



Ausgewählte Fragen der Bankgarantie

em. o. Univ-Prof. Dr. Peter Rummel

19. Juni 2012

Vortrag anlässlich des zehnjährigen Bestehens der Seminarreihe des
Instituts für Bankrecht an der Johannes Kepler Universität Linz

Ausgewählte Fragen der Bankgarantie

Vortrag anlässlich des zehnjährigen Bestehens der Seminarreihe
des Linzer Instituts für Bankrecht am 19. 6. 2012

1. Einführung; insbesondere Anmerkungen zur Abstraktheit

9 Ob 139/04p vom 6. 4. 2005, ÖBA 2005/1298, 649

StRsp zum Regress der Bank gegen den Garantieauftraggeber

9 Ob 24/08g vom 29. 10. 2008, ÖBA 2009/1554, 473 = ecolex 2009/72, 223 (*Rindler*)
(Anhang 1)

8 Ob 137/08t vom 27. 1. 2009, ÖBA 2010/1600, 130

„...ist ein Garantievertrag kein abstraktes Schuldversprechen...“

9 Ob 39/10s vom 30. 3. 2011, ÖBA 2011/1734, 592 (Anhang 7)

3 Ob 186/10i vom 14. 12. 2011, ecolex 2011/153, 396

„...damit die Abstraktheit der Garantie besonders betont...“

2. (Wenig) zur Auslegung und zur formellen Garantiestrenge

4 Ob 149/06z vom 21. 11. 2006, ÖBA 2007/1414, 400

7 Ob 29/09d vom 16. 12. 2009, ÖBA 2010/1632, 404

7 Ob 232/09g vom 30. 6. 2010, ÖBA 2011/1686, 107 (*P. Bydlinski*)

9 Ob 39/10s vom 30. 3. 2011, ÖBA 2011/1734, 592 (Anhang 7)

StRsp zum Verhältnis „formelle Garantiestrenge“ / §§ 914 f ABGB

3. Einiges zum „Umfeld“ der Bankgarantie

1 Ob 173/11i vom 22. 12. 2011, ÖBA 2012/1807, 328 (Anhang 15)

3 Ob 111/08g vom 3. 9. 2008, ÖBA 2009/1537, 234 = JBI 2009, 253 (*P. Bydlinski*)

Stellung einer Bankgarantie als (formpflichtige?) Interzession

5 Ob 45/07i vom 3. 4. 2007, ÖBA 2007/1445, 909 (Anhang 21)

Missbräuchlicher Abruf durch Zessionarin

1 Ob 44/07p vom 11. 9. 2007, ÖBA 2008/1480, 434

Missbräuchlicher Abruf

4 Ob 14/08z vom 11. 3. 2008, ÖBA 2008/1515, 820

Erstellung einer Bankgarantie als wirkliche Einlösung iSv § 1075 ABGB

4. Varia: Bestimmtheit, Verjährung, Rechtsmissbrauch, Rückfragepflicht der Bank

9 Ob 24/08g vom 29. 10. 2008, ÖBA 2009/1554, 473 (Anhang 1)

Bestimmtheit des Begünstigten

5 Ob 215/08s vom 13. 1. 2009, ÖBA 2009/1579, 823 (Anhang 29)

Verjährung stets in drei Jahren

9 Ob 8/10g vom 3. 3. 2010, ÖBA 2010/1656, 621

Direktrückgriff bei missbräuchlichem Abruf

4 Ob 94/10t vom 13. 7. 2010 ÖBA 2010/1668, 771

Warnpflicht der Bank bei fehlerhaftem Abruf (Anhang 40)

Gesetzesbestimmungen

ABGB

§ 880a. Hat jemand einem andern eine Leistung eines Dritten versprochen, so gilt dies als Zusage seiner Verwendung bei dem Dritten; ist er aber für den Erfolg eingestanden, so haftet er für volle Genugtuung, wenn die Leistung des Dritten ausbleibt.

Auslegungsregeln bei Verträgen

§ 914. Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

§ 915. Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§ 869).

§ 1351. Verbindlichkeiten, welche nie zu Recht bestanden haben, oder schon aufgehoben sind, können weder übernommen, noch bekräftigt werden.

§ 1352. Wer sich für eine Person verbürgt, die sich vermöge ihrer persönlichen Eigenschaft nicht verbinden kann, ist, obschon ihm diese Eigenschaft unbekannt war, gleich einem ungetheilten Mitschuldner verpflichtet (§ 896).

§ 1432. Doch können Zahlungen einer verjährten, oder einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist, oder zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt, eben so wenig zurückgefordert werden, als wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, dass er sie nicht schuldig ist.

§ 1489. Jede Entschädigungsklage ist in drei Jahren von der Zeit an verjährt, zu welcher der Schade und die Person des Beschädigers dem Beschädigten bekannt wurde, der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. Ist dem Beschädigten der Schade oder die Person des Beschädigers nicht bekannt geworden oder ist der Schade aus einer oder mehreren gerichtlich strafbaren Handlungen, die nur vorsätzlich begangen werden können und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, entstanden, so erlischt das Klagerecht nur nach dreißig Jahren.

KSchG

§ 25c. Tritt ein Verbraucher einer Verbindlichkeit als Mitschuldner, Bürge oder Garant bei (Interzession), so hat ihn der Gläubiger auf die wirtschaftliche Lage des Schuldners hinzuweisen, wenn er erkennt oder erkennen muss, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird. Unterlässt der Unternehmer diese Information, so haftet der Interzedent nur dann, wenn er seine Verpflichtung trotz einer solchen Information übernommen hätte.

Mäßigungsrecht

§ 25d. (1) Der Richter kann die Verbindlichkeit eines Interzedenten (§ 25c) insoweit mäßigen oder auch ganz erlassen, als sie in einem unter Berücksichtigung aller Umstände unbilligen Missverhältnis zur Leistungsfähigkeit des Interzedenten steht, sofern die Tatsache, dass der Verbraucher bloß Interzedent ist, und die Umstände, die dieses Missverhältnis begründet oder herbeigeführt haben, bei Begründung der Verbindlichkeit für den Gläubiger erkennbar waren.

(2) Bei der Entscheidung nach Abs. 1 ist insbesondere zu berücksichtigen:

1. das Interesse des Gläubigers an der Begründung der Haftung des Interzedenten,
2. das Verschulden des Interzedenten an den Umständen, die das in Abs. 1 genannte Missverhältnis begründet oder herbeigeführt haben,
3. der Nutzen des Interzedenten aus der Leistung des Gläubigers sowie
4. der Leichtsinns, die Zwangslage, die Unerfahrenheit, die Gemütsaufregung oder die Abhängigkeit des Interzedenten vom Schuldner bei Begründung der Verbindlichkeit.

OGH 29.10.2008, 9 Ob 24/08g

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling, Dr. Hradil, Dr. Hopf und Dr. Kuras als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei H*****, vertreten durch Dr. Oliver Koch, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei C*****, sowie der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei S*****, beide vertreten durch Pflaum-Karlberger-Wiener-Opetnik, Rechtsanwälte in Wien, wegen 192.261,30 EUR sA, infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 21. Dezember 2007, GZ 5 R 180/07p-14, mit dem infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 23. August 2007, GZ 23 Cg 34/06k-10, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie einschließlich der in Rechtskraft erwachsenen Teilabweisung hinsichtlich des Zinsenbegehrens insgesamt zu lauten haben:

Das Klagebegehren, die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei 192.261,30 EUR samt 8 % Zinsen über den Basiszinssatz seit 1. 2. 2006 zu bezahlen, wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 5.483,86 EUR (darin enthalten 1.097,97 EUR an USt) bestimmten Kosten des erstgerichtlichen Verfahrens sowie die mit 8.283,10 EUR (darin enthalten 503,85 EUR USt und 5.260 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 9.394,50 EUR (darin enthalten 396,75 EUR USt und 7.014 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die klagende Partei ist weiters schuldig, der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei die mit 4.709,38 EUR (darin enthalten 784,90 EUR USt) bestimmten Kosten des erstgerichtlichen Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe

Eine „Wohnbau GmbH“ deren Firma sich von der nunmehrigen Klägerin nur dadurch unterschied, dass nach dem Firmenbestandteil „GmbH“ kein Punkt eingefügt war, schloss mit der nunmehrigen Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Kreditversicherungs AG am 15. 1. 2002 als Auftraggeberin einen Vertrag über die Errichtung einer Wohnhausanlage. Nach § 11 Z 6 dieses Werkvertrags war mit der Nebenintervenienten, einer Baugesellschaft, ein Haftrücklass von 5 % der Gesamtkosten vereinbart, der durch eine Bankgarantie ersetzbar war. Für die Entscheidung über die Berechtigung der Inanspruchnahme dieser Bankgarantie sollte ein Sachverständiger als Schiedsrichter zuständig sein. Auch die Anwendung der Ö-NORM B2110 als Vertragsgrundlage wurde vereinbart. Die „Wohnbau GmbH“ verlegte im Juni 2002 ihre Geschäftsanschrift in den 1. Bezirk und änderte am 27. 11. 2002 ihren Firmenwortlaut zuerst auf die geplante Wohnhausanlage und am 15. 9. 2004

unter gleichbleibender Geschäftsanschrift überhaupt zur Gänze. Die nunmehr klagende bis auf den „Punkt“ mit der früheren Firma der „Wohnbau GmbH“ idente „Wohnbau GmbH.“ wurde am 15. 4. 2003 eingetragen und hat die selbe Geschäftsanschrift. Am 23. 7. 2003 hat die beklagte Kreditversicherung mit einem auf die Wohnanlage bezugnehmenden Betreff die hier maßgebliche Garantie übernommen und diese an die „Wohnbau GmbH“ an der richtigen Geschäftsanschrift, allerdings ohne „.“ adressiert. Eine Firmenbuchnummer wurde dabei nicht genannt. Es wurde auf das Objekt und die entsprechenden Rechnungen über Beträge von 1.186.026 EUR und

2.659.200 EUR Bezug genommen; ebenso auf den Vertrag zwischen der Nebenintervenientin und der Adressatin der Garantieerklärung. Weiters wurde ausgesprochen, dass die Nebenintervenientin mitgeteilt habe, dass der Haftrücklass ausbezahlt werde, wenn eine Garantieerklärung beigebracht werde. Dann lautet das Schreiben wie folgt:

„Unter der Bedingung, dass der für genanntes Objekt vereinbarte Rücklass (abzüglich etwaiger Skonti) bei Erhalt dieses Schreibens zugunsten dieses Geschäftsfalls auf das Konto des Auftragnehmers zur Auszahlung gelangt, übernehmen wir für die richtige und pünktliche Erfüllung aller Verbindlichkeiten, welche die genannte Firma oder deren Rechtsnachfolger aus dieser Haftrücklassverpflichtung übernommen hat, die unwiderrufliche Zahlungsgarantie wie folgt:

Wir verpflichten uns, auf Ihre erste Aufforderung und ohne Prüfung dieses Rechtsgrundes binnen acht Tagen Zahlungen bis zur Höhe des vorstehenden Betrags an Sie zu leisten. Inanspruchnahmen aus dieser Garantie dienen ausschließlich zur Regelung von Ansprüchen aus obigem Geschäftsfall; etwa freigewordene Beträge sind nur an uns zurückzuzahlen. Unsere wirksam gewordene Garantie erlischt am 1. Juli 2008 (Zweitausendacht) sofern sie nicht mit eingeschriebenem Brief, Fernschreiben oder Telefax spätestens an diesem Tag bei uns einlangend in Anspruch genommen wird.

In dem durch den Haftrücklass erfassten Bereich bezieht sich die Garantie auch auf Ansprüche nach § 20 d KO bzw §§ 21 und 22 KO.“

Mit einem nicht vom Geschäftsführer gefertigten Schreiben der früheren „Wohnbau GmbH“, die nunmehr einen völlig anderen Firmenwortlaut hat, vom 17. 12. 2004 forderte diese die Beklagte zur Überweisung des Garantiebetrags auf ihr Bankkonto auf. Die Beklagte verweigerte dies mit Schreiben vom 23. 12. 2004 unter Hinweis auf die nicht firmamäßige Fertigung und den Umstand, dass die Garantie sich nach ihrer Ausstellung und der Firmenbezeichnung offensichtlich auf eine andere Firma - die nunmehrige Klägerin - bezogen habe. Daraufhin gab die frühere „Wohnbau GmbH“ mit Schreiben vom 22. 12. 2005, also etwa ein Jahr später bekannt, dass sie die Garantie in Anspruch nehme und wies darauf hin, dass die nunmehrige Klägerin mit ihr nicht ident sei und mit der Nebenintervenientin in keinerlei Beziehung stehe. Sie legte dazu auch ein Schreiben der Klägerin vom 16. 12. 2005 vor, in dem diese bestätigte, dass sie mit dem hier maßgeblichen Bauprojekt niemals etwas zu tun gehabt habe.

Die Beklagte lehnte mit Telefax vom 10. 1. 2006 die Zahlung wiederum ab und begründete dies damit, dass der Adressat der Garantie die Klägerin gewesen sei, die aber wieder bestätigt habe, dass sie keinerlei Ansprüche habe.

Die Klägerin forderte mit Schreiben vom 19. 1. 2006 durch ihren Klagevertreter die Beklagte „zur Regelung des Geschäftsfalles" betreffend die Wohnhausanlage und zur Zahlung der Garantiesumme auf. Sie bezog sich darauf, dass sie Begünstigte der Garantie sei. Eine Zession der Auszahlungsansprüche durch die frühere „Wohnbau GmbH" wurde noch nicht behauptet.

Nachdem die Beklagte mit Telefax vom 27. 1. 2006 die Zahlung verweigerte und darauf verwies, dass weder aus dem Anspruchsschreiben vom 19. 1. 2006 noch aus dem Schreiben der Klägerin vom 16. 12. 2005 ersichtlich sei, dass die Klägerin Begünstigte der Garantie sei und im Übrigen auch keine Mängelrüge erhoben worden sei, urgierte der Klagevertreter am 30. 1. 2006 die Zahlung.

Die frühere „Wohnbau GmbH" erklärte im Jänner oder Februar 2006 durch ihren Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin, ihre Ansprüche gegen die Beklagte aus der Garantieerklärung der Klägerin zum Inkasso abzutreten. Die Klägerin nahm dies an. Dies wurde dann im August 2006 auch noch in einem Aktenvermerk festgehalten.

Dass im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie durch die Klägerin keine Mängel an der Wohnhausanlage vorhanden waren, konnte nicht festgestellt werden. Die Auszahlung des Haftrücklasses zugunsten der Nebenintervenientin war bereits vor dem Abruf der Garantie durch die Klägerin erfolgt.

Die Klägerin begehrt 192.261,30 EUR samt Zinsen und stützt sich darauf, dass sie Empfänger der Garantieerklärung sei und im Übrigen ihr auch die frühere „Wohnbau GmbH" den Anspruch aus der Garantieerklärung zum Inkasso abgetreten habe. Eine Inkassozession sei auch ohne zugrundeliegenden Anspruchsübergang und ohne Zustimmung des Vertragspartners möglich. Eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme liege nicht vor, da die Nebenintervenientin mehrere Mangelhaftigkeiten der Wohnhausanlage zu vertreten habe. Dem Einwand der mangelnden sachlichen Zuständigkeit infolge Vereinbarung eines Schiedsgerichts hielt die Klägerin entgegen, dass sich die Schiedsgerichtsvereinbarung nur auf die Vertragsparteien beziehe, nicht aber auf die beklagte Kreditversicherung. Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete zusammengefasst ein, dass es der Klägerin an der Aktivlegitimation mangle. Die Bezeichnung des Begünstigten in der Garantieerklärung sei eine Fehlbezeichnung gewesen, da nur die Auftraggeberin des Bauvorhabens Begünstigte der Garantie sein könne. Es könne weder der Beklagten noch der Nebenintervenientin angelastet werden, dass diese nie von der Umbenennung der Gesellschaften informiert worden seien. Auch habe die Klägerin selbst noch in ihrem Schreiben vom 16. 12. 2005 festgehalten, dass sie mit der Nebenintervenientin betreffend das Bauvorhaben nie in Geschäftsbeziehung gestanden sei oder Ansprüche zu stellen habe.

Bei der vorliegenden „abstrakten Garantie" könne auch eine Übertragung nur mit Zustimmung des Garanten erfolgen, die nicht erteilt worden sei. Außerdem enthalte die Garantie als Bedingung die Auszahlung des vereinbarten Haftrücklasses zugunsten des Auftraggebers, worauf sich die Klägerin bei Abruf der Garantie gar nicht berufen habe. Der Abruf der Garantie sei im Übrigen auch rechtsmissbräuchlich erfolgt, da er im Wissen um das Nichtvorliegen eines gültigen Grundgeschäfts auf Seiten der Klägerin vorgenommen wurde. Auch lägen bei der Wohnhausanlage keinerlei Mängel vor. Schließlich wendete die

Beklagte auch noch die mangelnde sachliche Zuständigkeit ein, da eine Schiedsgerichtsvereinbarung vorliege. Die von der Klägerin aufgeforderte Nebenintervenientin trat auf Seiten der Beklagten dem Verfahren bei und wendete ein, dass nur die „Wohnbau GmbH“, nicht aber die „Wohnbau GmbH.“ Begünstigte gewesen sei. Die Beklagte habe daher die Sachlegitimation der Klägerin schon deshalb zu Recht verneint. Vielmehr sei zum Zeitpunkt der Ausstellung der Garantieerklärung überhaupt kein Unternehmen mit dem entsprechenden Firmenwortlaut existent gewesen. Auch erfolge der Abruf der Bankgarantie rechtsmissbräuchlich, da keine Mängel vorlägen. Im Übrigen könne zufolge der vereinbarten Ö-NORM B2110 maximal der dreifache Wert der voraussichtlichen Mängelbehebung vom Haftrücklass einbehalten werden und auch das nur nach einem fruchtlosen Verstreichen einer angemessenen Verbesserungsfrist. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren im Wesentlichen - ausgenommen einen Teil des Zinsenmehrbegehrens - statt. Es ging rechtlich zusammengefasst davon aus, dass bei der Garantieerklärung klar auf den Sicherungszweck und das genannte Wohnbauvorhaben Bezug genommen worden sei. Daraus ergebe sich, dass die Auftraggeberin als Begünstigte die „Wohnbau GmbH“ namhaft machen wollte und es sich bei der Bezeichnung bloß um eine Fehlbezeichnung gehandelt habe, die nicht der subjektiven Vorstellung der „beteiligten Parteien“ entsprochen habe. Da gar keine „Fehlvorstellung“ vorliege, schade die Fehlbezeichnung nicht. Der Klägerin stehe kein direkter Anspruch zu, jedoch könne sie sich auf die von der früheren „Wohnbau GmbH“ abgetretenen Ansprüche berufen. Ein Inkassomandat sei insoweit zulässig. Auch eine rechtsmissbräuchliche Ausübung liege nicht vor. Die sachliche Zuständigkeit sei zu bejahen, da sich die Gerichtsstandsvereinbarung nur auf die Parteien des Werkvertrags bezogen habe. Der wirksame Abruf sei erst mit der vorliegenden Klage zu bejahen, da sich dabei die Klägerin erstmals auf die Zession berufen habe. Eine fehlende Mangelhaftigkeit des Bauvorhabens habe die Beklagte nicht nachweisen können.

Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung der Beklagten nicht Folge. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichts und ging rechtlich zusammengefasst davon aus, dass Begünstigter aus der Garantie die frühere „Wohnbau GmbH“ sein sollte, nicht jedoch die Klägerin, die sich allerdings in ihrem Firmennamen nur durch den „Punkt“ unterscheide. Daher sei die Verwechslung durchaus „nachvollziehbar“. Die Garantie könne jedoch zugeordnet werden und sei als wirksam anzusehen ohne dass es dazu einer näheren Auslegung aus dem Grundgeschäft bedürfe. Eine Abtretung der Rechte aus der Garantie sei zulässig, da eine Änderung zu Lasten des Garanten nicht behauptet worden sei. Einer Zustimmung der Beklagten dazu bedürfe es nicht.

Rechtliche Beurteilung

Die gegen dieses Urteil erhobene außerordentliche Revision der Beklagten ist zulässig und auch berechtigt. Das Berufungsgericht hat sich mit der Vorentscheidung zu 1 Ob 318/98s nicht näher auseinandergesetzt.

Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Garantievertrag kein abstraktes Schuldversprechen, sondern er ist auf den Sicherungszweck, den Eintritt des Garantiefalls bezogen, der bei der Bankgarantie genau zu umschreiben ist. Jedenfalls gilt im Verhältnis zwischen der Bank und dem Begünstigten der Grundsatz der formalen Garantiestrengung (RIS-Justiz RS0016946

mzW, zuletzt 6 Ob 105/05t; Rummel in Rummel ABGB3 § 880a Rz 8). Enthält im dreipersonalen Garantieverhältnis die Bankgarantie - wie hier - eine sogenannte „Effektiv-Klausel“ so wurde auch wiederholt ausgesprochen, dass der Begünstigte die Garantie geradezu „pedantisch“ und wortgetreu dem Wortlaut der Klausel gemäß abrufen und innerhalb der Abruffrist auch die entsprechenden Beweise für den Eintritt der in der Garantie enthaltenen Voraussetzungen zu erbringen hat (RIS-Justiz RS0017013 muW, zuletzt 6 Ob 105/05t; RIS-Justiz RS0016983; RS0016999 - zur besonderen Bedeutung des Wortlauts). Geht es doch auch darum, dass der Garant zur Sicherung seiner Rückgriffsansprüche pedantisch genau auf die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen achten muss (RIS-Justiz RS0016983). Dass der Auftraggeber im Verhältnis zum Begünstigten zur Anerkennung von Abweichungen verpflichtet wäre, reicht für die Inanspruchnahme der Garantiebank durch den Begünstigten nicht aus, weil sich die Garantiebank gerade nicht in den Streit zwischen dem Auftraggeber und dem Begünstigten hineinziehen lassen muss. Sie muss die damit verbundenen Risiken nicht durch die Auszahlung der Garantiesumme übernehmen (vgl RIS-Justiz RS0016952 mwN etwa 1 Ob 529/93). Die Garantiebank war hier nicht Vertragspartner des Werkvertrags, sondern hat nur die dargestellte Garantie gegenüber dem ihr benannten Begünstigten abgegeben. Im Hinblick auf die genannten Grundsätze der „pedantischen Erfüllung der Garantie“ zur Vermeidung einer Überwälzung des Risikos hinsichtlich der Erbringung der Garantieleistung an den richtigen Begünstigten kann die Garantiebank auch nicht in einem Streit über die richtige Identität des Begünstigten hineingezogen werden. So hat der Oberste Gerichtshof schon in seiner Entscheidung vom 15. 12. 1998 zu 1 Ob 318/98s ausgesprochen, dass dann, wenn ein Begünstigter mit der Firma, die in der Garantie genannt wurde, gar nicht existiert, die Voraussetzungen für einen form- und fristgerechten Abruf durch den Begünstigten nicht bestehen. Geht es doch auch darum, dass die Garantiebank vor allfälligen Einwendungen ihres Auftraggebers beim Rückgriff geschützt werden muss und insoweit zur Legitimationsprüfung hinsichtlich des Begünstigten verpflichtet ist. Dies muss umso mehr gelten, wenn zwar eine Firma genau an der genannten Anschrift existiert, die sich nur durch einen „Punkt“ von der früheren Bezeichnung der tatsächlichen Vertragspartnerin des Auftraggebers der Garantiebank unterscheidet und sohin - wie auch der vorliegende Rechtsstreit und die davor liegende Korrespondenz zeigen - erhebliche Rechtsunsicherheiten hinsichtlich des tatsächlichen mit der Garantie Begünstigten entstehen. Dessen Identität ist auch für die Garantiebank von Bedeutung, weil sie für die Durchsetzbarkeit ihrer Ansprüche gegen ihren Auftraggeber relevant sein kann. Bereits im Zeitpunkt des Erhalts der Garantieerklärung war die Firma der ursprünglichen Vertragspartnerin schon seit mehr als einem halben Jahr geändert. Zudem war nun als weiteres Unternehmen die nur durch einen „Punkt“ in der Firma von der ursprünglichen Auftragnehmerin unterschiedene Klägerin unter der selben Anschrift etabliert. Für die Beklagte war bereits zu diesem Zeitpunkt der als Vertragspartner der Nebenintervenientin bezeichnete Begünstigte nicht mehr eindeutig identifizierbar. Die völlig andere Firma und die Verwechslungsmöglichkeit mit der an der selben Firmenadresse tätigen Klägerin machten die Garantie unabrufbar, weil anderenfalls das Risiko der Identifizierung zur Gänze auf die Beklagte überwältigt worden wäre. Es wäre ausschließlich Sache des Vertragspartners der Nebenintervenientin gewesen, dem bereits im Zeitpunkt des Erhalts der Garantieerklärung

das Identifizierungs- und Verwechslungsproblem erkennbar war, eine Klarstellung herbeizuführen und die Ausstellung einer neuen Garantie unter eindeutiger Bezeichnung des Begünstigten herbeizuführen. War aber bereits im Zeitpunkt der Ausstellung der Garantieerklärung gar kein identifizierbarer Begünstigter mehr vorhanden, war die Garantie unwirksam, sodass auch die nunmehr anders firmierende frühere „Wohnbau GmbH“ keine das Klagebegehren rechtfertigenden Ansprüche an die Klägerin abtreten konnte. Insgesamt zeigt sich also, dass die Klägerin aus eigenem Recht mangels ihrer Eigenschaft als Vertragspartnerin des Auftraggebers, auf die in der Garantieerklärung eindeutig Bezug genommen wurde, nicht berechtigt ist, aber auch die eigentliche Vertragspartnerin im Hinblick auf die Verwechslungsmöglichkeiten und die völlig abweichende Firmenbezeichnung nicht den Voraussetzungen für eine Berechtigung aus der Garantieerklärung entspricht. Die Garantieerklärung ist daher mangels entsprechenden Adressaten als nicht wirksam zustandegekommen anzusehen. An den Verpflichtungen der Nebenintervenientin aus dem Werkvertragsverhältnis ändert dies naturgemäß nichts. Mangels Verpflichtung der beklagten Kreditversicherung war daher das Klagebegehren im klagsabweisenden Sinne abzuändern. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50 und 41 ZPO. Die im erstgerichtlichen Verfahren gemeinsam vertretene Beklagte und die Nebenintervenientin auf ihrer Seite haben jeweils Anspruch auf die Hälfte der gemeinsamen Kosten (RIS-Justiz RS0107861 mwN).

OGH 30.3.2011, 9 Ob 39/10s

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf, Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. H**** H****, Rechtsanwalt, ****, vertreten durch Dr. Helmuth Hackl und Mag. Michaela Fattinger-Hackl, Rechtsanwälte in Linz, gegen die beklagte Partei A**** Bankaktiengesellschaft, ****, vertreten durch die Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH in Linz, und den Nebenintervenienten auf Seite der beklagten Partei Mag. C**** P****, Unternehmensberater, ****, vertreten durch Prof. Haslinger & Partner, Rechtsanwälte in Linz, wegen 171.362,94 EUR sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 28. April 2010, GZ 6 R 71/10v-20, womit das Urteil des Landesgerichts Linz vom 5. Februar 2010, GZ 2 Cg 198/08b-15, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidungen zu lauten haben:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen den Betrag von 171.362,94 EUR samt 4 % Zinsen ab dem 24. 6. 2008 zu zahlen und die mit 12.152,73 EUR (darin 1.429,28 EUR USt und 3.578,80 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und die mit 9.661,56 EUR (darin 591,84 EUR USt und 6.110,50 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 10.704,14 EUR (darin 426,07 EUR USt und 8.147,70 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

Entscheidungsgründe

Der Kläger und der Nebenintervenient waren als Rechtsanwälte durch einen Gesellschafts- und Zusammenschlussvertrag (Arbeitsgesellschaftsvertrag) und diverse vertragliche Ergänzungen miteinander verbunden. In diesem Vertrag war unter anderem vorgesehen, dass jeder Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist jeweils zum Monatsletzten aufkündigen kann.

Die Beklagte gab im Auftrag des Nebenintervenienten am 6. 12. 2006 gegenüber dem Kläger die folgende Bankgarantie ab (Beil./1):

„*Sehr geehrte Damen und Herren,*

uns ist bekannt, dass Sie mit dem oben genannten Auftraggeber einen Gesellschafts- und Zusammenschlussvertrag samt diversen Ergänzungen, abgeschlossen haben.

Gemäß den vertraglichen Bedingungen soll zur Besicherung der daraus resultierenden Zahlungen unseres Kunden an Sie eine Bankgarantie beigebracht werden.

Dies vorausgesetzt verpflichten wir uns, auftrags unseres oben erwähnten Kunden Ihnen gegenüber unwiderruflich über Ihre erste schriftliche Aufforderung, unter Verzicht auf alle Einwendungen und Einreden sowie ohne Prüfung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses, den uns namhaft gemachten Betrag, höchstens jedoch insgesamt EUR 313.946,64 inkl. UmSt. (i.W. Euro dreihundertdreizehntausendneuhundertsechsvierzig und 64/100 inkl. UmSt.) unter Ausschluss von Barzahlung innerhalb von 5 Bankarbeitstagen auf ein von Ihnen genanntes Konto zu überweisen.

Eine Inanspruchnahme dieser Garantie ist möglich, wenn

*1) das Gesellschaftsverhältnis VOR einer gänzlichen Übernahme der Kanzlei durch Hrn. Mag. C***** P***** aufgekündigt wird. In einem solchen Fall verpflichten wir uns auf Abruf von Hrn. Dr. H***** H*****, in dem dieser erklärt, dass das Gesellschaftsverhältnis VOR gänzlicher Kanzleiübernahme aufgekündigt ist und Hr. Mag. C***** P***** seinen vertraglichen Zahlungsverpflichtungen aus dem Gesellschafts- und Zusammenschlussvertrag samt diversen Ergänzungen ihm gegenüber nicht nachgekommen ist, Herrn Dr. H***** H***** einen Betrag in Höhe von EUR 2.180,19 zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer je Monat der Zugehörigkeit von Hrn. Mag. C***** P***** zur Kanzleigemeinschaft beginnend ab 01.01.2003 bis zum Monat seines Ausscheidens zu bezahlen höchstens jedoch EUR 313.946,64, ODER*

*2) Hr. Dr. H***** H***** verstirbt und seine Gattin und Mitgesellschafterin Frau Mag. M***** F***** die Auszahlung des Garantiebetrages von EUR 313.946,64 inkl. UmSt. binnen 2 Monaten durch Vorlage der Todeserklärung verlangt, ODER*

*3) uns Hr. Dr. H***** H***** und Hr. Mag. C***** P***** übereinstimmend schriftlich erklären, dass die Übernahme der Kanzlei durch Hrn. Mag. C***** P***** vor oder per 31.12.2012 erfolgt ist. In einem solchen Fall verpflichten wir uns an Hrn. Dr. H***** H***** binnen 2 Monaten ab dem Übergabetermin, auf seine schriftliche Erklärung hin, dass Herr Mag. C***** P***** seine vertraglichen Zahlungsverpflichtungen aus dem Gesellschafts- und Zusammenschlussvertrag samt diversen Ergänzungen ihm gegenüber nicht erfüllt hat, bis längstens aber 31.03.2013, einen auf Basis des VPI 2000 (Ausgangsbasis ist Indexzahl für Jänner 2006, das ist 111,0) wertgesicherten Betrag in Höhe von EUR 313.946,64 (EUR 261.622,20 zuzüglich Umsatzsteuer EUR 53.323,44) zu bezahlen.*

*Sollte das Gesellschaftsverhältnis jedoch a) durch Tod des Hrn. Mag. C***** P***** oder b) durch Kündigung und Zurücklegung der Rechtsanwaltsbefugnis für mindestens 5 Jahre seitens Hrn. Mag. C***** P***** aufgelöst werden, kommt es zu keiner Zahlung aus dieser Garantie. Die Garantie erlischt in diesem Falle spätestens am 31.03.2013. Die Kündigung infolge Zurücklegung der Rechtsanwaltsbefugnis sowie die Nichtausübung derselben für die Dauer von 5 Jahren ist uns von Hrn. Mag. P***** schriftlich zu bestätigen.*

*Sollte Hr. Mag. C***** P***** innerhalb dieser 5 Jahre ab Beendigung des Gesellschaftsverhältnis seine Rechtsanwaltsbefugnis wieder aufnehmen, ist Hr. Dr. H***** H***** berechtigt, diese Garantie in Anspruch zu nehmen. Im diesem Fall ist uns von Hrn. Dr. H***** H***** schriftlich unter Vorlage einer Bestätigung der RA-Kammer zu bestätigen, dass Hr. Mag. C***** P***** seine Rechtsanwaltsbefugnis innerhalb der Frist von*

5 Jahren wieder aufgenommen hat. Die Bankgarantie verlängert sich für diesen Fall um 5 Jahre ab Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses, längstens jedoch bis 31.03.2018.

*Ihre Inanspruchnahme ist uns innerhalb der Garantiedauer an die A***** Bankaktiengesellschaft, S***** O***** Kreditprodukte/Z, OE 4660, mittels eingeschriebenen Briefes (Telefax und E-Mail sind ausgeschlossen) zu übermitteln. Sollte der Fristablauf nicht auf einen Bankarbeitstag fallen, muss die schriftliche Zahlungsaufforderung spätestens mit Ablauf des vorhergehenden Bankarbeitstages bei uns einlangen.*

Eine Abtretung von Rechten aus dieser Garantie ist nur mit unserer vorherigen schriftlichen Zustimmung möglich.

Der Garantieauftraggeber hat uns allfällige Rückforderungsansprüche von auf Grund dieser Garantie geleisteten Zahlungen abgetreten. Soferne daher nach Haftungsinanspruchnahme und Zahlung durch uns Beträge frei werden, sind diese ausschließlich an uns zurückzuzahlen.

Für allfällige Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dieser Garantie ergeben, gilt österreichisches Recht und wird als ausschließlicher Gerichtsstand das jeweils zuständige Gericht in Linz vereinbart.“

Am 3. 3. 2008 kündigte der Kläger den Arbeitsgesellschaftsvertrag mit dem Nebenintervenienten. Am 28. 3. 2008 kündigte auch der Nebenintervenient den Arbeitsgesellschaftsvertrag.

Mit Schreiben vom 31. 3. 2008 machte der Kläger gegenüber der Beklagten die vorstehende Bankgarantie unter Hinweis auf seine Aufkündigung des Vertrags mit dem Nebenintervenienten vom 3. 3. 2008 geltend, gab in diesem Schreiben allerdings nicht die in der Bankgarantie geforderte Erklärung des Inhalts ab, dass das Gesellschaftsverhältnis vor gänzlicher Kanzleiübernahme aufgekündigt sei und der Nebenintervenient nicht seinen vertraglichen Zahlungsverpflichtungen aus dem Gesellschafts- und Zusammenschlussvertrag samt diversen Ergänzungen nachgekommen sei. Die Beklagte wies den Kläger auf das Fehlen der laut Garantiebedingungen erforderlichen Erklärung hin.

Am 17. 6. 2008 löste der Kläger den Arbeitsgesellschaftsvertrag mit dem Nebenintervenienten aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung auf. Mit Schreiben vom 23. 6. 2008 wandte sich der Kläger an die Beklagte und teilte ihr mit, dass er die Kanzleigemeinschaft mit dem Nebenintervenienten am 17. 6. 2008 aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung aufgelöst habe. Weiters gab er der Beklagten bekannt, dass er das Gesellschaftsverhältnis vor gänzlicher Kanzleiübernahme aufgekündigt habe und der Nebenintervenient seiner vertraglichen Zahlungsverpflichtung aus dem Gesellschafts- und Zusammenschlussvertrag samt diversen Ergänzungen ihm gegenüber nicht nachgekommen sei.

In Reaktion auf die vorzeitige Auflösung durch den Kläger mit Schreiben vom 17. 6. 2008 gab der Nebenintervenient der Beklagten mit Schreiben vom 20. 6. 2008 bekannt, dass er die Befugnis zum Rechtsanwalt mit Wirkung zum 20. 6. 2008 niedergelegt habe und diese Zurücklegung für zumindest fünf Jahre aufrecht erhalten werde. Tatsächlich legte der Nebenintervenient die Rechtsanwaltschaft mit Wirkung ab 21. 6. 2008 für die Dauer von zumindest fünf Jahren nieder.

