

SCHWEIZERISCHE BANKRECHTSTAGUNG 2008

---

Kreditsicherheiten

## **Die Inanspruchnahme der Bankgarantie**

Prof. Dr. Susan Emmenegger

Lic. iur. Andrea Zbinden

Susan Emmenegger (Hrsg.)  
Institut für Bankrecht  
Universität Bern

ISBN 978-3-7190-2801-5

Basel 2008



# Die Inanspruchnahme der Bankgarantie

Susan Emmenegger/Andrea Zbinden

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	140
Einführung.....	143
I. Grundlagen.....	144
1. Begriff und Funktionsweise.....	144
2. Abrufmechanismen.....	146
a) Garantie auf erstes Anfordern.....	147
b) Garantie gegen Vorlage von Dokumenten.....	147
c) Garantie auf erstes Anfordern mit Effektivklausel.....	148
II. Garantiestrengung.....	149
1. Dokumentenstrenge.....	149
2. Garantiestrengung.....	150
3. Konkretisierung des Grundsatzes der Garantiestrengung.....	150
a) Garantiestrengung als allgemeiner Grundsatz.....	151
aa) Abruf durch den formell richtigen Begünstigten.....	151
bb) Abruf gegenüber der formell richtigen Garantiebank.....	151
cc) Formell richtige Abruferklärung.....	152
dd) Fristgerechter Abruf.....	153
b) Garantiestrengung als Auslegungsregel.....	153
aa) Gesteigerter Vertrauensschutz des Wortlauts.....	153
bb) Praxisbeispiel.....	154
cc) Würdigung.....	155
III. Effektivklauseln.....	156
a) Meinungsstand.....	156
b) Rechtsprechung.....	157
c) Würdigung.....	158

IV.	Einwendungsdurchgriff.....	159
1.	Begriff und Funktionsweise.....	160
2.	Voraussetzungen: Doppelte Offensichtlichkeit des Rechtsmissbrauchs.....	161
3.	Neuere Rechtsprechung.....	162
a)	Widerrechtliches oder sittenwidriges Valutaverhältnis.....	163
b)	Zweckwidriger Abruf.....	163
c)	Vorlage gefälschter Dokumente.....	164
d)	Unverhältnismässigkeit zwischen Valuta-Restschuld und abgerufener Garantiesumme.....	165
e)	Sonderfall: Ankündigung eines gerichtlichen Zahlungsverbots.....	166
f)	Fazit zur Praxis.....	168
V.	Internationale Entwicklungen.....	168
1.	Die Richtlinien der Internationalen Handelskammer.....	168
2.	Neuerungen.....	170
a)	Frist zur Prüfung der Garantiekonformität.....	171
b)	Dokumentenstrenge.....	172
aa)	Regelung gemäss ERA 500.....	172
bb)	Regelung gemäss ERA 600.....	173
c)	Mögliche Konsequenzen für die künftige Garantie-Richtlinie.....	173

### Literaturverzeichnis

- AFFAKI GEORGES, ICC Uniform Rules on Demand Guarantees, A User's Handbook to the URDG, Paris 2003.
- Le nouveau droit des crédits documentaires : les règles et usances 600, in : Banque & Droit 112/2007, S. 3–21.
- BERGER KLAUS PETER, Internationale Bankgarantien, Die neuen ICC Richtlinien für Garantien auf erste Anforderung, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR) 1993, S. 1–12.
- BÜHLER THEODOR, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr: Dokumentenakkreditiv, Bankgarantie, Eigentumsvorbehalt, Zürich 1997.
- BÜSSER ANDREAS, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten. Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie, Freiburg 1997.
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte, in: Marcus Lutter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer, Berlin u. a. 1979, S. 31–64.

- Bankvertragsrecht, in: Claus-Wilhelm Canaris u. a. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, Dritter Band, 3. Teil: Bankvertragsrecht, Berlin und New York 1981.
- Bankvertragsrecht, in: Claus-Wilhelm Canaris u. a. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, Fünfter Band: Bankvertragsrecht, Erster Teil, 4. Aufl., Berlin 1988.
- COENDET THOMAS, *Insolvenzrisikoverteilung bei der Bankgarantie*, SZW 2007, S. 135-151.
- DOHM JÜRGEN, *Bankgarantien im internationalen Handel*, Bern 1985.
- EMMEMEGGER SUSAN, *Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen*, ZBJV 9/2007, S. 561–580.
- DE GOTTRAU NICOLAS, *Die Bankgarantie im schweizerischen Recht*, in: Friedrich von Westphalen/Brigitta Jud (Hrsg.), *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, 3. Aufl., Köln und Bonn 2005, S. 427–499.
- *Appel abusif à une garantie bancaire: rappel de jurisprudence*, <[www.unige.ch/droit/cdbf](http://www.unige.ch/droit/cdbf)>, actualité n° 340 du 19 juillet 2005.
- *Garantie Bancaire: Devoir de coopération de la banque en cas d'appel abusif*, <[www.unige.ch/droit/cdbf](http://www.unige.ch/droit/cdbf)>, actualité n° 539 du 4 septembre 2007.
- *Les nouvelles Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600)*, AJP 2007, S. 971–980.
- GUTZWILLER P. CHRISTOPH, *Bankgarantien im internationalen Handel, Auf dem Weg zu einem einheitlichen Recht?*, ZSR 124 I (2005), S. 273-298.
- HADDING WALTHER/HÄUSER FRANZ/WELTER REINHARD, *Bürgschaft und Garantie. Welche Weiterentwicklungen des Bürgschaftsrecht sind wegen der tatsächlichen und rechtlichen Veränderungen dieses Gebietes angezeigt? Empfiehlt es sich, den Garantievertrag neben der Bürgschaft als besonderes Schuldverhältnis im BGB zu regeln?*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. III. Köln 1983, S. 571–759.
- HORN NORBERT, *Die Bankgarantie im internationalen Umfeld*, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Personalsicherheiten. Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld*. Berner Bankrechtstag 1997, Bern 1997, S. 87–129.
- ICC Commission on Banking Technique and Practice, *The business case for the revision of the URDG*, ICC Document 470/1090 vom 6. Februar 2006, <[www.ba.org.tw/Committee/download\\_spec\\_file.asp?sn=561](http://www.ba.org.tw/Committee/download_spec_file.asp?sn=561)>.
- KLEINER BEAT *Bankgarantie. Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*, 4. Aufl., Zürich 1990.
- KOLLER THOMAS, *Bemerkungen zum Entscheid des Bundesgerichts 4C.172/2000 (Beverly Overseas SA c. Privredna Banka Zagreb)*, AJP 2002, S. 464–471.
- LOGOZ FRANÇOIS, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire : étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*. Diss. jur. Lausanne 1991.
- LOMBARDINI CARLO, *Droit bancaire Suisse*, Zürich u. a. 2002.

- LOSER PETER, Die Abtretung und Verpfändung von Garantieansprüchen zur Kreditsicherung, SZW 2006, S. 200–213.
- LÖW FRANZISKA, Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz: eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und Schweizer Rechts, Basel 2002.
- MATTOUT JEAN-PIERRE, Les nouvelles règles et usances 600 de la CCI relatives aux crédits documentaires, Banque & Droit 112/2007, S. 22–26.
- NIELSEN JENS, Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften, in: Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band II, 3. Aufl., München 2007, S. 1977–2069.
- NOBEL PETER, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Bern 1979.
- Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz. Ergänzungsband. Bern 1984.
- RAPP JEAN-MARC, Garanties à première demande et autres garanties bancaires, in: Nicolas Iynedjian (Hrsg.), Sûretés et garanties bancaires. Exposés présentés lors de la Journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 14 septembre 1995 à l'Université de Lausanne, Lausanne 1997, S. 259–289.
- VON REINERSDORFF, WOLFGANG, Zur Dogmatik des Einwendungsdurchgriffs, Berlin 1983.
- ROSSI TUTO RAIMONDO, La garantie bancaire à première demande : pratique commerciale internationale, droit comparé, droit international privé (Diss. Freiburg), Lausanne 1989.
- ROTH JÜRIG, Leasing im Lichte des revidierten Konsumkreditgesetzes, AJP 2002, S. 968–977.
- SCHNAUDER FRANZ, Zahlungsverprechen auf erstes Anfordern im System des Schuldrechts, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 2000, S. 2073–2081.
- SCHMIDT JÖRG, Die Effektivklausel in der Bürgschaft auf erstes Anfordern, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 1999, S. 308–313.
- SCHÖNLE HERBERT, Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien, SJZ 79 (1983), S. 53–61 und SJZ 79 (1983), S. 73–78.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006.
- Art. 11–17, 22–31 OR, in: Heinrich Honsell u. a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel u.a. 2007.
- TERCIER PIERRE/VENTURI SILVIO, Les contrats spéciaux, 3e éd., Zürich 2003.
- TEVINI DU PASQUIER SILVIA, art. 111 CO, art. 110–113 CO, art. 407–411 CO, art. 466–471 CO, in: Luc Thévenoz/ Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1–529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Genf u. a. 2003.
- THÉVENOZ LUC, Les garanties indépendantes devant les tribunaux Suisses, Journée 1994 de droit bancaire et financier, Bern 1994, S. 167–197.

- TRIGO TRINDADE RITA, *Jurisprudence récente en droit bancaire privé*, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, Bern 2001, S. 215–244.
- VON WESTPHALEN FRIEDRICH, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, in: Friedrich von Westphalen/Brigitta Jud (Hrsg.), *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, 3. Aufl., Köln und Bonn 2005, S. 1–384.
- ZOBL DIETER *Die Bankgarantie im Schweizerischen Recht*, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Personalsicherheiten. Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld*. Berner Bankrechtstag 1997, Bern 1997, S. 23–53.

## **Einführung**

Die Bankgarantie ist aus dem Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken; zu stark sind die grenzüberschreitenden Vertragsbeziehungen, zu stark ist aber auch im Binnenmarkt das Bedürfnis nach einer zusätzlichen Absicherung. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf einen Aspekt der Bankgarantie, nämlich deren Inanspruchnahme. Dabei soll – nach einem kurzen Rückblick auf die Grundlagen (I.) – das Schwergewicht auf einigen Punkten liegen, bei denen sich die Rechtsprechung in den letzten Jahren weiterentwickelt hat. Sie betreffen die Garantiestrengung (II.), die Behandlung von Effektivklauseln (III.) und den Einwendungsdurchgriff (IV.) Den Schluss bilden die aktuellen internationalen Entwicklungen, insbesondere die Einheitlichen Richtlinien der Internationalen Handelskammer (V.).

## I. Grundlagen

### 1. Begriff und Funktionsweise

Das Bundesgericht definiert die Bankgarantie als einseitige Verpflichtung der Bank, die Verfügbarkeit einer bestimmten Geldsumme sicherzustellen, damit der Garantiebegünstigte die Zahlung verlangen kann, falls die mit dem Garantierauftraggeber vereinbarten Zahlungsverhältnisse erfüllt sind.<sup>1</sup>

In praktischer Hinsicht ist die Bankgarantie als Dreiparteienverhältnis angelegt: Beteiligt sind die Bank als Garantin, der (Garantie-)Auftraggeber und der (Garantie-)Begünstigte.<sup>2</sup> Für die Rechtsbeziehungen zwischen diesen Beteiligten haben sich folgende Begriffe eingebürgert: Das Valutaverhältnis bezeichnet die Verbindung zwischen dem Auftraggeber und dem Begünstigten, das Deckungsverhältnis die Verbindung zwischen dem Auftraggeber und der Bank, und das Garantieverhältnis die Verbindung zwischen der Bank und dem Begünstigten.<sup>3</sup>

Materiellrechtlich sind diese Verhältnisse wie folgt ausgestaltet: Beim Valutaverhältnis kann es sich um einen beliebigen Vertrag handeln, in dessen Rahmen der Auftraggeber dem Begünstigten eine Leistung schuldet, die

<sup>1</sup> Wörtlich BGE 131 III 511 E. 4.1. S. 524: «Les garanties bancaires peuvent se définir, de manière générale comme la promesse unilatérale de la banque d'assurer la disponibilité d'une certaine somme d'argent pour le cas où le bénéficiaire en ferait demande selon sa convention avec le donneur d'ordre». (unter Hinweis auf TEVINI DU PASQUIER, Commentaire Romand, N 36 zu art. 111 CO). Vgl. auch die Definition bei ZOBL, Bankgarantie, 25: «Unter einer Bankgarantie verstehen wir einen *einseitigen Vertrag* zwischen der Bank als Garantin und dem Begünstigten als Garantiennehmer, in welchem die Bank – meist auf Ersuchen eines ihrer Kunden, des Garantierauftraggebers – dem Begünstigten verspricht, ihm eine Zahlung in bestimmter Höhe zu leisten, falls ein Dritter seine Leistung nicht erbringt oder sich ein sonstiges Risiko (Ereignis) verwirklicht (Garantiefall).» Weitere Definitionen bei TERCIER/VENTURI, Les contrats spéciaux, Rn. 6313; RAPP, Garanties bancaires, 260; GUTZWILLER, ZSR 2005, 274. Merke: Die Bank kann auch eine «reine Garantie» abgeben, indem sie sich z. B. verpflichtet, das Defizit eines Unternehmens oder eines Anlasses zu decken. Der Regelfall bildet allerdings die «bürgerschaftsähnliche Garantie», die nachfolgend auch behandelt wird. Zu den beiden Typen siehe BGE 113 II 434 E. 2 S. 435 f.

