist der bereits weiter oben behandelte Grundsatz der Akzessorietät: Die jeweiligen Bedingungen des Hauptvertrages sind — kraft ausdrücklicher Bezugnahme — Gegenstand des in der Bankgarantie verkörperten Zahlungsverprechens; die Bank muß folglich prüfen, ob die Bedingungen für die Auszahlung der Garantie eingetreten sind; sie muß die dafür vorgelegten Beweismittel auswerten; tut sie dies nicht, macht sie sich schadensersatzpflichtig. Es fügt sich in dieses Bild, daß es gemäß Art. 3 Abs. (3) dieser „Einheitlichen Richtlinien“ heißt, daß der „Garant“, also: die Bank alle die Einwendungen geltend machen könne, welche sich unmittelbar aus der Garantie ergeben oder „nach diesen Richtlinien zulässig sind“.

Ähnlich liegen die Dinge bei der in Art. 7 Abs. (1) getroffenen Regelung. Danach gilt eine Bietungsgarantie „nur im Hinblick auf das ursprüngliche Angebot des Garantierauftraggebers, jedoch nicht für eine Abänderung des Angebots“. Daß indessen die Bank — regelmäßig — überhaupt nicht darüber unterrichtet wird, ob eine Änderung des Angebots durch den Garantierauftraggeber/Exporteur vorgenommen worden ist, entspricht zwar der Praxis, wird aber von den „Einheitlichen Richtlinien“ übergangen. Das gleiche: Gemäß Art. 7 Abs. (1) soll eine Bietungsgarantie „nicht über das in der Garantie oder in diesen Richtlinien festgesetzte Verfalldatum hinaus gelten“. Selbstverständlich besteht — gerade wegen der immer wiederkehrenden unberechtigten Inanspruchnahme von Bietungsgarantien nach dem Motto „Extend the validity of your bid bond or pay“ — ein vitales Interesse an einer Absicherung. Aber es erscheint bedenklich, wenn es dadurch „befriedigt“ wird, daß mit Hilfe des Grundsatzes der Akzessorietät eine Verbindung zwischen der Bindungsfrist des ursprünglichen Angebots und der Bietungsgarantie herbeigeführt wird. Denn die Bank wird auch in diesem Fall unmittelbar in das den Exporteur treffende Risiko hineingezogen.

### c) Die Inanspruchnahme der Garantie

Das kardinale Problem von Bankgarantien, welche „auf erstes Anfordern“ fälliggestellt sind, liegt

<sup>66a</sup> Hierzu insbesondere Stockmayer, AG 1980 S. 326, 333 ff. mit Überblick über die typische Interessen- und Risikoverteilung.

<sup>67</sup> IHK-Publikation Nr. 325; Stumpf, RIW/AWD 1979 S. 1 ff.

<sup>68</sup> Hierzu auch Fußnote 7; kritisch auch Nielsen, BuB RdNr. 5/172 ff.; andererseits: Sonderveröffentlichung Nr. 2/80 des VDMA, Frankfurt.

<sup>69</sup> Vgl. Art. 2.

<sup>70</sup> Sonderveröffentlichung Nr. 2/80 des VDMA; die Sonderveröffentlichung Nr. 1/1976 ist damit überholt.

ersichtlich in dem Risiko unberechtigter Inanspruchnahme. Der ursprüngliche Entwurf der Richtlinie wollte dieses Problem dadurch aus der Welt schaffen, daß „Gnadenfristen“ mit einer Laufzeit von bis zu 30 Werktagen<sup>71</sup> vorgesehen wurden. Ziel dieser „Gnadenfristen“ sollte es sein, ein Intervall zwischen Inanspruchnahme, und Fälligstellung der Bankgarantie zu schieben, um in dieser Zwischenzeit dem Exporteur Gelegenheit zu geben, mit seinem Kunden die Berechtigung der Inanspruchnahme der Garantie zu prüfen und ggf. eine Einigung herbeizuführen. Nunmehr aber ist gemäß Art. 8 Abs. (2) der „Einheitlichen Richtlinien“ vorgesehen, daß die primäre Pflicht der Bank offenbar jetzt darin besteht, „den Garantierauftraggeber bzw. die anweisende Stelle unverzüglich von der Inanspruchnahme“ zu benachrichtigen. Nicht die Zahlungspflicht, sondern die Mitteilungspflicht steht indes nunmehr — überspitzt formuliert — im Vordergrund; aufgrund der Inanspruchnahme der Bankgarantie wird kein endgültiger Zustand, insbesondere kein Rechtsverlust herbeigeführt, sondern ein Schwebezustand eingeleitet<sup>72</sup>; dieser kann gemäß Art. 8 Abs. (3) lit. c) der „Einheitlichen Richtlinien“ bis zu „6 Monaten nach Eingang der Inanspruchnahme“ andauern, was notwendigerweise zusätzliche Avalprovision auslöst.

Mehr noch: Gemäß Art. 9 lit. a) der „Einheitlichen Richtlinien“ gilt, daß eine „Erklärung“ des Begünstigten beizubringen ist, und zwar mit folgendem Inhalt: . . .

*„Daß das Angebot des Garantierauftraggebers angenommen worden ist und daß dieser dann den Vertrag nicht unterschrieben oder keine Erfüllungsgarantie, weil sie im Angebot vorgesehen war, gestellt hat und seine an den Garantierauftraggeber gerichtete Zustimmungserklärung, wonach jede Streitigkeit über einen Anspruch des Garantierauftraggebers auf Rückzahlung durch den Begünstigten eines Teils oder der gesamten aufgrund der Garantie ausgezahlten Summe durch ein in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenes Gericht oder Schiedsgericht geregelt werden soll oder, falls ein solches Gericht oder Schiedsgericht darin nicht vorgesehen oder auf andere Weise vereinbart ist, nach Wahl des Garantierauftraggebers durch ein Schiedsgericht in Übereinstimmung mit der Verfahrensordnung des Schiedsgerichtshofes der Internationalen Handelskammer oder mit der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung.“*

Dies wird in Art. 9 b) der „Einheitlichen Richtlinien“ noch verstärkt, weil bei der Inanspruchnahme einer Anzahlungs- oder Erfüllungsgarantie die Auszahlung des Garantiebetrages nur dann erfolgen kann, wenn und soweit „entweder eine die Rechtmäßigkeit der Inanspruchnahme feststellende Gerichtsentscheidung“ oder ein entsprechender Schiedsspruch vorliegt, „oder die schriftliche Einwilligung des Garantierauftraggebers im Hinblick auf die Auszahlung und deren Höhe“.

