

# TE OGH 2004/2/25 3Ob158/03m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.02.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer, Dr. Zechner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Adelheid S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Lachmann, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei B\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\* vertreten durch Prettenhofer & Jandl, Rechtsanwälte in Wien, sowie der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei T\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Wolf Theiss & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen 101.814,64 EUR sA, infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 10. April 2003, GZ 3 R 39/01d-25, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 23. Oktober 2000, GZ 12 Cg 18/00t-11, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen. Die außerordentliche Revision wird gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

Verwiesen wird vorerst auf den Aufhebungsbeschluss des erkennenden Senats im 1. Rechtsgang 3 Ob 235/01g = ÖBA 2003, 951.

a) Die nach § 488 Abs 4 ZPO dem Berufungsgericht aufgetragene vorherige Bekanntgabe, dass es gegen die erstinstanzliche Würdigung eines Beweises Bedenken habe, um den Parteien Gelegenheit zu geben, eine neuerliche Aufnahme dieses Beweises durch das Berufungsgericht zu beantragen, kommt nach dem klaren Gesetzeswortlaut nur im Falle einer Beweiswiederholung durch das Berufungsgericht in Betracht, nicht aber bei einer Beweisergänzung (3 Ob 235/01g; Kodek in Rechberger2, § 488 ZPO Rz 4 mwN). a) Die nach Paragraph 488, Absatz 4, ZPO dem Berufungsgericht aufgetragene vorherige Bekanntgabe, dass es gegen die erstinstanzliche Würdigung eines Beweises Bedenken habe, um den Parteien Gelegenheit zu geben, eine neuerliche Aufnahme dieses Beweises durch das Berufungsgericht zu beantragen, kommt nach dem klaren Gesetzeswortlaut nur im Falle einer Beweiswiederholung durch das Berufungsgericht in Betracht, nicht aber bei einer Beweisergänzung (3 Ob 235/01g; Kodek in Rechberger2, Paragraph 488, ZPO Rz 4 mwN).

Die Klägerin hat im Berufungsverfahren weitere Beweisanträge gestellt; es ist also nicht zu erkennen, inwieweit sie

durch eine unterbliebene Bekanntgabe des Berufungsgerichts, gegen bestimmte erstgerichtliche Feststellungen Bedenken zu haben, daran gehindert gewesen sein soll, Beweisanträge zu stellen. Darüber hinaus unterlässt es die Klägerin, konkret anzugeben, welche Beweisanträge sie nach der vermissten Bekanntgabe konkret hätte stellen wollen und was sie hiedurch hätte beweisen können (fehlende Relevanz). Zu einem Vorgehen nach § 473a ZPO durch Freistellung eines (weiteren) Schriftsatzes des Berufungsgegners ist das Berufungsgericht nur verpflichtet, wenn es seine Entscheidung auf in der Beweiswürdigung oder in der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts "verborgene" Feststellungen gründet; es liegt also keine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens wegen Verletzung des § 473a ZPO vor, wenn sich die Rechtsrüge des Berufungswerbers ausschließlich auf die Feststellungen des Erstgerichts stützt (stRsp; 6 Ob 59/00w = SZ 73/180; 6 Ob 94/01v ua; RIS-Justiz RS0112020). Die Klägerin hat im Berufungsverfahren weitere Beweisanträge gestellt; es ist also nicht zu erkennen, inwieweit sie durch eine unterbliebene Bekanntgabe des Berufungsgerichts, gegen bestimmte erstgerichtliche Feststellungen Bedenken zu haben, daran gehindert gewesen sein soll, Beweisanträge zu stellen. Darüber hinaus unterlässt es die Klägerin, konkret anzugeben, welche Beweisanträge sie nach der vermissten Bekanntgabe konkret hätte stellen wollen und was sie hiedurch hätte beweisen können (fehlende Relevanz). Zu einem Vorgehen nach Paragraph 473 a, ZPO durch Freistellung eines (weiteren) Schriftsatzes des Berufungsgegners ist das Berufungsgericht nur verpflichtet, wenn es seine Entscheidung auf in der Beweiswürdigung oder in der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts "verborgene" Feststellungen gründet; es liegt also keine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens wegen Verletzung des Paragraph 473 a, ZPO vor, wenn sich die Rechtsrüge des Berufungswerbers ausschließlich auf die Feststellungen des Erstgerichts stützt (stRsp; 6 Ob 59/00w = SZ 73/180; 6 Ob 94/01v ua; RIS-Justiz RS0112020).

