

CHRISTIAN FÖRSTER

# Die Fusion von Bürgerschaft und Garantie

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

93

---

**Mohr Siebeck**

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

93

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





Christian Förster

# Die Fusion von Bürgerschaft und Garantie

Eine Neusystematisierung  
aus rechtsvergleichender Perspektive

Mohr Siebeck

*Christian Förster*, geboren 1972; 1992–1997 Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen; 2002 Promotion; 2009 Habilitation; Privatdozent an der Universität Tübingen; derzeit Lehrstuhlvertretung an der Universität Freiburg.

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung,  
Hamburg

e-ISBN PDF 978-3-16-151086-1

ISBN 978-3-16-150277-4

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen im Sommersemester 2009 als schriftliche Habilitationsleistung angenommen. Ich habe sie in der Zwischenzeit geringfügig überarbeitet und auf den aktuellen Stand von Anfang 2010 gebracht.

Danken möchte ich zunächst meinem Habilver, Prof. Dr. Heinz-Dieter Assmann, der mir als seinem Assistenten alle Zeit und Ruhe gewährt hat, die Arbeit sorgfältig zu einem erfreulichen Abschluss zu bringen. Prof. Dr. Dennis Solomon danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und zahlreiche Anregungen zu einzelnen Aspekten der Habilschrift. Besonders bedanken möchte ich mich zudem bei meinem Doktorvater, Prof. Dr. Dres. h.c. Knut Wolfgang Nörr, der mich gerade während schwieriger Phasen meiner Arbeit inhaltlich und persönlich unterstützt hat. Weiter möchte ich Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow herzlich danken für die Aufnahme meiner Arbeit in die Reihe „Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht“ des Max-Planck-Instituts. Dank gebührt schließlich auch der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg, die mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss die Veröffentlichung dieser Arbeit unterstützt hat.

Tübingen, im März 2010

Christian Förster



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XIX
Einleitung .....	1
A. Problemstellung und Arbeitsprogramm .....	1
B. Gang der Darstellung.....	4
1. Kapitel: Risiko und Sicherung .....	7
A. Begriff des Risikos.....	7
I. Zeit .....	7
II. Ungewissheit .....	8
III. Risiko: Unerwünschtes Abweichen vom gesetzten Ziel.....	9
IV. Schaden als Folge der Risikoverwirklichung .....	9
B. Umgang mit dem Risiko .....	10
I. Einbehaltung .....	11
II. Ursachenbezogene Risikopolitik .....	12
1. Vermeidung .....	12
2. Prävention .....	12
III. Wirkungsbezogene Risikopolitik .....	13
1. Verlustvorsorge.....	13
2. Verlustverringerung .....	13
3. Vertragliche Übertragung.....	14
IV. Sicherung .....	15
1. Grundlegendes .....	15
a. Begriff .....	15
b. Sicherungsgegenstand.....	15
c. Sicherungsmittel: Real- und Personalsicherheiten .....	16
aa. Zweiseitige Personalsicherheiten.....	16

bb. Mehrseitige Personalsicherheiten.....	17
cc. Einordnung der Schadensversicherung .....	18
dd. Realsicherheiten .....	19
d. Sicherungszweck: Verknüpfung von Risiko und Sicherungsmittel.....	20
aa. Forderungsabhängigkeit.....	21
bb. Abstraktion und Kausalität .....	21
2. Rechtsverhältnisse der Beteiligten .....	23
a. Grundverhältnis .....	23
b. Deckungsverhältnis.....	23
c. Sicherungsverhältnis .....	24
3. Phasen der Sicherung .....	24
C. Zusammenfassung .....	25
D. Beschränkung auf Bürgschaft und Garantie .....	26
2. Kapitel: Bürgschaft .....	28
A. Begriff .....	28
B. Akzessorietät.....	31
3. Kapitel: Grundlegende Begriffsbestimmung der Garantie ....	34
A. Sprachliche Herleitung .....	34
I. Etymologie: Entwicklung der Terminologie .....	35
II. Heutige Ambivalenz des Ausdrucks: Auslegungsproblematik .....	36
1. Umgangssprache .....	38
2. Fachsprache .....	39
3. Dogmatische Termini .....	40
III. Ergebnis .....	42
B. Dogmatische Herleitung .....	42
I. Historische Grundlegung .....	43
1. Altes Recht.....	43
2. Römisches Recht.....	43
a. Stipulatio .....	44
b. SC Velleianum.....	45

c. Mandatum .....	47
3. Gemeines Recht .....	49
4. Kodifikationen .....	51
II. Jüngere Entwicklung .....	52
1. Deutschland .....	52
a. Definition von Stammler .....	52
b. Definition des Reichsgerichts.....	55
c. Heute übliche Definition des Bundesgerichtshofs.....	55
2. Ausländische Rechtsordnungen .....	57
a. Vorbemerkung .....	57
b. Rechtsvergleichender Überblick.....	58
aa. Schweiz .....	58
bb. Österreich .....	59
cc. Frankreich.....	60
dd. Italien .....	62
ee. Großbritannien .....	67
ff. USA.....	71
c. Erscheinungsformen der Garantie.....	73
aa. Promesse de porte-fort .....	73
(1) Frankreich: Art. 1120 Code Civil.....	74
(2) Italien: Art. 1381 Codice Civile.....	75
(3) Schweiz: Art. 111 OR.....	76
(4) Österreich: § 880a ABGB.....	78
bb. Deutsches Modell .....	79
(1) Schweiz.....	80
(2) Österreich.....	81
(3) Frankreich: Garantie indemnitare .....	82
cc. Contract of indemnity .....	84
(1) Großbritannien .....	84
(2) USA .....	88
dd. Garantie auf erstes Anfordern .....	92
(1) Frankreich: Garantie autonome.....	93
(2) Italien: Contratto autonomo di garanzia .....	99
(3) Großbritannien: Performance bond und first demand guarantee .....	102
(4) USA: Standby letter of credit.....	104
3. Rechtsvergleichende und internationale Ansätze .....	108
a. Rechtsvergleichende Vorschläge auf europäischer Ebene .....	109
aa. Studie des Max-Planck-Instituts 1971 .....	109
bb. Studie von Hartley 1976 .....	110
cc. Vorschlag für eine Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Angleichung des Bürgerschafts- und Garantierechts 1979 .....	111