Damit ist klar: Art. 8 in Verbindung mit Art. 9 der „Einheitlichen Richtlinien“ beseitigt den abstrakten, unbedingten Charakter einer Bankgarantie, wie er der bisherigen Praxis im internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr entsprach. Die Bankgarantien werden, sofern die „Einheitlichen Richtlinien“ sich durchsetzen sollten, wasfüglich bezweifelt werden muß<sup>73</sup>, zu kausalen Bürgschaften, deren

Zweck und Ziel darin besteht und darauf beschränkt ist, sicherzustellen, daß Gerichtsentscheidungen und Schiedssprüche — diese müssen zwangsläufig innerhalb des Haupt- und Garantievertrages identisch sein, soll die Regelung überhaupt widerspruchsfrei bleiben — honoriert werden.

Es mag sein, daß die Anwendung dieser „Einheitlichen Richtlinien“ geeignet ist, einige Problemfälle unberechtigter Inanspruchnahme von Bankgarantien — im Ergebnis : durch die Zwischenschaltung eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsentscheidungs — zu lösen. Doch, wie die bisherige Praxis zeigt, richten sich die Parteien bei internationalen Verträgen so gut wie gar nicht nach diesen „Einheitlichen Richtlinien“; sie werden in der Praxis zu Recht bislang ignoriert.

## 8. Das VDMA-Muster

Der VDMA hat im Rahmen seiner Sonderveröffentlichung Nr. 2/80 in Abänderung eines früheren Musters<sup>74</sup> Formulare vorgelegt, welche die „Einheitlichen Richtlinien für Vertragsgarantien“ der IHK modifizierend weiterentwickeln. Auch wenn bislang jedenfalls in der Praxis nicht erkennbar ist, daß sich diese VDMA-Muster einer gewissen Beliebtheit bereits erfreuen, so soll doch kurz noch folgendes angemerkt werden, auch wenn sich die wesentlichen Einwände bereits aus den kritischen Bemerkungen zu den „Einheitlichen Richtlinien für Vertragsgarantien“ ableiten lassen: Auch diese Bankgarantien sind keine abstrakten Sicherungsversprechen; die Bank wird vielmehr bei Beachtung dokumentärer Prüfpflichten — unmittelbar in das Verhältnis zwischen Exporteur und Besteller hineingezogen.

Besonders deutlich wird dieser Sachzusammenhang, weil nach den VDMA-Mustern eine Inanspruchnahme nur dann in Betracht kommt, wenn deren Rechtmäßigkeit durch eine Gerichts- bzw. durch eine Schiedsgerichtsentscheidung festgestellt wurde — vorbehaltlich freilich des überaus seltenen Falls, daß nämlich eine „schriftliche Einwilligung des Garantierauftraggebers“ vorliegt, mit der dann eine Inanspruchnahme der Bankgarantie legitimiert wird. Doch auch die Anbindung der Zahlungspflicht aus einer Bankgarantie an eine Gerichts- bzw. Schiedsgerichtsentscheidung bewirkt in der Sache, daß damit mehr Fragen aufgeworfen als Antworten gegeben werden:

### a) Die Einschaltung von Zweitbanken

Verlässlichen Schätzungen zufolge sind etwa 50% der ausgelegten Bankgarantien, welche im deutschen Export Verwendung finden, sogenannte „indirekte Bankgarantien“. Dies bedeutet: Es sind im Land des Begünstigten domizilierende Zweitbanken eingeschaltet, die eine Garantie erstellen und sich gegenüber dem deutschen Institut entsprechend durch eine Rückgarantie absichern lassen. Abhängig von der Ausgestaltung im Einzelfall kann die Zweitbank verschiedene Funktionen übernehmen: Ähnlich wie

<sup>71</sup> Hierzu Graf von Westphalen, a.a.O., S. 182.

<sup>72</sup> Nielsen, BuB Rdnr. 5/174; Schinnerer, Österreichisches Bank-Archiv, 1979 S. 41, 49.

<sup>73</sup> Hierzu insbesondere auch Schinnerer, a.a.O., S. 50.

<sup>74</sup> VDMA-Sonderveröffentlichung Nr. 1/76; hierzu auch Graf von Westphalen, a.a.O., S. 182.

beim Akkreditiv kann es sein, obwohl dieser Fall selten ist<sup>75</sup>, daß die eingeschaltete Zweitbank lediglich die Funktion der Avisierung der zugunsten des Begünstigten erstellten Garantie übernimmt. Die Verpflichtung der Zweitbank ist dabei — ohne eigenes Obligo — darauf beschränkt, dem Begünstigten Mitteilung von der Stellung der Bankgarantie zu machen.

Zwischen Erstbank und Zweitbank besteht in diesen Fällen kein eigener Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß §§ 675, 631 ff. BGB<sup>76</sup>. Vielmehr kommt der Garantievertrag mit dem Zugang des Avis beim Begünstigten unmittelbar zwischen der deutschen Garantiebank einerseits und dem Begünstigten andererseits zustande<sup>77</sup>. In Betracht kommt auch, daß die Zweitbank — dieser Fall ist allerdings selten — im Sinn eines Schuldbeitritts gemäß §§ 414, 415 BGB die Garantieöffnung zugunsten des Begünstigten bestätigt, z. B. durch Beifügung des Textes: „We join the above mentioned guarantee . . .“<sup>78</sup>.

Wie gesagt, in etwa 50% der im deutschen Exportgeschäft erstellten Garantien übernimmt jedoch die Zweitbank zugunsten des Begünstigten eine eigene Garantieverpflichtung<sup>79</sup>. Die Zweitbank ist dann hierzu nur unter der Bedingungen bereit, daß die Erstbank sie durch eine Rückgarantie („indemnity“) von jeglichen Risiken freistellt, welche sich aus der Inanspruchnahme der Garantie ergeben können<sup>80</sup>. Rechtlich gesehen ist die Stellung der Zweitbank dabei weder die eines Erfüllungsgehilfen der Erstbank im Sinn des § 278 BGB, noch handelt es sich um eine Substitution gemäß § 664 BGB<sup>81</sup>. Vielmehr übernimmt die Zweitbank in diesen Fällen auf Veranlassung der Erstbank eine dem Begünstigten gegenüber bestehende eigene Verbindlichkeit, deren Risiken dann durch eine entsprechende Rückgarantie in Form einer „indemnity“ abgesichert werden. Das eigentlich zwischen Erst- und Zweitbank — wie etwa beim bestätigten Akkreditiv — bestehende gesamtschuldnerische Verhältnis ist damit — im Innenverhältnis — durch die Einschaltung einer Zweitbank infolge der Rückgarantie aufgehoben.