<sup>2</sup> Strukturell zwingend ist dies – im Unterschied zur Anweisung (Art. 466 OR) – allerdings nicht, die Bank könnte auch von sich aus eine Garantieerklärung abgeben, vgl. ZOBL, Bankgarantie, 27. Zum praktischen Regelfall des Dreiparteienverhältnisses vgl. BGer 4C.81/1996, in SJ 1997, 245 E. 4b S. 250; BGE 131 III 511 E. 4.1. S. 524.

<sup>3</sup> Vgl. zur Terminologie COENDET, SZW 2007, 136; DE GOTTRAU, Bankgarantie, 429.



mittels Bankgarantie abgesichert werden soll (Kauf, Werkvertrag, Auftrag, etc.). Dem Deckungsverhältnis liegt demgegenüber in aller Regel ein Auftrag zugrunde: Die Bank gibt auf Ersuchen ihres Kunden (Garantieauftraggeber) eine Garantieerklärung ab.<sup>4</sup> Was das Garantieverhältnis angeht, so handelt es sich bei der typischen Bankgarantie um einen Vertrag, der heute vom Bundesgericht durchweg unter Art. 111 OR subsumiert wird.<sup>5</sup> Die Diskussion um die dogmatische Einordnung der Garantieerklärung, namentlich, ob es sich um einen Anwendungsfall der Anweisung handle, oder um einen Vertrag *sui generis*, ist damit vorderhand entschieden.<sup>6</sup> Die praktische Bedeutung des Qualifikationsstreits war seit jeher gering.<sup>7</sup>

Der Begünstigte kann von der Bank die Zahlung verlangen, wenn die im Garantievertrag festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind, wenn also der *formelle Garantiefall* eingetreten ist. Davon zu unterscheiden ist der *materielle Garantiefall*. Er betrifft das (Valuta-)Verhältnis zwischen dem Garantieauftraggeber und dem Begünstigten und bezeichnet das Risiko, das mit der Bankgarantie abgesichert werden soll – im Regelfall also das Risiko, dass der Garantieauftraggeber nicht richtig leistet.<sup>8</sup> Die Besonderheit der (Bank-)Ga-

<sup>4</sup> Regelfall bei der Bankgarantie BGer 4C.81/1996, in SJ 1997, S. 245 E. 4b, nicht zwingend bei anderen Garantieformen, vgl. BGE 131 III 511 E. 4.1. S. 524.

<sup>5</sup> Vgl. etwa BGE 113 II 434 E. 2a S. 436 («Der gemeinhin unter Art. 111 OR subsumierte Garantievertrag (...)»). Wortgleich BGer 4C.150/2006 E. 3.1. Vgl. auch BGE 129 III 702 E. 2 S. 704 («[Das] Garantieverprechen nach Art. 111 OR (...)»); BGE 125 II 305 E. 2a S. 307 («La principale question litigieuse est de savoir si l'engagement (...) doit être qualifié de porte-fort (art. 111 CO) (...)»). Siehe sodann BGE 120 II 34 E. 6d S. 34 f.; BGE 120 II 334 E. 3a S. 334; 111 II 276 E. 2b S. 279 f.

<sup>6</sup> Als Anweisung qualifiziert in BGE 117 III 76 E. 6a S. 77; BGer vom 22.3.1977, Banca A. gegen C. Bank, abgedruckt in NOBEL, Praxis zum Bankenrecht, 387 ff. Änderung der Rechtsprechung zugunsten von Art. 111 OR in BGer 4C.23/1998 E. 2a, abgedruckt in TRIGO TRINDADE, Jurisprudence récente, 239 ff.; Als Vertrag *sui generis* qualifiziert in BGE 119 II 132, nicht veröffentlichte Erwägung 4.a), zit. in BÜSSER, Einreden und Einwendungen, 483; BGer C.440/1986 E. 2c, zit. in BÜSSER, Einreden und Einwendungen, 27 Fn. 104. Für die Lehrmeinungen siehe die Nachweise bei DE GOTTRAU, Bankgarantie, 453 ff.; ZOBL, Bankgarantie, 25 ff.

<sup>7</sup> Mit Blick auf die Subsumtion unter Art. 111 OR oder Art. 468 OR besteht ein Unterschied hinsichtlich des Zeitpunkts des Zustandekommens des Vertrages: Bei der Anweisung mit dem Zugang der Verpflichtungserklärung beim Begünstigten, beim Garantievertrag mit dem (effektiven oder fingierten, vgl. Art. 6 Abs. 1 OR) Zugang der Annahmeerklärung, wobei zu beachten ist, dass die *Gestaltungswirkung* sich nach Art. 10 OR beurteilt. Bei der Bankgarantie ist vom Eintritt der Gestaltungswirkung mit dem Zugang der Garantieerklärung (Art. 10 Abs. 2) auszugehen.

<sup>8</sup> Zur dieser Unterscheidung auch HGer ZH, ZR 86 (1987), E. 3.2 und 3.4. S. 91 f. Einlässlich BGH, WM 1986, 1430. Der Begriff des formellen Garantiefalls und dessen Abgren-

rantie besteht darin, dass der formelle Garantiefall weitgehend unabhängig ist vom materiellen Garantiefall: Die Bank zahlt, wenn die Voraussetzungen des Garantievertrages erfüllt sind, und nicht im Hinblick auf die Geschehnisse im Valutaverhältnis; die Garantie ist also namentlich auch dann geschuldet, wenn sich herausstellt, dass die Schuld des Garantierauftraggebers nicht entstanden, nichtig oder anfechtbar ist.<sup>9</sup> Das ist gemeint, wenn man von der «Abstraktheit» oder der «Nicht-Akzessorietät» der Bankgarantie spricht.<sup>10</sup>

## 2. Abrufmechanismen

Die Abkoppelung des Garantievertrages vom Valutaverhältnis ist wesentlich für die *Liquiditätsfunktion* der Garantie: Sie erlaubt dem Begünstigten den sofortigen Zugriff auf liquide Mittel. Die endgültige Zuordnung der entsprechenden Vermögenswerte entscheidet sich erst in einem zweiten Schritt, nämlich in der Auseinandersetzung zwischen dem Garantierauftraggeber und dem Begünstigten. Die Liquidität der Bankgarantie ist allerdings nicht in jedem Fall umfassend, sondern hängt von den Voraussetzungen ab, welche der Garantievertrag für deren Abruf vorsieht. In der Praxis haben sich verschiedene Abrufmechanismen etabliert:

---

zung zum materiellen Garantiefall geht zurück auf HADDING/HÄUSER/WELTER, Bürgschaft und Garantie, 718 Fn. 806: «Der ‹formelle› Garantiefall folgt allein aus der Formulierung des Garantieversprechens und den dort aufgeführten Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Garantie. Der ‹materielle› Garantiefall bezeichnet dagegen im Sinne eines Sicherungszwecks die Voraussetzungen, unter denen die Garantie im Verhältnis zum Garantierauftraggeber zu Recht in Anspruch genommen werden kann.» Der Begriff des formellen Garantiefalls wurde mit BGH, WM 1984, 690 in die Rechtsprechung übernommen, vgl. SCHNAUDER, WM 2000, 2073 Fn. 1.

<sup>9</sup> Zuletzt BGer 4C.150/2006 vom 29. Juni 2006 E. 3. Vgl. auch BGE 129 III 703 E. 2.1. S. 704. Zum Ausnahmefall des rechtsmissbräuchlichen Abrufs siehe hinten Ziff. IV. Für das deutsche Recht vgl. BGH, WM 1986, 1430: «Würde man (...) zulassen, dass ein erst im Wege der Vertragsauslegung zu ermittelnder Einwand aus dem Valutaverhältnis im Garantieprozess zu prüfen wäre, um die Garantie durchzusetzen, würde man (...) den Zweck der Garantie auf erstes Anfordern vereiteln.»

<sup>10</sup> Zu den Begriffen LOSER, SZW 2006, 203 f.; GUTZWILLER, ZSR 2005, 278. Ausführlich SCHNAUDER, WM 2000, 2075 f.

**a) Garantie auf erstes Anfordern**

Bei der Garantie auf erstes Anfordern genügt die einfache Aufforderung des Begünstigten, damit die Bank die Garantieleistung erbringen muss.<sup>11</sup> Der Begünstigte ist gegenüber der Bank nicht weiter begründungspflichtig, und die Bank trifft ihrerseits auch keine weitergehende Prüfungspflicht. Die Liquiditätsfunktion der Bankgarantie ist bei diesem Abrufmechanismus umfassend verwirklicht, weil sie dem Begünstigten die schnelle und unkomplizierte Befriedigung seiner Ansprüche erlaubt. Auch für die Bank ist diese Garantief orm attraktiv, weil sich ihr Prüfungsaufwand auf ein Minimum beschränkt und sie insbesondere vermeidet, in das Valutaverhältnis hineingezogen zu werden, dessen Einzelheiten sie gar nicht kennt. Für den Garantieforderungsauftraggeber ist diese Garantief orm dagegen insofern riskant, weil die Gefahr besteht, dass der Begünstigte von seinem Abrufrecht Gebrauch macht, obwohl sich der materielle Garantiefall – sprich: die Leistungsstörung – nicht verwirklicht hat. Der Garantieforderungsauftraggeber trägt mit anderen Worten das «Seriositätsrisiko»<sup>12</sup> für den Begünstigten.

**b) Garantie gegen Vorlage von Dokumenten**

Eine Möglichkeit, das Risiko für einen unberechtigten Abruf zu vermindern, besteht darin, die Garantieleistung (den formellen Garantiefall) an zusätzliche Voraussetzungen zu knüpfen. So kann man im Garantievertrag vorsehen, dass der Begünstigte der Bank gewisse Dokumente vorlegen muss. Dabei kann es sich um Gerichts- oder Schiedsgerichtsurteile, Konnossemente, Lieferscheine, Expertengutachten, Bestätigungen etc. handeln.<sup>13</sup> Je nach Dokument kann die Liquidität der Garantie stärker oder weniger stark eingeschränkt sein. Handelt es sich um ein Gerichtsurteil, das den materiellen Garantiefall bestätigt, kann man von einem sofortigen Zugriff auf liquide Mittel nicht mehr ernsthaft sprechen. Dem Begünstigten bleibt immerhin der Vorteil, mit der Bank eine solvente Schuldnerin zu haben. Handelt es sich beim Dokument lediglich um eine formalisierte schriftliche Erklärung des Begüns-

---

<sup>11</sup> Vgl. BGE 119 II 132 E. 5aa S. 133. Zur Garantie auf erstes Anfordern auch DE GOTTRAU, Bankgarantie, 442; ZOBL, Bankgarantie, 37. Im internationalen Kontext vgl. GUTZWILLER, ZSR 2005, 288 f.; LÖW, Missbrauch von Bankgarantien, 14 f.

<sup>12</sup> VON WESTPHALEN, Internationale Bankgarantie, 4.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 119 II 133. Siehe auch DE GOTTRAU, Bankgarantie, 444; LOGOZ, La protection de l'exportateur, 40. Im internationalen Kontext vgl. GUTZWILLER, ZSR 2005, 289 ff.; LÖW, Missbrauch von Bankgarantien, 15 f.

tigten, der materielle Garantiefall habe sich verwirklicht,<sup>14</sup> so behält die Bankgarantie ihre Liquiditätsfunktion. Ob man solche Erklärungen überhaupt der Garantie gegen Vorlage von Dokumenten zuordnen will, ist streitig. Das Bundesgericht schwankt bei der Zuordnung zwischen der dokumentären Garantie und der Garantie mit Effektivklausel.<sup>15</sup>

### c) Garantie auf erstes Anfordern mit Effektivklausel

Auch die Garantie mit Effektivklausel will einen unberechtigten Abruf seitens des Begünstigten verhindern. Hier verlangt der Garantievertrag als Voraussetzung für den Abruf, dass der materielle Garantiefall («effektiv») eingetreten sei. Die Klausel wird etwa lauten, dass die Garantiesumme geleistet wird, sofern der Begünstigte die Leistung nicht vertragskonform erhalten hat, oder sofern ein Schaden eingetreten ist.<sup>16</sup> Effektivklauseln in Garantien auf erstes Anfordern sind nicht ohne Widerspruch: Entweder ist auf die erste Anforderung hin zu zahlen, *oder* es besteht eine zusätzliche Zahlungsvoraussetzung in Gestalt des Eintritts des Garantiefalles.<sup>17</sup> Nichtsdestotrotz kommen Garantien auf erstes Anfordern mit Effektivklausel in der Praxis vor.<sup>18</sup> Wie liquide solche Garantien sind, hängt davon ab, welcher Nachweis der Begünstigte für die Nichtleistung oder den Schaden zu erbringen hat. Diese Frage ist umstritten; sie wird nachfolgend vertieft behandelt.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Für ein Beispiel siehe die Garantieklausel in BGer 4A\_171/2007, Sachverhalt A: «(...) contre votre confirmation écrite que le montant réclamé est exigible et que [X.\_\_\_\_] n'a pas rempli ses obligations contractuelles de mise en service et/ou ses obligations contractuelles de garantie.» Siehe auch BGE 122 III 273 f.

