

Rechtssicheres Avalgeschäft

4. Auflage

Zitiervorschlag:

Autor, Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Auflage, RdNr. XX.

ISBN: 978-3-95725-158-9
© 2020 Finanz Colloquium Heidelberg GmbH
Im Bosseldorn 30, 69126 Heidelberg
www.FCH-Gruppe.de
info@FCH-Gruppe.de
Satz: Finanz Colloquium Heidelberg GmbH
Druck: VDS-VERLAGSDRUCKEREI SCHMIDT,
Neustadt an der Aisch

Rechtssicheres Avalgeschäft

4. Auflage

Felix Mathes

Syndikusanwalt/Claims & Legal Bonding
Euler Hermes Deutschland

Armin Meyer

Syndikusanwalt/Rechtsabteilung
Deutsche Bank AG

Dr. Christian Schmeling

Syndikusanwalt/Rechtsabteilung
Deutsche Bank AG

Torsten Steinwachs

Rechtsanwalt, Partner, Wirtschaftsmediator
BMS Bond Management Support GmbH & Co KG
Frankfurt am Main und Hamburg Avalmanagement

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XV
Vorwort	1
A. Einleitung und Abgrenzung (<i>Meyer</i>)	3
B. Einfache Bankbürgschaft (<i>Steinwachs</i>)	9
C. Bürgschaft zahlbar auf erstes Anfordern (<i>Schmeling</i>)	95
D. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme und Gerichtliche Eilmaßnahmen (<i>Schmeling</i>)	129
E. Sonderformen der Bürgschaft (<i>Meyer</i>)	143
F. Rückabwicklungs-Rechtsverhältnisse bei Bürgschaften (<i>Meyer</i>)	153
G. Die Bankgarantie (<i>Meyer</i>)	161
H. Die Kautionsversicherung (<i>Matbes</i>)	177
I. Bankbürgschaftsmuster (<i>Schmeling</i>)	191
Literaturverzeichnis	241

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis		XV
I.	Gesetze, Gerichte, Organisationen, Zeitschriften	XV
II.	Allgemeine Wortabkürzungen	XVI
Vorwort		1
A. Einleitung und Abgrenzung		3
B. Einfache Bankbürgschaft		9
I.	Außenverhältnis	11
1.	Regelungsinhalte nach Gesetz und in der Rechtspraxis	11
a)	Formerfordernis und Vertragsschluss	12
b)	Präambel	13
c)	Bürge, Bürgschaftsnehmer, Schuldner, Grundgeschäft	14
d)	Sicherungszweck	14
e)	Zahlungsklausel und Höchstbetrag	15
f)	Inanspruchnahmevoraussetzungen	16
g)	Einreden und Verzicht auf deren Geltendmachung	18
h)	Reduzierungsklausel	32
i)	Inkrafttreten und Inkrafttretensklausel	34
j)	Verfall und Verfallklausel	36
k)	Hinterlegung	38
l)	Kündigung	40
m)	Verjährung	41
n)	Gern gewünschte Zusätze	45
o)	»Bestandsklauseln«	46
p)	Rechtswahl- und Gerichtsstandsklausel	47
2.	Besonderheiten bei mehreren Bürgschaftsnehmern	49
a)	Gesamtgläubiger	49
b)	Mitgläubiger	50
3.	Bürgschaftsarten	50

a)	Typische Beispiele	50
b)	Mängelansprüchebürgschaft	51
c)	Vertragserfüllungsbürgschaft	52
d)	Prozessbürgschaften	53
4.	Besondere Erscheinungsformen	54
a)	Mitbürgschaften	55
b)	Teilbürgschaft	56
c)	Nebenbürgschaft	57
d)	Nachbürgschaft und Ausfallbürgschaft	58
e)	Rückbürgschaft	59
f)	Bankbürgschaft zugunsten Dritter	59
g)	Schuldbeitritt und Schuldübernahme	59
h)	Kombinationsbürgschaft	60
i)	ARGE-Bürgschaften	61
5.	Abtretung und Abtretungsbestätigung	61
6.	Änderung des Bankbürgschaftsinhalts	63
7.	Besonderheiten bei grenzüberschreitendem Einsatz	63
a)	ausländischer Bankbürge bei inländischem Bürgschaftsnehmer	64
b)	Inländischer Bankbürge bei ausländischem Bürgschaftsnehmer	65
II.	Innenverhältnis	66
1.	Bestandteile des Innenverhältnisses	66
a)	Avalkredit contra Geschäftsbesorgungsvertrag	68
b)	Avalauftrag	69
c)	Avalbedingungen	70
2.	Auftragserteilung	71
3.	Besondere vertragliche Nebenpflichten	72
4.	Freistellungserklärungen	75
5.	Einbuchung	77
6.	Avalprovision und Anpassung	78
7.	Ausbuchung	79
8.	Auftragsverhältnis bei Insolvenz des Auftraggebers	82
9.	Verhalten des Bankbürgen bei Inanspruchnahme	85

