Kapitel E

Rechtsverhältnis: Bank – Begünstigter im Fall einer „indirekten“ Garantie

Graf von Westphalen

Übersicht

Rn.

I. Wesensmerkmale 1

II. Besonderheiten „indirekter“ Garantien 2

1. Zustandekommen des Garantievertrages 2
   a) Unterschiedliche Vertragsverhältnisse 2
      aa) Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Erstbank 3
      bb) Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen den Banken 4
      cc) Garantievertrag zwischen Zweitbank und Begünstigtem 5
   b) Zustandekommen des Garantievertrages. 6
2. Rechtsverhältnis Erstbank – Zweitbank. 7
   a) Verpflichtungen der inländischen Erstbank. 7
   b) Ausführungsanzeige 11
3. Haftung der deutschen Erstbank für Fehlverhalten der ausländischen Zweitbank 12
   a) Auswahlverschulden der deutschen Erstbank 13
      aa) Verwendung von Avalbedingungen 14
   b) Ausführungsverschulden 16
   c) Kontrollpflichten 20
4. Rückgarantie: Rechtsnatur – Zustandekommen des Vertrages. 21
   a) Einige beispielhafte Formulierungen 23
   b) Rechtsnatur der Rückgarantie 29
   c) Verhältnis der Rückgarantie zum Aufwendungserstattungsanspruch 31
   d) Umfang der zu erstattenden Aufwendungen 35
   e) Prüfpflicht der Erstbank. . . 38
   f) Zustandekommen des Rückgarantie-Vertrages . . . 39
5. Weitere Funktionen der ausländischen Zweitbank. 40
   a) Avisbank 41
   b) Bestätigte Garantie 42
   c) Indossierte Bankgarantie . . 45
6. Inanspruchnahme der Direktgarantie im Rahmen einer „indirekten“ Garantie – Rückgarantie der inländischen Erstbank 46
   a) Inanspruchnahme der Direktgarantie der ausländischen Zweitbank 47
   b) Mitteilungspflicht der Zweitbank 49
   c) Weiterleitung der Mitteilungen an den Garantieauftraggeber – Berücksichtigung von Einwendungen . 51
   d) Auszahlung des Garantiebetrages 52
      aa) „Tatbestandswirkung“ 53
      bb) Konsequenzen 54

e) Verlangen „to extend or pay“ 56
f) Inanspruchnahme der Rückgarantie der Erstbank durch die ausländische Zweitbank 58
g) Prüfpflicht der inländischen Erstbank bei Inanspruchnahme der Rückgarantie durch die ausländische Zweitbank 59
aa) Allgemein. 59
bb) Bei Vorlage dokumentärer Evidenzen 60
cc) Kein hinreichender Nachweis des Rechtsmissbrauchs . . . 61
h) Besonderheiten – Inanspruchnahme durch den Begünstigten und Verfalldatum 62
aa) Ausgangslage. 62
bb) Besonderheiten bei Rückgarantie? 66
7. Zahlung – Zahlungsverweigerung 68
a) Zahlungspflicht 68
b) Originäres Zahlungsverweigerungsrecht der ausländischen Zweitbank 69
aa) Grundaussage. 70
bb) Alleinige Maßgeblichkeit des für die Zweitbank anwendbaren ausländischen Rechts 72
cc) Keine allgemeinen Grundsätze betreffend den Rechtsmissbrauch 76
dd) Nachweispflicht des Garantieauftraggebers 77
c) „Doppelter“ Rechtsmissbrauch – Verweigerung des Aufwendungserstattungsanspruchs der Erstbank gegenüber der Zweitbank 78
aa) Ausgangstatbestand . . . 78
bb) Kollusives Zusammenwirken 79
d) Zahlungsverweigerung der deutschen Erstbank bei rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Rückgarantie 81
e) Rückgriff auf den deutschrechtlichen ordre public gemäß Art. 21 Rom I-VO . . . 85
aa) Gerichtsentscheide. . . . 85
bb) Kritische Würdigung . . 86
cc) Auseinandersetzung mit Literaturmeinungen 88
f) Zweitbank – Zurechenbarkeit des Rechtsmissbrauchs: Begünstigter als Staatsunternehmen. 91
aa) Ausgangspunkt. 91
bb) Kritische Würdigung . . 93
III. Einbeziehung und Auswirkungen der URDG 758. 94
1. Einbeziehung in den Vertrag zwischen Erst- und Zweitbank 94
2. Grundsatz der Abstraktheit für die Rückgarantie 96
3. Inanspruchnahme – Art. 15 lit. b) URDG 758 97
4. Haftungsfreistellung – Art. 31 URDG 758 100

