

TE OGH 1999/8/27 1Ob208/99s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.08.1999

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Florian G*****, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der H*****aktiengesellschaft, *****, vertreten durch Preslmayr & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Ö*****-Aktiengesellschaft, *****, vertreten durch Dr. Ferdinand R. Graf, Rechtsanwalt in Wien, wegen Einwilligung in die Ausfolgung eines Gerichtserlags von 970.541,50 S sA infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 22. April 1999, GZ 1 R 58/99b-16, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 4. Dezember 1998, GZ 12 Cg 26/98p-11, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, daß es insgesamt zu lauten hat:

"Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, binnen 14 Tagen in die Ausfolgung des zur AZ 2 Nc ***** des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien erliegenden Betrags von 970.541,50 samt Zinsen an den Kläger als Masseverwalter der H*****aktiengesellschaft einzuwilligen und die Prozeßkosten zu bezahlen, wird abgewiesen.

Dagegen ist die klagende Partei schuldig, der beklagten Partei die mit 131.966,72 S (darin 18.667,78 S Umsatzsteuer und 19.960 S Barauslagen) bestimmten Kosten der Verfahren erster und zweiter Instanz binnen 14 Tagen zu bezahlen."

Die klagende Partei ist ferner schuldig, der beklagten Partei die mit 49.155,45 S (darin 3.774,24 S Umsatzsteuer und 26.510 S Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Text

Entscheidungsgründe:

Am 5. August 1996 wurde der Konkurs über das Vermögen einer Baugesellschaft eröffnet und der Kläger zum Masseverwalter bestellt. Diese Baugesellschaft hatte als Werkunternehmerin mit einer anderen Gesellschaft als Werkbestellerin den "Generalunternehmerauftrag und Werkvertrag" vom 25. Februar 1992 zur Erbringung bestimmter Bauleistungen um den Preis von 21,3 Mio S geschlossen und darin u. a. vereinbart:

"4.) Zahlungen:

.....

Als Haftrücklaß werden 5 % des Gesamtauftrages (Auftragssumme inkl. MWST.) für drei Jahre ab beiderseitiger Anerkennung der Schlußrechnung einbehalten, wobei in Abänderung der Allgemeinen Vertragsbestimmungen als vereinbart gilt, daß dieser Haftrücklaß zu gegebener Zeit mittels Bankgarantiebrief abgelöst und ausbezahlt wird."

Die beklagte Partei gab am 28. Jänner 1994 aufgrund einer "Garantieversicherung" mit der Baugesellschaft gegenüber deren Vertragspartnerin urkundlich folgende "Garantieerklärung" ab:

"Wir haben davon Kenntnis, daß in dem zwischen Ihnen und der ... (Baugesellschaft) ... abgeschlossenen Vertrag die Zurückbehaltung eines HAFTRÜCKLASSES von der Auftragssumme vereinbart wurde, der erst nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Gewährleistungsfrist frei wird.

Dieser Rücklaß beträgt vom 28. 01. 1994 bis 31. 01. 1997 öS 1,343.686,--. Obige Firma teilt uns mit, daß dieser Haftrücklaß von Ihnen vorzeitig (abzgl. etwaiger Skonti) ausbezahlt wird, wenn sie für ihre allfällige Verpflichtung, diesen zurückzuzahlen, eine Garantie unserer Gesellschaft beibringt. Unter der Bedingung, daß der für genanntes Objekt vereinbarte Rücklaß (abzgl. etwaiger Skonti) nach Erhalt dieses Schreibens zugunsten dieses Geschäftsfalles auf ein Konto ... (der Baugesellschaft) ... zur Auszahlung gelangt, übernehmen wir für die richtige und pünktliche Erfüllung aller Verbindlichkeiten, welche die genannte Firma oder deren Rechtsnachfolger aus der Haftrücklaßverpflichtung übernommen hat, die unwiderrufliche Zahlungsgarantie bis zum Betrag von öS 1,343.686,-- (... in Worten ...).

Wir verpflichten uns, auf Ihre erste Aufforderung und ohne Prüfung des Rechtsgrundes binnen acht Werktagen Zahlungen bis zur Höhe des vorstehenden Betrages 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 (Hervorhebung durch den erkennenden Senat).

Unsere wirksamgewordene Garantie erlischt am 31. Jänner 1997 (... in Worten ...), sofern sie nicht mit eingeschriebenem Brief, Fernschreiben oder Telefax, spätestens an diesem Tag bei uns einlangend, in Anspruch genommen wird."

Der Versicherungsvertrag bezog sich auf eine Rahmengarantieversicherung bis zu einem bestimmten Höchstbetrag als "Garantieversicherungssumme". Danach übernahm die beklagte Partei "Haftungen" - dieser Begriff wurde in der Vertragsurkunde über das vorgedruckte, jedoch durchgestrichene Wort "Garantie" geschrieben - gegenüber Dritten als "Haftungsempfänger ... wegen Freimachung von einbehaltenen Rechnungsbeträgen und vom Versicherungsnehmer empfangener Anzahlungen". Die in das Vertragsverhältnis einbezogenen "Allgemeinen Versicherungsbedingungen" enthielten u. a. folgende Regelungen:

"Art. 2.

(1) Gegenstand der Versicherung bilden Ansprüche des Haftungsempfängers gegen den Versicherungsnehmer, welche in den Erklärungen der ... (beklagten Partei) ... festgesetzt werden.

(2) ...

Art. 4. Artikel 4,

(1) Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, alle jene Vorkehrungen zu treffen, die geeignet sind, eine Inanspruchnahme der ... (beklagten Partei) ... auf Grund der von ihr übernommenen Haftung zu verhindern.

(2) Wird die ... (beklagte Partei) ... vom Haftungsempfänger zur Zahlung aufgefordert, so ist sie zwecks Vermeidung eines Rechtsstreites mit diesem unbedingt zur Zahlung an den Haftungsempfänger berechtigt, ohne prüfen zu müssen, ob der geltend gemachte Anspruch gegen den Versicherungsnehmer besteht oder dem Versicherungsnehmer Einwendungen gegen den Anspruch zustehen; der Versicherungsnehmer verzichtet ausdrücklich der ... (beklagten Partei) ... gegenüber auf Einwendungen gegen Grund, Höhe und Bestand der seitens des Haftungsempfängers etwa geltend gemachten Ansprüche. Der Versicherungsnehmer hat infolgedessen die von der ... (beklagten Partei) ... bezahlten Beträge ohne Rücksicht auf ihm zustehende Einwendungen gegen Grund, Höhe und Bestand des vom Haftungsempfänger geltend gemachten Anspruches an die ... (beklagte Partei) ... unverzüglich nebst Kosten zurückzuerstatten, wobei es ihm vorbehalten bleibt, nach Rückerstattung an die ... (beklagte Partei) ... den an den Haftungsempfänger gezahlten Betrag auf Grund seiner Einwendungen vom Haftungsempfänger zurückzufordern (Hervorhebung durch den erkennenden Senat). Die ... (beklagte Partei) ... ist lediglich verpflichtet, den etwaigen

Vorbehalt des Versicherungsnehmers dem Haftungsempfänger bekanntzugeben. Weitergehende Schadenersatzansprüche der ... (beklagten Partei) ... gegen den Versicherungsnehmer bleiben vorbehalten, ebenso die Geltendmachung der auf die ... (beklagte Partei) ... übergehenden Forderungen des Haftungsempfängers.

(3) ...

Art. 5. Artikel 5,

(1) Der Versicherungsnehmer hat für die vom Versicherer übernommenen Garantien eine Prämie sowie eine Bearbeitungsgebühr zuzüglich Versicherungssteuer ... zu entrichten.

(2) Die ... (beklagte Partei) ... stellt für jede zur Ausstellung kommende Erklärung eine Prämienrechnung über die ganze Dauer der in Frage kommenden Garantiefrist aus. Der Rechnungsbetrag ist bei Aushändigung der Erklärung vom Versicherungsnehmer zu bezahlen.

Art. 10. Artikel 10,

Der Versicherungsnehmer hat für die von der ... (beklagten Partei) ... auf Grund dieser Versicherung bezahlten Beträge bis zum Zeitpunkt der Rückerstattung Zinsen in der Höhe von 2 % über der jeweiligen Bankrate zu entrichten."

