

# TE OGH 2005/5/10 1Ob44/05k

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 10.05.2005

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner, Univ. Doz. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau und Dr. Glawischnig als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei T\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Bernhard Krause, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei B\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Vera Kremslehner, Dr. Josef Milchram, Dr. Anton Ehm und Mag. Thomas Mödlagl, Rechtsanwälte in Wien, und die auf Seiten der beklagten Partei beigetretenen Nebenintervenienten 1) M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, und 2) Adelheid S\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Franz Burgemeister und Mag. Christian Alberer, Rechtsanwälte in Klosterneuburg, sowie 3) DI Franz S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Brunner und Dr. Elmar Reinitzer, Rechtsanwälte in Wien, wegen EUR 410.498,09 sA, infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei (Revisionsinteresse EUR 395.127,87) gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 16. Dezember 2004, GZ 1 R 191/04x-29, mit dem das Teilurteil des Handelsgerichts Wien vom 16. Juli 2004, GZ 32 Cg 19/04t-23, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird die neuerliche Urteilsfällung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Die klagende Partei errichtete als Generalunternehmerin über Auftrag der Erstnebenintervenientin ein Wohnhaus samt Tiefgarage. Unter Hinweis auf dieses Bauprojekt gab die beklagte Partei gegenüber der klagenden Partei folgende - auszugsweise wiedergegebene - als „unwiderrufliche Zahlungsanweisung“ bezeichnete Erklärung ab:

„Wir teilen Ihnen mit, dass die Firma M\*\*\*\*\*gesellschaft mbH in \*\*\*\*\*, uns unwiderruflich angewiesen hat, an Sie von der Auftragssumme S 22,300.000,-- (exkl MWSt) S 20,000.000,-- (i.W. Schilling zwanzig Millionen) für die Errichtung eines Wohnhauses über Ihre Aufforderung wie folgt zu bezahlen:

...

S 3,600.000,-- bei Innenputz, Fenster und Estrich fertig gegen Vorlage einer Bestätigung des Auftraggebers und Arch DI

E\*\*\*\*. Im Falle der nachweislichen Unmöglichkeit dieser Bestätigung zB Verhinderung oder Ortsabwesenheit genügt die Bestätigung durch einen gerichtlich beeideten Sachverständigen, dass diese ohne wesentliche Mängel erbracht wurden.

S 3,530.000,-- bei Übergabe/Übernahme oder Feststellung der Fertigstellung gegen Vorlage einer Bestätigung des Auftraggebers und Arch DI E\*\*\*\*. Im Falle der nachweislichen Unmöglichkeit dieser Bestätigung zB Verhinderung oder Ortsabwesenheit genügt die Bestätigung durch einen gerichtlich beeideten Sachverständigen, dass diese ohne wesentliche Mängel erfolgt ist.

Wir haben diese Anweisung angenommen und verpflichten uns, aus dieser Zahlungsanweisung an Sie über Ihre erste schriftliche Aufforderung, innerhalb von vierzehn Tagen, gegen Vorlage der vorhin angeführten Bestätigung auf Ihr, von Ihnen noch bekanntzugebendes Konto, zur Überweisung zu bringen."

Nachdem weder die Erstnebeninterventientin als Auftraggeberin noch der genannte Architekt eine Bestätigung über die Beendigung der beiden letzten Fertigstellungsphasen erteilte, zog die klagende Partei einen gerichtlich beeideten Sachverständigen heran, der in einer mit 16. 12. 1996 datierten „Zustands-Feststellung“ unter anderem Folgendes anführte: „Die im Befund ausführlich dargelegten Mängel sind in jener Art und Häufigkeit gegeben, wie sie bei gleichartigen Bauvorhaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung nicht unüblich sind. Es handelt sich dabei um behebbare Mängel, welche den widmungsgemäßen Gebrauch des Gesamtgebäudes und der Wohnungen und Büros nicht verhindern.“ Diese Urkunde wurde der beklagten Partei am 12. 12. 2000 übermittelt. Die Übernahme des Werks war bereits am 28. 1. 1997 erfolgt.

