

# TE OGH 1989/2/28 100b504/87

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.02.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Resch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Mag.Engelmaier, Dr.Angst, Dr.Bauer und Dr.Kellner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S\*\*\*-G\*\*\*-P\*\*\* Aktiengesellschaft, 1110 Wien, Brehmstraße 16, (durch Verschmelzung Gesamtrechtsnachfolgerin der früheren klagenden Partei O\*\*\* Gesellschaft mbH, 2544 Leobersdorf, Südbahnstraße 28), vertreten durch Dr.Karl Bollmann, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei E\*\*\* Gesellschaft für Umwelt- und Verfahrenstechnik mbH, D-6467 Hasselroth 3, Gondsroth, Richard Ruff-Straße 2, vertreten durch Dr.Heinrich Gussenbauer, Rechtsanwalt in Wien, wegen 99.000 DM (Rekursinteresse 57.214 DM) sNg, infolge Rekurses der klagenden Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 26.Juni 1987, GZ 3 R 54/87-20, womit das Teilurteil des Handelsgerichtes Wien vom 23.Jänner 1987, GZ 17 Cg 9/86-15, aufgehoben wurde, beschlossen und in der Sache selbst zu Recht erkannt:

## Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird aufgehoben.

In der Sache selbst wird das erstgerichtliche Teilurteil wieder hergestellt.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei (kP) beauftragte die beklagte Partei (bP), eine Nachverbrennungsanlage für eine Wasserversorgungsanlage in Syrien zum Gesamtpreis von 495.000 DM herzustellen und die Montage zu beaufsichtigen. Die Vertragspartner vereinbarten einen 20%igen Haftrücklaß "auf die Dauer der Garantiezeit, ablösbar durch Bankgarantie mit Laufzeit von 24 Monaten nach Übernahme (längstens jedoch 36 Monate nach Lieferung) für die gesamte Rechnungssumme". Die bP übermittelte der kP sodann die als Bankbürgschaft bezeichnete Erklärung der "R\*\*\* M\*\*\* K\*\*\* e. G." (Bank), mit der diese für die fristgerechte Erfüllung der dem Auftragnehmer obliegenden Mängelgewährleistung gegenüber dem Auftraggeber unter Verzicht auf die Einrede der Anfechtung, der Aufrechnung und der Vorausklage die selbstschuldnerische Bürgschaft für 99.000 DM übernahm. Gemäß Punkt 4. dieser Erklärung erlöschen die Verpflichtungen der Bank aus dieser Bürgschaft, sobald die Veranlassung für die Bürgschaftsübernahme wegfällt oder die Bürgschaftsurkunde zurückgegeben wird, spätestens jedoch, wenn die Bank nicht bis zum 9.November 1987 aus dieser Bürgschaft in Anspruch genommen wird. Nachdem die kP diese Urkunde erhalten hatte,

zahlte sie der bP die dem Haftrücklaß entsprechenden 99.000 DM. Mit der Behauptung, die bP sei "ihren Garantieleistungen nicht nachgekommen", ersuchte die kP die Bank am 14. November 1985 um Überweisung von 99.000 DM. Dies wurde unter Berufung auf eine entgegenstehende Weisung der bP abgelehnt.

Mit der am 3. Februar 1986 erhobenen Klage begehrt die kP 99.000 DM samt 10 % Zinsen seit dem 14. November 1985. Sie behauptet, die vertraglich vorgesehene Übernahme des Werkes sei noch nicht vorgenommen worden. Die von der bP übermittelte Erklärung der Bank sei nicht die vereinbarte abstrakte Bankgarantie. Die Bank habe unter Berufung auf die abgegebene Bürgschaftserklärung die Zahlung verweigert. Daher habe auch die bP vor dem 9. November 1987 keinen Anspruch auf die Zahlung des Haftrücklasses, der daher der kP zustehe. Hilfsweise beruft sich die kP auf "irrtümliche Leistung". Die bP habe keine der Vereinbarung entsprechende Anlage hergestellt, weshalb die kP diese noch nicht übernommen habe. Die bP verweigere unbegründet die Vornahme der "Instandsetzung". Hilfsweise erhebt die kP dasselbe Zahlungsbegehren Zug um Zug gegen Ausfolgung der übermittelten Bürgschaftsurkunde. Schließlich stützt die kP ihr Begehren auch darauf, daß der notwendige Aufwand, die Anlage in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, den eingeklagten Betrag übersteige.