Mit Schreiben vom 27. 6. 2008 lehnte die Beklagte gegenüber dem Kläger eine Leistung aus der Bankgarantie ab.

Der Kläger begehrt mit der vorliegenden Klage den Betrag von 171.362,94 EUR sA aus der Bankgarantie der Beklagten vom 6. 12. 2006, mit der ein neues Modell der Zusammenarbeit des Klägers mit dem Nebenintervenienten bis zum Betrag von 313.946,64 EUR besichert worden sei. Die Beklagte habe sich in der Bankgarantie verpflichtet, auf Aufforderung des Klägers unter Verzicht auf alle Einwendungen und Einreden sowie ohne Überprüfung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses zu zahlen. Der Kläger habe am 17. 6. 2008 die Kanzleigemeinschaft mit dem Nebenintervenienten wegen dessen vertragswidrigen Verhaltens mit sofortiger Wirkung aus wichtigen Gründen aufgelöst. Die Beklagte schulde daher laut Bankgarantie aufgrund des formgerechten Abrufs durch den Kläger mit Schreiben vom 23. 6. 2008 den Klagebetrag. Die erst nach der Vertragsauflösung erfolgte Zurücklegung der Rechtsanwaltsbefugnis durch den Nebenintervenienten begründe keinen Ausschluss der Auszahlung der Bankgarantie. Nicht der Kläger habe rechtsmissbräuchlich gehandelt, sondern der Nebenintervenient, der trotz Zurücklegung der Rechtsanwaltsbefugnis weiter als Rechtsanwalt tätig sei und Klienten des Klägers berate.

Die Beklagte bestritt das Klagevorbringen, beantragte die Klageabweisung und wendete ein, dass die vorzeitige Auflösung durch den Kläger die vorhergehende ordentliche Kündigung überlagert habe, weshalb das Vertragsverhältnis durch vorzeitige Auflösung beendet worden sei. In diesem Fall liege aber kein Garantiefall vor. Selbst wenn man aber davon ausgehe, dass auch die außerordentliche Kündigung vom Vertrag umfasst sei, sei dennoch dem Garantieabruf des Klägers nicht zu folgen, weil der Nebenintervenient auf die weitere Ausübung der Rechtsanwaltschaft für zumindest fünf Jahre verzichtet habe. Im Übrigen sei die Inanspruchnahme der Garantie durch den Kläger rechtsmissbräuchlich, weil infolge Zurücklegung der Rechtsanwaltsbefugnis durch den Nebenintervenienten kein Klientenabgang des Klägers zu erwarten sei.

Der Nebenintervenient trat dem Verfahren auf Seite der Beklagten bei, bestritt seinerseits das Klagebegehren und beantragte ebenfalls dessen Abweisung. Auch er räumte ein, dass das Gesellschaftsverhältnis vom Kläger am 17. 6. 2008 mit sofortiger Wirkung vorzeitig aufgelöst worden sei. Damit stehe aber fest, dass kein Garantiefall eingetreten sei. Die Bankgarantie stelle nicht auf die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Formulierung „Kündigung *infolge* Zurücklegung der Rechtsanwaltsbefugnis“ ab, sondern sei neutral formuliert worden („Kündigung *und* Zurücklegung“), weshalb es nicht darauf ankomme, durch welchen Gesellschafter die Kündigung ausgesprochen werde.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren unter Zugrundelegung der getroffenen Feststellungen ab, die einleitend wiedergegeben wurden, soweit sie für das Revisionsverfahren von Bedeutung sind. Rechtlich führte es aus, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie durch den Kläger mit Schreiben vom 23. 6. 2008 zwar formal korrekt erfolgt sei; es sei aber ein Leistungsausschlussgrund vorgelegen, weil der Nebenintervenient die Ausübung der Rechtsanwaltsbefugnis für die Dauer von zumindest fünf Jahren zurückgelegt habe.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge und sprach aus, dass die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig sei. Rechtlich trat es der

Beurteilung des Erstgerichts bei, dass die erste Inanspruchnahme der Bankgarantie durch den Kläger mit Schreiben vom 31. 3. 2008 formal nicht korrekt erfolgt sei. Im zweiten Abrufschreiben vom 23. 6. 2008 habe der Kläger den versäumten Textteil nachgeholt. Da er mit der vorzeitigen Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses vom 17. 6. 2008 einen neuen Auflösungs- und Abrufatbestand geltend gemacht habe, sei dieser auch selbständig zu prüfen und scheitere an der ab 21. 6. 2008 erfolgten Zurücklegung der Rechtsanwaltsbefugnis durch den Nebenintervenienten. Dabei komme es nicht darauf an, durch wen der Gesellschaftsvertrag aufgelöst worden sei.

Gegen die Berufungsentscheidung richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers wegen Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, Aktenwidrigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache mit dem Antrag, die Berufungsentscheidung dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte und der Nebenintervenient beantragen in den ihnen freigestellten Revisionsbeantwortungen, die Revision des Klägers als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO zulässig und berechtigt.

Die vom Revisionswerber gerügte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens (§ 503 Z 2 ZPO) und Aktenwidrigkeit (§ 502 Abs 3 ZPO) wurden geprüft, sie liegen aber nicht vor. Diese Beurteilung bedarf gemäß § 510 Abs 3 Satz 3 ZPO keiner Begründung. Zu Recht wendet sich der Revisionswerber aber gegen die rechtliche Beurteilung der Sache durch das Berufungsgericht (§ 503 Z 4 ZPO).

Vorauszuschicken ist, dass der echte Garantievertrag im Gesetz nicht geregelt ist. Nicht weiter strittig ist aber, dass er nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit mit verschiedenem Inhalt geschlossen werden kann (RIS-Justiz RS0016963 ua). Für den Garantievertrag ist die Begründung einer selbständigen Schuld typisch, die von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldverhältnisses unabhängig ist (RIS-Justiz RS0017739 ua). Der zwischen den Parteien abgeschlossene Bankgarantievertrag vom 6. 12. 2006 stellt einen in der Praxis bedeutsamen Anwendungsfall des echten Garantievertrags dar. Beim Bankgarantievertrag handelt es sich um einen selbständigen, von jedem anderen Schuldverhältnis unabhängigen, einseitig verpflichtenden Schuldvertrag, der in der Regel der Sicherung der Leistung eines Dritten, zumeist des Bankkunden, an den aus diesem Vertrag begünstigten Gläubiger in der Weise dienen soll, dass letzterem durch die Bank gewährleistet wird, dass er die Leistung bzw sein vertraglich festgesetztes geldliches Interesse an dieser auf jeden Fall erhält (RIS-Justiz RS0017039 ua).

Besonders scharf betont ist die Abstraktheit bei einer Garantie „auf erstes Abfordern“ oder „ohne Einwendung“ (RIS-Justiz RS0016992 ua), wie sie auch hier vorliegt (arg „... verpflichten wir uns, ... Ihnen gegenüber unwiderruflich über Ihre erste schriftliche Aufforderung, unter Verzicht auf alle Einwendungen und Einreden sowie ohne Prüfung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses, den uns namhaft gemachten Betrag ... zu überweisen“). Durch den Gebrauch der Formulierung „ohne Prüfung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses“ wurden die abstrakte Rechtsposition des Begünstigten und

damit die Abstraktheit der Garantie besonders betont. In diesem Fall ist dem Begünstigten auf die bloße Behauptung hin, der Garantiefall sei eingetreten, zunächst einmal Zahlung zu verschaffen; sein Vertragspartner ist auf den Weg einer Rückforderungsklage verwiesen (RIS-Justiz RS0005081, RS0016992 ua).

Die gegenständliche Bankgarantie sieht vor, dass ihr Abruf durch den Begünstigten durch die Abgabe einer bestimmten Erklärung zu erfolgen hat („... in dem dieser erklärt, dass das Gesellschaftsverhältnis VOR gänzlicher Kanzleiübernahme aufgekündigt ist und Hr. Mag. C***** P***** seinen vertraglichen Zahlungsverpflichtungen aus dem Gesellschafts- und Zusammenschlussvertrag samt diversen Ergänzungen ihm gegenüber nicht nachgekommen ist“). Die Bank kann, sobald der Begünstigte bei Abruf der Garantie die darin festgelegte formelhafte Erklärung abgibt, keine Einwendungen und Einreden aus dem zwischen Auftraggeber und Begünstigtem bestehenden Kausalverhältnis geltend machen, da es gerade der Sinn einer solchen Garantie ist, die Einstandsverpflichtung der Bank vom Kausalverhältnis zu lösen (vgl. RIS-Justiz RS0016992 ua). Die Prüfung der materiellen Berechtigung des Zahlungsverlangens ist der Bank entzogen (RIS-Justiz RS0018014 ua). Im Hinblick auf das beträchtliche Risiko, das bei einer Bankgarantie für die garantierende Bank besteht, entspricht es der Verkehrssitte, dass der Wortlaut der Bankgarantie genau zu beachten ist (RIS-Justiz RS0016999 ua). Wird aber vom Begünstigten die vorgeschriebene Formulierung gebraucht, dann sind nur mehr solche Einwendungen zulässig, die sich aus der Auslegung des Garantietextes selbst ergeben (vgl. RIS-Justiz RS0016992, RS0017039 ua). Auch Garantieverträge sind Rechtsgeschäfte, die gemäß den §§ 914, 915 ABGB auszulegen sind (RIS-Justiz RS0033002 ua).

Die vorliegende Bankgarantie regelt drei Fälle, in denen die Inanspruchnahme der Garantie durch den Kläger möglich ist. Praktische Bedeutung hat hier nur der Garantiefall 1). Dieser liegt dann vor, wenn das Gesellschaftsverhältnis vor einer gänzlichen Übernahme der Kanzlei durch den Nebenintervenienten aufgekündigt wird. Die Beklagte verpflichtete sich zur Zahlung von maximal 313.946,64 EUR, wenn der Kläger in seinem Abruf der Garantie erklärt, dass das Gesellschaftsverhältnis vor gänzlicher Kanzleiübernahme aufgekündigt sei und der Nebenintervenient seinen vertraglichen Zahlungsverpflichtungen aus dem Gesellschafts- und Zusammenschlussvertrag samt diversen Ergänzungen gegenüber dem Kläger nicht nachgekommen sei. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Bankgarantie unterscheidet nicht zwischen ordentlicher oder außerordentlicher Kündigung des Arbeitsgesellschaftsvertrags. Entscheidend ist nur die Vertragsbeendigung VOR (besondere Hervorhebung in der Bankgarantie durch Großschreibung) der Übernahme der Kanzlei durch den Nebenintervenienten. Die Verfahrensbeteiligten gehen davon aus, dass der Arbeitsgesellschaftsvertrag vom Kläger am 17. 6. 2008 mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grund beendet wurde. Damit kam die außerordentliche Kündigung des Klägers vom 17. 6. 2008 den ordentlichen Kündigungen des Klägers vom 3. 3. 2008 und des Nebenintervenienten vom 28. 3. 2008 zuvor, die unstrittig gemäß den Bedingungen im Arbeitsgesellschaftsvertrag jeweils unter Einhaltung der dort normierten dreimonatigen Kündigungsfrist erst zum Monatsletzten, das war hier der 30. 6. 2008, erfolgte. Im anschließenden Abruf der Garantie vom 23. 6. 2008 (nach der außerordentlichen Kündigung vom 17. 6. 2008) gab der Kläger gegenüber der Beklagten die laut Bankgarantie geforderte

Erklärung ab, dass er das Gesellschaftsverhältnis vor gänzlicher Kanzleiübernahme aufgekündigt habe und der Nebenintervenient seiner vertraglichen Zahlungsverpflichtung aus dem Gesellschafts- und Zusammenschlussvertrag samt diversen Ergänzungen ihm gegenüber nicht nachgekommen sei. Mehr als die Abgabe dieser Erklärung gegenüber der Beklagten war vom Kläger laut Bankgarantie nicht zu tun. Der Garantiefall 1) ist damit verwirklicht.

Umstritten ist allerdings, ob sich die Beklagte auf einen der beiden in der Bankgarantie enthaltenen Ausschlussfälle berufen kann. Der Ausschlussfall b) liegt laut Bankgarantie dann vor, wenn das Gesellschaftsverhältnis durch „Kündigung *und* Zurücklegung“ der Rechtsanwaltsbefugnis für mindestens fünf Jahre seitens des Nebenintervenienten aufgelöst wird. Auch insoweit verlangt die Bankgarantie eine abzugebende Erklärung, und zwar muss der Nebenintervenient gegenüber der Beklagten die „Kündigung *infolge* Zurücklegung“ der Rechtsanwaltsbefugnis sowie die Nichtausübung derselben für die Dauer von fünf Jahren bestätigen. Das Berufungsgericht steht auf dem Standpunkt, dass die in der Garantie gebrauchte Formulierung „Kündigung *und* Zurücklegung“ dahin zu verstehen sei, dass (vor dem Hintergrund der von der Beklagten und dem Nebenintervenienten zugestandenen außerordentlichen Kündigung des Klägers mit sofortiger Wirkung vom 17. 6. 2008) nicht unbedingt eine Kündigung des Nebenintervenienten vorliegen müsse. Auch die Kombination der Kündigung des Klägers und der Zurücklegung der Rechtsanwaltsbefugnis durch den Nebenintervenienten begründe den Ausschlussfall b). Dieser Standpunkt hält allerdings einer systematischen Auslegung der Bankgarantie nicht stand. Diese Auffassung hätte nämlich zur Folge, dass sich die im Text der Bankgarantie geforderte schriftliche Bestätigung des Nebenintervenienten nicht mit dem Fall deckt, den die Beklagte und der Nebenintervenient als Ausschlussfall annehmen. Zu bestätigen ist nämlich beim Ausschlussfall laut Bankgarantie nicht irgendeine Kündigung durch irgendeine Vertragspartei, sondern die „Kündigung *infolge* Zurücklegung“ der Rechtsanwaltsbefugnis seitens des Nebenintervenienten. Das Wort „infolge“ ist nicht ganz zufällig in die Bankgarantie gekommen. Der Nebenintervenient räumte schon in seinem Beitritt auf Beklagtenseite ein, dass dieses Wort bereits im Gesellschaftsvertrag (genau genommen in einer Ergänzung des Vertrags, Beil. /2) vorkommt. Für das Verhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten kommt es zwar nur auf die Formulierung der Bankgarantie an. Der Umstand, dass schon die Ergänzung des Gesellschaftsvertrags auf eine „Kündigung *infolge* Zurücklegung“ der Rechtsanwaltsbefugnis abstellt, spricht aber jedenfalls nicht gegen die Auslegung, dass es auch für den Ausschlussgrund laut Bankgarantie auf eine „Kündigung *infolge* Zurücklegung“ der Rechtsanwaltsbefugnis durch den Nebenintervenienten ankomme.

Entscheidend ist, dass sich die Beklagte in der Bankgarantie gegenüber dem Kläger „unter Verzicht auf alle Einwendungen und Einreden sowie ohne Prüfung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses“ zur Zahlung verpflichtet hat. Der für die Bankgarantie typische Ausschluss von Einwendungen aus dem Valutaverhältnis und dem Deckungsverhältnis darf nach der Rechtsprechung auch nicht auf Umwegen umgangen werden (vgl. RIS-Justiz RS0005081 ua). Die Tatsache allein, dass der Auftraggeber der Auszahlung der Garantiesumme widerspricht, berechtigt die Bank nicht, dem Begünstigten die Leistung zu verweigern (RIS-Justiz RS0018027 ua). Richtig ist, dass ein Leistungsverweigerungsrecht

unter Umständen dann bestehen kann, wenn das Anfordern der garantierten Leistung einen Rechtsmissbrauch darstellt. Diesfalls muss aber die missbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie geradezu evident sein (RIS-Justiz RS0018027 ua). Davon kann im vorliegenden Fall aber keine Rede sein. Da, wie bereits ausgeführt, auch kein Ausschlussfall vorliegt, ist das auf die Bankgarantie der Beklagten gestützte Klagebegehren des Klägers berechtigt.

Der Revision des Klägers ist daher Folge zu geben. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind im klagestattgebenden Sinn abzuändern. Dabei konnte die vom Kläger begehrte Höhe des Klagebegehrens als nicht weiter strittig zugrunde gelegt werden.

Die Entscheidung über die Kosten aller drei Instanzen beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

OGH 22.12.2011, 1 Ob 173/11i

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Grohmann, Mag. Wurzer und Mag. Dr. Wurdinger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. C**** H****, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Amhof & Dr. Damian GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei H****Bank AG, ****, vertreten durch Urbanek Lind Schmied Reisch Rechtsanwälte OG in Wien, wegen 600.090 EUR sA, über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 25. Mai 2011, GZ 15 R 64/11h-54, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 14. Jänner 2011, GZ 16 Cg 20/10f-50, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Rekurs wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei hat die Kosten ihrer Rekursbeantwortung selbst zu tragen.

Begründung

Eine GmbH, deren Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer ein Cousin des Klägers war, beabsichtigte, bei der beklagten Bank einen Kredit aufzunehmen, dessen Gewährung allerdings von der Bestellung einer Sicherheit abhängig gemacht wurde, zumal damals nur ungefähr die Hälfte des Gesamtobligos der GmbH bei der Beklagten von rund 6,6 Mio EUR besichert war. Der Kläger erklärte sich grundsätzlich bereit, eine „Bürgschaft“ zu übernehmen, äußerte aber gegenüber einem Mitarbeiter der Beklagten, keine Hypothek auf in seinem Eigentum stehende Liegenschaften einräumen zu wollen; er war auch nicht bereit, detaillierte Auskünfte über seine Vermögensverhältnisse zu geben. Die Beteiligten ließen die Angelegenheit daher vorerst auf sich beruhen. Als die Beklagte den Kläger im Herbst 2007 neuerlich kontaktierte und auf die Dringlichkeit der Sache hinwies, kündigte er an, er würde die Angelegenheit mit seiner Bank regeln und diese würde garantieren, dass er für die Summe gut stehe. Er ersuchte sodann seinen Bankbetreuer, er möge zugunsten der Beklagten eine entsprechende Garantie erstellen. Nachdem ein Mitarbeiter der Beklagten über Anfrage des Bankbetreuers Angaben über den gewünschten Inhalt der Bankgarantie gemacht hatte, erstellte die vom Kläger dazu (schriftlich) beauftragte Bank am 2. 10. 2007 eine Bankgarantie über 600.000 EUR. Dem mit der Sache befassten Mitarbeiter der Beklagten war klar, dass diese Garantie „letztlich zu Lasten des Klägers gehen würde“. Die Beklagte gewährte daraufhin der GmbH den gewünschten Überbrückungskredit. Nachdem über das Vermögen der GmbH am 25. 2. 2008 das Konkursverfahren eröffnet worden war, nahm die Beklagte den Garantiebtrag mit Schreiben vom 23. 7. 2008 in Anspruch, woraufhin die Bank des Klägers Zahlung leistete und den Kläger per 8. 8. 2008 mit dem Garantiebtrag zuzüglich 90 EUR an Spesen belastete. Von der wirtschaftlich schlechten

Situation der GmbH hatte der Kläger erstmals wenige Tage vor der Konkurseröffnung erfahren.