Die klagende Partei begehrte nun unter Berufung auf das Zahlungsversprechen der beklagten Partei EUR 410.498,09 samt Zinsen und brachte dazu im Wesentlichen vor, die primär vorgesehene Bestätigung durch die Auftraggeberin und den Architekten sei durch die Bestätigung des gerichtlich beeideten Sachverständigen ersetzt worden. Ein gegenteiliges Verständnis der Zahlungsanweisung führte dazu, dass es ausschließlich der Willkür der Auftraggeberin überlassen bliebe, ob die Bank aus der unwiderruflichen Zahlungsanweisung zahlen dürfe. Die - einer Auslegung zugängliche - Effektivklausel in der Zahlungsanweisung könne daher nur so verstanden werden, dass man bei grundloser Weigerung der Auftraggeberin sowie des Architekten, die vorgesehene Bestätigung auszustellen, die Auszahlung durch Vorlage eines entsprechenden Sachverständigengutachtens erreichen könne. Darüber hinaus habe die klagende Partei zur Hereinbringung ihrer offenen Werklohnansprüche zwei Prozesse gegen ihre Auftraggeberin betreffend die sechste Teilrechnung und die Schlussrechnung angestrengt. In beiden Verfahren sei urteilmäßig festgestellt worden, dass Mängel nicht vorlägen.

Die beklagte Partei wandte im Wesentlichen ein, sie habe Zahlungen von mehr als S 14,500.000,-- aufgrund der Zahlungsanweisung geleistet, wobei jeweils die vorgesehenen Bestätigungen der Auftraggeberin und des Architekten vorhanden gewesen seien; teilweise seien Zahlungen auch auf Grundlage eines von der klagenden Partei gegen die Erstnebeninterventientin erwirkten Urteils über die 6. Teilrechnung erfolgt. In Anbetracht der zugesicherten Zahlung von insgesamt S 20,000.000,-- könne höchstens ein Restbetrag von S 5,437.078,-- (= EUR 395.127,87) offen sein. Für die letzten beiden Bauphasen liege eine Bestätigung des Architekten nicht vor, der erklärt habe, eine solche mangels Vorliegens der Voraussetzungen nicht ausstellen zu können. Die Auftraggeberin habe der beklagten Partei unter Hinweis auf bestehende Mängel eine Auszahlung ausdrücklich untersagt. Eine „Unmöglichkeit“ der vorgesehenen Bestätigung sei somit nicht gegeben, sodass deren Ersatz durch die Bestätigung eines Sachverständigen nicht in Betracht komme. Allfällige Ansprüche der klagenden Partei seien verjährt, weil die nach Ansicht der klagenden Partei offenen Werklohnforderungen spätestens 1997 gegenüber der Auftraggeberin fällig gestellt worden seien.

Die Erst- und Zweitnebeninterventientinnen wandten darüber hinaus ein, die Zahlungsanweisung sei verfristet, weil sich die Auftragnehmerin gegenüber der klagenden Partei verpflichtet habe, eine derartige Zahlungsanweisung mit „Gültigkeit von zwei Monaten nach Übernahme/Übergabe zu übergeben“. Die Ansprüche seien darüber hinaus verjährt, weil die dreijährige Verjährungsfrist jeweils mit der Übermittlung der Rechnungen an die beklagte Partei, spätestens 1997, zu laufen begonnen habe. Der Drittnebenintervent berief sich auf die Ungültigkeit der Zahlungsanweisung, da diese unbefristet erklärt worden sei.