Die Vertragspartnerin der Baugesellschaft rief die Garantiesumme ab. Daraufhin leistete die beklagte Partei "Vollzahlung". Später erklärte die Begünstigte, es seien vom Hafrücklaß "aufgrund der Endabwicklung des Bauvorhabens" 970.541,50 S "rückzahlbar". In diesem Zeitpunkt war über das Vermögen der Baugesellschaft bereits der Konkurs eröffnet. Deren Masseverwalter nahm diesen Betrag für die Konkursmasse, die beklagte Partei dagegen für sich in Anspruch, worauf ihn die Begünstigte am 23. Dezember 1997 970.541,50 S unter Bezeichnung der Streitteile als Erlagsgegner gerichtlich erlegte.

Der Kläger begehrte, die beklagte Partei schuldig zu erkennen, in die Ausfolgung des Gerichteserlags von 970.541,50 sA einzuwilligen. Er brachte vor, der Rückforderungsanspruch wegen eines zu Unrecht abgerufenen Garantiebetrags aufgrund einer - im Anlaßfall so gewollten - vollständig abstrakten Garantie stehe dem Garantierauftraggeber und nicht dem Garanten zu. Die Wortfolge in der Garantieerklärung über die Rückzahlung "etwa frei gewordener Beträge" sei nur eine "(allerdings unzutreffende) Vorstellungsmittelung über die Rechtslage", also für die Zuordnung des Rückforderungsanspruchs belanglos. Eine allenfalls "auftragswidrige Vereinbarung" zwischen der beklagten Partei und der Begünstigten über die Rechtszuständigkeit allfälliger Rückforderungsansprüche wäre als Vertrag zu Lasten der Garantierauftraggeberin unwirksam. Soweit im Laufe deren Geschäftsbeziehung mit der beklagten Partei der "Rückzahlungspassus" in verschiedenen Garantieerklärungen geändert worden sei, habe sich das nie auf die Klärung der Aktivlegitimation für Rückforderungsansprüche bezogen. Solche Ansprüche seien auch nicht an die beklagte Partei abgetreten worden. Eine "formell-abstrakte" Garantie widerspreche den Gepflogenheiten im österreichischen Bauwesen. Eine "Bürgschaft auf erste Anforderung" sei in Österreich als eigenständiges Sicherungsmittel nicht anerkannt. Der im Schrifttum erörterte Wertverfolgungsgedanke zur Begründung einer Aussonderung bzw Absonderung von Vermögenswerten der Konkursmasse zugunsten eines bestimmten Gläubigers könne sich jedenfalls nicht auf einen Bereicherungsanspruch beziehen, der in die Rechtszuständigkeit der Gemeinschaftschuldnerin falle.

Die beklagte Partei wendete ein, der zur Unrecht abgerufene Garantiebetrags stehe ihr zu, enthalte doch die Garantieerklärung die Wendung "...; etwa frei gewordene Beträge" seien nur an sie zurückzuzahlen. Die Streitteile hätten keine "spezielle Vereinbarung über die dogmatische Einordnung" der "Haftungserklärung" getroffen. Darüber sei gar "nicht gesprochen" worden. Die Erklärung im Anlaßfall sei jedoch nicht als "vollständig abstrakte Garantie" zu qualifizieren. Sowohl die Begünstigte als auch die Auftraggeberin hätten jene Rückzahlungsanordnung akzeptiert. Der Auftraggeberin sei der Wortlaut der Garantieerklärung, der auch in anderen Geschäftsfällen verwendet worden sei, bekannt gewesen. Seit 1970 hätten 85 % von mehr als 2.500 Haftungserklärungen im Auftrag der nunmehrigen Gemeinschaftschuldnerin gerade jene Wortfolge über die Rückzahlung frei gewordener Beträge enthalten. Die Auftraggeberin habe in der Vergangenheit in verschiedenen Einzelfällen auch "Abänderungen" der "Rückzahlungsklausel" gewünscht. Sie sei daher in Ermangelung eines Widerspruchs im Anlaßfall mit der Zuordnung des Bereicherungsanspruchs nach einem allenfalls unrechtmäßigen Garantieabruf an die Garantin - abweichend von der dispositiven Rechtslage - einverstanden gewesen. Darin sei eine bloß "formelle Abstraktion" der Garantie vom Valutaverhältnis zu erblicken, wonach zwar der Garant seiner Inanspruchnahme keine Einwendungen aus dem

Grundverhältnis entgegensetzen könne, ihm jedoch das Recht auf "Rückforderung zu unrecht abgerufener Beträge" zustehe. Wenn dieses Argument nicht greifen sollte, sei in der Unterlassung eines Widerspruchs gegen die dem Auftraggeber bekannte Rückforderungsklausel der Garantieerklärung die "konkludente Zustimmung zur Zession der nach dispositivem Recht ihm zustehenden Rückforderungsansprüche" zu erblicken. Unter Heranziehung des im Schrifttum erörterten Wertverfolgungsgedankens stünden der Garantin solche Ansprüche aber auch unabhängig von vertraglichen Absprachen zu. Die Konkursmasse wäre ferner durch "Garantierückflüsse ... massiv bereichert", weil sie bis zu 103 % der Auftragssumme erhalte.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Nach seiner Ansicht hat die in ihrer rechtlichen Bedeutung umstrittene Wortfolge der Garantieerklärung "keinerlei konstitutiven Charakter", sondern drücke nur den Wunsch des Garanten aus, daß Rückzahlungen "vorerst" an ihn zu leisten seien, was für den Garantierauftraggeber durch die sofortige Verringerung der "Zinslast" günstig sei. Die beklagte Partei habe in das Rechtsverhältnis der Parteien des Werkvertrags nicht involviert werden wollen. Deshalb sei im Einklang mit der herrschenden Ansicht auch klar, daß "der Werkunternehmer allein das Recht auf Rückzahlung einer allfällig zu Unrecht in Anspruch genommenen Garantiesumme bzw. Haftrücklaß" habe. Der Garant sei im Konkurs des Auftraggebers, soweit dieser seine Zahlungspflicht an jenen noch nicht erfüllt habe, lediglich Konkursgläubiger. Ein Bereicherungsanspruch des Garanten scheide wegen seiner Vertragsbeziehung zum Auftraggeber aus. Künftige Rückforderungsansprüche seien der beklagten Partei aber auch nicht abgetreten worden.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Urteil und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei. Es erwog in rechtlicher Hinsicht, "das Verfahren habe unzweifelhaft den Rückforderungsanspruch aus einer zu Unrecht abgerufenen Garantie zum Gegenstand". In einem solchen Fall geschehe die Rückabwicklung in Analogie zur Leistungskondition nach § 1431 ABGB. Der Bereicherungsanspruch stehe dem Auftraggeber, also nicht dem Garanten zu. Eine bloß formell abstrakte Garantie, die der Sache nach einer akzessorischen Bürgschaft auf erstes Anfordern entspräche, sei aus der umstrittenen Wortfolge der konkreten Garantieerklärung nicht abzuleiten, liege doch eine "unwiderrufliche Zahlungsgarantie ... auf erste Anforderung und ohne Prüfung des Rechtsgrundes" vor. Bei einer solchen Haftungserklärung dürfe der auf das Grundgeschäft bezogene Einwendungsausschluß nicht auf dem Umweg über das Kondiktionsrecht unterlaufen werden. Der beklagten Partei wäre es freigestanden, zur Realisierbarkeit allfälliger Rückersatzansprüche gegen die Auftraggeberin weitere Sicherheiten zu fordern, so etwa durch die "Vorwegabtretung" deren (künftigen) Bereicherungsanspruchs gegen die Begünstigte. Bei aufrechtem Deckungsverhältnis könne dagegen der Garantin gegen die Auftraggeberin kein Bereicherungsanspruch zustehen. Aus dem "Rückforderungsvorbehalt" der beklagten Partei in der Garantieerklärung lasse sich die Übertragung der Rechtszuständigkeit eines allfälligen Bereicherungsanspruchs gegen die Begünstigte an die Garantin durch konkludente Vereinbarung nicht ableiten. Den Parteien des Garantievertrags sei nicht zusinnbar, "einerseits ausdrücklich eine streng abstrakte Verpflichtungsform" gewählt, "andererseits aber stillschweigend das Gegenteil" durch die Zuordnung bereicherungsrechtlicher Rückforderungsansprüche an die Garantin vorgesehen zu haben. Es sei aber genausowenig anzunehmen, daß "der gegenüber dem Garantierauftraggeber zur Hinauslegung einer abstrakten Haftungserklärung verpflichtete Garant stillschweigend eine auftragswidrige, nämlich nicht endgültig abstrakte Haftung" habe übernehmen wollen. Eine "Vorwegabtretung" scheide gleichfalls aus, enthalte doch die Garantieerklärung nur die Aufforderung an die Begünstigte, frei werdende Beträge an die Garantin zu bezahlen. Der durch Koziol (ÖBA 1999, 252) näher begründete Wertverfolgungsgedanke bedürfe schon deshalb keiner Erörterung, weil im Anlaßfall nur zu klären sei, wem der Bereicherungsanspruch gegen die Begünstigte zustehe und ob die beklagte Partei daher in die Ausfolgung des Gerichtserlags an die Konkursmasse der Auftraggeberin einzuwilligen habe. Ob ihr nach dessen Ausfolgung an die Masse ein Wertverfolgungsrecht zuzubilligen sei, solange dieser Vermögenswert in der Masse noch abgesondert vorhanden sei, müsse dagegen nicht geklärt werden. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil "ein vergleichbarer Sachverhalt vom Obersten Gerichtshof ... bisher nicht entschieden" worden sei. Das Berufungsgericht bestätigte diese Urteil und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei. Es erwog in rechtlicher Hinsicht, "das Verfahren habe unzweifelhaft den Rückforderungsanspruch aus einer zu Unrecht abgerufenen Garantie zum Gegenstand". In einem solchen Fall geschehe die Rückabwicklung in Analogie zur Leistungskondition nach Paragraph 1431, ABGB. Der Bereicherungsanspruch stehe dem Auftraggeber, also nicht dem Garanten zu. Eine bloß formell abstrakte Garantie, die der Sache nach einer akzessorischen Bürgschaft auf erstes Anfordern entspräche, sei aus der umstrittenen Wortfolge der konkreten Garantieerklärung nicht abzuleiten, liege doch eine "unwiderrufliche Zahlungsgarantie ... auf erste Anforderung und ohne Prüfung des Rechtsgrundes" vor. Bei