a)	Verhalten bei fehlerhafter Inanspruchnahme	86
b)	Verhalten bei formgerechter Inanspruchnahme	90
c)	Verhalten bei Inanspruchnahmen in der Insolvenz des Auftraggebers	92
10.	Kündigung des Auftragsverhältnisses	93
11.	Besonderheiten bei grenzüberschreitendem Einsatz	93
a)	Ausländischer Bankbürge bei inländischem Bürgschaftsnehmer	94
b)	Inländischer Bankbürge bei ausländischem Bürgschaftsnehmer	94
C. Bürgschaft zahlbar auf erstes Anfordern		95
I.	Rechtsnatur und Rechtsprechung zur Bürgschaft zahlbar auf erstes Anfordern	97
1.	Den Gläubiger besonders privilegierende Form der Bürgschaft	97
2.	Bürgschaft auf erstes Anfordern und allgemeine Geschäftsbedingungen	99
a)	Gewährleistungsbürgschaften in Bauverträgen	99
b)	Vertragserfüllungsbürgschaften in Bauverträgen	100
c)	Bürgschaft auf erstes Anfordern und AGB außerhalb von Bauverträgen – Miet- und Anzahlungsbürgschaften	102
II.	Außenverhältnis	105
1.	Bürge	106
2.	Schuldner und Auftraggeber	108
3.	Sicherungszweck und Grundgeschäft	109
a)	Formulierung/Prüfung der Sicherungsabrede	109
b)	Sicherungsabrede und allgemeine Geschäftsbedingungen	110
4.	Zahlungsklausel und Inanspruchnahmevoraussetzungen	112
a)	Erweiterte Zahlungsklausel	112
b)	Schädliche Effektivklauseln	114
5.	Einreden und Einredevorzicht	116

6.	Hinterlegung	116
7.	Verjährung	117
III.	Innenverhältnis	119
1.	Avalauftrag und Bürgschaft auf erstes Anfordern	119
a)	Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Zahlbarkeit auf erstes Anfordern	119
b)	Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Rechtswirksamkeit der Grundgeschäftsabrede	122
2.	Möglichkeiten der Risikoordnung zum Auftraggeber	123
a)	Freistellungserklärungen bei Effektivklauseln	124
b)	Freistellungserklärungen in sonstigen Fällen	125
3.	Zahlbarkeit auf erstes Anfordern bei Inanspruchnahme	125
a)	Prüfungsfrist	125
b)	Fehlerhafte Inanspruchnahme	126
c)	Formgerechte Inanspruchnahme	127
4.	Besonderheiten bei grenzüberschreitendem Einsatz	128
a)	Ausländischer Bankbürge bei inländischem Bürgschaftsnehmer	128
b)	Inländischer Bankbürge bei ausländischem Bürgschaftsnehmer	128
D. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme und Gerichtliche Eilmaßnahmen		129
I.	Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme	131
1.	Die offensichtlich – liquide nachweisbar rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme	132
2.	Rechtsmissbrauch und Beweislast/prozessuale Möglichkeiten	134
II.	Gerichtliche Eilmaßnahmen	135
1.	Einstweilige Verfügung gegen die Bank	136
2.	Einstweilige Verfügung gegen den Begünstigten	137
a)	Verfügungsanspruch	138
b)	Verfügungsgrund	139