Das Erstgericht erkannte die beklagte Partei mit Teilurteil schuldig, der klagenden Partei EUR 395.127,87 samt Zinsen zu zahlen. Es stellte - über den eingangs dargelegten Sachverhalt hinaus - fest, der Rechtsvertreter der beklagten Partei habe dem Rechtsvertreter der klagenden Partei mit Schreiben vom 18. 2. 2002 mitgeteilt, dass die Auftraggeberin

weitere Zahlungen unter Androhung von zivil- und strafrechtlichen Folgen ausdrücklich untersagt habe und auch der Architekt jegliche weitere Bestätigung verweigere. Aus dem Grundgeschäft führe die klagende Partei gegen die Erstnebeninterventientin zwei Verfahren, wobei dort gegen die Werklohnforderung kein Verjährungsseinwand erhoben worden sei. In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Auffassung, eine Garantie könne auch an eine besondere Auszahlungsvoraussetzung (Effektivklausel) geknüpft werden, wobei bei deren Auslegung auf die konkreten Umstände und die Interessenlage Bedacht zu nehmen sei. Der Begünstigte könne den Nachweis grundsätzlich auch auf andere, vom Beweiswert her gleichwertige Weise erbringen, wobei die Gleichwertigkeit objektiv aus Sicht der Garantin zu beurteilen sei. Die Gleichwertigkeit des vorliegenden Privatgutachtens des Sachverständigen sei zu bejahen. Verjährung sei nicht eingetreten. Da die Garantie nicht akzessorisch sei, käme es auf eine Verjährung von Forderungen aus dem Grundgeschäft nicht an. Dem Sicherungszweck der Garantie entsprechend sei auf die Verjährungsfrist des Bürgschaftsrechts zurückzugreifen; Verpflichtungen aus Bürgschaften verjährten grundsätzlich in 30 Jahren. Darüber hinaus sei auch nicht behauptet worden, dass die besicherte Werklohnforderung verjährt wäre.

Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung im klageabweisenden Sinn ab und erklärte die ordentliche Revision für nicht zulässig. Beinhaltet eine Garantieerklärung eine Effektivklausel, die einen bestimmten Nachweis durch den Begünstigten fordert, so müsse dieser die Garantie genau dem Wortlaut der Klausel entsprechend abrufen. Die genaue Einhaltung der Vorgaben des Garantietextes, insbesondere die Erfüllung der Nachweispflichten, diene dem Schutz der Bank vor Regressansprüchen des Garantieauftraggebers sowie der Vermeidung überflüssiger Rechtsunsicherheit. Werde in der Effektivklausel ein Nachweis der tatsächlichen Leistungserbringung (in Urkundenform) verlangt, so könne der Begünstigte diesen Nachweis grundsätzlich auch auf andere, vom Beweiswert her gleichwertige Weise erbringen. Die Gleichwertigkeit sei objektiv aus Sicht des Garanten zu beurteilen. Dieser müsse aufgrund einfacher Überprüfungen in der Lage sein, den Eintritt der Zahlungspflicht ohne zusätzliche Erhebungen rasch zu beurteilen. Die vorliegende Garantie verlange eine Bestätigung des Auftraggebers sowie eines bestimmten Architekten, die nur im Fall der nachweislichen Unmöglichkeit durch die Bestätigung eines gerichtlich beeideten Sachverständigen ersetzt werden könne. Die Weigerung des Sachverständigen (= Architekten), die geforderte Bestätigung auszustellen, weil die Voraussetzungen seiner Einschätzung nach nicht gegeben seien, stelle keinen beachtlichen Hinderungsgrund im Sinne einer Unmöglichkeit dar, sodass der klagenden Partei kein Wahlrecht dahin zukomme, statt dessen die Bestätigung eines Sachverständigen vorzulegen. Im Übrigen sei die vorgelegte „Zustands-Feststellung“ auch inhaltlich nicht als ausreichender Nachweis des Fehlens wesentlicher Mängel anzusehen. Die geltend gemachten Ansprüche aus der Garantieerklärung der beklagten Partei unterliegen der dreijährigen Verjährungsfrist. Diese beginne im Sinne des § 1478 Satz 2 ABGB mit der nach den Bestimmungen des Garantievertrags erstmals ohne Rechtsmissbrauch möglichen Geltendmachung der Garantierechte, wobei die Forderung aus dem Grundverhältnis außer Betracht zu bleiben habe. Da die klagende Partei die Ansicht vertrete, die „Zustands-Feststellung“ des Sachverständigen stelle eine taugliche Ersatzbestätigung dar, wäre der Abruf des Garantiebetrags jedenfalls im Jahr 1997 möglich gewesen, womit Verjährung im Jahr 2000 eingetreten sei. Für den Beginn der Verjährungsfrist sei nicht entscheidend, wann die genannte Urkunde der beklagten Partei tatsächlich übermittelt wurde, da es für den Beginn der Verjährungsfrist auf die Möglichkeit zur Geltendmachung des Anspruchs ankomme. Insgesamt ergebe sich, dass die in der Garantiekunde genannten Voraussetzungen für den Abruf der Garantiebeträge nicht gegeben und die Garantieansprüche zudem verjährt seien.

