

Philipp Haberbeck

## Die Auslegung der Abrufvoraussetzungen von Bankgarantien auf erstes Anfordern

---

Bankgarantien, insbesondere abstrakte Bankgarantien auf erstes Anfordern, dürften in der Geschäftspraxis zahlreicher Unternehmen in der Schweiz eine wichtige Rolle spielen. Hierauf deutet auch die erhebliche Zahl von Publikationen zu Bankgarantien hin, die dieses Thema im Lichte des Schweizer Rechts behandeln. Der Autor beschäftigt sich mit der Frage, wie vertraglich vereinbarte Abrufvoraussetzungen von Bankgarantien auf erstes Anfordern auszulegen sind.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Bankrecht; Bürgschaft. Garantieverträge

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Die Auslegung der Abrufvoraussetzungen von Bankgarantien auf erstes Anfordern, in: Jusletter 30. März 2015

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Bankgarantien auf erstes Anfordern
- III. Die Auslegung der Abrufvoraussetzungen von Bankgarantien auf erstes Anfordern
  - A. Das hier untersuchte Auslegungsproblem
  - B. Das Auslegungsprinzip der Garantiestrengere
  - C. Die Auslegung nach Vertrauensprinzip
    - 1. Grundsatz
    - 2. Exkurs: Ansatz des Handelsgerichts Zürich: Primat des (unklaren) Wortlauts
    - 3. Zurechnung des Wissens des Garantierauftraggebers
    - 4. Such nach einem sachgerechten Resultat
  - D. Subsidiäre Auslegungshilfsregeln
- IV. Zusammenfassung

### I. Einleitung

[Rz 1] Bankgarantien, insbesondere abstrakte Bankgarantien auf erstes Anfordern, sind im internationalen Handelsverkehr weit verbreitet.<sup>1</sup> Da der internationale Handel für die Schweizer Wirtschaft von grosser Bedeutung ist<sup>2</sup> und die Schweiz darüber hinaus über einen gewichtigen Finanzplatz verfügt<sup>3</sup>, darf man wohl davon ausgehen, dass Bankgarantien in der Geschäftspraxis zahlreicher Unternehmen in der Schweiz eine wichtige Rolle spielen. Hierauf deutet auch die erhebliche Zahl von Publikationen zu Bankgarantien hin, die dieses Thema im Lichte des Schweizer Rechts behandeln.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Siehe etwa: (i) Wikipedia zu «Garantie»: «Die Garantie im Bankgeschäft stellt ein wichtiges Sicherungsmittel dar, welches insbesondere im internationalen Geschäft die Bürgschaft ersetzt.» (<http://de.wikipedia.org/wiki/Garantie>; diese und alle anderen in diesem Beitrag aufgeführten Webseiten wurden zuletzt besucht am 26. Februar 2015); (ii) <http://www.bankgarantie.ch/> («Die Bankgarantie ist Bestandteil des Schweizerischen Systems der Sicherheiten für Vertragserfüllung und Geldleistung und ein echtes Bedürfnis der Wirtschaft und des grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs.»); (iii) CHRISTOPHER HAHN, Die Bankgarantie und ihre verschiedenen Spielarten, Leipzig 2006/2007 (gefunden auf: [http://www.uni-leipzig.de/wirtschaftsrecht/alt/dokumente/ws06\\_seminar/arbeitspapier\\_ch\\_hahn.pdf](http://www.uni-leipzig.de/wirtschaftsrecht/alt/dokumente/ws06_seminar/arbeitspapier_ch_hahn.pdf)), S. 2 («Im Bereich der AusSENhandelsfinanzierung hat sich die Bankgarantie infolge der Globalisierung des internationalen Handelsverkehrs zu einem effektiven und in der Praxis anerkannten Sicherungsinstrument entwickelt. In grenzüberschreitenden Verträgen sind daher Klauseln, die den jeweiligen Schuldner zur Stellung einer Bankgarantie verpflichten, weit verbreitet.»); und (iv) MAXI EBERHARDT, Erscheinungsformen der Bankgarantie, Leipzig 1999 (gefunden auf: <http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/dokumente/1999-07-14-01.pdf>), S. 1 («Neben dem Dokumentenakkreditiv und der Bankbürgschaft hat die Bankgarantie als Sicherungsmittel im AusSENhandel grosse Bedeutung.»).

<sup>2</sup> Siehe etwa VIMENTIS, Die Schweiz im globalen Handel, 26. September 2005 (gefunden auf: [http://www.vimentis.ch/content/docs/Freihandelstext\\_final.pdf](http://www.vimentis.ch/content/docs/Freihandelstext_final.pdf)), S. 1 («Für die Schweiz ist der internationale Handel sehr wichtig, denn mittlerweile machen die Exporte bereits über 53% (2006) des Bruttoinlandsprodukts (BIP) aus. Das bedeutet, dass die Schweiz mehr als jeden zweiten Franken im Ausland verdient.»).

<sup>3</sup> Siehe etwa SWISSBANKING, Der Finanzplatz Schweiz und seine Bedeutung, Juli 2012 (gefunden auf: [http://www.swissbanking.org/20120702-2400-factsheet\\_finanzplatz\\_schweiz-rva.pdf](http://www.swissbanking.org/20120702-2400-factsheet_finanzplatz_schweiz-rva.pdf)), S. 3 («Der Finanzplatz Schweiz mit den Banken als führendem Sektor hat international einen hohen Stellenwert und gehört in vielen Geschäftsbereichen zu den Weltmarktführern.»).

<sup>4</sup> Siehe etwa BEAT KLEINER, Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen: mit besonderer Berücksichtigung des Bankgarantieggeschäftes, 2. Auflage, Zürich 1974; EUGEN ALEX ROESLE, Die internationale Vereinheitlichung des Rechts der Bankgarantien, Zürich 1983; JOSEF HELBLING / UBS, Handbuch des dokumentären Aussenhandelsgeschäftes: Akkreditive, Dokumentar-Inkassi, Bankgarantien, 2. Auflage, Zürich 1995; JÜRGEN DOHM, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985; MARKUS STREULE, Bankgarantie und Bankbürgschaft, Diss. Zürich 1987; BEAT KLEINER, Bankgarantie: die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantieggeschäftes, 4. Auflage, Zürich 1990; TUTO RAIMONDO ROSSI, La garantie bancaire à première demande: pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Lausanne 1990; CHRISTINA EBERL, Rechtsfragen der Bankgarantie im internationalen Wirtschaftsverkehr nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Bonn 1991 (Erscheinungsdatum: 1992); ANDRES BÜSSER, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten: eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie, Diss. Freiburg 1997; WOLFGANG WIEGAND, Personalsicherheiten: Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und ver-

[Rz 2] Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der in der Praxis anzutreffenden Frage, wie vertraglich vereinbarte Abrufvoraussetzungen von Bankgarantien auf erstes Anfordern auszulegen sind.

