

STEFAN ARNOLD

Die Bürgschaft auf  
erstes Anfordern im  
deutschen und englischen  
Recht

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

*Studien zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

196

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

196

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann





Stefan Arnold

Die Bürgschaft auf erstes  
Anfordern im deutschen und  
englischen Recht

Mohr Siebeck

*Stefan Arnold*, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaften in Erlangen und Cambridge; 2007 Promotion; akademischer Rat a. Z. an der Ludwigs-Maximilians-Universität München.

e-ISBN PDF 978-3-16-151381-7

ISBN 978-3-16-149550-2

ISSN 0720-1141 (Studien 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.

© 2008 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 Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

## Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2007 von der Juristischen Fakultät der Universität Erlangen als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung wurden Rechtsprechung und Literatur bis Dezember 2007 berücksichtigt.

Mein Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater, Prof. Dr. Mathias Rohe, der mich bei der Erstellung der Arbeit und darüber hinaus in vielfältiger Weise unterstützt hat. Danken möchte ich auch Prof. Dr. Thomas Ackermann für die Erstellung des Zweitgutachtens. Ferner danke ich der Studienstiftung des Deutschen Volkes für die Förderung dieser Arbeit durch ein Promotionsstipendium, der BayernLB für die Verleihung des Wissenschaftspreises 2007 sowie dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe. Besonderen Dank schulde ich Johannes Bolkart, Dr. Wolfgang Fleck und Prof. Dr. Hannes Unberath für die sorgsame Lektüre einzelner Kapitel, wertvolle Hinweise und fruchtbare Streitgespräche. Die mühsame Arbeit des Korrekturlesens haben meine Frau, Katrin Arnold, meine Eltern, Gerhard und Herta Arnold, sowie meine Schwester, Dr. Ellen Arnold, auf sich genommen. Auch dafür danke ich ihnen.

München, im Dezember 2007

Stefan Arnold



# Inhaltsübersicht

<i>Vorwort</i> .....	V
<i>Inhaltsübersicht</i> .....	VII
<i>Inhaltsverzeichnis</i> .....	IX
§ 1 <i>Exposition</i> .....	1
A. Einführung.....	1
B. Methodische Vorbemerkung .....	2
C. Grundlegende Strukturen.....	4
§ 2 <i>Entstehung, Bedeutung, Funktionen</i> .....	9
A. Entstehungsgeschichte und Entstehungsgründe .....	9
B. Verwendung und Bedeutung .....	12
C. Funktionen.....	17
§ 3 <i>Abgrenzung und Rechtsnatur</i> .....	22
A. Akzessorische Bürgschaft ( <i>conditional guarantee</i> ).....	22
B. Garantie auf erstes Anfordern.....	26
C. Abstraktes Schuldversprechen.....	32
D. Darlehen.....	36
E. Dokumentenakkreditiv ( <i>letter of credit</i> ).....	37
F. <i>Standby letter of credit</i> .....	46
G. Rechtsvergleichende Anmerkungen .....	47
§ 4 <i>Vertragsauslegung</i> .....	51
A. Vertragsauslegung im englischen Recht.....	51
B. Vertragsauslegung im deutschen Recht.....	63
C. Rechtsvergleichende Bewertung .....	68
§ 5 <i>Formerfordernisse und Aufklärungspflichten – Transparenz, Seriosität und Eigenverantwortung</i> .....	70
A. Formerfordernisse.....	70
B. Aufklärungspflichten des Gläubigers .....	74



§ 6	<i>Wirksame Begründung</i> .....	88
	A. Problembeschreibung .....	88
	B. Begründung im Individualvertrag .....	89
	C. Begründung im Formularvertrag .....	93
§ 7	<i>Die Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern</i> .....	133
	A. Problembeschreibung .....	133
	B. Verpflichtung im Individualvertrag .....	133
	C. Verpflichtung im Formularvertrag .....	137
	D. Vertragsinhalt bei unwirksamer Anforderungsverpflichtung .....	158
§ 8	<i>Die Zahlungspflicht des Bürgen</i> .....	173
	A. Einführung .....	173
	B. Bestehen einer Bürgschaft auf erstes Anfordern .....	175
	C. Anforderung der gesicherten Forderung .....	178
	D. Die formellen Voraussetzungen der Zahlungspflicht .....	181
	E. Die materiellen Grenzen der Zahlungspflicht .....	199
	F. Aspekte zur Weiterentwicklung der Grenzen der Zahlungspflicht ..	253
	G. Aufrechnung .....	286
§ 9	<i>Ansprüche nach erfolgter Zahlung</i> .....	294
	A. Einführung .....	294
	B. Der Aufwendungsersatzanspruch des Bürgen .....	294
	C. Rückforderungsansprüche .....	296
§ 10	<i>Zusammenfassung und Ausblick</i> .....	312
	<i>Literaturverzeichnis</i> .....	321
	<i>Sachregister</i> .....	331

# Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i> .....	V
<i>Inhaltsübersicht</i> .....	VII
<i>Inhaltsverzeichnis</i> .....	IX
§ 1 <i>Exposition</i> .....	1
A. Einführung.....	1
B. Methodische Vorbemerkung .....	2
C. Grundlegende Strukturen.....	4
I. Zahlungspflicht und Missbrauchsrisiko.....	4
II. Vertragsstruktur und Zahlungskette .....	5
III. Risikoverteilung.....	8
§ 2 <i>Entstehung, Bedeutung, Funktionen</i> .....	9
A. Entstehungsgeschichte und Entstehungsgründe .....	9
B. Verwendung und Bedeutung .....	12
I. Bauwesen.....	13
II. Konzernfinanzierung .....	15
III. Kauf, Miete, Pacht .....	16
IV. Internationaler Geschäftsverkehr.....	16
C. Funktionen.....	17
I. Sicherungsfunktion.....	18
II. Liquiditätsfunktion .....	18
III. Risikoverteilungsfunktion .....	19
IV. Druckfunktion.....	20
V. Finanzierungsfunktion .....	21
§ 3 <i>Abgrenzung und Rechtsnatur</i> .....	22
A. Akzessorische Bürgschaft ( <i>conditional guarantee</i> ).....	22
I. „Bürgschaft“ und „ <i>guarantee</i> “: terminologische Vorbemerkung	22
II. Unterschiede und Gemeinsamkeiten .....	24
III. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern als Sonderform der akzessorischen Bürgschaft?.....	25
B. Garantie auf erstes Anfordern.....	26
I. Die identische Ausgestaltung der Zahlungspflicht: die	

Bürgschaft auf erstes Anfordern als Garantie?.....	26
II. Die Unterschiede in der Rechtslage nach Auszahlung: Kritik der Qualifizierung als Garantie .....	27
III. Funktionelle Austauschbarkeit von Bürgschaft auf erstes Anfordern und Garantie auf erstes Anfordern.....	29
IV. Zur Bedeutung der Garantie auf erstes Anfordern für diese Arbeit.....	31
V. „Bürgschaft auf erstes Anfordern“ und „ <i>first demand</i> <i>guarantee</i> “: terminologische Zwischenbemerkung.....	31
C. Abstraktes Schuldversprechen.....	32
I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede .....	32
II. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern als abstraktes Schuldversprechen?.....	33
D. Darlehen.....	36
E. Dokumentenakkreditiv ( <i>letter of credit</i> ).....	37
I. Funktion und Bedeutung .....	38
II. Gemeinsamkeiten zur <i>first demand guarantee</i> und die weitreichende Analogie der englischen Rechtsprechung.....	39
III. Unterschiede zur <i>first demand guarantee</i> und Debattistas Qualifizierung.....	42
F. <i>Standby letter of credit</i> .....	46
G. Rechtsvergleichende Anmerkungen .....	47
I. Rückgriff auf etablierte, funktionsverwandte Rechtsinstitute .....	47
II. „Abstract concepts versus pragmatism“ .....	48
III. Zur Qualifizierung der Bürgschaft auf erstes Anfordern.....	49
§ 4 <i>Vertragsauslegung</i> .....	51
A. Vertragsauslegung im englischen Recht.....	51
I. Die objektive Vertragsauslegung.....	51
II. Die <i>contra proferentem rule</i> .....	55
III. <i>Extrinsic Evidence</i> .....	55
IV. Leitlinien der Auslegung .....	61
B. Vertragsauslegung im deutschen Recht.....	63
I. Das Zusammenspiel von objektiver und subjektiver Auslegung .	63
II. Die Bedeutung externer Auslegungskriterien.....	64
III. Keine Bürgschaft auf erstes Anfordern trotz ausdrücklicher Anforderungsklausel.....	66
C. Rechtsvergleichende Bewertung .....	68
§ 5 <i>Formerfordernisse und Aufklärungspflichten – Transparenz,   Seriosität und Eigenverantwortung</i> .....	70
A. Formerfordernisse.....	70
I. Formerfordernisse im deutschen Recht .....	70