Eine allfällige Verletzung des Neuerungsverbots durch das Berufungsgericht kann durch Revision nach § 503 Z 2, 3 und 4 ZPO nicht angefochten werden (stRsp; RIS-Justiz RS0042071); neue Ansprüche oder Einreden wurden jedenfalls nicht berücksichtigt (vgl 8 Ob 26/03m). Eine allfällige Verletzung des Neuerungsverbots durch das Berufungsgericht kann durch Revision nach Paragraph 503, Ziffer 2., 3 und 4 ZPO nicht angefochten werden (stRsp; RIS-Justiz RS0042071); neue Ansprüche oder Einreden wurden jedenfalls nicht berücksichtigt vergleiche 8 Ob 26/03m).

Die weiters geltend gemachten Mängel des Berufungsverfahrens (Unterbleiben der von der Klägerin beantragten Zeugenvernehmungen) liegen nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Die weiters geltend gemachten Mängel des Berufungsverfahrens (Unterbleiben der von der Klägerin beantragten Zeugenvernehmungen) liegen nicht vor (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

b) Es liegt im Wesen der Bankgarantie, auf die bloße Behauptung hin, der Garantiefall sei eingetreten, dem Begünstigten zunächst einmal Zahlung zu verschaffen und seinen Vertragspartner auf den Weg einer Rückforderungsklage zu verweisen. Der für die Bankgarantie typische Ausschluss von Einwendungen aus dem Valuta- und Deckungsverhältnis darf auch nicht auf Umwegen umgangen werden. Deshalb dürfen Ansprüche des Vertragspartners gegen den Begünstigten aus dem Valutaverhältnis grundsätzlich nicht dazu führen, dass die Leistung aus der Garantie doch wieder vom Grundverhältnis abhängig gemacht wird (stRsp; RIS-Justiz RS0005081). Die Tatsache allein, dass der Auftraggeber der Auszahlung der Garantiesumme widerspricht, berechtigt die Bank nicht, dem Begünstigten die Leistung zu verweigern. Wenn das Anfordern der garantierten Leistung einen Rechtsmissbrauch darstellt, dann, aber auch nur dann, wird der Bank das Recht zur Leistungsverweigerung einzuräumen sein. Die missbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie muss geradezu evident sein (stRsp; RIS-Justiz RS0018027); für den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs bei der Inanspruchnahme einer Bankgarantie wird in stRsp gefordert, dass das Nichtbestehen eines Anspruchs des Begünstigten im Valutaverhältnis zur Zeit der Inanspruchnahme der Garantie als evident erwiesen wird oder der Begünstigte in Schädigungsabsicht, also betrügerisch, handelt. Dem Begünstigten, der sich aus vertretbaren Gründen für berechtigt hält, kann kein arglistiges oder rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn ihm nicht eindeutig nachgewiesen wird, dass er keinen Anspruch hat (RIS-Justiz RS0017997, zuletzt 7 Ob 109/01g = ÖBA 2002, 58). Die Schutzwürdigkeit des Begünstigten aus einer Bankgarantie ist also dann nicht mehr gegeben, wenn er eine Leistung in Anspruch nimmt, obwohl schon eindeutig feststeht, dass er keinen derartigen Anspruch gegen den Dritten hat und daher das Erhaltene jedenfalls sofort wieder herauszugeben hätte. Die Inanspruchnahme der Garantie durch den Begünstigten wäre hier eine missbräuchliche Rechtsausübung, deren Voraussetzung - dabei muss an § 1295 Abs 2 ABGB iSd neueren Rsp und der Lehre angeknüpft werden - ist, dass zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein krasses Missverhältnis besteht; der Schädigungszweck muss augenscheinlich so sehr im Vordergrund stehen, dass