<sup>15</sup> Als dokumentäre Garantie bezeichnet in BGE 119 II 132 E. 5a/bb S. 133. Zustimmend: THÉVENOZ, Garanties indépendantes, 181. Als Garantie mit Effektivklausel (garantie à première demande justifiée) bezeichnet in BGer vom 6. November 1997, SJ 1997 246 E. 4a/bb S. 250. Für diese Zuordnung auch DE GOTTRAU, Bankgarantie, 445; RAPP, Garanties bancaires, 277 f.; BÜHLER, Sicherungsmittel, 140; LOGOZ, La protection de l'exportateur, 41 f.; ROSSI, La garantie bancaire à première demande, Rn. 243 (mit einem engen Verständnis der dokumentarischen Garantie, siehe Rn. 246).

<sup>16</sup> DE GOTTRAU, Bankgarantie, 442; KLEINER, Bankgarantie, Rn. 17.04.

<sup>17</sup> Zu diesem Widerspruch auch BGE 119 II 132 E. 5a/aa S. 133.

<sup>18</sup> Vgl. etwa BGE 119 II 132 E. 5a/aa S. 133.

<sup>19</sup> Siehe unten, Punkt III.

## II. Garantiestrengere

Welche Grundsätze sind hinsichtlich des Garantieabrufs bei den verschiedenen Abrufmechanismen zu beachten? Ein wichtiger Grundsatz ist die Garantiestrengere. Die Garantiestrengere hat eine (altbekannte) Vorläuferin, die Dokumentenstrengere.

### 1. Dokumentenstrengere

Das Bundesgericht hat bereits in BGE 122 III 273 festgehalten, dass bei der dokumentären Garantie der Grundsatz der Dokumentenstrengere gilt.<sup>20</sup> Es wendet ausdrücklich denselben Massstab an wie beim Dokumentenakkreditiv: Die Bank darf die Zahlung nur leisten, wenn die ihr vorliegenden Dokumente der Form und dem Inhalt nach genau den Erfordernissen der Garantieklausel entsprechen.<sup>21</sup> Ein neuerer Entscheid zum Dokumentenakkreditiv zeigt, wie strikt das Bundesgericht den Grundsatz der Dokumentenstrengere anwendet: Bereits eine Abweichung in der Angabe der Gesellschaftsform zwischen den Akkreditivbedingungen und dem eingereichten Dokument genügt, damit die Bank die Honorierung verweigern kann.<sup>22</sup> Im konkreten Fall sahen die Akkreditivbedingungen vor, dass die «T. spa, L. [Italien]» die Warenübernahme auf eigenem Briefpapier zu bestätigen habe. Die der Bank vorgelegte Bestätigung war dagegen von der «T. srl, L. [Italien]» auf deren Briefpapier verfasst. Das Kürzel «spa» steht für die «società per azioni» und entspricht in etwa der schweizerischen Aktiengesellschaft, das Kürzel «srl» steht für die «società a responsabilità limitata» und entspricht in etwa der schweizerischen GmbH. Das Handelsgericht des Kantons Zürich erachtete die Weigerung der Bank, die Dokumente aufgrund dieser Abweichung nicht zu honorieren, unter dem Grundsatz der Dokumentenstrengere als gerechtfertigt, was vom Bundesgericht bestätigt wurde.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> So bereits BGer vom 16. März 1983 (in Bestätigung des Entscheids der Vorinstanz: HGer ZH vom 21.5.1982), zitiert in NOBEL, Praxis zum Bankenrecht (Ergänzungsband), 234 f.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 112 III 273 E. 3a/aa S. 275 f., bestätigt in BGer 4C.144/2003 E. 3.1.

<sup>22</sup> BGer 4C.393/2005, insb. E. 2.

<sup>23</sup> BGer 4C.393/2005, E. 3.3. und 3.4.

## 2. Garantiestrenge

Der Grundsatz der Dokumentenstrenge besagt, dass die der Bank vorgelegten und die im Garantievertrag genannten Dokumente genau übereinstimmen müssen. Von der Dokumentenstrenge kann man also sinnvoll nur bei den dokumentären Garantien sprechen.<sup>24</sup> Tatsächlich hat das Bundesgericht unter dem Titel der Dokumentenstrenge seine strikte Haltung schon früh auf andere, nicht dokumentbezogene Abrufvoraussetzungen ausgedehnt, zum Beispiel im Hinblick darauf, dass allfällige Erklärungen effektiv gegenüber den im Garantievertrag vorgesehenen Personen ergehen müssen.<sup>25</sup> In einem Entscheid aus dem Jahre 2003 vollzog es diesen Schritt schliesslich auch in formeller Hinsicht. Das Gericht führte aus, die formalisierte Betrachtungsweise, die man mit dem Grundsatz der Dokumentenstrenge verbinde, greife insgesamt für die Voraussetzungen des Garantieabrufes, also nicht nur für dokumentenbezogene Voraussetzungen, sondern auch für andere, materielle Voraussetzungen.<sup>26</sup> In Anlehnung an *Canaris* verwendete das Bundesgericht hierfür den Begriff der Garantiestrenge.<sup>27</sup>

## 3. Konkretisierung des Grundsatzes der Garantiestrenge

Nach dem Verständnis des Bundesgerichts beinhaltet die Garantiestrenge zwei Aspekte: Die Garantiestrenge als allgemeiner Grundsatz bedeutet, dass die Abrufvoraussetzungen, die im Garantievertrag festgehalten sind, genau eingehalten werden müssen. Die Garantiestrenge als Auslegungsregel bedeutet, dass das Bundesgericht für den Inhalt und die Tragweite der Abrufvoraussetzungen massgeblich auf den Garantietext abstellt.

---

<sup>24</sup> So auch BGer 4C.144/2003 E. 2.2.

<sup>25</sup> BGE 122 III 273 E. 3b/bb S. 277.

<sup>26</sup> BGer 4C.144/2003 E. 2.2.

<sup>27</sup> BGer 4C.144/2003 E. 2.2., unter Hinweis auf *CANARIS*, HGB-Kommentar, N° 1133a. Zum Begriff selbst vgl. N 1133.

**a) Garantiestrengung als allgemeiner Grundsatz**

Was die Garantiestrengung als allgemeinen Grundsatz angeht, so lassen sich beispielhaft folgende Präzisierungen anfügen:

**aa) Abruf durch den formell richtigen Begünstigten**

Der Abruf muss durch den formell richtigen Begünstigten oder seinen bevollmächtigten Vertreter erfolgen. Das ist unstrittig. Hingegen stellt sich insbesondere bei juristischen Personen die Frage, ob die Bank die Vertretungsbefugnis der Erklärungsträger überprüfen muss. Häufig sieht der Garantievertrag vor, dass der Begünstigte den Abruf der Bankgarantie über seine (Haus-)Bank vornehmen muss und dass diese gegenüber der Garantiebank die Vertretungsbefugnis zu bestätigen hat. Dann kann die (Garantie-)Bank auf diese Bestätigung abstellen. Regelt der Garantievertrag diese Frage nicht, so sollte es mit Blick auf die Liquiditätsfunktion der Bankgarantie genügen, wenn die Vertretungsbefugnis dem äusseren Anschein nach vorliegt – etwa, wenn die Unterzeichnenden sich selbst als Organe oder Zeichnungsbefugte bezeichnen.<sup>28</sup>

**bb) Abruf gegenüber der formell richtigen Garantiebank**

Der Abruf muss sodann gegenüber der formell richtigen Garantiebank erklärt werden. Das Bundesgericht hat diesen Grundsatz in einem Fall bestätigt, bei dem unstrittig war, dass die Garantiebank materiell vom Abruf Kenntnis hatte.<sup>29</sup>

Im Übrigen ist die Abruferklärung an diejenige Bank zu richten, die im Garantievertrag als Adressatin bezeichnet ist. Fehlt ein expliziter Hinweis, so geht die Erklärung an diejenige Bank, welche die Garantiekunde ausgestellt hat. Das gilt auch für die Zweigniederlassung. Hat sie die Garantie ausgestellt, ist sie trotz mangelnder eigener Rechtspersönlichkeit Abruf-Adressatin.<sup>30</sup> Überträgt man zudem die jüngste Rechtsprechung zur Dokumentenstrengung auf die vorliegende Frage, so ist auch die Rechtsform der Garantiebank korrekt wiederzugeben.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> In diesem Sinne NIELSEN, Bankrechts-Handbuch, § 121 N 183. Für eine Prüfungspflicht DOHM, Bankgarantien, Rn. 191; VON WESTPHALEN, Internationale Bankgarantie, 158 ff.

<sup>29</sup> BGE 122 III 273 E. 3b/bb S. 277.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu, Internationale Bankgarantie, 176 f. Zur mangelnden Rechtspersönlichkeit der Zweigniederlassung siehe BGE 120 III 11 E. 1 S. 13.

<sup>31</sup> Vgl. BGER 4C.393/2005, insb. E. 3.3. (Dokumentenakkreditiv).

**cc) Formell richtige Abruferklärung**

Weiter muss der Abruf so erklärt werden, wie es in der Urkunde vorgesehen ist.<sup>32</sup> Eine wörtliche Übereinstimmung mit dem Urkundeninhalt ist allerdings nur dann erforderlich, wenn der Garantievertrag es ausdrücklich fordert.<sup>33</sup> Auch die Form muss gewahrt bleiben. Wo zusätzliche Präzisierungen angefügt sind – z. B. wird die Original-Briefform verlangt –, muss der Begünstigte sich daran halten.<sup>34</sup> Verlangt der Garantietext einzig die Schriftlichkeit, so genügt auch ein Faxschreiben.<sup>35</sup> Ob die Schriftform auch bei Verwendung von E-Mail gewahrt bleibt, ist offen.<sup>36</sup> Vom Formerfordernis des Abrufschreibens zu unterscheiden ist das Formerfordernis bei der Vorlage von Dokumenten bei der dokumentären Garantie. Hier gilt der Grundsatz, dass der Bank die Originaldokumente vorzulegen sind.

Sodann muss der Abruf grundsätzlich in derjenigen Sprache erfolgen, in der der Garantievertrag abgefasst ist. Angesichts der internationalen Verwendung von Garantien und der Schweiz als internationalem Finanzplatz muss auch die Inanspruchnahme auf Englisch zulässig sein.<sup>37</sup> Sprachbedingte Abweichungen gehen dann allerdings zu Lasten des Begünstigten.

<sup>32</sup> BGE 122 III 273 E. 3a/aa S. 276; BÜSSER, Einreden und Einwendungen, Rn. 862; DE GOTTRAU, Bankgarantie, 466 f.; DOHM, Bankgarantien, Rn. 205; LÖW, Missbrauch von Bankgarantien, 46. Für Deutschland vgl. BGH, WM 1996, 394; BGH, WM 1996, 771. Siehe auch CANARIS, HGB-Kommentar, N 1130 und 1133.

<sup>33</sup> ZR 88/1989, S. 184, E. 1.b.; BGH, BB 1997, 2070; BGH, WM 2000, 2336.

<sup>34</sup> Vgl. dazu BGER 4P.260/2000 E. 4 (Vorlage einer Kopie vom Schiedsgericht als nicht der Garantievereinbarung entsprechend befunden. Allerdings hielt das Schiedsgericht auch fest, dass der Garantierauftraggeber den Begünstigten von diesem Formfehler hätte benachrichtigen sollen).

<sup>35</sup> DOHM, Bankgarantien, Rn. 192. Gleich Camera Civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino vom 18.8.2004, i.S. UBS SA v. Banca Raiffeisen, E. 3, RtiD 2005, 810. Abrufbar auch unter <www.CommercialArbitration.ch> -> Diritto Bancario -> 18.8.2004.

<sup>36</sup> Für die Garantie nach deutschem Recht VON WESTPHALEN, Internationale Bankgarantie, 163. Das BGB lässt gemäss § 126 Abs. 3 zu, dass die Schriftform durch die elektronische Form ersetzt wird, falls sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Für die Schweiz ist zu beachten, dass das Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit nach herrschender Lehre im Falle von E-Mail nur gewahrt ist, wenn eine elektronische Signatur verwendet wird (Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR).

<sup>37</sup> A.A. LOMBARDINI, Droit bancaire, 308 N 69.