II. Formerfordernisse im englischen Recht .....	71
1. <i>Statute of Frauds</i> .....	71
2. <i>Consideration</i> .....	72
III. Rechtsvergleichende Anmerkung .....	73
B. Aufklärungspflichten des Gläubigers .....	74
I. Aufklärungspflichten im deutschen Recht .....	75
1. Aufklärungspflichten des Gläubigers dem Bürgen gegenüber .....	75
a) Informations- und Aufklärungspflichten im Bürgschaftsrecht .....	75
b) Aufklärungspflichten bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern .....	76
c) Rechtsfolgen .....	77
d) Die dogmatische Einordnung der Aufklärungspflicht .....	78
2. Aufklärungspflichten des Gläubigers dem Hauptschuldner gegenüber .....	79
II. Aufklärungspflichten im englischen Recht .....	81
1. Rechtsfolgen der Verletzung einer Aufklärungspflicht .....	81
2. Fallgruppen .....	82
a) <i>Misrepresentation</i> .....	82
b) <i>Custom</i> .....	82
c) <i>Contracts uberrimae fidei</i> .....	83
III. Rechtsvergleichende Bemerkungen .....	84
1. Aufklärungspflichten dem Bürgen gegenüber .....	84
2. Aufklärungspflichten dem Hauptschuldner gegenüber .....	86
§ 6 <i>Wirksame Begründung</i> .....	88
A. Problembeschreibung .....	88
B. Begründung im Individualvertrag .....	89
I. Deutsches Recht .....	89
1. Die Entwicklung der Rechtsprechung .....	89
2. Nichtigkeit gemäß § 138 BGB? .....	90
II. Englischsches Recht: <i>void on grounds of public policy</i> ? .....	92
III. Ergebnis .....	93
C. Begründung im Formularvertrag .....	93
I. Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle im deutschen Recht .....	94
1. Der Prüfungsgegenstand .....	94
2. Einziehungskontrolle .....	97
a) Zur objektiven Ungewöhnlichkeit der Anforderungsklausel .....	97
b) Zum normativen Element des § 305 c) Abs. 1 BGB .....	98
3. Inhaltskontrolle .....	101
a) § 309 Nr. 12 BGB .....	101

b) § 307 BGB .....	103
aa) § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	104
bb) § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	111
cc) § 307 Abs. 1 BGB .....	114
4. Rechtsfolgen .....	117
II. Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle im englischen Recht .....	118
1. Gesetzliche Formularkontrolle .....	118
a) Der <i>Unfair Contract Terms Act</i> (1977) .....	119
b) Die <i>Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations</i> (1999) .....	119
c) Die Rechtslage unter der <i>Draft Bill der Law Commission</i> .....	119
2. Richterrechtliche Formularkontrolle .....	120
a) Richterliche Einbeziehungskontrolle – <i>Incorporation in the contract</i> .....	121
aa) Einbeziehungsmöglichkeiten von Vertragsklauseln.	121
bb) Zur Bedeutung der Einbeziehungsmöglichkeiten bei der Anforderungsklausel.....	122
cc) Die Einbeziehung ungewöhnlicher oder außergewöhnlich belastender Vertragsklauseln .....	123
dd) Die Anforderungsklausel als ungewöhnliche oder außergewöhnlich belastende Vertragsbestimmung ..	124
ee) Einbeziehung der Anforderungsklausel bei Ungewöhnlichkeit.....	125
ff) Zusammenfassung .....	125
b) Auslegung .....	126
c) Inhaltskontrolle .....	127
3. Rechtsfolgen .....	129
III. Rechtsvergleichende Bewertung .....	129
1. Zur Einbeziehungskontrolle .....	129
a) Verbraucher als Bürge .....	129
b) Unternehmer als Bürge.....	130
2. Zur Inhaltskontrolle .....	130
a) Überblick .....	130
b) Zur Wirksamkeit der formularmäßig vereinbarten Anforderungsklausel.....	131
aa) Verbraucher als Bürge .....	131
bb) Unternehmer als Bürge.....	132
§ 7 Die Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern .....	133
A. Problembeschreibung .....	133
B. Verpflichtung im Individualvertrag .....	133

I. Deutsches Recht .....	134
1. Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 2 Alt. 1 BGB in der Baubranche? .....	134
2. Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB .....	136
II. Englisches Recht.....	136
III. Ergebnis .....	136
C. Verpflichtung im Formularvertrag .....	137
I. Einbeziehung- und Inhaltskontrolle im deutschen Recht .....	137
1. Der Prüfungsgegenstand.....	138
2. Einbeziehungskontrolle .....	139
a) Zur objektiven Ungewöhnlichkeit der Anforderungsverpflichtung .....	140
b) Zum normativen Tatbestandselement des § 305 c) Abs. 1 BGB .....	141
3. Inhaltskontrolle.....	142
a) § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	142
b) § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	143
c) § 307 Abs. 1 S. 1 BGB .....	144
II. Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle im englischen Recht .....	147
1. Gesetzliche Kontrolle der Anforderungsverpflichtung .....	147
a) Der <i>Unfair Contract Terms Act</i> (1977) .....	147
b) Die <i>Unfair Terms in Consumer Contracts                 Regulations</i> (1999) .....	148
c) Die Rechtslage unter der <i>Draft Bill</i> der <i>Law                 Commission</i> .....	149
2. Richterrechtliche Kontrolle .....	150
a) Richterrechtliche Einbeziehungskontrolle.....	150
b) Auslegung.....	151
c) Inhaltskontrolle.....	151
III. Rechtsvergleichende Bemerkungen .....	152
1. Zur Einbeziehungskontrolle .....	152
2. Zur Inhaltskontrolle .....	153
a) Zur Risikoverteilung zu Lasten des Hauptschuldners....	153
b) Die Risiken und Gefahren als zwangsläufige Folge der Liquiditätsfunktion .....	154
c) Zur Schutzbedürftigkeit des Hauptschuldners.....	154
d) Zur Beeinträchtigung der Rechtssicherheit .....	155
e) Zusammenfassung .....	158
3. Unwirksamkeit bei Verbraucherbeteiligung.....	158
4. Wirksamkeit im unternehmerischen Bereich.....	158
D. Vertragsinhalt bei unwirksamer Anforderungsverpflichtung.....	158
I. Deutsches Recht .....	159

1. Die Lösung des BGH: ergänzende Vertragsauslegung .....	159
2. Kritik.....	160
a) Zur Anwendung der §§ 133, 157 BGB im Rahmen des § 306 Abs. 2 BGB .....	161
b) Der Vorrang des dispositiven Rechts .....	162
c) Die Verschleierung einer inhaltlichen Begründung .....	163
d) Die Fehlerhaftigkeit des Auslegungsergebnisses .....	163
3. Die methodische Alternative .....	165
4. Ausblick.....	166
5. Zusammenfassung .....	168
II. Englischs Recht.....	168
III. Rechtsvergleichende Bemerkungen .....	171
§ 8 Die Zahlungspflicht des Bürgen .....	173
A. Einführung .....	173
I. Zahlungspflicht und Privatautonomie .....	173
II. Zahlungspflicht und Missbrauchsrisiko.....	173
III. Überblick .....	174
B. Bestehen einer Bürgschaft auf erstes Anfordern .....	175
I. Ausgangspunkt und Problematik.....	175
II. Fallkonstellationen.....	176
1. Auslegungsfragen .....	176
2. Fälschungsfälle .....	176
3. Erlöschen der Bürgschaft wegen Zeitablaufs .....	176
4. Zusammenfassung .....	177
C. Anforderung der gesicherten Forderung.....	178
I. Deutsches Recht .....	178
II. Englischs Recht.....	179
III. Zur Entbehrlichkeit beweisrechtlicher Einschränkungen im englischen Recht.....	180
D. Die formellen Voraussetzungen der Zahlungspflicht.....	181
I. Zahlungsmechanismen .....	181
1. Anforderungserklärung als einzige Zahlungsvoraus- setzung .....	182
2. Behauptung des Eintritts des materiellen Bürgschaftsfalls ..	183
3. Vorlage zusätzlicher, von Dritten ausgestellter Doku- mente .....	183
4. Vorlage einer Schiedsgerichts- oder Gerichtsentscheidung .	184
5. Zusammenfassung .....	185
II. Dokumentenstrenge ( <i>strict compliance</i> ).....	185

1. Deutsches Recht .....	186
2. Englischs Recht.....	187
3. Zur Berechtigung der „milden“ Dokumentenstrenge .....	188
a) Dokumentierung der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung des Gläubigers? .....	189
b) Missbrauchserschwerung?.....	190
c) Erleichterung der Handhabung im Geschäftsverkehr? ...	190
d) Zusammenfassung .....	191
III. Spezifizierung des materiellen Bürgschaftsfalles ( <i>a need to state the basis of the claim</i> ) .....	192
1. Die differenzierende Position des englischen Rechts .....	192
2. Die ablehnende Position des deutschen Rechts .....	193
3. Rechtsvergleichende Bemerkungen .....	194
a) Zum Ausgangspunkt der Argumentation .....	194
b) Zur schlüssigen Darlegung und Substantiierung des materiellen Bürgschaftsfalls .....	195
c) Zu möglichen Ausnahmen.....	197
E. Die materiellen Grenzen der Zahlungspflicht .....	199
I. Die Notwendigkeit materieller Grenzen der Zahlungspflicht ...	199
1. Liquiditätsfunktion und Prinzip der Unabhängigkeit .....	199
2. Prinzip der Unabhängigkeit und Missbrauchsrisiko .....	201
3. Das Spannungsfeld von Liquiditätsfunktion und Missbrauchsrisiko.....	202
II. Überblick über die Grundvoraussetzungen von Rechtsmissbrauch und <i>fraud</i> .....	202
1. Deutsches Recht: Rechtsmissbrauch, § 242 BGB .....	203
2. Englischs Recht: <i>clear or established fraud with knowledge to the bank</i> .....	205
3. Rechtsvergleichende Bemerkungen zu den subjektiven Tatbestandvoraussetzungen .....	206
III. Beweiserbringung bei Rechtsmissbrauch und <i>fraud</i> .....	209
1. Deutsches Recht: offensichtlicher oder liquide beweisbarer Rechtsmissbrauch .....	209
a) Zur Rechtsprechung.....	209
b) Zur Kritik in der deutschen Literatur.....	210
c) Zulässige Beweismittel im Einzelnen .....	214
2. Englischs Recht: Erhöhte Anforderungen an das Beweismaß.....	215
a) Beweismaß im Verfügungsverfahren .....	215
b) Beweismaß im summarischen Verfahren .....	217