#### b) Praktische Schwierigkeiten bei Gerichts- und Schiedsgerichtsurteilen

Um es vorwegzuschicken: Wegen dieser Besonderheiten im internationalen Garantiegeschäft, welche sich aus der Einschaltung von Zweitbanken — besonders bei „indirekten Garantien“ — ergeben, ist es überhaupt nur dann sinnvoll, die „Einheitlichen Richtlinien für Vertragsgarantien“ der IHK bzw. die VDMA-Muster zu verwenden, wenn im Ergebnis sichergestellt ist, daß sowohl das Rechtsverhältnis zwischen Garantiebank einerseits und Begünstigtem andererseits als auch das zwischen Zweitbank und Erstbank — insgesamt — von gleichlaufenden, gleichgelagerten vertraglichen Bestimmungen geprägt ist. Mit anderen Worten: Wenn und soweit die im Heimatland des Begünstigten domizilierende Zweitbank eine an diesen Mustern ausgerichtete Bankgarantie gegeben haben sollte, so müßte die Verpflichtung der Erstbank gegenüber der Zweitbank — in Form der Rückgarantie — gleichlautend sein; sie müßte insbesondere nicht — wie bisher üblich — als abstrakte Garantieverpflichtung ausgeprägt sein. Aber selbst wenn eine Kongruenz der Verpflichtungen besteht — obwohl die ausländische

Bank den Text der „indemnity“ vorschreibt —, so stellt sich gleichwohl die Frage: Darf die Erstbank schon dann den in Anspruch genommenen Garantiebetrag zur Auszahlung bringen, wenn eine Gerichtsentscheidung über die Rechtmäßigkeit der Inanspruchnahme gegenüber der Zweitbank ergangen ist? Oder muß nunmehr die Erstbank ihrerseits abwarten, bis daß die Zweitbank sie wiederum wegen der Inanspruchnahme der Bankgarantie gerichtlich mit Erfolg in Anspruch genommen hat?

Es ist jedoch keineswegs ausgemacht, daß die Entscheidung eines Gerichts gegenüber der Zweitbank in der Sache identisch ist mit der Entscheidung gegenüber der Erstbank, weil nach anerkannten kollisionsrechtlichen Grundsätzen das Recht den Garantievertrag beherrscht, welches am Sitz der jeweiligen Garantiebank gilt. So sehen es ja auch die „Einheitlichen Richtlinien“ der IHK in Art. 10. Dies aber bedingt, daß gegenüber der Zweitbank deren Heimatrecht zum Zuge kommt, gegenüber der Erstbank und deren Rückgarantie dann aber im Zweifel deutsches Recht eingreift. Wegen der erheblichen Dissonanzen und Disharmonien der verschiedenen Rechtsordnungen aber ist es dann nicht immer auszuschließen, daß die Inanspruchnahme der Bankgarantie gegenüber der Zweitbank als rechtmäßig, gegenüber der Erstbank aber — wegen der Andersartigkeit des anwendbaren materiellen Rechts — als rechtswidrig zu qualifizieren ist. Frage: Darf dann gleichwohl die Zweitbank den Garantiebetrag auszahlen und die Erstbank entsprechend belasten? Mehr noch: Wenn die Zweitbank nunmehr — jedenfalls in den seltenen Fällen, in denen die Zweitbank eine gesamtschuldnerische Mithaftung im Hinblick auf die Bankgarantie übernommen hat — der Erstbank im Falle einer gerichtlichen Inanspruchnahme den Streit verkündet, ist dann die Erstbank verpflichtet, diesem Streit auch beizutreten, obwohl keineswegs sichergestellt sein dürfte, daß ein Urteil eines Gerichts im Staat der Zweitbank auch hierzulande gemäß § 328 Abs. (1) ZPO anerkannt und gemäß §§ 722, 723 ZPO für vollstreckbar erklärt wird<sup>82</sup>? Dabei ist die Frage überhaupt noch nicht berührt, ob denn die Zustellung einer Klage gegenüber der Erstbank rechtlich wirksam bewirkt werden kann, und es ist auch nicht die Frage vertieft, welche Wirkungen aufgrund einer Streitverkündung nach ausländischem Prozeßrecht eintreten<sup>83</sup>. Kein Zweifel: Diese Fragen werden nicht dadurch obsolet, daß — entsprechend den Bestimmungen der „Einheitlichen Richtlinien für Vertragsgarantien“ der IHK sowie aufgrund der VDMA-Muster — eine Schiedsgerichtsvereinbarung innerhalb der Bankgarantie zusätzlich vorgesehen ist<sup>84</sup>. Denn in der Sache ist damit nicht auszuschließen, daß im Verhältnis zwischen Garant und Garantiebegünstigtem ein anders-

<sup>75</sup> Hierzu Nielsen, BuB Rdnr. 5/157.

<sup>76</sup> Hierzu auch Canaris, a.a.O., Anm. 511 m. w. N.

<sup>77</sup> Nielsen, a.a.O.

<sup>78</sup> Nielsen, BuB Rdnr. 5/158.

<sup>79</sup> Nielsen, BuB Rdnr. 5/159.

<sup>80</sup> Hierzu auch Pleyer, a.a.O., S. 14 f.

<sup>81</sup> Zur Parallelproblematik beim Akkreditiv sowie beim Inkassogeschäft vgl. Graf von Westphalen, WM 1980 S. 178 ff.

<sup>82</sup> Zu diesen Fragen insbesondere Schütze, WM 1980 S. 1438 ff. m. w. N.

<sup>83</sup> Milleker, ZJP 80 S. 288 ff.

<sup>84</sup> Vgl. die weiterentwickelten Garantiemuster in der Sonderveröffentlichung Nr. 2/80 des VDMA.

lautendes Urteil ergeht als im Verhältnis zwischen Garant und auftraggebender Erstbank bei Streit um die Berechtigung einer Inanspruchnahme der Rückgarantie.