## II. Bankgarantien auf erstes Anfordern

[Rz 3] Abstrakte Bankgarantien auf erstes Anfordern sind so formuliert, dass sich die Bank als Garantin verpflichtet, auf erste (in aller Regel schriftliche) Aufforderung hin den Garantiebetrag zu leisten. Als Beispiel für eine solche Garantie auf erste schriftliche Aufforderung kann z.B. folgender typischer, in der Praxis zu findender Wortlaut angeführt werden: «[ ] *we, [Swiss bank], hereby irrevocably and unconditionally undertake to pay you without delay on your first written demand for payment an amount up to [ ].*»<sup>5</sup>

[Rz 4] Der Sinn und Zweck solcher abstrakten Bankgarantien auf erstes Anfordern ist, dem Begünstigten einen raschen Abruf des Garantiebetrags zu ermöglichen, ohne sich diesen Betrag in einem Prozess erstreiten zu müssen. Dies wird in dem Grundsatz ausgedrückt «pay first, sue later», auf Deutsch: «erst zahlen, dann klagen». Diese Funktion einer Bankgarantie auf erstes Anfordern wird z.B. in einer Publikation der ZKB zur Bankgarantie folgendermassen umschrieben: «Die abstrakte Garantie ermöglicht einen raschen Abruf des Garantiebetrages. [ ] Gerade deshalb bilden die abstrakten, auf erste Anforderung hin zahlbaren Bankgarantien im internationalen Geschäft die Regel. **Bei Streitigkeiten muss nicht zuerst der Weg zum Richter beschritten werden**; die mögliche Rechtsunsicherheit im Ausland wird für den Begünstigten entschärft. Der Begünstigte hat dadurch eine stärkere Stellung als der Garantierauftraggeber.»<sup>6</sup>

[Rz 5] In einer Publikation der Credit Suisse wird dieser Grundsatz folgendermassen formuliert: «Diese Garantieform räumt dem Begünstigten eine rechtlich sehr starke Stellung ein. Er kann die sofortige Auszahlung fordern, ohne dass der Garantierauftraggeber oder der Garant das Recht hätten, Einwendungen oder Einreden aus dem Grundgeschäft zu erheben. Damit wird der Begünstigte nicht nur vom Risiko der Insolvenz des Hauptschuldners entlastet, sondern auch vom Risiko des prozessualen Bestreitens. **Es gilt — wie beim Akkreditiv — der Grundsatz erst zahlen, dann streiten.**»<sup>7</sup>

[Rz 6] In der Lehre wird der Grundsatz des «pay first, sue later» etwa folgendermassen erläutert: «Die Abkoppelung des Garantievertrages vom Valutaverhältnis ist wesentlich für die Liquiditätsfunktion der Garantie: Sie erlaubt dem Begünstigten sofortigen Zugriff auf liquide Mittel. Die endgültige Zuordnung der entsprechenden Vermögenswerte entscheidet sich erst in einem zweiten Schritt, nämlich in der Auseinandersetzung zwischen dem Garantierauftraggeber und dem Begünstigten.»<sup>8</sup>

---

wandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld, Berner Bankrechtstag 1997: Band 4, Bern 1997; MAURO SPAINI, Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, Diss. Fribourg 1999 (Erscheinungsdatum: 2000); FRANZISKA LÖW, Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz: eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und Schweizer Rechts, Diss. Basel 2002.

<sup>5</sup> Übersetzung durch den Autor: «[ ] Wir, [die Schweizer Bank], verpflichten uns hiermit unwiderruflich und unbeding, Ihnen ohne Verzögerung auf erste schriftliche Aufforderung hin einen Betrag zu bezahlen bis [ ].»

<sup>6</sup> ZÜRCHER KANTONALBANK, Die Bankgarantie, ZKB, Ausgabe 7, 2013, S. 14 (gefunden auf: [https://www.zkb.ch/de/un/fk/finanzierungen-immobilien/handelsfinanzierung/bankgarantien.html/ag/form/fk/broschuere-bestellen/finanzierungen-immobilien.html#par\\_formcontainer](https://www.zkb.ch/de/un/fk/finanzierungen-immobilien/handelsfinanzierung/bankgarantien.html/ag/form/fk/broschuere-bestellen/finanzierungen-immobilien.html#par_formcontainer)); Hervorhebung zusätzlich.

<sup>7</sup> CREDIT SUISSE, Die Bankgarantie, Ausgabe 10, 2010, Seite 6 (gefunden auf: [https://www.credit-suisse.com/forms/ch/unternehmen/kmugrossunternehmen/de/import\\_export/downloadcenter.jsp](https://www.credit-suisse.com/forms/ch/unternehmen/kmugrossunternehmen/de/import_export/downloadcenter.jsp)); Hervorhebung zusätzlich.

<sup>8</sup> SUSAN EMMENEGGER / ANDREA ZBINDEN, Die Inanspruchnahme der Bankgarantie, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditsicherheiten, Basel 2008, S. Seite 146 (gefunden auf: [http://www.ibr.unibe.ch/content/ueber\\_uns/susan\\_](http://www.ibr.unibe.ch/content/ueber_uns/susan_)

[Rz 7] Auch in der Rechtsprechung ist dieser Grundsatz unbestritten und klar verankert.<sup>9</sup>

### III. Die Auslegung der Abrufvoraussetzungen von Bankgarantien auf erstes Anfordern

#### A. Das hier untersuchte Auslegungsproblem

[Rz 8] Bankgarantien auf erstes Anfordern legen in der Praxis üblicherweise fest, dass der Begünstigte beim Abruf der Garantie eine bestimmte schriftliche Erklärung abgeben muss.<sup>10</sup>

[Rz 9] Weiter ist in solchen Garantien eine Frist fixiert, innert der die Garantie abzurufen ist.<sup>11</sup>

[Rz 10] In der Praxis kann nun bezüglich solcher Garantien zwischen den Parteien nicht nur umstritten sein, was genau für ein Garantietyp vereinbart wurde<sup>12</sup>, ob eine abstrakte Garantie rechtsmissbräuchlich abgerufen wurde<sup>13</sup>, oder ob, um ein weiteres Beispiel zu geben, die Garantie fristgemäss abgerufen wurde, sondern auch, welche Abrufvoraussetzungen vertraglich vereinbart wurden. Es ist diese Auslegungsfrage, die hier näher beleuchtet werden soll.

[Rz 11] Zur Illustration eines entsprechenden Auslegungsproblems sei folgendes Fallbeispiel angeführt, das eine vereinfachte Version eines realen Praxisfalls darstellt<sup>14</sup>: Eine Schweizer Bank stellt im Kontext einer ausländischen öffentlichen Ausschreibung für ein Infrastrukturprojekt im Auftrag eines inländischen (d.h. schweizerischen) Bieters eine Bankgarantie auf erstes Anfordern. Diese Garantie legt als Abrufvoraussetzung fest, der ausländische Begünstigte habe schriftlich die Zahlung der Garantiesumme mit dem Hinweis zu verlangen: «(a) Der Garantieauftraggeber erhielt den Zuschlag, hat sich aber geweigert, den Werkvertrag abzuschliessen; (b) der Garantieauftraggeber hat sich geweigert, eine Erfüllungsgarantie zu stellen.»