I. Wesensmerkmale

Von einer „indirekten" Garantie ist immer dann die Rede,[1] wenn die auf Veranlassung des Garantieauftraggebers zu erstellende Bankgarantie nicht unmittelbar von der Hausbank des Garantieauftraggebers (Erstbank) gegenüber dem Begünstigten hinausgelegt, sondern wenn die Garantieverpflichtung von einer – regelmäßig im Ausland domizilierenden – Bank (Zweitbank) gegenüber dem Begünstigten erstellt wird.[2] Ob man hier, wie *Nielsen*[3] vorgeschlagen hat, zweckmäßigerweise von einer „mittelbaren Garantiestellung" reden sollte, mag dahinstehen. Der Begriff „indirekte Garantie" hat sich eingebürgert[4] und sollte daher auch beibehalten werden. Der damit verknüpfte Begriffsinhalt ist ausreichend klar konturiert: Der Garantieauftraggeber – im Außenhandel regelmäßig: der deutsche Exporteur – erteilt seiner Hausbank (Erstbank) den Garantieauftrag, zugunsten seines Vertragspartners, des Begünstigten, eine Garantie zu erstellen, die – wie stets – auf dem Inhalt des Grundvertrages zwischen Garantieauftraggeber und Begünstigtem beruht.[5] Die derart beauftragte deutsche Erstbank erteilt sodann – inhaltsgleich in den Grunddaten – einer ausländischen Zweitbank einen entsprechenden Garantieauftrag, zugunsten des Begünstigten die notwendige Direktgarantie zu erstellen.[6] Dass sich auf diesem Weg das Risiko für den Garantieauftraggeber erhöht,[7] sei nicht verschwiegen,[8] wird aber im Lauf der nachfolgenden Darstellungen immer wieder hervorgehoben werden. Denn es findet eine Rechts- und Risikoverlagerung ins Ausland statt,[9] weil die dort anzutreffende Rechtsordnung in aller Regel die Direktgarantie gegenüber dem Begünstigten beherrscht. **1**

---

1 Aus der Rechtsprechung BGH, 10.10.2000 – XI ZR 344/99, NJW 2001, 282, 283.

2 Hierzu Staudinger/*Stürner*, vor §§ 765 ff. Rn. 295 ff.; *Nielsen/Joos*, BuB Rn. 5/339 ff.; *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/94 ff.; *T. Fischer*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, § 121 Rn. 162 ff.; MünchKommHGB/*Samhat*, Bd. VI, Kap. J Rn. 213 ff.

3 *Nielsen*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, S. 17.

4 *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/94 ff.; *Dohm*, Bankgarantien im internationalen Handel, Rn. 259 ff.; *Bark*, ZIP 1982, 405 ff.; *Hadding/Häuser/Welter*, Bürgschaft und Garantie, S. 688; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 1118.

5 MünchKommHGB/*Samhat*, Bd. VI, Kap. J Rn. 214.

6 Hierzu auch *Schütze/Edelmann*, Bankgarantien, S. 84 ff.; MünchKommHGB/*Samhat*, Bd. VI, Kap. J Rn. 215.

7 *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/94.

8 *Fischer*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, § 121 Rn. 163.

9 So *Nielsen/Joos*, BuB Rn. 5/340.

II. Besonderheiten „indirekter“ Garantien

1. Zustandekommen des Garantievertrages

a) Unterschiedliche Vertragsverhältnisse

2 Es ist von hoher praktischer Bedeutung, die verschiedenen Rechtsverhältnisse bei einer „indirekten“ Garantie exakt auseinander zu halten. Nicht immer beruht die erstellte „indirekte“ Garantie auf einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung zwischen Garantieauftraggeber und Begünstigtem. Es ist vielmehr durchaus nicht selten so, dass hierfür gesetzliche Bestimmungen oder Usancen im Land des Begünstigten maßgebend sind: Verschiedene Länder verlangen eben,[10] dass lediglich – inländische – Bankinstitute (Zweitbanken) Bankgarantien gegenüber einem – inländischen – Begünstigten hinauslegen.[11] Mitunter beruht auch die Forderung nach einer „indirekten“ Garantie – darauf hat *Nielsen* mit Recht hingewiesen[12] – auf einer Reaktion ausländischer Banken gegenüber einstweiligen Verfügungen oder Arresten, um so in wirklichen oder vermeintlichen Missbrauchsfällen den Auszahlungsanspruch gegenüber der deutschen Erstbank des Begünstigten zu erleichtern. Ob diese Feststellung auch jetzt noch so zutrifft, mag bezweifelt werden, weil die Möglichkeit, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung gegenüber der Zahlungspflicht der Bank oder gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten durchzusetzen, jedenfalls nach deutschem Recht mittlerweile sehr eingeschränkt erscheint.[13] Es liegt daher auf der Hand, dass sich die Risikolage für den Garantieauftraggeber erheblich verschlechtert, wenn er – aufgrund welcher Umstände auch immer – gezwungen ist, eine „indirekte“ Garantie zu stellen; welche Pflichten daraus im Einzelnen in seinem Verhältnis zur Erstbank – etwa als Beratungs- oder Hinweispflichten – erwachsen,[14] wird gesondert im Zusammenhang mit der Erörterung dieses Rechtsverhältnisses dargestellt (Rn. 12 ff.).