allfällige andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten (RIS-Justiz RS0018006).b) Es liegt im Wesen der Bankgarantie, auf die bloße Behauptung hin, der Garantiefall sei eingetreten, dem Begünstigten zunächst einmal Zahlung zu verschaffen und seinen Vertragspartner auf den Weg einer Rückforderungsklage zu verweisen. Der für die Bankgarantie typische Ausschluss von Einwendungen aus dem Valuta- und Deckungsverhältnis darf auch nicht auf Umwegen umgangen werden. Deshalb dürfen Ansprüche des Vertragspartners gegen den Begünstigten aus dem Valutaverhältnis grundsätzlich nicht dazu führen, dass die Leistung aus der Garantie doch wieder vom Grundverhältnis abhängig gemacht wird (stRsp; RIS-Justiz RS0005081). Die Tatsache allein, dass der Auftraggeber der Auszahlung der Garantiesumme widerspricht, berechtigt die Bank nicht, dem Begünstigten die Leistung zu verweigern. Wenn das Anfordern der garantierten Leistung einen Rechtsmissbrauch darstellt, dann, aber auch nur dann, wird der Bank das Recht zur Leistungsverweigerung einzuräumen sein. Die missbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie muss geradezu evident sein (stRsp; RIS-Justiz RS0018027); für den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs bei der Inanspruchnahme einer Bankgarantie wird in stRsp gefordert, dass das Nichtbestehen eines Anspruchs des Begünstigten im Valutaverhältnis zur Zeit der Inanspruchnahme der Garantie als evident erwiesen wird oder der Begünstigte in Schädigungsabsicht, also betrügerisch, handelt. Dem Begünstigten, der sich aus vertretbaren Gründen für berechtigt hält, kann kein arglistiges oder rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn ihm nicht eindeutig nachgewiesen wird, dass er keinen Anspruch hat (RIS-Justiz RS0017997, zuletzt 7 Ob 109/01g = ÖBA 2002, 58). Die Schutzwürdigkeit des Begünstigten aus einer Bankgarantie ist also dann nicht mehr gegeben, wenn er eine Leistung in Anspruch nimmt, obwohl schon eindeutig feststeht, dass er keinen derartigen Anspruch gegen den Dritten hat und daher das Erhaltene jedenfalls sofort wieder herauszugeben hätte. Die Inanspruchnahme der Garantie durch den Begünstigten wäre hier eine missbräuchliche Rechtsausübung, deren Voraussetzung - dabei muss an Paragraph 1295, Absatz 2, ABGB iSd neueren Rsp und der Lehre angeknüpft werden - ist, dass zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein krasses Missverhältnis besteht; der Schädigungszweck muss augenscheinlich so sehr im Vordergrund stehen, dass allfällige andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten (RIS-Justiz RS0018006).

Die aus der Bankgarantie, die den im Werkvertrag vereinbarten Haftrücklass ersetzen sollte, begünstigte Werkbestellerin hat im vorliegenden Fall den Haftrücklass bereits von dem ihr in Rechnung gestellten Werklohn abgezogen/einbehalten, sodass sie evidentermaßen keinen Anspruch aus der hier zu beurteilenden Haftrücklass-Garantie hat. Die von der Klägerin aufgeworfenen Fragen der Beschränkung von Einwendungen auf das Valutaverhältnis bzw des Verbots der Kompensation mit gegenüber Dritten zustehenden Forderungen stellen sich daher nicht.

