

1. Abschnitt – Einleitung

I. Problemaufriss und Gang der Untersuchung

Der österreichische Lebensmittelhändler „A“ möchte dem gegenwärtigen Hype um sogenanntes Superfood gerecht werden und aus diesem Grund speziellen Matcha-Grüntee in sein Sortiment aufnehmen. Er möchte zu diesem Zweck mit einem chinesischen Großhändler „C“ in Geschäftsbeziehungen treten. Dabei wird vereinbart, dass die Lieferung des Grüntees nur gegen Vorauszahlung erfolgen soll. Doch fürchtet A angesichts dieser Vereinbarung, von seinem weitgehend unbekanntem neuen Vertragspartner im schlimmsten Fall weder den Tee zu erhalten noch den bereits bezahlten Geldbetrag bei Nichtlieferung jemals wieder zu sehen. Aus diesem Grund wird der Vertrag dahingehend ergänzt, dass „C“ (= Auftraggeber) eine sogenannte Liefergarantie einer internationalen Großbank beibringen soll, mit der sich die Bank „B“ (= Garant) verpflichtet, im Falle der Nichtlieferung des Tees „auf erstes Anfordern“ an A (= Begünstigter) einen im vorhinein festgelegten Betrag zu leisten, der der vorausbezahlten Summe entspricht.¹

Neben dem Dokumenten-Akkreditiv stellen solche Bankgarantien das wohl wichtigste Sicherungsinstrument im internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr dar² – die Mehrzahl der größeren Auslandsverträge wird mit Hilfe von Bankgarantien abgewickelt.³ Doch auch im nationalen Bereich ist die Bankgarantie heute nicht mehr wegzudenken – so spielt sie etwa bei Unternehmenskäufen und –verkäufen oder auch bei größeren Liegenschaftstransaktionen eine bedeutende Rolle.⁴

Dabei ist die große Bedeutung in diesen Bereichen primär der Nichtakzessorietät der Bankgarantie geschuldet. Denn vor allem aus Sicht des Begünstigten, in unserem Fall des A, bringt dieses Sicherungsinstrument im Vergleich zu anderen Perso-

1 Siehe zur Liefergarantie und deren Zweck im Detail etwa *Graf von Westphalen* in *Westphalen/Zöchling-Jud*, Bankgarantie⁴ 16; vgl auch *St. Müller*, Bankgarantie 25 f.

2 *Graf von Westphalen* in *Westphalen/Zöchling-Jud*, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr⁴ (2014) 1; *Nielsen/Joos*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, in *Hellner/Steuer* (Hrsg), Bankrecht und Bankpraxis III Rz 5/231; *Heidbüchel*, Das UNCITRAL-Übereinkommen über unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit (1999) 5.

3 Vgl *Mader*, Entwicklung und Rolle der Bankgarantie im internationalen Handel, in *Aichhorn* (Hrsg), Geld- und Kreditwesen im Spiegel der Wissenschaft (2005) 410; *Eberl*, Bankgarantie 12, die gar davon spricht, dass Bankgarantien „bei jedem größeren Geschäft gestellt werden“; ähnlich auch *Zahn/Haas/Ehrlich*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel⁸ (2010) Rz 9/13, die aufzeigen, dass im internationalen Handel idR nur Bankgarantien gestellt und daneben keine weiteren Sicherheiten verlangt werden.

4 Demgemäß wird die Bankgarantie auch in einschlägiger Literatur behandelt; so etwa bei *Baumann/Waitz-Ramsauer* (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence Band II: tax (2009).

nalsicherheiten, insb zur akzessorischen Bürgschaft,⁵ den großen Vorteil mit sich, dass die Leistungspflicht des Garanten losgelöst vom Bestehen und somit auch vom Nachweis einer wirksamen Verpflichtung im Grundverhältnis eintritt.⁶ Oft entsteht die Zahlungspflicht des Garanten, also der Bank B, sogar mit dem bloßen Abruf durch den Begünstigten, also in unserem Fall durch den Lebensmittelhändler A, ohne dass weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.⁷ Sollte C sohin den Tee nicht liefern, so müsste A gegenüber B bloß erklären, die Garantie in Anspruch nehmen zu wollen und würde damit die Zahlungspflicht der Bank auslösen. Als Konsequenz dieser Eigenschaft der Bankgarantie wird im Sinne des Grundsatzes „zuerst zahlen, dann prozessieren“ die tatsächliche Berechtigung im Grundverhältnis, also das wirkliche Bestehen eines Anspruches des Begünstigten, in der Regel erst in einem allfälligen Rückforderungsprozess geklärt. Dadurch werden der Auszahlung des gesicherten Betrages potentiell vorangehende langwierige Prozesse vermieden und rasche Liquidität zugunsten des Begünstigten gewährleistet.⁸ A entgeht damit der Gefahr, bei Nichtlieferung seinen ausländischen Vertragspartner C klagen und im schlimmsten Fall auch Exekution gegen diesen führen zu müssen.