---

10 *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/94; *T. Fischer*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, § 121 Rn. 163.

11 Staudinger/*Stürner*, vor §§ 765 ff. Rn. 297; MünchKommHGB/*Samhat*, Bd. VI, Kap. J Rn. 213 mit Verweis auf außerhalb der EU liegende Länder, wiederum Verweis auf *Bark*, ZIP 1982, 405, 406.

12 *Nielsen*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, S. 85.

13 BGH, 10.10.2000 – XI ZR 344/99, NJW 2001, 282 – trotz Verhängens einer verspätet zugestellten einstweiligen Verfügung gegenüber dem Begünstigten wurde der Tatbestand des Rechtsmissbrauchs nicht bejaht, S. 284.

14 Vgl. *T. Fischer*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, § 121 Rn.165; MünchKommHGB/*Samhat*, Bd. VI, Kap. J Rn. 217; *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/94; *Nielsen/Joost*, BuB Rn. 5/344.

aa) Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Erstbank

Bei allen „indirekten“ Garantien besteht[15] zunächst ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter im Sinn der §§ 675, 631 ff. BGB zwischen Garantieauftraggeber und deutscher Erstbank.[16] **3**

bb) Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen den Banken

Auch das Vertragsverhältnis sich an diesen Vertrag anschließende Rechtsverhältnis zwischen der deutschen Erstbank und der ausländischen Zweitbank ist wiederum als – eigenständiger – Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter gemäß §§ 675, 631 ff. BGB zu qualifizieren. Denn die ausländische Zweitbank übernimmt zugunsten der ihrerseits als Garantieauftraggeber fungierenden deutschen Erstbank die Verpflichtung, zugunsten des Begünstigten die bedungene Direktgarantie zu erstellen.[17] **4**

cc) Garantievertrag zwischen Zweitbank und Begünstigtem

Der Garantievertrag kommt dann – dies ist das Wesensmerkmal von „indirekten“ Garantien – ausschließlich zwischen der ausländischen Zweitbank und dem Begünstigten zustande. Zwischen der deutschen Erstbank und dem Begünstigten besteht kein eigenständiges Vertragsverhältnis. Auch zwischen dem Garantieauftraggeber einerseits und der ausländischen Zweitbank andererseits besteht kein Vertragsverhältnis. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass die ausländische Zweitbank im Fall einer „indirekten“ Garantie unter keinen Umständen Erfüllungsgehilfe der deutschen Erstbank im Sinn von § 278 BGB ist (im Einzelnen unten Rn. 12 ff.). **5**

b) Zustandekommen des Garantievertrages

Auch bei einer „indirekten“ Garantie kommt der Garantievertrag gegenüber dem Begünstigten grundsätzlich in der Weise zustande, dass die ausländische Zweitbank dem Begünstigten die Direktgarantie übersendet.[18] Geht die bedungene Garantieurkunde dem Begünstigten zu, so ist es – internationalen Usancen entsprechend – nicht erforderlich, dass dieser seinerseits die Annahme gegenüber der ausländischen Zweitbank erklärt. Vielmehr gilt auch hier die Rechtsregel des § 151 BGB (soweit deutsches Recht Anwendung findet). Indes- **6**

15 MünchKommHGB/*Samhat*, Bd. VI, Kap. J Rn. 214 – „mehrstufiger Tatbestand“.

16 *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/98 ff.; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 1115 ff.

17 *Nielsen*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, S. 84; vgl. auch *Hadding/Häuser/Welter*, Bürgschaft und Garantie, S. 688 f.

18 *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/109.

sen darf man nicht übersehen, dass eine „indirekte“ Garantie – im Gegensatz zur Direktgarantie, die von einer deutschen Erstbank erstellt wird – für gewöhnlich dem Recht unterliegt, welches am Geschäftssitz der ausländischen Zweitbank gilt (Kap. G Rn. 31 ff.). Notwendigerweise bestimmt deshalb ausschließlich dieses Recht das gesamte Vertragsverhältnis; und es entscheidet auch über das damit verbundene Rechtsrisiko[19] sowie darüber, ob für das wirksame Zustandekommen eines Garantievertrages der Zugang der Annahmeerklärung des Begünstigten gegenüber der Zweitbank erforderlich ist. Trotz einer entsprechenden international üblichen Usance, derzufolge ein Verzicht auf die Annahmeerklärung des Begünstigten gegenüber der Garantiebank im Sinn des § 151 BGB (analog) angenommen wird, ist es keineswegs auszuschließen, dass ein bestimmtes auf die Direktgarantie im Rahmen einer „indirekten“ Garantie anwendbares Recht, zu anderen Ergebnissen gelangt: Usancen sind notwendigerweise von einem geringeren Verpflichtungsgrad geprägt als Rechtsnormen oder auch als Handelsbräuche im Sinn des § 346 HGB.[20] Ungeachtet dieses Vorbehalts geht freilich die international übliche Praxis davon aus, dass die beschriebene Usance sich auch im Rahmen von „indirekten“ Garantien grundsätzlich als anerkannter Handelsbrauch durchsetzt.