Er beehrte nun von der Beklagten die Zahlung von 600.090 EUR samt 6 % Zinsen seit 8. 8. 2008. Die Beklagte sei schon ab Jänner 2005 aufgrund einer erfolgten Umschuldung vollständig über die ungünstige wirtschaftliche Situation der GmbH informiert gewesen und habe daher gewusst oder hätte zumindest wissen müssen, dass diese voraussichtlich nicht in der Lage sein werde, den Kredit zu tilgen. Spätestens Ende September 2007 und damit vor der Interzession des Klägers sei die GmbH überschuldet gewesen. Die Beklagte habe ihre vorvertraglichen Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt, indem sie den Kläger, der keine Zweifel an der Rückführung des Kredits durch die GmbH gehabt habe, davon nicht informiert habe; andernfalls hätte er nicht interzediert. Da die von ihm beauftragte Bank auf seine Rechnung geleistet habe, liege eine Leistung durch ihn selbst vor, weshalb ihm auch der Schutz des § 25c KSchG zukomme. Zudem sei die Interzession nichtig, weil sie entgegen § 1346 Abs 2 ABGB nicht schriftlich erfolgt sei. Letztlich berief sich der Kläger auch auf das Mäßigungsrecht nach § 25d KSchG.

Die Beklagte wandte im Wesentlichen ein, § 25c KSchG sei nicht anwendbar, weil der Kläger nicht als Garant ihr gegenüber aufgetreten sei und damit nicht interzediert habe. Er habe lediglich eine Bank mit der Ausstellung einer abstrakten Bankgarantie beauftragt. Es habe kein direktes Vertragsverhältnis zwischen den Streitparteien gegeben und daher auch keine Möglichkeit zur Aufklärung. Die Beklagte hätten auch keine Informationsobliegenheiten oder Aufklärungspflichten gegenüber dem Kläger getroffen. Dieser sei sich auch der wirtschaftlichen Lage der GmbH voll bewusst gewesen. Die ursprüngliche weitere Einwendung, der Kläger sei nicht als Verbraucher zu behandeln, wird im Rekursverfahren (zutreffend) nicht aufrechterhalten. Letztlich wurde eingewandt, dass jemand, der eine Sicherung in einem derartigen Ausmaß zur Verfügung stellen könne, nicht des Schutzes des KSchG bedürfe.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der Anwendungsbereich des § 25c KSchG solle sich auf solche Mitschuldner beschränken, die einer materiell fremden Verbindlichkeit beitreten. In wessen Interesse die Übernahme einer Verbindlichkeit liege, sei aus der Sicht des Schuldners zu beurteilen. Hier sei Grund für das Engagement des Klägers das Interesse der Beklagten an der Besicherung des Kredits gewesen. Die vom Kläger zu stellende Sicherheit sei für alle Beteiligten erkennbar stets dergestalt mit der Kreditierung der Beklagten an die GmbH verbunden gewesen, dass ohne Sicherheit der Kredit nicht eingeräumt und ohne Kreditierung die Sicherheit nicht erforderlich würde. Da der Beklagten feststelltermaßen bewusst gewesen sei, dass die Garantie letztlich zu Lasten des Klägers gehen würde, sei die hier gelegte Bankgarantie nicht als selbständiger, von jedem anderen Schuldverhältnis unabhängiger, einseitig verpflichtender Schuldvertrag anzusehen, sondern als eine zum Kredit an die GmbH akzessorische Verpflichtung des Klägers. Es liege daher eine Bürgschaft vor, sodass § 25c KSchG anwendbar sei. Die Bürgschaftserklärung des Klägers sei allerdings entgegen § 1346 Abs 2 ABGB nicht schriftlich erfolgt, was zu ihrer Unwirksamkeit wegen Formmangels und damit zur Berechtigung des Klagebegehrens führe. Es sei daher nicht weiter zu prüfen, ob der Beklagten bekannt oder erkennbar war, dass die GmbH ihre Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen werde.

Das Berufungsgericht hob das Ersturteil auf, verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurück und erklärte den Rekurs an den Obersten Gerichtshof für zulässig. Entgegen der Auffassung des Erstgerichts liege zwar keine Bürgschaft des Klägers vor, sehr wohl aber eine Interzession iSd § 25c KSchG. Den in dieser Bestimmung angeführten Varianten der Interzession sei gemeinsam, dass der Interzedent jeweils in eine unmittelbare vertragliche Beziehung zum Gläubiger tritt, was auch hier der Fall sei, sei der Bestellung der Bankgarantie durch den Kläger doch eine mündliche Vereinbarung mit der Beklagten vorangegangen, die für die weitere Kreditgewährung an die GmbH Sicherheiten gewollt habe. Der Kläger habe zwar nicht formell eine Garantie gegenüber der Beklagten übernommen, er sei aber durch Beauftragung der Ausstellung der Bankgarantie und deren Übermittlung an die Beklagte insoweit einer materiell fremden Schuld beigetreten, als er - über den Umweg der Bankgarantie - die abstrakte Haftung für eine Summe von 600.000 EUR übernommen habe. Anders als etwa die Verpfändung einer dem Interzedenten gehörigen Sache stelle die vom Kläger veranlasste Bankgarantie bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nichts anderes als eine Kreditaufnahme bei seiner Bank zur Abdeckung der von ihm gegenüber der Beklagten übernommenen Verpflichtung dar, wobei der Kläger gegenüber der von ihm beauftragten Bank mit seinem gesamten Vermögen hafte. Die Rechtsprechung wende das für Bürgschaften bestehende Schriftformgebot des § 1346 Abs 2 ABGB auf Garantieverprechen (und neuerdings auch auf Schuldbeitritte) analog an. Gemäß § 1432 ABGB könne jedoch unter anderem die Zahlung einer Schuld, die nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist, nicht zurückgefordert werden. Dies habe zur Folge, dass die Rechtswirksamkeit einer wegen Formmangels ursprünglich ungültigen Verbindlichkeit nach deren Erfüllung nicht mehr bestritten werden könne. Auch wenn der Kläger daher die Übernahme der Bankgarantie ursprünglich nur mündlich (und damit formunwirksam) zugesagt habe, habe er durch Erteilung des Garantieverstellungsauftrags an seine Bank und die Veranlassung der Übermittlung der Bankgarantie an die Beklagte seine Verpflichtung nachträglich erfüllt. Damit stehe die Regelung des § 1432 ABGB der Rückforderung der von der Bank auf Rechnung des Klägers an die Beklagte geleisteten Zahlung entgegen. Als denkbare Anspruchsgrundlage für den Kläger verbleibe deshalb - abgesehen von der von ihm erklärten Irrtumsanfechtung - nur noch die Vorschrift des § 25c KSchG. Im weiteren Verfahren werde das Erstgericht Feststellungen zu den in diesem Zusammenhang maßgeblichen Tatsachen zu treffen haben, die im Verfahren vor dem Erstgericht wegen der abweichenden Rechtsansicht des Erstrichters unterblieben sind. Der Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss sei zulässig, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur entscheidenden Frage vorliege, ob derjenige als Interzedent iSd § 25c KSchG anzusehen ist, der aufgrund einer mit dem Gläubiger getroffenen Vereinbarung die Ausstellung einer abstrakten Bankgarantie zu dessen Gunsten durch einen Dritten veranlasst.

Rechtliche Beurteilung

Der dagegen erhobene Rekurs des Klägers ist nicht zulässig, weil darin keine erhebliche Rechtsfrage (§ 519 Abs 2 iVm § 502 Abs 1 ZPO) erörtert wird (vgl nur *Zechner* in *Fasching/Konecny*² IV/1 § 519 ZPO Rz 106 mwN).

Der Rekurswerber vertritt die Auffassung, die Sache sei entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts bereits im Sinne einer Klagestattgebung spruchreif, weil dieses zu Unrecht eine Heilung nach § 1432 ABGB angenommen habe. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen.

Nach den maßgeblichen Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen hat sich der Kläger über Aufforderung der Beklagten schließlich bereit erklärt, zur Besicherung der Kreditforderungen der Beklagten gegen eine GmbH auf eigene Rechnung dafür zu sorgen, dass seine Hausbank eine Garantieerklärung (Bankgarantie) abgibt, und ein entsprechender Garantiebrief der Beklagten übermittelt wird. Die damit - und auch mit seinem erstinstanzlichen Vorbringen - in Widerspruch stehenden Ausführungen, er habe mit der Bankgarantie seine eigene Verbindlichkeit als Interzedent besichern wollen, gehen nicht vom festgestellten Sachverhalt aus und sind damit nicht zu behandeln. Davon, dass der Kläger persönlich eine (unmittelbare) Haftung als Interzedent übernommen hätte, kann keine Rede sein. Vielmehr erklärte er über die letzte Anfrage der Beklagten nach einer Sicherheit, er würde die Angelegenheit mit seiner Bank regeln und diese würde eine Garantie abgeben. Dies korrespondiert auch mit seinem eigenen erstinstanzlichen Vorbringen, wonach seine Hausbank die Bankgarantie zur Sicherung der Ansprüche der Beklagten gegen die GmbH ausstellen wollte und auch ausgestellt hat, nicht aber etwa zur Sicherung allfälliger Ansprüche der Beklagten gegen den Kläger aufgrund einer von ihm abgegebenen Interzessionserklärung.

Einen nicht festgestellten Sachverhalt legt der Rekurswerber seinen Ausführungen auch insoweit zugrunde, als er behauptet, die Beklagte habe ihn vorerst persönlich in Anspruch genommen. Vielmehr hat der Kläger sogar selbst in der Klage vorgebracht, die Beklagte habe seine Hausbank, also die Garantin, zur Zahlung aufgefordert und dann die Bankgarantie in Anspruch genommen.

Der Rekurswerber tritt der Ansicht des Berufungsgerichts, der von ihm geltend gemachte Anspruch sei als Bereicherungsanspruch zu qualifizieren nicht entgegen, wendet sich jedoch gegen dessen Auffassung, § 1432 zweiter Fall ABGB, der anordnet, dass Zahlungen einer Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist, nicht zurückgefordert werden können, stehe einer Rückforderung entgegen. Der in diesem Zusammenhang erhobene Vorwurf, das Berufungsgericht habe seiner Entscheidung eine überschießende Feststellung zugrundegelegt, ist schon deshalb unverständlich, weil auch im Rechtsmittel nicht dargelegt wird, welche Feststellung der Kläger damit im Auge hat. Die Frage, ob sich die Beklagte ausdrücklich auf eine Heilung nach § 1432 ABGB berufen hat, hat mit dem vom Rekurswerber aufgeworfenen Problem überschießender Feststellungen nichts zu tun, hat er doch selbst ausreichendes Tatsachenvorbringen zum Geschehnisablauf erstattet und war das Berufungsgericht im Rahmen der allseitigen rechtlichen Prüfung des feststehenden Sachverhalts sogar verpflichtet, auch Rechtsnormen zu berücksichtigen, die der vom Kläger begehrten Rückforderung allenfalls entgegenstehen.

Ebenso wenig hat das Berufungsgericht eine unzulässige Überraschungsentscheidung gefällt, stand doch der maßgebliche Sachverhalt in den entscheidenden Punkten weitgehend außer Streit. Die Rekursausführung, im Falle einer Erörterung der möglichen Anwendung des § 1432 ABGB hätte er vorgebracht, es habe sich bei der Bankgarantie seiner Hausbank

„lediglich um eine Besicherung der Zahlungsfähigkeit und Finanzkraft der klagenden Partei für den Fall, dass sie ihrer Interzessionsvereinbarung aus wirtschaftlichen Gründen nicht nachkommen könne“, gehandelt, ist schon deshalb nicht geeignet, einen Verfahrensfehler des Berufungsgerichts aufzuzeigen, weil überhaupt kein Anhaltspunkt dafür bestand, dass der Kläger mit der Beklagten eine Interzessionsvereinbarung abgeschlossen hat, die seine eigene (direkte) Haftung zum Inhalt gehabt hätte. Vielmehr hat der Kläger vorerst nur unverbindlich in Aussicht gestellt, für die Bestellung einer Sicherheit sorgen, was schon mangels ausreichender Bestimmtheit keine bindende Zusage sein kann. Erst aufgrund einer späteren Nachfrage der Beklagten unter Hinweis auf die Dringlichkeit bot der Kläger an, die gewünschte Sicherheit könne darin bestehen, dass er eine Garantieerklärung seiner Hausbank veranlassen werde. Ein Mangel des Berufungsverfahrens liegt daher auch in diesem Zusammenhang nicht vor.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts reichen die erstgerichtlichen Feststellung allerdings nicht aus, um abschließend beurteilen zu können, ob das Angebot des Klägers bereits zu einer (inhaltlich bestimmten) Einigung führte oder eine solche erst nach Fixierung des endgültigen Wortlauts der Garantieerklärung zustande kam, was aber im Ergebnis ohne Bedeutung ist.

Sollte bereits eine mündliche Vereinbarung zustande gekommen sein, wäre die Auffassung des Rekurswerbers unzutreffend, § 1432 ABGB sei schon deshalb nicht anwendbar, weil für die Befriedigung der Beklagten keine aktive Handlung des Klägers gesetzt worden sei. Er habe, nachdem seine Haftung aus der Interzession nach dem Konkurs der GmbH festgestanden sei, keine Erfüllungs- oder sonstige Handlung zugunsten der Beklagten gesetzt. § 1432 ABGB setze aber für die Heilung eines formungültigen Rechtsgeschäfts ein weiteres aktives Tun des unwirksam Verpflichteten, nämlich das Erbringen der zugesagten Leistung, voraus.

Diesen Ausführungen scheint ein grundsätzliches Missverständnis zugrundezuliegen, das möglicherweise dadurch hervorgerufen wurde, dass § 1432 lediglich von „Zahlungen“, statt richtiger ganz allgemein von „Erfüllung“ (so zB RIS-Justiz RS0011316; RS0023759) spricht. Stets geht es nämlich darum, dass ein ursprünglich formungültiges Rechtsgeschäft dadurch nachträglich gültig wird, dass die nach der betreffenden Vereinbarung versprochene Leistung auch tatsächlich erbracht wird (vgl dazu nur die Judikaturnachweise bei *Rummel in Rummel*^ß II/3 § 1432 ABGB Rz 5). Genau dies ist im vorliegenden Fall nach Auffassung des Berufungsgerichts geschehen. Geht man davon aus, dass die bloß mündlich abgegebene Zusage, der Kläger werde zur Besicherung der Verbindlichkeiten der GmbH eine Bankgarantie beibringen, in sinngemäßer Anwendung des § 1346 Abs 2 ABGB mangels Schriftlichkeit formunwirksam war, war er vorerst nicht verpflichtet, die in dieser unwirksamen Vereinbarung versprochene Leistung, nämlich die Verschaffung einer Bankgarantie, zu erbringen. Sobald er aber diese Leistung tatsächlich vornahm, was er mit dem (schriftlichen) Auftrag an seine Hausbank, eine entsprechende Garantie zu übernehmen und der Beklagten den Bankgarantiebrief zukommen zu lassen, tat, hätte er rechtlich den Rückforderungsausschluss nach § 1432 zweiter Fall ABGB bewirkt. Darauf, ob der Sicherungsfall in der Folge eingetreten ist oder ob der Kläger nach Eintritt des Sicherungsfalls noch eine (weitere) aktive Handlung gesetzt hat, kommt es nach der

geschilderten Gesetzeslage nicht an. Hätte nun - aufgrund der eingetretenen Heilung - die Verpflichtung des Klägers bestanden, der Beklagten eine Bankgarantie zu verschaffen, die notwendigerweise auf sein wirtschaftliches Risiko abgegeben wurde, könnte er sich nicht darauf berufen, die Inanspruchnahme des Garantiebetrags sei unrechtmäßigerweise gegen seinen Willen „erzwungen“ worden.

Verfehlt ist in diesem Zusammenhang letztlich auch der Hinweis auf eine Lehrmeinung von *P. Bydlinski*, der die Beachtung des konkreten Formzwecks bei der Anwendung des § 1432 fordere und darauf hinweise, dass bei genauerer Betrachtung die Heilung einer mangelhaften Bürgschaft durch Erfüllung der vom Bürgen bloß mündlich übernommenen Verpflichtung - entgegen 4 Ob 518/96 (= SZ 69/40 = RIS-Justiz RS0102904) - kein zweifelsfreier Fall sei, zahle dieser doch häufig nur wegen seiner Überzeugung, dazu wirksam verpflichtet zu sein. Diese Konstellation ist allerdings mit der hier zu beurteilenden nicht vergleichbar, geht es hier doch nicht um die Zahlung, sondern um die Verschaffung einer Bankgarantie durch den Kläger, der auch keineswegs behauptet, er habe sich über die Gültigkeit seiner vorher mündlich abgegebenen Verpflichtungserklärung im Irrtum befunden und nur deshalb seiner Hausbank den Auftrag erteilt, die gewünschte Garantieerklärung abzugeben.