dd. Entwurf der Study Group on a European Civil Code 2005.....	112
b. Internationale Richtlinien.....	113
aa. Richtlinien der ICC .....	113
(1) Uniform Rules for Contract Guarantees 1978 .....	113
(2) Uniform Rules for Demand Guarantees 1991 .....	114
(3) International Standby Practices 1998 .....	114
(4) Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 2007 .....	115
bb. UNCITRAL Convention on International Independent Guarantees and Standby Letters of Credit 1995 .....	115
III. Bewertung der Ergebnisse .....	117
1. Zusammenschau der Begriffsbestimmungen .....	117
a. Einzelne Elemente.....	117
aa. Sicherungsgegenstand .....	117
bb. Abhängigkeit der Sicherung.....	118
cc. Inanspruchnahme .....	118
dd. Anspruch aus der Garantie .....	119
b. Zwischenfazit .....	119
2. Zentrales Kriterium: Selbständigkeit der Sicherung .....	120
a. Zweitrangig: Privatautonom erzeugte Haftung .....	120
b. Zweitrangig: Typologische Eigenständigkeit.....	121
c. Zentral: Unabhängigkeit.....	121
aa. Keine Akzessorietät .....	121
bb. Folge: Einwendungsausschluss .....	122
3. Bedeutung der weiteren Elemente .....	123
C. Grundlegende Definition .....	124
I. Begriff .....	124
II. Erläuterung der Bestandteile .....	125
1. Beteiligte: Garant und Begünstigter.....	125
2. Selbständige Verpflichtung des Garanten .....	125
3. Risikofolgenübernahme.....	126
4. Kapitel: Konkretisierung des Garantiebegriffs .....	128
A. Defizite der grundlegenden Definition.....	128
I. Unschärfe.....	128
II. Schadensversicherung.....	130
III. Zwei- und mehrseitige Garantiegeschäfte .....	130

IV. Präzisierungsbefdarf .....	131
B. Verzicht auf die Versicherungsgarantie .....	132
I. Idee der Versicherungsgarantie .....	132
II. Zum Vergleich: Wesen der Schadensversicherung .....	132
1. Funktionale Nähe zur Garantie .....	133
2. Unbefriedigende Definition der Schadensversicherung .....	134
3. Gegenüberstellung der Garantie .....	135
a. Entgeltsvereinbarung.....	135
b. Gefahrengemeinschaft .....	136
III. Ergebnis .....	137
C. Verzicht auf die selbständige Gewährleistungsgarantie.....	138
I. Bisherige Dogmatik.....	138
1. Stufenfolge der Gewährleistungsbehelfe.....	138
a. Beschaffenheitsvereinbarung.....	138
b. Beschaffenheitszusicherung .....	139
c. Beschaffenheitsgarantie .....	142
d. Haltbarkeitsgarantie .....	143
e. Selbständige Gewährleistungsgarantie.....	145
2. Abweichendes Konzept der Selbständigkeit .....	147
a. „Weitergehender Erfolg“ als zentraler Inhalt .....	147
b. Spezialfall Herstellergarantie .....	150
c. Bedeutungsunterschied gegenüber der Interzessionsgarantie .....	151
II. Strukturelle Ungleichheit von selbständiger Gewährleistungs- und Interzessionsgarantie .....	152
1. Schuldneridentität .....	152
2. Abweichende Gewichtung der Risiken .....	153
3. Anderer inhaltlicher Konnex .....	154
4. Zwischenergebnis.....	154
III. Begrifflich-systematische Kritik an der selbständigen Gewährleistungsgarantie .....	154
1. Phänomen singular deutschen Rechts .....	155
2. Abhängigkeit vom Begriff der Beschaffenheit .....	156
a. Derzeitiger Stand der Doktrin.....	156
b. Weites Verständnis der Beschaffenheit .....	158
3. Fehlendes praktisches Bedürfnis.....	162
a. Tatbestandsseite: Dürftiges Fallmaterial.....	162
b. Rechtsfolgenseite: Überschätztes „eigenständiges Rechtsfolgenprogramm“ .....	164
IV. Ergebnis .....	164