3. Rechtsvergleichende Bemerkungen: Beweismittel versus Beweismaß.....	219
IV. Rechtsmissbrauch und <i>fraud</i> in den relevanten prozessualen Konstellationen.....	219
1. Die Inanspruchnahme des Bürgen auf Zahlung durch den Gläubiger (Anforderungsprozess) .....	220
a) Praktische Bedeutung .....	220
b) Urkundenprozess und summarisches Verfahren .....	220
2. Gegen den Bürgen gerichtetes Verfügungsverfahren.....	221
a) Praktische Bedeutung .....	221
b) Benachrichtigungspflicht des Bürgen.....	222
aa) Englisches Recht.....	223
bb) Deutsches Recht .....	223
cc) Rechtsvergleichende Bemerkungen .....	224
c) Verfügungsverfahren gegen den Bürgen im deutschen Recht.....	226
aa) Verfügungsanspruch.....	226
bb) Verfügungsgrund.....	228
d) Verfügungsverfahren gegen den Bürgen im englischen Recht.....	229
aa) <i>Cause of Action</i> .....	229
bb) <i>Balance of convenience</i> .....	231
e) Rechtsvergleichende Bemerkungen .....	232
aa) Zu den Erfolgsaussichten des Hauptschuldners .....	232
bb) Kritik.....	233
cc) Folgerungen.....	236
3. Gegen den Gläubiger gerichtetes Verfügungsverfahren .....	238
a) Praktische Bedeutung .....	238
b) Deutsches Recht .....	239
aa) Verfügungsanspruch.....	239
bb) Verfügungsgrund.....	239
cc) Rechtsschutzinteresse .....	240
c) Englisches Recht.....	241
aa) <i>Cause of action</i> .....	241
bb) <i>Balance of convenience</i> .....	241
d) Rechtsvergleichende Bemerkungen .....	243
4. Erstattungsprozess des Bürgen gegen den Hauptschuldner .	245
5. Dinglicher Arrest und <i>Mareva-injunction</i> .....	245
V. Besonderheiten bei weiteren Beteiligten .....	246
VI. Rechtsvergleichende Bemerkung zu den Grenzen der Zahlungspflicht.....	250

1.	Zur Handhabung der Grenzen der Zahlungspflicht .....	250
2.	Zur Analogie von <i>first demand guarantee</i> und <i>letter of credit</i> .....	251
3.	Zur fehlenden Rechtssicherheit im deutschen Recht.....	253
F.	Aspekte zur Weiterentwicklung der Grenzen der Zahlungspflicht ..	253
I.	Zur dogmatischen Grundlage von Rechtsmissbrauch und <i>fraud</i> .....	254
1.	Rechtsmissbrauch als Einwendung des Bürgen aus eigenem Recht .....	254
2.	Objektives Rechtsprinzip oder subjektive Vertrags- grundlage? .....	255
a)	Der objektive Erklärungsansatz: „ <i>ex turpi causa non oritur actio</i> “ .....	255
b)	Der subjektive Ansatz: <i>implied contract terms</i> .....	257
c)	Die Vorzugswürdigkeit des objektiven Erklärungs- ansatzes.....	258
aa)	Zur fehlenden Vollständigkeit des subjektiven Erklärungsansatzes .....	258
bb)	Zum vertraglichen Ausschluss des Betrugstat- bestands .....	260
3.	Praktische Implikationen .....	261
II.	Die Ausgestaltung der Grenzen der Zahlungspflicht in der <i>United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit</i> .....	262
1.	Zur Entwicklung der Konvention .....	262
2.	Der Anwendungsbereich der Konvention .....	263
3.	Das Prinzip der Unabhängigkeit und seine Ausnahmen in der Konvention .....	266
a)	Einführung.....	266
b)	Dokumentenfälschung.....	267
c)	Fehlen der angegebenen Grundlage der Zahlungsanforderung.....	267
d)	Zweckwidrige Anforderung .....	268
4.	Einstweilige Verfügungen .....	270
5.	Bewertung.....	272
III.	Wichtige Anwendungsfälle von Rechtsmissbrauch und <i>fraud</i> ...	272
1.	Mängel des Valutaverhältnis .....	273
2.	Fehlende Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern im Valutaverhältnis.....	275
a)	Das Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger .....	275
b)	Das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürge.....	276
c)	Das Verhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner ....	278

3.	Fehlende Pflichtverletzung des Hauptschuldners.....	279
a)	Vollständige und ordnungsgemäße Vertragserfüllung...	279
b)	Durch höhere Gewalt verursachte Nichterfüllung.....	280
4.	Pflichtverletzung des Gläubigers.....	281
5.	Unangemessene Höhe des angeforderten Betrags.....	282
6.	Gefährdung des Rückforderungsanspruchs .....	282
a)	Drohende Insolvenz oder Auslandssitz des Gläubigers .	282
b)	Insolvenz des Gläubigers und Unzulänglichkeit der Insolvenzmasse.....	284
G.	Aufrechnung .....	286
I.	Aus dem Valutaverhältnis stammende Gegenforderungen .....	286
II.	Vom Valutaverhältnis unabhängige Gegenforderungen .....	287
1.	Die Zulässigkeit der Aufrechnung im deutschen und englischen Recht.....	287
2.	Kritik.....	289
a)	Aufrechnung und Liquiditätsfunktion .....	289
b)	Die dogmatische Begründung des grundsätzlichen Aufrechnungsverbots.....	291
§ 9	<i>Ansprüche nach erfolgter Zahlung</i> .....	294
A.	Einführung.....	294
B.	Der Aufwendungsersatzanspruch des Bürgen.....	294
I.	Das Verhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner .....	294
II.	Die Voraussetzungen des Aufwendungsersatzanspruchs.....	295
C.	Rückforderungsansprüche .....	296
I.	Die Rückforderung bei Rechtsmissbrauch und <i>fraud</i> .....	297
1.	Der Rückforderungsanspruch des Bürgen.....	297
2.	Rückforderung trotz Kenntnis des Bürgen vom Betrug oder Rechtsmissbrauch? .....	297
a)	Englisches Recht: die <i>in pari delictu</i> -Einrede .....	297
b)	Deutsches Recht: Ausschluss der Rückforderung gemäß § 814 BGB .....	298
c)	Zur größeren Flexibilität des englischen Rechts .....	299
II.	Die Rückforderung ohne Rechtsmissbrauch und <i>fraud</i> .....	299
1.	Deutsches Recht .....	300
a)	Der Rückforderungsanspruch des Bürgen.....	300
aa)	Zur Rechtsnatur des Rückforderungsanspruchs .....	300
bb)	Die Beweislastumkehr zugunsten des Bürgen .....	302
b)	Der Rückforderungsanspruch des Hauptschuldners.....	303
c)	Verhältnis der Ansprüche von Hauptschuldner und Bürge .....	304
d)	Zur Rückforderung im Urkundenprozess.....	304

2. Englischs Recht.....	306
a) Rückforderungsanspruch des Bürgen? .....	306
b) Rückforderungsanspruch des Hauptschuldners? .....	306
3. Rechtsvergleichende Bemerkungen .....	307
a) Zur Aktivlegitimation.....	307
b) Zur Beweislastverteilung.....	308
c) Zur Rechtsnatur der Rückforderungsansprüche .....	310
§ 10 Zusammenfassung und Ausblick .....	312
§ 11 Literaturverzeichnis.....	321
Sachregister.....	331



## § 1 Exposition

Es gibt keine patriotische Kunst und keine patriotische Wissenschaft. Beide gehören, wie alles hohe Gute, der ganzen Welt an und können nur durch allgemeine freie Wechselwirkung aller zugleich Lebenden, in steter Rücksicht auf das, was uns vom Vergangenen übrig und bekannt ist, gefördert werden.

*Johann Wolfgang von Goethe*<sup>1</sup>

### A. Einführung

Kreditsicherheiten dienen dazu, die Risiken wirtschaftlicher Akteure zu minimieren. Wenn Liquiditätsbedarf entsteht, sobald sich ein Risiko verwirklicht, wollen Gläubiger ihre Sicherheit schnell und zuverlässig realisieren können. Dieses Bedürfnis erfüllt im deutschen und im englischen Recht die Bürgschaft auf erstes Anfordern. Sie ermöglicht dem Gläubiger, Liquidität zu erhalten, sobald *er* den Sicherungsfall für eingetreten hält. Aus der raschen und einfachen Realisierbarkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern resultiert indes ein nicht unerhebliches Missbrauchsrisiko. Das Recht muss daher zweierlei leisten: Es muss erstens die Bürgschaft auf erstes Anfordern so gestalten, dass sie ihre Kernfunktion – schnelle Liquiditätszufuhr im Sicherungsfall – erfüllen kann. Zweitens muss es Mechanismen bereitstellen, die das Missbrauchsrisiko wirkungsvoll eindämmen. Wie deutsches und englisches Recht diese Ordnungsaufgabe erfüllen, wird in dieser Arbeit untersucht.