3.	Dinglicher Arrest in den Zahlungsanspruch des Begünstigten	139
III.	Prophylaxe zur Avalinanspruchnahme	140
1.	Klarheit des Avals/Zurückhaltung mit Freistellungserklärungen	140
2.	Prüfung des zu besichernden Objektes	141
3.	Externes Avalmanagement	141
E. Sonderformen der Bürgschaft		143
I.	Sonderformen nach Gesetz	145
1.	Bestellersicherheit nach § 650 f BGB (vormals § 648 a BGB)	145
2.	Squeeze-out-Avale	147
II.	Sonderform aufgrund besonderer Sachverhalts- und Interessenlage	150
1.	ARGE-Bürgschaft rein intern	150
2.	ARGE-Bürgschaft intern wie extern	151
F. Rückabwicklungs-Rechtsverhältnisse bei Bürgschaften		153
I.	Verlangen auf Herausgabe/Rückgabe der Urkunde	155
1.	Gründe für ein Herausgabeverlangen	155
2.	Was kann verlangt werden	157
3.	Berechtigter des Herausgabe- bzw. Zug-um-Zug-Verlangens	158
II.	Verlangen nach Rückzahlung	158
1.	Gründe für Rückzahlungsverlangen	159
2.	Was kann verlangt werden	159
3.	Berechtigter des Rückzahlungsverlangens	159
III.	Der Rückforderungsprozess und seine Regeln	160

G. Die Bankgarantie	161
I. Einleitung zur Bankgarantie und Abgrenzung zwischen selbständigem Garantievertrag und unselbständiger Garantie	163
II. Ausgestaltung der Bankgarantie	165
III. Abschluss des Garantievertrags	168
IV. Inanspruchnahme der Garantie und Einwendungsausschluss	169
V. Zahlungsverweigerung durch den Garanten	171
VI. Abtretung des Garantieanspruchs	172
VII. Rückzahlungsbegehren des Garanten	173
VIII. Neue ICC Garantierichtlinien im internationalen Geschäftsverkehr	175
IX. Indirekte Garantien	175
H. Die Kautionsversicherung	177
I. Einführung	179
II. Grundlegendes zur Kautionsversicherung	179
III. Kundenkreis der Kautionsversicherer	180
IV. Wirtschaftliche Bedeutung	180
V. Aufsichtsrechtliche Bestimmungen	181
VI. Bilanzierung	181
VII. Der Kautionsversicherungsvertrag	181
1. Vertragliche Regelungen	182
a) Gegenstand der Versicherung	182
b) Voraussetzung für die Übernahme und den Bestand der Versicherung	182
c) Ablehnung der Übernahme eines Avals aus wichtigem Grund	183
d) Inanspruchnahme eines Avals durch den Begünstigten	183
e) Regress	183
f) Prämie	183

VIII. Rückversicherung	184
1. Grundlegendes zur Rückversicherung	184
2. Formen der Rückversicherung	184
a) Obligatorische Rückversicherung	184
b) Fakultative Rückversicherung	185
c) Fakultativ-obligatorische Rückversicherung	185
d) Proportionale Rückversicherung	185
3. Selbstbehaltspflicht	186
IX. Syndizierte Kredite, Unterbeteiligungen & Avalbeitritt	186
1. Syndizierte (Aval-)Kredite	186
2. (Aval)Unterbeteiligung/Avalbeitritt	186
X. Sonderavale	187
1. Avalarten	187
2. Internationale Bankgarantien	187
3. Technische Neuheiten im Avalkreditgeschäft	188
a) E-Avale	188
b) Funktionsweise	188
c) Rechtliche Wirksamkeit	188
d) Stellungnahme der Bundesdruckerei	189
4. Aval-Online	190
5. Vergleichsportale	190
I. Bankbürgschaftsmuster	191
Literaturverzeichnis	241

Abkürzungsverzeichnis

I. Gesetze, Gerichte, Organisationen, Zeitschriften

AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktienG	Aktiengesetz
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BuB	Bankrecht und Bankpraxis
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
ICC	Internationale Handelskammer, Paris
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW – RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs Rundschau
OLG	Oberlandesgericht
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

II. Allgemeine Wortabkürzungen

a. a. O.	an anderem Ort
Anm.	Anmerkung
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
einschl.	einschließlich
evtl.	eventuell
ff.	folgende
h. M.	herrschende Meinung
i. d. R.	in der Regel
i. V. m.	in Verbindung mit
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Rn.	Randnummer
s.	siehe
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z. B.	zum Beispiel

Vorwort

Nachdem rund 6 Jahre seit der 3. Auflage vergangen sind, haben wir uns entschlossen das Werk fortzusetzen und die mittlerweile ausufernde Rechtsprechung zum Avalthema einzuarbeiten. Gleichzeitig haben wir uns entschlossen, einige Passagen zu ergänzen sowie neue Aspekte, wie z. B. zur Frage der Klauselkontrolle, zu vertiefen. Schließlich war uns auch noch wichtig, auf die wesentlichen Unterschiede zwischen Bürgschaft und der Garantie einzugehen.