D. Konkretisierte Definition der Garantie.....	165
I. Begriff .....	166
II. Erläuterung der Bestandteile .....	166
1. Beteiligte: Garant, Gläubiger und Dritter .....	166
2. Selbständige Verpflichtung des Garanten .....	167
3. Gegenständlich beschränkte Risikofolgenübernahme .....	167
5. Kapitel: Fusion der Personalsicherheiten .....	168
A. Nebeneinander von Bürgschaft und Garantie.....	168
I. Abgrenzungsproblematik.....	168
1. Wortlaut .....	171
2. Akzessorietät.....	171
a. Einwendungsverzicht .....	172
b. Eigene oder fremde Schuld .....	173
c. Gleicher oder anderer Sicherungsgegenstand.....	175
d. Anzahl der Beteiligten .....	175
3. Sphärenbezogenheit .....	176
4. Motivation des Sicherungsgebers .....	177
5. Vermutung für die Bürgschaft .....	179
6. Ergebnis .....	180
7. Numerus clausus der Personalsicherheiten als Ausweg? .....	181
II. Verselbständigung und Instrumentalisierung vermeintlicher Wesensmerkmale .....	182
1. Ungeklärte Abhängigkeitsverhältnisse.....	182
2. Instrumentalisierung einzelner Elemente .....	184
III. Fehlendes allgemeines Leitbild für Personalsicherheiten .....	186
IV. Normverzicht und Annäherung .....	189
V. Vermischung von Bürgschaft und Garantie .....	191
B. Fusion .....	194
I. Zusammenfassung der Problemlage.....	194
II. Konzept der Fusion .....	195
III. Klarstellung .....	199
IV. Mögliche Bedenken .....	200
V. Durchführung .....	203

## 6. Kapitel: Der einheitliche Tatbestand der Personalsicherheit 204

A. Vorbemerkungen .....	204
I. Procedere .....	204
1. Maßstab und Methode .....	204
2. Aufbau .....	205
3. Begrifflichkeiten .....	205
II. Grundlegende Elemente jeder Personalsicherheit .....	206
1. Forderungsanbindung .....	206
2. Haftungsumfang .....	207
3. Inanspruchnahme .....	208
4. Schutz .....	208
B. Die Regelung der Personalsicherheit im Einzelnen .....	209
I. Abschluss .....	209
1. Formerfordernis .....	209
a. Bisherige Differenzierung .....	211
b. Allgemeines Formerfordernis oder allgemeine Formfreiheit .....	213
aa. Beweisfunktion .....	213
bb. Schutzfunktion .....	215
c. Konkrete Schutzbedürftigkeit .....	219
aa. Historischer Hintergrund: Vom SC Velleianum bis zur Main Purpose Rule .....	219
bb. Heutige Indizien .....	222
cc. Sittenwidrige Angehörigenbürgschaften .....	224
(1) Deutsche und österreichische Rechtsprechung .....	224
(2) Englische Rechtsprechung .....	227
dd. Tendenzen im europäischen Verbraucherschutzrecht .....	231
(1) Österreichisches Konsumentenschutzgesetz 1997 .....	231
(2) Französischer Code de la Consommation seit 1989 .....	232
(3) Entwurf der Study Group on a European Civil Code 2005 .....	234
d. Schutzregelung .....	236
aa. Anknüpfungskriterium Verbrauchereigenschaft .....	236
bb. Aufklärungspflicht .....	238
cc. Widerrufsrecht als Sanktion .....	239
2. Existenz der Forderung .....	240
a. Forderungsabhängige Sicherheit .....	241
b. Forderungsunabhängige Sicherheit .....	242
3. Vorvertragliche Informationspflichten des Gläubigers .....	243

a. Im Allgemeinen .....	243
b. Grenze von Treu und Glauben.....	245
c. Sanktionen .....	245
II. Latenzphase .....	246
1. Umfang der Haftung.....	246
a. Grundsätzliches.....	246
aa. Forderungsabhängige Sicherheit .....	246
bb. Forderungsunabhängige Sicherheit .....	248
b. Rechtsgeschäftliche Erschwerungen.....	250
c. Auslegungsmaßstab.....	252
d. Mehrere Sicherungsgeber.....	255
2. Dauer der Haftung.....	255
a. Unbefristete Haftungsübernahme .....	255
b. Befristete Haftungsübernahme .....	257
c. Kündigungsmöglichkeit .....	260
d. Rückgabe der Sicherungsurkunde .....	264
3. Rechte des Sicherungsgebers vor der Zahlung .....	265
a. Information und Rücksichtnahme .....	265
b. Ansprüche auf Freistellung oder Sicherheitsleistung gegen den Hauptschuldner.....	267
c. Freistellungsansprüche gegen den Gläubiger .....	269
aa. Aufgabe von Sicherheiten .....	269
bb. Weitere Befreiungstatbestände.....	271
III. Sicherungsfall.....	272
1. Allgemeine Leistungsvoraussetzungen .....	273
a. Sicherungsvertrag und Subsidiarität .....	273
b. Inanspruchnahme .....	274
c. Darlegungs- und Beweislast.....	275
2. Besondere Leistungsvoraussetzungen .....	275
a. Vollstreckungsversuche gegen den Hauptschuldner.....	276
b. Selbstschuldnerische oder solidarische Haftung .....	281
c. Zahlung auf erstes Anfordern .....	284
aa. Bedeutung .....	284
(1) Allgemein.....	284
(2) Ausschluss von Einwendungen aus dem Valutaverhältnis und Liquiditätsfunktion .....	289
(3) Bedeutsamkeit weiterer Einwendungen .....	294
(4) Aufrechnungsbefugnis.....	297
(5) Einbezug des standby letter of credit .....	300
(6) Unverändert kausaler Sicherungsvertrag.....	303
(7) Indirekte Garantie.....	307
(8) Geschäftstypen der Außenhandelspraxis .....	309
bb. Zulässigkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern.....	310