einer solchen Haftungserklärung dürfe der auf das Grundgeschäft bezogene Einwendungsausschluß nicht auf dem Umweg über das Kondiktionsrecht unterlaufen werden. Der beklagten Partei wäre es freigestanden, zur Realisierbarkeit allfälliger Rückersatzansprüche gegen die Auftraggeberin weitere Sicherheiten zu fordern, so etwa durch die "Vorwegabtretung" deren (künftigen) Bereicherungsanspruchs gegen die Begünstigte. Bei aufrechter Deckungsverhältnis könne dagegen der Garantin gegen die Auftraggeberin kein Bereicherungsanspruch zustehen. Aus dem "Rückforderungsvorbehalt" der beklagten Partei in der Garantieerklärung lasse sich die Übertragung der Rechtszuständigkeit eines allfälligen Bereicherungsanspruchs gegen die Begünstigte an die Garantin durch konkludente Vereinbarung nicht ableiten. Den Parteien des Garantievertrags sei nicht zusinnbar, "einerseits ausdrücklich eine streng abstrakte Verpflichtungsform" gewählt, "andererseits aber stillschweigend das Gegenteil" durch die Zuordnung bereicherungsrechtlicher Rückforderungsansprüche an die Garantin vorgesehen zu haben. Es sei aber genausowenig anzunehmen, daß "der gegenüber dem Garantieauftraggeber zur Hinauslegung einer abstrakten Haftungserklärung verpflichtete Garant stillschweigend eine auftragswidrige, nämlich nicht endgültig abstrakte Haftung" habe übernehmen wollen. Eine "Vorwegabtretung" scheide gleichfalls aus, enthalte doch die Garantieerklärung nur die Aufforderung an die Begünstigte, frei werdende Beträge an die Garantin zu bezahlen. Der durch Koziol (ÖBA 1999, 252) näher begründete Wertverfolgungsgedanke bedürfe schon deshalb keiner Erörterung, weil im Anlaßfall nur zu klären sei, wem der Bereicherungsanspruch gegen die Begünstigte zustehe und ob die beklagte Partei daher in die Ausfolgung des Gerichtserlags an die Konkursmasse der Auftraggeberin einzuwilligen habe. Ob ihr nach dessen Ausfolgung an die Masse ein Wertverfolgungsrecht zuzubilligen sei, solange dieser Vermögenswert in der Masse noch abgesondert vorhanden sei, müsse dagegen nicht geklärt werden. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil "ein vergleichbarer Sachverhalt vom Obersten Gerichtshof ... bisher nicht entschieden" worden sei.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist in Ermangelung einer Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu entscheidungswesentlichen Fragen des materiellen Rechts zulässig; sie ist aber auch berechtigt.

1. Der erkennende Senat teilt die Ansicht des Gerichts zweiter Instanz, es sei nicht zu klären, ob die beklagte Partei den Rückfluß des zu Unrecht abgerufenen Garantiebetrags in Realisierung eines Wertverfolgungsrechts aus der Konkursmasse aussondern dürfe, nicht. Wäre der Garantin ein solches materielles Aussonderungsrecht zuzubilligen, so beriefe sie sich im Ausfolgungsstreit mit der Auftraggeberin auf ein stärkeres Recht. Dürfte nämlich die beklagte Partei den Rückfluß sogar aus der Konkursmasse aussondern, weil er materiellrechtlich ihr gebühre, so wäre sie, wie in der Revision zutreffend bemerkt wird, auch nicht verpflichtet, vorerst in dessen Ausfolgung an die Masse einzuwilligen, um ihn erst dann gegen den Masseverwalter geltend machen zu können. In einem solchen Fall müßte vielmehr der Kondiktionsanspruch der Masse dem stärkeren materiellen Recht der Garantin weichen, den gerichtlich hinterlegten Rückfluß für sich in Anspruch zu nehmen. Das Wertverfolgungsrecht der Garantin ginge demnach im Ausfolgungsstreit über den Gerichtserlag dem Bereicherungsanspruch der Auftraggeberin gegen die Begünstigte wegen eines zu Unrecht abgerufenen Garantiebetrags vor. Es ist daher vorweg dazu Stellung zu nehmen, ob der beklagten Partei als Garantin das von ihr behauptete Wertverfolgungsrecht zusteht.

2. Die im österreichischen Schrifttum erörterte Wertverfolungslehre beruht auf GedankenWilburgs (Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBl 1949, 29), der ein solches vor allem im Konkurs des Schuldners bedeutsames Vorrecht zur Wertverfolgung in nachstehendem Rechtssatz zusammenfaßte:

"Ein Gläubiger, dessen Anspruch sich auf Rückgabe oder Vergütung eines Wertes richtet, der von ihm in das Vermögen des Schuldners gelangt ist, soll das Recht haben, sich vorzugsweise vor anderen Gläubigern aus diesem Werte zu befriedigen."