2. Rechtsverhältnis Erstbank – Zweitbank

a) Verpflichtungen der inländischen Erstbank

7 Notwendige Voraussetzung für das Tätigwerden der inländischen Erstbank ist der zwischen ihr und dem Garantieauftraggeber bestehende Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß §§ 675, 631 ff. BGB.[21] Die Erstbank erteilt – wie bereits angedeutet – der ausländischen Zweitbank einen eigenständigen Auftrag. Aufgrund einer solchen Weisung ist dann – die Zweitbank verpflichtet, gegenüber dem Begünstigten die Direktgarantie hinauszulegen.[22] Da für die inländische Erstbank der Grundsatz der „formalen Auftragsstrenge“[23] gilt,[24] ist sie verpflichtet, die ihr vom Garantieauftraggeber erteilten Weisungen darauf zu prüfen,[25] ob sie im Hinblick auf die begehrte Erstellung einer Direktgarantie „vollständig und genau“ sind, wie dies die Parallelvorschrift von Art. 14 ERA (UCP 600) umschreibt. Soweit im Grundvertrag zwischen Garantieauftraggeber und Be-

19 *Nielsen/Joos*, BuB Rn. 5/341.
20 Hierzu BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, NJW 2017, 2986, Rn. 55 ff. – Unwirksamkeit einer Bearbeitungsklausel bei Vergabe eines gewerblichen Darlehens.
21 *Nielsen/Joos*, BuB Rn. 5/342.
22 *T. Fischer*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, § 121 Rn. 163; *Nielsen/Joos*, BuB Rn. 5/342.
23 So MünchKommHGB/*Samhat*, Bd. VI, Kap. J Rn. 215.
24 *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 1107; OLG Stuttgart, WM 1979, 733, 734 f.
25 *Nielsen/Joos*, BuB Rn. 5/342.

günstigtem der Text der Garantie ausgehandelt und im Einzelnen fixiert ist, muss sich die deutsche Erstbank danach richten.

8 Da indessen – wie allgemein anerkannt[26] – ausländische Zweitbanken häufig ihre eigenen Garantietexte verwenden, kommt es entscheidend darauf an, ob der im Grundvertrag zwischen Garantieauftraggeber und Begünstigtem ausgehandelte Garantietext diesen Usancen entspricht. In der Vertragspraxis ist gerade auf diesen Punkt zu achten, damit eine Kongruenz zwischen den gesetzlichen Voraussetzungen und dem ausgehandelten Text einer Garantie besteht. In der Praxis übermittelt daher die Erstbank der Zweitbank lediglich die wesentlichen Eckdaten, welche für die Erstellung einer vertragsgemäßen Garantie maßgebend sind.[27] Ist dies nicht der Fall, ist die deutsche Erstbank allemal gehalten, die daraus resultierenden Bedenken dem Garantieauftraggeber zu notifizieren; entspricht der Garantieauftraggeber diesen Anregungen nicht, so bleibt es der deutschen Erstbank unbenommen, den Garantieauftrag abzulehnen.[28] Unterlässt sie jedoch die entsprechende Benachrichtigung, macht sie sich nach § 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig. Doch wird der Nachweis eines konkreten Schadens in diesen Fällen nur höchst selten möglich sein.

9 Schwierigkeiten bestehen jedoch dann, wenn die der deutschen Erstbank erteilten Weisungen nicht so „vollständig und genau“[29] sind, dass auf dieser Basis ein eigenständiger Geschäftsbesorgungsvertrag abgeschlossen werden kann, wonach sich die ausländische Zweitbank verpflichtet, eine entsprechende Direktgarantie hinauszulegen. Werden jedoch – wie bereits angedeutet – Eckdaten der Zweitbank an die Hand gegeben,[30] welche für die Erstellung der Direktgarantie erforderlich sind, dann sind insbesondere: Angabe von Adresse und exakte Bezeichnung des Begünstigten sowie Garantieklausel („Tenor“), Garantiebetrag sowie das „Verfalldatum“.[31] Ziel und Zweck einer „indirekten“ Garantie ist es stets, dass die Direktgarantie in rechtswirksamer Weise den rechtlichen Erfordernissen entspricht, welche im Verhältnis zwischen ausländischer Zweitbank und Begünstigtem zu respektieren sind. Auch die deutsche Erstbank hat primär

---

26 *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/102; *Nielsen*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, S. 87; *Dohm*, Bankgarantien im internationalen Handel, Rn. 263.

27 MünchKommHGB/*Samhat*, Bd. VI, Kap. J Rn. 215; *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/97.

28 *Nielsen*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, S. 87.