Wie zahlreiche höchstgerichtliche Entscheidungen belegen,⁹ ist in Zusammenhang mit der Bankgarantie aber noch immer vieles nicht restlos geklärt: Unklarheiten gibt es insb in Bezug auf die konkreten Voraussetzungen einer wirksamen Inanspruchnahme und die zulässigen Einwendungen des Garanten. Irene Welser spricht in diesem Kontext besonders bezeichnend sogar von einem „Minenfeld“.¹⁰ Der strittige Meinungsstand beschränkt sich aber nicht alleine auf diese Themenbereiche. Bereits die Voraussetzungen eines wirksamen Garantievertrages sind im Detail strittig. Große Probleme wirft weiters die Unterscheidung der Bankgarantie zu den sogenannten Zwischenformen zwischen dieser und der Bürgschaft, also insb zur Bürgschaft auf erstes Anfordern,¹¹ auf. Dabei stellen sich in der Praxis oft nicht nur

5 Siehe zur Akzessorietät der Bürgschaft ausführlich unten (4. Abschnitt I.A.).

6 Hierzu an dieser Stelle im Grundsatz statt vieler *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss II¹⁴ 176 f; s zur Nichtakzessorietät im Detail nochmals unten (2. Abschnitt II.A.).

7 Vgl zu dieser Ausgestaltungsvariante als „Grundform“ der Bankgarantie etwa *Kleiner/Landolt/Gemperli*, Bankgarantie⁵ 148; s dazu auch nochmals unten (2. Abschnitt II.D.2.).

8 Siehe hierzu im Detail gleich im Anschluss (1. Abschnitt II.A.).

9 Die große Zahl der ergangenen Entscheidungen wird dabei schon etwa dadurch ersichtlich, dass die Online-Abfrage des Begriffs „Bankgarantie“ im Rechtsinformationssystem des Bundes alleine in der Rubrik „Judikatur des OGH“ und hierbei wiederum mit der Beschränkung ausschließlich auf Rechtssätze ganze 169 Ergebnisse (also Rechtssätze) liefert. Sucht man dagegen mit denselben Parametern zum Beispiel nach dem Begriff „Einlagenrückgewähr“, unter dem als Schlagwort ein gesellschaftsrechtliches Kernthema behandelt wird, so erhält man lediglich 32 Treffer.

10 *I. Welser*, Bankgarantien als Minenfeld, DER STANDARD, Print-Ausgabe, 7. 4. 2010.

11 Zur gängigen Bezeichnung der Bürgschaft auf erstes Anfordern als „Zwischenform“ allen voran *P. Bydlinski*, AcP 1990, 170; vgl weiters auch den OGH in der Entscheidung OGH 7 Ob 559/95 ÖBA 1996, 221; s auch OGH 1 Ob 208/99 s ecolex 2000, 33 (*Wilhelm*) = bbl 2000, 30 = RdW 2000, 80 = Jus-Extra OGH-Z 2888 = ÖBA 2000, 418 (*Apathy*) = ZIK 2000, 134 = SZ 72/131 = HS 30.365 = HS 30.575 = HS 30.739 = HS 30.74.; zum diesbezüglich vergleichbaren Begriff „Mischform“ *Koziol* in BVR² V Rz 3/31; *ders*, Garantievertrag 14; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1347 Rz 49; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 3; OGH 1 Ob 529/93 ÖBA 1993, 985 = RdW 1993, 361 =

Fragestellungen in Hinblick auf die jeweiligen Rechtsfolgen der Vereinbarung dieser Sicherungsmittel. Auch die Zuordnung konkreter Haftungserklärungen zu den einzelnen Sicherungsinstrumenten erweist sich häufig als äußerst schwierig.

Der breit gefächerte Meinungsstand in den aufgezeigten Bereichen stellt teilweise sogar einschlägig befasste Juristen vor Herausforderungen. Diese durchaus unbefriedigende Ausgangssituation gab den Anstoß für eine Auseinandersetzung mit diesem Thema. Vor diesem Hintergrund hat es sich die vorliegende Arbeit zum Ziel gesetzt, ein homogenes Gesamtkonzept für die aufgezeigten Problembereiche zu entwickeln. Dabei sollen die speziell auftretenden Einzelfragen jeweils nicht bloß isoliert beantwortet werden. Es soll vielmehr durch eine tiefgreifende Analyse der Grundlagen zur Bankgarantie und die auf diese Weise erlangten Ergebnisse etwa zur leichteren Bestimmbarkeit der Voraussetzungen einer wirksamen Inanspruchnahme beigetragen werden. Auch in Hinblick auf die Zuordnung von konkreten Haftungserklärungen zu den einschlägigen Sicherungsinstrumenten, also zur Bürgschaft, zur Garantie und zu den Zwischenformen, soll ein Ansatz entwickelt werden, der für mehr Rechtssicherheit sorgt.