Kaum ein Rechtsinstitut in diesem Bereich hat die deutschen Gerichte in den letzten Jahren so intensiv beschäftigt wie die Bürgschaft auf erstes Anfordern. Auch die deutsche Literatur hat sich mit ihr eingehend aus nationaler Perspektive befasst.<sup>2</sup> Es fehlen aber bislang rechtsvergleichende Untersuchungen zur Bürgschaft auf erstes Anfordern. In diese Lücke tritt die vorliegende Arbeit.

Ziel dieser Arbeit ist es, die von der Bürgschaft auf erstes Anfordern aufgeworfenen Probleme zu analysieren und Lösungsvorschläge zu unter-

---

<sup>1</sup> *Wilhelm Meisters Wanderjahre (Aus Makariens Archiv).*

<sup>2</sup> Der Bürgschaft auf erstes Anfordern wurden im deutschen Recht allein vier Monographien gewidmet (von *Oettmeier, Lukas, Eleftheriadis* und *Schlenzig*).

breiten. Dazu werden die Antworten des deutschen und englischen Rechts gegenübergestellt und kritisch bewertet. Durch den Vergleich mit dem englischen Recht erhalten die in dieser Arbeit entwickelten Lösungsvorschläge ein breiteres Fundament. Das ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern kann auch für die rechtliche Praxis von Nutzen sein. Außerdem versteht sich diese Arbeit als Beitrag zum europäischen Privatrecht. Ein europäisches Privatrecht ist kaum ohne europäisches Kreditsicherungsrecht denkbar.<sup>3</sup> Harmonisierung setzt aber rechtsvergleichende Untersuchungen voraus. Die vorliegende Arbeit könnte daher eine mögliche Harmonisierung des europäischen Kreditsicherungsrechts vorantreiben.<sup>4</sup>

## B. Methodische Vorbemerkung

Voraussetzung jeder rechtsvergleichenden Arbeit ist die Wahl passender Vergleichsgegenstände und eines sinnvollen Vergleichsmaßstabs. Diese Arbeit vergleicht deutsches und englisches Recht. Vergleichsmaßstab ist, wie befriedigend diese Rechtsordnungen die Bürgschaft auf erstes Anfordern ausgestalten. Der rote Faden dieser Arbeit wird dabei die Frage sein, mit welchen Instituten und mit welchem Erfolg englisches und deutsches Recht die Liquiditätsfunktion der Bürgschaft auf erstes Anfordern verwirklichen, ohne die Missbrauchsrisiken ausufern zu lassen. Weshalb das englische Recht als Vergleichsgegenstand gewählt wurde, sei im Folgenden kurz erläutert.

Das englische Recht bietet sich aus mehreren Gründen als Vergleichsgegenstand an. Erstens hat das englische Recht große praktische Bedeutung.<sup>5</sup> Vor allem aber bietet es in Methode wie Inhalt interessante Kontraste zum deutschen Recht.<sup>6</sup>

Zum einen könnte das deutsche Recht bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern von der Methodik des englischen Rechts profitieren. Die deutsche Rechtsprechung lässt in diesem Bereich gelegentlich ein sorgsames *reasoning from case to case* vermissen. Das trifft etwa auf die Beweislastumkehr beim Rückforderungsprozess zu.<sup>7</sup> Englische Richter haben eine ausgefeilte Methodik der Fallunterscheidung entwickelt. Diese Methode gründet im Wesen des *Common Law*, das im Gegensatz zum deutschen Recht

---

<sup>3</sup> Vgl. etwa *Schlechtriem*, ZEuP 2002, S. 213, 217.

<sup>4</sup> Erste Regelungsvorschläge auf diesem Gebiet hat die *Study Group on a European Civil Code* erarbeitet, abrufbar unter [http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm). Zu den hier relevanten *Principles of European Law on Personal Security* vom Oktober 2005 vgl. eingehend *Drobnig*, *Personal Securities*.

<sup>5</sup> S. nur *Lord Goff*, JCL 1992, S. 1 f.

<sup>6</sup> Jüngst dazu: *Kötz*, Festschrift Heldrich (2005), S. 771, 776.

<sup>7</sup> S. dazu eingehend unten, § 9 C. II. 3. b).

nicht auf einer gesetzlichen Kodifikation, sondern auf Präzedenzentscheidungen beruht.<sup>8</sup> Entscheidungen des House of Lords binden in ihrer *ratio decidendi* alle anderen Gerichte.<sup>9</sup> Entscheidungen des Court of Appeal sind in gleicher Weise für die Instanzgerichte bindend.<sup>10</sup> Englische Richter prüfen daher bei jedem Fall, ob dieser von früheren Entscheidungen erfasst wird oder von diesen unterschieden werden kann (*distinguish the case on the facts*).<sup>11</sup> Dabei gehen sie weniger deduktiv als induktiv vor.<sup>12</sup> Die Richter nehmen ihren Ausgangspunkt nicht bei einem übergeordneten Prinzip, ordnen den zu entscheidenden Fall nicht analytisch einer allgemeinen Rechtsregel unter. Vielmehr gehen sie vom konkreten Problem, dem zu entscheidenden Sachverhalt aus. Sachverhalt und Problem werden auf ihre Unterschiede und Gemeinsamkeiten mit anderen Sachverhalten und Problemen untersucht. So entwickelt sich das englische Recht von Fall zu Fall wie ein „nahtloses Spinnennetz“ (*seamless web*).<sup>13</sup>

Inhaltlich setzt das englische Recht bei vielen Wertungsfragen andere Akzente als das deutsche Recht. Das englische Privatrecht ist stärker vom liberalistischen Geist des 19. Jahrhunderts geprägt als das deutsche Privatrecht,<sup>14</sup> in dem sozialstaatliche Aspekte und Schutzgedanken eine wichtige Rolle spielen. Dementsprechend greifen englische Gerichte viel zurückhaltender in vertragliche Regelungsgefüge ein als deutsche Gerichte.<sup>15</sup> Schutzgedanken werden im englischen Recht weniger stark betont. Bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern treten diese Unterschiede an vielen Stellen zu Tage. Besonders klar stechen sie etwa bei den Aufklärungspflichten des Gläubigers und bei der Zahlungspflicht des Bürgen ins Auge.<sup>16</sup> Diese Arbeit wird weder die Wertungen des englischen noch die des deutschen Rechts unkritisch hinnehmen, sondern in einem dialektischen Prozess gegenüberstellen und hinterfragen.

Was die Methode der Rechtsfindung angeht, ist in dieser Arbeit eine Besonderheit zu beachten. Weder die Bürgschaft auf erstes Anfordern in

---

<sup>8</sup> Vgl. etwa *Beatson*, CLJ 1997, S. 291, 295.

<sup>9</sup> *Glendon/Gordon/Osakwe*, S. 678. Das House of Lords ist selbst nicht an seine früheren Entscheidungen gebunden, vgl. *Practice Statement* [1966] 1 W.L.R., S. 1234.

<sup>10</sup> *Glendon/Gordon/Osakwe*, S. 677.

<sup>11</sup> *Zweigert/Kötz*, S. 260 ff.

<sup>12</sup> *Glendon/Gordon/Osakwe*, S. 700 ff.

<sup>13</sup> Diese häufig gebrauchte Metapher scheint auf *Maitland* zurückzugehen, s. *Kleinwort Benson v. Lincoln City Council* [1999] 2 AC, 349, 378 (*Lord Goff*).

<sup>14</sup> Vgl. jüngst *Kötz*, *Festschrift Heldrich* (2005), S. 771, 776.

<sup>15</sup> Vgl. dazu nur *Lafarge Redlands Aggregates v. Shephard Hill Civil Engineering* [2000] 1 W.L.R., S. 1621 (*Lord Hope of Craighead*): „It is not for us to attempt to rewrite the contract for the parties according to our own conception of what is fair and unfair.“

<sup>16</sup> Vgl. § 5 B. II sowie § 8.



Deutschland noch die *first demand guarantee* in England sind gesetzlich umfänglich geregelt. An die Stelle schlichter Gesetzesanwendung treten daher notwendig andere Methoden der Rechtsfindung. Besondere Bedeutung gewinnt hier die Vertragsauslegung. Auch die Interessen der Beteiligten spielen eine wichtige Rolle. Vor allem aber muss die wirtschaftliche Funktion der Bürgschaft auf erstes Anfordern im Auge behalten werden.

## C. Grundlegende Strukturen

Im Folgenden werden die wesentlichen Strukturen beschrieben, die dem Phänomen der Bürgschaft auf erstes Anfordern zugrunde liegen. Dazu gehört die Ausgestaltung der Zahlungspflicht des Bürgen und das daraus resultierende Missbrauchsrisiko. Anschließend werden die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten sowie die Zahlungskette, die durch die Anforderung ausgelöst wird, dargestellt. Schließlich wird die daraus resultierende Risikoverteilung bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern gewürdigt. Ziel ist es, einen einführenden Überblick zu verschaffen. Einzelheiten bleiben den nachfolgenden Kapiteln vorbehalten.

### I. Zahlungspflicht und Missbrauchsrisiko

Die Bürgschaft auf erstes Anfordern hat die Funktion, dem Gläubiger schnell, einfach und zuverlässig Liquidität zu verschaffen, sobald *er* den Sicherheitsfall für eingetreten hält. Das wird dadurch erreicht, dass der Bürge grundsätzlich schon auf die erste Anforderung des Gläubigers hin zu zahlen verpflichtet ist.