Zu keinem anderen Ergebnis gelangte man, wollte man erst im (schriftlichen) Auftrag des Klägers an seine Hausbank, der Beklagten - auf sein wirtschaftliches Risiko - einen Garantieanspruch zu verschaffen, seine (ausreichend konkretisierte) Verpflichtungserklärung sehen, die jedenfalls auch dem Formgebot des § 1346 Abs 2 ABGB genüge. Dieses Angebot wäre der Beklagten mit Erhalt des Bankgarantiebriefs zugekommen und (spätestens) mit Auszahlung des Kreditbetrags, die ja wiederholt vom Vorliegen einer ausreichenden Sicherheit abhängig gemacht wurde, angenommen worden.

Entgegen der Auffassung des Rekurswerbers geht es hier auch keineswegs um die Frage, ob Kreditgeber allfällige „Formmängel von Interzessionsverträgen (vor allem Bürgschaften, Garantien und Schuldbeitritten)“ dadurch umgehen können, dass sie sich Bankgarantien übergeben lassen. Im vorliegenden Fall war ja gerade nicht die Wirksamkeit eines Bürgschafts- oder Garantievertrags bzw eines Schuldbeitritts zu prüfen, sondern eine Vereinbarung, mit der sich der Kläger verpflichtete, eine Sicherstellung für einen Dritten durch Beibringung einer Bankgarantie zu beschaffen. Ob und inwieweit dem Kläger auch hier der Schutz des § 25c KSchG zugute kommt, ist nicht Gegenstand dieses Rekursverfahrens.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 50 Abs 1, 40 Abs 1 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten ihrer Rekursbeantwortung selbst zu tragen, weil ihr Schriftsatz nicht als zweckentsprechende Rechtsverteidigungsmaßnahme zu werten ist, hat sie darin doch auf die Unzulässigkeit des Rechtsmittels nicht hingewiesen und nur beantragt, dem Rekurs keine Folge zu geben und den Beschluss des Berufungsgerichts (meritorisch) zu bestätigen.

OGH 3.4.2007, 5 Ob 45/07i

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Floßmann als Vorsitzenden, sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hurch, Dr. Höllwerth, Dr. Grohmann und Dr. E. Solè als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei Johann F*****, vertreten durch Dr. Gerhard Kochwalter, Rechtsanwalt in Klagenfurt, gegen die beklagte Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei V***** reg.GmbH, *****, vertreten durch Mag. Werner Seifried, Rechtsanwalt in Judenburg, wegen Widerruf, Unterlassung und Einstweiliger Verfügung (Streitwert im Provisorialverfahren EUR 72.672,83) über den Revisionsrekurs der Beklagten und Gegnerin der gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Graz als Rekursgericht vom 13. Dezember 2006, GZ 6 R 223/06w-12, womit der Beschluss des Landesgerichtes Leoben vom 5. Oktober 2006, GZ 5 Cg 201/06g-2, bestätigt wurde, nachstehenden

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die gefährdete Partei hat die Kosten des Revisionsrekursverfahrens vorläufig selbst zu tragen.

Begründung

Die gefährdete Partei, im Folgenden Kläger genannt, verpachtete am 5. 4. 1994 die Liegenschaft EZ 1234 Grundbuch ***** mit dem darauf befindlichen Gebäude K***** in ***** samt dem dort etablierten Diskothekenbereich im Erdgeschoss und der darüber liegenden Wohnung im ersten Stock an Eva B***** und Martin B*****. Das Bestandverhältnis begann am 1. 5. 1994 und wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Im Bestandvertrag verpflichteten sich die Pächter zur Leistung einer Barkaution von S 1 Mio als Sicherheitsleistung für allfällige Forderungen des Klägers aus dem Pachtverhältnis. Die Barkaution wurde von den Pächtern bezahlt.

Vereinbart war zwischen den Parteien des Pachtvertrages, dass zur Sicherstellung der Rückforderung der Bankgarantie der Kläger als Verpächter den Pächtern eine Bankgarantie bis zum Höchstbetrag von S 1 Mio mit einer auf die Dauer des Bestandvertrages geltenden Laufzeit zu erstellen hatte.

Im Auftrag des Klägers erstellte die V***** AG (im Folgenden V***** K***** genannt) am 11. 4. 1994 unwiderruflich eine Bankgarantie bis zum Höchstbetrag von S 1 Mio mit einer auf die Dauer des Bestandvertrags geltenden Laufzeit. Das Schreiben der V***** K***** an die Pächter hat folgenden Inhalt:

Bankgarantie Nr 676

„Sehr geehrte Frau B*****, sehr geehrter Herr B*****.

Wir haben davon Kenntnis, dass Sie gemäß Bestandvertrag vom 5. 4. 1994 die darin näher beschriebenen Räumlichkeiten ... von Herrn Johann Felch gepachtet haben.

Gemäß Punkt XIII des Bestandvertrages hat der Bestandnehmer bei Übergabe des Bestandgegenstands beim Bestandgeber eine Kautionsleistung in Höhe von S 1 Mio als Sicherheitsleistung zu erlegen, wobei Sie zusätzlich zum bestehenden Bestandvertrag als Sicherstellung für die erlegte Kautionsleistung eine Bankgarantie mit einer auf die Dauer des Bestandvertrages geltenden Laufzeit verlangen.

Dies vorausgeschickt übernehmen wir hiemit Auftrags unseren Kunden, Herrn Johann F***** unwiderruflich die Garantie bis zum Höchstbetrag von S 1 Mio mit einer auf die Dauer des Bestandvertrages geltenden Laufzeit.

Die Laufzeit der Garantie ist auf die Dauer des Bestandverhältnisses ausgerichtet und beginnt mit Eingang des Kautionsbetrages auf das Konto des Bestandgebers bei der V***** AG. Die Laufzeit der Garantie ist auf die Dauer des Bestandverhältnisses ausgerichtet.

Sollte ein durch Sie irrtümlich, vorsorglich oder widerrechtlich in Anspruch genommener Betrag frei werden, sind Sie verpflichtet, diesen ausschließlich an unser Institut zurückzuzahlen. Weiters ersuchen wir um Kenntnisnahme, da uns seitens der Auftraggeberin sämtliche Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche, die ihr im Fall einer von Ihnen ungerechtfertigt vorgenommenen Inanspruchnahme der Garantie gegen Sie entgegenstehen, abgetreten wurden.

Ansprüche aus der gegenständlichen Garantie können nur mit unserer ausdrücklichen Zustimmung zu Gunsten Dritter abgetreten, verpfändet bzw vinkuliert werden.

Nach Ablauf der Laufzeit bzw nach Beendigung des Bestandvertrags nehmen wir diese Garantie ohne weitere Verständigung aus Evidenz, womit auch gleichzeitig jede Zahlungsverpflichtung unsererseits aus der Garantie erlischt."

Mit Generalabtretung vom 30. 5. 1994 haben Eva B***** und ihr Ehegatte die Bankgarantie vom 11. 4. 1994 mit Zustimmung der V***** K***** an die Gegnerin der gefährdeten Partei (in der Folge Beklagte genannt) abgetreten. Dies für die gesamte Laufzeit des Bestandvertrags.

Mit Schreiben vom 4. 8. 1998 nahm die Beklagte Bezug auf jenes Schreiben der V***** K*****, in dem der Abtretung aller Rechte aus der Bankgarantie zu Gunsten der Beklagten zugestimmt worden war und ersuchte die V***** K*****, sie von einem allfälligen vorzeitigen Ablauf des Bestandvertrags bzw der Garantie zu informieren. Die Beklagte hatte Kenntnis davon, dass die Laufzeit der Garantie an die Dauer des Bestandvertrags gebunden war. Die V***** K***** erklärte daraufhin der Beklagten, sie von einem vorzeitigen Ablauf des Bestandvertrags bzw der Bankgarantie in Hinkunft zu verständigen.

Im Dezember 1998 trat anstelle der bisherigen Pächterin Eva B***** ihr Sohn Thomas J***** mit Zustimmung des Klägers in den Bestandvertrag vom 5. 4. 1994 mit allen Rechten und Pflichten ein. Es wurde mit dem Kläger vereinbart, dass die erliegende Kautionsleistung für den neuen Pächter bestehen bleiben sollte. Die Abtretung der Bankgarantie an die Beklagte blieb unverändert aufrecht. Ebenso das Bestandverhältnis.

Im August 2006 stellte die Beklagte einen den bisherigen Pächtern gewährten Kredit mit sofortiger Wirkung fällig.

Mit Schreiben vom 12. 9. 2006 rief die Beklagte bei der V***** K***** die Bankgarantie Nr 676 vom 11. 4. 1994 über EUR 72.672,83 mit folgendem Wortlaut ab:

„Wir teilen Ihnen mit, dass wir das Kreditkonto Nr 3065448-2201 lautend auf Martin und Eva Bergmann fällig stellen mussten und haftet dieses Konto per heutigem Datum mit einem Saldo in Höhe von EUR 80.280,80 gänzlich aus.

Wir kommen zurück auf Ihre Bankgarantie mit der Nr 676 vom 11. 4. 1994 und rufen diese Garantie auf Grund der Abtretungserklärung vom 30. 5. 1994 sowie auf Grund ihres Schreibens vom 5. 5. 1994 und auf Grund ihres Schreibens vom 10. 8. 1998 ab.

Wir ersuchen Sie, den Betrag von EUR 72.672,83 auf das Konto Nr 3065448-2201 lautend auf Martin und Eva B***** zur Anweisung zu bringen und erlauben uns dafür als Termin den 20. 9. 2006 in Vormerkung zu nehmen".

Angeschlossen war diesem Schreiben die ursprüngliche Bankgarantie vom 11. 4. 1994 in Kopie.

Von diesem Abruf der Bankgarantie verständigt, forderte der Kläger am 19. 9. 2006 die Beklagte auf, die Einforderung der Bankgarantie zu widerrufen. Unstrittigerweise hat die Beklagte einen solchen Widerruf nicht erklärt.

Mit der vorliegenden **Klage** begehrt der Kläger, die Beklagte zum Widerruf der Bankgarantie und zur Unterlassung der Einziehung des Garantiebetrags vor Beendigung des Bestandvertrags zu verpflichten.

Als anspruchsbegründend wurde vorgebracht, dass die von der V***** K***** über Auftrag des Klägers erstellte Bankgarantie dazu dienen sollte, die Pächter, die dem Kläger S 1 Mio an Barkaution für die Dauer des Pachtverhältnisses übergeben mussten, gegen allfällige künftige wirtschaftliche Schwierigkeiten des Klägers nach Beendigung des Bestandverhältnisses abzusichern. Vereinbarungsgemäß - im Verhältnis des Klägers zu den Pächtern - sollten letztere nach Beendigung des Bestandverhältnisses die Kautionssumme wieder refundiert erhalten.

Dementsprechend habe die V***** K***** über Auftrag des Klägers unwiderruflich eine Bankgarantie zu einem Höchstbetrag von S 1 Mio mit einer auf die Dauer des Bestandvertrages geltenden Laufzeit übernommen.

Mit Zustimmung der Garantin V***** K***** hätten die Begünstigten (Pächter) ihre Rechte aus dieser Bankgarantie für die gesamte Laufzeit des Bestandvertrags der Beklagten abgetreten. Dabei habe die V***** K***** der Beklagten bestätigt, sie vom Ende des Bestandverhältnisses zu verständigen.

In die Bestandrechte der bisherigen Pächter sei am 11. 4. 1994 deren Sohn mit allen Rechten und Pflichten eingetreten. Vereinbart worden sei dabei, dass die Übernahme der erledigten Kaution direkt erfolgen solle, sodass sich für den Kläger am bestehenden Zustand nichts ändere. Unverändert sei auch die Abtretung der Rechte aus der Bankgarantie an die Beklagte aufrecht geblieben. Das Bestandverhältnis sei nach wie vor aufrecht. Sollte das Bestandverhältnis enden, stünde Thomas J*****, dem neuen Pächter, gegenüber dem Kläger der Anspruch auf Rückersatz des Kautionsbetrags zu (unter Abzug allfällig zu Recht bestehender Beendigungsansprüche). Dieser Rückersatzanspruch sei durch die Bankgarantie besichert.

Völlig überraschend für den Kläger habe die Beklagte zur Abdeckung einer Kreditverbindlichkeit der Pächter die Garantie abgerufen. Dies sei unzulässig, weil das Bestandrecht nach wie vor aufrecht bestehe und der Kläger berechtigt sei, den

Kautionsbetrag weiter einzubehalten. Deshalb sei die Beklagte aufgefordert worden, den Abruf der Bankgarantie zu widerrufen, was diese jedoch verweigere.

Der Abruf der Bankgarantie sei rechtsmissbräuchlich, weil erst bei Beendigung des Bestandverhältnisses die Forderung aus der Bankgarantie entstehen könne und erst dann erfolgreich eingezogen werden könne. Die Beklagte sei jedenfalls nicht dazu berechtigt, die Bankgarantie vor Beendigung des Bestandverhältnisses für eine Kreditverbindlichkeit der Pächter in Anspruch zu nehmen.

Gleichzeitig begehrte der Kläger die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Form eines Drittverbots, wonach der V***** AG die Ausfolgung des Betrags von EUR 72.672,83 aus der von ihr übernommenen Bankgarantie an die Beklagte verboten werden solle.

Aus einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme einer Bankgarantie stehe dem Auftraggeber ein Unterlassungsanspruch zu. Der Antragsgegnerin sei jedenfalls aus dem Schreiben vom 4. 8. 1998 bekannt, dass die Laufzeit der Bankgarantie an die Dauer des Bestandvertrags gebunden sei. Die Bankgarantie sei nach der der Beklagten bekannten Vereinbarung somit nicht abrufungsreif. Vielmehr stehe dem Kläger das Recht zu, den Kautionsbetrag weiter einzubehalten.

Mit der Auszahlung der Garantiesumme würde der Kläger mit dem Garantiebetrags belastet. Es liege daher eine offenkundige Gefährdung im Sinn des § 381 Z 1 EO vor.

Das **Erstgericht** erließ die begehrte Einstweilige Verfügung in Form des Drittverbots an die V***** K***** ohne Anhörung der Beklagten.

Ausgehend vom oben wiedergegebenen bescheinigten Sachverhalt erkannte das Erstgericht in rechtlicher Hinsicht:

Die von der V***** K***** übernommene Bankgarantie Nr 676 diene der Besicherung des Rückforderungsanspruchs der Pächter für den Fall der Beendigung des Bestandverhältnisses und sei auf die Dauer des Bestandverhältnisses ausgerichtet. Davon habe die Beklagte ausdrücklich Kenntnis erhalten, worauf sie selbst auch im Schreiben vom 4. 8. 1998 hingewiesen habe. Überdies habe sie ersucht, von einem allfälligen vorzeitigen Ablauf des Bestandverhältnisses und damit der Garantie verständigt zu werden. Auf Grund einer Generalabtretung sei zwar die Beklagte im gegenständlichen Fall die aus der Bankgarantie Begünstigte, die Abrufung der Garantie sei jedoch rechtsmissbräuchlich erfolgt. Bei einem liquiden und eindeutigen Nachweis des Nichteintrittsfalls sei der Garant berechtigt, die Zahlung zu verweigern. Voraussetzung für einen solchen Rechtsmissbrauch sei, dass zwischen den vom Abrufenden verfolgten und den beeinträchtigten Interessen des Garanten ein krasses Missverhältnis bestehe. Der Begünstigte sei dann nicht schutzwürdig, wenn er eine Leistung in Anspruch nehme, obwohl schon eindeutig feststehe, dass er keinen derartigen Anspruch habe und das Erhaltene sofort wieder herausgeben müsse (9 Ob 265/99g).

Im vorliegenden Fall hätte die Beklagte daher die Bankgarantie vor Beendigung des Bestandverhältnisses nicht abrufen dürfen. Eindeutig sei der Beklagten bekannt gewesen, dass die Garantie für die Dauer des Bestandverhältnisses als Sicherheit dienen sollte. Wenn sie also eine Abrufung zu dem Zweck vornehme, mit der Auszahlung des Garantiebetrags eine eigene Forderung gegen die Pächter abzudecken, was auf Grund ihres Schreibens vom 12. 9. 2006 (Garantieanforderung) evident erwiesen sei, so trete die Verfolgung dieses

Interesses in den Hintergrund. Im Vordergrund stehe die Besicherung des Rückforderungsanspruchs für den Fall der Beendigung des Bestandverhältnisses. Bei Beendigung des Bestandverhältnisses müsse die Kautions dem Kläger zur Befriedigung allfälliger Forderungen dienen. Diesem Zweck würde der Abruf der Bankgarantie vor Beendigung des Bestandverhältnisses jedenfalls zuwiderlaufen.

Nach mündlicher Verhandlung wies das Erstgericht den von der Beklagten gegen die Einstweilige Verfügung erhobenen Widerspruch ab. Die Entscheidung wurde bisher nicht ausgefertigt.

Einem gegen die Einstweilige Verfügung erhobenen Rekurs gab das **Gericht zweiter Instanz** nicht Folge.

Weil die einstweilige Verfügung ohne Anhörung der Beklagten erlassen worden sei, sei auf deren Ausführungen über den Zusammenhang der Garantie mit einem Kredit infolge des im Rekursverfahren herrschenden Neuerungsverbots nicht einzugehen.