## II. Einstweilige Verfügungen bei mißbräuchlicher Inanspruchnahme einer Bankgarantie gegenüber der auszahlungswilligen Bank

Der zweite, hier näher zu beleuchtende Problem- punkt bezieht sich in Fortführung der soeben ange- deuteten Gedanken auf Versuche, mit Hilfe von einstweiligen Verfügungsverfahren gemäß §§ 935, 940 ZPO der Garantiebank die Auszahlung der Bankgarantie zu untersagen. Dabei ist freilich zu berücksichtigen: Der Trend geht, versucht man eine vorläufige Bilanz zu ziehen, in die Richtung, daß die früher vorherrschenden direkten Garantien inzwi- schen in wachsendem Maße von „indirekten“ Ga- rantien abgelöst werden, die gegenwärtig etwa 50% des Garantiegeschäfts im Export bereits ausmachen. Hinzu kommt: Würde sich die Tendenz verstärken, daß nämlich — mit Erfolg — einstweilige Verfügun- gen gegen auszahlungswillige deutsche Garantie- Banken erlassen werden, so könnte dies durchaus die weitere Konsequenz haben, daß die Akzeptanz von Bankgarantien deutscher Institute im interna- tionalen Garantiegeschäft — bezogen auch auf „Rückgarantien“ — Schaden leidet — ganz abgese- hen natürlich von der anderen Möglichkeit, daß sich nämlich künftig deutsche Garantiegeber weigern, zu den bisherigen Aval-Provisionssätzen — weiterhin — Bankgarantien zu erstellen, weil das Risiko für sie auch zu groß ist, in gerichtliche Auseinandersetzun- gen — im Fall der Inanspruchnahme — mit dem Garantie-Auftraggeber verwickelt zu werden von sonstigen, weiteren Nachteilen und Auswirkungen auf andere Geschäfte der auftraggebenden Bank ab- gesehen.

### 1. Bisherige Auffassungen in der Literatur

Auszugehen ist von dem Grundsatz, daß der Ga- rantie-Auftraggeber/deutscher Exporteur nicht be- rechtigt ist, aufgrund einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO gegenüber der Bank die Aus- zahlung des Garantiebetrages an den Begünstigten zu verhindern<sup>85</sup>. Doch dieses Prinzip findet seine Durchbrechung, wenn — ähnlich wie beim Akkre- ditivgeschäft<sup>86</sup> — der Einwand des öffentlichen Rechtsmißbrauchs gemäß § 242 BGB gerechtfertigt ist<sup>87</sup>. In diesen Ausnahmefällen steht dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht die Tatsache entgegen, daß die Bankgarantie eine abstrakte Ver- pflichtung darstellt, daß insbesondere auch das streitige Rechtsverhältnis im Sinn von § 935 ZPO der Geschäftsbewirkungsvertrag zwischen dem Ga- rantie-Auftraggeber und der Garantiebank ist, der weder vom Vertragsverhältnis zwischen Begünstig- tem und Garantie-Auftraggeber noch von dem Ga- rantievertrag berührt ist<sup>88</sup>. Denn auch der Geschäfts- besorgungsvertrag zwischen Garantiebank und Ga- rantie-Auftraggeber ist von dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmißbrauchs gemäß § 242 BGB beherrscht. Konsequenz ist: Im Fall des Rechtsmißbrauchs der Inanspruchnahme der Bankgarantie im Sinn von § 242 BGB steht der Garantiebank ein Leistungs-

verweigerungsrecht zu<sup>89</sup>. Dieser Rechtsmißbrauch wirkt sich auf den Geschäftsbesorgungsvertrag aus. Der Garantieauftraggeber hat in diesen Fällen An- spruch auf Ausübung des Leistungsverweigerungs- rechts durch die Bank. So gesehen greift also der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO nicht illegitimerweise in ein Rechtsverhältnis mit einem Dritten (dem Begünstig- ten) ein<sup>90</sup>. Demzufolge ist — begrenzt auf den Fall des offenkundigen Rechtsmißbrauchs — der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegenüber der Garantiebank bei mißbräuchlicher Inanspruch- nahme der Bankgarantie grundsätzlich nicht zu be- anstanden<sup>91</sup>.

Dies gilt freilich dann nicht, wenn und soweit eine „indirekte“ Garantie vorliegt: Hat z. B. die im Land des Begünstigten domizilierende Garantiebank (Zweitbank) die Bankgarantie auf Weisung der Erst- bank gewährt, dann können diese Erwägungen — bezogen auf den Fall des Rechtsmißbrauchs gemäß § 242 BGB — überhaupt nur dann Berücksichtigung erlangen, wenn konkrete Ansatzpunkte für einen Rechtsmißbrauch auch das Verhältnis zwischen Erstbank und Zweitbank prägen und nicht auf den Garantievertrag gegenüber dem Begünstigten be- schränkt sind. Daran wird es im Zweifel regelmäßig fehlen: Denn wenn der Begünstigte die Bankgarantie unberechtigterweise in Anspruch nimmt, dann be- schränkt sich dieser Rechtsmißbrauch nahezu not- wendigerweise auf den bestehenden Garantiever- trag zwischen Zweitbank und Begünstigtem; die Erstbank wird dann aufgrund der „indemnity“ in Anspruch genommen, wobei anzumerken ist, daß ja die „indemnity“ in Form der Rückgarantie eben- falls ein abstraktes Sicherungsversprechen darstellt. Selbst wenn die Erstbank durch den Garantie-Auf- traggeber darüber unterrichtet sein sollte, daß der Garantie-Auftraggeber der Auffassung ist, daß der Begünstigte die Bankgarantie rechtsmißbräuchlich in Anspruch nimmt, berührt dieser Rechtsmißbrauch die Rückgarantie nur dann, wenn der Erstbank — zusätzlich — Tatsachen bekannt sind, aus denen sich der Schluß ableitet, daß die Zweitbank — z. B. aufgrund kollusiven Verhaltens mit dem Begünstig- ten — die Garantie zur Auszahlung bringt. Mit an- deren Worten: Es müssen also konkrete Umstände vorliegen, aus denen die Kenntnis der Erstbank ab- geleitet werden kann, daß die Zweitbank ihrerseits rechtsmißbräuchlich handelt, weil nur dann dieser Rechtsmißbrauch auch die Rückgarantie („indem- nity“) prägt; denn zwischen dem Garantieauftrag- geber und der Zweitbank besteht kein vertragliches Rechtsverhältnis<sup>91a</sup>.

<sup>85</sup> Hierzu Nielsen, BuB Rdnr. 5/170 m. w. N.; Stockmayer, AG 1980 S. 326, 328 ff. m. w. N.

<sup>86</sup> Graf von Westphalen, a.a.O., S. 141 ff. m. w. N.