Es verwundert sehr, dass zu diesem wichtigen Thema »Avale« für Banken und Kautionsversicherungen so gut wie keine zusammenhängenden Abhandlungen existieren. Seit den Großverfahren Babcock Borsig, Philipp Holzmann und Walter Bau wurde jedem Marktteilnehmer im Avalgeschäft schmerzlich bewusst, dass aus Eventualverbindlichkeiten sehr schnell Inanspruchnahmen und Auszahlungen werden können, welche die Geschäftsergebnisse der Beteiligten merklich negativ beeinflussen können.

Auch aktuell hat das Thema »Avale« Hochkonjunktur. In Zeiten der Corona-Rezession werden auch die noch boomende Bauindustrie und der Anlagen- und Maschinenbau betroffen sein.

Die Abwicklungen in den Insolvenzfällen wie Alpine Bau mit rund 1 Mrd. € Avalvolumen, August Heine Bau AG, BSS Berlin, Oschatz in Essen, Franzen Gruppe oder k+w industries drohen nach den Angaben aus der Wirtschaftspresse hohe Inanspruchnahmen. Aufgrund des hohen Schadenseintritts hat ein ausländischer Kautionsversicherer sein Deutschlandgeschäft bereits wieder eingestellt.

Das Buch erhebt nicht den Anspruch das Thema »Avale« wissenschaftlich aufzubereiten. Wir möchten vielmehr dem Avalpraktiker eine Unterstützung an die Hand geben, um in der täglichen Praxis die »richtige« Entscheidung zu treffen. Wir orientieren uns dabei für die vorzustellenden Lösungen anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, soweit der Bundesgerichtshof sich zu den entsprechenden Themen bereits geäußert hat. Sollten zu bestimmten Problematiken keine Entscheidungen vorliegen, haben wir die hierzu veröffentlichte Literatur ausgewertet und versucht, einer für die Praxis vertretbaren Lösung zuzuführen. Wir freuen uns, aus dem Bereich Kautionsversicherung einen weiteren Miterausgeber und Mitautor in Herrn Mathes gefunden zu haben.

Die Autoren danken dem Begründer des Buches Herrn Günther Blesch für sein uns entgegengebrachtes Vertrauen, sein Werk fortsetzen zu dürfen und dem

Verlag für dessen Unterstützung in der Umsetzung dieses Buchprojektes. Weiterhin danken wir der Prokuristin der BMS Frau Leonhardt, der Handlungsbevollmächtigten der BMS Frau Dzwonkowski, sowie dem Werksstudenten der BMS Herrn Robin Steinwachs bei der Unterstützung zur Erstellung des Manuskriptes.

Die Autoren sind für die geschätzten Kritiken der Leser dankbar. Sie erreichen uns über den Verlag oder unter:

Torsten.Steinwachs@bms-bond.com

Armin.meyer@db.com

Christian.schmeling@db.com

Felix.mathes@eulerhermes.com

Das Buch hat den Stand 31.05.2020.

Frankfurt a.M./Stuttgart/Düsseldorf/Hamburg/Tangermünde, im Juni 2020

Torsten Steinwachs

Armin Meyer

Dr. Christian Schmeling

Felix Mathes

A.

Einleitung und Abgrenzung

A. Einleitung und Abgrenzung

Der Inhalt dieses Buches richtet sich sowohl an die Avalpraktiker in Banken als auch in Unternehmen, welche häufig Avale beauftragen oder erhalten und sollen diesen eine Unterstützung an die Hand geben, um in der täglichen Praxis der Avalbearbeitung die richtigen Entscheidungen treffen zu können

Unter den Begriff der Avale fallen im deutschen Rechtsraum im Wesentlichen Bürgschaften¹ sowie Garantien². Weiterhin fallen unter den Begriff des »Avals« aber auch noch andere Formen der Schuldmitübernahme und von Gewährleistungen für andere³, welche in der deutschen Avalpraxis aber nur eine untergeordnete Rolle spielen und deshalb in diesem Buch nicht weiter thematisiert werden.