Im Hinblick auf die - wenn auch nach Wirksamwerden der Bankgarantie durch Einzahlung des in dieser genannten Betrags auf das vorherbestimmte Konto - aufgrund vorheriger Ankündigung und unter Berücksichtigung der unmittelbar nachfolgenden Restzahlung gegebenen betragsmäßigen Übereinstimmung eindeutigen Begleichung der Judikatschuld durch die Begünstigte erweist sich der von der Klägerin vertretene Standpunkt, die Garantie-Begünstigte habe in Wahrheit den dem Haftrücklass entsprechenden Werklohnrest bezahlt und sich daher insoweit der vereinbarten Sicherheit begeben, angesichts der getroffenen Feststellungen und dem Wissensstand der Garantiebegünstigten wohl als geradezu unvertretbar iSd stRsp (vgl dazu 7 Ob 109/01g u.a.). Die vom Berufungsgericht vorgenommene Qualifikation der der Beklagten von der Nebenintervenientin zur Verfügung gestellten Unterlagen als liquide Beweismittel und daraus folgend die Abrufung der Bankgarantie durch die Begünstigte als rechtsmissbräuchlich - was eine nach den Umständen des Einzelfalls zu klärende Rechtsfrage darstellt (stRsp; RIS-Justiz RS0110900) - stellt keine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung dar. Im Hinblick auf die - wenn auch nach Wirksamwerden der Bankgarantie durch Einzahlung des in dieser genannten Betrags auf das vorherbestimmte Konto - aufgrund vorheriger Ankündigung und unter Berücksichtigung der unmittelbar nachfolgenden Restzahlung gegebenen betragsmäßigen Übereinstimmung eindeutigen Begleichung der Judikatschuld durch die Begünstigte erweist sich der von der Klägerin vertretene Standpunkt, die Garantie-Begünstigte habe in Wahrheit den dem Haftrücklass entsprechenden Werklohnrest bezahlt und sich daher insoweit der vereinbarten Sicherheit begeben, angesichts der getroffenen Feststellungen und dem Wissensstand der Garantiebegünstigten wohl als geradezu unvertretbar iSd stRsp (vergleiche dazu 7 Ob 109/01g u.a.). Die vom Berufungsgericht vorgenommene Qualifikation der der Beklagten von der Nebenintervenientin zur Verfügung gestellten Unterlagen als liquide Beweismittel und daraus folgend die Abrufung der Bankgarantie durch die Begünstigte als rechtsmissbräuchlich - was eine nach den Umständen des Einzelfalls zu klärende Rechtsfrage darstellt (stRsp; RIS-Justiz RS0110900) - stellt keine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung dar.

c) Die weiteren von der Klägerin aufgeworfenen und als erheblich bezeichneten Rechtsfragen zur Berücksichtigung ungeklärter Gewährleistungsansprüche und offener Forderungen aus Teil- und/oder Schlussrechnungen stellen sich hier nicht, weil die Garantie den vereinbarten Haftrücklass ersetzen sollte, dieser aber von der Werkbestellerin ohnehin bereits einbehalten worden war. Der Argumentation der Klägerin, durch die Verurteilung der Werkbestellerin zur Zahlung eines Teils des offenen Werklohns (nicht etwa durch die Zahlung selbst!) sei der dem Haftrücklass entsprechende restliche Werklohn der Werkunternehmerin bereits "wirtschaftlich zugekommen", kann nicht gefolgt werden. Die aus der Garantie begünstigte Werkbestellerin strebt offenbar an, einerseits den Werklohn ungeachtet urteilsmäßiger Verpflichtung nicht zu leisten und andererseits den Haftrücklass auf Dauer einzubehalten. Einer weiteren Begründung bedarf dieser Beschluss nicht (§ 510 Abs 3 ZPO).

c) Die weiteren von der Klägerin aufgeworfenen und als erheblich bezeichneten Rechtsfragen zur Berücksichtigung ungeklärter Gewährleistungsansprüche und offener Forderungen aus Teil- und/oder Schlussrechnungen stellen sich hier nicht, weil die Garantie den vereinbarten Haftrücklass ersetzen sollte, dieser aber von der Werkbestellerin ohnehin bereits einbehalten worden war. Der Argumentation der Klägerin, durch die Verurteilung der Werkbestellerin zur Zahlung eines Teils des offenen Werklohns (nicht etwa durch die Zahlung selbst!) sei der dem Haftrücklass entsprechende restliche Werklohn der Werkunternehmerin bereits "wirtschaftlich zugekommen", kann nicht gefolgt werden. Die aus der Garantie begünstigte Werkbestellerin strebt offenbar an, einerseits den Werklohn ungeachtet urteilsmäßiger Verpflichtung nicht zu leisten und andererseits den Haftrücklass auf Dauer einzubehalten. Einer weiteren Begründung bedarf dieser Beschluss nicht (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

**Anmerkung**

E72672 3Ob158.03m

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2004:0030OB00158.03M.0225.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20040225\_OGH0002\_0030OB00158\_03M0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)