<sup>87</sup> LG Düsseldorf, WM 1975 S. 67; vgl. aber auch Aden, RIW/AWD 1976 S. 678 ff.; Pilger, RIW/AWD 1979 S. 588 ff. — jeweils für die Zulässigkeit eines Arrestes gegenüber dem Begünstigten mit Pfändung des Auszahlungsanspruchs gegenüber der Akkreditiv- bank.

<sup>88</sup> Hierzu Graf von Westphalen, a.a.O., S. 191 f.; Stockmayer, a.a.O., S. 328 f.; Schütze, WM 1980 S. 1438.

<sup>89</sup> Schlegelberger/Hefermehl, a.a.O., Rdnr. 298; Canaris, a.a.O., Anm. 523; von Caemmerer, FS für Riese, S. 303; Auhagen, a.a.O., S. 77; Pleyer, a.a.O., S. 18; Freiherr Marschall von Bieberstein, a.a.O., S. 39; Graf von Westphalen, a.a.O., S. 189 f.

<sup>90</sup> A. M. Nielsen, BuB Rdnr. 5/170.

<sup>91</sup> Hierzu auch Stockmayer, a.a.O.

<sup>91a</sup> Hierzu insbesondere auch OLG Düsseldorf, WM 1978 S. 359 ff. — allerdings bezogen auf das Dokumenten-Akkreditiv.

Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen die auszahlungswillige Garantiebank ist also praktisch auf Fälle der direkten Garantie beschränkt. In diesen Fällen steht aber gemäß §§ 935, 940 ZPO die Tatsache dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht entgegen, daß der Garantie-Auftraggeber — bei unberechtigter Auszahlung des Garantiebetrages, begrenzt freilich auf den Fall des Rechtsmißbrauchs — die Erstattung des der Bank zustehenden Aufwendungsersatzanspruchs gemäß §§ 675, 670 BGB der Bank gegenüber verweigern bzw. die Rückgängigmachung einer entsprechenden Belastungsbuchung verlangen kann<sup>92</sup>. Denn es ist anerkannt, daß die Bejahung eines Verfügungsgrundes im Sinn des § 935 ZPO nicht daran scheitert, daß der Antragsteller in der Lage ist, in sonstiger Weise Ersatz bzw. Schadensersatz zu erhalten<sup>93</sup>.

Infolge der abstrakten Rechtsnatur der Bankgarantie wird überwiegend in der Literatur — zutreffend — die Auffassung vertreten<sup>94</sup>, der Erlaß einer einstweiligen Verfügung gemäß § 935 ZPO gegen die auszahlungswillige Bank sei auch im Fall des Rechtsmißbrauchs nicht durch eidesstattliche Versicherungen im Rahmen der allgemeinen Glaubhaftmachung gemäß § 294 ZPO zu erreichen. Vielmehr bedürfe es hierzu der Vorlage „liquider“ Beweismittel<sup>95</sup>: Der Rechtsmißbrauch muß also eindeutig, z. B. durch dokumentäre Evidenzen nachgewiesen werden können. Denn — ähnlich wie beim Akkreditiv — kann nur in dieser Weise der abstrakten Rechtsnatur einer Bankgarantie im internationalen Geschäfts- und Wirtschaftsverkehr Rechnung getragen werden<sup>96</sup>. Legt man indessen die Schwelle der Glaubhaftmachung wesentlich tiefer und läßt entsprechend den allgemeinen Grundsätzen die Kriterien des § 294 ZPO ausreichend sein, dann wird nicht nur der allgemeine Grundsatz der Bankgarantie: „erst zahlen, dann prozessieren“<sup>97</sup> verletzt, sondern dann wird die Garantiebank auch unmittelbar in die Auseinandersetzung zwischen Exporteur und Begünstigtem hineingezogen, und zwar regelmäßig in einer Weise, die im Ergebnis für den Begünstigten kaum sehr viel bringt.

## 2. Neuere Entwicklungen

Es liegen inzwischen mehrere instanzgerichtliche Urteile<sup>98</sup> vor, in denen der Bank die Auszahlung des Garantiebetrages aufgrund einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO erfolgreich untersagt wurde. Diese Entwicklung hat in der Literatur teilweise beträchtliche Zustimmung gefunden<sup>99</sup>. In all diesen Fällen handelt es sich im Ergebnis darum, daß die Gerichte zu der Überzeugung gelangten, der Garantie-Auftraggeber habe glaubhaft gemacht, die Bankgarantie werde rechtsmißbräuchlich in Anspruch genommen. Dabei arbeiteten die Gerichte — in der Sache insoweit zutreffend — den Grundsatz heraus, daß das Verbot des Rechtsmißbrauchs gemäß § 242 BGB auch uneingeschränkt Inhalt des Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen Garantie-Auftraggeber einerseits und Garantiebank andererseits gemäß §§ 675, 631 ff. BGB ist.

### a) Kritik der instanzgerichtlichen Urteile

Von besonderer Bedeutung sind insoweit das Urteil des LG Dortmund vom 9. 7. 1980<sup>100</sup> sowie das Urteil des LG Frankfurt vom 14. 12. 1979<sup>101</sup>. Beide Fälle

betreffen unberechtigte Inanspruchnahmen von Bankgarantien im Iran-Geschäft; in beiden Fällen handelt es sich um eine Leistungsgarantie. In beiden Fällen hatte ein iranisches Bankinstitut (Zweitbank) die Bankgarantie zugunsten des Begünstigten erstellt und sich von dem deutschen Institut eine Rückgarantie („indemnity“) geben lassen. Von besonderem Belang ist außerdem: Das deutsche Bankinstitut hatte — in Kenntnis der drohenden rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme — dem deutschen Exporteur jeweils mitgeteilt, es werde die Rückgarantie zugunsten der persischen Bank honorieren, es sei denn, dies würde ihr aufgrund einer einstweiligen Verfügung untersagt. Daß der Begünstigte — auch gegenüber dem persischen Bankinstitut (Zweitbank) — die Bankgarantie rechtsmißbräuchlich in Anspruch nehmen wolle, hat das deutsche Bankinstitut (Erstbank) in dem vom LG Frankfurt entschiedenen Fall dem iranischen Bankinstitut (Zweitbank) ausdrücklich mitgeteilt. Sowohl die Äußerung des deutschen Bankinstituts (Erstbank), nur aufgrund einer einstweiligen Verfügung von der Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtung aus der Rückgarantie gegenüber dem persischen Bankinstitut (Zweitbank) gehindert werden zu können, als auch die Tatsache, daß — jedenfalls in dem vom LG Frankfurt entschiedenen Sachverhalt — den am Grundgeschäft Beteiligten bekannt war, daß die Bankgarantie rechtsmißbräuchlich in Anspruch genommen werden würde, belegen atypische Sachverhalte. Offensichtlich hatte sich das deutsche Bankinstitut (Erstbank) zu sehr für die Belange des Garantie-Auftraggebers eingesetzt, als daß es jetzt noch glaubhaft hätte einwenden können, über die Rechtsmißbräuchlichkeit der Inanspruchnahme der Bankgarantie nicht ausreichend unterrichtet zu sein, zumal — in beiden Fällen — das übliche Ritual durchexerziert wurde: Die Bankgarantie wurde mehrfach nach dem Motto „extend the guarantee or pay“ verlängert.