Zu diesem Zweck sollen im anschließenden 2. Abschnitt zunächst die Grundlagen zur Bankgarantie behandelt werden. Hierbei wird aber keinesfalls eine Gesamtdarstellung angestrebt. Es soll vielmehr eine nähere Auseinandersetzung mit noch ungeklärten, für die weitere Untersuchung jedoch substanziellen Fragen erfolgen. Wesentliche Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang etwa der Erforschung des eigentlichen Ursprungs der Liquiditätsfunktion zu. Der 3. Abschnitt der Arbeit steht unter dem Titel „Der Abruf der Bankgarantie“ und zielt auf die Beseitigung der Unklarheiten betreffend die Voraussetzungen einer wirksamen Inanspruchnahme ab. Im 4. Abschnitt werden die dogmatischen und rechtsfolgenseitigen Unterschiede zwischen den einzelnen Sicherungsinstrumenten, also der Garantie, der Bürgschaft und den Zwischenformen, im Detail herausgearbeitet. Es soll auf diese Weise dazu beigetragen werden, dass sich der Rechtsanwender sicher sein kann, welche Rechtsfolgen an die Vereinbarung des einen oder anderen Sicherungsmittels knüpfen. Umfassender Klärungsbedarf besteht hierbei insb in Bezug auf die Bürgschaft auf erstes Anfordern, der in der österreichischen Rechtspraxis erst seit kurzer Zeit größere Bedeutung zukommt.¹² Der 5. Abschnitt der Arbeit beschäftigt sich schließlich mit der Zuordnung von Haftungserklärungen zu den behandelten Sicherungsinstrumenten.

Zwecks Schaffung eines besseren Verständnisses hinsichtlich der zu lösenden Rechtsprobleme werden aber zunächst die wirtschaftliche Bedeutung, der Zweck sowie die typischen Interessen der Beteiligten dieses Sicherungsinstruments nochmals näher beleuchtet.

ecolex 1993, 810 = Jus-Extra OGH-Z 1420; *Horn* in *Staudinger*, BGB (2012) Vor §§ 765–778 Rz 258. Eine weitere „Zwischenform“ bzw „Mischform“ stellt die formell abstrakte Garantie dar; s zu dieser und deren Abgrenzung von der Bürgschaft auf erstes Anfordern noch ausführlich unten (4. Abschnitt III.).

12 Der OGH hat erstmals in der Entscheidung OGH 6 Ob 142/10s JBl 2012, 654 (*Faber*) = ÖBA 2011/1740 (*P. Bydlinski*) eine Haftungserklärung als Bürgschaft auf erstes Anfordern qualifiziert.

II. Wirtschaftliche Bedeutung und Zweck der Bankgarantie

A. Bedeutung der Bankgarantie im internationalen Handel

Bei der Bankgarantie handelt sich um eine **Schöpfung der Praxis**, deren Entwicklung sich weitgehend unabhängig von der nationalen Gesetzgebung vollzogen hat.¹³ Die bis zum heutigen Tag anhaltende Attraktivität der Bankgarantie als Sicherungsform im Außenhandel ist zu einem Großteil eben dem Umstand geschuldet, dass sie von der Rechtspraxis entwickelt wurde und deswegen eine sehr ähnliche Ausgestaltung in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen erfahren hat.¹⁴ Aus genau diesem Grund können die Vertragspartner nämlich auf internationale Einheitlichkeit vertrauen und sehen sich somit idR nicht mit unerwarteten und unliebsamen Überraschungen durch nationale Eigenheiten konfrontiert.¹⁵

B. Die Liquiditätsfunktion als (historischer Entstehung-)Zweck der Bankgarantie

Der **primäre Zweck** der Bankgarantie liegt dabei, wie aufgezeigt, in der **Sicherung** der Leistung eines Dritten – hierin besteht gleichzeitig ihre Ähnlichkeit zur Bürgschaft.¹⁶ Doch ist die Bankgarantie – wie bereits aufgezeigt und anders als die Bürgschaft – nicht akzessorisch, sondern unabhängig von den zugrundeliegenden Rechtsverhältnissen; die Verpflichtung des Garanten hängt also insb nicht vom Bestehen der Hauptschuld ab.¹⁷

Als Folge dieser fehlenden Akzessorietät kommt der Bankgarantie – wie ebenso schon kurz ausgeführt – **Liquiditätsfunktion**, die auch Bargeldfunktion genannt wird, zu.¹⁸ Bei Eintritt des formellen Garantiefalls, sohin bei Vorliegen der in der Haftungserklärung vorgesehenen Zahlungsvoraussetzungen, muss ohne materielle Prüfung des durch die Garantie gesicherten Anspruches geleistet werden.¹⁹ Dieses Wesen der Bankgarantie, das im Ergebnis auch zu einer Umkehr der Prozessrollen führt,²⁰ wird mit der Formel „erst zahlen, dann prozessieren“ zum Ausdruck gebracht. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der Prozessverlagerungsfunktion der Bankgarantie.²¹ Die Bankgarantie soll also bewirken, dass der Be-

13 Vgl Nielsen/Joos in BuB Rz 5/231; Heidbüchel, Das UNCITRAL-Übereinkommen 9.

14 Vgl Mader in Aichhorn 420; Heidbüchel, Das UNCITRAL-Übereinkommen 15.

15 Vgl Mader in Aichhorn 420; Oehlmann, Praxis der Auslandsgarantien (1993) 7. Umgekehrt wird behauptet, dass der Grund dafür, dass Bürgschaften nicht so oft herangezogen werden, in den je nach Land verschiedenen Regelungen liegt (St. Müller, Die Bankgarantie im internationalen Wirtschaftsverkehr [1988] 15); ähnliche Argumente werden auch in Bezug auf die Bürgschaft auf erstes Anfordern vorgebracht (vgl Eleftheriadis, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern [2001] 14, 169).

