

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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