Dieses Vorrecht setze voraus, daß sich ein solcher Wert - ungeachtet seiner allenfalls wechselnden Gestalt - "wirklich im Vermögen des Schuldners" befinde. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs des Schuldners gelte nur als "Verlegenheitsregel ... in Ermangelung eines stärkeren Prinzipes"; ein solches sei jedoch im Wertverfolgungsrecht zu erblicken, dessen Rechtswirkungen einem Aussonderungs- bzw Absonderungsrecht ähnlich seien. Einzelnen gesetzlichen Bestimmungen (§ 44 Abs 2 und § 45 KO; § 392 Abs 2 HGB; § 1041 ABGB [in einem bestimmten Anwendungsfall]) und allgemein anerkannten Entwicklungen des Rechtsverkehrs (Aussonderungsrecht des Treugebers; Warenlieferung unter Eigentumsvorbehalt) liege der prinzipielle Gedanke der Wertverfolgung

zugrunde. Dessen "Stärke" sei dagegen "anscheinend" bei "Forderungen aus gewährtem Kredit" geringer. Den entscheidenden Schritt zur Begründung eines allgemeinen Wertverfolgungsprinzips müsse der Gesetzgeber erst setzen. Vorher sei jedoch der Jurist zur Rechtsfortbildung im Geiste der von Gerechtigkeitserwägungen getragenen natürlichen Rechtsgrundsätze aufgerufen. Dieses Vorrecht setze voraus, daß sich ein solcher Wert - ungeachtet seiner allenfalls wechselnden Gestalt - "wirklich im Vermögen des Schuldners" befinde. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs des Schuldners gelte nur als "Verlegenheitsregel ... in Ermangelung eines stärkeren Prinzips"; ein solches sei jedoch im Wertverfolgungsrecht zu erblicken, dessen Rechtswirkungen einem Aussonderungs- bzw Absonderungsrecht ähnlich seien. Einzelnen gesetzlichen Bestimmungen (Paragraph 44, Absatz 2 und Paragraph 45, KO; Paragraph 392, Absatz 2, HGB; Paragraph 1041, ABGB [in einem bestimmten Anwendungsfall]) und allgemein anerkannten Entwicklungen des Rechtsverkehrs (Aussonderungsrecht des Treugebers; Warenlieferung unter Eigentumsvorbehalt) liege der prinzipielle Gedanke der Wertverfolgung zugrunde. Dessen "Stärke" sei dagegen "anscheinend" bei "Forderungen aus gewährtem Kredit" geringer. Den entscheidenden Schritt zur Begründung eines allgemeinen Wertverfolgungsprinzips müsse der Gesetzgeber erst setzen. Vorher sei jedoch der Jurist zur Rechtsfortbildung im Geiste der von Gerechtigkeitserwägungen getragenen natürlichen Rechtsgrundsätze aufgerufen.

Wilburg kündigte in seinem Aufsatz die baldige, in der Folge jedoch unterbliebene Veröffentlichung einer umfassenden rechtsvergleichenden Untersuchung zum Wertverfolgungsrecht an. Ursache der unterlassenen Veröffentlichung dieses "ziemlich fertigen Manuskripts" war nach F. Bydlinski (JBl 1991, 777) daß Wilburg "die Reaktion der Fachwelt auf Vortrag und Aufsatz ... nicht befriedigt" habe.

H. Hoyer (Übermäßiger Abruf der Haftrücklaßgarantie und Konkurs des Werkunternehmers, WBl 1987, 227) anerkennt, daß der Rückforderungsanspruch aus einer vom Begünstigten zu Unrecht in Anspruch genommenen Haftrücklaßgarantie dem Garantierauftraggeber zustehe, greift jedoch am Ende auf den Wertverfolgungsgedanken Wilburgs (aaO) zurück und kommt - ohne eigene Begründung - zum Ergebnis, der Masseverwalter dürfe den Rückfluß aus einer zu Unrecht abgerufenen Haftrücklaßgarantie - bei sonstiger persönlicher Schadenersatzhaftung - "nicht mit der Masse vermengen und dadurch Ersatzaussonderung (§ 44 Abs 2 KO) unmöglich machen", dem Garanten stehe aber selbst nach einer solchen Vermengung noch eine vom "Zulangen der Masse (§ 47 KO)" abhängige Masseforderung nach § 46 Abs 1 Z 5 KO zu. Schutz gegen alle Schwierigkeiten biete aber nur der in eine Vereinbarung mündende rechtsgeschäftliche Wille des Garanten, "sich mögliche Bereicherungsansprüche des Garantierauftraggebers vor Abgabe der Garantiezusage zedieren" zu lassen und "mit der Garantiezusage die Verständigung von der Zession" zu verbinden. H. Hoyer (Übermäßiger Abruf der Haftrücklaßgarantie und Konkurs des Werkunternehmers, WBl 1987, 227) anerkennt, daß der Rückforderungsanspruch aus einer vom Begünstigten zu Unrecht in Anspruch genommenen Haftrücklaßgarantie dem Garantierauftraggeber zustehe, greift jedoch am Ende auf den Wertverfolgungsgedanken Wilburgs (aaO) zurück und kommt - ohne eigene Begründung - zum Ergebnis, der Masseverwalter dürfe den Rückfluß aus einer zu Unrecht abgerufenen Haftrücklaßgarantie - bei sonstiger persönlicher Schadenersatzhaftung - "nicht mit der Masse vermengen und dadurch Ersatzaussonderung (Paragraph 44, Absatz 2, KO) unmöglich machen", dem Garanten stehe aber selbst nach einer solchen Vermengung noch eine vom "Zulangen der Masse (Paragraph 47, KO)" abhängige Masseforderung nach Paragraph 46, Absatz eins, Ziffer 5, KO zu. Schutz gegen alle Schwierigkeiten biete aber nur der in eine Vereinbarung mündende rechtsgeschäftliche Wille des Garanten, "sich mögliche Bereicherungsansprüche des Garantierauftraggebers vor Abgabe der Garantiezusage zedieren" zu lassen und "mit der Garantiezusage die Verständigung von der Zession" zu verbinden.

Eine gleichfalls auf Wilburg (aaO) fußende, jedoch inhaltlich weiterführende Begründung für ein aus materiellrechtlichen Grundsätzen herzuleitendes Wertverfolgungsrecht des Gläubigers im Schuldnerkonkurs versuchte in der Folge Koziol (Zur Abschwächung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Konkursverfahren, in FS Wesener [1992] 267). Danach soll die "Verwirklichung des Gleichheitsprinzips im heutigen Konkursrecht für die dinglich nicht gesicherten Gläubiger" nur soweit reichen, als sich Befriedigungsprivilegien nicht durch besondere sachliche Gesichtspunkte rechtfertigen ließen. Die entscheidende Frage gehe dahin, wann solche "Momente ein derartiges Gewicht" hätten, "daß sie ... zu einer Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes führen" könnten. Die Regelung müsse jedoch "praktisch handhabbar sein" und dürfe das Insolvenzverfahren "nicht allzusehr mit diffizilen Nachforschungen und Abwägungen belasten". Keines "besonderen Schutzes würdig" sei ein Gläubiger, der dem späteren Gemeinschuldner - nach fehlerfreier Willensbildung - "Geld- oder Warenkredit eingeräumt und damit freiwillig und bewußt das Risiko auf sich genommen" habe, sich selbst im Konkurs mit einem schuldrechtlichen

Anspruch als bloße Konkursforderung zu begnügen. Deshalb könne die Wertverfolgung in Ermangelung eines dinglichen Gläubigerrechts nicht allein darauf gegründet werden, daß "der im schuldnerischen Vermögen befindliche Wert nachweislich von einem bestimmten Gläubiger" stamme. Ein solcher Wert dürfe vielmehr "auch sicherlich keine negativen Auswirkungen" auf das Schuldnervermögen gehabt haben, weil sonst unterstellt werden müsse, "daß der Vermögenswert aus der Sphäre eines bestimmten Gläubigers nur in demselben Maße zum vorhandenen Haftungsfonds des Schuldners beigetragen" habe "wie die von allen anderen Gläubigern stammenden Zuflüsse". Es bedürfe ferner gewichtiger sachlicher Gründe, um ein Abgehen vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs zu erlauben. Derartiges lasse sich bei unfreiwilliger Kreditierung - wie im Falle der Treuhand und bei Verwendungsansprüchen - vertreten. Dagegen könne eine allfällige besondere Schutzwürdigkeit dinglich ungesicherter Konkursgläubiger "nur zur Zuerkennung einer erhöhten Konkursquote führen".