16 Vgl Nielsen/Joos in BuB Rz 5/232.

17 Vgl Graf von Westphalen in Westphalen/Zöchling-Jud, Bankgarantie⁴ 3.

18 Vgl Nielsen/Joos in BuB Rz 5/232; Rehbein, Neuere Rechtsprechung zur deutschen Bank- und Kreditbürgschaft, ÖBA 1987, 442.

19 Vgl Nielsen/Joos in BuB Rz 5/232.

20 Vgl Canaris, Bankvertragsrecht I³ 1102.

21 Heidbüchel, Das UNCITRAL-Übereinkommen 7f.

günstigte zunächst den zugesicherten Betrag erhält und etwaige Streitigkeiten erst in einem nachfolgenden Prozess ausgetragen werden.²² In diesem Sinne wird teils gar behauptet, dass die Bankgarantie bereits immer dann ihren Zweck verfehlt hat, wenn ein Prozess vor Auszahlung ausgetragen wurde.²³

Zurückzuführen ist die Ausgestaltung der Bankgarantie in dieser Form auf ihren historischen Entstehungszweck. Sie sollte der Ablöse des Bardepots dienen,²⁴ bei dem der zu sichernde Betrag in bar beim Sicherungsnehmer oder bei dessen Hausbank hinterlegt wurde,²⁵ und ebenso als Ersatz für Gewährleistungseinbehalte, bei denen ein Teil des (Werk-)Lohns zur Abdeckung etwaiger Gewährleistungsansprüche zurückbehalten wurde.²⁶

III. Interessenlage bei der Bankgarantie

Der **Vorteil einer Garantie für den Auftraggeber** – also den Vertragspartner des Begünstigten im Valutaverhältnis – liegt auf der Hand: Während die Hinterlegung des Bargeldes²⁷ beim Begünstigten bzw bei dessen Hausbank dazu führt, dass der Betrag für diese Zeit blockiert ist, kann im Falle der Vereinbarung der Sicherung durch eine Bankgarantie dasselbe Ziel ohne Liquiditätseinbußen auf Seiten des Auftraggebers erreicht werden.²⁸ Der Bankgarantie kommt insofern auch **Kreditierungsfunktion** zu.²⁹

22 Vgl *Canaris*, Bankvertragsrecht I³ (1988) 1102: Auf diese Art und Weise wird dem Begünstigten die „denkbar stärkste“ Position eingeräumt (vgl *Horn*, Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW 1980, 2153).

23 *Liesecke*, WM 1968, 22.

24 Vgl auch *Schinnerer*, Garantie oder Bürgschaft, ÖBA 1972, 444. Die Bankgarantie hat insb nach dem 2. Weltkrieg immens an Bedeutung gewonnen (vgl *Schinnerer/Avancini*, Bankverträge II³ [1978] 288 f).

25 Vgl *Zahn/Haas/Ehrlich*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel⁸ (2010) Rz 9/1; *Auhagen*, Die Garantie einer Bank, auf „erstes Anfordern“ zu zahlen (1966) 39 f; *St. Müller*, Bankgarantie 15; *Graf von Westphalen in Westphalen/Zöchling-Jud* 3; *Heidbüchel*, Das UNCITRAL-Übereinkommen 6; von *Caemmerer*, Bankgarantien im Außenhandel, in FS Otto Riese (1964) 298; zur diesbezüglichen Bedeutung der Bürgschaft auf erstes Anfordern *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht³ (2008) 108.

26 Dazu *Canaris*, Die Bedeutung des „materiellen“ Garantiefalls für den Rückforderungsanspruch bei der „Garantie auf erstes Anfordern“, ZIP 1998, 497.

27 Auch bei den diversen Einbehalten, die in Ö typischerweise aus Sicht des Sicherungsgebers als Rückklasse bezeichnet werden, sind dieselben Liquiditätserwägungen anzustellen (vgl *Schinnerer*, ÖBA 1972, 444).

28 Vgl *Dohm*, Bankgarantien im internationalen Handel (1985) 30. Gerade in Zeiten stetig zunehmender Werte von Exportverträgen drängt sich dieses Argument immer mehr in den Vordergrund (vgl dazu *Ehrlich*, Der Anspruch auf Rückforderung unbegründeter Zahlungen bei der Bankgarantie auf erstes Anfordern, in FS Kaissis [2012] 153; *Eleftheriadis*, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern [2001] 14). IdS zur Bürgschaft auf erstes Anfordern *Krämer* (Bürgschaft auf erstes Anfordern, in Bankrecht 2002 [2002] 178).