(1) Deutschland.....	311
(2) Schweiz .....	323
(3) Österreich.....	324
(4) Frankreich .....	326
(5) Italien .....	330
(6) Common Law .....	332
(7) Ergebnis .....	333
cc. Ausgestaltung .....	337
(1) Einfache Anforderung .....	337
(2) Eigenerklärung .....	338
(3) Vorlage von Dokumenten Dritter.....	341
(4) Vorlage eines Schiedsspruchs .....	343
(5) Zustimmung des Hauptschuldners .....	344
(6) Effektivklauseln .....	345
(7) Extend or pay-Verlangen .....	347
(8) Bewertung .....	350
dd. Inanspruchnahme.....	351
(1) Formelle Dokumentenstrenge .....	352
(2) Auslegung und ihre Grenzen.....	353
(3) Abruf durch den Gläubiger .....	360
(4) Prüfungs- und Zahlungspflicht des Sicherungsgebers.....	362
(5) Benachrichtigungspflichten des Sicherungsgebers .....	370
ee. Gefahr des Rechtsmissbrauchs .....	374
(1) Rechtlicher Stellenwert.....	375
(2) Wirtschaftspolitischer Hintergrund .....	378
(3) Nationalrechtliche Begriffsbestimmungen .....	380
(4) Fehlende materielle Berechtigung aus dem Valutaverhältnis.....	388
(5) Evidenz .....	391
(6) Unerheblichkeit subjektiver Merkmale auf Seiten des Gläubigers .....	395
(7) Ausnahmecharakter .....	398
(8) „Liquidier Nachweis“ – Tatbestandsmerkmal oder prozessuale Hürde? .....	401
(9) Rechtsfolgen einer tatsächlich rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme.....	406
(10) Einstweiliger Rechtsschutz .....	412
(11) Ergebnis .....	425
3. Einwendungsmöglichkeiten .....	425
a. Aus dem Sicherungsvertrag.....	425
b. Aus dem Deckungsverhältnis .....	426
c. Aus dem Valutaverhältnis .....	427

aa. Forderungsabhängige Sicherung.....	428
bb. Forderungsunabhängige Sicherung und Zahlung auf erstes Anfordern.....	433
4. Haftungsbetrag.....	435
a. Grundsätzliches.....	435
b. Gefahrerhöhung.....	437
IV. Abwicklung und Regress.....	442
1. Aufwendungsersatz.....	443
2. Subrogation.....	446
3. Unberechtigte Zahlung.....	455
a. Mangel im Sicherungsverhältnis.....	456
b. Mangel im Deckungsverhältnis.....	458
c. Mangel im Valutaverhältnis.....	458
aa. Gewöhnliche Personalsicherheit.....	459
bb. Forderungsabhängige Sicherheit auf erstes Anfordern ...	461
(1) Vor Aufwendungsersatz durch den Hauptschuldner ...	462
(2) Nach Aufwendungsersatz durch den Hauptschuldner.	467
cc. Forderungsunabhängige Sicherheit auf erstes Anfordern.....	467
(1) Vor Aufwendungsersatz durch den Garantieauftraggeber.....	468
(2) Nach Aufwendungsersatz durch den Garantieauftraggeber.....	475
dd. Offensichtlicher Rechtsmissbrauch.....	479
V. Zusammenfassung und Bewertung der Ergebnisse.....	481
7. Kapitel: Umsetzung in Deutschland.....	486
A. De lege lata.....	486
I. Procedere und Prüfungsmaßstab.....	486
II. Überprüfung im Einzelnen.....	487
1. Abschluss.....	487
2. Latenzphase.....	487
3. Sicherungsfall.....	487
4. Abwicklung und Regress.....	489
B. De lege ferenda.....	490
I. Vorbemerkung.....	490
II. Konkrete Regelungsvorschläge.....	491
§ 765. Vertragstypische Pflichten bei der Personalsicherheit.....	491

Anmerkung.....	491
§ 766. Forderungsabhängige Personalsicherheit .....	491
Anmerkung.....	492
§ 767. Forderungsunabhängige Personalsicherheit.....	493
Anmerkung.....	493
§ 768. Haftungsbegrenzung .....	493
Anmerkung.....	493
§ 769. Mehrere Sicherungsgeber .....	494
Anmerkung.....	494
§ 770. Materieller Sicherungsfall.....	494
Anmerkung.....	495
§ 771. Vollstreckungsversuch.....	495
Anmerkung.....	496
§ 772. Zahlung auf erstes Anfordern .....	497
Anmerkung.....	498
§ 773. Unklarheitenregel .....	499
Anmerkung.....	499
§ 774. Forderungsübergang .....	499
Anmerkung.....	500
§ 775. Anspruch des Sicherungsgebers auf Befreiung.....	500
Anmerkung.....	501
§ 776. Aufgabe einer Sicherheit .....	501
Anmerkung.....	501
§ 777. Personalsicherheit eines Verbrauchers .....	501
Anmerkung.....	502
§ 778. Kreditauftrag .....	504
Anmerkung.....	504
 Zusammenfassung.....	 505
 Literaturverzeichnis .....	 521
 Stichwortverzeichnis.....	 541