[Rz 12] Beim obigen Beispiel fehlt in der Bankgarantie zwischen den beiden Szenarien (a) und (b) das Wort «oder», so dass — isoliert vom Wortlaut ausgehend — nicht eindeutig ist, ob es ausreicht,

---

emmenegger/publikationen/index\_ger.html).

<sup>9</sup> Siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts 4A\_164/2007 vom 9. August 2007, E. 3.3.2 («Wird eine unabhängige Garantie ausgestellt, so ist der Garant unbesehen eines allfälligen Streitens über den Grundvertrag zur Zahlung verpflichtet, sofern die im Garantieverprechen umschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind; es gilt der Grundsatz «erst zahlen, dann prozessieren» [].»), sowie BGE 138 III 241 E. 3.2 S. 244 («Wird eine Garantie i.S. von Art. 111 OR ausgestellt, so ist der Garant unbesehen eines allfälligen Streitens über den Grundvertrag zur Zahlung verpflichtet, sofern die im Garantieverprechen umschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind [].»); BGE 122 III 321 E. 4a S. 322 («Lorsqu'une garantie indépendante est délivrée, le garant doit honorer son engagement sans égard à un éventuel litige relatif au contrat de base, aussitôt après l'appel du bénéficiaire, si les conditions de mises en jeu, telles que précisées dans la lettre d'engagement, sont réunies [].») und BGE 122 III 273 E. 3a/aa S. 275 («Lorsqu'une garantie indépendante est délivrée, le garant doit honorer son engagement sans égard à un éventuel litige relatif au contrat de base, aussitôt après l'appel du bénéficiaire [].»).

<sup>10</sup> Siehe etwa die ZKB-Mustertexte auf <https://www.zkb.ch/media/dok/finanzieren/bankgarantien-mustertexte.pdf>, insbesondere den Mustertext einer «Bietungsgarantie», gemäss welcher die Bank zu zahlen hat «gegen Ihre schriftliche Zahlungsaufforderung und Ihre schriftliche Bestätigung, dass die Firma \_\_\_\_\_ das vorerwähnte Angebot ohne Ihre Einwilligung vor dessen Verfall zurückgezogen hat oder [].».

<sup>11</sup> Siehe etwa die ZKB-Mustertexte auf <https://www.zkb.ch/media/dok/finanzieren/bankgarantien-mustertexte.pdf>, insbesondere den Mustertext einer «Bietungsgarantie», die bezüglich ihrer Gültigkeit folgendes festlegt: «Unsere Garantie ist gültig bis \_\_\_\_\_ [.] und erlischt automatisch und vollumfänglich, sofern die Inanspruchnahme bis zu diesem Zeitpunkt nicht erfolgt ist.».

<sup>12</sup> Siehe hierzu etwa BGE 131 III 511 E. 4.3 S. 525 f. und BGE 119 II 132 E. 5c S. 134.

<sup>13</sup> Siehe hierzu etwa BGE 131 III 511 E. 4.6 S. 527 und BGE 122 III 321.

<sup>14</sup> Bei dem in diesem Beitrag in vereinfachter Form präsentierten Praxisfall handelt es sich um eine Konstellation, die dem Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich mit der Geschäftsnummer HG130017-O vom 21. Januar 2015 zugrunde liegt. Im betreffenden Verfahren vertrat der Autor, zusammen mit seiner Kollegin RAin MONIKA McQUILLEN, die Begünstigte einer Bankgarantie.

dass beim Abruf der Bankgarantie nur ein Szenarium (a) oder (b) (und nicht beide Szenarien (a) und (b)) erwähnt wird.

[Rz 13] Nehmen wir nun an, der Begünstigte führe beim Abruf der Bankgarantie in seinem Abrufschreiben nur ein Szenarium an, worauf die Bank die Honorierung ihrer Garantie mit dem Argument verweigere, der Begünstigte habe in seinem Abrufschreiben beide Szenarien (a) und (b) erwähnen müssen, so ergibt sich ein Streit über die Frage, wie die vertraglich vereinbarten Abrufvoraussetzungen genau zu verstehen und damit auszulegen sind.

## B. Das Auslegungsprinzip der Garantiestrengere

[Rz 14] In aller Regel dürfte in der Praxis bezüglich der vorstehend erwähnten Auslegungsfrage im Streitfall kein tatsächlicher Konsens bestehen, da sich die Aussagen von Zeugen und/oder Parteien im Rahmen der Beweiswürdigung üblicherweise gegenseitig aufheben dürften.

[Rz 15] Wenn über die Auslegung einer Willenserklärung oder eines Vertrages kein tatsächlicher Konsens besteht, hat das Gericht die Willenserklärung oder den Vertrag auszulegen.<sup>15</sup>

[Rz 16] Das Bundesgericht vertritt hinsichtlich der Auslegung des Inhalts von Bankgarantien den Ansatz, es habe diesbezüglich eine sogenannte «Garantiestrengere» zu herrschen.<sup>16</sup>

[Rz 17] Nach Auffassung des Autors erschöpft sich der erwähnte Grundsatz der Garantiestrengere, so wie er vom Bundesgericht vertreten wird, darin, dass die Frage, welche Abrufbedingungen vereinbart wurden und zu berücksichtigen sind, ausschliesslich im Lichte des Garantietextes zu beantworten ist. Eine so verstandene Tragweite des Grundsatzes der Garantiestrengere geht aus verschiedenen Bundesgerichtsentscheiden hervor:

(i) Bereits in einem publizierten Entscheid vom 28. Mai 1996 hielt das Bundesgericht fest, dass bei Bankgarantien dahingehend ein strikter Formalismus zur Anwendung gelange, dass hinsichtlich der Frage, welche Auszahlungsvoraussetzungen vereinbart wurden, nur die entsprechende Garantieklausel zu berücksichtigen sei.<sup>17</sup>

(ii) Diesen Ansatz hat das Bundesgericht in einem Entscheid vom 10. September 2003 folgendermassen bestätigt (Hervorhebung zusätzlich): *«Auch [bei Bankgarantien] hat eine streng formalisierte Betrachtungsweise zu greifen. Gemeint ist damit, dass **in Bezug***

---

<sup>15</sup> Vgl. etwa BGE 129 III 118 E. 2.5 S. 122 («Face à un litige sur l'interprétation d'une clause contractuelle, le juge doit tout d'abord sefforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention [.] Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance [.]») sowie BGE 132 III 24 E. 4 S. 27 f. («Vertragliche Vereinbarungen sind, wenn ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille nicht ermittelt werden kann (Art. 18 Abs. 1 OR), aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten [.]»).

<sup>16</sup> Siehe etwa die Urteile des Bundesgerichts 4C.144/2003 vom 10. September 2003 E. 2.2 und 4A\_342/2009 vom 30. November 2009, E. 3.2.