**dd) Fristgerechter Abruf**

Der Abruf muss fristgerecht erfolgen. Hier gilt – soweit schweizerisches Recht anwendbar ist – das Zugangsprinzip: Der Begünstigte trägt das Übermittlungsrisiko, die Bank trägt das Risiko der Kenntnisnahme.<sup>38</sup> Fraglich ist, ob der Grundsatz der Garantiestrenge gewahrt ist, wenn der Begünstigte die Garantie zwar fristgerecht abrufen, aber erst nach Ablauf der Frist die Bezifferung vornimmt. Massgeblich ist zunächst der Garantievertrag. Ist diesem allerdings nicht klar zu entnehmen, dass eine Bezifferung zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist, so ist im Rahmen des Garantieabrufs auch die Summe zu nennen, die abgerufen wird. Andernfalls hätte es der Begünstigte in der Hand, die vereinbarte Garantiefrist beliebig zu verlängern.<sup>39</sup>

**b) Garantiestrenge als Auslegungsregel**

Die Garantiestrenge als Auslegungsregel bedeutet, dass das Bundesgericht für den Inhalt und die Tragweite der Abrufvoraussetzungen massgeblich auf den Garantietext abstellt. Die «formalisierte Betrachtungsweise» führt das Bundesgericht also zu einer spezifischen Auslegungspraxis, die dem Wortlaut der Garantieklausel ein überragendes Gewicht einräumt.<sup>40</sup>

**aa) Gesteigerter Vertrauensschutz des Wortlauts**

In der sonstigen Auslegungspraxis des Bundesgerichts zu Vertragsklauseln halten sich bei der Anwendung des Vertrauensprinzips der Wortlaut und die sonstigen Umstände die Waage. Zwar lautet die bundesgerichtliche Formel zur Auslegung von Verträgen, dass ein klarer Wortlaut bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip Vorrang hat vor weiteren Auslegungs-

---

<sup>38</sup> Zum Zugangsprinzip vgl. etwa SCHWENZER, OR AT, Rn. 27.22 ff.

<sup>39</sup> Gleicher Ansicht LOMBARDINI, *Droit bancaire*, 310 N 74 (für die – in diesem Fall relevante – Garantie mit Maximalsumme). So auch OLG Frankfurt, WM 1983, 517; VON WESTPHALEN, *Internationale Bankgarantie*, 171 f.

<sup>40</sup> Diese Doppelfunktion besteht auch im deutschen Recht, vgl. etwa BGH, WM 1984, 690: «Im übrigen würde eine Auslegung, für die sich im Text des Garantievertrages keine Anhaltspunkte finden und die sich auf Umstände ausserhalb der Urkunde stützen müsste, dem Grundsatz der Garantiestrenge widersprechen, weil sie die Rechtslage der Bank durch eine Verschärfung der Prüfungspflicht unzumutbar verschärfen würde.» Siehe zur Verwendung des Grundsatzes der Garantiestrenge als Auslegungsprinzip auch CANARIS, *HGB-Kommentar*, Rn. 1133; VON WESTPHALEN, *Internationale Bankgarantie*, 179 f.

mitteln.<sup>41</sup> Im Einzelfall wird diese Vorrangstellung aber regelmässig durchbrochen. Gerade die Rechtsprechung, die einen anderen Schauplatz der Garantie betrifft, nämlich die Frage der Abgrenzung zwischen Garantie und Bürgschaft, ist hierfür ein gutes Beispiel. Dort hat das Bundesgericht – jedenfalls bei Sicherungsversprechen zugunsten von Familienangehörigen – wiederholt erklärt, der klare Wortlaut sei nicht entscheidend.<sup>42</sup>

Anders bei der Garantieklausel. Unter dem Titel der Garantiestrenge gilt hier mehr als sonst eine formalisierte Betrachtungsweise. Die Garantiestrenge bedeutet, dass der Wortlaut der Garantieklausel einen gesteigerten Vertrauensschutz genießt.<sup>43</sup> Welch überragendes Gewicht das Bundesgericht dem Wortlaut einräumt, zeigt ein Entscheid aus dem Jahr 2003.

#### bb) Praxisbeispiel

Im genannten Fall leistete die Bank eine Anzahlungsgarantie für einen Vertrag über die Lieferung einer Maschine nach Deutschland. Die Garantieklausel lautete wie folgt: «Diese Anzahlungsgarantie tritt erst in Kraft, wenn der Zahlungsbetrag auf dem Konto der Firma C [Verkäuferin] bei der Bank A [Garantiebank] eingetroffen ist.» Die Käuferin und Begünstigte überwies den Zahlungsbetrag auf ein Konto der Garantiefirma – allerdings auf ein Konto bei einer anderen als der Garantiebank (Konto der Bank D). Die Garantiefirma überwies in der Folge mehrere Beträge von ihrem Konto bei der Bank D auf ihr Konto bei der Garantiebank. Die Summe dieser Beträge war höher als die geschuldete Zahlung. Zudem enthielten die Überweisungen keinen Hinweis darauf, dass es sich um die fraglichen Zahlungsbeträge handelte. Als die Begünstigte die Garantie abrufen wollte, verweigerte die Garantiebank die Zahlung unter Hinweis darauf, dass das Geld nicht auf das in der Garantie genannte Konto über-

<sup>41</sup> Für die Garantie etwa BGE 131 III 511 E. 4.3. S. 525 («[I]l convient d'interpréter l'engagement du garant conformément au principe de la confiance (...) en se fondant un premier lieu sur le texte de la garantie (...)»).

<sup>42</sup> Vgl. BGE 129 II 702 E. 2.4.1. S. 707 («Dementsprechend misst die Rechtsprechung dem Umstand, dass die Parteien präzise juristische Bezeichnungen verwendet haben, für sich allein keine entscheidende Bedeutung zu.»). Siehe auch BGer 4C.274/2001 E. 2.2. («Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, (...)»). Als Hinweis auf die jüngsten Abgrenzungsentscheide: BGer 4A\_420/2007 und BGer 4C.24/2007. Für eine Analyse der Rechtsprechung: Emmenegger, ZBJV 2007, 561 ff.

<sup>43</sup> Vgl. BGE 122 III 273 E. 3a/aa S. 275: «Comme dans le crédit documentaire irrévocable, il y a, au moins dans le rapport entre la banque et le bénéficiaire, un formalisme strict qui impose de prendre en considération seulement la teneur de la clause de garantie.» Vgl. weiter BGer 4C.144/2003 E. 3.3. Für die Lehre siehe DOHM, Bankgarantien, Rn. 198.

wiesen worden sei. Die Begünstigte klagte gegen die Bank. Das Bundesgericht entschied zugunsten der Begünstigten.

Nach Auffassung des Bundesgerichts folgt aus dem Grundsatz der Garantiestrenge, dass der Begünstigte zwar sämtliche Abrufvoraussetzungen erfüllen muss, aber eben nur diese: «Vorleistungen, die sich nicht eindeutig aus dem Garantietext ergeben, kann der Garant nicht verlangen, hat er sich doch selbst zuzuschreiben, wenn er bei der Formulierung der Garantie nicht die erforderliche Sorgfalt walten liess. (...) Auch der Begünstigte verdient einen gesteigerten Schutz seines Vertrauens auf den Inhalt der Garantiekunde (...).»<sup>44</sup> Bezugnehmend auf die Garantieklausel hielt das Bundesgericht fest, dass das Subjekt des Satzes «der Anzahlungsbetrag» sei. Dieser müsse auf dem Konto der Garantiebank eintreffen, damit die Anzahlungsgarantie in Kraft trete. Der Betrag sei eingetroffen, also sei auch die in der Garantieklausel statuierte Zahlungsvoraussetzung erfüllt.<sup>45</sup>

### cc) Würdigung

Das Bundesgericht praktiziert im oben erwähnten Fall eine ausserordentlich strenge – um nicht zu sagen – überspitzt formalisierte Sichtweise.<sup>46</sup> Der Entscheidung zeigt, dass die Garantiestrenge, deren Zweck es eigentlich ist, der Bank eine möglichst effiziente Prüfung ihrer Zahlungspflicht zu ermöglichen, eine Kehrseite hat. Die Kehrseite heisst: Garantiestrenge als Auslegungsregel. Die Banken müssen bei der Formulierung des Garantievertrages ausserordentlich sorgfältig sein und sich jede Eventualität überlegen. Hier hätte die Bank A gemäss Bundesgericht deutlich zum Ausdruck bringen müssen, dass sie eine unmittelbare Zahlung der Begünstigten verlangt, bzw. dass die Zahlung einen entsprechenden Hinweis auf die Anzahlungsgarantie enthält.<sup>47</sup>

Die aktuelle Rechtsprechung führt zu einer Mehrbelastung für die Banken, die sich nunmehr bei der Ausgestaltung der Garantieklausel jede Eventualität überlegen müssen. Ob sie damit immer viel gewinnen, ist fraglich. Längere Garantieklauseln bergen wiederum das Risiko von Widersprüchen und Unklarheiten.

---

<sup>44</sup> BGer 4C.144/2003 E. 2.2.

<sup>45</sup> BGer 4C.144/2003 E. 3.4.

<sup>46</sup> Ähnlich die Rechtsprechung in Deutschland, vgl. etwa BGH, WM 2000, 2236. Ähnlich bereits BGH, WM 1997, 659 f.

<sup>47</sup> BGer 4C.144/2003 E. 3.4.

### III. Effektivklauseln

Zu den grundlegenden Charakteristika der Bankgarantie gehört, dass das Garantieverprechen der Bank vom Bestand und den Wirkungen des Valutaverhältnisses unabhängig ist. Die Verwendung einer Effektivklausel widerspricht diesem Grundsatz, weil sie als Voraussetzung für den Abruf verlangt, dass der materielle Garantiefall tatsächlich («effektiv») eingetreten sei. Ein Beispiel für eine solche Klausel lautet: «Wir garantieren Zahlung auf erstes Anfordern, sofern der [Garantieauftraggeber] den Vertrag verletzt hat.»<sup>48</sup>

#### a) Meinungsstand

Soweit der Garantievertrag regelt, welchen Nachweis der Begünstigte bezüglich des Eintritts des materiellen Garantiefalls zu erbringen hat, ergibt sich aus der Garantiestrengung ohne weiteres, dass genau dieser Nachweis erbracht werden muss. Streitig ist hingegen, welchen Nachweis der Begünstigte zu erbringen hat, wenn der Garantievertrag eine Effektivklausel enthält, und die Parteien nicht geregelt haben, auf welche Art und Weise der Begünstigte deren Erfüllung nachweisen muss.

Hierzu werden drei Meinungen vertreten:<sup>49</sup> Nach der einen Meinung muss der Begünstigte den Eintritt der in der Effektivklausel festgelegten Voraussetzungen beweisen.<sup>50</sup> Nach einer anderen Meinung muss der Begünstigte das Vorhandensein der Voraussetzungen zwar nicht beweisen, aber glaubhaft machen.<sup>51</sup> Nach einer dritten Meinung genügt es, wenn der Begünstigte erklärt, dass die fraglichen Voraussetzungen eingetreten sind.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Beispiel aus OLG München, BB 1997, 2239. Für weitere Beispiele siehe etwa DOHM, Bankgarantien, Rn. 85; VON WESTPHALEN, Internationale Bankgarantie, 90.

<sup>49</sup> Zum Streitstand in Deutschland: SCHMIDT, WM 1999, 312.

<sup>50</sup> KLEINER, Bankgarantie, 192 f.; ZOBL, Bankgarantie, 37.

<sup>51</sup> Diese Auffassung wird – soweit ersichtlich – nur von deutschen Autoren vertreten, immerhin aber an schweizerischen Fachtagungen. Vgl. etwa HORN, Bankgarantie, 90.

<sup>52</sup> So etwa LOMBARDINI, Droit bancaire, 300 Fn. 52; DOHM, Bankgarantien, Rn. 200; Weitergehend BÜSSER, Einreden und Einwendungen, Rn. 892 (Grundsätzlich genügt der einfache Abruf, die Erklärung des Eintritts des materiellen Garantiefalls ist nur erforderlich, falls sie sich aus dem Garantievertrag ergibt.).