Dennoch: Beide Urteile überzeugen in der Sache nicht. Sie beruhen letztlich auf einer Verkennung des Ordre Public-Vorbehalts des Art. 30 EGBGB. Denn Rechtsmißbrauch ist keineswegs identisch mit den grundlegenden Prinzipien des Ordre Public<sup>102</sup>, zumal die Rechtsprechung — übrigens: aus guten Gründen — den Ordre Public-Vorbehalt immer restriktiver handhabt<sup>103</sup>: Angesichts der abstrakten Rechtsnatur des Garantievertrages — insbesondere auch der Rückgarantie — erscheint es höchst bedenklich, das den Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Garantie-Auftraggeber und Erstbank beherrschende Verbot des Rechtsmißbrauchs im Sinn des

<sup>92</sup> Canaris, a.a.O., Anm. 524, 431.

<sup>93</sup> Thomas/Putzo, ZPO, 9. Aufl., § 935 Anm. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 39. Aufl., § 940 Anm. 2 B m. w. N.

<sup>94</sup> Canaris, a.a.O.; Graf von Westphalen, a.a.O., S. 192; Stockmayer, AG 1980 S. 326, 328, 329; Canaris, a.a.O., Anm. 524; Pleyer, a.a.O., S. 18.

<sup>95</sup> Bedenken insbesondere bei Pilger, RIW/AWD 1979 S. 558, 589.

<sup>96</sup> Hierzu Zahn, a.a.O., S. 163 ff.

<sup>97</sup> Liesecke, WM 1968 S. 22, 26; Nielsen, BuB Rdnr. 5/13f.

<sup>98</sup> Insbesondere LG Frankfurt, Urteil vom 11. 12. 1979 — 3/10 O 123/79; LG Dortmund, Urteil vom 10. 4. 1980 — 10 O 9/80; vgl. auch LG Braunschweig, Beschluß vom 14. 3. 1980 — 21 O 25/80.

<sup>99</sup> Sonderveröffentlichung Nr. 2/1980 des VDMA; so im Ergebnis auch Horn, NJW 1980 S. 2153, 2158.

<sup>100</sup> 10 O 9/80.

<sup>101</sup> 3/10 O 123/79.

<sup>102</sup> LG Frankfurt, a.a.O., S. 14 der Urteilsgründe; LG Dortmund, a.a.O., S. 11 f. der Urteilsgründe.

<sup>103</sup> BGH, NJW 1979 S. 1776 m. w. N.

Ordre Public auch auf das Verhältnis zwischen Erstbank und Zweitbank zu übertragen. Denn die vom persischen Institut ausgelegte Leistungsgarantie unterlag — jedenfalls in dem vom LG Frankfurt entschiedenen Fall — eindeutig persischem Recht; in dem vom LG Dortmund entschiedenen Sachverhalt deutet — möglicherweise — einiges darauf hin, daß das persische Institut die Garantie „in Übereinstimmung mit den in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Gesetzen“ erstellen sollte. Doch auch das LG Dortmund wertet dies nicht als eine materiellrechtliche Rechtswahl. Vielmehr wenden beide Gerichte — entsprechend den allgemeinen Grundsätzen<sup>104</sup> — persisches Recht auf den Garantievertrag gegenüber dem Begünstigten an. Sie prüfen aber dann nicht, ob das persische Recht — trotz der international akzeptierten Abstraktheit der Bankgarantie — dieses Prinzip im Fall des Rechtsmißbrauchs durchbricht, sondern flüchten sich — ganz allgemein — sogleich in den Ordre Public des Art. 30 EGBGB: Selbst für den Fall, daß das persische Recht das Prinzip des Rechtsmißbrauchs — bezogen auf die unberechtigte Inanspruchnahme einer Bankgarantie — nicht kennen sollte, so sei dies in der Sache unbeachtlich. Dies mag im Fall eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Begünstigtem und Zweitbank zutreffend sein, weil dann der Garantievertrag — unmittelbar und der Rückgarantievertrag — mittelbar — von den Merkmalen des Rechtsmißbrauchs durchdrungen ist, wie z. B. beim allgemeinen Arglistenwand oder beim Wucher<sup>105</sup>. Doch erscheint der Rekurs auf den Ordre Public-Vorbehalt des Art. 30 EGBGB — angesichts der abstrakten Rechtsnatur der Bankgarantie, insbesondere der der Rückgarantie — sehr weit hergeholt und in der Sache verfehlt, zumal der Garantierauftraggeber nicht Partei des Rückgarantievertrages ist.

Dabei ist ein weiteres von Belang: Das LG Frankfurt<sup>106</sup> rechtfertigt das Verbot der Auszahlung der Rückgarantie letztlich mit folgenden Erwägungen:

*„Hier darf dem Exporteur nicht auferlegt werden, möglicherweise über einen langwierigen Regreßprozeß gegen den aus der Garantie Begünstigten im Ausland zu versuchen, den Geldbetrag zurückzuerlangen, den er der auszahlenden Bank erstatten mußte, wobei er in einem solchen Prozeß auch noch die Beweislast für die Rückforderung zu tragen hätte“<sup>107</sup>.*