Nach ihrem klaren Wortlaut habe die Garantie zur Sicherung des Anspruchs der Bestandnehmer gegen den Kläger als Bestandgeber auf Rückzahlung der von ihnen erlegten Barkautions nach Beendigung des Bestandverhältnisses gedient. Nach dem maßgeblichen Sachverhalt sollte nach dem Bestandnehmerwechsel die hinsichtlich der Kautions getroffene Vereinbarung unverändert bleiben und die Bankgarantie weiterhin zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs aufrecht bleiben. Der Bestandvertrag sei nach wie vor aufrecht, die Kautions habe daher nach wie vor die Ansprüche des Klägers, die sich aus der Auflösung des Bestandverhältnisses ergäben, zu sichern. Die Garantin habe sich verpflichtet, die Beklagte von einer Auflösung des Bestandverhältnisses in Kenntnis zu setzen. Doch sei eine solche Auflösung des Bestandverhältnisses bisher nicht erfolgt. Aus der Abrufklärung der Beklagten selbst ergebe sich, dass sie die Bankgarantie zur Abdeckung eines notleidenden Kredits der Bestandnehmer abgerufen habe. Damit liege ein liquider Nachweis des Rechtsmissbrauchs durch die Beklagte vor. Dass der Wortlaut der Garantieerklärung über den zu sichernden Anspruch undeutlich gewesen wäre, sei nicht behauptet worden. Entgegen dem Wortlaut habe die Beklagte die Bankgarantie aber nicht wegen Beendigung des Bestandverhältnisses und Entstehens eines entsprechenden Rückforderungsanspruchs abgerufen, sondern ausschließlich deshalb, weil ihre Kreditnehmer ihr gegenüber bestehende Verbindlichkeiten nicht erfüllt hätten. Für diesen notleidend gewordenen Kredit sei aber die Bankgarantie unzweifelhaft nicht gegeben worden. Die Beklagte hätte in keiner Weise davon ausgehen können, dass der Rückzahlungsanspruch gegen den Verpächter hinsichtlich einer unverbrauchten Kautions bereits verwirklicht wäre und sie daher als Sicherungsgläubiger berechtigt wäre, den den Bestandnehmern zustehenden Anspruch aus der Bankgarantie geltend zu machen. Angesichts dieser Sachlage könne nur von einer rechtsmissbräuchlichen Abberufung der Bankgarantie ausgegangen werden. Der Klägerin stehe als Garantieauftraggeberin daher gegen die Beklagte als Begünstigte der Anspruch auf Widerruf des Abrufs der Bankgarantie durch Einstweilige Verfügung mittels Zahlungsverbots an den Garanten zu (RIS-Justiz RS0005092).

Die von der Beklagten im Rekurs zitierte E SZ 73/10 sei insofern nicht einschlägig, als dort Bereicherungsansprüche des Garantieauftraggebers gegen den Zessionar verneint worden

seien. Solche Ansprüche seien aber nicht verfahrensgegenständlich, weil die Zahlung offensichtlich noch nicht geflossen sei. Daher bilde nur ein Begehren auf Widerruf des Abrufs der Bankgarantie den Gegenstand des Verfahrens.

Das einzige dem Kläger zur Verfügung stehende Sicherungsmittel sei, ein Drittverbot an die Garantin im Wege einer Einstweiligen Verfügung zu erwirken. Dabei gehe es nicht um die Sicherung von Geldforderungen, sondern die Sicherung des Anspruchs auf Widerruf einer bereits erfolgten missbräuchlichen Abrufung einer Bankgarantie. Unter den Voraussetzungen des § 381 EO sei eine solche einstweilige Verfügung zu erlassen. Eine konkrete Anspruchsgefährdung im Sinn des § 381 Z 1 EO sei nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung diesfalls offenkundig (RIS-Justiz RS0107385).

Zu Recht habe daher das Erstgericht die begehrte Einstweilige Verfügung erlassen.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands EUR 20.000,- übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Das Rekursgericht habe sich bei seiner Entscheidung im Rahmen höchstgerichtlicher Rechtsprechung zur Sicherung des Widerrufs des Abrufs einer Bankgarantie gehalten.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der **außerordentliche Revisionsrekurs** der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Beschlusses im Sinne einer Abweisung des Provisorialantrags.

Der Kläger hat dazu eine **Revisionsrekursbeantwortung** erstattet und beantragt den Revisionsrekurs der Beklagten zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs der Beklagten ist zulässig, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage vorliegt, ob nach Abtretung der Rechte aus einer Bankgarantie ein Anspruch des Garantiebestellers auf Unterlassung rechtsmissbräuchlichen Abrufs einer Bankgarantie gegen den Zessionar der Rechte aus der Bankgarantie besteht.

Der Revisionsrekurs ist aber nicht berechtigt.

Die Begründung des angefochtenen Beschlusses lässt Fragen der Abtretung der Rechte aus einer Bankgarantie unbeachtet, indem sie mit jener Rechtsprechung argumentiert, die dreipersonale, ursprüngliche Garantieverhältnisse betrifft. Sie vermag daher die getroffene Verfügung nicht ausreichend zu rechtfertigen.

Der Oberste Gerichtshof hat in den Entscheidungen 4 Ob 348/99a = SZ 73/10 und 6 Ob 253/03d einen Bereicherungsrückgriff des Garantierauftraggebers aus einer unberechtigt abgerufenen und ausbezahlten Garantie gegen den Zessionar im Wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, dass dann, wenn dem Zessionar nur die Rechte aus der Garantie, nicht aber zugleich auch die Rechte aus dem Grundverhältnis abgetreten wurden, eben gerade keine konkrete Leistungsbeziehung zwischen dem Garantierauftraggeber und dem Zessionar besteht. Eine Vermögensverschiebung (aus einer unberechtigt in Anspruch genommenen Garantie) sei daher im Verhältnis zwischen Garanten und Zessionar erfolgt. Der Garantierauftraggeber habe daher den ihm zustehenden bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch nach unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie auch dann gegenüber dem Begünstigten geltend zu machen, wenn dieser nur seine Rechte aus der

Garantie, nicht aber zugleich auch seine Rechte aus dem Grundverhältnis abgetreten habe und die Garantie vom Zessionar abgerufen wurde (vgl SZ 73/10).

Den maßgeblichen Feststellungen im Provisorialverfahren lässt sich trotz Verwendung des Begriffs „Generalabtretung vom 30. 5. 1994“ nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit entnehmen, dass von den Pächtern (zur Sicherung ihrer Kreditverbindlichkeit) der Beklagten auch ihre Rechte aus dem Grundverhältnis abgetreten worden wären. Immer ist nur von einer „Abtretung der Bankgarantie“ die Rede. Sollte sich im Hauptverfahren anderes ergeben, wird die rechtliche Beurteilung des Streitfalls entsprechend anzupassen sein.

Für den vorliegenden Fall bedeutet das zunächst einmal, dass sich der Kläger zur Begründung seines - durch Einstweilige Verfügung zu sichernden - Widerrufs- und Unterlassungsanspruchs der Beklagten gegenüber nicht eindeutig auf ein Vertragsverhältnis zu berufen vermag (vgl SZ 73/10; 6 Ob 253/03d; *Koziol* in *ÖBA* 1986, 486 [490], dort allerdings im Fall einer Rückgarantie).

Besteht aber zwischen dem Kläger und der Beklagten kein Vertragsverhältnis (vgl SZ 73/10; 6 Ob 253/03d) und bestehen - anders als im Fall einer indirekten Garantie zwischen Erst- und Zweitbank - auch keine Schutzwirkungen zu Gunsten des Klägers als Garantierauftraggeber (vgl *Avancini/Iro/Koziol* Bankvertragsrecht II Rz 3/142), können Unterlassungsansprüche des Garantierauftraggebers gegen den Zessionar nur darauf gestützt werden, dass diesem ein deliktisches Verhalten im Sinn des § 1295 Abs 2 ABGB bei missbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie vorzuwerfen ist. Ein Unterlassungs- und Widerrufsbegehren (dasselbe hat für das Begehren auf Erlassung eines Drittverbots zu gelten) könnte nur auf einen Anspruch auf Unterlassung sittenwidriger Schädigung gestützt werden (vgl *Koziol* aaO; *ÖBA* 1986, 490; *Canaris* Bankvertragsrecht⁴ Rz 1138; *Avancini/Iro/Koziol* aaO Rz 3/100 f).

Diese Ansicht vertritt auch *P. Bydlinski* (in *ÖBA* 1989, 821 zu 8 Ob 583/88 [= *ÖBA* 1989/168]):

Hat der Zedent der Garantierechte bereits von seinem Schuldner aus dem Kaufvertrag Zahlung erhalten, darf daneben nicht auch noch die Garantie in Anspruch genommen werden. Der Begünstigte darf eben nicht zweimal kassieren, ebenso wenig Zedent und Zessionar je einmal. Von der anderen Seite her gesehen müsste ansonsten der Schuldner zweimal zahlen. Er hätte nämlich auch den Aufwandsersatzanspruch des von ihm beauftragten Garanten zu befriedigen. Ein Zessionar der bloßen Garantierechte hat in solchen Fällen das Erhaltene also ohne Zweifel wieder herauszugeben. Stünde hingegen die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundverhältnis, also des Zedenten der Gestaltungsrechte einmal zweifelsfrei fest - wurde also etwa der Kaufpreis nachweislich bereits vom Zedenten kassiert -, so könnte sogar dem an sich abstrakten Anspruch des Garantiebegünstigten von vornherein der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen gehalten werden. Auch aus einer abstrakten Sicherungsverpflichtung soll niemand etwas fordern können, was ihm materiell evident nicht zusteht. Dieser Einwand sollte im Zweifel auch dann gewährt werden, wenn sich ein Zessionar der „nackten“ Garantierechte in keiner Weise darum kümmert, ob die Verpflichtung im Grundverhältnis bereits getilgt wurde und eine solche Tilgung tatsächlich schon erfolgt ist. Jedenfalls aber dann, wenn der Garant eine solche Zahlung nachweisen kann.

Auf die hier zu beurteilende Fallkonstellation angewendet, ergibt sich daraus Folgendes:

Die Beklagte als Zessionarin der „nackten“ Garantierechte hat sich nicht nur nicht darum gekümmert, ob die Verpflichtung aus dem Grundverhältnis überhaupt entstanden war, sondern sogar die Garantie ausdrücklich zum Zweck der Bewirkung einer ihr selbst gegen den Zedenten (Pächter) zustehenden Kapitalforderung in Anspruch genommen. Damit ist der Tatbestand des § 1295 Abs 2 ABGB erfüllt. Für eine vorsätzliche Schädigungshandlung in diesem Sinn reicht bedingter Vorsatz hin (3 Ob 556/92 = *ecolex* 1994, 162); RIS-Justiz RS0025920 [T1; T3; T5 = SZ 2002/25; T9]). Der Beklagten ist die bewusste Durchsetzung ihres eigenen Rechtsstandpunkts unter bewusster Übergehung des Umstands, dass ihre Inanspruchnahme der Garantie jedenfalls nichts mit dem Grundverhältnis zu tun hatte, vorzuwerfen. Dass in diesem Sinn das Verhalten der Beklagten als rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie zu werten ist, weil sie sogar ausdrücklich zu einem anderen Sicherungszweck als dem im Kausalverhältnis begründeten abgerufen wurde, ist damit zu bejahen (vgl *Koziol* aaO Rz 3/101 insb FN 305 bis 311 [304]).

Selbst wenn dem Kläger kein bereicherungsrechtlicher Rückgriff gegen die Beklagte im Fall der Zahlung der Garantiesumme zustünde (RIS-Justiz RS0113129), weil eine derartige Rückabwicklung im ursprünglichen Vertragsverhältnis stattzufinden hätte, ist er als Garantierauftraggeber dennoch berechtigt, einen solchen unmittelbar bevorstehenden, unberechtigten Vermögenseingriff zu verhindern (zum Eingriff in fremde Forderungsrechte: RIS-Justiz RS0022852; auch ohne besondere Schädigungsabsicht: RIS-Justiz RS0025920, insb T2).

Unter der hier gegebenen Voraussetzung, dass der Nichteintritt des Garantiefalls liquide und eindeutig nachgewiesen ist, besteht daher der Anspruch des Garantierauftraggebers auch gegen den als Zessionar der Rechte aus der Bankgarantie Begünstigten, den Widerruf des Abrufs der Bankgarantie durch einstweilige Verfügung (Zahlungsverbot an den Garanten), zu sichern (RIS-Justiz RS0005092; RS0107385). Eine konkrete Anspruchsgefährdung im Sinn des § 381 Z 1 EO ist in einem solchen Fall offenkundig (RIS-Justiz RS0107385).

Damit erweist sich der Revisionsrekurs der Beklagten als unberechtigt.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 50 ZPO iVm § 393 Abs 1 EO.

OGH 13.1.2009, 5 Ob 215/08s

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Floßmann als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen/Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hurch, Dr. Höllwerth, Dr. Roch und Dr. Tarmann-Prentner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bank A*****, vertreten durch Kadlec & Weimann Rechtsanwalts KG in Wien, gegen die beklagte Partei Franz W*****, vertreten durch Boesch & Vintschgau, Rechtsanwälte in Wien, wegen 58.138,27 EUR sA, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 23. Mai 2008, GZ 12 R 225/07g-27, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 9. August 2007, GZ 13Cg 213/06y-22, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung zu lauten hat: „Das Klagebegehren des Inhalts, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei den Betrag von 58.138,27 EUR samt 8,5 % Zinsen seit 3. 3. 1999 zu bezahlen, wird abgewiesen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 9.659,28 EUR bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens (darin 1.607,21 EUR USt und 16 EUR Barauslagen), weiters die mit 4.273 EUR bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin 420 EUR USt und 1.753 EUR Barauslagen) und die mit 4.355,34 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 336,39 EUR USt und 2.337 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe

Der Beklagte war Gesellschafter der T***** GmbH (in der Folge: T*****), wobei er anfänglich 50 %, später dann 100 %, der Geschäftsanteile hielt. Geschäftsführer dieser Gesellschaft war ein Mag. Z*****.

Harald H***** war seit 1996 Firmenkundenbetreuer bei der Rechtsvorgängerin der Klägerin. Der Beklagte kannte ihn aus seinem privaten Umfeld. Am 18. 3. 1998 trat der Beklagte an Herrn H***** heran, um die Finanzierung einer Geschäftsidee zu ermöglichen. Die T***** hatte bei der C***** (= Rechtsvorgängerin der Klägerin) ein mit 8,5 % verzinstes operatives Kontokorrentkonto, dessen Rahmen erhöht werden sollte. Für die C***** war dies nur möglich, wenn weitere Sicherheiten (in Form eines Sparbuchs und persönlicher Haftungserklärungen durch Garantien des Beklagten und des Mag. Z*****) bestellt würden.

Am 1. 4. 1998 richtete der Beklagte nachstehende Garantieerklärung an die C*****:

„*Garantie*

1. Sie haben der Firma T***** ... einen Kredit bis zum Höchstbetrag von ATS 800.000 eingeräumt. Zur teilweisen Sicherstellung für ihre jeweiligen Forderungen und Ansprüche an Haupt- und Nebenverbindlichkeiten aus dem oben erwähnten Kredit, für sämtliche andere

aus ihrer Geschäftsverbindung mit dem Kreditnehmer bereits bestehenden oder künftig entstehenden Kreditforderungen (Haupt- und Nebenverbindlichkeiten), sowie für ihre Forderungen aus der sonstigen Geschäftsverbindung mit dem eingangs erwähnten Kreditnehmer, mögen diese Forderungen und Ansprüche aus dem Konto, aus Wechseln, aus von ihnen oder dem Kreditnehmer übernommenen Haftungen oder aus welchem Titel immer herrühren ..., hat Ihnen der genannte Kreditnehmer eine Garantie beizubringen.

2. Ich übernehme hiermit diese Garantie und verspreche Ihnen unwiderruflich, Ihnen über ihre erste Aufforderung unter Verzicht auf jede Einrede und Einwendung sowie ohne Prüfung des zwischen Ihnen und dem oben genannten Kreditnehmer bestehenden Rechtsverhältnisses jede im Rahmen des in Punkt 1. genannten Kreditbetrages bekannt zu gebende Forderung zuzüglich aller sich aus den Vereinbarungen mit dem Kreditnehmer ungeachtet des rechtlichen Bestands derselben ergebenden Zinsen und wie immer Namen habenden Nebengebühren, auch wenn solche bei den Rechnungsabschlüssen zum Kapital geschlagen werden und dadurch der oben genannte Betrag überschritten wird, zu bezahlen.

3. Sie sind berechtigt, mit dem Kreditnehmer bezüglich der Tilgung ihrer Forderungen einen Vergleich abzuschließen, ohne dass dadurch meine Haftung erlischt (§ 1378 ABGB).

4. Durch die Freigabe von Sicherheiten irgendwelcher Art, welche Ihnen für ihre Forderungen gegen den Kreditnehmer anderweitig bestellt werden oder bestellt sind, erfährt weder die hiermit übernommene Garantie irgendeine Änderung noch stehen mir deshalb irgendwelche Schadenersatzansprüche zu. Sie sind befugt, alle ihre sonstigen Sicherheiten nach eigenem Ermessen zu verwerten und den Erlös aus solchen Sicherheiten oder Zahlungen des Kreditnehmers oder anderer Verpflichteter auf jede ihnen genehme Forderung zu verrechnen.

...

10. Die hiedurch übernommene Garantie ist selbständig und unabhängig von allen anderen für die garantierten Forderungen bestellten Sicherheiten.

...

Die hiermit bestellte Sicherheit gilt auch für den Fall, dass Sie die Laufzeit des in Punkt 1. genannten Kredites ein- oder mehrmals verlängern. Mit derartigen Kreditprolongationen zu im Übrigen gleichen Bedingungen bin ich einverstanden, die Einholung meiner Zustimmung aus Anlass der Prolongation ist nicht erforderlich.

Durch die Unterfertigung dieses Formulars ohne Änderung nehme ich ihr Anbot auf Abschluss eines Garantievertrages an. Einer weiteren Erklärung ihrerseits bedarf es zum Vertragsabschluss daher nicht.“

Unterschrift des Beklagten

Bei dieser Garantieerklärung handelte es sich um einen standardisierten Text der Bank, der in derartigen Garantiefällen üblicherweise verwendet wird.

Die Kontonummer des Kontokorrentkontos der Firma T***** war *****, während der Beklagte bei der C***** auch noch ein Privatkonto mit der Nummer ***** hatte.

Am 28. 1. 1999 wurde über das Vermögen der T***** der Konkurs eröffnet. Es bestanden hohe Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft bei der C*****, unter anderem auch aus dem bezeichneten Kontokorrentverhältnis. Aus diesem Grund trachtete die Klägerin danach, die Sicherheiten zu realisieren.

An den Beklagten richtete sie am 16. 2. 1999 nachstehendes Schreiben:

„Betrifft: Ihre wechselfällig unterlegte Garantieerklärung vom 1. 4. 1998 über ATS 800.000 zugunsten T***** GmbH.

Sehr geehrter Herr W*****

Unsere Kreditforderungen gegen die obgenannten Kreditnehmer sind infolge Konkureröffnung über das Vermögen der T***** GmbH fällig geworden. Wir nehmen Sie daher aus ihrer im Betreff genannten wechselfällig unterlegten Garantieerklärung in Anspruch und fordern Sie auf, den Betrag von ATS 800.000 zuzüglich anfallender Zinsen und Spesen bis spätestens 2. 3. 1999 auf das von uns geführte Konto Nummer ***** lautend auf T***** GmbH zur Einzahlung zu bringen.