Auch in ausländischen Rechtsordnungen gibt es oft zur akzessorischen Bürgschaft oder der abstrakten Garantie nach deutschem Recht ähnliche Sicherungsinstrumente, die ebenfalls der Absicherung bestehender schuldrechtlicher Ansprüche aus einem Grundgeschäft durch die Übernahme einer weiteren Verpflichtung eines potenten Schuldners dienen und damit grundsätzlich unter den Begriff des »Avals« fallen. Als Beispiele für solche ausländischen Sicherungsinstrumente können z. B. die Cautionnement nach französischem Recht, der Standby Letter of Credit nach US-Recht oder der Performance-Bond nach englischem Recht genannt werden.

Nachdem sich die Ausgestaltung und die Wirkungen dieser Sicherungsinstrumente aber nach den jeweiligen ausländischen Rechtsordnungen richten, können diese ausländischen Avalformen in diesem Werk nicht behandelt werden. Vielmehr muss zur Bearbeitung dieser Sicherungsinstrumente ggf. geeignete Fachliteratur aus dem jeweiligen Rechtskreis herangezogen oder ein für die jeweiligen Rechtsordnung qualifizierter Anwalt hinzugezogen werden.

Wenn nachfolgend von Bankavalen gesprochen wird, liegt dies daran, dass für die Ausführungen in diesem Buch davon ausgegangen wird, dass die entsprechenden Avale entweder von einem Kreditinstitut i. S. des § 1 Abs. 1 KWG oder von einer Kautionsversicherung ausgestellt werden.⁴ Dies ist deshalb wichtig, weil sowohl Banken als auch Versicherungen Kaufleute im Sinne des HGB

1 Zu den Einzelheiten siehe nachfolgen die Ausführungen in den Abschnitten B bis F.

2 Zu den Einzelheiten siehe nachfolgen die Ausführungen in Abschnitt G.

3 Siehe dazu die Definition des Garantiegeschäfts in § 1 Abs. 1 Nr. 8 KWG.

4 Soweit im Nachfolgenden aus Vereinfachungsgründen von einer »Bank« oder »Banken« gesprochen wird, schließt dies im Regelfall die Kreditversicherungen mit ein, sofern sich aus dem Gesamtzusammenhang nichts Abweichendes ergibt.

sind und deshalb neben den Regelungen des BGB auf Sie zusätzlich auch die jeweils einschlägigen Vorschriften des HGB für Kaufleute Anwendung finden.

- 6 Hinzu kommt, dass Banken sich im Regelfall die mit der Übernahme des jeweiligen Bankavals verbundenen Haftungsrisiken vergüten lassen und generell unternehmerisch tätig sind. Deshalb finden auf sie verbraucherschützende Regelungen keine Anwendung. In Summe führt dies dazu, dass Banken nach den auf sie anwendbaren Gesetzen »schärfere« Verpflichtungen⁵ und auch höhere Haftungsrisiken eingehen können als ein Verbraucher.
- 7 Wie der Untertitel des Buchs verrät, geht es außerdem ausschließlich um das Herauslegen von Bankavalen, nicht jedoch um das Hereinnehmen von Avalen zwecks Kreditsicherung. Für das Hereinnehmen von Avalen zwecks Kreditsicherung sind teils erheblich andere Kriterien, insbesondere die einschlägigen Regelungen zum Verbraucherschutz zu berücksichtigen. Soweit es um die Besicherung von Kreditrisiken geht, wird die Avalverpflichtung in der Regel auch nicht oder nur ungern von einer Bank übernommen. Eine Bank dürfte es in der Praxis aus Verdienstgründen nämlich vorziehen, den zu besichernden Kredit im Zweifel selbst zu gewähren.
- 8 Bankavale dienen außerdem in aller Regel ausschließlich der Schadloshaltung⁶ des Begünstigten, die durch eine ausdrückliche Verpflichtung zu einer Geldzahlung erreicht werden soll. Der Verpflichtungsinhalt von Bankbürgschaften weicht dadurch auch nicht unwesentlich vom im BGB geregelten Regelfall ab. Das Gesetz sieht nach § 765 Abs. 1 BGB den Inhalt der Bürgenverpflichtung nämlich ganz allgemein im Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Begünstigten. Eine Verpflichtung zur Naturalrestitution, wie sie in § 249 Abs. 1 BGB vorgesehen ist, wird eine Bank in der Praxis jedoch nicht übernehmen.
- 9 Wie bereits im Vorwort angesprochen, ist Rechtssicherheit ein Ziel, das es in jedem Einzelfall erneut anzustreben gilt. Erkennbar wird dies insbesondere in solchen Fallgestaltungen, in denen ein Avalgeschäft nicht standardisiert, sondern auf Kundenwunsch mit einem inhaltlich individuell ausgestalteten Bankaval abgewickelt werden soll. Trotz einschlägiger Bemühungen seitens der avalierenden Banken überwiegt gemäß Auskunft der Avalpraktiker die Anzahl individuell ausgestalteter Bankavale die Anzahl der nach standardisiertem Bankmuster erstellten Avale. Angabegemäß sei die Ursache darin zu suchen, dass