Indessen: Üblicherweise bestehen zwischen Erstbank und Zweitbank — der Sachverhalt, welcher vom LG Dortmund<sup>108</sup> entschieden wurde, macht insoweit offenbar eine Ausnahme — gegenseitige Verrechnungskonten. Die Zweitbank aber wird regelmäßig die in Anspruch genommene Garantie zur Auszahlung bringen und dann, wenn die Erstbank die Rückgarantie — infolge einer gegen sie erlassenen einstweiligen Verfügung — nicht honoriert, das bei ihr unterhaltene Konto der Erstbank entsprechend belasten. Mit anderen Worten: Die Risiken, welche nach den Urteilsgründen des LG Frankfurt den Exporteuren nicht anzulasten sind, treffen aber — uneingeschränkt, was offenbar auch gewollt ist — die Erstbank. Damit aber stellt sich die ganz entscheidende praktische Frage: Ist die Erstbank in einem solchen Fall berechtigt, die Belastungsbuchung der Zweitbank gemäß § 670 BGB als Aufwändungsersatzanspruch den deutschen Exporteur weiterzube-

lasten oder ist diese Belastung dem Geschäftsrisiko der Erstbank zuzurechnen? Die Antwort ist eindeutig: Da Banken bei der Erstellung von Bankgarantien kein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse verfolgen, sondern eine Verpflichtung des deutschen Exporteurs — jedenfalls im Rahmen einer Leistungsgarantie — sichern, muß letzten Endes den deutschen Exporteur auch das Risiko einer unberechtigten Inanspruchnahme der Bankgarantie gemäß §§ 675, 670 BGB treffen: Die Erstbank ist also berechtigt, den deutschen Exporteur — auch im Fall der unberechtigten Inanspruchnahme der Bankgarantie bei der Zweitbank — mit den Aufwendungen zu belasten, die ihr infolge der und im Zusammenhang mit der Belastungsbuchung der Zweitbank — bei Nichtonorierung der Rückgarantie — entstanden sind. „Auch steht dem Garantierauftraggeber gegenüber der deutschen Erstbank in diesen Fällen kein Leistungsverweigerungsrecht im Hinblick auf den Anspruch der Erstbank aus §§ 675, 670 BGB zu, da dieser aus der Inanspruchnahme der Rückgarantie resultiert.“

Daneben verblissen die weiteren Einwände: Weder das LG Dortmund noch das LG Frankfurt haben sich mit der in der Literatur herrschenden Auffassung auseinandergesetzt, daß nämlich der Erlaß von einstweiligen Verfügungen gegenüber rechtsmißbräuchlich in Anspruch genommenen Bankgarantien nur auf „liquide“ Beweismittel, nicht aber auf allgemeine Kriterien der Glaubhaftmachung gemäß § 294 ZPO gestützt werden kann<sup>109</sup>.

Insgesamt belegen die hier unterbreiteten Einwände das Ergebnis: Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen die unberechtigte Inanspruchnahme einer Bankgarantie ist überhaupt nur in den Fällen sinnvoll, in denen die deutsche Erstbank unmittelbar die Garantie erstellt hat. Denn nur in diesen Fällen ist der deutsche Exporteur — grundsätzlich — davor gesichert, daß die Erstbank nicht im Rahmen des Aufwändungsersatzanspruchs gemäß §§ 670, 675 BGB die ihr von der Zweitbank belastete Buchung weiterbelastet, was im Ergebnis — kommerziell gewertet — den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung sinnlos erscheinen läßt. Letztlich muß also der deutsche Exporteur die Risiken einer rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie — jedenfalls in diesen Fällen — selbst tragen.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt: Das Urteil des LG Braunschweig<sup>110</sup> gewährt dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen die Auszahlung der Bankgarantie keinen Erfolg, sondern bestätigt lediglich in der Sache die — im übrigen unbestrittene — Auffassung, daß nämlich das Verbot des Rechtsmißbrauchs gemäß § 242 BGB geeignet ist, die abstrakte Rechtsnatur der Bankgarantie zu durchbrechen<sup>111</sup>. Dies entspricht im übrigen dem Urteil des OLG Frankfurt vom 12. 2. 1974<sup>112</sup>; und

<sup>104</sup> LG Frankfurt, a.a.O., S. 15; LG Dortmund, a.a.O., S. 11.

<sup>105</sup> Canaris, a.a.O., Anm. 523; Graf von Westphalen, a.a.O., S. 189 f.

<sup>106</sup> Hierzu Fußnote 101.

<sup>107</sup> Ebenda S. 16 f. der Urteilsgründe.

<sup>108</sup> Hierzu Fußnote 100.

<sup>109</sup> Vgl. Fußnote 94.

<sup>110</sup> Vgl. Fußnote 98.

<sup>111</sup> Ebenda.

<sup>112</sup> WM 1974 S. 956.

auch die Entscheidung des OLG Hamburg vom 7. 7. 1977<sup>113</sup> fügt sich in dieses Bild, das schließlich auch von der Entscheidung des OLG Hamburg vom 4. 11. 1977<sup>114</sup> sowie von dem Urteil des OLG Stuttgart vom 25. 1. 1979<sup>115</sup> bestätigt wird.

#### b) Die Auffassung von Horn

Horn<sup>116</sup> sieht durchaus die praktischen Probleme, welche sich — im Fall einer einstweiligen Verfügung — jedenfalls dann ergeben, wenn die Erstbank eine Rückgarantie gegenüber der Zweitbank gegeben hat, sofern die Zweitbank in der Lage ist, „sich aus den bei ihr unterhaltenen Guthaben der Erstbank“ zu befriedigen<sup>117</sup>. Zutreffend sieht er darin auch „faktische Grenzen des Rechtsschutzes gegen den Mißbrauch unbedingter Garantien“<sup>118</sup>. Doch die Schlußfolgerungen, welche Horn daraus ableitet, sind abzulehnen. Es ist in der Tat nicht einzusehen, mit welchen Mitteln die Erstbank — im Fall einer Rückgarantie — überhaupt in der Lage sein sollte, den Aufwendersersatzanspruch der Zweitbank — im Fall der Inanspruchnahme einer Bankgarantie — zu verweigern, weil die Zweitbank einfach aufgrund der Bestimmungen der Verrechnungsmöglichkeiten ohne weiteres in der Lage ist, die Erstbank mit dem ausgezahlten Garantiebetrug zu belasten. Dies gilt insbesondere auch unter Berücksichtigung der Tatsache, daß Rückgarantien entsprechend der üblichen Bankpraxis abstrakte Verpflichtungen zum Gegenstand haben: Sobald und soweit die Zweitbank aus der Bankgarantie in Anspruch genommen worden ist, tritt die Erstbank aufgrund der von ihr gegebenen „indemnity“ in ihre Verpflichtung ein. Horn meint deshalb auch, die deutschen Erstbanken sollten sich darum bemühen, „entweder eine Garantiebestätigung zu vermeiden“ oder darauf hinzuwirken, „daß auch der Zweitanspruch deutschem Recht unterliegt“<sup>119</sup>. Damit aber schießt Horn ersichtlich über das Ziel hinaus. Zum einen: Garantiebestätigungen sind ausgesprochen selten; soweit sie verlangt werden, liegt es kaum innerhalb des Einflußbereiches einer deutschen Erstbank, derartige Bestätigungen, wie Horn vorschlägt, zu „vermeiden“, weil dies unmittelbar auf eine Benachteiligung der Interessen praktisch wird — eine „Garantiebestätigung“ in Form eines Schuldbeitritts gemäß §§ 414, 415 BGB verlangt. Auch der weitere Vorschlag, den „Zweitanspruch deutschem Recht“ zu unterwerfen, führt in der Sache nicht weiter. Denn es entspricht allgemeiner Usancen im internationalen Garantiegeschäft, daß Bankgarantien weder eine Gerichtsstands- noch eine Rechtswahlklausel enthalten; sie folgen üblicherweise dem Recht, welches am Geschäftssitz der garantierenden Bank gilt<sup>120</sup>. Demzufolge haben es die Erstbanken auch keineswegs in der Hand, „Weisungen zur Nichtauszahlung in ihren Geschäftsbeziehungen zur Korrespondenzbank“ zu formulieren. Auch entspricht es üblicher internationaler Gepflogenheiten, daß die Zweitbank ihrerseits der deutschen Erstbank — im Fall einer Rückgarantie — den Text der Rückgarantie vorschreibt. Würde sich eine deutsche Erstbank weigern, international bislang akzeptierte Formulierungen für Rückgarantien zu übernehmen, so würde dies zwangsläufig darauf hinauslaufen, daß entweder die wieder ein wenig in Vergessenheit geratenen „Libyen-Klauseln“ zum Zuge kommen oder daß deutsche Exporteure jeden-