29 *Pleyer*, Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel, WM Sonderbeilage Nr 2/1973, 7. Zwar muss der Bank idR eine Provision bezahlt werden, das Konto des Auftraggebers wird aber erst nach erfolgtem Abruf belastet (vgl *Heidbüchel*, Das UNCITRAL-Übereinkommen 8).

IV. Grundanliegen im Hinblick auf die nationale Ausgestaltung

Fraglich erscheint jedoch, wieso bzw unter welchen Voraussetzungen sich der Begünstigte auf eine Bankgarantie an Stelle eines Bardepots einlassen sollte. Auf das Bardepot, also das Bargeld, das sich (aus seinem Blickwinkel im Idealfall) beim Begünstigten selbst befindet, kann der Begünstigte naturgemäß und rein logisch immer zugreifen, ohne dass sein Vertragspartner die Behebung im Falle einer aus seiner Sicht unberechtigten Inanspruchnahme verhindern kann.³⁰ Auf eine tatsächliche Berechtigung des Sicherungsnehmers, die Erfüllung formeller Voraussetzungen bzw auf einen sonstigen Auszahlungs(un)willen kommt es dabei – rein praktisch gesehen³¹ – gerade nicht an.

Will man vor diesem Hintergrund bewirken, dass sich der **Begünstigte** dennoch auf eine Bankgarantie anstelle eines Bardepots einlässt, so muss man diese **dem Bardepot** also zumindest **weitestgehend annähern**.³² Da es nämlich keine offenkundigen Vorteile für den Begünstigten durch die Akzeptanz einer Bankgarantie anstelle eines Bardepots gibt, wird der Begünstigte diese nur dann akzeptieren, wenn sie aus seiner Sicht alle Funktionen eines Bardepots erfüllt und insoweit **Bargeldfunktion** übernimmt.

So hat auch der OGH in Zusammenhang mit der Hafrücklassgarantie³³ ausgesprochen: „*Sinn einer Bankgarantie, welche anstelle eines sonst vereinbarten Hafrücklasses gegeben wird, ist nicht, dem Begünstigten nur eine Sicherheit zu geben, sondern der Begünstigte soll so gestellt werden, wie wenn er schon Bargeld in Händen hätte, oder genauer gesagt, wie wenn er die fragliche Summe noch gar nicht aus der Hand gegeben hätte.*“³⁴

Am ehesten wie beim Bardepot bzw beim Hafrücklass ist der Begünstigte zweifelsfrei dann gestellt, wenn er „auf bloßes Anfordern“ immer dann auf den Sicherungsbetrag zugreifen kann, sobald er den Sicherheitsfall für gegeben hält.³⁵

IV. Grundanliegen im Hinblick auf die nationale Ausgestaltung

Aus der soeben aufgezeichneten Interessenlage sowie den Funktionen der Bankgarantie, nämlich der Liquiditäts- und Kreditierungsfunktion zum einen sowie der Bargeldfunktion zum anderen, lassen sich zwei Grundanliegen an eine Bankgarantie im nationalen Recht ableiten:

30 Vgl *Dohm*, Bankgarantien 30.

31 Eine andere Frage ist selbstverständlich jene nach der Rechtmäßigkeit des Zugriffes auf den Barbetrag.

32 In diesem Sinne auch *Schinnerer*, ÖBA 1972, 439.

33 Dieser kommt auch im nationalen Verkehr – insb im Bereich des Baurechts – umfassende Bedeutung zu.

34 Vgl RIS-Justiz RS0017002, zuletzt in OGH 27. 2. 2020, 8 Ob 142/19v.

35 Vgl *Krämer*, Bürgschaft auf erstes Anfordern, in *Bankrecht* 2002 (2002) 183. Im internationalen Verkehr besteht aus Sicht des Begünstigten regelmäßig ein zusätzliches Interesse daran, dass Streitigkeiten erst in einem Rückforderungsprozess ausgetragen werden. Dies gilt va dann, wenn auf den Garantievertrag – anders als auf den Vertrag im Valutaverhältnis – ein für den Begünstigten fremdes Recht zur Anwendung kommt.

A. Klare Anforderungen an einen wirksamen Garantieabruf und internationaler Gleichklang

So stehen der Funktionsfähigkeit der Bankgarantie als Instrument des internationalen Handels einerseits eine exzessive Zulassung von Einwendungen aus dem Valutaverhältnis bzw generell Unklarheiten betreffend die Voraussetzungen für das Entstehen der Zahlungsverpflichtung des Garanten entgegen.