F. Bydlinski (System und Prinzipien des Privatrechts 336 ff) erörtert den Wertverfolgungsgedanken Wilburgs am Beispiel der Treuhand als Grenzproblem. Nach seiner Ansicht ist die "Wertverfolgung" ein "Ableger" des "allgemeinen Bereicherungsprinzips". Dessen Präzisierung durch die Merkmale "auf Kosten" oder "aus dem Vermögen" in "Gestalt des Zuweisungsgehalts- und des Leistungsschutzprinzips" könne "das Vorrecht der Wertverfolgung" aber gerade nicht tragen, erhöhen doch die (anderen) Gläubiger einfach Anspruch auf Befriedigung aus dem Eigentum des Kreditars bzw seinem sonstigen Vermögen. Ein systematisch präzisierter Bereicherungsgedanke dürfe nicht "zur Abschöpfung jeder zufälligen Bereicherung im Rechtsverkehr führen". Der Gedanke der "Wertverfolgung" könne sich im geltenden Recht "nur auf verhältnismäßig dürftige Ansätze" stützen. Diese Zurückhaltung sei "sehr vertretbar". Wer ohne besondere Sicherheiten kreditiere, nehme "bewußt ... das Gegenleistungs- oder Rückleistungsrisiko auf sich". Ein solcher Kreditgeber werde "im Einklang mit dem zentralen Selbstverantwortungsprinzip" vor dem Hintergrund eines durch Erwägungen der Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit abgesicherten Gemeinwohlprinzips an einem selbst geschaffenen Risiko festgehalten. Derartige Bedenken gegen "einen generellen Einsatz der 'Wertverfolgung'", schlossen jedoch deren Nutzbarmachung zur dogmatischen Begründung der Treuhand als "ein konkurs- und vollstreckungsfestes Gläubigerrecht qua haftungsrechtlicher Zuordnung" nicht aus. In Verbindung mit der privatautonom präzisen Bestimmung des Treuguts, der "abgesonderten haftungsrechtlichen Zuordnung im Notfall ohne starke Beeinträchtigung der 'Gemeinwohlprinzipien'" sei ein Prinzip der Wertverfolgung im Notfall - wie in verwandter Weise überdies auch beim Eigentumsvorbehalt - eine notwendige Voraussetzung für die Rechtfertigung "wichtiger 'Übergangserscheinungen' zwischen Schuld- und Sachenrecht ... unter Überschreitung 'äußerer' Systemgrenzen". Danach lasse sich die Treuhand, die ohnehin als Institut des Gewohnheitsrechts gelte, mit ihrer haftungsrechtlichen Außenwirkung von Schuldrechten bei gleichzeitiger Reduktion der sachenrechtlichen Vollzurechnung durch die Abspaltung der haftungsrechtlichen Zuordnung auch systematisch rechtfertigen.

Kozioł (Die Rückforderung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie, ÖBA 1999, 249) bereicherte die Wertverfolungslehre im Spezialfall einer abstrakten Garantie jüngst mit dem Ergebnis, dem Garanten sei solange ein Wertverfolungsrecht auf den Rückfluß aus einer zu Unrecht in Anspruch genommenen Garantie zuzubilligen, "als der aus seinem Vermögen stammende Vermögenswert beim Garantierauftraggeber noch abgesondert vorhanden" sei. Die abstrakte Ausgestaltung einer Garantie habe nicht den Zweck, die Gläubiger des Auftraggebers besser zu stellen, als sie ohne Zahlung des Garanten aus dessen Vermögen an den Begünstigten stünden. Dem Vermögen des Auftraggebers entgehe durch eine solche Zahlung auch nichts, "was sonst in dieses Vermögen geflossen wäre". Sie verringere daher nicht den Haftungsfonds seiner anderen Gläubiger. Die vom Garanten an den Begünstigten gezahlten Beträge seien somit nach deren Rückfluß an den Auftraggeber dem Garanten herauszugeben. Der Garant habe insofern "- in Konkurrenz mit dem Aufwandersatzanspruch - gegen den Auftraggeber einen Anspruch auf Abtretung des Kondiktionsanspruches oder auf Ausfolgung des Realisats"; dieser mache daher den Rückforderungsanspruch gegen den Begünstigten für den Garanten geltend, der gegen jenen wegen der Abstraktheit der Garantie selbst keinen Bereicherungsanspruch habe. Es sei daher ein "technischer Weg" zur Ermöglichung einer "interessengerechten Lösung" zu suchen. Einen solchen Weg eröffne die Wertverfolungslehre. Der Garant habe seinem Auftraggeber nicht die Leistungskondition zu deren Einfügung in dessen Haftungsvermögen übertragen, der Auftraggeber habe vielmehr diesen "ihm nach dem Gesetz zustehenden Anspruch im Interesse des Garanten geltend zu machen und das Erlangte an diesen herauszugeben". Freiwillig kreditiert habe der Garant bloß den Aufwandersatz für die Garantieübernahme. Nur dafür trage er das Insolvenzrisiko. Ein "Rückfluß des vom Garanten an den Begünstigten Gezahlten an den Auftraggeber und die Eingliederung in dessen Vermögen" sei "hingegen von den Parteien gerade nicht beabsichtigt" und werde "regelmäßig auch nicht erwartet". Wenngleich die Bevorzugung eines Gläubigers durch ein

Wertverfolgungsrecht im Konkurs des Schuldners nur dann gerechtfertigt sei, wenn der aus dem Vermögen des Gläubigers stammende Wert "sicherlich keine negativen Auswirkungen auf das Vermögen des Schuldners" zeitig habe, stehe dieser Umstand einem solchen Recht des Garanten nicht entgegen, weil "das Vermögen des Auftraggebers durch die Erlangung eines Bereicherungsanspruches gegen den Begünstigten" regelmäßig "nicht negativ beeinflusst" werden könne, dürfe doch der Auftraggeber mit einem solchen Zufluß einerseits nicht rechnen und habe er diesen Betrag andererseits doch "nicht zur freien Disposition, sondern nur zur Weiterleitung an den Garanten" erhalten. Er dürfe daher einen solchen Betrag auch nicht in sein Vermögen eingliedern. Erst dessen "- unzulässige - Eingliederung ... hätte zu weiteren Verlusten oder Verbindlichkeiten des Auftraggebers führen können".

2. 1. Wratzfeld (Kondiktion einer zu Unrecht in Anspruch genommenen Garantie im Konkurs des Auftraggebers?, *ecolex* 1998, 12) wendete gegen die im einzelnen nicht begründeten, jedoch auf Wilburgs (aaO) Gedanken beruhenden Erwägungen H. Hoyers (aaO) ein, aus der Masse des Garantieauftraggebers könnten nur solche Sachen ausgesondert werden, die "dem Gemeinschuldner ganz oder zum Teil nicht gehören". Der Bereicherungsanspruch gegen den Begünstigten sei aber gerade dem Auftraggeber - also dem Gemeinschuldner - zugewiesen. Auch ein Absonderungsrecht des Garanten setze einen "Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem Bereicherungsanspruch der Gemeinschuldnerin" voraus. Sowohl Aus- als auch Absonderungsansprüche fußten jedoch auf entsprechenden bürgerlich-rechtlichen Ansprüchen, weil sie nicht erst durch die Konkursordnung begründet würden.