Die Zahlungspflicht des Bürgen auf erstes Anfordern entsteht also grundsätzlich, sobald der *formelle* Sicherheitsfall eingetreten ist. Der formelle Sicherheitsfall ist gegeben, wenn die formellen Zahlungsbedingungen aus der Bürgschaftsurkunde erfüllt sind. Meist ist lediglich eine schriftliche Anforderungserklärung des Gläubigers erforderlich.<sup>17</sup> Irrelevant ist dagegen, ob der *materielle* Sicherheitsfall eingetreten ist, ob also die gesicherte Forderung des Gläubigers tatsächlich entstanden ist. So kann der Gläubiger rasch und einfach Zahlung erhalten, sobald er der Auffassung ist, dass sich das abgesicherte Risiko verwirklicht hat.

Wegen ihrer raschen Realisierbarkeit sind Bürgschaft auf erstes Anfordern und *first demand guarantee* aber besonders gefährlich für Bürgen und Hauptschuldner. Für den Gläubiger bestehen kaum Hindernisse, die Bürgschaft auch dann abzurufen, wenn der materielle Sicherheitsfall nicht eingetreten ist. So kann der Gläubiger die Bürgschaft missbrauchen, etwa um

---

<sup>17</sup> Einzelheiten unten, § 8 D. I.

kurzfristige Liquiditätsschwierigkeiten zu überbrücken. Vor allem im internationalen Kontext bereiten Missbrauchsfälle Schwierigkeiten.<sup>18</sup> Das Recht muss Mechanismen bereitstellen, die dem Missbrauchsrisiko begegnen. Andernfalls ist die Funktionsfähigkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern gefährdet, weil sie die Marktteilnehmer nicht mehr akzeptieren werden. Das Missbrauchsrisiko der Bürgschaft auf erstes Anfordern liegt – unmittelbar oder mittelbar – allen Problemen zugrunde, die Gegenstand dieser Arbeit sind. Um diese Probleme zu verstehen, müssen die rechtlichen Beziehungen im Auge behalten werden, in denen die beteiligten Personen stehen. Außerdem ist zu beachten, welche Zahlungskette durch die Anforderung der Bürgschaft ausgelöst wird.

## II. Vertragsstruktur und Zahlungskette

Bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern sind mindestens drei Personen involviert. Zunächst stehen sich im Valutaverhältnis (oder Grundverhältnis) Gläubiger und Hauptschuldner gegenüber. Sie haben etwa einen Werkvertrag über ein Bauwerk geschlossen, das der Hauptschuldner zu errichten hat. Außerdem ist der Hauptschuldner dem Bürgen gegenüber verpflichtet, eine Bürgschaft auf erstes Anfordern beizubringen. Diese kann etwa, um bei unserem Ausgangsbeispiel zu bleiben, mögliche Gewährleistungsansprüche des Gläubigers absichern. Dazu beauftragt der Hauptschuldner den Bürgen, eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gegenüber dem Gläubiger zu übernehmen.<sup>19</sup> Als Bürgen treten meist Banken auf, gelegentlich auch Versicherungsinstitute. Häufig ist der Bürge zugleich die Hausbank des Hauptschuldners. Der Vertrag zwischen Bürge und Hauptschuldner ist in aller Regel ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsauftrag (*mandate*). Hauptleistungspflicht des Bürgen ist es, eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen. Im Gegenzug ist der Hauptschuldner verpflichtet, dem Bürgen eine Avalprovision zu zahlen. Schließlich übernimmt der Bürge dem Gläubiger gegenüber eine Bürgschaft auf erstes Anfordern. Daraus ergibt sich die nachfolgend skizzierte Zahlungskette.

Mit der Auszahlung fließen zunächst liquide Mittel vom Bürgen zum Gläubiger. Insofern ermöglicht die Bürgschaft auf erstes Anfordern rasche und effektive Zahlung aus zuverlässiger Quelle, sobald der Gläubiger den Sicherungsfall für eingetreten hält. Der Gläubiger kann selbst dann Zahlung erhalten, wenn der materielle Sicherungsfall nicht eingetreten ist.

---

<sup>18</sup> Vgl. etwa die von *Schütze* angeführten Beispiele, *Schütze*, RIW (AWD) 1982, S. 385, 386. S. auch *Affaki*, JIBL 1997, 271 (speziell zur Missbrauchsproblematik bei Gläubigern aus arabischen Ländern).

<sup>19</sup> Im Verhältnis zum Bürgen ist der Hauptschuldner also in der Drei-Personen-Konstellation zugleich Auftraggeber.

Hat der Gläubiger nach Anforderung Zahlung vom Bürgen erlangt, ist der Bürge mit finanziellen Mitteln in Vorlage getreten. Könnte er anschließend keinen Rückgriff beim Hauptschuldner nehmen, würde der Bürge einen endgültigen Verlust erleiden. Dazu wären Bürgen allenfalls gegen eine Avalprovision bereit, die die Bürgschaftssumme übersteigt. Deshalb ist von entscheidender Bedeutung, dass der Bürge nach der Auszahlung Rückgriff beim Hauptschuldner nehmen kann. Im deutschen Recht hat der Bürge gegen den Hauptschuldner einen Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 675, 670 BGB. Im englischen Recht lässt sich der Bürge stets einen vertraglichen Rückgriffsanspruch aus einer Rückbürgschaft oder Rückgarantie (*counter-indemnity*) einräumen. Ein solcher vertraglicher Rückgriffsanspruch kann, nebenbei bemerkt, natürlich auch im deutschen Recht neben den gesetzlichen Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 675, 670 BGB treten.<sup>20</sup> Der Aufwendungsersatzanspruch setzt lediglich voraus, dass der Bürge die Bürgschaftssumme ausgezahlt hat und der *formelle* Sicherungsfall gegeben war. Der Bürge braucht also nur nachzuweisen, dass er auf Anforderung des Gläubigers hin gezahlt hat. Auch für den Aufwendungsersatz des Bürgen ist der *materielle* Bürgschaftsfall also irrelevant. Unabhängig davon, ob sich das gesicherte Risiko tatsächlich verwirklicht hat, muss der Hauptschuldner Aufwendungsersatz leisten. Der Bürge kann seinen Aufwendungsersatzanspruch meist sehr leicht durchsetzen. Sind vertragliche Rückgarantien oder -bürgschaften gegeben, sind diese fast ausnahmslos auf erstes Anfordern zahlbar. Unabhängig davon vermag der Bürge die oben skizzierten geringen Voraussetzungen seines Anspruchs – Eintritt des *formellen* Sicherungsfalls und Auszahlung – leicht nachzuweisen. Besonders einfach kann der Bürge seinen Aufwendungsersatzanspruch dann realisieren, wenn er – wie häufig – zugleich die Hausbank des Hauptschuldners ist. Er muss dann lediglich das Geschäftskonto des Hauptschuldners mit dem ausgezahlten Betrag belasten.

Damit steht der Hauptschuldner am Ende der Zahlungskette und trägt – jedenfalls vorläufig – den finanziellen Verlust. Das gilt auch dann, wenn der Gläubiger die Bürgschaft rechtsmissbräuchlich angefordert hat. Dieser Belastung hat er indes im Valutaverhältnis zugestimmt, indem er sich dazu verpflichtet hat, dem Gläubiger eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu verschaffen. In den meisten Fällen wird es damit sein Bewenden haben, dass der Hauptschuldner den finanziellen Verlust endgültig trägt. Ist der Hauptschuldner der Auffassung, dass die Anforderung zu Unrecht erfolgt ist, kann er natürlich versuchen, Rückzahlung vom Gläubiger zu erhalten.<sup>21</sup> Dabei trägt er allerdings das Prozess- und Liquiditätsrisiko.

---

<sup>20</sup> *Canaris*, Rn. 1112, 1118.

<sup>21</sup> Näher dazu unten, § 9 C.

Im internationalen Geschäftsverkehr sind oft weitere Banken zwischengeschaltet.<sup>22</sup> Ausländische Gläubiger bevorzugen es, wenn ihre eigene Hausbank die Bürgschaft stellt. Die Zahlungskette ist dann regelmäßig wie folgt gestaltet: Der Hauptschuldner beauftragt zunächst seine inländische Hausbank damit, der Hausbank des Gläubigers einen Auftrag zur Übernahme einer Bürgschaft auf erstes Anfordern zu erteilen. Anschließend übernimmt die Hausbank des Gläubigers diesem gegenüber die Bürgschaft auf erstes Anfordern. Wenn der Gläubiger angefordert hat, erhält er von seiner Hausbank Zahlung. Diese erhält daraufhin Aufwendungsersatz von der Hausbank des Hauptschuldners. Schließlich nimmt die Hausbank des Hauptschuldners bei diesem Regress. Auch in dieser Konstellation steht der Hauptschuldner also am Ende der Zahlungskette. Er trägt das Missbrauchsrisiko sowie Prozess- und Liquiditätsrisiko in einem möglichen Rückforderungsprozess.