Andererseits ist zur Wahrung der Attraktivität für einen ausländischen Begünstigten ein möglichst weitgehender Gleichlauf der nationalen Regeln mit den internationalen Gepflogenheiten anzustreben,³⁶ denn nationale Alleingänge und die daraus resultierenden Unsicherheiten könnten die Akzeptanz von Garantien nationaler Kreditinstitute gefährden.³⁷ Doch ist die Bankgarantie mangels spezieller gesetzlicher Regelungen trotz dieser besonderen Interessenlage freilich auch im Rahmen der allgemeinen Grundsätze und der zwingenden Grenzen der nationalen Rechtsordnung zu behandeln.³⁸ So ist bspw der Bargeldfunktion durch den Einwand der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme,³⁹ der zwingendes Recht darstellt,⁴⁰ eine Grenze gesetzt.⁴¹

B. Rechtssicherheit bei der Abgrenzung zur Bürgschaft und zu den „Zwischenformen“

Ein weiterer Problemkreis, der der Funktionsfähigkeit der Bankgarantie potentiell entgegensteht, ist in der Frage der Qualifikation einer konkreten Haftungserklärung als Garantie oder Bürgschaft auszumachen. Vor dem Hintergrund des soeben Ausgeführten wird diese Bedeutung insofern augenscheinlich, als die Qualifikation einer Haftungserklärung, die eigentlich als eine solche mit Liquiditätsfunktion beabsichtigt war, als Bürgschaft krass ihren Zweck verfehlt.⁴²

Doch ergeben sich bei der praktischen Abgrenzung häufig sehr schwierige Auslegungsfragen: Obwohl die Zahl unklarer Formulierungen im Bereich der von Banken ausgegebenen Garantien bereits stark rückläufig ist,⁴³ kommen sie außerhalb

36 Vgl *Kleiner/Landolt/Gemperli*, Bankgarantie⁵ (2016) 20.

37 Vgl *Mader* in *Aichhorn* 420; vgl auch *Bollenberger*, Bekämpfung der Inanspruchnahme von Bankgarantie im Lichte aktueller Judikatur, *ÖBA* 2017, 469.

38 Vgl dazu P. Bydlinski, *Moderne Kreditsicherheiten und zwingendes Recht*, *AcP* 190, 180: „Die Grenzen auch abstrakter Verpflichtungen werden durch zwingendes Recht vorgegeben [...].“

39 Die genauen Anforderungen an bzw Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines solchen Einwandes sind hingegen äußerst strittig. Siehe im Detail unten (3. Abschnitt II.D.).

40 Auch dazu unten (3. Abschnitt II.D.2.).

41 Vgl *Zöchling-Jud* in *Westphalen/Zöchling-Jud*, Bankgarantie⁴ 485 mwN.

42 Ähnl auch *Büsser*, *Einreden* 196; *Schmalzl*, *Demand guarantees versus sureties on first demand*, *ILO-Newsletter*, erschienen am 2.3. 2008, online abrufbar unter: https://www.gpp.at/fileadmin/content/anwalt/Schmalzl/Publikationen/SS_ILO_Demand_guarantees_versus_sureties_on_first_demand_02.03.2018.pdf.

43 Vgl *Kleiner/Landolt/Gemperli*, Bankgarantie⁵ (2016) Vorwort.

IV. Grundanliegen im Hinblick auf die nationale Ausgestaltung

des Bankbereiches⁴⁴ noch sehr häufig vor.⁴⁵ *Kleiner/Landolt/Gemperli* sprechen gar von einem nach wie vor herrschenden Wildwuchs.⁴⁶

Der alleinige Grund für unklare Formulierungen ist dabei nicht immer bloß Sorglosigkeit bei der Vertragserrichtung, sondern oft auch die Tatsache, dass der finale Vertragstext einen Kompromiss zwischen den verschiedenen Beteiligten bzw deren Interessen darstellt.⁴⁷ Konsequenz solcher Kompromisse sind sehr oft Vertragstexte, die typische Elemente der Bürgschaft, aber auch solche der Garantie aufweisen.⁴⁸ Erschwerend kommt hinzu, dass die diesbezügliche Rsp – insb des OGH – zwar reichlich, nicht aber unbedingt einheitlich ist; sie wird teils sogar als höchst kasuistisch bezeichnet.⁴⁹

Schlussendlich wird die gegenständliche Problemstellung in der Praxis nochmals durch die zunehmende Heranziehung von diversen Mischformen, insb der Bürgschaft auf erstes Anfordern, verkompliziert.⁵⁰ Als Konsequenz dieser wachsenden Bedeutung der sog „Zwischenformen“⁵¹ muss im Wege der Auslegung nämlich nicht mehr „bloß“ klargestellt werden, ob eine akzessorische oder eine nichtakzessorische Sicherheit vorliegt,⁵² sondern immer auch das Vorliegen einer teilweise (nicht-)akzessorischen Zwischenform in Betracht gezogen werden.⁵³

44 Obwohl sich die vorliegende Arbeit des Begriffes „Bankgarantie“ bedient, sollen auch von anderen Rechtsträgern hinausgelegte Garantien Untersuchungsgegenstand sein. Siehe zum Untersuchungsgegenstand und zum Ursprung des Begriffs „Bankgarantie“ im Detail unten (2. Abschnitt II.B.).

45 So zB im Bereich von Konzernverhältnissen: Auch der OGH hatte sich bereits mit einer unklaren „Parent Company Guarantee“ zu befassen (vgl 6 Ob 142/10s JBl 2012, 654 [Faber] = ÖBA 2011/1740 [P. Bydlinski]).