Die dagegen erhobene Revision der klagenden Partei ist zulässig und mit ihrem Aufhebungsantrag berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Vorauszuschicken ist, dass der erkennende Senat den Ausführungen des Berufungsgerichts zur Auslegung der „unwiderruflichen Zahlungsanweisung“ sowie zur fehlenden Gleichwertigkeit der von der klagenden Partei eingeholten „Zustands-Feststellung“ grundsätzlich beitritt. Die Weigerung des Auftraggebers sowie des Architekten, die für den Abruf geforderte Bestätigung über einen bestimmten Baufortschritt auszustellen, kann nach dem Wortlaut der Verpflichtungserklärung als Sicherheit der beklagten Partei und dem erkennbar damit angestrebten Zweck nicht durch eine - nur für den Unmöglichkeitsfall vorgesehene - Bestätigung eines Sachverständigen „korrigiert“ werden. Die beklagte Partei hat sich deutlich nur für den Fall zur Zahlung verpflichten wollen, in dem die Auftraggeberin den jeweils angesprochenen Baufortschritt als erreicht und die damit verbundenen Leistungen der klagenden Partei als frei von wesentlichen Mängeln erachtet. Hat sich die klagende Partei mit einer solchen Formulierung der Verpflichtungserklärung als Sicherheit zufrieden gegeben, ging sie von vornherein das Risiko ein, Zahlung aus der

„Zahlungsanweisung“ allein wegen eines - auch unberechtigten - Widerstands der Auftraggeberin (vorerst) nicht erlangen zu können. Die beklagte Partei wollte sich ersichtlich nicht zu Leistungen verpflichten, solange wegen des Fehlens der vorgesehenen Bestätigungen die maßgeblichen Tatsachen nicht eindeutig waren. Diese unklare Situation wurde auch durch die vorgelegte „Zustands-Feststellung“ keineswegs restlos beseitigt, weil sich die beklagte Partei nun in der Situation befand, dass der Auffassung des Sachverständigen (weiterhin) gegenteilige Auffassungen jener Personen gegenüberstanden, die primär das Erreichen eines bestimmten Fertigstellungsgrads bzw. das Fehlen wesentlicher Mängel bestätigten sollten.

Zutreffend verweist die Revisionswerberin jedoch darauf, dass sich das Berufungsgericht mit ihrem weiteren Vorbringen, die im Verfahren zwischen ihr und der Erstnebeninterventin ergangenen Urteile könnten die fehlenden Bestätigungen ersetzen, nicht auseinandergesetzt hat. Auch das Erstgericht hat - ausgehend von seiner Rechtsansicht, die „Zustands-Feststellung“ sei ausreichend - weder ausreichende Feststellungen getroffen, noch die maßgeblichen Aspekte mit den Streitteilen erörtert.