29 Vgl. Art. 14 ERA (UCP 600).

30 *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/102; *Nielsen/Joos*, BuB Rn. 5/343.

31 *Nielsen*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, S. 87; *Dohm*, Bankgarantien im internationalen Handel, Rn. 263; *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/102.

– ebenso wie der Garantieauftraggeber – ein Interesse daran, dass eine Bankgarantie in der Weise erstellt wird, die dem Begünstigten die Rechte in wirksamer Weise einräumt, welche dem insoweit übereinstimmenden Willen von Garantieauftraggeber und Begünstigtem entsprechen, ohne gegen Usancen oder zwingendes Recht des die Direktgarantie beherrschenden Rechts zu verstoßen. Hier die Grenzen verlässlich zu ziehen, ist schwer; es empfiehlt sich also eine gewisse Flexibilität. Diese erklärt es, dass das an die ausländische Zweitbank gerichtete Auftragsschreiben regelmäßig als „Entwurf“ („draft“) bezeichnet wird.

10 Schon daraus wird erkennbar, dass die ausländische Zweitbank bei der Hinauslegung der erstellten Bankgarantie grundsätzlich berechtigt ist, von den Weisungen der deutschen Erstbank abzuweichen, soweit dies durch die besonderen Usancen oder durch eigene zwingende Rechtsvorschriften am Geschäftssitz der Zweitbank geboten ist.[32] Darin liegt der rechtfertigende Gesichtspunkt für die – geringfügige – Durchbrechung des Grundsatzes der „formalen Auftragsstrenge“.[33] Doch wird man insoweit eine Einschränkung unterbreiten müssen: Keineswegs ist die ausländische Zweitbank befugt, die ihr von der deutschen Erstbank übermittelten Eckdaten eigenmächtig abzuändern, ohne bei der deutschen Erstbank Rückfrage zu nehmen. So gesehen sind eben nur einzelne Modifikationen, geringfügige Änderungen im Garantietext – verglichen mit dem „Entwurf“ („draft“) der deutschen Erstbank – angezeigt und gestattet. Deshalb ist es allemal erforderlich, dass die deutsche Erstbank – vor Hinauslegung der „indirekten“ Garantie – dafür Sorge trägt, dass dieser Umstand sowie alle Modifikationen mit dem Garantieauftraggeber zuvor abgeklärt werden, es sei denn, es handelt sich um Marginalien. Ob man so weit gehen kann, in besonderen Fällen eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag zur einseitigen Abänderung des „draft“ zu bejahen, erscheint freilich fraglich; denn die Risiken bei „indirekten“ Garantien sind erheblich größer als bei Direktgarantien und sie treffen den Garantieauftraggeber.[34]

b) Ausführungsanzeige

11 Wenn die deutsche Erstbank den Garantieauftrag an die ausländische Zweitbank hinausgelegt hat, ist sie verpflichtet, im Einzelnen zu kontrollieren, ob die ausländische Zweitbank tatsächlich innerhalb angemessener Frist die bedungene Direktgarantie zugunsten des Begünstigten hinausgelegt hat.[35] Regelmäßig wird die ausländische Zweitbank der inländischen Erstbank eine Kopie der Direktgarantie übergeben: Entspricht diese – unter Berücksichtigung des zuvor Gesagten

32 Hierzu auch MünchKommHGB/*Samhat*, Bd. VI, Kap. J Rn. 215.

33 *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 1107.

34 Großzügiger wohl *T. Fischer*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, § 121 Rn. 163.

35 *Nielsen*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, S. 88.

– den Erfordernissen, wie sie sich aus dem Grundvertrag zwischen Garantieauftraggeber und Begünstigtem ergeben („draft“), so ist für die deutsche Erstbank damit zunächst der Garantieauftrag erledigt, weil der Begünstigte das Sicherungsversprechen erhalten hat, welches zu beanspruchen er nach den Bedingungen des Grundvertrages berechtigt war. Alle weiteren Fragen, wie insbesondere Prüf- und Zahlungspflicht aufgrund ordnungsgemäßer Inanspruchnahme der Bankgarantie durch den Begünstigten, sind dann ausschließlich eigenständig von der ausländischen Zweitbank zu erledigen: Die Rechtsbeziehung zwischen ausländischer Zweitbank und ausländischem Begünstigten beherrscht demzufolge das weitere Schicksal der im Rahmen einer „indirekten“ Garantie hinausgelegten Direktgarantie.