Koziol (ÖBA 1999, 251) hält diese - der herrschenden Meinung entsprechenden - Einwände Wratzfelds zwar für "grundsätzlich ... berechtigt", versucht jedoch seine gegenteilige Ansicht in Hinsicht auf den von Wratzfeld vermißten bürgerlich-rechtlichen Anspruch des Garanten auf Aus- oder Absonderung aus der Konkursmasse mit der unter 2. referierten Wertverfolgungslehre zu rechtfertigen, habe diese doch "nicht nur in der Literatur, sondern auch in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung Anerkennung gefunden". Das ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend, weil gerade F. Bydlinski (Prinzipien 343 ff), auf den sich Koziol u. a. beruft, ein Wertverfolgungsrecht des Gläubigers als allgemein greifendes materiellrechtliches Prinzip für nicht begründbar hält und ein derartiges Recht auch in der von Koziol zitierten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (6 Ob 2352/96t = ZIK 1998, 98) der Sache nach nur für das Institut der Treuhand - also inhaltlich in den von F. Bydlinski (aaO) gezogenen Grenzen - anerkannt wird. Koziol hebt an anderer Stelle (FS Wesener 267 f) auch selbst hervor, daß durch das IRÄG 1982 BGBl 370 der "klassenlose Konkurs" und damit der Gleichbehandlungsgrundsatz für alle ungesicherten Gläubiger des Gemeinschuldners in Geltung gesetzt wurde und der Gesetzgeber damit von vorherigen Befriedigungsprivilegien bestimmter Gläubiger abgegangen sei. Es bedürfte demnach schon triftiger Gründe, den durch das geltende Konkursrecht ungesicherten Gläubigern gewährten prinzipiellen Anspruch auf Gleichbehandlung durch ein Wertverfolgungsrecht zugunsten bestimmter solcher - auf diese Weise doch wieder privilegierter - Gläubiger auszuhöhlen. Koziol (ÖBA 1999, 251) hält diese - der herrschenden Meinung entsprechenden - Einwände Wratzfelds zwar für "grundsätzlich ... berechtigt", versucht jedoch seine gegenteilige Ansicht in Hinsicht auf den von Wratzfeld vermißten bürgerlich-rechtlichen Anspruch des Garanten auf Aus- oder Absonderung aus der Konkursmasse mit der unter 2. referierten Wertverfolgungslehre zu rechtfertigen, habe diese doch "nicht nur in der Literatur, sondern auch in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung Anerkennung gefunden". Das ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend, weil gerade F. Bydlinski (Prinzipien 343 ff), auf den sich Koziol u. a. beruft, ein Wertverfolgungsrecht des Gläubigers als allgemein greifendes materiellrechtliches Prinzip für nicht begründbar hält und ein derartiges Recht auch in der von Koziol zitierten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (6 Ob 2352/96t = ZIK 1998, 98) der Sache nach nur für das Institut der Treuhand - also inhaltlich in den von F. Bydlinski (aaO) gezogenen Grenzen - anerkannt wird. Koziol hebt an anderer Stelle (FS Wesener 267 f) auch selbst hervor, daß durch das IRÄG 1982 Bundesgesetzblatt 370 der "klassenlose Konkurs" und damit der Gleichbehandlungsgrundsatz für alle ungesicherten Gläubiger des Gemeinschuldners in Geltung gesetzt wurde und der Gesetzgeber damit von vorherigen Befriedigungsprivilegien bestimmter Gläubiger abgegangen sei. Es bedürfte demnach schon triftiger Gründe, den durch das geltende Konkursrecht ungesicherten Gläubigern gewährten prinzipiellen Anspruch auf Gleichbehandlung durch ein Wertverfolgungsrecht zugunsten bestimmter solcher - auf diese Weise doch wieder privilegierter - Gläubiger auszuhöhlen.

Der unter 2. dargestellte jüngste Versuch Koziols (ÖBA 1999, 250 ff) zur Rechtfertigung eines solchen Ergebnisses überzeugt nicht, setzt er doch das, was aufgrund der positiven Rechtslage erst zu begründen wäre, nämlich ein Recht, den noch abgesondert vorhandenen Rückfluß aufgrund einer zu Unrecht abgerufenen Garantie aus dem

Massevermögen aus dem Massevermögen des Garantierauftraggebers nun als Gesamtschuldner aussondern zu dürfen, im Kern bereits voraus, ohne - etwa in Weiterführung der Lehre F. Bydlinskis zur systematisch-dogmatischen Rechtfertigung des Rechtsinstituts der Treuhand - klarzulegen, weshalb ein solches Prinzip der Wertverfolgung aus grundsätzlichen und zwingenden materiellrechtlichen Wertungen trotz des durch das geltende Konkursrecht verwirklichten Grundsatzes der Gleichbehandlung aller nicht gesicherten Gläubiger aus den im Rahmen einer prinzipiellen Gesamtschau dürftig erscheinenden, bereits von Wilburg (aaO) genannten und nur Sonderfälle betreffenden Regelungen der positiven Rechtslage (siehe zu den Voraussetzungen induktiver und deduktiver Schlüsse auf Rechtsprinzipien F. Bydlinski, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 683 [691 ff] abzuleiten sei.

Das Argument, der Garant kreditiere dem Auftraggeber freiwillig "nur den Aufwandsatz für die Garantieübernahme", wohingegen "ein Rückfluß des vom Garanten an den Begünstigten Gezahlten an den Auftraggeber und die Eingliederung in dessen Vermögen ... von den Parteien gerade nicht beabsichtigt und ... regelmäßig auch nicht erwartet" werde, trägt Koziols (aaO) Ergebnis nicht. Was die Parteien des Auftragsverhältnisses insoweit beabsichtigt bzw erwartet haben mögen, ist nicht von Bedeutung, weil - wie F. Bydlinski (Prinzipien 343 FN 371) zutreffend hervorhebt - auch ein kreditierender Verkäufer nicht die Schaffung von Haftungsvermögen beim Käufer, sondern die Erbringung der vereinbarten Gegenleistung bezweckt. Eine Zweckverfehlung in dieser Hinsicht darf aber - im Einklang mit den weiteren Ausführungen F. Bydlinskis (Prinzipien 343 FN 371) - aus Gründen "des Vertrauens- und Verkehrsschutzes, der Rechtssicherheit und Praktikabilität" nicht zu Lasten anderer Gläubiger gehen. Gleiches gilt auch für jeden sonstigen Kreditgeber. Muß aber der Garant bei Abschluß des Garantievertrags vor dem Hintergrund der - jedenfalls für den Fall des Fehlens von Mängeln im Garantieverhältnis und in Ermangelung einer (evident) rechtsmißbräuchlichen Garantieinanspruchnahme - einhelligen Ansicht (JBl 1999, 250 = ecolex 1999, 319 [Wilhelm]; SZ 69/178; ÖBA 1991, 293; Apathy in Schwimann, ABGB2 Rz 4 zu § 880a; G. Graf, Übermäßige Inanspruchnahme der Garantie: Voraussetzungen der Rückforderung durch den Garanten, ecolex 1998, 15; Honsell/Mader in Schwimann aaO Rz 43 Vorbem zu §§ 1431 ff; H. Hoyer, WBI 1987, 228; Koziol, ÖBA 1999, 249; Rummel in Rummel, ABGB2 Rz 15a Vor § 1431; Wilhelm, Unrechtmäßig gezogene Garantie - Rückforderungsanspruch der Garantin, ecolex 1998, 612; Wratzfeld, ecolex 1998, 12) wissen, daß ein allfälliger Kondiktionsanspruch nach unrechtmäßigem Abruf des Garantiebetrags seinem Auftraggeber zusteht, und garantiert er dennoch abstrakt ohne dingliche oder, worauf nachfolgend noch einzugehen sein wird, rein schuldrechtliche Sicherung seines Rückforderungsanspruchs im Garantiedeckungsverhältnis, so übernimmt er in Wahrheit freiwillig auch das Risiko, diesen Anspruch aus dem Deckungsverhältnis im Konkurs des Auftraggebers letztlich nur als Konkursforderung geltend machen zu können. Er kreditiert dem Auftraggeber also insofern freiwillig ungesichert auch den allfälligen Rückforderungsanspruch aus dem Deckungsverhältnis. Das Argument, der Garant kreditiere dem Auftraggeber freiwillig "nur den Aufwandsatz für die Garantieübernahme", wohingegen "ein Rückfluß des vom Garanten an den Begünstigten Gezahlten an den Auftraggeber und die Eingliederung in dessen Vermögen ... von den Parteien gerade nicht beabsichtigt und ... regelmäßig auch nicht erwartet" werde, trägt Koziols (aaO) Ergebnis nicht. Was die Parteien des Auftragsverhältnisses insoweit beabsichtigt bzw erwartet haben mögen, ist nicht von Bedeutung, weil - wie F. Bydlinski (Prinzipien 343 FN 371) zutreffend hervorhebt - auch ein kreditierender Verkäufer nicht die Schaffung von Haftungsvermögen beim Käufer, sondern die Erbringung der vereinbarten Gegenleistung bezweckt. Eine Zweckverfehlung in dieser Hinsicht darf aber - im Einklang mit den weiteren Ausführungen F. Bydlinskis (Prinzipien 343 FN 371) - aus Gründen "des Vertrauens- und Verkehrsschutzes, der Rechtssicherheit und Praktikabilität" nicht zu Lasten anderer Gläubiger gehen. Gleiches gilt auch für jeden sonstigen Kreditgeber. Muß aber der Garant bei Abschluß des Garantievertrags vor dem Hintergrund der - jedenfalls für den Fall des Fehlens von Mängeln im Garantieverhältnis und in Ermangelung einer (evident) rechtsmißbräuchlichen Garantieinanspruchnahme - einhelligen Ansicht (JBl 1999, 250 = ecolex 1999, 319 [Wilhelm]; SZ 69/178; ÖBA 1991, 293; Apathy in Schwimann, ABGB2 Rz 4 zu Paragraph 880 a, ; G. Graf, Übermäßige Inanspruchnahme der Garantie: Voraussetzungen der Rückforderung durch den Garanten, ecolex 1998, 15; Honsell/Mader in Schwimann aaO Rz 43 Vorbem zu Paragraphen 1431, ff; H. Hoyer, WBI 1987, 228; Koziol, ÖBA 1999, 249; Rummel in Rummel, ABGB2 Rz 15a Vor Paragraph 1431 ;, Wilhelm, Unrechtmäßig gezogene Garantie - Rückforderungsanspruch der Garantin, ecolex 1998, 612; Wratzfeld, ecolex 1998, 12) wissen, daß ein allfälliger Kondiktionsanspruch nach unrechtmäßigem Abruf des Garantiebetrags seinem Auftraggeber zusteht, und garantiert er dennoch abstrakt ohne dingliche oder, worauf nachfolgend noch einzugehen sein wird, rein schuldrechtliche Sicherung seines Rückforderungsanspruchs im