Erst jüngst hat sich der Oberste Gerichtshof zu 10 Ob 51/03b (teilweise veröffentlicht in ecolex 2004, 361) mit einem vergleichbaren Fall befasst, in dem eine Effektivklausel in einer Bankgarantie als zusätzliche Auszahlungsvoraussetzung festgelegt hatte, dass der Zahlungsaufforderung zum Nachweis der tatsächlichen Lieferung der von der Garantieauftraggeberin unterfertigte Lieferschein beizulegen sei. Unter Bezugnahme auf Literatur und herrschende Rechtsprechung wurde ausgeführt, der Begünstigte müsse in einem solchen Fall die Garantie regelmäßig genau dem Wortlaut der Klausel gemäß abrufen, damit die garantierende Bank nicht durch die Befolgung eines zweifelhaften Abrufs „zwischen die Stühle“ gerate, was insbesondere angesichts des Umstands zu rechtfertigen sei, dass die genaue Umschreibung von Nachweispflichten dem Schutz der Bank vor Regressansprüchen des Garantieauftraggebers - wohl auch vor dem Verlust von Aufwandsatz- bzw. Regressansprüchen gegen diesen - diene. Es sei aber nicht stets am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, zumal der Grundsatz der formellen Garantiestrenge nicht Selbstzweck sei, sondern vom Willen der Vertragsparteien getragen sein müsse. Bei der Auslegung der Effektivklausel sei daher auf die konkreten Umstände, namentlich auf den Geschäftszweck und die Interessenlage Bedacht zu nehmen. Sei etwa aus der Textierung eindeutig zu ersehen, dass der unterfertigte Lieferschein zum Nachweis der tatsächlich erfolgten Lieferung vorzulegen sei, sei daraus abzuleiten, dass der Begünstigte den Nachweis grundsätzlich auch auf andere, aber vom Beweiswert gleichwertige Weise erbringen könne. Die Gleichwertigkeit sei objektiv aus Sicht der Garantin zu beurteilen, zu deren Gunsten das Erfordernis des Nachweises der tatsächlich erfolgten Lieferung bedungen ist, sodass sie nicht gezwungen sei, innerhalb der Zahlungsfrist erst Erhebungen durchzuführen, ob die Lieferung erfolgt ist oder nicht.

Nach Ansicht des erkennenden Senats kann ein solcher gleichwertiger Nachweis etwa darin liegen, dass in einem zwischen den Parteien des - durch die Garantie besicherten - Grundgeschäfts geführten Prozess eindeutig und rechtskräftig festgestellt wird, dass die geforderte Voraussetzung, also etwa die Lieferung der Ware oder die (mängelfreie) Errichtung eines Bauwerks, erfolgt ist. Dann muss die garantierende Bank insbesondere auch Nachteile im Verhältnis zu ihrem Auftraggeber nicht befürchten, da ihr dieser nicht entgegen halten kann, die als maßgeblich erklärte Tatsache sei nicht eingetreten.

Wie bereits dargelegt wurde, gab die beklagte Partei durch die Formulierung der Zahlungsanweisung deutlich zu erkennen, sie wolle Zahlung nur dann leisten, wenn am Erreichen des jeweils vorgesehenen Baufortschritts nicht zu zweifeln ist, weil ihr Auftraggeber selbst diese Tatsache bestätigt. Nichts anderes kann aber für jene Fälle gelten, in denen die entsprechende Feststellung für den Auftraggeber bindend durch eine in einem Verfahren zwischen diesem und dem Begünstigten ergangene Entscheidung erfolgt ist. Dann liegt auch für den Garanten keine unklare Situation im Hinblick auf die maßgebliche Tatsache, nämlich das Erreichen eines bestimmten Baufortschritts und das Fehlen wesentlicher Mängel, mehr vor. Er muss auch nicht befürchten, „zwischen die Stühle“ zu geraten.