Sollte diese Frist ungenützt verstreichen bzw Sie uns keinen akzeptablen Rückzahlungsvorschlag unterbreiten, sehen wir uns gezwungen, rechtliche Schritte gegen Sie einzuleiten.“

Am 2. 3. 1999 unterfertigte der Beklagte nachstehende Erklärung:

„Konto: T***** GmbH

Konto-Nummer *****

Ich, Franz W*****, persönlich haftend für das Arrangement obiger Firma, Garantie ..., habe ein Inanspruchnahmeschreiben der C***** AG erhalten.

Da die Regelung mit dem Masseverwalter Herr Dr .S***** hinsichtlich des Weiterbestandes der Firma noch aussteht und sich in nächster Zeit (cirka sechs bis acht Wochen) einige Ereignisse zur Verbesserung obiger Firma voraussichtlich eintreffen werden, ersuche ich bis zu diesem Zeitpunkt (30. 4. 1999) - hinsichtlich einer Betreuung - zuzuwarten, um dann ein konkretes Gespräch zu führen.“

Zu diesem Zeitpunkt hoffte der Beklagte, dass er ein weiteres Projekt umsetzen werde können.

Am 11. 8. 1999 unterfertigte der Beklagte nachstehendes Schreiben an die Rechtsvorgängerin der Klägerin:

„Konto: Franz W***** privat.

Konto-Nummer ***** (T*****)

Konto-Nummer *****

... Mein rubriziertes Konto weist derzeit einen Saldo von ATS 1.288.662,81 auf.

Ich möchte diesen Saldo wie folgt regeln:

Abdeckung durch Gesellschaftsanteilsverkäufe aus der T***** bzw U***** (31. 10. 1999 geplant)

die anfallenden Zinsen bis 30. 9. 1999 sowie per 31. 12. 1999 werden separat beglichen

Sollte die Abdeckung durch die Gesellschaftsanteilsverkäufe bzw die anfallenden Zinsen nicht bis Ende dieses Jahres erfolgt sein, tritt Terminverlust ein und ich akzeptiere die daraus notwendige Realisierung der für dieses Arrangement sowie für jenes der T***** GmbH an Sie gegebenen mat. Sicherheiten.“

Am 12. 1. 2000 richtete der Beklagte ein weiteres Schreiben an die C*****:

„Konto: Franz W***** privat

Konto-Nummer ***** (T*****)

Konto-Nummer *****

Ich ersuche Sie, bezugnehmend auf unsere Zahlungsvereinbarung vom 11. 8. 1999 Folgendes festzuhalten:

Ich habe heute in der Filiale W***** vorgesprochen und teilte mit, dass: die Gesellschaftsanteilsverkäufe sich weiter verzögert haben, ich eine Provision per 25. 1. 2000 erhalte, mit welcher ich die anfallenden Zinsen gemäß Schreiben vom 11. 8. 1999 abdecken werde und ich daher ersuche, die Realisierung der materiellen Sicherheiten z.G.o.a. Kontos bis zu diesem Zeitpunkt hintanzuhalten. Sollte diese Zahlung nicht eintreffen, so gilt wie schon per Zahlungsvereinbarung vom 11. 8. 1999, dass Terminsverlust eintritt und die Sicherheiten zur Abdeckung des genannten Kontos verwendet werden können.“

In der Folge war Herr H***** nicht mehr mit der Betreuung befasst, sondern leitete die Angelegenheit an die Rechtsabteilung der Klägerin weiter.

Am 8. 2. 2002 langte die gegenständliche Klage beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien ein, wobei als Adresse des Beklagten F***** angegeben war. Die Klage samt Auftrag zur Erstattung der Klagebeantwortung konnte nicht zugestellt werden, da laut Auskunft des Zustellers der Beklagte verzogen war. Von diesem Umstand wurde die Klägerin am 15. 2. 2002 in Kenntnis gesetzt.

Im gegenständlichen Verfahren erfolgte am 7. 4. 2006, also nach vier Jahren und zwei Monaten, ein neuerlicher Zustellantrag durch die Klägerin, mit dem auch eine Zustellung der Klage an den Beklagten bewirkt werden konnte.

In der Zeit zwischen dem Zustellfehlerbericht und dem neuerlichen Zustellantrag erfolgten außergerichtlich folgende Maßnahmen der Klägerin:

Eine Meldeanfrage ergab am 20. 3. 2002, dass der Beklagte an der Adresse F***** aufrecht gemeldet war.

Herr H*****, der noch im Besitz einer Handynummer des Beklagten war, versuchte eine Kontaktaufnahme mit dem Beklagten, ersuchte um Rückruf, der auch erfolgte. Dabei wurde der Beklagte aufgefordert, der Klägerin eine Zahlung anzubieten.

Anfang April 2002 erreichte die Klägerin den Beklagten über seine Handynummer. Er teilte mit, dass er voraussichtlich bis 30. 6. 2002 zwei große Projekte abwickeln werde und danach an die Klägerin hinsichtlich der Lösung der Haftung herantreten werde. Der Beklagte schien zahlungswillig, jedoch nicht zahlungsfähig zu sein. Die Klägerin gab diese Umstände den Klagevertretern bekannt und teilte mit, dass kein Interesse bestehe, über ein Amtshilfeverfahren in Zypern dem Beklagten zuzustellen. Das Verfahren sollte bis 30. 6. 2002 verzögert werden. Erst wenn danach keine Einigung direkt mit dem Beklagten zustandekomme, wäre der Versuch zu unternehmen, in Zypern zuzustellen.

Am 30. 11. 2002 fand eine Besprechung zwischen Herrn H***** und dem Beklagten statt, bei dem ihm der Beklagte mitteilte, über keine Mittel zu verfügen und hinsichtlich weiterer Schritte fünf Monate zuzuwarten ersuchte.

Im Jahr 2003 forderte Herr H***** den Beklagten anlässlich einer gemeinsamen Einladung auf, an einer Lösung mitzuwirken.

Der Beklagte hielt sich damals bereits vermehrt in Zypern auf.

Nachdem der Kontakt zwischen Herrn H***** und dem Beklagten abgebrochen war, bewirkte die Rechtsabteilung der Klägerin im November 2005 eine Meldeauskunft mit einer neuen

Adresse des Beklagten. Nachdem der Beklagte an diese Adresse gesendete Schreiben nicht beantwortete, leitete sie die Klägerin an die Klagevertreter weiter.

Am 7. 4. 2006 stellte die Klägerin mit dieser Adresse einen neuen Zustellantrag bei Gericht, woraufhin die Klage zugestellt werden konnte.

Trotz Inanspruchnahme anderer Sicherheiten besteht nach wie vor auf dem Konto der Firma T***** GmbH ein den Klagsbetrag übersteigender Saldo. Dieser betrug per 1. 1. 2007 62.830,02 EUR.

Der auf dem Privatkonto des Beklagten aushaftende Saldo war am 20. 8. 2001 getilgt worden.

Depoterlöse, die ebenfalls verpfändet waren, wurden jedenfalls dem Konto der Firma T***** nicht gutgebucht.

Der Beklagte leistete keine Zahlung an die Klägerin aus seiner Garantieverpflichtung.

Die Klägerin begehrt als Rechtsnachfolgerin der C***** AG (C*****) mit der am 6. 2. 2002 eingebrachten Klage vom Beklagten die Zahlung von 58.138,27 EUR sA mit der Begründung, die im Konkurs über das Vermögen der T***** angemeldete und unberichtigt aushaftende Forderung stehe ihr infolge einer Garantieerklärung des Beklagten vom 1. 4. 1998 zu. Der Beklagte habe diese Garantie bis zum Höchstbetrag von 800.000 ATS= 58.138,27 EUR zuzüglich Nebengebühren und Verzugszinsen in Höhe von 8,5 % pa übernommen. Der Beklagte sei mit Schreiben vom 16. 2. 1999 aus der Garantie in Anspruch genommen worden und habe bis dato nichts bezahlt.

Der Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und brachte vor, zur Bedeckung des offenen Saldos sei von ihm im Jahr 1998 ein Sparbuch verpfändet worden, das vorrangig zur Begleichung der Schulden hätte dienen sollen. Weitere Sicherheiten habe der Beklagte nicht bestellt. Er habe nur ein Anbot auf Abschluss eines Garantievertrags abgegeben, das allerdings nicht angenommen worden sei. Er sehe sich daran nicht gebunden. Die Fälligkeit der Forderungen der Klägerin sei mit der Konkurseröffnung eingetreten und daher im Zeitpunkt der Klageeinbringung am 6. 2. 2002 bereits verjährt gewesen. Die vom Beklagten abgegebene abstrakte Garantieerklärung unterliege der kurzen Verjährungsfrist von drei Jahren.

Selbst wenn man aber von einer Rechtzeitigkeit der Klageeinbringung ausginge, wäre die Forderung dadurch verjährt, dass die Klägerin das Verfahren nach Klageeinbringung nicht gehörig fortgesetzt habe.

Die Klägerin bestritt daraufhin, dass ihre Forderung aus der Garantie der Verjährungsfrist des § 1489 ABGB unterliege, weil sie ausschließlich Kreditsicherungsfunktion nicht aber Schadenersatzfunktion gehabt habe.

Im Weiteren bestritt die Klägerin, das Verfahren nicht gehörig fortgesetzt zu haben. Vergleichsgespräche mit dem Beklagten hätten sich bis zum Jahr 2006 hingezogen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und verhielt den Beklagten zur Zahlung des Klagsbetrags.

Ausgehend von den oben wiedergegebenen Feststellungen erachtete es in rechtlicher Hinsicht, dass der Beklagte die Zahlung des Klagsbetrags aufgrund der von ihm abgegebenen abstrakten Garantieverpflichtung schulde. Die klägerische Forderung sei auch nicht verjährt:

Nach Konkurseröffnung am 28. 1. 1999 sei am 16. 2. 1999 der Garantieabruf erfolgt, worauf hin der Beklagte mehrfach durch Erklärungen zwar kein ausdrückliches Anerkenntnis abgegeben, aber doch zum Ausdruck gebracht habe, zur Zahlung der Garantiesumme verpflichtet zu sein. Es genüge für eine Anerkennung nach § 1497 ABGB schon die Vereinbarung, die Abrechnung über eine in Frage stehende Forderung solle zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt erfolgen. Durch die festgestellten Erklärungen des Beklagten sei die Verjährungsfrist unterbrochen worden, sodass im Zeitpunkt der Klagserhebung selbst bei Zugrundelegung einer dreijährigen Verjährungsfrist die Forderung nicht verjährt gewesen sei.

Zum faktischen Stillstand des Verfahrens zwischen dem 15. 2. 2002 und 7. 4. 2006 sei es Sache der Klägerin gewesen, beachtliche Gründe für die Untätigkeit und für die Nichtaufnahme und Nichtfortsetzung des Verfahrens vorzubringen und erforderlichenfalls zu beweisen. Nach den Feststellungen habe die Klägerin mehrfach versucht, mit dem Beklagten Kontakt aufzunehmen, sei immer vertröstet und hingehalten worden, Schreiben der Klägerin seien unbeantwortet geblieben und überdies sei der Klägerin bewusst gewesen, dass der Beklagte einen Großteil der Zeit in Zypern verbrachte. Eine Rechtsverfolgung in diesem Land, das zum damaligen Zeitpunkt noch nicht Mitglied der Europäischen Gemeinschaft war, sei als äußerst schwierig zu bezeichnen. Im Zusammenhalt mit den immer wieder erfolgten Zusagen und Vertröstungen seitens des Beklagten sei der Vorwurf nicht gerechtfertigt, die Klage sei nicht gehörig fortgesetzt worden.

Es könne daher dahingestellt bleiben, ob auf die klagsgegenständliche Forderung die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB anzuwenden sei oder aber die allgemeine dreißigjährige Verjährungsfrist des § 1479 ABGB.

Der Klagsanspruch sei jedenfalls nicht verjährt.

Einer gegen dieses Urteil vom Beklagten erhobenen Berufung gab das Gericht zweiter Instanz nicht Folge.

In rechtlicher Hinsicht erachtete das Berufungsgericht den Einwand des Beklagten, ein Garantievertrag sei nicht zustandegekommen, weil die Klägerin seine Erklärung nicht angenommen habe, schon nach dem Inhalt des Garantievertrags für verfehlt.

Unter Darstellung der Rechtsprechung zur Frage der Verjährung von Forderungen aus einem Garantievertrag meinte das Berufungsgericht letztlich, diese Frage nicht klären zu müssen, zumal auch die kurze Verjährungsfrist infolge Unterbrechung nicht abgelaufen sei.

Mit jedem Anerkenntnis des Schuldners werde nach § 1497 ABGB die Verjährung unterbrochen und beginne die Verjährungsfrist neu zu laufen. Durch ein neuerliches Anerkenntnis werde diese Frist neuerlich unterbrochen. Dabei genüge ein Verhalten, aus dem das Bewusstsein des Anerkennenden, verpflichtet zu sein, geschlossen werden könne. Der objektive Erklärungswert sei dafür maßgeblich.

Vorliegendenfalls seien die Erklärungen des Beklagten vom 2. 3. 1999, 11. 8. 1999 und vom 12. 1. 2000 als die Verjährungsfrist unterbrechende Anerkenntnisse im Sinn des § 1497 ABGB zu werten. So habe er am 2. 3. 1999 schon einleitend zugestanden, dass er mit einer Garantie über 800.000 ATS persönlich hafte und ein Inanspruchschreiben erhalten habe. Im Schreiben vom 11. 8. 1999 habe der Beklagte erklärt, unter bestimmten Voraussetzungen mit Terminsverlust einverstanden zu sein und die daraus notwendige Realisierung der an die

Klägerin gegebenen materiellen Sicherheiten zu akzeptieren. Auch die Erklärung vom 12. 1. 2000 weise denselben Inhalt auf.

Infolge dieser Anerkenntnisse sei zum Zeitpunkt der Klageeinbringung am 6. 2. 2002 keine Verjährung eingetreten.

Auch in der Frage der nicht gehörigen Fortsetzung des Verfahrens durch die Klägerin infolge faktischen Verfahrensstillstands zwischen dem 15. 2. 2002 (Information über Zustellfehlbericht) und 7. 4. 2006 (neuerlicher Zustellantrag) schloss sich das Berufungsgericht der vom Erstgericht herangezogenen Begründung an. Wegen der festgestellten Bemühungen der Klägerin, vom Beklagten Zahlung zu erlangen, seiner diversen Vertröstungen und der Tatsache, dass der Beklagte sich im fraglichen Zeitraum häufig in Zypern aufgehalten habe und der Klägerin bewusst die dortige Adresse nicht bekannt gegeben habe, ging auch das Berufungsgericht von einer ausreichenden und gehörigen Verfahrensfortsetzung durch die Klägerin aus, die den Eintritt der Verjährung verhindert habe.

Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für nicht zulässig, weil die Frage der gehörigen Verfahrensfortsetzung jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängt und daher keine erhebliche Rechtsfrage vorliege.

Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision des Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn einer Klagsabweisung.

Die klagende Partei hat von der ihr eingeräumten Äußerungsmöglichkeit Gebrauch gemacht, eine Revisionsbeantwortung erstattet und darin beantragt, die außerordentliche Revision des Beklagten zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision des Beklagten ist zulässig, weil dem Berufungsgericht in der Frage der nicht gehörigen Fortsetzung des Verfahrens eine erhebliche Fehlbeurteilung unterlaufen ist. Die Revision ist auch berechtigt.

In seiner außerordentlichen Revision macht der Beklagte geltend, das Berufungsgericht weiche von höchstgerichtlicher Rechtsprechung ab, wenn es beim vorliegenden Sachverhalt eine nicht gehörige Fortsetzung des Verfahrens verneint habe. Bei Unzustellbarkeit der Klage bleibe die Unterbrechungswirkung der Gerichtsanhängigkeit nur gewahrt, wenn der die Fortsetzung des Verfahrens bewirkende Antrag innerhalb der ursprünglichen Verjährungsfrist gestellt werde. Im vorliegenden Fall habe die Klägerin aber mit der Einbringung eines neuen Zustellantrags mehr als vier Jahre zugewartet. Dass der Aufenthalt des Beklagten nicht habe eruiert werden können, rechtfertige das lange Zuwarten nicht, hätte doch die Klägerin auch die Bestellung eines Kurators nach § 116 ZPO beantragen können. Die festgestellten außergerichtlichen Erhebungen der Klägerin und sonstigen Tätigkeiten lieferten keine Begründung für die durch mehr als vier Jahre unterlassene gehörige Fortsetzung des Verfahrens.

Der klagsweise geltend gemachte Anspruch aus einer Garantie unterliege der kurzen Verjährungsfrist des § 1489 ABGB, wie zuletzt in 5 Ob 7/06z ausgesprochen worden sei. Auch im gegenständlichen Fall sei die Garantie schadenersatzrechtlicher Natur. Beginn der

Verjährungsfrist sei jener Zeitpunkt, zu dem das Recht auf Inanspruchnahme der Garantie erstmals - ohne Rechtsmissbrauch - möglich gewesen wäre. Die Verjährungsfrist sei damit, wie die Klägerin auch geltend gemacht habe, mit Konkurseröffnung in Gang gesetzt worden. All das habe zur Abweisung des Klagebegehrens zu führen.

In beiden aufgeworfenen Rechtsfragen ist nach Ansicht des erkennenden Senats den Ausführungen der Revision zu folgen:

1. Zur Verjährungsunterbrechung durch nicht gehörige Verfahrensfortsetzung:

Es trifft zwar zu, dass die Entscheidung, ob und inwieweit das Zuwarten mit der Verfahrensfortsetzung als ungewöhnliche Untätigkeit des Klägers zu beurteilen ist, wegen der Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls in der Regel keine erhebliche Rechtsfrage aufwirft (vgl. RIS-Justiz RS0034710 [T16; T20]; RS0034805 [T6; T22; T28]; RS0034765 [T1; T10; T18]).