Garantiedeckungsverhältnis, so übernimmt er in Wahrheit freiwillig auch das Risiko, diesen Anspruch aus dem Deckungsverhältnis im Konkurs des Auftraggebers letztlich nur als Konkursforderung geltend machen zu können. Er kreditiert dem Auftraggeber also insofern freiwillig ungesichert auch den allfälligen Rückforderungsanspruch aus dem Deckungsverhältnis.

Der erkennende Senat gelangt daher in Zusammenfassung aller bisherigen Erwägungen zum Ergebnis, daß sich ein Aus- oder Absonderungsanspruch des Garanten im Konkurs seines Auftraggebers im Falle eines in der Masse noch abgesondert vorhandenen Rückflusses des vom Begünstigten zu Unrecht abgerufenen Garantiebetrags auf dem Boden der Wertverfolungslehre nicht zureichend begründen läßt. Es besteht auch gar kein Bedürfnis, ein solches Wertverfolungsrecht des Garanten anzuerkennen, kann sich doch dieser, wie unter 3. und 4. noch näher zu begründen sein wird, gegen das Insolvenzrisiko seines Auftraggebers schuldrechtlich ohnehin absichern.

2. 2. Die beklagte Partei darf daher ihre Einwilligung zur Ausfolgung des Gerichtserlags nach den bisherigen Gründen nicht unter Berufung auf ein Wertverfolungsrecht verweigern. Soweit sich die Revisionswerberin als Treugeberin sieht, ist ihr mit Koziol (ÖBA 1999, 252), auf den sie sich auch sonst beruft, zu erwidern, daß der Kondiktionsanspruch dem Garantieauftraggeber kraft Gesetzes zusteht, ihm also dieser nicht vom Garanten "zu treuen Händen übertragen" wird.

3. Der erkennende Senat sprach bereits in der Entscheidung¹ Ob 591/90 (= ÖBA 1991, 293 = ecolex 1991, 20 [Wilhelm]) aus, der Garant könne den allfälligen Ersatzanspruch gegen seinen Auftraggeber etwa durch "die Vorwegabtretung allfälliger Rückersatzansprüche des Auftraggebers gegen den Begünstigten" sichern. Der dagegen in Wilhelms Glosse erhobene Einwand, der Publizitätsakt einer solchen Sicherungszession durch "Buchvermerk oder Drittschuldnerverständigung" könne "erst nach Entstehen der Rückerstattungs-Forderung des Auftraggebers gegen den Begünstigten gesetzt werden", sodaß die Bank zuerst zahlen müßte und sich erst danach sichern könnte, ist durch die Rechtsprechung überholt, nach der die Abtretung zukünftiger, bereits ausreichend individualisierter Forderungen und jedenfalls die Vorausverständigung des (schon bekannten) potentiellen Drittschuldners möglich ist (zuletzt ausführlich 1 Ob 406/97f = ÖBA 1999, 382 mwN). Eine solche Vorausverständigung über die Abtretung zukünftiger Forderungen wird auch im Schrifttum überwiegend gebilligt (G. Graf, ecolex 1998, 16 [gegen Wilhelm]; Honsell/Mader in Schwimann aaO; Karollus, Aktuelle Probleme der Sicherungszession - Besprechung der Entscheidung OGH 29. 9. 1998, 1 Ob 406/97f, ÖBA 1999, 327 [334]; Koziol, ÖBA 1999, 253; Wratzfeld, ecolex 1998, 14; Zepke, Zur Abtretung künftiger Forderungen, ÖBA 1997, 984).

3. 1. Im Anlaßfall wären alle unter 3. erörterten rechtlichen Voraussetzungen der Abtretung eines künftig allenfalls entstehenden Rückforderungsanspruchs des Garantieauftraggebers gegen den Begünstigten wegen eines zu Unrecht abgerufenen Garantiebetrags erfüllt. Es wäre nicht nur die zukünftige Forderung nach ihrem Rechtsgrund präzise individualisiert, sondern auch schon der potentielle Bereicherungsschuldner bekannt gewesen. Dabei kann es auf sich beruhen, ob eine solche Abtretung überhaupt als Sicherungszession zu beurteilen wäre (vor dem Hintergrund seines dogmatischen Konzepts dagegen Koziol, ÖBA 1999, 253). Angemerkt sei jedoch, daß der Ersatzanspruch des Garanten im Deckungsverhältnis als Sicherungsobjekt angesehen werden kann. Aufgrund der dargelegten Abtretungsprämissen ist daher die Frage zu beantworten, ob aus dem Sachverhalt eine Zessionsvereinbarung zwischen der Garantin und deren Auftraggeberin - entsprechend den Behauptungen der beklagten Partei - abzuleiten ist und die Begünstigte von der Abtretung eines gegen sie zukünftig allenfalls entstehenden Bereicherungsanspruchs verständigt wurde.

Es steht fest, daß die Parteien des Garantieversicherungsvertrags keine Vertragsverhandlungen zur Erläuterung des beurkundeten Parteiwillens führten. Der Vertragsurkunde ist aber die von der beklagten Partei behauptete Zessionsvereinbarung nicht zu entnehmen. Eine solche läßt sich auch nicht konkludent aus der Garantieerklärung im Zusammenhalt mit dem Wortlaut des Garantieversicherungsvertrags ableiten. Der gegen das Berufungsgericht erhobene Vorwurf der beklagten Partei, es habe sich mit einer "simplen Wortauslegung" begnügt, ist unberechtigt: Soweit die Revisionswerberin eine Auslegung des Parteiwillens nach teleologischen Gesichtspunkten für notwendig hält, kann sie dabei im Grunde genommen nur verdeutlichen, daß eine Zessionsvereinbarung zweckmäßig gewesen wäre, den tatsächlichen rechtsgeschäftlichen Abtretungswillen der Parteien des Garantieversicherungsvertrags kann sie indes auch nicht überzeugend begründen. Die beklagte Partei kann sich daher nicht mit Erfolg auf eine Zession des Rückforderungsanspruchs aus dem Valutaverhältnis als Grundlage für eine Abweisung des Klagebegehrens berufen.

4. Nach Koziol (in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II 3/5) kann eine bloß formelle Abstraktion der Garantie vom Valutaverhältnis zwischen dem Garanten und dem Begünstigten vereinbart werden. Das habe zur Folge, daß der Begünstigte den Garanten in Anspruch nehmen könne, "ohne das Bestehen eines Rechtsgrundes gegenüber dem Dritten (Anm.: dem Garantierauftraggeber) beweisen zu müssen". Der Garant könnte allerdings - nach Zahlung - den Mangel eines Rechtsgrundes im Valutaverhältnis geltend machen und "die Rückabwicklung" begehren. Eine solche Sicherstellung sei als "materiell akzessorische Verbindlichkeit" zu qualifizieren, weil dem Garanten letztlich im Rückgewährverhältnis doch die Möglichkeit eröffnet wird, sich auf das Valutaverhältnis zu berufen.