**b) Rechtsprechung**

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahr 1993 die vorerwähnten Meinungen aufgeführt und auch die ausländische Doktrin zitiert. Es hat aber ausdrücklich offengelassen, welcher Auffassung es den bundesgerichtlichen Segen erteilen würde.<sup>53</sup> In einem weiteren Entscheid aus dem Jahr 1997 scheint es die Meinung zu vertreten, es genüge die Bestätigung des Begünstigten, dass der Garantiefall eingetreten sei.<sup>54</sup> Der Entscheid ist allerdings zu wenig klar, als dass man daraus einen definitiven Stand des Bundesgerichts ausmachen könnte.<sup>55</sup>

In den umliegenden Ländern lassen Lehre und Rechtsprechung indessen eine klare Tendenz zugunsten der dritten Alternative erkennen: Bei einer Effektivklausel genügt grundsätzlich die Erklärung des Begünstigten, dass der Garantiefall eingetreten ist. Das ist etwa die vorherrschende Auffassung in Belgien und Frankreich.<sup>56</sup> Teilweise wird dort zusätzlich gefordert, dass der materielle Garantiefall kurz umschrieben wird.<sup>57</sup> Über dieses Zusatzanforderung herrscht indessen keine Einigkeit.<sup>58</sup> Auch in Deutschland hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die entsprechende Erklärung des Begünstigten genügt, wobei auch hier die Gerichte teilweise verlangen, dass der Begünstigte den Eintritt des Garantiefalles «schlüssig darlegt»<sup>59</sup>. Nennt beispielsweise die Effektivklausel die Nichterfüllung des Vertrages als Abrufvoraussetzung, muss der Begünstigte die Nichterfüllung «mit wenigen Worten (...) beschreiben», um der Bank die Prüfung zu ermöglichen, ob ein Fall der Nichterfüllung überhaupt möglich sein kann.<sup>60</sup> Angestossen wurde diese Rechtsprechung durch eine Entscheidung des BGH zu einer – der Garantie stark angeglichenen – Bürgschaft auf erstes Anfordern, die für «fällige Werk-

<sup>53</sup> Vgl. BGE 119 II 132 E. 5aa S. 133. Auf die Auslegung im Einzelfall abstellend auch THÉVENOZ, Garanties indépendantes, 181 f.; DE GOTTRAU, Bankgarantie, 443 f.

<sup>54</sup> BGer, SJ 1997, 245 E. 4a/bb S. 250.

<sup>55</sup> Das Bundesgericht qualifiziert die Abrufvoraussetzung als Effektivklausel und lässt die Erklärung des Begünstigten, dass der Garantiefall eingetreten sei, genügen. Allerdings verlangte die Garantieklausel auch nichts anderes, als dass der Begünstigte die Zahlung abrufen und bestätigt, dass der materielle Garantiefall (Zahlungsausfall) eingetreten sei. Dieser Fall ist unproblematisch, weil der vom Begünstigten zu erbringende Nachweis (Erklärung) im Vertrag selbst geregelt ist.

<sup>56</sup> Vgl. die Nachweise bei LOGOZ, La protection de l'exportateur, 109.

<sup>57</sup> Beispielhaft: Die Maschine wurde nicht geliefert; die Maschine funktioniert nicht.

<sup>58</sup> Vgl. die Nachweise bei LOGOZ, La protection de l'exportateur, 109.

<sup>59</sup> So OLG Frankfurt vom 8.2.2007, 26 U 26/06, 23.

<sup>60</sup> So OLG München, WM 1998, 344.

lohnforderungen» übernommen wurde.<sup>61</sup> In der genannten Entscheidung liess der BGH es genügen, dass der Begünstigte den materiellen Garantiefall (hier: die Fälligkeit) behauptet.<sup>62</sup>

Begründet wird diese Rechtsprechung mit dem Hinweis auf die Liquiditätsfunktion der Garantie. Diese Funktion würde gleichsam wieder aufgehoben, wenn der Begünstigte den effektiven Eintritt des Garantiefalles nachweisen müsste.<sup>63</sup> Hingegen könne das Ziel der Effektivklausel, nämlich dem missbräuchlichen Abruf der Garantie vorzubeugen, auch erreicht werden, wenn der Begünstigte erklären müsse, der Garantiefall sei effektiv eingetreten. Sollte er dies wider besseres Wissen behaupten, so würde der Begünstigte die Garantie nicht nur rechtsmissbräuchlich abrufen, sondern sich darüber hinaus des Betruges schuldig machen. Die drohende Strafbarkeit beuge der missbräuchlichen Inanspruchnahme in genügendem Masse vor.<sup>64</sup>

### c) Würdigung

Ob das Strafrecht die Funktion einer Hemmschwelle gegen den missbräuchlichen Abruf einer Garantie mit Effektivklausel übernehmen kann, ist fraglich. Das Strafrecht verwendet andere Parameter als das Zivilrecht und nicht jeder missbräuchliche Abruf ist – zumindest nach schweizerischem Recht – ein Betrug. Im Ergebnis verdient aber die oben erwähnte Rechtsprechung Zustimmung.

Die Garantie auf erstes Anfordern will ein schnelles und wirksames Sicherungsmittel sein. Fehlt der Garantieklausel eine klare Regelung darüber, welchen Nachweis der Begünstigte hinsichtlich des Eintritts des materiellen Garantiefalles erbringen muss, so ist die Garantieklausel nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Hierbei ist davon auszugehen, dass die Garantieklausel die zentralen Funktionen der Garantie verwirklichen soll. Die Liquiditätsfunktion ist unstreitig eine zentrale Funktion der Bankgarantie. Verlangt man vom Begünstigten den Beweis für den Eintritt des materiellen Ga-

---

<sup>61</sup> BGH, NJW 1997, 225 ff.

<sup>62</sup> BGH, NJW 1997, 255: «[D]er Bürge [darf] aus seiner eigenen Vertragsposition heraus die Schlüssigkeit der ersten Anforderung in sehr eingeschränkter und formaler Weise prüfen. (...) Danach ist (...) eine Auslegung zumutbar, die bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern auf die *Behauptung* der Fälligkeit durch den Gläubiger abstellt, nicht aber den Fälligkeitsnachweis voraussetzt.»

<sup>63</sup> BGH, NJW 1997, 255; OLG München, WM 1998, 344 f.; OLG Frankfurt vom 8.2.2007, 24. Vgl. auch SCHMIDT, WM 1999, 312.

<sup>64</sup> So insbesondere OLG Frankfurt vom 8.2.2007, 26 U 26/06, 24. Vgl. auch SCHMIDT, WM 1999, 312 f.

rantiefalls, ist sie nicht mehr gewährleistet. Als Auslegungsergebnis entfällt daher diese Variante. Die abgeschwächte Form des Beweises, nämlich die Glaubhaftmachung, ist nicht praktikabel. Ob etwas glaubhaft ist oder nicht, ist eine Ermessensfrage. Bei der streng formalisierten Bankgarantie will man solche Ermessensfragen gerade vermeiden. Damit bleibt es bei der dritten Variante, nämlich der Erklärung des Begünstigten, dass der Garantiefall eingetreten ist. Um der Liquiditätsfunktion umfassend Rechnung zu tragen, ist zudem darauf zu verzichten, weitere Ausführungen oder Präzisierungen zum Eintritt des materiellen Garantiefalls zu verlangen.

Genügt allerdings die Erklärung, dass der materielle Garantiefall eingetreten ist, so ist mit einer Effektivklausel, die eine «Vertragsverletzung» oder einen «Schaden» verlangt, nichts mehr gewonnen. Die einfache Erklärung, dass der Garantiefall eingetreten sei, wird nämlich sehr häufig als Voraussetzung in Bankgarantien aufgenommen. Mit anderen Worten: Der Garantiefall gewinnt unter dieser Rechtsprechung mit der Effektivklausel wenig. So wenig, dass man sich bei der Vertragsgestaltung reiflich überlegen muss, ob man sie überhaupt verwenden will. Sie mag gut sein für die Psyche des Garantiefallgebers, aber wenn sie im Prozess nichts nützt, dann ist die Enttäuschung umso grösser. In den Fachbeiträgen zur Garantie sind die Warnungen vor der Verwendung von Garantieklauseln jedenfalls zahlreich.<sup>65</sup>

#### IV. Einwendungsdurchgriff

Die meisten Garantieklauseln enthalten einen ausdrücklichen Verzicht auf Einwendungen und Einreden aus dem Valutaverhältnis. Dieser Verzicht ergibt sich allerdings bereits aus Sinn und Zweck des Garantievernehmens.<sup>66</sup> Dennoch gibt es Fälle, bei denen die Bank unter Rückgriff auf das Valutaverhältnis die Zahlung verweigern kann und muss.<sup>67</sup> Sie werden unter dem Begriff des Einwendungsdurchgriffs zusammengefasst.

---

<sup>65</sup> Vgl. die Nachweise bei DE GOTTRAU, Bankgarantie, 444.

<sup>66</sup> Hingegen ist die Verzichtserklärung ein Indiz für die Abgrenzung zur Bürgschaft; insofern ist es sinnvoll, sie einer Garantieklausel beizufügen. Vgl. CANARIS, HGB-Kommentar, Rn. 1134; GUTZWILLER, ZSR 2005, 288 f.; KLEINER, Bankgarantie, Rn. 5.35.

<sup>67</sup> Ob damit eine Relativierung der «Abstraktheit» der Garantie verbunden einhergeht, ist streitig. Vgl. etwa die Nachweise bei DE GOTTRAU, Bankgarantie, 450. Aus der neueren Literatur auch LOSER, SZW 2006, 210 (für die Relativierung).

## 1. Begriff und Funktionsweise

Im Ausnahmefall schlagen die Einwendungen aus dem Valutaverhältnis auf das Garantieverhältnis durch, allerdings auch dann nicht unmittelbar, sondern über den Einwand des Rechtsmissbrauchs. Wenn nämlich «der Begünstigte weiss oder es für ihn evident ist, dass er keinen Anspruch aus dem Valutaverhältnis hat, so handelt er rechtsmissbräuchlich, wenn er trotzdem die Garantie abrufen.»<sup>68</sup> Diese Verbindung zwischen Valutaverhältnis und Garantieverhältnis wird mit dem Begriff des *Einwendungsdurchgriffs* erfasst.<sup>69</sup>

Der klassische Anwendungsbereich des Einwendungsdurchgriffs betrifft allerdings eine andere Konstellation im Dreiecksverhältnis: Es wird darunter das Recht des Anspruchgegners verstanden, dem Anspruchsteller Einwendungen entgegenzusetzen, die sich aus dem Schuldverhältnis zwischen dem Anspruchsgegner und einem Dritten ergeben.<sup>70</sup> Ein Anwendungsbeispiel im schweizerischen Recht bietet Art. 21 KKG hinsichtlich der Einwendungen des Kreditnehmers gegen die Bank gestützt auf Gründe, die auf seinem Vertragsverhältnis zum Lieferanten beruhen.<sup>71</sup> Erst Canaris hat die Rechtsfigur des Einwendungsdurchgriffs auch für Einwendungen verwendet, die auf dem Rechtsverhältnis zwischen dem Anspruchsteller und einem Dritten beruhen – im Garantiekontext also auf dem Vertrag zwischen dem Begünstigten und dem Garantierauftraggeber (Valutaverhältnis).<sup>72</sup> In dieser Bedeutung hat ihn auch das Bundesgericht im Jahr 2000 in einem garantierelevanten Fall verwendet.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> CANARIS, HGB-Kommentar, Rn. 1016. Ähnlich das Bundesgericht: «Hingegen schlagen Einwendungen wie Rechtswidrigkeit oder andere Nichtigkeit des Valutaverhältnisses auf das Leistungsverhältnis dann durch, wenn der Anweisungsempfänger weiss oder wissen muss, dass er offensichtlich keinen gültigen Anspruch aus dem Valutaverhältnis mehr besitzt, und zwar unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt.» BGer 4C.172/2000 E. 4b.

<sup>69</sup> Zur Dogmatik des Einwendungsdurchgriffs vgl. die gleichnamige Dissertation von VON REINERSDORFF, Zur Dogmatik des Einwendungsdurchgriffs, passim.

<sup>70</sup> Vgl. VON REINERSDORFF, Zur Dogmatik des Einwendungsdurchgriffs, 14.

<sup>71</sup> Für die damit verbundenen Fragen des Einwendungsdurchgriffs siehe ROTH, AJP 2002, insb. 975.

<sup>72</sup> Vgl. CANARIS, FS Fischer, 48. Mit durchschlagendem Erfolg sodann CANARIS, HGB-Kommentar (1981), Rn. 1425, 1012 ff.

<sup>73</sup> Vgl. BGer 4C.172/2000 E. 4b. Den Begriff verwendet bereits die Vorinstanz, HGer ZH, ZR 100 (2001), 171, unter Hinweis auf ZOBL, Bankgarantie, 43, der wiederum auf CANARIS verweist. Zurückhaltende Kritik an der Konstruktion des Einwendungsdurchgriffs in der Urteilsbesprechung von KOLLER, AJP 2002, 468.



Mit der «Entdeckung» des Einwendungsdurchgriffs verbindet sich auch eine Akzentverschiebung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Noch in den späten 90er Jahren hatte das Bundesgericht vertreten, dass ein widerrechtliches oder sittenwidriges Grundgeschäft die Nichtigkeit des Garantieversprechens bewirke.<sup>74</sup> Im erwähnten Entscheid aus dem Jahr 2000 führte dagegen das sittenwidrige Grundgeschäft zum Einwand des Rechtsmissbrauchs im Garantieverhältnis. Diese Konstruktion setzt voraus, dass der Vertrag zwischen der Garantin und dem Begünstigten trotz des sittenwidrigen Grundgeschäfts Bestand hat.