Die bP beantragt die Abweisung der Klage. Sie habe die von ihr hergestellte Nachverbrennungsanlage termingerecht Ende Oktober 1984 ausgeliefert. Bei der Montage seien erhebliche Schwierigkeiten entstanden, weshalb der von ihr nach Syrien entsandte Montageinspektor unverrichteter Dinge wieder zurückfahren habe müssen. Die Montage sei erst zehn Monate später erfolgt. Auch damals seien noch nicht alle von der kP zu schaffenden Voraussetzungen erfüllt gewesen, wodurch es wieder zu Verzögerungen und Stehzeiten gekommen sei. Allfällige Planungsfehler, die zu Mängeln im Betrieb der Anlage geführt hätten, habe die bP nicht zu verantworten. Die zur Ablösung des Haftrücklasses vereinbarte "sogenannte" Bankgarantie und eine Bankbürgschaft seien gleichzuhalten, weil die Bank, die die Bürgschaftserklärung abgegeben habe, im Falle des Auftretens von Gewährleistungsmängeln als Bürge und Zahler der Gewährleistungsansprüche herangezogen werden könne. Solche seien aber nicht vorhanden, weil die Anlage unter den bei der Projektierung angenommenen Voraussetzungen klaglos funktioniere. Die kP habe in Kenntnis der äußeren Form und des Inhaltes die Bürgschaftserklärung akzeptiert. Da sie keine Mängel der Urkunde gerügt habe, sei die erst mit der Klage erhobene Rüge verspätet. Selbst wenn das Verlangen nach Vorlage einer Bankgarantie berechtigt wäre, sei das auf Zahlung gerichtete Begehren nicht gerechtfertigt. Jedenfalls müßte die kP, falls sie ihr Begehren auf Auswechslung der Garantieurkunde ändern wollte, Zug um Zug die von ihr jetzt als nicht ausreichend bezeichnete Bankbürgschaftserklärung zurückgeben. Die bP wendet ferner eine Gegenforderung von 41.786 DM aufrechnungsweise ein. Ihr seien nämlich wegen der nicht rechtzeitig von der kP herzustellenden Voraussetzungen für die Montage der Anlage Spesen in dieser Höhe entstanden. Darüberhinaus habe die kP zusätzlich einen Feuerungsautomaten sowie Düsen und Temperaturanzeigen zur Umstellung der Anlage auf Ölfeuerung bestellt, die ihr verrechnet worden seien.

Mit dem im ersten Rechtsgang erlassenen Urteil vom 12. Mai 1986 ON 5 verurteilte das Erstgericht die bP, binnen 14 Tagen

57.214 DM oder den Schillinggegenwert zu dem am Zahlungstag von der Wiener Börse verlautbarten Devisen-Warenkurs Zug um Zug gegen Ausfolgung der Bürgschaftsurkunde Nr 160.1300.95 der R\*\*\* M\*\*\* K\*\*\* vom 2. Juli 1985 samt 5 % Zinsen seit 14. November 1985 zu zahlen. Es stellte im wesentlichen den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt fest und führte in rechtlicher Hinsicht aus: Wegen des für die Prüfung der eingewendeten Gegenforderung noch erforderlichen Verfahrensaufwandes sei über den von der Gegenforderung nicht berührten Teil der eingeklagten Forderung mit Urteil abzusprechen. Die kP, die von der bP entgegen der Vereinbarung keine Bankgarantie, sondern bloß eine kausale Bürgschaftserklärung einer Bank erhalten habe, aus der sie auch nicht entnehmen habe können, daß diese Bank nicht sofort auf Aufforderung zahlen werde, hätte den vereinbarten Haftrücklaß nicht zahlen müssen. Sie sei daher berechtigt, den irrtümlich gezahlten Betrag solange zu verlangen, bis ihr die bP die vereinbarte Bankgarantie zur Verfügung stelle. Der Rückzahlungsanspruch sei mit dem Tag der Geltendmachung am 14. November 1985 fällig geworden. Da das bisherige Verfahren kein Ergebnis für die begehrten höheren Verzugszinsen erbracht habe, seien (vorläufig) nur die gesetzlichen Verzugszinsen zuzusprechen.