<sup>17</sup> Siehe BGE 122 III 273 E. 3 a/aa S. 275 («Lorsqu'une garantie indépendante est délivrée, le garant doit honorer son engagement sans égard à un éventuel litige relatif au contrat de base, aussitôt après l'appel du bénéficiaire []. En cas d'appel, le banquier doit uniquement vérifier que les conditions de mises en jeu, telles que précisées dans la lettre d'engagement, sont réunies []. Comme dans le crédit documentaire irrévocable, il y a, au moins dans le rapport entre la banque et le bénéficiaire, un formalisme strict qui impose de prendre en considération seulement la teneur de la clause de garantie [.]»). Siehe auch BGE 122 III 321 E. 4a S. 322 («Le garant appelé à exécuter son engagement ne peut donc opposer au bénéficiaire d'autres exceptions que celles tirées du contrat de garantie et ne peut exiger de lui d'autres justifications que celles que stipulait, le cas échéant, ce contrat [.]»).

*auf die Erfüllung der in der Garantie bezeichneten Voraussetzung vom Wortlaut der betreffenden Klausel auszugehen ist. Dieser Grundsatz der Garantiestrengung folgt aus der Unabhängigkeit der Garantie von den dieser zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen und der weitgehenden Formalisierung dieses Geschäftstyps [.]. Der Begünstigte hat zwar sämtliche für die Auslösung der Garantiepflicht erwähnten Voraussetzungen zu erfüllen, aber nur diese. Vorleistungen, die sich nicht eindeutig aus dem Garantietext ergeben, kann der Garant nicht verlangen [.]»<sup>18</sup>*

(iii) In einem Entscheid vom 13. Februar 2012 hat das Bundesgericht diesen Ansatz ein weiteres Mal bestätigt.<sup>19</sup>

[Rz 18] Nach hier vertretener Auffassung ist der vom Bundesgericht vertretene Grundsatz der Garantiestrengung mit anderen Worten so zu verstehen, dass sich die relevanten Voraussetzungen des Abrufs einer Bankgarantie auf erstes Anfordern aus dem Garantietext selber ergeben müssen, dass also die Bank als Garantin sich aus dem Garantietext nicht ergebende Abrufvoraussetzungen dem Begünstigten nicht entgegengehalten darf.<sup>20</sup>

[Rz 19] Der Grundsatz der Garantiestrengung schliesst jedoch nicht aus, dass ein unklarer Garantietext nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt wird.<sup>21</sup> Dies hat das Bundesgericht wiederholt ausdrücklich bestätigt<sup>22</sup>, insbesondere im bereits zitierten Entscheid vom 10. September 2003:

*«Ist ein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien darüber nicht feststellbar, welche Bedingungen sie vereinbart haben, hat das Gericht die Vertragsbestimmungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Es hat zu ermitteln, wie eine Erklärung unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte oder musste []. Der klare Wortlaut ist dabei nicht ausschlaggebend, sofern sich aus anderen Vertragsbestimmungen, dem damit verfolgten Zweck oder aus anderen Umständen klar ergibt, dass der Wortlaut das*

---

<sup>18</sup> Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4C.144/2003 vom 10. September 2003, E. 2.2.

<sup>19</sup> Siehe BGE 138 III 241 E. 3.4 S. 245 («In Bezug auf den Eintritt des Garantiefalls gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine streng formalisierte Betrachtungsweise, die allein auf den Wortlaut der Garantieklausel abstellt. Der Begünstigte muss dem Garanten gegenüber nur die (aber auch alle) Voraussetzungen erfüllen, die in der jeweiligen Garantieklausel als Bedingung für das Entstehen der Zahlungspflicht des Garanten ihm gegenüber festgelegt sind []. So kann der Garant etwa keine Vorleistungen verlangen, die sich nicht eindeutig aus dem Garantietext ergeben [.]»).

<sup>20</sup> Siehe auch BGE 122 III 321 E. 4a S. 322 («Le garant appelé à exécuter son engagement ne peut donc opposer au bénéficiaire d'autres exceptions que celles tirées du contrat de garantie et ne peut exiger de lui d'autres justifications que celles que stipulait, le cas échéant, ce contrat [.]»). Kritisch zur bundesgerichtlichen Auslegungsregel der Garantiestrengung sind SUSAN EMMENEGGER / ANDREA ZBINDEN, a.a.O., S. 155.

<sup>21</sup> So auch das Handelsgericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 21. Januar 2015 (Geschäftsnummer HG130017-O), E. 2.4.4.3, S. 25 («Ist ein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien darüber nicht feststellbar, welche Abrufvoraussetzungen sie vereinbart haben, hat das Gericht — auch bei der Auslegung einer Garantie — die Vertragsbestimmungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.»).

<sup>22</sup> Siehe zusätzlich zum zitierten Entscheid vom 10. September 2003 die Urteile des Bundesgerichts 4A\_342/2009 vom 30. November 2009, E. 3.2 («Die Rüge ist unbegründet. Die Vorinstanz hat die fragliche Valutierungsklausel zutreffend nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt, nachdem kein übereinstimmender wirklicher Wille festgestellt werden konnte, und dabei in Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung erwogen, dass nicht vom klaren Wortlaut abzuweichen sei, solange keine ernsthaften Gründe dafür sprechen []. Sie hat zudem dem Wortlaut der Klausel aufgrund des aus der Unabhängigkeit der Garantie vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis folgenden Grundsatzes der Garantiestrengung eine besondere Bedeutung beigemessen.»), und 4A\_463/2011 vom 5. Oktober 2011, E. 3.2 («En particulier, la recourante omet de tenir compte du fait que la matière d'interprétation fondée sur le principe de la confiance, la jurisprudence prohibe l'interprétation purement littérale et qu'il peut ainsi résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte d'une clause contractuelle ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu []. L'autorité cantonale na dès lors pas versé dans l'arbitraire en fondant son interprétation de la garantie bancaire sur des circonstances ayant entouré l'émission de ladite garantie, comme le contrat d'entreprise, comprenant également l'expression «de bonne fin», ou le conseil donné par l'architecte à l'intimé de se prémunir contre le risque de faillite de l'entrepreneur.»).

*Vereinbarte nicht genau wiedergibt. Fehlen ernsthafte Gründe für eine solche Annahme, ist der Wortlaut massgebend (Art. 18 Abs. 1 OR).»<sup>23</sup>*

[Rz 20] Zusammenfassend lässt sich nach hier vertretener Auffassung zum Grundsatz der Garantiestrengigkeit bei der Auslegung von Bankgarantien auf erstes Anfordern festhalten, dass dem Wortlaut bei der Auslegung zwar dahingehend eine besondere Bedeutung zukommt, dass nicht eine Abrufvoraussetzung in die Bankgarantie hineingelesen werden darf, die in der Garantieklausel keine Stütze findet, dass aber dann, wenn der Inhalt der vereinbarten, im Wortlaut der Garantieklausel reflektierten Abrufvoraussetzungen unklar ist, das Gericht die Garantieklausel nach den üblichen Grundsätzen (also nach Vertrauensprinzip) auslegen darf bzw. muss.