## 2. Voraussetzungen: Doppelte Offensichtlichkeit des Rechtsmissbrauchs

In seinem Grundsatzentscheid zum Einwendungsdurchgriff hat das Bundesgericht in Anlehnung an die Lehre<sup>75</sup> drei Voraussetzungen genannt: Es muss ein schwerer Mangel im Valutaverhältnis vorliegen, der Mangel muss rechtlich offensichtlich sein und – zumindest bei weniger schwerwiegenden Mängeln – sofort liquide beweisbar sein.<sup>76</sup> Diese Voraussetzungen waren im betreffenden Fall ohne weiteres erfüllt: Die Garantie sollte eine Zahlung im Rahmen eines Waffengeschäfts garantieren, das unter das UN-Waffenembargo fiel. Das Bundesgericht hat allerdings diese Formel nicht weiter verwendet. Zu recht: Erstens ist sie nicht frei von Widersprüchen, indem einerseits ein schwerer Mangel gefordert wird, andererseits von weniger schwerwiegenden Mängeln die Rede ist. Zweitens suggeriert der Begriff «Mangel im Valutaverhältnis», dass der Einwendungsdurchgriff voraussetzt, dass das Valutaverhältnis nicht gültig zustande gekommen ist. Das ist zwar *ein* – wenn auch wichtiger – Anwendungsfall für den Einwendungsdurchgriff. Tatsächlich geht es aber um etwas anderes: Es geht darum, dass im Valutaverhältnis der Garantierauftraggeber eine Zahlung, die mit der Garantie sichergestellt wird, nicht schuldet.<sup>77</sup> Das kann irgendeine Zahlung sein: Eine Vergütung, eine Rückerstattung, ein Schadenersatz. Das ist die Ausgangs-

---

<sup>74</sup> BGer 4C.426/1997, E. 3. BGE 76 II 33 E. 4 S. 37 f.

<sup>75</sup> CANARIS, HGB-Kommentar, Rn. 1016 ff., 1139; ZOB, Bankgarantie, 43 f. (in Anlehnung an CANARIS, HGB-Kommentar, Rn. 1017 f.).

<sup>76</sup> BGer 4C.172/2000 E. 4c.

<sup>77</sup> In diesem Sinne CANARIS, HGB-Kommentar, Rn. 1139, der den Nichteintritt des materiellen Garantiefalls als Mangel im Valutaverhältnis bezeichnet. Das ist wiederum zu eng: Es kann sein, dass der materielle Garantiefall (Leistungsstörung) eintritt, und der Garantierauftraggeber trotzdem nichts schuldet, weil der Grundvertrag nichtig ist.

lage für den Einwendungsdurchgriff. In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen diese Nichtschuld für die Bank relevant ist, also auf das Garantieverhältnis durchschlägt. Und die Antwort lautet: Bei einem offensichtlichen Rechtsmissbrauch seitens des Begünstigten.<sup>78</sup> Liegt er vor, so ist die Bank nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den Einwand des Rechtsmissbrauchs zu erheben und die Leistung zu verweigern.<sup>79</sup>

Das Bundesgericht hat in seinen neueren Entscheiden (wieder) zur Kurzformel zurückgefunden, wonach der Einwendungsdurchgriff einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch voraussetzt. In der praktischen Anwendung bedeutet dies: Es braucht eine *doppelte Offensichtlichkeit*, oder anders gesagt: es braucht zwei kumulative Evidenzkriterien. Das erste Evidenzkriterium betrifft den Begünstigten: Er weiss oder muss wissen, dass ihm der Garantietraggeber nichts schuldet, was von der Garantie abgedeckt ist. Dieses Evidenzkriterium spielt auf der Ebene der Rechtslage. Es ist nichts anderes als die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Das zweite Evidenzkriterium betrifft die Bank: Auch für sie muss offensichtlich sein, dass der Garantietraggeber dem Begünstigten nichts Garantierelevantes schuldet.<sup>80</sup> Dieses Kriterium spielt auf der Ebene des Beweismasses: Es muss für die Bank mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, dass der Begünstigte nicht abrufberechtigt ist.

### 3. Neuere Rechtsprechung

Wie konkretisiert sich der «offensichtliche Rechtsmissbrauch» in der neueren bundesgerichtlichen Praxis?<sup>81</sup> Da das Bundesgericht seine Akkreditiv-Rechtsprechung *mutatis mutandis* auf die Garantiepraxis anwendet, wird auch die neuere Judikatur zum Dokumenten-Akkreditiv berücksichtigt.

<sup>78</sup> BGer 4A.171/2007 E. 4.1. («[L]’abus de droit doit être manifeste (...). En d’autres termes, le refus de paiement d’une telle garantie, au motif que le bénéficiaire y fait appel de manière abusive, doit rester exceptionnel.»). BGer 4P.5/2005 («[L]’abus de droit doit être manifeste.»). BGer 4C.172/2000 E. 4b («Ein solcher Einbruch in das Prinzip des Einrede-Ausschlusses wird als Einwendungsdurchgriff sowohl vom Bundesgericht als auch von einem Teil der Lehre bejaht, wobei jeweils ein besonders schwerwiegender und offensichtlicher Rechtsmissbrauch vorausgesetzt wird (...).»)

<sup>79</sup> BGE 122 III 321 E. 4a S. 323.

<sup>80</sup> BGer 4C.12/2007 E. 3 («Dans la mesure où l’abus de droit est évident pour la banque (...). L’abus de droit doit être manifeste.»).

<sup>81</sup> Für frühere Fälle des Einwands des Rechtsmissbrauchs vgl. DE GOTTRAU, Bankgarantie, 472 Fn. 205.

**a) Widerrechtliches oder sittenwidriges Valutaverhältnis**

Einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch hat das Bundesgericht bejaht beim Abruf einer Bankgarantie, die ein Waffengeschäft absichern sollte, das gegen ein UN-Waffenembargo versties.<sup>82</sup> Das ist der «klassische» Fall eines Einwendungsdurchgriffs in Verbindung mit einem nichtigen oder sittenwidrigen Grundgeschäft. Da die Schweiz erst seit 2002 Mitglied der Vereinten Nationen ist, war das damalige Embargo mangels entsprechenden «autonomen Nachvollzugs» nicht widerrechtlich. Das Bundesgericht erachtete es aber unter Berücksichtigung völkerrechtlicher Gesichtspunkte im konkreten Fall als sittenwidrig.<sup>83</sup>

**b) Zweckwidriger Abruf**

Einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch hat das Kantonsgericht Waadt bejaht hinsichtlich des Abrufs einer Bankgarantie, die unbezahlte Rechnungen absichern sollte, währenddem der Abruf erfolgte, um einen entgangenen Gewinn zu kompensieren. Das Bundesgericht hat diesen Punkt in sein Urteil aufgenommen und bestätigt.<sup>84</sup> Auch dies ist ein «klassischer» Fall für eine Zahlungsverweigerung seitens der Bank, da diese nur dann zur Zahlung berechtigt und verpflichtet ist, wenn der Garantieabruf vom Zweck der Garantie gedeckt ist.

Der Rückgriff auf den Rechtsmissbrauch ist allerdings in solchen Fällen überflüssig. Wird die Garantie für einen Zweck abgerufen, der vom Garantievertrag nicht erfasst ist, fehlt es an einer Abrufvoraussetzung. Die Zahlungsverweigerung folgt diesfalls bereits aus dem Grundsatz der Garantiestrengung, sie beruht rechtlich und tatsächlich einzig auf dem Garantievertrag, ohne dass eine Bezugnahme auf das Valutaverhältnis notwendig wäre.<sup>85</sup> In einem früheren Entscheid hatte das Bundesgericht den zweckwidrigen Abruf und den rechtsmissbräuchlichen Abruf aus diesen Gründen auch klar unterschieden.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> BGer 4C.172/2000.

<sup>83</sup> Vgl. hierzu die positive Würdigung der differenzierten bundesgerichtlichen Herangehensweise KOLLER, AJP 2002, 470.

<sup>84</sup> BGer 4P.44/2005 E. 3 (Hinweis auf den Entscheid der Vorinstanz), bestätigt in E. 4.2.1.

<sup>85</sup> So auch die Urteilsrezension von DE GOTTRAU, Actualité no. 340.

<sup>86</sup> Vgl. BGer 4P.5/2002 («Cette situation [de l'appel abusif] doit être distinguée d l'appel à garantie contraire au but pour lequel cette dernière est stipulée; dans ce cas, la garantie n'est pas due, car le motif qui justifierait son appel n'existe pas – ou plus –, le défaut

**c) Vorlage gefälschter Dokumente**

Weiter sieht das Bundesgericht einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch darin, dass der Begünstigte der Bank gefälschte Dokumente vorlegt.<sup>87</sup> Wie schon beim zweckwidrigen Abruf ist auch hier der Lösungsweg über den Rechtsmissbrauch nicht zwingend. Dass ein gefälschtes Dokument nicht genügt, um die Zahlungspflicht auszulösen, ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der Dokumentenstrenge. Die Echtheit der vorgelegten Dokumente gehört zu den regulären Voraussetzungen des Garantieabrufs. Diese Voraussetzungen muss die Bank mit der üblichen Sorgfalt prüfen. Sie kann sich also insbesondere nicht auf den Standpunkt stellen, die Fälschung sei nicht offensichtlich gewesen, weshalb sie die Garantie zu Recht honoriert habe.

Tatsächlich hat das Bundesgericht die hier angestellten Überlegungen im fraglichen Entscheid auch bestätigt. Es hat insbesondere festgehalten, dass eine mit der üblichen Sorgfalt erkennbare Fälschung die Abrufberechtigung nicht gültig begründen könne. Wo es bereits am Abrufrecht fehle, könne dieses Recht auch nicht missbräuchlich ausgeübt werden.<sup>88</sup> Dass das Bundesgericht dennoch mit dem Rechtsmissbrauch operiert, liegt an der konkreten Fallkonstellation. Die Bank hatte das in Frage stehende Dokumenten-Akkreditiv honoriert, ohne dass man ihr das Nichterkennen der Fälschung hätte vorwerfen können. Damit hätte sie allerdings das Akkreditiv zu Recht honoriert, was einen Rückgriff auf den Begünstigten ausgeschlossen hätte. Die Annahme des Rechtsmissbrauchs eröffnete der Bank hingegen diese Möglichkeit. Denn in diesem Fall hätte der Begünstigte nicht abrufen dürfen. Die Zahlung der Bank erfolgte also ohne Rechtsgrund, weshalb sie ihre Leistung vom Begünstigten kondizieren konnte.

Der Entscheid verdient im Ergebnis Zustimmung. Allerdings ist er nicht ganz frei von Widersprüchen. Dem hier angenommenen Rechtsmissbrauch fehlt die doppelte Offensichtlichkeit, die das Bundesgericht für die Zahlungsverweigerung von «abstrakten» Zahlungsverprechen, wie sie das Akkreditiv und die Garantie darstellen, sonst fordert.

---

découlant directement du contrat de garantie passé entre le donneur d'ordre et le garant (rapport de couverture de provision), et non pas du rapport de valeur.»).

<sup>87</sup> Vgl. BGE 131 III 222 E. 4.2. S. 225 («L'abus de droit peut être réalisé aussi lorsque le bénéficiaire remet à la banque un document inauthentique (...)).

<sup>88</sup> BGE 131 III 222 E. 4.2. S. 225.

**d) Unverhältnismässigkeit zwischen Valuta-Restschuld und abgerufener Garantiesumme**

Einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch sieht das Bundesgericht weiter darin, dass die abgerufene Garantiesumme in keinem Verhältnis steht zur geschuldeten Leistung im Valutaverhältnis.<sup>89</sup> Zwei neuere Entscheide konkretisieren die vom Bundesgericht geforderte Unverhältnismässigkeit des Garantieabrufs. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2005 stand der Fall zur Diskussion, dass Dokumente vorlagen, wonach der Begünstigte die Restschuld im Valutaverhältnis auf rund 60'000 USD bezifferte, er aber die Garantie in Höhe von 300'000 USD abrief. In den Augen des Bundesgerichts würde darin ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch liegen.<sup>90</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 behauptete der Garantieforderunggeber, es seien nur noch 176'000 EUR geschuldet. Der Begünstigte rief die Garantie in Höhe von 300'000 EUR ab. In diesem Fall äusserte das Bundesgericht grosse Zweifel, dass hier angesichts der Zahlendifferenzen überhaupt eine Unverhältnismässigkeit des Garantieabrufs vorliegen könnte.<sup>91</sup>

Während also ein Faktor 5 den Rechtsmissbrauch auf den Plan ruft, erfüllt ein Faktor 2 den Tatbestand tendenziell nicht. Allerdings wird man im Einzelfall auch die absoluten Beträge in Rechnung stellen müssen. Falls der Faktor 2 eine Summe von mehreren Millionen bedeuten würde, müsste dies das Fallbeil der Unverhältnismässigkeit auslösen.

---

<sup>89</sup> Vgl. etwa BGer 4P.44/2005 E. 4.2.1. («Le créancier qui a été totalement ou en grande partie désintéressé commet un abus de droit manifeste en faisant appel à une garantie bancaire, fût-elle à première demande, pour tenter d'obtenir le versement du montant de la créance ainsi garantie, dont il sait qu'elle a déjà été éteinte par le paiement du débiteur, ou d'un montant sans proportion avec le solde impayé de cette créance.»). In diesem Sinne auch BGer 4A.171/2007 E. 4.3.3, unter Hinweis auf BGer 4P.44/2005 E. 4.2.1. Siehe auch BGE 131 III 222 E. 4.2. S. 225; BGE 130 III 462 E. 6.1 S. 470.