## Abkürzungsverzeichnis

A.	Atlantic Reporter
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AC	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Die Aktiengesellschaft
All ER (Comm)	All England Law Reports (Commercial Cases)
All ER Rep	All England Law Reports Reprint (bis 1935)
All ER	All England Law Reports (seit 1936)
ALR	American Law Reports
AmJur2nd	American Jurisprudence, 2. Edition
Anm.	Anmerkung
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (seit 1975: Recht der internationalen Wirtschaft)
B.L.R.	Business Law Review
B.R.	Bankruptcy Reporter
Banca, borsa tit. cred.	Banca, borsa e titoli di credito
BauR	Baurecht
BB	Betriebs-Berater
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht
BKR	Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht
BLR	Building Law Reports
BuB	Bankrecht und Bankpraxis (Loseblattsammlung)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
C.L.C.	Commercial Law Cases
C.L.Q.	Cornell Law Review
C.P.	Court of Common Pleas
Ch.(D.)	Chancery (Division)
CJS	Corpus Juris Secundum
CLR	California Law Review
Dalloz	Recueil Dalloz
DAR	Deutsches Autorecht

DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DPCI	Droit et Pratique du Commerce International
DR	Das Recht (Beilage zu: Deutsche Justiz)
DStR	Deutsches Steuerrecht
E. & I. AC	Law Reports, English and Irish Appeals
ERPL	European Review of Private Law
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWHC (Ch.)	England & Wales High Court (Chancery Division)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
F.	Federal Reporter
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
F.Supp.	Federal Supplement
Fn.	Fußnote
Foro it.	Il Foro Italiano
Foro it., Rep.	Repertorio del Foro Italiano
Giur. it.	Giurisprudenza Italiana
GIUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes
Gruchot	Gruchot – Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
ICC	International Chamber of Commerce (Paris)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
ISP 98	(ICC) International Standby Practices 1998
JA	Juristische Ausbildung
JBl	Juristische Blätter
JCP	La Semaine Juridique, Edition Générale
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.(D.)	Law Reports, King's Bench (Division)
L.Ed.	United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition
L.Ed.2nd	United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition, Second Series
L.Q.R.	Law Quarterly Review
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports (bis 1967: Lloyd's List Law Reports)
LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LR	Law Reports
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (bis 1913: Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht) mit weiteren Nachweisen
m.w.N.	
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
N.E.	North Eastern Reporter
N.E.2d	North Eastern Reporter, Second Series
N.Y.S.2d	New York Supplement, Second Series
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
NZLR	New Zealand Law Review
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
OAG	Oberappellationsgericht
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OR	Obligationenrecht
OT	Obertribunal
P. & C.R.	Property, Planning & Compensation Reports
P.	Pacific Reporter
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
Q.B.(D.)	Law Reports, Queen's Bench (Division)
Rn.	Randnummer
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Recht der Wirtschaft
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (bis 1974: Außenwirtschafts- dienst des Betriebs-Beraters)
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
S.E.	South Eastern Reporter
S.W.2d	South Western Reporter, Second Series
SA	J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SavZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung
Stan.L.Rev.	Stanford Law Review
SZ	Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- sachen
SZW	Schweizer Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
U.S.	United States Supreme Court Reports
UCP 600	(ICC) Uniform Customs and Practice for Documentary Credits
UN-CIIGS	(UNCITRAL) Convention on International Independent Guarantees and Standby Letters of Credit
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
URCG	(ICC) Uniform Rules for Contract Guarantees
URDG	(ICC) Uniform Rules for Demand Guarantees
Va.J.Int'l L.	Virginia Journal of International Law
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VW	Versicherungswirtschaft
Warneyer	Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts (hrsg. v. Otto Warneyer)
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WL	WestLaw
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

WuR	Wirtschaft und Recht
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZgVW	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

# Einleitung

## A. Problemstellung und Arbeitsprogramm

Wer sich wirtschaftlich engagiert, setzt sich einer Situation mit ungewissem Ausgang aus, da ungewiss ist, ob die eigenen Erwartungen erfüllt werden. Völlig unabhängig von der Fallgestaltung im Einzelnen, der Rechtsordnung und dem späteren Ablauf der Geschehnisse, befinden sich die handelnden Parteien in einer riskanten Lage, denn des Öfteren mag der erhoffte Erfolg ausbleiben: So scheitert beispielsweise ein Filmprojekt wegen Differenzen zwischen Regisseur und Hauptdarsteller<sup>1</sup>, es zeigen sich Mängel an der neuen Umgrenzungsmauer eines Wohnkomplexes<sup>2</sup>, Unstimmigkeiten treten auf zwischen den Mitgliedern eines Unternehmensverbands zum Verlegen von Eisenbahnschienen<sup>3</sup> oder auf dem Obstmarkt brechen plötzlich die Preise ein<sup>4</sup>. Bergen rein inländische Geschäfte demnach bereits eine ausreichende Anzahl von Risiken, steigen diese im Rahmen internationaler Transaktionen exponentiell an. Neben die oftmals hohe Komplexität des jeweiligen Geschäfts, die in der Regel langfristige vertragliche Bindungen und ein erhebliches finanzielles Volumen mit sich bringt, treten Probleme aufgrund der räumlichen Distanz der Parteien, wirtschaftliche Hürden und Unwägbarkeiten des politischen Rahmens<sup>5</sup>: Beispielsweise entstehen Verluste bei Warentermingeschäften, die ein

---

<sup>1</sup> BG vom 5. Februar 1946, BGE 72 II [1946], 19: Absicherung durch eine Fertigstellungsgarantie (*garantie de bonne fin*).

<sup>2</sup> *Corte di cassazione* vom 3. Oktober 2005, Foro it. 2006 I, 2132: Kautionsversicherung (*polizza fideiussoria*).

<sup>3</sup> *Cour de cassation* vom 8. Oktober 2003, JCP 2004, II 10069, 835: Garantie mit automatischer Betragsverringerung (*garantie glissante*).