Eine Einzelfallentscheidung ist für den Obersten Gerichtshof aber dann überprüfbar, wenn im Interesse der Rechtssicherheit ein grober Fehler bei der Auslegung der anzuwendenden Rechtsnorm zu korrigieren ist. Bewegt sich das Berufungsgericht nicht im Rahmen der Grundsätze einer ständigen Rechtsprechung und stellt seine Gesetzesauslegung eine krasse Fehlbeurteilung dar, ist dies als erhebliche Rechtsfrage aufzugreifen (vgl. RIS-Justiz RS0044088; RS0021095; RS0042769 ua).

Dem Berufungsgericht ist eine solche Fehlbeurteilung der prozessualen Untätigkeit der Klägerin von der Mitteilung des Fehlschlagens der Klagszustellung an bis zum Antrag auf neuerliche Klagszustellung, insgesamt sohin in der Dauer von vier Jahren und zwei Monaten, unterlaufen. Es entspricht nämlich ständiger Rechtsprechung, dass auch bei Unzustellbarkeit der Klage die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung durch Gerichtsanhängigkeit nur dann gewahrt wird, wenn der die Fortsetzung des Verfahrens bewirkende Antrag auf neuerliche Zustellung der Klage innerhalb der ursprünglichen Verjährungszeit gestellt wird (vgl. 1 Ob 705/86 = SZ 60/35; 10 Ob 288/98w). Bei Anwendung der kurzen Verjährungsfrist - worauf noch im Folgenden einzugehen sein wird - konnte hier das Zuwarten mit einem Antrag auf neuerliche Klagszustellung durch vier Jahre und zwei Monate hindurch die Unterbrechungswirkung nicht mehr wahren.

Im Weiteren müssen Gründe für die Untätigkeit des Klägers im Verhältnis zwischen den Parteien gelegen sein. Beweisschwierigkeiten, die nur im Bereich des Klägers liegen, rechtfertigen Untätigkeit nicht. Für die Unterlassung der zur Fortsetzung des Verfahrens notwendigen Schritte müssen, insbesondere bei mehr als dreimonatigem Ruhen, beachtliche und stichhaltige Gründe gegeben sein. Dafür ist der Kläger behauptungs- und beweispflichtig (vgl. RIS-Justiz RS0034863; RS0034805 [T27]; RS0034710 [T6; T21]). Ganz grundsätzlich gilt, dass es nicht auf die Dauer der Untätigkeit ankommt, sondern auf den Umstand, ob diese Untätigkeit gerechtfertigt war oder nicht (vgl. RIS-Justiz RS0034710).

Nach den Feststellungen kam es im maßgeblichen Zeitraum zwischen 15. 2. 2002 und 7. 4. 2006 zu insgesamt drei persönlichen Kontakten mit dem Beklagten mit dem Ergebnis, dass dieser die Klägerin jeweils um Zuwarten ersuchte. Für die Zeit von 2003 bis November 2005 ist keine einzige Aktivität der Klägerin gegen den Beklagten behauptet oder erwiesen. Das bedeutet zusammengefasst, dass die Klägerin keine beachtlichen oder stichhaltigen Gründe für ihr Verhalten geltend machen konnte, mit der Fortsetzung des

Verfahrens durch vier Jahre und zwei Monate zuzuwarten. Gerade der Umstand, dass der Klägerin bekannt war, dass der Beklagte seinen Wohnsitz ins Ausland mit unbekannter Adresse verlegt hatte, hätte sie wegen drohender Verjährung veranlassen müssen, ihre Untätigkeit zu beenden. Zumindest hätte die Klägerin die Bestellung eines Kurators beantragen müssen. Außergerichtliche Erhebungen zur Ermittlung des tatsächlichen Aufenthalts, die mehr als drei Jahre ab Benachrichtigung vom Zustellantrag in Anspruch nehmen, sind weder notwendig noch bei gleichzeitiger prozessualer Untätigkeit geeignet, eine gehörige Fortsetzung des Verfahrens im Sinn des § 1497 ABGB zu bewirken (vgl 10 Ob 288/98w).

Damit steht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts fest, dass die am 8. 2. 2002 erhobene Klage keine Unterbrechungswirkung zeitigte.

2. Zur Frage der Verjährung:

Die Verjährungsfrist für Rechte aus Garantieverträgen beginnt, weil die Leistungspflicht des Verpflichteten von einer Erklärung des Berechtigten, hier dem Abruf der Garantie, abhängt, bei dreipersonalen abstrakten Garantien dann zu laufen, wenn die Garantieinanspruchnahme erstmals ohne Rechtsmissbrauch erfolgen kann (vgl *B. Koch*, Zur Verjährung von Rechten aus Garantien, ÖBA 1991, 245 f; *Schubert* in *Rummeß* Rz 3 zu § 1478 ABGB; *Mader* in *Schwimann*³ Rz 7 zu § 1478 ABGB jeweils mwN).

Ab diesem Zeitpunkt steht für die Einbringung der Klage die gesamte, wie noch auszuführen sein wird, dreijährige Frist zur Verfügung.

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte zuletzt am 12. 1. 2000 ein die Verjährungsfrist unterbrechendes deklaratives Anerkenntnis abgegeben. Ein nach Eintritt der Verjährung abgegebener Verzicht auf eine Verjährungseinrede ist weder ausdrücklich noch stillschweigend erfolgt (vgl RIS-Justiz RS0032401; RS0034734).

Es bleibt daher zu prüfen, ob die Geltendmachung eines Anspruchs aus einer dreipersonalen abstrakten Bankgarantie der dreijährigen Verjährungsfrist des §1489 ABGB unterliegt oder aber, wenn sie Forderungen aus einer Kreditgewährung, die der dreißigjährigen Verjährung unterliegen (vgl 8 Ob 291/93 = SZ 66/125), sichert, die Verjährung erst nach dreißig Jahren gemäß § 1479 ABGB eintritt.

Diese Frage ist wie folgt zu beantworten:

Übernimmt jemand die Haftung für die Leistung eines Dritten aufgrund einer Vertragsbeziehung zu diesem, ist der Garantievertrag nach seiner Zweckbestimmung von beiden Grundverhältnissen gelöst und in diesem Sinn abstrakt. Auch wenn im Garantievertrag auf das Grundverhältnis zwischen dem Garantierauftraggeber und dem Begünstigten hingewiesen wird, bleibt dennoch die Haftung des Garanten unabhängig vom Bestand der Leistungsverpflichtung des Dritten, was etwa dadurch deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass der Garant zusagt, nach Einlangen der schriftlichen Aufforderung des Begünstigten unter Verzicht auf jede Einrede aus dem Grundverhältnis den Garantiebtrag zu überweisen (vgl RIS-Justiz RS0061794). Besonders scharf betont wird die Abstraktheit bei einer Garantie „auf erstes Abfordern“ oder „ohne Einwendung“. Ein solcher Garantievertrag ist also vom Bestand der gesicherten Hauptschuld grundsätzlich unabhängig, also nicht akzessorisch (vgl RIS-Justiz RS0016992). Geschuldet wird aus dem abstrakten Garantievertrag, mit dem der Garant für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs

einsteht oder die Gefahr eines künftigen Schadens übernimmt, wobei er auf „volle Genugtuung“ haftet (§ 880a ABGB). Garantien haben daher immer die Funktion, einen Schaden, den der Begünstigte durch den Nichteintritt eines Erfolgs erleidet, auszugleichen, auch wenn sie nicht Schadenersatzansprüche im eigentlichen Sinn sind, weil sie losgelöst von Verursachung, Rechtswidrigkeit und Verschulden sind.

Der Oberste Gerichtshof ist in jüngerer Rechtsprechung den Lehrmeinungen von *Koziol* (Der Garantievertrag 50 f), *Reidinger* (Rechtsprobleme der Garantieabrede 65 f), *Apathy* (in *Schwimmann*, ABGB² Rz 13 zu § 880a) und *Mayrhofer* (in *Mayrhofer/Ehrenzweig*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil 1986, 151 und 347) gefolgt, wonach §1489 ABGB bei Garantieansprüchen zur Anwendung in jenen Fällen gelangt, wo die Garantie Schadenersatzfunktion hat (vgl 1 Ob 608/88 = SZ 61/232; EvBl 1990/7; 2 Ob 585/94 = ÖBA 1997, 379).

In seiner Entscheidung 5 Ob 18/01k hat der erkennende Senat ausgesprochen, dass Entschädigungsansprüche gemäß § 1489 ABGB in drei Jahren verjähren, und zwar nicht nur Schadenersatzansprüche wegen deliktischer Schädigung, sondern auch Ersatzansprüche, die aus der Verletzung von vertraglichen Verpflichtungen abgeleitet werden. Alle Ersatzforderungen wegen Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung eines Vertrags, möge auch der Erfüllungsanspruch selbst der dreißigjährigen Verjährung unterliegen, sind unter § 1489 ABGB zu subsumieren (vgl auch 1 Ob 138/05h).

Zuletzt hat der erkennende Senat in 5 Ob 7/06z (= ÖBA 2007/1394 [*B. Koch*]) der Argumentation von *P. Bydlinski* (die Verjährungsfrist von Garantien sei wegen ihrer Abstraktheit nicht im Lichte des garantierten Anspruchs zu sehen, ÖBA 1997, 379 = Anmerkung zu 2 Ob 585/94 = ÖBA 1997/620) zugestanden, dass sie beachtliche Argumente für die generelle Schadenersatzfunktion einer Garantie liefert. Der Entscheidung selbst lag allerdings ein Fall zu Grunde, in dem der Garantieanspruch schon deshalb schadenersatzrechtlicher Natur war, weil der Garantieempfängerin die Abgeltung eines Schadens gesichert werden sollte, der dadurch entstehen konnte, dass eine Bauführerin die ihr bescheidmäßig auferlegte Ausgleichsabgabe nach Stundung nicht bezahlte.

In seiner Entscheidungsbesprechung zu 5 Ob 7/06z und 1 Ob 131/05h hat *B. Koch* (Zur Verjährung des Anspruchs gegen den Garant, ÖBA 2007, 148) neuerlich die Ansicht vertreten, Ansprüche aus Garantieverträgen seien ganz allgemein Entschädigungsansprüche im Sinn des § 1489 ABGB, weshalb es bei dreipersonalen abstrakten Garantien niemals auf die Einordnung des durch die Garantie besicherten Anspruchs ankomme, sondern nur auf die Verpflichtung aus der Garantie per se und daher stets die kurze Verjährungsfrist anzuwenden sei. Dieser Ansicht war auch *P. Bydlinski* (aaO). Der erkennende Senat ist, wie oben ausgeführt, schon in 5 Ob 7/06z dieser Ansicht nahegetreten. Den zitierten Autoren und *Fischer-Czermak* (BA 1989/174, 917 f) sowie insbesondere auch *Koziol* (aaO) folgend, der als erster die Auffassung vertrat, Ansprüche aus Garantieverträgen seien ganz allgemein Entschädigungsansprüche im Sinn des § 1489 ABGB, hält der erkennende Senat nunmehr fest, dass im dreipersonalen abstrakten Garantieverhältnis durch die vertragliche Loslösung vom Grundverhältnis und insbesondere wegen des Wesens des Garantieanspruchs selbst, der in § 880a ABGB eine besondere Regelung erfahren hat, generell von einer Anwendung des § 1489 ABGB auszugehen ist.

Eine Zusage für den Erfolg der Leistung eines Dritten im Sinn des § 880a ABGB als eigenständige abstrakte Verpflichtung ist nicht durch die Rechtsnatur des durch die Garantie besicherten Anspruchs definiert, sodass es auf die für den besicherten Anspruch geltenden Verjährungsbestimmungen auch nicht ankommen kann. Eine solche Garantie hat immer Ersatzfunktion, was nicht zuletzt der Wortlaut des § 880a ABGB („Haftung für volle Genugtuung“) deutlich macht. Das führt zur Anwendbarkeit des § 1489 ABGB (vgl. *Koziol*, Garantievertrag 50 f; *Reidinger*, Rechtsprobleme der Garantieabrede 65 f; *Apathy* in *Schwimann*² Rz 6 zu § 880a ABGB; *Mader* in *Schwimann*³ Rz 3 zu § 1489 ABGB; *B. Koch* aaO; *P. Bydlinski* aaO).

Die Revision des Beklagten ist daher berechtigt.

Der Anspruch der Klägerin ist verjährt, weshalb in Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen die Klage abzuweisen ist.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

OGH 13.7.2010, 4 Ob 94/10t

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Partei R****|***** reg.Gen.m.b.H, ****, vertreten durch Dr. Gernot Murko und Mag. Christian Bauer, Rechtsanwälte in Klagenfurt, Nebenintervenient auf Seite der klagenden Partei Mag. C**** A****, vertreten durch Frimmel/Anetter Rechtsanwaltsgesellschaft m.b.H. in Klagenfurt, wider die beklagte Partei S**** AG, ****, vertreten durch Schmid & Horn Rechtsanwälte GmbH in Graz, Nebenintervenientin auf Seite der beklagten Partei S**** GmbH, ****, vertreten durch Mag. Peter Freiberger, Rechtsanwalt in Mürzzuschlag, wegen 24.000 EUR sA, infolge Revisionen der beklagten Partei und der Nebenintervenientin auf Seite der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 22. Februar 2010, GZ 5 R 30/10m-24, womit infolge Berufung der beklagten Partei und der Nebenintervenientin auf Seite der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 16. Dezember 2009, GZ 18 Cg 16/09m-16, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung, folgenden

Beschluss

gefasst:

Spruch

Beide Revisionen werden zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 3.079,66 EUR (darin 513,28 EUR USt) bestimmten Kosten ihrer Revisionsbeantwortungen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist unzulässig. Entgegen dem - den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1 ZPO) - Ausspruch des Berufungsgerichts hängt die Entscheidung nicht von der Lösung der in den Rechtsmitteln als erheblich iSd § 502 Abs 1 ZPO bezeichneten Rechtsfragen ab.

1.1. Ob der Begünstigte einer Bankgarantie sein (Gestaltungs-)Recht, die Garantie in Anspruch zu nehmen, in jedem Fall unabhängig von der Zustimmung des Garanten übertragen kann, ist in Lehre und Rechtsprechung strittig (zum Meinungsstand vgl 4 Ob 348/99a, dort wurde diese Frage offengelassen).

1.2. Hier steht fest, dass die Klägerin die beklagte Garantin (eine Bank) 2004 davon verständigt hat, dass ihr die Ansprüche aus der Erfüllungsgarantie von der Begünstigten abgetreten worden und Zahlungen aufgrund dieser Garantie schuldbefreiend nur mehr an sie möglich seien; die Beklagte nahm diese Abtretungsanzeige zur Kenntnis. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Begünstigten am 6. 11. 2006 rief deren Masseverwalter am 14. 12. 2006 die bis 31. 12. 2006 befristete Bankgarantie ab. Am 7. 1. 2007 fand das erste Gespräch zwischen Mitarbeitern der Beklagten und dem Masseverwalter über die Wirksamkeit der Inanspruchnahme der Garantie statt. In der Folge

lehnte die Beklagte die Auszahlung des abgerufenen Garantiebetrags ab, weil bis zum Ablauf der Garantie „kein formell richtiges Inanspruchnahmeschreiben vorgelegen“ und infolge der Zession „eine Inanspruchnahme nur durch die [hier klagende Zessionarin] möglich“ gewesen sei.

1.3. Das Berufungsgericht hat das dem Klagebegehren stattgebende Urteil unter anderem mit der Begründung bestätigt, das auf Schadenersatz wegen Verletzung vertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten gestützte Klagebegehren in Höhe des Garantiebetrags sei berechtigt, weil die Beklagte den Masseverwalter nicht vor Ablauf der Garantiefrist auf die ihrer Auffassung nach fehlerhafte Abruferklärung hingewiesen, sondern offensichtlich zunächst das Fristende abgewartet habe, um sodann die Zahlungsverweigerung wider Treu und Glauben mit einer fehlerhaften Inanspruchnahme der Garantie begründen zu können.

1.4. Die angefochtene Entscheidung weicht damit nicht von der Rechtsprechung ab, dass eine Bank dem Begünstigten in Befolgung ihrer vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten unverzüglich die Beanstandung der fehlerhaften Inanspruchnahme einer Garantie mitzuteilen hat, wenn dieser dadurch noch die Möglichkeit hätte, die Garantie formgerecht und rechtzeitig in Anspruch zu nehmen (RIS-Justiz RS0086598). Die Garantin muss den Begünstigten grundsätzlich auf eine nicht entsprechende Abruferklärung hinweisen, um ihm eine Verbesserung zu ermöglichen (4 Ob 149/06z = SZ 2006/168). Den ihr obliegenden Beweis, dass sie ohne ein ihr zurechenbares Verschulden außerstande gewesen sei, ihren vertraglichen Nebenpflichten zu entsprechen (RIS-Justiz RS0086598 [T3]), hat die Beklagte nicht angetreten.

1.5. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist es demnach unerheblich, ob der Masseverwalter als gesetzlicher Vertreter der Begünstigten oder die Klägerin als Zessionarin der Garantierechte die Garantie in Anspruch nehmen konnte, weil die Beklagte in beiden Fällen zahlungspflichtig ist: Sie hat nämlich entweder trotz Abrufs durch den Berechtigten nicht geleistet, oder sie hat den Begünstigten sorgfaltswidrig nicht rechtzeitig auf fristgerecht verbesserbare Mängel der Abruferklärung hingewiesen.

2. Ob die Abruferklärung - abgesehen von der Person des Abrufenden - formell mangelhaft war, ist infolge der unter Punkt 1.4. dargestellten Rechtsprechung unerheblich.

3. Der festgestellte Sachverhalt bietet keine Grundlage für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs.

4. Mängel des erstgerichtlichen Verfahrens, die in der Berufung zwar geltend gemacht, vom Berufungsgericht aber verneint werden, können - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen - nach ständiger Rechtsprechung in der Revision nicht mehr gerügt werden (RIS-Justiz RS0042963; RS0106371; RS0043172; *Zechner* in *Fasching/Konecny*² IV/1 § 528 ZPO Rz 44; *Kodek* in *Rechberger*, ZPO² § 503 Rz 9).

5. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO. Da (nur) die Klägerin in ihren Revisionsbeantwortungen auf die Unzulässigkeit der Rechtsmittel hingewiesen hat, dienten ihre Schriftsätze der zweckentsprechenden Rechtsverteidigung.