<sup>90</sup> BGer 4P.44/2005, besprochen von DE GOTTRAU, Actualité no. 340.

<sup>91</sup> BGer 4A.171/2007 E. 4.3.3. in fine («Au demeurant, il n'est même pas certain que l'on puisse qualifier de tel le fait d'admettre l'existence d'une disproportion manifeste entre le montant appelé en garantie (300'000 EUR) et celui des prétentions de l'intimé, tel qu'il est proposé par la recourante (176'000 EUR)(...)»).

**e) Sonderfall: Ankündigung eines gerichtlichen Zahlungsverbots**

In einem weiteren Entscheid hat das Bundesgericht sich schliesslich zur Frage der gerichtlichen Zahlungsverbote geäussert.<sup>92</sup> Das Zahlungsverbot ist die Verteidigungsmassnahme des Garantierauftraggebers, wenn er der Auffassung ist, dass der Begünstigte die Garantie rechtsmissbräuchlich abrufen wird. Er beantragt dann beim Gericht, dass der Bank die Zahlung der Garantiesumme zu verbieten sei. Unstreitig ist, dass die Bank die Garantie dann unberechtigterweise honoriert, wenn ihr ein solches Zahlungsverbot zugeht. Die dem Bundesgericht vorliegende Frage lautete hingegen, ob die Bank die Garantie bereits dann unberechtigterweise honoriert, wenn sie weiss, dass der Garantierauftraggeber ein provisorisches oder gar ein superprovisorisches Zahlungsverbot beantragt hat.

Im konkreten Fall ging es um die Lieferung einer Verpackungsmaschine für Würfelzucker von der Schweiz in die Türkei. Dieser Vertrag war mit einer Rückgarantie abgesichert, für den Fall einer Nicht- oder Schlechterfüllung seitens des Schweizer Unternehmens. Nachdem die Käuferin über mehrere Jahre Beanstandungen hinsichtlich der Funktionsfähigkeit der Maschine meldete und die Garantie zahlreiche Male verlängert wurde, wurde sie schliesslich am 4. Februar 2003 bei der Garantiebank des Schweizer Unternehmens abgerufen. Die Bank benachrichtigte am selben Tag ihre Kundin. Diese liess der Bank auch noch am selben Tag über ihren Anwalt melden, man habe ein provisorisches und ein superprovisorisches Zahlungsverbot beantragt. Am 5. Februar 2003 um 8:55 honorierte die Bank die Garantie. Am selben Tag, um 9:40, ging der Bank ein Zahlungsverbot per Fax zu. In der Folge wehrte sich das Schweizer Unternehmen gegen die Belastung der Zahlung mit dem Argument, die Bank habe einen offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Garantieabruf honoriert. Das Bundesgericht schützte die Bank und hielt fest, dass die Ankündigung von provisorischen Massnahmen nicht genügt, um die Offensichtlichkeit des Rechtsmissbrauchs zu begründen, und dass die Bank ihrer Garantieverpflichtung zu Recht nachgekommen war.<sup>93</sup>

Das erscheint sehr streng, und der Entscheid wurde entsprechend kritisch rezipiert<sup>94</sup>, zumal man bis jetzt gestützt auf die kantonale Rechtsprechung davon ausging, dass die Bank, die von ihrem Auftraggeber über einen missbräuchlichen Abruf informiert wird, die Zahlung aussetzen muss, um dem Auftraggeber die Gelegenheit zu geben, innerhalb einer kurzen

---

<sup>92</sup> BGer 4C.12/2007.

<sup>93</sup> BGer 4C.12/2007 E. 3.3.a.

<sup>94</sup> Siehe DE GOTTRAU, actualité no. 539.

Frist von wenigen Tagen ein gerichtliches Zahlungsverbot zu bewirken.<sup>95</sup> Man muss aber auch hier auf den Einzelfall abstellen. Aus dem Entscheid ergibt sich nämlich auch, dass der Bank keinerlei andere Anhaltspunkte für einen rechtsmissbräuchlichen Abruf vorlagen und zudem bereits die obere kantonale Instanz festgehalten hatte, dass die Voraussetzungen für die superprovisorischen und provisorischen Massnahmen nicht gegeben waren.<sup>96</sup> Dass das Bundesgericht unter diesen Umständen bei einer Honorierung der Garantie am Tag nach dem Abruf eine Vertragsverletzung im Deckungsverhältnis verneint, erscheint vertretbar.

Im Ergebnis ist im Hinblick auf die Ankündigung von Zahlungsverboten Folgendes festzuhalten: Erstens muss die Bank das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs selbständig prüfen. Sie steht in dieser Sache unabhängig zwischen dem Garantierauftraggeber und dem Begünstigten. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass die Zahlungsfrist für Bankgarantien usanzgemäss 1–3 Tage beträgt, wobei es darauf ankommt, wie komplex das Geschäft ist und welche Dokumente sie prüfen muss.<sup>97</sup> Diese Bandbreite spielt auch bei einem behaupteten Rechtsmissbrauch eine Rolle:

Wenn die Bank zum Schluss kommt, dass keine Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch vorliegen, dann kommt es bei den 1–3 Tagen einzig darauf an, wie komplex der Abruf sonst ist. Wenn keine zusätzlichen, zeitaufwendigen Prüfungen vorgesehen sind, darf und muss sie die Garantie sofort honorieren. Sie darf, ohne gegenüber dem Garantierauftraggeber haftbar zu werden, und sie muss, weil sie sonst gegenüber dem Begünstigten haftbar wird. Wenn der Bank hingegen Anhaltspunkte vorliegen, dass die Garantie rechtsmissbräuchlich abgerufen wird, so darf und muss sie die Bandbreite ausreizen. Sie darf die drei Tage ausreizen, ohne gegenüber dem Begünstigten haftbar zu werden, und sie muss sie ausreizen, weil sie sonst gegenüber dem Garantierauftraggeber haftbar wird. Nach den drei Tagen wird es für die Bank heikel, weil sie den Usanz-Rahmen sprengt. Wenn sie dann noch

---

<sup>95</sup> Quellenhinweis bei DOHM, Bankgarantien, Rn. 141: Société de Banque Suisse gegen ACTIMON SA, SJ 1984, 465, Erw. 4.3. in fine. Näher dazu auch DOHM, SJ 1985, 421–423 und 433–435. Quellenhinweis bei DE GOTTRAU, Actualité no. 539; KGer GE, Urteil vom 13. September 1984, Union de Banque Suisse c/Dag Commercial Corporation Ltd., E. 2, p. 8.

<sup>96</sup> BGer 4C.12/2007 E. 3.3.

<sup>97</sup> Vgl. DOHM, Bankgarantien, Rn. 210; DE GOTTRAU, Bankgarantie, 464 f. Für Deutschland vgl. etwa BERGER, DZWIR 1993, 10.

1–2 Tage zuwartet, riskiert sie die Haftung gegenüber dem Begünstigten. Grundsätzlich darf sie nach den drei Tagen die Zahlung nur noch aussetzen, wenn der Rechtsmissbrauch in der Zwischenzeit offensichtlich ist oder wenn ihr bis dann durch ein Gericht die Zahlung verboten wurde.

**f) Fazit zur Praxis**

Die neuere Rechtsprechung zum Einwendungsdurchgriff lässt erkennen, dass das Bundesgericht Wort gehalten hat: Es hat den offensichtlichen Rechtsmissbrauch nur zurückhaltend bejaht, was zu begrüssen ist.

## **V. Internationale Entwicklungen**

Sowohl die Bankgarantie als auch das Dokumenten-Akkreditiv stellen bei der Abwicklung von internationalen Wirtschaftsbeziehungen unverzichtbare Sicherungsinstrumente dar. Indessen rufen die im internationalen Verhältnis bestehenden Rechtsunterschiede in verschiedener Hinsicht Unsicherheiten im Umgang damit hervor. Dieser Problematik soll durch Rechtsharmonisierung begegnet werden; dies letztlich mit dem Ziel, eine solide Basis dieser Sicherungsinstrumente auch im internationalen Verhältnis zu schaffen.

### **1. Die Richtlinien der Internationalen Handelskammer**

Die Vereinten Nationen, vor allem aber auch die Internationale Handelskammer (ICC), haben die Rechtsharmonisierung in den vergangenen Jahren vorangetrieben. Das Regelwerk der Vereinten Nationen, die UN-Konvention über Unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit von 1995, hat sich kaum durchsetzen können.<sup>98</sup> Grund hierfür dürfte mitunter in der nur wenig befriedigenden Regelung des Rechtsmissbrauchs liegen.<sup>99</sup> Indessen finden die einschlägigen Richtlinien der ICC ein breiteres Anwendungsfeld:

---

<sup>98</sup> Stand vom 30. April 2008: Acht Staaten haben die UN-Konvention über Unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit von 1995 unterzeichnet und ratifiziert bzw. genehmigt. Es sind dies Belarus, Ecuador, El Salvador, Gabon, Kuwait, Liberia, Panama und Tunesien. Die USA haben die UN-Konvention nur unterzeichnet. Zum aktuellen Stand vgl. [www.uncitral.org/uncitral/-> text and statuts -> international payments -> 1995 United Nations Convention \(...\) -> status](http://www.uncitral.org/uncitral/-> text and statuts -> international payments -> 1995 United Nations Convention (...) -> status).

<sup>99</sup> DE GOTTRAU, Bankgarantie, 435.



Es sind dies die Einheitlichen Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien (ERAG 458)<sup>100</sup> sowie die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ERA 600)<sup>101</sup>.

Insbesondere die ERA 600 wird in der Praxis häufig als anwendbar erklärt; entsprechende Anerkennung fanden bereits die Vorgängerwerke.<sup>102</sup> Im Vergleich dazu ist die ERAG 458 in der Vergangenheit deutlich weniger erfolgreich gewesen, auch wenn sie in der Zwischenzeit ein bisschen Terrain gutgemacht hat.<sup>103</sup> Zurückzuführen ist dieser Aufschwung vorab auf die Inkorporierung der Richtlinie in die Vertragswerke verschiedener internationaler Organisationen, namentlich der Weltbank.<sup>104</sup>

Zur Anwendung gelangen die Richtlinien der ICC immer dann, wenn sie von den Parteien zum Vertragsbestandteil erklärt worden sind (Art. 1 ERAG 458; Art. 1 ERA 600). Der Umkehrschluss, dass ohne solche Parteierklärung die Richtlinien der ICC keine Anwendung finden, greift indessen zu kurz. So wird in der Kommentierung zur Garantie-Richtlinie festgehalten, dass es den Gerichten im Einzelfall unbenommen sei, auch ohne Parteivereinbarung die (oder einzelne) Bestimmungen der Garantie-Richtlinie als anwendbar zu erklären: Erforderlich sei hierfür, dass es sich bei den als anwendbar erklärten Bestimmungen um Handelsusancen im betroffenen Wirtschaftssektor handle.<sup>105</sup> In der Schweiz gestaltet sich der Anwendungsbereich der beiden

<sup>100</sup> Die englische Bezeichnung lautet: Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 458).

<sup>101</sup> Die englische Bezeichnung lautet: Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600).

<sup>102</sup> LOMBARDINI, *Droit bancaire*, 32 N 32: (« L'application des RUU est presque universelle »). LÖW, *Missbrauch von Bankgarantien*, 23: (« Sie [ERA 500] finden seit Jahrzehnten weltweit Anerkennung und werden in die meisten Dokumentenakkreditive einbezogen. »). Für Beispiele siehe etwa BGE 121 III 436, E. 4b/bb S. 438; BGE 114 II 45 E. 4a S. 48; BGE 111 II 76 E. 3a S. 78 f.; BGE 100 II 145 E. 3c S. 149. Die Entscheide beziehen sich noch auf die ERA 400 und ERA 500, die Vorgängerwerke zur aktuellen ERA 600.

<sup>103</sup> Als Grund für die bis anhin eher zurückhaltende Verbreitung der ERAG 458 in der Praxis wird etwa die in Art. 20 ERAG 458 vorgesehene zusätzliche und möglicherweise von der Parteivereinbarung abweichende Zahlungsvoraussetzung (nämlich die Erklärung des Begünstigten, wonach der Auftraggeber seine Vertragspflichten verletzt habe und welcher Art diese Verletzung sei) genannt, vgl. LÖW, *Missbrauch von Bankgarantien*, 26. Kritisch zu dieser Bestimmung auch BÜSSER, *Einreden und Einwendungen*, Rn. 179 f.

<sup>104</sup> Siehe die Bemerkungen der COMMISSION ON BANKING TECHNIQUE AND PRACTICE, *Business Case*, Ziff. 2.3.