Ausreichende Klarheit im dargelegten Sinn schafft allerdings nur ein rechtskräftiges Urteil, in dem das Erreichen des entsprechenden Fertigstellungsgrads sowie das Fehlen wesentlicher Mängel notwendige Voraussetzung für die Entscheidung über das Klagebegehren war. Die Übermittlung einer derartigen Urteilsausfertigung an die beklagte Partei würde die in der „unwiderruflichen Zahlungsanweisung“ geforderte Bestätigung des Auftraggebers und des Architekten ersetzen und Fälligkeit des Zahlungsanspruchs aus der Garantie herbei führen.

Die klagende Partei hat sich bereits in der Klage auch auf zwei Urteile des Handelsgerichts Wien berufen, aus denen

sich die Freiheit ihrer Leistungen von wesentlichen Mängeln ergäbe. Eine ausdrückliche Behauptung, der beklagten Partei Urteilsausfertigungen übermittelt zu haben, stellte sie jedoch nicht auf (vgl aber Beilage ./19). Das Vorbringen der beklagten Partei, bestimmte Zahlungen auf der Grundlage eines dieser Urteile geleistet zu haben, legt aber den Schluss nahe, dass ihr zumindest eine Ausfertigung zugekommen sein muss (vgl auch Beilage ./BB). Die klagende Partei hat sich bereits in der Klage auch auf zwei Urteile des Handelsgerichts Wien berufen, aus denen sich die Freiheit ihrer Leistungen von wesentlichen Mängeln ergäbe. Eine ausdrückliche Behauptung, der beklagten Partei Urteilsausfertigungen übermittelt zu haben, stellte sie jedoch nicht auf vergleiche aber Beilage ./19). Das Vorbringen der beklagten Partei, bestimmte Zahlungen auf der Grundlage eines dieser Urteile geleistet zu haben, legt aber den Schluss nahe, dass ihr zumindest eine Ausfertigung zugekommen sein muss vergleiche auch Beilage ./BB).

Das Erstgericht wird daher im fortzusetzenden Verfahren mit den Parteien zu erörtern haben, ob die Entscheidungen, auf die sich die klagende Partei beruft, in Rechtskraft erwachsen sind, welchen Inhalt diese haben und ob der beklagten Partei Ausfertigungen zum Nachweis der mängelfreien Fertigstellung übermittelt worden sind.

Wie schon das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, beginnt die Verjährungsfrist gemäß § 1478 Satz 2 ABGB in jenem Zeitpunkt, in dem das Recht erstmals geltend gemacht hätte werden können, keinesfalls daher vor Rechtskraft der jeweiligen Gerichtsentscheidung. Da die von der klagenden Partei eingeholte „Zustands-Feststellung“ nicht geeignet war, einen Zahlungsanspruch auszulösen, kann sie - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - für den Beginn der Verjährungsfrist nicht relevant sein. Da sich das Rechtsverhältnis zwischen den Streitteilen ausschließlich nach dem Inhalt der Verpflichtungserklärung der beklagten Partei bestimmt, kommt auch dem Umstand, dass sich die Erstnebenintervenientin gegenüber der klagenden Partei allenfalls zu einer (zeitlich) weniger weit reichenden Sicherstellung verpflichtet hat, keine Bedeutung zu.

Die von der Zweitnebenintervenientin in ihrer Revisionsbeantwortung vertretene Auffassung, das Zahlungsversprechen der beklagten Partei sei wegen Fehlens einer Befristung ungültig, ist nicht nachvollziehbar. Soweit sie sich dabei auf eine (überholte) Bestimmung (Art 46a) der Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ERA) stützt, entgeht ihr offenbar, dass die ERA gemäß deren Art 1 nur gelten, wenn sie in den Akkreditivtext einbezogen sind. Im Übrigen weist die Zweitnebenintervenientin selbst darauf hin, dass die vorliegende „Zahlungsanweisung“ einer Garantie wesentlich näher steht als einem Dokumentenakkreditiv.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

**Textnummer**

E77432

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:0010OB00044.05K.0510.000

**Im RIS seit**

09.06.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

24.11.2010

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>