falls dann nicht in der Lage wären, die im internationalen Geschäftsverkehr üblichen abstrakten Garantien zu stellen, sollten die deutschen Bankinstitute darauf insistieren, ihren Korrespondenzbanken Vorschriften im Hinblick auf die „Nichtauszahlung“ von Garantien zumachen. Der Nachteil wäre dann von den deutschen Exporteuren zu tragen.

Letztlich aber ist folgendes Argument entscheidend: Horn schüttet das Kind mit dem Bade aus. Denn nach zuverlässigen Schätzungen verlaufen etwa 99% aller von deutschen Bankinstituten herausgelegten Bankgarantien völlig unproblematisch ab; lediglich in etwa 0,1% der Fälle kommt es zu Meinungsverschiedenheiten und Disputen. Daß gerichtliche Hilfe in Form einer einstweiligen Verfügung — oder auch in Form eines Arrestes<sup>121</sup> — gegen die unberechtigte Auszahlung von Bankgarantien in Anspruch genommen wird, hat auch jetzt noch ausgesprochenen Seltenheitswert<sup>122</sup>. Es ist deshalb nicht einzusehen, daß das altbewährte Institut der — abstrakten — Bankgarantie nur deswegen neuformuliert werden sollte, weil es in einigen Fällen wegen unberechtigter, rechtsmißbräuchlicher Inanspruchnahme von Bankgarantien zu Schwierigkeiten, teilweise sogar zu gerichtlichen Auseinandersetzungen gekommen ist — ganz abgesehen davon, daß die gegenwärtige Entwicklung zu einem beträchtlichen Teil durch die iranischen und irakischen Verhältnisse bestimmt sind. Es erscheint ratsamer, unbeirrt auf dem bisherigen Weg fortzufahren und gewisse Mißbrauchsfälle hinzunehmen als — wegen einiger Mißbrauchsfälle — das ganze überkommene System der — abstrakten — Bankgarantie zu ändern.

### III. Ergebnis

Ungeachtet gewisser Tendenzen in Literatur und Rechtsprechung ist für die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr uneingeschränkt daran festzuhalten: Die Bankgarantie ist ein „auf erstes Anfordern“ fälliggestelltes, abstraktes Sicherungsversprechen. Der Grundsatz der Akzessorietät gilt jedenfalls für die im Exportgeschäft üblichen Garantien nicht. Insbesondere ist die Bank — im Fall der Inanspruchnahme der Bankgarantie — grundsätzlich nicht verpflichtet, die materielle Berechtigung der Inanspruchnahme zu prüfen. Sie kann und sie muß zahlen, sobald die formalisierten Voraussetzungen der Inanspruchnahme vorliegen, wobei selbstverständlich eine Pflicht besteht, die Garantie-Auftraggeber hiervon unverzüglich zu unterrichten. Nur für den sehr seltenen Ausnahmefall, daß eine Bankgarantie offensichtlich und liquide beweisbar rechtsmißbräuchlich in Anspruch genommen wird, kann der Garantie-Auftraggeber gegenüber der auszahlungswilligen Bank den Erlaß einer einstweili-

<sup>113</sup> WM 1978 S. 260.

<sup>114</sup> RIW/AWD 1978 S. 615.

<sup>115</sup> RIW/AWD 1980 S. 729.

<sup>116</sup> Horn, NJW 1980 S. 2153 ff.

<sup>117</sup> Ebenda S. 2158.

<sup>118</sup> Ebenda.

<sup>119</sup> Ebenda.

<sup>120</sup> LG Frankfurt, AWD 1963 S. 58; Graf von Wetphalen, a.a.O., S. 185 m. w. N.

<sup>121</sup> Hierzu LG Frankfurt, Urteil vom 24. 6. 1980 — AZ 3/5 O 14/80; LG Frankfurt, Urteil vom 24. 6. 1980 — 3/5 O 17/80 — beide abweisend.

<sup>122</sup> Vgl. auch die Nachweise bei Schütze, WM 1980 S. 1438 bei Fußnote 6.

gen Verfügung im Sinn der §§ 935, 940 ZPO beantragen — vorausgesetzt, es handelt sich nicht um den Fall einer sogenannten „indirekten“ Garantie. Denn die einstweilige Verfügung kann der Erstbank lediglich die Auszahlung des Garantiebetrages untersagen, nicht aber die Weiterbelastung eines gegen sie selbst gerichteten, mit der Garantieerstellung ursächlich zusammenhängenden Aufwen-

dungersatzanspruches an den Garantie-Auftraggeber verhindern, der durch die — von der einstweiligen Verfügung gegen die Erstbank — nicht erfaßte Inanspruchnahme der Rückgarantie resultiert. Adressat des Aufwendungsersatzanspruches ist in diesen Fällen ausschließlich der Garantie-Auftraggeber, weil die Garantie in seinem Interesse, nicht aber im Interesse der Erstbank gegeben wurde.