<sup>105</sup> Vgl. AFFAKI, *URDG Handbook*, 27: Der Autor geht von der Anwendbarkeit der Garantie-Richtlinie ohne explizite Inkorporation immer dann aus, wenn folgende Frage positiv beantwortet werden kann: «Would a reasonable person operating in the same place

Richtlinien ausserhalb einer schriftlichen Unterwerfung durch die Parteien wie folgt: Sowohl die Akkreditiv-Richtlinie als auch die Garantie-Richtlinie dienen dem Bundesgericht als Auslegungshilfe.<sup>106</sup> Weiter geht das Bundesgericht mit Bezug auf die Akkreditiv-Richtlinie: Diese wird im Interbankenverkehr auch dann angewendet, wenn der entsprechende Vertrag nicht darauf verweist.<sup>107</sup>

## 2. Neuerungen

Im Juli 2007 sind die neuen Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ERA 600) in Kraft getreten und haben die Vorgängerversion (ERA 500) abgelöst. Sie betreffen zwar – wie es der Name sagt – nicht die Bankgarantie, sondern das Dokumenten-Akkreditiv. Die Neuerungen in diesem Bereich geben aber Hinweise auf Entwicklungen im Bankgarantie-Bereich. Und Neuerungen stehen hier in unmittelbarer Zukunft an:

Fast gleichzeitig mit dem Inkrafttreten der ERA 600 wurde nämlich die Überarbeitung der ERAG 458 angekündigt. Die Arbeiten sollen im Jahr 2009 abgeschlossen sein. Wie schon das Beispiel der Dokumentenstrenge zeigt, sind die beiden Gebiete sehr eng miteinander verflochten; die Entwicklungen, die Rechtsprechung und die Literatur im einen Gebiet werden regelmässig im anderen Gebiet rezipiert.<sup>108</sup> Zudem ist die terminologische und strukturelle Angleichung der beiden Richtlinien das explizite Ziel der Revision.<sup>109</sup> Im Hinblick auf mögliche Neuerungen im Bankgarantiebereich scheinen bei der Akkreditiv-Richtlinie vor allem zwei Änderungen relevant. Die erste betrifft die Prüfung der vorgelegten Dokumente, die zweite betrifft Lockerungen im Bereich der Dokumentenstrenge.

---

or sector or trade as that of the parties to the guarantee expect those parties to be aware, or to ought to have been aware, of the URDG and to act in accordance with their provisions?».

<sup>106</sup> Für die Akkreditiv-Richtlinie: BGE 111 II 76 E. 3b/cc S. 80. Für die Garantie-Richtlinie: BGer, SJ 1997 246 E. 4a/aa S. 249; BGE 122 III 273 E. 3 a/aa S. 276.

<sup>107</sup> BGE 130 III 462 E. 4.2 S. 467; BGE 78 II 42 E. 3 S. 47. Vgl. auch LOMBARDINI, *Droit bancaire*, 327 Rn. 36 (Anwendbarkeit im Interbankenverkehr und im Verkehr zwischen Banken und sonstigen Unternehmen mit Erfahrung im Akkreditiv-Geschäft).

<sup>108</sup> Vgl. etwa BGE 122 III 273 E. 3 S. 275; BGer 4C.144/2003 E. 2.2.

<sup>109</sup> Vgl. COMMISSION ON BANKING TECHNIQUE AND PRACTICE, *Business Case*, Ziff. 1.

**a) Frist zur Prüfung der Garantiekonformität**

Die aktuelle Garantie-Richtlinie sieht vor, dass die Bank das Vorliegen des formellen Garantiefalles innerhalb einer *angemessenen Frist* überprüfen muss (Art. 10 ERAG 458). Gemäss einer Stellungnahme der ICC Banking Commission aus dem Jahre 2000 wird eine Prüffrist von drei Bankarbeitstagen grundsätzlich noch als angemessen erachtet, wobei je nach Komplexitätsgrad des Einzelfalles eine Verlängerung gerechtfertigt sein kann.<sup>110</sup> Auch die Fristenregelung der bisherigen Akkreditiv-Richtlinie operierte mit einer *angemessenen Frist* zur Überprüfung der Dokumente. Diese Richtlinie enthielt zusätzlich und abweichend von der Garantie-Richtlinie eine Maximalfrist von sieben Bankarbeitstagen (Art. 13b ERA 500). Mit anderen Worten: Die Bank musste sich fragen, ob der Fall einen aufwändigen Prüfungsvorgang auslöste oder nicht. Bei einfachen Fällen musste sie sofort bezahlen, bei komplexen Fällen hatte sie maximal sieben Bankarbeitstage Zeit.

In der revidierten Akkreditiv-Richtlinie wurde die Formulierung der «angemessenen Frist» gestrichen. Neuerdings muss die Bank innerhalb von maximal fünf Bankarbeitstagen entscheiden, ob die Dokumentenvorlage konform ist (Art. 14b ERA 600). In Anlehnung an die revidierte Akkreditiv-Richtlinie will man auch im Rahmen der Revision der Garantie-Richtlinie die «angemessene Frist» streichen und stattdessen für die Prüfung der Garantiekonformität eine Maximalfrist einführen.<sup>111</sup> Noch offen ist die genaue Dauer des Fristenlaufs.

Unabhängig von der genauen Dauer des Fristenlaufs wird sich bei der Garantie-Richtlinie dieselbe Frage stellen, die aktuell im Zusammenhang mit der Akkreditiv-Richtlinie kontrovers diskutiert wird: Bedeutet die Streichung der «angemessenen Frist», dass die Angemessenheitsprüfung für die Bank fortan entfällt? In praktischer Konsequenz würde daraus folgen, dass die Bank auch in Fällen, die keine aufwändigen Überprüfungsvorgänge auslösen, die vorgesehene Fünftagesfrist ausreizen könnte.<sup>112</sup> Höchststrichterliche Entscheide zur Klärung dieser Frage stehen noch aus. Dass der Verzicht auf die einzelfallbezogene Angemessenheitsfrist für die Banken eine spürbare Vereinfachung und vor allem ein vermindertes Haftungsrisiko bringen würde, liegt auf der Hand. Auf der anderen Seite führt eine solche Leseart

---

<sup>110</sup> Stellungnahme der ICC Banking Commission vom 1. Dezember 2000, Opinion 470/TA.467rev., abgedruckt in: AFFAKI, URDG Handbook, 197 f.; zur Kommentierung dieser Stellungnahme vgl. AFFAKI, URDG Handbook, 87, Ziff. 3 (i).

<sup>111</sup> Vgl. COMMISSION ON BANKING TECHNIQUE AND PRACTICE, Business Case, Ziff. 3.1.

<sup>112</sup> Vgl. die Nachweise bei DE GOTTRAU, AJP 2007, 974, insb. Fn. 43–46.

der Fristenregelung zu einer Einbusse bei der Liquiditätsfunktion des Dokumenten-Akkreditivs. All dies gilt auch für die Garantie-Richtlinie, bei der mit einer ähnlichen Regelung zu rechnen ist. Dabei ist zu bedenken, dass eine Relativierung der Liquiditätsfunktion die Attraktivität dieser Rechtsinstitute beeinträchtigen könnte. Ob man dies wirklich in Kauf nehmen soll, muss gut überlegt sein.<sup>113</sup>

#### **b) Dokumentenstrenge**

Die neue Akkreditiv-Richtlinie nimmt zudem *im Ergebnis* eine Lockerung des Grundsatzes der Dokumentenstrenge vor. Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Studien, die besagen, dass bei den Dokument-Akkreditiven rund 70 % der vorgelegten Akkreditivdokumente bei der ersten Vorlage von den Banken zurückgewiesen werden, weil sie nicht den Akkreditivvorgaben entsprechen.<sup>114</sup>

##### **aa) Regelung gemäss ERA 500**

Der Grundsatz der Dokumentenstrenge fand sich unter dem Regime der ERA 500 in Art. 13a: Darin wurden die Banken angehalten, alle im Akkreditiv vorgeschriebenen Dokumente mit angemessener Sorgfalt zu prüfen, um festzustellen, ob sie in ihrer äusseren Aufmachung den Akkreditivbedingungen entsprechen. Hinsichtlich dieser Feststellung haben sich die Banken am Standard internationaler Bankpraxis zu orientieren, wie er sich in den ERA widerspiegelt.<sup>115</sup> Im Sinne einer wohlgemeinten, indessen missverständlichen Präzisierung hielt Art. 13a ERA 500 zudem fest, dass Dokumente, welche in ihrer äusseren Aufmachung einander widersprechen per se als nicht mit den Akkreditivbedingungen entsprechend zu beurteilen sind.

Einer der wesentlichen Gründe, weshalb Dokumente von den Banken in der Vergangenheit zurückgewiesen wurden, lag in der Formulierung von Art. 13a ERA 500.<sup>116</sup> Nicht selten wurde Art. 13a ERA 500 dahingehend interpretiert, dass die Dokumente inhaltlich wörtlich mit den Akkreditivbedingungen übereinstimmen müssen und andernfalls nicht honoriert werden dürfen.<sup>117</sup> Eine etwas moderatere Ansicht bezüglich dieser Bestimmung vertrat das Bundesgericht: An sich – so das Bundesgericht – gelte der Grund-

---

<sup>113</sup> Zu dieser Kritik siehe (für den Akkreditiv-Bereich) DE GOTTRAU, AJP 2007, 974.

<sup>114</sup> Vgl. DE GOTTRAU, AJP 2007, 973.

<sup>115</sup> BGer 4C.393/2005 E. 3.1.

<sup>116</sup> AFFAKI, Banque & Droit 2007, 17 f. N 80.

<sup>117</sup> DE GOTTRAU, AJP 2007, 973, MATTOUT, Banque & Droit 2007, 24.

satz der buchstäblichen Übereinstimmung. Fehlerhafte Dokumente seien aber dann zu honorieren, wenn für jeden Dritten ohne Heranziehen von Fachleuten unmittelbar klar sei, dass die Abweichung bedeutungslos sei und Nachteile für den Käufer keinesfalls entstehen können.<sup>118</sup> Nach Ansicht des Bundesgerichts erforderte Art. 13a ERA 500 somit keine buchstäbliche Übereinstimmung zwischen Akkreditivbedingung und Dokument, keine sklavische Imitation. Die Berufung auf Abweichungen in den Dokumenten fand ihre Grenze in der nutzlosen Rechtsausübung.

**bb) Regelung gemäss ERA 600**

Art. 14d ERA 600 schafft in diesem Punkt nun Klarheit: Unter anderem wird ausdrücklich gesagt, dass die Inhalte der Akkreditivdokumente nicht spiegelbildlich den Akkreditivvorgaben entsprechen müssen; eine wörtliche Übereinstimmung ist also nicht gefordert, damit das vorgelegte Dokument als konform betrachtet wird. Indessen dürfen die Angaben nicht zueinander im Widerspruch stehen. Auch die Adressen des Begünstigten und des Auftraggebers dürfen von den Akkreditivvorgaben oder von anderen Dokumenten abweichen; die genannten Personen müssen aber in dem Staat ansässig sein, der in der Akkreditivadresse genannt wird (Art. 14j ERA 600). Auch die Anforderungen für Originaldokumente sind weniger streng ausgestaltet (Art. 17b ERA 600).<sup>119</sup>

**cc) Mögliche Konsequenzen für die künftige Garantie-Richtlinie**

Was kann daraus nun für die anstehende Revision der ERAG 458 abgeleitet werden? Art. 9 ERAG 458 hält den Garanten an, die von der Garantie geforderten Dokumente mit angemessener Sorgfalt zu prüfen, um sich zu vergewissern, ob sie ihrer äusseren Aufmachung nach den Garantiebedingungen entsprechen. Falls sie ihnen nicht entsprechen oder ihrer äusseren Aufmachung nach einander widersprechen, sind sie zurückzuweisen. Folgendes ist ersichtlich: Der Wortlaut von Art. 9 ERAG 458 entspricht inhaltlich Art. 13a ERA 500.

---

<sup>118</sup> Bger 4C.393/2005 E. 3.2.

<sup>119</sup> Vorher (Art. 13): Banks will accept as an original document a document produced as a copy provided that it is marked as original and appears to be signed. Nachher (insb. Art. 17b): A bank shall treat as an original any document bearing an apparently original signature, mark, stamp, or label of the issuer of the document, unless the document itself indicates that it is not an original.

Ausgehend von der dargelegten Anpassung der ERAG 458 an die ERA 600 scheint es somit naheliegend, dass auch bei der Revision des Art. 9 ERAG 458 ein klarstellender Wortlaut im folgenden Sinne gewählt wird: Die Inhalte der Garantiedokumente müssen nicht spiegelbildlich den Garantievorgaben entsprechen; eine wörtliche Übereinstimmung ist also nicht gefordert, damit das vorgelegte Dokument als konform betrachtet wird. Aus dem Abgleich der Dokumente dürfen indessen keine Widersprüche hervorgehen. Führt man sich das Ziel der vorliegenden Harmonisierungsbestrebungen vor Augen, nämlich eine solide Basis dieser Sicherungsinstrumente im internationalen Verhältnis zu schaffen, ist eine solche Klarstellung wünschenswert.