Die durch die Anforderung ausgelöste Zahlungskette zeigt, dass die einzelnen Verträge wirtschaftlich betrachtet miteinander verknüpft sind. Zwar werden die einzelnen Rechtsverhältnisse – Valutaverhältnis, Geschäftsbesorgungsverhältnis(se) und Bürgschaftsverhältnis – aus rechtlich selbständigen Verträgen gebildet. Doch dienen alle Verträge dazu, die durch die Zahlungskette bewirkte Risikoverteilung zwischen Hauptschuldner und Gläubiger zu erreichen. Im Valutaverhältnis ist diese Risikoverteilung durch die Sicherungsvereinbarung zwischen Hauptschuldner und Gläubiger begründet. Die weiteren Verträge – Geschäftsbesorgungsauftrag und Bürgschaftsvertrag – dienen dazu, diese zwischen Hauptschuldner und Gläubiger vereinbarte Risikoverteilung zu realisieren. Dadurch sind die einzelnen Verträge zwar nicht durch einen einheitlichen Vertrags- oder Netzzweck<sup>23</sup> zum Netzvertrag im technischen Sinne verbunden.<sup>24</sup> Denn die Einschaltung des Bürgen erfolgt nicht, um die angestrebte Risikoverteilung besonders kostengünstig durch standardisierte und massenhafte Abwicklung zu ermöglichen.<sup>25</sup> Vielmehr ist – wie bei jeder Personalsicherheit – die Einschaltung eines Dritten notwendig, um die zwischen Hauptschuldner und Gläubiger anvisierte Sicherung zu erreichen. Dennoch darf der enge wirtschaftliche Zusammenhang der einzelnen Verträge nicht übersehen werden. Erst in ihrem Zusammenspiel bewirken die einzelnen Verträge die Risikoverteilung, die für Bürgschaften auf erstes Anfordern typisch ist. Diese Risikoverteilung gilt es in einem nächsten Schritt näher zu beleuchten.

---

<sup>22</sup> Vgl. *Bertrams*, JIBFL 1997, 373, 374.

<sup>23</sup> Die Terminologie ist von *Rohe* übernommen, vgl. *Rohe* S. 65, 492.

<sup>24</sup> S. zu den Voraussetzungen des Netzvertrages im Einzelnen *Rohe*, S. 65 ff.

<sup>25</sup> S. zu diesem Tatbestandsmerkmal des Netzvertrages *Rohe*, S. 66.

### III. Risikoverteilung

Der Hauptschuldner trägt, wie gesehen, in aller Regel die mit der Bürgschaft auf erstes Anfordern verbundenen Risiken. Er steht am Ende der Zahlungskette und muss dem Bürgen auch dann Aufwendungsersatz leisten, wenn der materielle Bürgschaftsfall nicht eingetreten ist. Zwar kann der Hauptschuldner in diesem Fall Rückzahlung vom Gläubiger verlangen. Aber dazu muss er einen Aktivprozess anstrengen und befindet sich in der unangenehmen Position des Klägers. Außerdem ist seine Liquidität um den ausgezahlten Bürgschaftsbetrag verringert. Neben dem Prozessrisiko trägt der Hauptschuldner auch das Insolvenzrisiko des Gläubigers. Die Aussichten, einen Rückforderungsprozess zu gewinnen, sind vor allem dann geringer, wenn der Gläubiger im Ausland verklagt werden muss. Diese Nachteile treffen den Hauptschuldner auch dann, wenn der Gläubiger die Bürgschaft missbraucht. Auch im Missbrauchsfall steht der Hauptschuldner regelmäßig am Ende der Zahlungskette und kann allenfalls einen Rückforderungsprozess gegen den Gläubiger anstrengen.

Der Bürge tritt dagegen meist nur vorübergehend in Vorlage. Er kann sich nämlich nach der Auszahlung beim Hauptschuldner erholen. Das wird ihm oft dadurch erleichtert, dass der Hauptschuldner ein Geschäftskonto bei ihm führt. Schwierigkeiten, seinen Aufwendungsersatzanspruch rasch und effektiv durchzusetzen, hat der Bürge selten.<sup>26</sup> Die Zahlungskette endet nur dann beim Bürgen, wenn er seinen Aufwendungsersatzanspruch nicht durchsetzen kann. Das mag vorkommen, wenn der Hauptschuldner insolvent ist, und die Bank ihren Aufwendungsersatzanspruch nicht zusätzlich abgesichert hat. Dann kann der Bürge versuchen, Rückforderung vom Gläubiger zu erlangen. Ist der materielle Bürgschaftsfall nicht gegeben, hat der Bürge im deutschen Recht einen Rückforderungsanspruch gegen den Gläubiger.<sup>27</sup> Ob dies auch für das englische Recht zutrifft, ist derzeit ungewiss.<sup>28</sup> Bei der Rückforderung trägt der Bürge freilich seinerseits Prozess- und Liquiditätsrisiko sowie das Insolvenzrisiko des Gläubigers.

Diese soeben erläuterte Risikoverteilung ist kennzeichnend für die Bürgschaft auf erstes Anfordern. Sie spiegelt sich auch in der Geschichte, der praktischen Bedeutung und den wirtschaftlichen Funktionen der Bürgschaft auf erstes Anfordern wider. Diesen Gegenständen ist das folgende Kapitel gewidmet.

---

<sup>26</sup> *Bertrams*, JIBFL 1997, 373, 377.

<sup>27</sup> BGH WM 1989, 709. Näher dazu unten, § 9 C. II. 1. a).

<sup>28</sup> S. dazu eingehend unten, § 9 C. II. 2. a).

## § 2 Entstehung, Bedeutung, Funktionen

Dieses Kapitel untersucht zunächst die Entstehungsgeschichte und die Entstehungsgründe der Bürgschaft auf erstes Anfordern. Anschließend wird ihre praktische Bedeutung dargestellt. Beides ist unverzichtbar, um die Funktionen der Bürgschaft auf erstes Anfordern vollständig zu erfassen. Mit diesen Funktionen befasst sich der dritte Abschnitt dieses Kapitels.

### A. Entstehungsgeschichte und Entstehungsgründe

Bürgschaft auf erstes Anfordern und *first demand guarantee* sind eine vergleichsweise junge Schöpfung der Kautelarjurisprudenz.<sup>1</sup> Zwei Entwicklungslinien haben zu ihrer Entstehung geführt.

Die erste, selten erwähnte Entstehungslinie führt zu den Kautelen der Banken.<sup>2</sup> Als Bürgschaftsgläubiger hatten diese ein Interesse daran, Einwendungen des Bürgen weitgehend auszuschließen oder zu beschränken. *Rozumek* verweist etwa auf folgende Klausel eines Bürgschaftsformulars, das Anfang des 20. Jahrhunderts in der Bankenpraxis verwendet wurde:<sup>3</sup>

„Die Zahlung hat zu erfolgen auf Grund des mir/uns von Ihnen zugestellten Rechnungsauszuges und Ihrer Erklärungen, ohne daß es einer Kündigung bedarf, und ohne daß ich/wir vorgängig Belege oder sonstigen Nachweis für die Richtigkeit Ihrer Aufstellungen oder für die Fälligkeit Ihrer Forderungen zu verlangen berechtigt bin/sind.“

Diese Klausel lässt die Verpflichtung zur Zahlung auf erstes Anfordern bereits anklingen. Funktionell kommt die Klausel einer Bestimmung nahe, der zufolge Zahlung auf erste schriftliche Anforderung erfolgen soll. *Rozumek* zufolge wollten sich die Banken – in ihrer Funktion als Bürgschaftsgläubiger – mit dieser Bestimmung gegen unberechtigte und schi-

---

<sup>1</sup> Freilich finden sich verschiedene Vorläufer, so etwa die in England im Spätmittelalter verwendeten *bonds* oder *obligations*. Zu diesen eingehend *Simpson*, S. 53 ff.

<sup>2</sup> Eingehend dazu *Lukas*, S. 17 ff.

<sup>3</sup> *Rozumek* (1921), S. 307.

kanöse Einwendungen des Bürgen schützen.<sup>4</sup> Die strenge Ausgestaltung der Zahlungspflicht diene damit offenbar den Interessen der Banken in ihrer Eigenschaft als Gläubiger.

Vertragsbestimmungen der von *Rozumek* beschriebenen Art wurden als Beweislastklauseln interpretiert.<sup>5</sup> Nicht die Bank sollte beweisen müssen, dass die Hauptforderung besteht. Vielmehr sollte der Bürge, wenn er die Zahlung verweigert, nachweisen müssen, dass die Hauptforderung nicht besteht.<sup>6</sup> Die deutsche Kautelarpraxis scheint später solche Beweislastklauseln nicht mehr verwendet zu haben. Eine naheliegende Erklärung dafür ist, dass diese Klauseln durch die Verpflichtung des Bürgen, auf erstes Anfordern zu zahlen, ersetzt wurden.

Im englischen Recht lässt sich noch in einer Entscheidung der siebziger Jahre, namentlich in *Bache & Co v. Banque Vernes*,<sup>7</sup> eine ausdrückliche Beweislastklausel (*conclusive evidence clause*) finden. Die Klausel lautete auszugsweise:

„Notice of default shall ... be given by you to us, and on receipt of any such notice, we will forthwith pay to you the amount stated therein as due, such notice of default being as between you and us conclusive evidence that our liability hereunder has accrued in respect of the amount claimed.“<sup>8</sup>

*Lord Denning* und *Lord Justice Megaw* wiesen in ihren Urteilen darauf hin, dass ähnliche Klauseln schon lange Zeit im Geschäftsverkehr üblich waren.<sup>9</sup> Ihren Zweck sahen die Richter ähnlich wie *Rozumek* und *Lukas* darin, die Beweislast zugunsten der als Gläubiger auftretenden Banken umzukehren, um ihnen schnelle Liquiditätszufuhr zu ermöglichen.<sup>10</sup> Ebenso wie bei der von *Rozumek* berichteten Klausel konnten die Gläubiger durch solche Beweislastklauseln ihren Zahlungsanspruch rasch und effektiv durchsetzen. In den *Bache* nachfolgenden Urteilen finden sich indes keine *conclusive evidence*-Klauseln mehr. Auch in der englischen Vertragspraxis scheinen diese von *first demand*-Klauseln ersetzt worden zu sein.