## C. Die Auslegung nach Vertrauensprinzip

### 1. Grundsatz

[Rz 21] Wie vorstehend dargelegt, sind auch Bankgarantien auf erstes Anfordern nach Vertrauensprinzip auszulegen, trotz des vorstehend diskutierten Grundsatzes der Garantiestrengigkeit.

[Rz 22] Das heisst, dass das Gericht die Garantieklausel nach Treu und Glauben auszulegen hat, um den mutmasslichen Willen der Parteien zu ermitteln.<sup>24</sup> Hierbei sind alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, also auch Umstände, die sich nicht direkt aus dem Garantietext selbst ergeben, wie z.B. der Kontext, in dem die Bankgarantie auf erstes Anfordern abgegeben wurde.<sup>25</sup>

[Rz 23] Dies steht in Einklang mit allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung, wonach bei der Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip *«die Willenserklärungen der Parteien so auszulegen [sind], wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten [.]»*.<sup>26</sup> Insbesondere sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *«Umstände mitzubersichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren»*<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.144/2003 vom 10. September 2003, E. 2.3.

<sup>24</sup> Vgl. etwa WOLFGANG WIEGAND, in: BSK OR I, 5. Auflage, Basel 2011 (hiernach: Basler Kommentar), Art. 18 N 11.

<sup>25</sup> Siehe etwa BGE 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188 (*«Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu []. Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté [.]»*) sowie das Urteil des Bundesgerichts 4A\_463/2011 vom 5. Oktober 2011, E. 3.2 (*«En particulier, la recourante omet de tenir compte du fait que, en matière d'interprétation fondée sur le principe de la confiance, la jurisprudence prohibe l'interprétation purement littérale et qu'il peut ainsi résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte d'une clause contractuelle ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu []. L'autorité cantonale ne doit pas verser dans l'arbitraire en fondant son interprétation de la garantie bancaire sur des circonstances ayant entouré l'émission de ladite garantie, comme le contrat d'entreprise, comprenant également l'expression «de bonne fin», ou le conseil donné par l'architecte à l'intimée de se prémunir contre le risque de faillite de l'entrepreneur.»*).

<sup>26</sup> BGE 129 III 702 E. 2.4 S. 707 (Hervorhebung zusätzlich).

<sup>27</sup> BGE 107 II 417 E. 6 S. 418.

## 2. Exkurs: Ansatz des Handelsgerichts Zürich: Primat des (unklaren) Wortlauts

[Rz 24] In einem Urteil vom 21. Januar 2015 (Geschäftsnummer HG130017-O)<sup>28</sup>, in dem eine im Sinne des unter III. A. oben geschilderten Fallbeispiels unklare Bankgarantie auszulegen war, vertrat das Handelsgericht des Kantons Zürich jedoch einen vom vorstehend erwähnten Grundsatz abweichenden Ansatz, der hiernach kritisch diskutiert wird.

[Rz 25] Unter Verweis auf Erwägung 2.3 des bereits erwähnten Urteils des Bundesgerichts 4C.144/2003 vom 10. September 2003 vertritt das Handelsgericht Zürich in seinem vorstehend erwähnten Urteil bezüglich der Auslegung einer Bankgarantie nach Vertrauensprinzip, deren einschlägiger Wortlaut unklar ist, folgenden Standpunkt und stellt folgende Prämisse auf:

*«Fehlen jedoch ernsthafte Gründe, die vom einstweiligen Auslegungsergebnis gestützt auf den Wortlaut — unter Berücksichtigung der Syntax und der Systematik — klar abweichen, ist dieses Auslegungsergebnis massgebend [].»<sup>29</sup>*

[Rz 26] Bevor dieser Standpunkt und die daraus abgeleitete Prämisse näher beleuchtet werden, ist vorab kurz folgendes zu adressieren: Das Handelsgericht Zürich betont in seinem Urteil vom 21. Januar 2015, u.a. im obigen Zitat, es sei bei der grammatikalischen Auslegung der Bankgarantie deren Syntax und Systematik zu berücksichtigen.<sup>30</sup> Es ist nicht klar, warum das Handelsgericht Zürich dies betont, denn es liegt auf der Hand und ist selbstverständlich, dass die Syntax, also die *«Lehre vom Bau des Satzes als Teilgebiet der Grammatik»<sup>31</sup>*, und die Stellung eines Absatzes in einem Vertragstext (*«die Systematik des Vertrages»<sup>32</sup>*), Teil einer grammatikalischen Vertragsauslegung sind. Dies wird im hier diskutierten Urteil auch ausdrücklich bestätigt.<sup>33</sup> Eine vom Handelsgericht Zürich offenbar gesehene Differenzierung zwischen einer «reinen» grammatikalischen Auslegung und einer um Syntax und Vertragssystematik ergänzten grammatikalischen Auslegung ist nach Auffassung des Autors jedoch wenig überzeugend bzw. künstlich und deshalb abzulehnen.

[Rz 27] Der oben wörtlich zitierte Schluss des Handelsgerichts Zürich und die daraus abgeleitete Prämisse — bei einem unklaren Wortlaut einer Bankgarantie sei bei deren Auslegung nach Vertrauensprinzip von diesem unklaren Wortlaut auszugehen, es sei denn es lägen ernsthafte Gründe vor, die klar von diesem unklaren Wortlaut abweichen, — lassen sich dem Urteil des Bundesgerichts 4C.144/2003 vom 10. September 2003 jedoch nicht entnehmen. Aus der vom Handelsgericht Zürich zitierten Erwägung 2.3 des erwähnten Bundesgerichtsurteils geht vielmehr hervor, dass das Bundesgericht dort die Auslegung eines **klaren** Vertragswortlauts adressiert hat (Hervorhebung zusätzlich):

---

<sup>28</sup> In diesem Verfahren vertrat der Autor, zusammen mit seiner Kollegin RAin MONIKA McQUILLEN, eine im Ausland domizilierte Begünstigte einer Bankgarantie gegen eine in Zürich domizilierte Bank / Garantin.

<sup>29</sup> Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2015 (Geschäftsnummer HG130017-O), E. 2.4.4.5, Abs. 3, S. 33.

<sup>30</sup> Siehe auch das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2015 (Geschäftsnummer HG130017-O), E. 2.4.4.6, S. 38.

<sup>31</sup> <http://www.duden.de/rechtschreibung/Syntax>.

<sup>32</sup> Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2015 (Geschäftsnummer HG130017-O), E. 2.4.4.5, S. 32.

<sup>33</sup> Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2015 (Geschäftsnummer HG130017-O), E. 2.4.4.5, S. 32: *«[] Syntax und Systematik, welche im Rahmen der Auslegung nach dem Wortlaut, der grammatikalischen Auslegung, ebenfalls zu berücksichtigen sind [].»* (Hervorhebung zusätzlich).