<sup>4</sup> *Coe v. American Fruit Growers, Inc.*, Supreme Court of Oregon vom 5. März 1940, 100 P.2d 234: Aufgrund der *Main Purpose Rule* keine Bürgschaft (*guaranty*), sondern absolutes und unbedingtes Zahlungsversprechen (*absolute and unconditional promise*).

<sup>5</sup> Siehe insbesondere die Aufzählung denkbarer Risiken bei *Rossi*, Garantie, S. 66 ff.; vgl. daneben *Dohm*, Bankgarantie, Rn. 2 f.; *Bertrams*, Bank Guarantees, S. 2 f.; von Westphalen/Jud-Young, S. 537 ff.

britischer Broker für einen deutschen Eisenwarengroßhändler durchführt<sup>6</sup>, eine Ladung Grapefruit wird während ihres Transports per Schiff von der Türkei nach England beschädigt<sup>7</sup> oder die Lieferung von österreichischen Waren an den chilenischen Fiskus verzögert sich<sup>8</sup>.

In den meisten Fällen stehen die Beteiligten diesen Ereignissen jedoch nicht wehrlos gegenüber. Sofern sich nämlich die Parteien der Möglichkeit einer ungünstigen Entwicklung bewusst sind, können sie sich dagegen absichern<sup>9</sup>. Dazu lässt sich eine Personalsicherheiten vereinbaren, die es ihnen erlaubt, bei Ausfällen im gesicherten Grundverhältnis auf das Vermögen eines Dritten, des Sicherungsgebers, zuzugreifen. Rechtsordnungsübergreifend sind die beiden gängigsten Sicherungsmittel dieser Art die Bürgschaft und der Garantievertrag. Freilich sind die Varianten der Ausgestaltungen im Einzelfall – wie gesehen – mannigfaltig und werden in verschiedenen Ländern im Detail unterschiedlich gehandhabt. Beide Sicherungsmittel erfreuen sich allseits großer praktischer Beliebtheit.

Mit der Absicherung des Risikos durch eine Personalsicherheiten ist das wirtschaftliche Problem zunächst einmal gelöst, was bedeutet, dass zumindest etwaige nachteilige Folgen vom Schuldner des Grundverhältnisses auf einen Dritten übertragen werden. Die rechtlichen Probleme beginnen nun aber erst: So ist die Bürgschaft als die klassische Personalsicherheiten in sämtlichen hier betrachteten Rechtsordnungen gesetzlich detailliert geregelt, der Garantievertrag dagegen „als Kind der Praxis“ nicht einmal ansatzweise, wengleich er in der Geschäftspraxis mittlerweile mindestens im gleichen Umfang Verwendung findet wie die Bürgschaft. Bei ihm bedarf es daher weitaus gründlicherer Nachforschungen in den verschiedenen Rechtsordnungen, um seine exakte Rechtsnatur freizulegen.

Wegen der wirtschaftlich ähnlichen Sicherungsfunktion von Bürgschaft und Garantie ergeben sich immer wieder schwer zu lösende Abgrenzungs-

---

<sup>6</sup> BGH vom 12. März 1984 – II ZR 10/83, WM 1984, 1245: Garantie auf erstes Anfordern.

<sup>7</sup> The „Zuhal K“ and „Selin“, High Court vom 5. November 1986, [1987] 2 Lloyd's Rep. 151: Bürgschaft (*guarantee*).

<sup>8</sup> OGH vom 26. Januar 1977, JBl 1978, 36: selbständiger Garantievertrag. Hier war sogar ausdrücklich ein Selbstbehalt von jeweils 10% bei wirtschaftlichen oder politischen Haftungsfällen vereinbart worden.

<sup>9</sup> Und werden es auch tun, siehe nur *Herold*, Kreditgeschäft, S. 203 f.: „Je unsteter die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse ist, je größer die in ihnen liegenden Risiken sind, desto unübersichtlicher und unsicherer sind vielfach auch die Verhältnisse des einzelnen Kaufmannes oder der einzelnen Gesellschaft [...]. Um so gewagter ist es dann aber auch für die Bank, ihren Kunden, deren Verhältnisse sie vielleicht nicht einmal dauernd im Auge behalten kann, einen ungedeckten Kredit einzuräumen.“ In den vorerwähnten Fällen haben sie dies tatsächlich auch getan, siehe die jeweiligen Anmerkungen.

schwierigkeiten, die nicht nur dogmatisch bedeutsam sind, sondern wegen unterschiedlicher Voraussetzungen und Rechtsfolgen auch praktisch erhebliche Konsequenzen haben.

Das Problem der Abgrenzung ist nicht neu. Die Bürgschaft wurde bereits im antiken Recht verwendet, wogegen der Garantievertrag erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts dogmatisch ausgeformt wurde, heute aber weithin anerkannt ist. Allerdings hat sich die Rechtsgestaltungspraxis in der Zwischenzeit viel stärker weiterentwickelt, als es das Gesetz und in einigen Bereichen Rechtsprechung und Literatur getan haben. Mit anderen Worten, geschriebenes und gedachtes Recht auf der einen Seite und das tatsächlich praktizierte Recht auf der anderen sind heute oft nicht mehr kongruent. Dies zeigt sich beispielsweise daran, dass gesetzliche Regelungsmuster und Interessen der Parteien häufig weit voneinander abweichen, rechtliche Lösungen ordnen sich der Verwendung bestimmter Begriffe unter, statt dass umgekehrt das von den Parteien gewünschte Ergebnis selbst im Mittelpunkt steht. So ergeben sich des Öfteren Rechtsfolgen, die gar nicht beabsichtigt waren, und das Vertrauen in die Rechtsordnung nimmt ab. Weil die Bürgschaft nach wie vor weiträumig als Regelfall der personellen Sicherung angesehen wird, versucht man, ihr so viele Fälle wie möglich unterzuordnen, ohne auf die daraus folgenden dogmatischen Verwerfungen Rücksicht zu nehmen. Die Garantie ist mangels gesetzlicher Vorgaben zwar anpassungsfähiger, sie leidet umgekehrt begrifflich jedoch unter dieser großen Flexibilität, weil sie bisher einen großen Teil von Konstellationen aufnehmen muss, die originär dem Mängelgewährleistungsrecht entstammen.