3. Haftung der deutschen Erstbank für Fehlverhalten der ausländischen Zweitbank

12 Die Erstellung einer „indirekten“ Garantie beruht – wie gezeigt – auf zwei voneinander unabhängigen, selbstständigen Geschäftsbesorgungsverträgen, zum einen zwischen Garantieauftraggeber und deutscher Erstbank, zum anderen zwischen deutscher Erstbank und ausländischer Zweitbank. Zur Konsequenz hat dies, dass zwischen Begünstigtem und deutscher Erstbank unmittelbare Rechtsbeziehungen nicht bestehen; auch zwischen Garantieauftraggeber und ausländischer Zweitbank sind keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen vorhanden. Notwendigerweise stellt sich deshalb – besonders unter dem Blickwinkel rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme bei einer „indirekten“ Garantie – in der Praxis die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die deutsche Erstbank für ein Fehlverhalten der ausländischen Zweitbank haftet.

a) Auswahlverschulden der deutschen Erstbank

13 Soweit der Garantieauftraggeber der deutschen Erstbank die einzuschaltende ausländische Zweitbank nicht vorgeschrieben hat,[36] stellt sich als erstes die Frage, ob die deutsche Erstbank für Auswahlverschulden nach § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB gegenüber dem Garantieauftraggeber – bezogen auf Handlungen der Unterlassungen der ausländischen Zweitbank – haftet.[37] Dies ist grundsätzlich zu bejahen.[38] Es ist nämlich selbstverständlich, dass eine Haftung aus grundsätzlichen Erwägungen ausscheidet, wenn der Garantieauftraggeber der Erstbank die

36 *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 975; *Nielsen*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, S. 101.

37 MünchKommHGB/*Samhat*, Bd. VI, Kap. J Rn. 219.

38 *T. Fischer*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, § 121 Rn. 167; *Nielsen/Joos*, BuB 5/305; *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/99.

einzuschaltende Zweitbank vorgeschrieben hat. Doch sind auch hier Ausnahmefälle denkbar, wenn z. B. Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der Zweitbank auf der Hand liegen, aber dem Garantieauftraggeber nicht mitgeteilt werden, um ihm eine eigenständige Weisung an die Erstbank zu ermöglichen (§ 665 BGB). Im Übrigen folgt die Schadensersatzhaftung in diesen Fällen stets aus § 280 Abs. 1 BGB.[39]

aa) Verwendung von Avalbedingungen

14 Soweit die deutsche Erstbank in ihrem Rechtsverhältnis zum Garantieauftraggeber vorformulierte Aval-Bedingungen einsetzt, stellt sich die Frage, ob sie nach §§ 307, 310 GB berechtigt ist, sich von dem Vorwurf eines Auswahlverschuldens im Blick auf eine Pflichtverletzung der eingeschalteten Zweitbank rechtswirksam freizuzeichnen.[40] Einvernehmen besteht darüber, dass eine solche Freizeichnung im Bereich von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit entsprechend der Wertung von § 309 Nr. 7b BGB auch im Fall einer Pflichtverletzung im Rahmen des Auswahlverschuldens nicht in Betracht kommt, weil der Terminus der Pflichtverletzung in dieser Norm unabhängig davon ist, um welchen Normenbereich[41] es sich handelt.[42] Dieser Verbotstatbestand ist auch im unternehmerischen Verkehr gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Anwendung berufen.[43] Entscheidend ist jedoch die Antwort auf die weitere Frage, ob die deutsche Erstbank berechtigt ist, sich im Rahmen einfacher Fahrlässigkeit vom Vorwurf eines Auswahlverschuldens wirksam freizuzeichnen, ohne dass diese Klausel gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 Nr. 1 BGB verstößt. Dies hängt entscheidend davon ab, ob man die richtige Auswahl einer ausländischen Zweitbank als sogenannte[44] „Kardinalpflicht"[45] oder doch als „wesentliche Pflicht" im Sinn der BGH-Judi-

39 *T. Fischer*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, § 121 Rn. 16; *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/99; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 1116; *Bark*, ZIP 1984, 405, 414.

40 *Nielsen*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, S. 100 f.

41 Staudinger/*Coester-Waltjen*, § 309 Nr. 7 Rn. 4; *Christensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 309 Nr. 7 Rn. 11; *Dammann*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, § 309 Nr. 7 Rn. 11.

42 BGH, 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774; *Dammann*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, § 309 Nr. 7 Rn. 135 ff.; a. M. *Leuschner*, in: Leuschner, AGB-Recht, § 309 Nr. 7 Rn. 15 – „nicht geklärt".

43 Grüneberg/*Grüneberg*, § 309 Rn. 55.

44 BGH, 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496 – als intransparent verworfener Begriff – Honda; *Kappus*, NJW 2006, 47.

45 BGH, 19.4.1978 – VIII ZR 39/77, BB 1978, 827 (unsachgemäß verlegte Versorgungsleitung); BGH, 23.2.1984 – VII ZR 27482, NJW 1985, 3016, 3018 (unsachgemäße Textilveredelung); BGH, 20.6.1984 – VIII ZR 137/83, NJW 1985, 314 (unsachgemäße Textilveredelung); BGH, 20.12.1284 – VII ZR 340/83, NJW-RR 1986, 271 (Sorgfaltspflichtverletzung eines Fachunternehmers); BGH, 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, NJW

katur[46] wertet.[47] Dafür spricht Einiges; denn der zwischen Garantieauftraggeber und deutscher Erstbank bestehende Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter im Sinn der §§ 675, 631 ff. BGB zielt darauf ab, erfolgsbezogen eine solche Direktgarantie zu erstellen, die den Bestimmungen des Grundvertrags zwischen Garantieauftraggeber und Begünstigtem entspricht.