Beweislastklauseln sind daher unmittelbare Vorläufer der heute üblichen Bürgschaften auf erstes Anfordern. Sie dienen dem Interesse der als Gläubiger auftretenden Banken. Das Interesse der Banken, als Gläubiger ihre Bürgschaften rasch und effektiv durchsetzen zu können, haben somit dazu geführt, dass die Zahlungspflicht des Bürgen vom materiellen Bürg-

<sup>4</sup> *Rozumek* (1921), S. 307 f.

<sup>5</sup> *Lukas*, S. 18 m.w.N.

<sup>6</sup> *Lukas*, S. 18 m.w.N.

<sup>7</sup> [1973] 2 Lloyd's S. 437.

<sup>8</sup> [1973] 2 Lloyd's S. 437, 438.

<sup>9</sup> [1973] 2 Lloyd's S. 437, 439 (*Lord Denning*), S. 441 (*Lord Megaw*).

<sup>10</sup> [1973] 2 Lloyd's S. 437, 440 (*Lord Denning*), S. 441 (*Lord Megaw*).

schaftsfall abgelöst wurde. Entstehungsgrund für Bürgschaften auf erstes Anfordern ist insoweit das Interesse der als Gläubiger auftretenden Banken.

Die zweite Entwicklungslinie, die zur Entstehung der Bürgschaft auf erstes Anfordern geführt hat, wird häufiger betont. Danach hat die Bürgschaft auf erstes Anfordern funktionell das Bardepot (*cash deposit*) ersetzt, das früher große praktische Bedeutung hatte.<sup>11</sup> Bei Bardepots werden Bargeld oder Wertpapiere zu Gunsten des Gläubigers hinterlegt. Teilweise wurden früher auch von der Bank akzeptierte, auf Sicht gestellte Kautionswechsel oder Depotwechsel verwendet.<sup>12</sup> Der Gläubiger erhält Zugriff auf das Bardepot, wenn er den Sicherungsfall für eingetreten hält. Der entscheidende Nachteil des Bardepots ist, dass die hinterlegten Mittel von Anfang an gebunden sind. Der Hauptschuldner kann diese Mittel nicht mehr einsetzen.<sup>13</sup> Das setzt seinen Cashflow spürbar herab und schwächt ihn in seiner wirtschaftlichen Kraft. Diesen Effekt vermeidet die Bürgschaft auf erstes Anfordern. Denn bei ihr bleibt die Liquidität des Hauptschuldners zunächst erhalten. Abgesehen von der Avalprovision beeinträchtigen Bürgschaften auf erstes Anfordern nicht den Cashflow des Hauptschuldners. Der Hauptschuldner verliert erst dann liquide Mittel, wenn er nach Anforderung und Auszahlung der Bürgschaft Aufwendungsersatz an den Bürgen leistet.

Aus dieser Perspektive betrachtet, liegt ein weiterer Entstehungsgrund der Bürgschaft auf erstes Anfordern im Interesse der Hauptschuldner, einen sofortigen Liquiditätsverlust zu vermeiden. Die Interessen des Gläubigers scheinen dabei *prima facie* – anders als bei der ersten Entwicklungslinie – keine Rolle zu spielen. Denn der Gläubiger kann bei einem Bardepot ebenso rasch und effektiv Zahlung erhalten wie bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern. Bei näherer Betrachtung liegt die Ablösung des Bardepots durch die Bürgschaft auf erstes Anfordern aber im Interesse aller Beteiligten.

Die Vorteile für den Hauptschuldner sind offensichtlich: Sein Liquiditätsverlust ist zeitlich hinausgeschoben und wird vielleicht sogar ganz vermieden. Doch auch für die Gläubiger ist die Bürgschaft auf erstes An-

---

<sup>11</sup> BGH NJW 1997, 255; BGH WM 1994, 106; BGH WM 1989, 1496, 1497 BGHZ 74, 248; BGH WM 1984, 44 f.; *Rehbein*, Festschrift Werner (1984), S. 697, 700; *Fischer*, WM 2005, 529; *Timme*, MDR 2003, 1094; *Bertrams*, S. 53; *Coleman*, LMCLQ 1990, S. 223, 230; *Loh/Wu*, LMCLQ 1990, S. 348, 349; *Goode*, LMCLQ 1992, S. 190, 191. Bardepots finden sich freilich auch heute noch im englischen Recht, s. zuletzt *Standard Bank London Ltd v. Canara Bank (Q.B.)* [2002] EWHC 1574 (Comm.) (Entscheidung vom 22. Mai 2002, unveröffentlicht, Quelle: LexisNexis) und *Mitsubishi Heavy Industries Ltd v. Gulf Bank KSC (C.A.)* [1997] 1 Lloyd's 343.

<sup>12</sup> *Koch* (1931), S. 211; v. *Caemmerer*, Festschrift Riese (1964), S. 295, 298.

<sup>13</sup> *Nielsen*, ZHR 147 (1983), S. 145.



fordern gegenüber dem Bardepot vorteilhaft. Die Leistung des Hauptschuldners kann für sie nämlich günstiger werden. Denn kluge Hauptschuldner werden sich ein Bardepot wegen der sofortigen Liquiditätsbindung mit einem höheren Preisaufschlag bezahlen lassen als Bürgschaften auf erstes Anfordern. Im Übrigen hat der umsichtig planende Gläubiger auch ein Interesse daran, dass die Liquidität des Hauptschuldners nicht sofort gebunden ist. Jedenfalls bei langfristigen Geschäftsbeziehungen sind Gläubiger nämlich daran interessiert, die wirtschaftliche Kraft ihrer Vertragspartner zu erhalten. Schließlich bietet die Bürgschaft auf erstes Anfordern auch aus Sicht des Bürgen Vorteile. Für den Bürgen sind Bürgschaften auf erstes Anfordern jedenfalls gegenüber akzessorischen Bürgschaften vorteilhaft. Denn sie vermeiden aufwändige Prüfungen vor der Auszahlung. Bürgen ziehen es vor, ohne lange Prüfungsobliegenheiten zu zahlen und anschließend Aufwendungsersatz vom Hauptschuldner zu erhalten.<sup>14</sup> Das gilt vor allem, wenn – wie meist<sup>15</sup> – Banken und Versicherungsinstitute als Bürge auftreten. Sie können ja ihren Aufwendungsersatz schnell und einfach realisieren. Dagegen würde es sie Zeit und Geld kosten, einen Streit über den materiellen Bürgschaftsfall austragen zu müssen.

Somit haben zwei Entwicklungslinien dazu geführt, dass Bürgschaften auf erstes Anfordern entwickelt wurden. Die erste Entwicklungslinie besteht in den Beweislastklauseln, die Banken als Gläubiger verwendet haben. Hier ist Entstehungsgrund der Bürgschaft auf erstes Anfordern das Interesse der Gläubiger, ihre Ansprüche rasch und effektiv durchsetzen zu können. Die zweite Entwicklungslinie besteht darin, dass die Bürgschaft auf erstes Anfordern das Bardepot funktionell ersetzt hat. Hinter dieser Entwicklungslinie steht als Entstehungsgrund, dass die Bürgschaft auf erstes Anfordern ökonomische Vorzüge gegenüber dem Bardepot aufweist.

## B. Verwendung und Bedeutung

Bürgschaften auf erstes Anfordern spielen eine wichtige Rolle im Wirtschaftsleben. Sie werden verwendet, wenn der Gläubiger im Sicherungsfall schnell Liquidität benötigen kann. Bürgschaften auf erstes Anfordern sichern die verschiedensten Leistungspflichten. Zweck und Reichweite der Bürgschaft auf erstes Anfordern ergeben sich insbesondere aus dem Vertragstext.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Diesen Aspekt der Entstehungsgeschichte betont *Lukas*, S. 17 ff.

<sup>15</sup> BGH NJW 1998, 2280; BGH NJW 1996, 717, 718; BGH NJW 1992, 1446, 1447; *Heinsius*, Festschrift Merz (1992), S. 181; *Hahn*, MDR 1999, S. 839, 840; *Andrews*, Rn. 16-001.

<sup>16</sup> S. dazu *Betrans*, S. 29 sowie *Mülbert*, S. 67 f.

### I. Bauwesen

Ein wichtiger Anwendungsbereich der Bürgschaft auf erstes Anfordern ist das Bauwesen.<sup>17</sup> Hier besteht häufig ein besonderes Liquiditätsbedürfnis.<sup>18</sup> Auf der einen Seite sind es die Auftraggeber<sup>19</sup> von Bauprojekten, die ein vitales Interesse an rasch realisierbaren Sicherheiten haben können. Wenn der Auftragnehmer<sup>20</sup> bei einem größeren Bauprojekt insolvent wird, kann der Auftraggeber des Projekts hohe Schäden erleiden. Auch die Insolvenz eines Subunternehmers versetzt den Hauptunternehmer in eine verletzbar Position, wenn er seinerseits nicht mehr erfüllen kann. Es gibt kaum Bauprojekte, bei denen es keinen Streit über die ordnungsgemäße Vertragserfüllung und mögliche Gewährleistungsansprüche gibt. Der Auftraggeber will mögliche Mängel aber schnell beseitigen. Steht die mangelhafte Leistungserbringung eines Subunternehmers in Frage, müssen die Mängel schon deshalb schnell beseitigt werden, weil der Hauptunternehmer seinerseits dem Auftraggeber zu Mängelbeseitigung, Schadensersatz oder Vertragsstrafenzahlung verpflichtet sein kann. Ohne Sicherung durch Bürgschaft auf erstes Anfordern müsste der Auftraggeber seine Ansprüche gerichtlich einklagen. Er würde dabei das Prozessrisiko sowie das Insolvenzrisiko des Anspruchsgegners tragen. Diese Nachteile vermeidet der Auftraggeber, wenn er Bürgschaften auf erstes Anfordern erhält. Durch diese kann er Liquidität erhalten, sobald er davon überzeugt ist, dass der Hauptschuldner nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. So erhält der Auftraggeber rasch Liquidität und kann die Nachteile abwenden, zu denen die Verwirklichung des jeweils abgesicherten Risikos führen würde. Er ist außerdem in Höhe der Bürgschaftssumme vom Insolvenzrisiko des Auftragnehmers befreit. Hat der Auftraggeber etwa eine Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern erhalten, kann er mit der erhaltenen Liquidität selbst die Mängel beseitigen. So dienen Bürgschaften auf erstes Anfordern häufig dazu, Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers zu sichern.<sup>21</sup> Vertragserfüllungs- oder Gewährleistungsbürgschaften auf erstes

---

<sup>17</sup> Staudinger-Horn, Vorbem zu §§ 765 ff., Rn. 24; Heinsius, Festschrift Merz (1992), S. 177, 181; Andrews, Rn. 16-004.