Noch schwieriger wird die Situation, wenn dem Bedürfnis der Rechtspraxis folgend, neue Ausgestaltungen erscheinen, die sich in die überkommene Dogmatik und erst recht das Gesetz kaum reibungslos einordnen lassen. An die Garantie auf erstes Anfordern hat man sich mittlerweile gewöhnt, aber beispielsweise die Bürgschaft auf erstes Anfordern oder die angloamerikanische Gemengelage aus *suretyship*, *first demand guarantee* und *standby letter of credit* bereiten unverändert erhebliche Schwierigkeiten, sowohl was ihre exakte rechtliche Regelung als auch die jeweilige Abgrenzung untereinander betrifft. Probleme ergeben sich zudem, weil ein einheitliches Leitbild der Personalsicherheit bislang fehlt und immer häufiger auftretende Mischformen bekannter Sicherungsinstrumente rechtlich schwer einzuordnen sind.

Daher wird hier ein neuer Weg eingeschlagen: die Fusion von Bürgschaft und Garantie in einem einheitlichen Tatbestand der Personalsicherheit. Die bisherigen begrifflichen Kategorien sollen dazu verlassen werden, um im Rahmen einer neuen Systematik unter Einschluss all jener jüngeren Entwicklungen in der Praxis und deren Reflexion in Rechtsprechung und Literatur aufzugehen. Dieses Vorgehen bedeutet auch, sich eben nicht

mehr an der alten begrifflichen Trennung von Bürgschaft und Garantievertrag zu orientieren, sondern vielmehr auf die zentralen Bausteine jedweder Sicherung zu schauen, was die bisherige Dichotomie weitgehend verhindert hat.

Um möglichen Missverständnissen vorzubeugen: Das Ziel der Abhandlung ist es weder, die etablierten Rechtsinstitute Bürgschaft und Garantie inhaltlich abzuschaffen, noch eine neue Methodenlehre zu begründen. Vielmehr wird ein einheitliches rechtsordnungsübergreifendes Gesamtsystem zur personellen Absicherung geschäftlicher Risiken vorgeschlagen, in das die bisherigen rechtsdogmatischen und rechtspraktischen Entwicklungen einfließen.

Im Rahmen eines so entstehenden einheitlichen Tatbestands der Personalsicherheit lassen sich die auftretenden Fragen und Probleme nun auf einer gemeinsamen Grundlage erörtern, und es sind Differenzierungen zwischen Bürgschaft und Garantie nurmehr dort nötig, wo sich tatsächlich rechtliche Unterschiede zeigen. Die so geschaffene Basis kann in einem letzten Schritt wiederum als Grundlage nationalen Gesetzesrechts dienen, so dass für die Lösung rechtsdogmatischer und rechtspraktischer Probleme nicht mehr – wie es zur Zeit noch der Fall ist – im Wesentlichen außerhalb der gesetzlichen Vorschriften gesucht werden muss, sondern sich diese so weit wie möglich die heutzutage tatsächlich relevanten Regelungen finden lassen.

## B. Gang der Darstellung

Die Arbeit folgt dem vorstehend geschilderten Problemaufriss. Sie beginnt mit dem Risiko, dem wirtschaftlichen Ausgangspunkt sämtlicher Konstellationen, in denen Personalsicherheiten dienstbar gemacht werden. Dazu ist zunächst in aller gebotenen Kürze der Begriff des Risikos zu erläutern. Nach dessen Behandlung geht es um die Frage, wie mit dem Risiko umgegangen werden kann, insbesondere an welcher Stelle die Sicherung einzuordnen ist und wie sie sich im Allgemeinen darstellt (1. Kapitel).

Danach werden die beiden Personalsicherheiten vorgestellt, die in der Praxis üblicherweise eingesetzt werden. Zu Beginn liegt der Schwerpunkt auf der Bürgschaft, die in allen Rechtsordnungen gesetzlich geregelt ist. Sind im Detail auch nationale Besonderheiten und Abweichungen zu erkennen, so ist der Tatbestand im Kern weitestgehend deckungsgleich. Ein synoptischer Überblick erscheint damit ausreichend (2. Kapitel).

Der folgende Teil ist einer grundlegenden Begriffsbestimmung des Garantievertrags gewidmet, der anders als die Bürgschaft gesetzlich gerade

nicht geregelt ist. Daher muss hier an erster Stelle eine tragfähige Definition entwickelt werden. Nach einer kurzen etymologischen Betrachtung steht die dogmatische Herleitung im Mittelpunkt. Beginnend mit der historischen Grundlegung wird einerseits das deutsche Recht, andererseits die Entwicklung des Garantiebegriffs im Ausland untersucht. Beide Stränge werden anschließend zusammengeführt, um eine erste, allgemeine Definition zu liefern (3. Kapitel).