15 Dieser Zweck kann nur durch ordnungsgemäße (pflichtgemäße) Auswahl einer ausländischen Zweitbank erreicht werden, weil diese die alles entscheidende Direktgarantie gegenüber dem Begünstigten nach ausländischem Recht hinauslegt. Allerdings verbieten sich generelle Wertungen; es kommt stets auf die Umstände des Einzelfalls an, zumal es sich bei der Figur der vom BGH geschaffenen „wesentlichen Pflicht“ um Rechtsgebilde handelt, deren Konturen im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht immer exakt fixiert und leicht nachvollziehbar sind.[48] Doch steht so viel fest: Jeder Vertragstyp – also auch der Geschäftsbesorgungsvertrag im Rahmen eines Garantiegeschäfts – ist im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB von einer solchen wesentlichen, freizeichnungsfesten Pflicht geprägt, bei deren schuldhafter Verletzung eine Freizeichnungsklausel in den Aval-AGB als unwirksam qualifiziert werden muss. Der Typ des Geschäftsbesorgungsvertrages macht hier keine Ausnahme.[49] Und es spricht eben viel dafür, die Pflicht zur ordnungsgemäßen Auswahl der ausländischen Zweitbank auch als für die Erreichung des gegenüber dem Garantieauftraggeber geschuldeten (erfolgsbezogenen) Vertragszwecks im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wesentlich einzustufen.

b) Ausführungsverschulden

16 Sofern die ordnungsgemäß von der inländischen Erstbank ausgewählte ausländische Zweitbank ein Ausführungsverschulden zu vertreten hat, stellt sich die weitere Frage, in welchem Verhältnis ausländische Zweitbank und inländische Erst-

---

1994, 1060, 1063 (Daihatsu); BGH, 5.12.1995 – X ZR 14/94, NJW-RR 1996, 783, 788 (zugesagte Sicherheitstechnik im Anlagenbau); BGH, 19.2.1998 – I ZR 233/95, NJW-RR 1998, 1426, 1427 (Bremer Lagerhaus); BGH, 15.6.2000 – III ZR 305/98, NJW 2000, 3275 (fehlerhafte Immobilienberechnung); BGH, 24.10.2001 – VIII ARZ 1/01, NJW 2002, 673 (Mängel der Mietsache, Sachschäden).

46 BGH, 19.4.1978 – VIII ZR 39/77, BB 1978, 827; BGH, 23.2.1984 – VII ZR 27482, NJW 1985, 3016, 3018 (unsachgemäße Textilveredelung); im Einzelnen auch *Graf von Westphalen*, VertragsR und AGB-Klauselwerke, Freizeichnungsklausel, Rn. 40 ff. m. w. N.

47 Nunmehr auch BGH, 18.7.2012 – VIII ZR 337/11, NJW 2013, 291 (Freizeichnung bei Stromversorgung).

48 *Graf von Westphalen*, VertragsR und AGB-Klauselwerke, Freizeichnungsklausel, Rn. 40 ff. m. w. N.

49 BGH, 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060, 1063 (Daihatsu).

bank – bezogen auf den Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen inländischer Erstbank und Garantieauftraggeber – stehen.

17 Früher[50] wurde die Auffassung vertreten, die ausländische Zweitbank sei Erfüllungsgehilfe der deutschen Erstbank, sodass diese für etwaiges Verschulden der ausländischen Zweitbank gemäß § 278 BGB einzustehen verpflichtet sei. Diese Ansicht ist jedoch nicht mehr zu folgen.[51] Entscheidend ist: Die Direktgarantie wird unmittelbar – in eigener Verantwortung – durch die ausländische Zweitbank erstellt; die inländische Erstbank ist, selbst wenn sie wollte, überhaupt nicht in der Lage, ohne Einschaltung der ausländischen Zweitbank den von ihr übernommenen Garantieauftrag ordnungsgemäß zu erfüllen. Unter dieser Perspektive wird deshalb nunmehr mit Recht die Meinung vertreten, das Verhältnis zwischen inländischer Erstbank und ausländischer Zweitbank sei als Unterbeauftragung im Sinn von § 664 Abs. l Satz 2 BGB zu qualifizieren.[52]