*«Ist ein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien darüber nicht feststellbar, welche Bedingungen sie vereinbart haben, hat das Gericht die Vertragsbestimmungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Es hat zu ermitteln, wie eine Erklärung unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte oder musste []. Der **klare** Wortlaut ist dabei nicht ausschlaggebend, sofern sich aus anderen Vertragsbestimmungen, dem damit verfolgten Zweck oder aus anderen Umständen klar ergibt, dass der Wortlaut das Vereinbarte nicht genau wiedergibt. Fehlen ernsthafte Gründe für eine solche Annahme, ist der Wortlaut massgebend (Art. 18 Abs. 1 OR).»*

[Rz 28] Mit Bezug auf seinen hier diskutierten Standpunkt hält das Handelsgericht Zürich im fraglichen Urteil fest, dem Wortlaut komme bei der Vertragsauslegung im Verhältnis zu den ergänzenden Auslegungsmitteln eine vorrangige Bedeutung zu, und es zitiert diesbezüglich das Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002.<sup>34</sup> Auch in diesem Urteil hat das Bundesgericht in der vom Handelsgericht Zürich zitierten Erwägung jedoch einen **klaren** Vertragswortlaut adressiert (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002, E. 2.2; Hervorhebung zusätzlich):

*«Seit Aufgabe der Eindeutigkeitsregel [] kann indes nicht mehr ausschliesslich auf den **klaren** Wortlaut abgestellt werden. Aus Art. 18 OR folgt, dass ein **klarer** Wortlaut für die Auslegung nicht unbedingt entscheidend und eine reine Wortauslegung verboten ist. Selbst wenn eine Vertragsbestimmung auf den ersten Blick **klar** erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt [].»*

[Rz 29] Der hier diskutierte Standpunkt des Handelsgerichts Zürich lässt sich folgendermassen zusammenfassen: Komprimiert geht dieses bei der Auslegung einer Bankgarantie nach Vertrauensprinzip davon aus, dass bei einem unklaren oder zumindest nicht eindeutigen Wortlaut diesem gegenüber anderen Auslegungsmitteln der Vorrang zukomme, falls sich aus diesen anderen Auslegungsmitteln nicht klar bzw. deutlich ein anderes Auslegungsergebnis ergibt. Dies ist nach hier vertretener Auffassung verfehlt und dies hat das Bundesgericht in den vom Handelsgericht Zürich zitierten Bundesgerichtsentscheiden, wie erwähnt, auch nicht gesagt. Das Bundesgericht hat in den betreffenden Urteilen festgehalten, dass selbst bei einem **klaren** Vertragswortlaut die Auslegung des Vertrages nicht zwingend am **klaren** Wortlaut halt mache.

[Rz 30] Wenn der Wortlaut einer Bankgarantie nicht klar ist, darf und kann die Auslegung der Bankgarantie nach Vertrauensprinzip nicht am Wortlaut der Garantie halt machen, bzw. kann es rein sachlogisch keinen Primat des Wortlautes gegenüber anderen Auslegungsmitteln geben. Vielmehr kann nur durch das Abstellen auf weitere, ausserhalb des Vertragswortlautes liegende Umstände ermittelt werden, *«wie eine Erklärung unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte oder musste»*<sup>35</sup>. Dies steht in Einklang mit den unter III. C. 1. oben erwähnten allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung.

[Rz 31] Die hier diskutierte Schlussfolgerung (sowie die darauf beruhende Prämisse) des Handelsgerichts Zürich führen dazu, dass dieses bei der Auslegung der betreffenden Bankgarantie

---

<sup>34</sup> Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2015 (Geschäftsnummer HG130017-O), E. 2.4.4.5, Abs. 3 *in fine*, S. 33.

<sup>35</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.144/2003 vom 10. September 2003, E. 2.3.

nach Vertrauensprinzip an gewisse Auslegungselemente einen unzutreffenden Massstab anlegt. In seinem Urteil vom 21. Januar 2015<sup>36</sup> findet sich, wie bereits erwähnt, folgender Satz (Hervorhebung zusätzlich): «Fehlen jedoch **ernsthafte** Gründe, die vom einstweiligen Auslegungsergebnis gestützt auf den Wortlaut — unter Berücksichtigung der Syntax und der Systematik — **klar** abweichen, ist dieses Auslegungsergebnis massgebend [].»<sup>37</sup>. Dieser Satz reflektiert die nach hier vertretener Auffassung unzutreffende Prämisse des Handelsgerichts Zürich, ausserhalb eines unklaren Wortlautes einer Bankgarantie liegende Umstände müssten ein bestimmtes Auslegungsergebnis nach Vertrauensprinzip «*ernsthaft*» und «*klar*» indizieren. Wie erwähnt, ist dem im Lichte eines unklaren Wortlautes nicht so. Bei einem unklaren Wortlaut gibt es im Rahmen der Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip keinen Primat des Wortlautes gegenüber anderen Auslegungsmitteln.

[Rz 32] Die hier diskutierte Schlussfolgerung und die darauf beruhende Prämisse führen auch zu einer dahingehenden «Blickwinkelverengung», dass gewisse ausserhalb des Wortlautes der Bankgarantie liegende Umstände bei der Auslegung einer Bankgarantie nach Vertrauensprinzip nicht berücksichtigt werden. So hält das Handelsgericht Zürich im hier diskutierten Urteil z.B. implizit fest, die beklagte Garantin habe der Formulierung der Bankgarantie ausschliesslich diejenige Bestimmung eines ausländischen Gesetzes zu prüfen gehabt, die im Garantietext ausdrücklich erwähnt ist, nicht aber eine weitere relevante Bestimmungen im betreffenden Gesetz.<sup>38</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist bei einem unklaren Wortlaut der Garantietext nach dem Vertrauensprinzip jedoch im Lichte der gesamten Umstände auszulegen, und eine entsprechende Beschränkung auf den Garantietext ist unzulässig.

[Rz 33] Eine solche Beschränkung ergibt sich auch nicht aus dem vom Handelsgericht Zürich im vorliegenden Kontext zitierten Urteil des Bundesgerichts 4C.144/2003 vom 10. September 2003.<sup>39</sup> Aus der vom Handelsgericht Zürich zitierten Erwägung 2.2 des erwähnten Bundesgerichtsurteils geht wie bereits erwähnt<sup>40</sup> hervor, dass das Bundesgericht mit der dort erwähnten Beschränkung auf den Wortlaut des Garantietextes **den Begünstigten** vor dem Einwand schützen wollte, dieser haben auch nicht im Garantietext erwähnte Abrufvoraussetzungen zu erfüllen gehabt (siehe das Urteil des Bundesgerichts 4C.144/2003 vom 10. September 2003, E. 2.2<sup>41</sup>; siehe auch BGE 138 III 241 E. 3.5 S. 245<sup>42</sup>). Nicht adressiert und nicht limitiert hat das Bundesgericht in

---

<sup>36</sup> Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2015 (Geschäftsnummer HG130017-O).

<sup>37</sup> Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2015 (Geschäftsnummer HG130017-O), E. 2.4.4.5, Abs. 3, S. 33.