Um allerdings zu einer mit der Bürgschaft vergleichbaren Begriffsbestimmung zu gelangen und so den praktischen Bedürfnissen und dem weiteren Fortgang der Analyse gerecht zu werden, muss die zuvor entwickelte Definition der Garantie weiter präzisiert und eingegrenzt werden. Dazu gilt es in erster Linie die verwandten Bereiche der Schadensversicherung und der Gewährleistung begrifflich und dogmatisch auszuscheiden. Am Ende dieses Abschnitts steht eine mit der Bürgschaft kompatible Formulierung des Garantievertrags (4. Kapitel).

Anschließend werden die Probleme der bisherigen Systematik eines Nebeneinanders von Bürgschaft und Garantie genauer unter die Lupe genommen. Als Alternative wird danach das Konzept einer Fusion beider Sicherungsinstrumente dargestellt und mögliche Bedenken werden ausgeräumt (5. Kapitel).

Unter rechtsvergleichender Perspektive werden im Folgenden die Einzelheiten des durch die Fusion entstehenden einheitlichen Tatbestands der Personalsicherheiten herausgearbeitet. Maßgeblicher Orientierungspunkt ist ihre Bedeutung innerhalb der Phasen des üblichen zeitlichen Ablaufs einer Sicherung (Abschluss, Latenzphase, Sicherungsfall, Abwicklung und Regress). Es geht dabei zunächst um ein Formerfordernis, die Existenz der zu sichernden Forderung und vorvertragliche Informationspflichten. Weiter stehen der Haftungsumfang des Sicherungsgebers nach Höhe und Dauer sowie etwaige Rechte vor Auszahlung des Sicherungsbetrags im Vordergrund. Im Zusammenhang mit dem Sicherungsfall bildet nachfolgend neben allgemeinen Abrufvoraussetzungen die Sicherungsform der Zahlung auf erstes Anfordern den Schwerpunkt, wobei hier unter anderem die Problematik der Bürgschaft auf erstes Anfordern und die Gefahr rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Sicherheit behandelt werden. Der letzte Abschnitt widmet sich Ansprüchen auf Aufwendungsersatz und Subrogation sowie der Rückabwicklung unberechtigter Auszahlungen des Sicherungsgebers (6. Kapitel).

Anschließend ist zu prüfen, wie die rechtsvergleichend gewonnenen Ergebnisse speziell in Deutschland umgesetzt werden könnten. Dies bedeutet einerseits zu untersuchen, wie sie sich *de lege lata* in das bestehende gesetzliche System einfügen würden, andererseits, was möglicherweise *de lege ferenda* zu tun oder zumindest erstrebenswert wäre (7. Kapitel).

Der letzte Abschnitt fasst die wesentlichen Ergebnisse der Abhandlung zusammen (8. Kapitel).

Ein technischer Hinweis die Schreibweise ausländischer Begriffe betreffend: Gebräuchliche Fachtermini in anderen als der deutschen Sprache werden als Kompromiss zwischen Lesbarkeit und Erkennbarkeit durchweg kursiv geschrieben (z.B. *guarantee*). Andere fremdsprachige Zitate im Fließtext werden dagegen mit Anführungszeichen versehen (z.B. „with the money in the beneficiary’s pockets“).

## 1. Kapitel

# Risiko und Sicherung

Sicherung ist nicht um ihrer selbst willen da. Erst die Wahrnehmung eines bestimmten wirtschaftlichen Risikos im Zusammenhang mit einem beabsichtigten Geschäft veranlasst den Handelnden, sich um eine rechtliche Sicherheit zu bemühen. Mit anderen Worten: Ohne Risiko keine Bedürfnis nach Sicherung.

### A. Begriff des Risikos

Der Begriff des Risikos ist nach wie vor umstritten<sup>1</sup>. Verschiedenste betriebswirtschaftliche, philosophische und soziologische Ansätze konkurrieren miteinander. Hier wird ein Weg eingeschlagen, der das Risiko an das Ende einer Kausalkette der Determinanten Zeit und Ungewissheit stellt und es an einem konkreten wirtschaftlichen Ziel des Handelnden misst.

#### *I. Zeit*

Der maßgebliche Ausgangspunkt für die Existenz von Risiken ist das Element der Zeit. Alles Dasein ist dem Ablauf der Zeit unterworfen, die unaufhaltsam Zukunft in Vergangenheit verwandelt. Die Gegenwart stellt sich lediglich als „scharfer Bruch“<sup>2</sup> zwischen den beiden Phasen dar: Die Zukunft selbst kann noch nicht beeinflusst werden. Sobald sie aber zur Vergangenheit geworden ist, kann sie nicht mehr verändert werden. Nur in der kurzen Spanne der Gegenwart findet sämtliches Handeln gleichzeitig statt<sup>3</sup>. Hier müssen Entscheidungen getroffen werden, deren Auswirkungen in der noch unbekanntem Zukunft mangels absoluter Voraussicht nicht sicher feststellbar sind<sup>4</sup>. Treffend bemerkte schon der US-Ökonom *Frank Knight*:

---

<sup>1</sup> Siehe nur *Häberle*, Risiko, S. 1 ff.

<sup>2</sup> *Luhmann*, Soziologie, S. 52.

<sup>3</sup> Vgl. *Luhmann*, Soziologie, S. 42 f.

<sup>4</sup> *Wittmann*, Unternehmung, S. 13; vgl. *Knight*, Risk, S. 237; *Luhmann*, Soziologie, S. 25.