18 Entscheidend für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 664 Abs. 1 BGB im Verhältnis zwischen Erst- und Zweitbank spricht hier der Umstand, dass es – wie angedeutet – der deutschen Erstbank überhaupt nicht möglich ist, die Direktgarantie zugunsten des Begünstigten zu erstellen; sie bedarf hierzu notwendigerweise – in der Regel wegen der am Geschäftssitz des Begünstigten geltenden gesetzlichen Besonderheiten – der Mitwirkung der ausländischen Zweitbank.[53] Nur so kann der Garantieauftraggeber gegenüber dem Begünstigten die nach dem Grundvertrag geschuldete Direktgarantie wirksam erstellen. Diese Erwägung aber spricht (auf dem Boden des deutschen Rechts) im Sinn von § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB für eine Gestattung der Einschaltung eines Dritten als Substitut. Auch der Garantieauftraggeber weiß oder muss aufgrund der jeweiligen Umstände wissen, dass die Erstbank, selbst wenn sie wollte, aus rechtlich zwingenden Gründen nicht in der Lage ist, ohne Einschaltung der Zweitbank den Geschäftsbesorgungsvertrag ordnungsgemäß zu erfüllen. Mit anderen Worten: Entweder ergibt sich die insoweit erforderliche Gestattung aus dem Auftrag selbst oder sie ist aus den Umständen des zugrunde liegenden Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen Garantieauftraggeber und Erstbank zu entnehmen; das eine wie das andere aber reicht im Rahmen des deutschen Rechts nach § 664 Abs. 1 BGB aus.[54]

---

50 So *Canaris*, Bankvertragsrecht, l. Aufl., Anm. 511; nunmehr aber sehr deutlich gegenteiliger Ansicht Rn. 1116.

51 Hierzu *Canaris*, Bankvertragsrecht, l. Aufl., Anm. 511; *Freiherr von Gablenz*, Die Haftung der Banken bei Einschaltung Dritter, S. 288 f.; *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/99: Substitution: Haftung nur für Auswahl und Überwachung.

52 *Nielsen*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, S. 101.

53 Vgl. auch *Bark*, ZIP 1982, 405, 419; *Nielsen/Joos*, BuB Rn. 5/305; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 1116; MünchKommHGB/*Samhat*, Bd. VI, Kap. J Rn. 219.

54 Grüneberg/*Sprau*, § 664 Rn. 3.

Für die Wirksamkeitskontrolle von Aval-Bedingungen, die im Verhältnis zwischen inländischer Erstbank und Garantieauftraggeber Verwendung finden, spielt diese Festlegung natürlich eine wesentliche Rolle. Denn die deutsche Erstbank haftet dann – wie bereits dargestellt – nur für Auswahlverschulden.[55] Eine Pflicht zur Überwachung der Auftragsdurchführung durch die eingeschaltete Zweitbank in ihrer Rechtsbeziehung zum Begünstigten ist regelmäßig nicht gegeben.[56] **19**

c) Kontrollpflichten

Diese Sicht dispensiert allerdings die Erstbank nicht davon, gewisse Kontrollfunktionen gegenüber der Zweitbank im Rahmen der Erstellung der Direktgarantie auch tatsächlich wahrzunehmen.[57] Diese Pflicht bezieht sich in erster Linie darauf sicherzustellen, dass ein vertraglich vorgeschriebener Garantietext oder auch nur die zu beachtenden Eckdaten in der Tat von der ausländischen Zweitbank in ihre Direktgarantie gegenüber dem Begünstigten übernommen worden sind. Das wird spätestens dann relevant, wenn die Ausführungsanzeige der Zweitbank bei der Erstbank eingegangen ist, weil dann deutlich wird, ob denn die Zweitbank insoweit ihre Pflichten auch tatsächlich erfüllt hat.[58] Diese sich aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag ergebenden Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) führen im Fall ihrer schuldhaften Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB. Alle später entstehenden Pflichten – Prüfung der Voraussetzungen des „formellen“ Garantiefalls und Auszahlung der Garantiesumme bzw. Verweigerung der Zahlung – erfüllt die Zweitbank hingegen in eigenverantwortlicher Weise. Insoweit scheidet eine Haftung der Erstbank allemal aus. **20**

4. Rückgarantie: Rechtsnatur – Zustandekommen des Vertrages

Aus dem zwischen inländischer Erstbank und ausländischer Zweitbank resultierenden Geschäftsbesorgungsvertrag (im Sinn der §§ 675, 631 ff. BGB) folgt, dass die inländische Erstbank verpflichtet ist, der ausländischen Zweitbank Aufwendungsersatz gemäß §§ 675, 670 BGB zu verschaffen, sofern die ausländische Zweitbank vom Begünstigten aus der jeweiligen Direktgarantie ordnungsgemäß in Anspruch genommen worden ist. Demzufolge liegt es nahe und ent- **21**

55 Grüneberg/*Sprau*, § 664 Rn. 5; *T. Fischer*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, § 121 Rn. 166.

56 *T. Fischer*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, § 121 Rn. 168; *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, Rn. 9/99 – Haftung auch im Rahmen der gebotenen Überwachung.

57 *T. Fischer*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, § 121 Rn. 168.

58 Vgl. auch *Nielsen/Joos*, BuB Rn. 5/346.