5 Siehe insoweit zum Beispiel den Sorgfaltsmaßstab des § 347 Abs. 1 HGB (Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns) oder die Regelung in § 349 Satz 1 HGB zum Ausschluss der Einrede der Vorausklage.

6 *Hopt/Merkt*, 5. Auflage 2020, IV. L. 22., Anm. 1–6.

beim Aushandeln grundgeschäftlicher Absprachen in der Regel keine Avalpraktiker beteiligt sind, weder auf kaufmännischer noch auf rechtlicher Seite. Zudem werde dem Inhalt des Grundgeschäfts in aller Regel erhöhte Priorität beigemessen, so dass für das Aushandeln der so genannten Bürgschafts- oder Garantieklausel, d. h. jener Vertragsklausel, die sich mit dem Inhalt des zu erstellenden Avals befasst, oftmals keine ausreichende Zeit mehr verbleibe. Rechtssicherheit in dem hier verwendeten Sinne ist daher kein Zustand, sondern ein Prozess, eine Zielvorgabe, die es mit dem Wissen um mögliche Problemzonen und entsprechende Lösungsansätze stets neu zu erfüllen gilt.

Weiterhin ist es wichtig, bei der Befassung mit Bankavalen stets im Hinterkopf zu behalten, dass man es bei Avalen in der Regel mit einem 3-Personen-Verhältnis zu tun hat. An diesem 3-Personen-Verhältnis sind beteiligt: 10

- Der Schuldner des Grundgeschäfts, welcher in der Regel gleichzeitig der Avalauftraggeber ist.
- Der Gläubiger des Grundgeschäfts, welcher in der Regel der Begünstigte des Avals ist.
- Die Bank, welche der Beauftragte aus dem Avalauftrag und gleichzeitig der Aussteller des Avals ist.

Und auch wenn sich dieses Buch schwerpunktmäßig mit dem Rechtsverhältnis zwischen der Bank als Avalaussteller und dem Gläubiger als Begünstigtem des Avals befasst, ergeben sich sowohl aus den Vereinbarungen im Grundgeschäft als auch aus dem Inhalt des Avalauftrags natürlich wichtige Vorgaben für die Ausgestaltung des jeweiligen Bankavals. 11

Will man die Bankavale nach einfacher Bankbürgschaft, Bankbürgschaft zahlbar auf erstes Anfordern und Bankgarantie aus rechtspraktischer Sicht gegeneinander abgrenzen, so wird man schwerpunktmäßig festhalten können, dass Bankbürgschaften das Inlandsgeschäft der Bankavale dominieren, während Bankgarantien vorwiegend im grenzüberschreitenden Avalgeschäft zur Anwendung kommen⁷. Der tragende rechtspraktische Grund ist in der weitgehenden Losgelöstheit der Bankgarantie vom Grundgeschäft zu sehen, die es abgesehen von Fällen des Rechtsmissbrauchs ausschließt, dass bei einer Inanspruchnahme oder gar deren gerichtlichen Geltendmachung ein Rückgriff auf das Grundgeschäft und seine Parteien erfolgt, was sich im Vergleich zu einem reinen Inlandssachverhalt grenzüberschreitend nur ungleich schwerer darstellen ließe. 12