<sup>18</sup> Hahn, MDR 1999, S. 839; Andrews, Rn. 16-004.

<sup>19</sup> In der Terminologie der baurechtlichen Praxis und Literatur ist also häufig der Bürgschaftsgläubiger zugleich baurechtlicher Auftraggeber des Hauptschuldners, der wiederum zugleich baurechtlicher Auftragnehmer ist. Diese Terminologie ist freilich etwas verwirrend, weil andererseits der Hauptschuldner zugleich Auftraggeber im Verhältnis zum Bürgen ist, vgl. oben, § 1 C. II. Weil die Terminologie indes ganz eingebürgert ist und der Verwendungskontext hilft, Verwechslungen zu vermeiden, wird sie hier beibehalten.

<sup>20</sup> Hier ist wieder die baurechtliche Terminologie maßgeblich, vgl. Fn. 19.

<sup>21</sup> S. Kleine-Möller, NZBau 2002, S. 585, 586. Zur Vertragserfüllungsbürgschaft ausführlich Roquette/Giesen, NZBau 2002, S. 547.

Anfordern kommen besonders häufig vor.<sup>22</sup> In der englischen Praxis wird kaum zwischen Gewährleistungsbürgschaften (*performance guarantee*) und Vertragserfüllungsbürgschaften (*maintenance guarantees*) unterschieden.<sup>23</sup> Vielmehr werden beide Sicherungsarten meist *performance guarantee* genannt. Die Höhe von Gewährleistungs- und Vertragserfüllungsbürgschaften auf erstes Anfordern beträgt in der Regel einen bestimmten Bruchteil des Vertragswertes.

Andererseits besteht auch für den Auftragnehmer das Risiko, seinen Zahlungsanspruch wegen der Insolvenz des Auftraggebers nicht durchsetzen zu können. Das ist für Bauunternehmer vor allem deshalb gefährlich, weil sie oft in Vorleistung treten. Abschlagszahlungen decken den Wert dieser Vorleistungen häufig nicht vollständig ab und bieten daher keinen vollwertigen Risikoausgleich. Deshalb haben auch Bauunternehmer ein Bedürfnis nach rasch realisierbaren Sicherheiten für ihre Zahlungsansprüche. So finden Bürgschaften auf erstes Anfordern auch Verwendung, um den Zahlungsanspruch des Auftragnehmers zu sichern.<sup>24</sup>

Bei Projektausschreibungen werden auch oft Bietungsbürgschaften auf erstes Anfordern (*tender guarantees*) verlangt.<sup>25</sup> Solche Bietungsbürgschaften haben in der Regel einen am Auftragsvolumen orientierten Höchstbetrag und sind typischerweise auf erstes Anfordern zahlbar. Sie sollen sicherstellen, dass der Bieter ein ernsthaftes Angebot unterbreitet. Außerdem sind sie ein effektives Druckmittel, mit dem verhindert werden kann, dass der Bietende sein Angebot leichter Hand zurückzieht. Dadurch, dass mit Angeboten zugleich Bietungsbürgschaften beizubringen sind, wird auf lange Sicht gewährt, dass nur ernsthafte Angebote von finanziell gesunden Unternehmen eingereicht werden. Ist der Auftrag anderweitig vergeben, kann die Bietungsbürgschaft ihren Zweck nicht mehr erfüllen. Daher wird häufig vereinbart, dass der Gläubiger die Bietungsbürgschaft zurückgeben muss, wenn er den Zuschlag einem anderen Bieter erteilt hat.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> S. etwa BGH NJW 2000, 1563; BGH WM 1989, 709; OLG Düsseldorf, ZIP 1994, 203; BGHZ 139, 325 (Vertragserfüllungsbürgschaften) BGH NJW 2002, 894; BGHZ 147, 99; OLG Frankfurt, ZIP 2002, 659 (Gewährleistungsbürgschaften); *Edward Owen v. Barclays Bank* [1978] 1 Q.B. 159; *Harbottle Ltd. v. Nat. Westminster Bank* [1978] 1 Q.B. 146.

<sup>23</sup> Begrifflich ist die Differenzierung zwischen diesen beiden Sicherungsformen freilich auch der englischen Rechtssprache geläufig, vgl. *Bertrams*, S. 39 f.

<sup>24</sup> S. etwa BGH BB 2001, 1321; BGH NJW 1997, 255; BGH NJW 1998, 2280; *Gold Coast v. Caja de Ahorros (C.A.)* [2002] 1 Lloyd's 617.

<sup>25</sup> *Jack*, Rn. 12.46. S. etwa *Esal (Commodities) v. Oriental Credit Limited* [1985] 2 C.A., S. 546.

<sup>26</sup> *Bertrams*, S. 38.

Vorauszahlungsbürgschaften auf erstes Anfordern sind ebenfalls ein häufiges Phänomen im Bauwesen.<sup>27</sup> Sie orientieren sich in der Regel am Auftragsvolumen. Auch dienen Bürgschaften auf erstes Anfordern bei Bau-Arbeitsgemeinschaften dazu, die im Innenverhältnis der Partner bestehenden Ansprüche oder auch die Ansprüche der Dach-Arbeitsgemeinschaft zu ihren Nachunternehmern abzusichern.<sup>28</sup> Früher wurden Bürgschaften auf erstes Anfordern auch häufig als Ablösung von Bareinbehalten verwendet.<sup>29</sup> Bareinbehalte sind Teile des Werklohns, die der Auftraggeber zur Sicherung seiner Ansprüche einbehält.<sup>30</sup> Die Ablösung durch Bürgschaften auf erstes Anfordern beinhaltet für den Auftragnehmer den Vorteil, seinen Werklohn sofort voll erhalten zu können.<sup>31</sup>

In der Baubranche wurden Auftragnehmer häufig formularmäßig dazu verpflichtet, Bürgschaften auf erstes Anfordern als Sicherheiten zu stellen. Diese Praxis wird sich in Deutschland wohl nicht fortsetzen. Denn nach der Rechtsprechung des BGH verstößt diese Verpflichtung in Formularverträgen gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und ist deshalb unwirksam.<sup>32</sup> Es bleibt abzuwarten, welche Bedeutung die Bürgschaft auf erstes Anfordern im deutschen Baugewerbe künftig haben wird. Wegen der Vorzüge der Bürgschaft auf erstes Anfordern liegt die Vermutung nahe, dass sich die Praxis mit individualvertraglichen Vereinbarungen helfen wird – trotz der damit verbundenen zusätzlichen Transaktionskosten.

## II. Konzernfinanzierung

Ein weiterer Anwendungsbereich der Bürgschaft auf erstes Anfordern ist die Konzernfinanzierung.<sup>33</sup> Oft übernehmen Muttergesellschaften Bürgschaften auf erstes Anfordern, um ihren Tochtergesellschaften gewährte

---

<sup>27</sup> BGH WM 1988, 934; *Gold Coast v. Caja de Ahorros del Mediterraneo* [2002] 1 Lloyd's, S. 617 (C.A.); *Waha Bank v. Arab Bank* [1996] 1 Lloyd's, S. 470.

<sup>28</sup> S. etwa BGH WM 1984, 44; *Kleine-Möller*, NZBau 2002, S. 585, 586.

<sup>29</sup> Diese Gestaltung lag auch dem Grundsatzurteil des BGH in BGHZ 74, 244 zugrunde. Zu dieser Gestaltung etwa *Clemm*, BauR 1987, S. 123.

<sup>30</sup> *Clemm*, BauR 1987, S. 123.

<sup>31</sup> *Clemm*, BauR 1987, 123. Die formularmäßige Vereinbarung, derzufolge der Auftraggeber einen Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5% der Auftragssumme verlangen kann, ist nach neuerer Rspr. des BGH indes unwirksam, da sie gegen § 307 BGB verstößt, s. BGHZ 136, 27. Auch die dem Auftragnehmer formularmäßig eingeräumte Möglichkeit, diesen Einbehalt durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abzulösen, stellt dieser Rechtsprechung zufolge keinen angemessenen Interessenausgleich dar und ist deshalb unwirksam (BGHZ 136, 27, 32 f.). Eingehend dazu unten, § 7 C.

<sup>32</sup> BGH WM 2005, 1188; BGH NJW 2002, 2388 und BGH NJW 2002, 3098. Einzelheiten zu dieser Entwicklung unten, § 7 C.

<sup>33</sup> *Michalski*, ZBB 1994, S. 289, 290; *Heinsius*, Festschrift Merz (1992), S. 177, 181.