<sup>38</sup> Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2015 (Geschäftsnummer HG130017-O), insbesondere E. 2.4.4.5, Abs. 2, S. 35.

<sup>39</sup> Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2015 (Geschäftsnummer HG130017-O), E. 2.4.4.5, Abs. 3 *in fine*, S. 33.

<sup>40</sup> Vgl. III. B. oben.

<sup>41</sup> «Der Begünstigte hat zwar sämtliche für die Auslösung der Garantiepflcht erwähnten Voraussetzungen zu erfüllen, aber nur diese. Vorleistungen, die sich nicht eindeutig aus dem Garantietext ergeben, kann der Garant nicht verlangen, hat er es sich doch selbst zuzuschreiben, wenn er bei der Formulierung der Garantie nicht die erforderliche Sorgfalt walten liess []. Auch der Begünstigte verdient einen gesteigerten Schutz seines Vertrauens auf den Inhalt der Garantieurkunde [].»

<sup>42</sup> «Diese Grundsätze sind nicht vereinbar mit einer Verpflichtung des Begünstigten, den Eintritt des Garantiefalls über den Wortlaut der Garantieklausel hinausgehend näher zu substanziieren. Es liegt vielmehr in der Verantwortung der Garantin, sämtliche Voraussetzungen für die Auszahlung der Garantiesumme im Garantieverprechen aufzuführen. Der Begünstigte ist insofern in seinem Vertrauen auf den Inhalt des Garantieverprechens zu schützen []. Vorliegend wurden zum Abruf der Garantie eine schriftliche Zahlungsaufforderung der Z. AG und eine schriftliche Bestätigung vorausgesetzt, wonach die Beschwerdegegnerin ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz konnte die Beschwerdeführerin von der Z. AG nicht eine über den Wortlaut des Garantieverprechens hinausgehende Substanziierung verlangen, inwiefern der Vertrag verletzt worden sei. Indem die Vorinstanz mit dieser Begründung eine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten der Beschwerdeführerin angenommen und folglich deren Regressrecht verneint

diesem Urteil jedoch die Frage, inwieweit bei der Auslegung einer Bankgarantie nach Vertrauensprinzip auch ausserhalb des Wortlauts der Bankgarantie liegende Umstände zu berücksichtigen sind. Dass Letzteres bei der Auslegung eines Vertragstextes nach Vertrauensprinzip zulässig ist, hat das Bundesgericht in diversen Urteilen bestätigt (vgl. etwa BGE 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188<sup>43</sup> sowie das Urteil des Bundesgerichts 4A\_463/2011 vom 5. Oktober 2011, E. 3.2<sup>44</sup>).

### 3. Zurechnung des Wissens des Garantief Auftraggebers

[Rz 34] Mit Blick auf die Auslegung einer Bankgarantie nach dem Vertrauensprinzip fragt sich auch, ob der Bank das relevante Wissen des Garantief Auftraggebers bei der Auslegung der Bankgarantie zuzurechnen ist. Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte dies in der Regel gerechtfertigt sein, weil die Bank nur als Intermediär des Garantief Auftraggebers handelt. Die Bank als Garantin handelt beim Abgeben einer Bankgarantie nicht auf eigene Rechnung, sondern fiduziarisch, das heisst zwar im eigenen Namen, aber auf Rechnung und Risiko des Garantief Auftraggebers. Die Bank als Garantin ist mit anderen Worten finanziell durch eine Honorierung der Garantie oder durch einen im Zusammenhang mit der Garantie geführten Rechtsstreit finanziell nicht belastet, weil sie sich vollumfänglich am Garantief Auftraggeber schadlos halten kann.

[Rz 35] Hinsichtlich der umfassenden Schadloshaltung der Bank als Garantin durch den Garantief Auftraggeber lässt sich in der Bankpraxis z.B. folgende Klausel finden:

*«Der Auftraggeber hat der Bank sämtliche Kosten, Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die ihr im Zusammenhang mit dem Bankgarantief Auftrag entstehen (Auslagen- und Verwendungsersatz, Kommissionen und Spesen usw., die der Bank selbst entstehen oder ihr von Drittbanken in Rechnung gestellt werden sowie sämtliche Kosten allfälliger Gerichts- und Rechtsverfahren im In- und Ausland). Die Bank ist berechtigt, das Konto des Auftraggebers für alle Ansprüche aus dem Bankgarantief Auftrag zu belasten. Der Auftraggeber verpflichtet sich, für diese auf erstes Verlangen der Bank (Pfand-) Deckung anzuschaffen. Zur Sicherstellung dieser Ansprüche räumt der Auftraggeber der Bank für alle Kosten, Aufwendungen und Schäden aus dem Bankgarantief Auftrag ein Pfandrecht an sämtlichen Forderungen von ihm gegen die Bank ein. Die Bank ist berechtigt, die von ihr eingeleiteten oder einzuleitenden Verfahren nicht weiterzuverfolgen oder gegen die Bank gerichtete Verfahren zu Lasten des Auftraggebers anzuerkennen, wenn der Auftraggeber von der Bank gewünschte Kostenvorschüsse für Gerichts- und Rechtsverfahren nicht leistet.»<sup>45</sup>*

---

hat, hat sie Bundesrecht verletzt.»

<sup>43</sup> «Le sens dun texte, apparemment clair, nest pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu []. Il ny a cependant pas lieu de sécarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté [].» (Hervorhebung zusätzlich).

<sup>44</sup> «En particulier, la recourante omet de tenir compte du fait que matière d'interprétation fondée sur le principe de la confiance, la jurisprudence prohibe l'interprétation purement littérale et qu'il peut ainsi résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte d'une clause contractuelle ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu []. L'autorité cantonale na dès lors pas versé dans l'arbitraire en fondant son interprétation de la garantie bancaire sur des circonstances ayant entouré l'émission de ladite garantie, comme le contrat d'entreprise, comprenant également l'expression «de bonne fin», ou le conseil donné par l'architecte à l'intimée de se prémunir contre le risque de faillite de l'entrepreneur.» (Hervorhebung zusätzlich).

<sup>45</sup> ZKB-Formular «Bedingungen und Hinweise für die Ausstellung von Bankgarantien» (gefunden auf: <https://www.zkb.ch/media/form/finanzieren/bankgarantie-auftrag-fk.pdf>).

[Rz 36] Wenn die Bank aufgrund der vorstehend geschilderten umfassenden Schadloshaltungsverpflichtung des Garantieauftraggebers von einem Auslegungstreit über den Inhalt einer Bankgarantie finanziell nicht tangiert ist, dürfte es nach hier vertretener Auffassung in der Regel gerechtfertigt sein, dass der Bank als Garantin das wesentliche Wissen ihres Kunden zugerechnet wird, z.B. über den Kontext, in dem die Bankgarantie abgegeben wurde.