G. Graf (ecolex 1998, 16 f) greift das dogmatische Konzept Koziols auf und betont, daß der Zahlungsanspruch des Begünstigten bei einer bloß formellen Abstraktion der Garantie vom Valutaverhältnis im Falle der Garantieinanspruchnahme in seinen rechtlichen Voraussetzungen jenen einer "vollständig abstrakten Garantie" gleicht. Der Unterschied liege bloß darin, daß der Garant "bezüglich der unberechtigterweise abgerufenen Teile der Garantie" nicht mehr dem Insolvenzrisiko "des Garantierauftraggebers ausgesetzt" sei. Eine solche Vereinbarung sei vor dem Hintergrund der "Privatautonomie" der Vertragsparteien zulässig, weil es an einem "Satz des zwingenden Rechts" mangle, daß Garantieverträge nur entweder vollständig abstrakt oder kausal sein könnten. Zur praktischen Durchführung einer solchen formellen Abstraktion genüge eine hinreichend deutliche Formulierung in der Garantieerklärung, wonach "Rückforderungsansprüche dem Garanten zustehen sollen". Eine Formulierung, "etwa frei gewordene Beträge an den Garanten zurückzuzahlen", sei ausreichend. Sei eine solche Formulierung geschäftsüblich, so sei eine solche Erklärung des Garanten im Verhältnis zum Auftraggeber als "vertragskonform" anzusehen, solange dieser nicht zu erkennen gebe, "auf die Hinauslegung einer vollständig abstrakten Garantie Wert" zu legen. Wäre dagegen eine solche formelle Abstraktion im Geschäftsverkehr nicht üblich, so läge in der "Wahl der bloß formellen Abstraktion durch den Garanten eine Schlechterfüllung dieses Vertrages".

Koziol (ÖBA 1999, 253 f) wendet sich in seiner jüngsten Stellungnahme nach der Wiedergabe des Meinungsstands und einer Abwägung des Für und Wider gegen die Annahme, die Parteien des Garantievertrags würden eine bloß formelle Abstraktion der Garantie vom Valutaverhältnis im Regelfall schlüssig vereinbaren. Dagegen spreche, daß der Garant in geradezu typischer Weise vermeiden wolle, "in die Streitigkeiten des Valutaverhältnisses hineingezogen zu werden". Diesem Grundgedanken entspricht hier die Vereinbarung der Auftraggeberin mit der Garantin nach Art. 4 (2) der in das Vertragsverhältnis einbezogenen "Allgemeinen Versicherungsbedingungen". Koziol (ÖBA 1999, 253 f) wendet sich in seiner jüngsten Stellungnahme nach der Wiedergabe des Meinungsstands und einer Abwägung des Für und Wider gegen die Annahme, die Parteien des Garantievertrags würden eine bloß formelle Abstraktion der Garantie vom Valutaverhältnis im Regelfall schlüssig vereinbaren. Dagegen spreche, daß der Garant in geradezu typischer Weise vermeiden wolle, "in die Streitigkeiten des Valutaverhältnisses hineingezogen zu werden". Diesem Grundgedanken entspricht hier die Vereinbarung der Auftraggeberin mit der Garantin nach Artikel 4, (2) der in das Vertragsverhältnis einbezogenen "Allgemeinen Versicherungsbedingungen".

Anders sei aber die Interessenlage des Garanten - so Koziol - im Falle einer Insolvenz des Auftraggebers. Dennoch dürfe nicht unterstellt werden, daß "die Parteien des Garantievertrages einerseits ausdrücklich eine streng abstrakte Verpflichtungsform wählen, andererseits aber zugleich stillschweigend das Gegenteil vorsehen, indem sie dem Garanten die Rückforderungsansprüche einräumen". Der ausdrücklichen Vereinbarung einer solchen Mischform zwischen der rein akzessorischen Bürgschaft und der abstrakten Garantie (siehe zu einem der Sache nach verwandten schuldrechtlichen Instrument nach der deutschen Rechtslage zuletzt Hahn, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, MDR 1999, 839) stehe jedoch - entgegen kritischen Stimmen - nach dem das Schuldrecht beherrschenden Grundsatz der Privatautonomie (dazu beruft sich Koziol auf P. Bydlinski, Moderne Kreditsicherheiten und zwingendes Recht, AcP 190, 165 [169, 171]) nichts entgegen.

4. 1. Der erkennende Senat tritt der unter 4. referierten Ansicht Koziols bei, aus einem Vertrag über eine abstrakte Garantie könne typischerweise nicht auch gleich deren schlüssige bloß formelle Abstraktion vom Valutaverhältnis - zumindest für den Insolvenzfall des Auftraggebers - abgeleitet werden.

Im Grundsätzlichen zutreffend legen im übrigen sowohl G. Graf als auch Koziol den von ihnen erzielten Ergebnissen die Ansicht zugrunde, die ausdrückliche Vereinbarung einer bloß formellen Abstraktion der Garantie vom Valutaverhältnis sei vor dem Hintergrund der Privatautonomie der Vertragsparteien erlaubt. Damit ist aber auch die Frage nach der Zulässigkeit eines der "Bürgschaft auf erstes Anfordern", die sich in deutschen Rechtsbereich durchgesetzt hat (Hahn aaO), entsprechenden Schuldrechtstypus nach der österreichischen Rechtslage (siehe dazu ÖBA 1996, 221; Wratzfeld, ecolex 1998, 13 und Mader in Schwimann aaO Rz 24 zu § 1346 mwN) beantwortet, weil das Obligationenrecht - jedenfalls soweit die Vertragsfreiheit der Parteien reicht - keinen Typenzwang kennt. Im Grundsätzlichen zutreffend legen im übrigen sowohl G. Graf als auch Koziol den von ihnen erzielten Ergebnissen die Ansicht zugrunde, die ausdrückliche Vereinbarung einer bloß formellen Abstraktion der Garantie vom Valutaverhältnis sei vor dem Hintergrund der Privatautonomie der Vertragsparteien erlaubt. Damit ist aber auch die Frage nach der Zulässigkeit eines der "Bürgschaft auf erstes Anfordern", die sich in deutschen Rechtsbereich durchgesetzt hat (Hahn aaO), entsprechenden Schuldrechtstypus nach der österreichischen Rechtslage (siehe dazu ÖBA 1996, 221; Wratzfeld, ecolex 1998, 13 und Mader in Schwimann aaO Rz 24 zu Paragraph 1346, mwN) beantwortet, weil das Obligationenrecht - jedenfalls soweit die Vertragsfreiheit der Parteien reicht - keinen Typenzwang kennt.

Die Frage nach einer wirksamen Vereinbarung einer bloß formellen Abstraktion der Garantie vom Valutaverhältnis läßt sich jedoch - entgegen G. Graf und Koziol - nicht bloß auf Grund des Garantievertrags, hier also aus Wortlaut der an den Begünstigten gerichteten Garantieerklärung klären, weil sich der Garant allein durch eine Vereinbarung mit dem Begünstigten den nach einem ungerechtfertigten Garantieabruf allenfalls entstehenden Kondiktionsanspruch aus dem Valutaverhältnis nicht zuwenden kann, der aufgrund der dispositiven Rechtslage in die Rechtszuständigkeit des Auftraggebers fällt; die Parteien des Garantievertrags können also innerhalb der Grenzen ihrer Privatautonomie nicht wirksam zu Lasten des Garantieauftraggebers vereinbaren, daß ein nach der dispositiven Rechtslage in dessen Rechtszuständigkeit fallender Kondiktionsanspruch von vornherein dem Garanten zustehen soll.

Aus diesen Erwägungen folgt, daß eine bloß formelle Abstraktion der Garantie vom Valutaverhältnis allein durch eine entsprechende Vereinbarung im Garantievertrag nicht herbeigeführt werden kann, sondern auch der rechtsgeschäftlichen Zustimmung des Garantieauftraggebers im Deckungsverhältnis zum Garanten bedarf. Demnach sind im Anlaßfall insofern zwei Fragen zu beantworten: Die erste bezieht sich auf die Vereinbarung einer bloß formellen Abstraktion der Garantie vom Valutaverhältnis im Garantievertrag, die zweite hat die rechtsgeschäftliche Billigung einer solchen Vereinbarung durch den Auftraggeber im Deckungsverhältnis zum Gegenstand.

4. 2. In Hinsicht

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