46 *Kleiner/Landolt/Gemperli*, Bankgarantie⁵ (2016) Vorwort. Ähnl gab sich *Rummel* im Jahr 2000 iZm von Banken hinausgelegten Garantien verwundert über den Umstand, dass „die entsprechenden Texte auch für Standardfälle offenbar häufig immer noch für den Einzelfall ‚gebastelt‘ werden“ (*Rummel*, Auslegung von Bankgarantien, ÖBA 2000, 217).

47 Vgl *Bertrams*, Bank Garanties 218.

48 Auch dürfen in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass die Bürgschaft – anders als die Garantie – gebührenpflichtig ist, und der daraus resultierende Umgehungsdrang in der Praxis nicht unterschätzt werden. Generell zu dieser Problematik *Wenusch*, Bankgarantien in der Baubranche, ZRB 2012, IV.

49 *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1347 Rz 77.

50 Diese ist mittlerweile auch „beim OGH endgültig angekommen“ (so *P. Bydlinski*, Anm zu 6 Ob 18/17s, ÖBA 2018, 50). Siehe zur Bürgschaft auf erstes Anfordern ausführlich unten (4. Abschnitt II.).

51 Siehe zur Bezeichnung der Bürgschaft auf erstes Anfordern als Zwischenform bzw zu den anderen Zwischenformen bereits oben FN 11.

52 Siehe zur Bedeutung der Akzessorietät für die gegenständliche Abgrenzungsfrage unten (4. Abschnitt I.A.).

53 Vgl idS *Förster*, Fusion 511 und passim, der ua in Folge dieser Feststellung gar eine Fusion der betroffenen Personalsicherheiten vorschlägt.

2. Abschnitt – Grundlagen der Bankgarantie

I. (Rechts-)Quellen

A. Rechtsquellen in Österreich

Die Bankgarantie ist in Österreich nicht gesetzlich geregelt. Auch § 880a ABGB kann nicht mehr entnommen werden, als dass Garantien (für die Leistung eines Dritten) abgegeben werden können.⁵⁴ Die konkrete Ausgestaltung des „Rechts der Bankgarantie“ in Österreich geht daher auf die Judikatur, die sich wiederum oft auf die einschlägige Literatur stützt, zurück.⁵⁵

B. Quellen auf internationaler Ebene

Aufgrund der umfassenden Bedeutung der Bankgarantie im internationalen Handel⁵⁶ ist es nicht verwunderlich, dass auf internationaler Ebene bereits Vereinheitlichungsversuche unternommen worden sind:⁵⁷

So hat einerseits die UNCITRAL im Jahr 1995 eine „**Konvention über unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit**“ verabschiedet. Diese Konvention ist zwar schon in Kraft getreten, wurde jedoch nur von wenigen Staaten⁵⁸ – Österreich ist nicht darunter – ratifiziert. Daneben hat die ICC mittlerweile drei Richtlinienwerke zur Bankgarantie verabschiedet: Nach dem nur mäßigen Erfolg⁵⁹ der beiden ersten Publikationen⁶⁰ ist im Jahr 2010 eine vollständige Revision (**ICC-Publikation Nr 758: Uniform Rules for Demand Guarantees – URDG**) in Kraft getreten.

54 *Zöchling-Jud* in *Westphalen/Zöchling-Jud* 466; vgl auch *Koziol* in BVR² V Rz 3/1.

55 *Zöchling-Jud* in *Westphalen/Zöchling-Jud* 467; *Graf*, Aktuelle Entwicklungen im Recht der Bankgarantie, in FS Jud (2012) 101.

56 Siehe dazu bereits oben.

57 Teils wird die Bankgarantie gar als „Institut einer transnationalen *lex mercatoria*“ (vgl *Berger*, Internationale Bankgarantien, DzWir 1993/3, 1) bzw als „eine Art *lex mercatoria*“ (vgl *Nielsen* in *Bankrechts-Handbuch* II³ § 121 Rz 1) bezeichnet.

58 Mit Stand 1. 6. 2020 von Weißrussland, Ecuador, El Salvador, Gabun, Kuwait, Liberia, Panama und Tunesien. Die USA habe die Konvention nur unterzeichnet. Siehe zum aktuellen Status der Konvention: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/1995Convention_guarantees_status.html.

59 *Welter* in *MünKom HGB* VI³ Rz J 6; *Nielsen/Joos*, Bankgarantien bei Außenhandelsgeschäften, in *Hellner/Steuer* (Hrsg), Bankrecht und Bankpraxis III Rz 5/449; von „*erheblicher Akzeptanz*“ spricht dagegen die ICC selbst in der Broschüre zu den ICC 758.

60 ICC-Publikation Nr 325: Uniform Rules for Contract Guarantees – URCG; ICC-Publikation Nr 458/1: Uniform Rules for Demand Guarantees – URDG.