#### 4. Such nach einem sachgerechten Resultat

[Rz 37] Bezüglich der Auslegung einer Bankgarantie auf erstes Anfordern nach Vertrauensprinzip ist auch zu beachten, dass nach einem sachgerechten Resultat zu suchen ist, «weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben»<sup>46</sup>. Unangemessen und nicht schutzwürdig dürfte in aller Regel namentlich ein Auslegungsergebnis sein, wonach eine Bankgarantie auf erstes Anfordern vom Begünstigten überhaupt nicht gültig abgerufen werden könnte. Gegen ein solches Auslegungsergebnis spricht auch, dass das Vertrauen des Begünstigten auf eine gültige Bankgarantie auf erstes Anfordern in aller Regel einen besonderen Schutz verdienen dürfte.<sup>47</sup>

### D. Subsidiäre Auslegungshilfsregeln

[Rz 38] Führt die Auslegung einer Bankgarantie nach Vertrauensprinzip hinsichtlich der Abrufvoraussetzungen zu keinem eindeutigen Ergebnis, dann könnte nach hier vertretener Auffassung unter Umständen die Auslegungshilfsregel des *in favorem validitatis* bzw. *in favorem negotii*<sup>48</sup> zum Tragen kommen. Da wie bereits erwähnt nicht anzunehmen ist, die Parteien hätten eine Bankgarantie gewollt, die unmöglich korrekt abgerufen werden kann, ist es nach Auffassung des Autors unter Umständen gerechtfertigt, diese Auslegungshilfsregel als Korrektiv einzusetzen, um zu verhindern, dass eine Bankgarantie überhaupt nicht gültig abgerufen werden könnte.

[Rz 39] Weiter sind nach Auffassung des Autors Umstände denkbar, in denen es gerechtfertigt sein könnte, hinsichtlich der hier diskutierten Auslegungsfrage die Auslegungshilfsregel des *in dubio contra stipulatorem*<sup>49</sup> anzuwenden. In diesem Zusammenhang kann es unter Umständen stossend sein, wenn eine Bank, die sich öffentlich als Spezialistin für das Ausstellen von Bankgarantien anpreist, nicht die Konsequenzen ihrer gegebenenfalls unsorgfältigen Formulierung der Abrufvoraussetzungen einer Bankgarantie auf erstes Anfordern tragen müsste, sondern im Gegenteil von ihrer Unsorgfalt profitieren würde. In diesem Kontext ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das Vertrauen des Begünstigten in eine gültige Garantie gemäss bundesgerichtlicher

---

<sup>46</sup> BGE 119 II 368 E. 4b S. 372; siehe auch BGE 117 II 609 E. 6c S. 621 («Dabei hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben.»).

<sup>47</sup> Siehe die Urteile des Bundesgerichts 4C.144/2003 vom 10. September 2003, E. 2.2 in fine («Auch der Begünstigte verdient einen gesteigerten Schutz seines Vertrauens auf den Inhalt der Garantieurkunde [.]»), und BGE 138 III 241 E. 3.5 S. 245 («Es liegt vielmehr in der Verantwortung der Garantin, sämtliche Voraussetzungen für die Auszahlung der Garantiesumme im Garantieversprechen aufzuführen. Der Begünstigte ist insofern in seinem Vertrauen auf den Inhalt des Garantieversprechens zu schützen [.]»).

<sup>48</sup> Siehe etwa WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, Art. 18 N 40 («Bei mehreren vertretbaren Auslegungsvarianten ist diejenige massgebend, die den Vertrag nicht ungültig oder unvernünftig macht [.]»).

<sup>49</sup> Siehe etwa WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, Art. 18 N 40 («Hat eine Vertragspartei (bzw. ihre Hilfsperson oder ihr Vertreter) eine unklare Vertragsbestimmung verfasst, welche mindestens zwei vertretbare Deutungen zulässt, so hat sie als Konsequenz die für sie ungünstigere Auslegung hinzunehmen [mit Verweisungen auf Bundesgerichtsentscheide].»).

Rechtsprechung grundsätzlich besonderen Schutz verdient<sup>50</sup>, was nach hier vertretener Auffassung zutreffend ist.

#### IV. Zusammenfassung

[Rz 40] Nach der in diesem Beitrag dargelegten Auffassung besteht der vom Bundesgericht vertretene Grundsatz der Garantiestrenge bei der Auslegung von Bankgarantien auf erstes Anfordern darin, dass dem Wortlaut bei der Auslegung solcher Garantien dahingehend eine besondere Bedeutung zukommt, dass nicht eine Abrufvoraussetzung in die Bankgarantie hineingelesen werden darf, die in der Garantieklausel keine Stütze findet (siehe III. B. oben). Der Grundsatz der Garantiestrenge besagt aber nicht, dass eine Bankgarantie auf erstes Anfordern nicht auszulegen wäre (a.a.O.). Wenn der Inhalt der vereinbarten, im Wortlaut der Garantieklausel reflektierten Abrufvoraussetzungen unklar ist, hat das Gericht die Garantieklausel nach den üblichen Grundsätzen (also nach Vertrauensprinzip) auszulegen (a.a.O.). Hierbei hat das Gericht alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, also auch Umstände, die sich nicht direkt aus dem Garantietext selbst ergeben, wie z.B. der Kontext, in dem die Bankgarantie auf erstes Anfordern abgegeben wurde (siehe III. C. 1. und 2. oben).

[Rz 41] Die Frage, ob der Bank das relevante Wissen des Garantieauftraggebers bei der Auslegung der Bankgarantie zuzurechnen ist, ist nach Auffassung des Autors grundsätzlich deshalb zu bejahen, weil die Bank nur als Intermediär des Garantieauftraggebers handelt (siehe III. C. 3. oben).

[Rz 42] Im Hinblick auf die Auslegung einer Bankgarantie auf erstes Anfordern nach Vertrauensprinzip ist nach hier vertretener Auffassung auch zu beachten, dass nach einem sachgerechten Resultat zu suchen ist (siehe III. C. 4. oben).

[Rz 43] Führt die Auslegung einer Bankgarantie nach Vertrauensprinzip zu keinem eindeutigen Ergebnis, dann können nach Auffassung des Autors unter Umständen die Auslegungshilfsregeln des *in favorem validitatis* bzw. *in favorem negotii* sowie des *in dubio contra stipulatorem* zur Anwendung gelangen (siehe III. D. oben).

---

Lic. iur. utr. PHILIPP H. HABERBECK ist Rechtsanwalt bei Eversheds in Zürich.

---

<sup>50</sup> Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4C.144/2003 vom 10. September 2003, E. 2.2 in fine («Auch der Begünstigte [einer Garantie] verdient einen gesteigerten Schutz seines Vertrauens auf den Inhalt der Garantieurkunde [.]»), bestätigt in BGE 138 III 241 E. 3.5 S. 245 («Es liegt vielmehr in der Verantwortung der Garantin, sämtliche Voraussetzungen für die Auszahlung der Garantiesumme im Garantieversprechen aufzuführen. Der Begünstigte ist insofern in seinem Vertrauen auf den Inhalt des Garantieversprechens zu schützen [.]»).