7 Schmidt, RIW 2004, 336 f., 336 Rn. 3 m. w. N.

- 13 Ganz anders verhält sich dies bei der einfachen Bankbürgschaft. Sie ist geprägt von der ihr durch den Gesetzgeber verliehenen Akzessorietät, wie sie insbesondere in § 767 Abs. 1 S. 1 BGB zum Ausdruck kommt.
- 14 Die Akzessorietät, d. h. die Abhängigkeit der Bankbürgenverpflichtung vom jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit, ist zugleich die Grundlage für die Befugnis des Bankbürgen, dem Gläubiger gegenüber alle rechtlichen Verteidigungsmittel entgegenhalten zu können, die dem Hauptschuldner zustehen.
- 15 Die Akzessorietät zwischen Bürgenverpflichtung und Hauptverbindlichkeit prägt auch die Bankbürgschaft zahlbar auf erstes Anfordern. Denn sie wird nicht als Sicherungsmittel eigener Art, sondern lediglich als eine besondere Form der Bankbürgschaftsverpflichtung angesehen, die den Gläubiger durch die schnelle Realisierbarkeit privilegiert, die Akzessorietät jedoch nicht aufhebt⁸. Die schnelle Realisierbarkeit wirkt aber eben nur vorläufig und steht unter dem Vorbehalt einer späteren materiellen Prüfung in einem Rückforderungsprozess⁹.
- 16 Der rechtspraktische Unterschied zwischen Bürgschaft zahlbar auf erstes Anfordern und abstrakter Garantie, die in der weit überwiegenden Zahl der Fälle ebenfalls auf erstes Anfordern zahlbar ist, d. h. die Folgen der Akzessorietät bzw. deren Fehlens zeigen sich dann auch erst im Falle der Rückabwicklung. Zu den eine Bankbürgschaft betreffenden Fragen wird insoweit auf den Abschnitt F bzw. für die Garantie auf Abschnitt G dieses Buches verwiesen.
- 17 Mit dieser klarstellenden Abgrenzung zwischen den wichtigsten Spielarten der Bankavale in Deutschland ist der Grundrahmen für Rechtssicheres Avalgeschäft gezogen und kann mit der Erörterung der einfachen Bankbürgschaft als der im Gesetz geregelten Grundform des Avals begonnen werden.

8 BGH 25.02.1999 – IX ZR 24/98, WM 1999, 895 ff., BGH 10.04.2003 – VII ZR 314/01, ZIP 2003, 1388, 1390.

9 *Staudinger/Horn*, Vorbem. zu §§ 765 ff., Rn 24.

B.

Einfache Bankbürgschaft

B. Einfache Bankbürgschaft¹⁰

I. Außenverhältnis

Mit dem Außenverhältnis im Avalgeschäft wird herkömmlich jenes Rechtsverhältnis bezeichnet, das durch Abschluss des Avalvertrags zwischen dem Bankbürgen und Bürgschaftsnehmer zustande kommt: der Bankbürgschaftsvertrag. 18

1. Regelungsinhalte nach Gesetz und in der Rechtspraxis

Vergleicht man die Regelungsinhalte, die das Gesetz diesem Außenverhältnis zuordnet mit den Regelungsinhalten, die in der Rechtspraxis zu berücksichtigen sind, so zeigt die nachstehende Gegenüberstellung bereits optisch ein erhebliches Mehr an Prüfungs- und Regelungsbedarf auf, als es die schlichte Gesetzeslektüre erwarten lässt. 19

<u>Gesetz</u>	<u>Rechtspraxis</u>
Formfreiheit	Schriftform
–	Präambel
Bürge	Bankbürgen
Gläubiger	Bürgschaftsnehmer
Dritter (Schuldner)	Schuldner und Auftraggeber
–	Art des Vertrags, der Grundlage der verbürgten Verpflichtung ist
Verbindlichkeit des Dritten	Sicherungszweck
–	Zahlungsklausel
–	Inanspruchnahmenvoraussetzungen
–	möglicher Einredeverzicht
–	Bürgschaftshöchstbetrag
–	Reduzierungsklausel
–	Inkrafttretensklausel
–	Verfallregelung

10 Ausführlich zum Avalkredit und zu den einzelnen Bürgschaftstypen: *Strötges* in *Assies* u. a. (Hrsg.), *Handbuch des FA für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 5. Aufl. (2019), Kap. 4, Rz. 1357 ff.