Diese Richtlinienwerke der ICC bedürfen nach ganz hM zur Geltungserlangung einer entsprechenden ausdrücklichen Vereinbarung.⁶¹ Insb lehnt die hA eine Geltung als Gewohnheitsrecht oder als Handelsbrauch ab.⁶² Darüber hinaus ist jedoch strittig, ob es sich bei den Richtlinien um AGB-Klauseln handelt.⁶³ Die entscheidende Frage in diesem Zusammenhang ist jene, ob der Umstand, dass die Einbeziehung der URDG im beiderseitigen oder gar allseitigen Interesse erfolgt, dazu führt, dass es keinen AGB-Verwender gibt.⁶⁴ Konsequenz dieser Ansicht wäre eine möglicherweise bloß eingeschränkte oder gänzliche Unanwendbarkeit des AGB-Rechts. In Österreich wird zu diesem Problem allgemein die Ansicht vertreten, dass bei Formulierung der AGB durch einen Dritten, derjenige Verwender ist, der die AGB in den Verhandlungsprozess einbringt⁶⁵ – so werden bspw auch die (rechtlichen) ÖNORMEN als AGB qualifiziert.⁶⁶ Doch werden die ÖNORMEN aufgrund der konsensualen Beschlussfassung im Österreichischen Normungsinstitut und ihrer daraus resultierenden Eigenschaft „als Kompromiss zwischen den Interessen der an den Werkverträgen beteiligten Personen“⁶⁷ als eine besondere Gattung von AGB, nämlich als sog „qualifiziert konsensualisierte AGB“, verstanden.⁶⁸ Diese Qualifikation schließt eine Inhaltskontrolle zwar nicht aus, erhöht jedoch die Wahrscheinlichkeit, dass die ÖNORMEN dieser standhalten.⁶⁹ Auch die URDG wurden von einer Arbeitsgruppe der ICC, die sich aus Vertretern der Bankkommission und der Kommission für die internationale Handelspraxis zusammensetzt, und daher ebenso im Interesse aller am Garantiegeschäft Beteiligten erarbeitet.⁷⁰ Aufgrund der diesbezüglichen Ähnlichkeit wird man das Vorliegen von „qualifiziert konsensua-

61 Vgl *Graf von Westphalen* in *Westphalen/Zöchling-Jud* 449f; *Schütze/Edelmann*, Bankgarantien 4ff jeweils mwN; noch zu den URDG 458 *Koziol* in *BVR*² V Rz 189; zu den vergleichbaren ERA OGH in 1 Ob 44/05k.

62 Vgl *Graf von Westphalen* in *Westphalen/Zöchling-Jud* 449; *Nielsen/Joos* in *BuB* Rz 5/450 (jedoch noch zu den URDG 458); *Schütze/Edelmann*, Bankgarantien 4ff; *de Gottrau* in *Graf von Westphalen/Zöchling-Jud*, Bankgarantie⁴ 528; dagegen nimmt *Kollik* hinsichtlich einzelner Bestimmung der URDG 458 einen Handelsbrauch an (*Kollik*, Bankgarantien und die ERAG, Diss, Graz 2007 [nicht veröffentlicht]).

63 Dafür bspw *Graf von Westphalen* in *Westphalen/Zöchling-Jud* 450; *Förster*, Fusion 115 FN 408. Mit der Begründung, dass es keinen AGB-Verwender gebe, dagegen *Schütze/Edelmann*, Bankgarantien 6ff. Die ERA für Dokumentenakkreditive werden nach österreichischer Ansicht als AGB verstanden (*Friedl*, Anm zu OGH 1 Ob 44/05k, *ecolex* 2005, 762).

64 Vgl *Graf von Westphalen* in *Westphalen/Zöchling-Jud* 450.

65 OGH 10 Ob 50/11 t Zak 2011, 376 = *immolex*-LS 2011/83 = *RdW* 2012, 17.

66 So *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, *KSChG*⁴ § 864a Rz 6; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB*⁴ § 864a Rz 5; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.05} § 864a Rz 36; *Wenusch*, *ÖNORM* B 2110 – *Bauwerkvertragsrecht*² (2011) 83; *Karasek*, *ÖNORM* B 2110³ (2016) Rz 98; speziell zur *ÖNORM* B 2110 OGH 6 Ob 566/95 *ecolex* 1995, 891 = *HS* 26.670; OGH 14. 12. 2017, 2 Ob 206/16g; aA *Krejci*, Über „ungewöhnliche“ Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern, *ÖJZ* 1981, 150; ihm folgend *Rummel* in *Rummel/Lukas*, *ABGB*⁴ § 864a Rz 18.

67 OGH 14. 12. 2017, 2 Ob 206/16g.

68 Vgl *Gölles*, *ÖNORMEN* B 2110 und B 2118 – die neuen Bauvertragsmuster ab 2009, Anm zu *VfGH* 9. 3. 2007, G 174/06, *ecolex* 2009, 307.

69 *Karasek*, *ÖNORM* B 2110³ (2016) Rz 98.

70 Aufzeigend *Schütze/Edelmann*, Bankgarantien 7.