Die kP bekämpfte dieses Urteil insoweit, als die Verpflichtung der bP zu einer Teilzahlung von der Rückgabe der Bürgschaftsurkunde abhängig gemacht wurde. Sie beantragte, an die Stelle der vom Erstgericht angeführten Zug-um-Zug-Leistung die Ausfolgung einer an die Bank gerichteten Erklärung, daß die Bankbürgschaft hinsichtlich eines Teilbetrages von 57.214 DM erledigt sei, zu setzen. Die bP bekämpfte das Urteil zur Gänze und beantragte, es im

klageabweisenden Sinn abzuändern oder es allenfalls aufzuheben. Mit Beschluß vom 7. November 1986 3 R 177/86-12 gab das Berufungsgericht der Berufung der bP Folge, hob das angefochtene Teilurteil auf und verwies die Rechtssache zur Verhandlung und Entscheidung zurück. Die kP wurde mit ihrer Berufung auf diese Entscheidung verwiesen.

Das Berufungsgericht begründete seinen Aufhebungsbeschluß folgendermaßen: Die kP stütze ihr Zahlungsbegehren in erster Linie auf ihren (offenbar vertraglichen) Anspruch "auch den Hafrücklaß", hilfsweise auf die irrtümliche Leistung des dem Hafrücklaß entsprechenden Betrages und schließlich auch darauf, daß sie wegen der Weigerung der bP, die vertraglichen Pflichten zu erfüllen bzw das Werk instandzusetzen, einen den eingeklagten Betrag übersteigenden Aufwand tätigen müsse. Ob die Entscheidung des Erstgerichtes, die kP habe irrtümlich eine Nichtschuld gezahlt und daher Anspruch auf Rückzahlung des Geleisteten, im Hinblick auf die Regelungen über die Fälligkeit des Werklohnes (im vorliegenden Fall im Vertrag, sonst § 1170 ABGB) und auf § 1434 ABGB, wonach die Bezahlung einer richtigen und unbedingten Schuld nicht zurückgefordert werden kann, weil die Zahlungsfrist noch nicht verfallen ist, richtig sei, könne auf sich beruhen. Sollte diese Rechtsansicht des Erstgerichtes nämlich unrichtig sein, müßten auch noch die weiteren Rechtsgründe geprüft werden, wozu allerdings noch die erforderlichen Feststellungen fehlten. In diesem Verfahrensstadium müsse das Berufungsgericht die Prüfung der Rechtsfrage im Rahmen der Geltendmachung auf die Voraussetzungen für die Erlassung des Teilurteils beschränken. Teilurteile nach § 391 Abs 1 ZPO seien nur dann zulässig, wenn der Streitgegenstand quantitativ geteilt werden könne, ohne daß dadurch eine Veränderung der Ansprüche oder eine Präjudizierung der noch nicht erledigten Ansprüche eintrete. Ein ohne die gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen erlassenes Teilurteil sei schon aus diesem Grund anfechtbar, weil es sich dabei um einen (von der bP auch gerügten) Verfahrensmangel handle. Eine quantitative Zerlegung des eingeklagten Anspruches sei wegen des der Beurteilung des Berufungsgerichtes allein unterliegenden Eventualbegehrens der kP, das die Zug-um-Zug-Leistung, nämlich die Zahlung des Gesamtbetrages gegen die Rückstellung einer einheitlichen Urkunde enthalte, nicht möglich, weil damit die wechselseitigen Ansprüche der Parteien verändert würden. Die kP sei mit ihrer Berufung, mit der sie zwar die Verurteilung zur Zug-um-Zug-Leistung bekämpfe, auf die Entscheidung über die Berufung der bP zu verweisen, weil sie die (nicht ausdrücklich ausgesprochene) Abweisung ihres Hauptbegehrens (Zahlung ohne Zug-um-Zug-Leistung) nicht bekämpft und im Berufungsverfahren auch nicht beantragt habe, die bP unbedingt zur Zahlung des zuerkannten Teilbetrages zu verurteilen. Daher könne es auch auf sich beruhen, ob die in der Berufung vorgenommene Änderung des Zug-um-Zug-Begehrens zulässig gewesen sei.

In der Tagsatzung vom 2. Dezember 1986 beantragte die kP "die Fällung eines Teilurteils unter Aufrechterhaltung aller bisherigen Ansprüche mit folgendem Wortlaut: Die bP ist schuldig, der kP den Betrag von DM 57.214 oder den Schillinggegenwert dieses Betrages zu dem am Zahlungstag von der Wr. Börse verlautbarten Devisen-Warenkurs samt 5 % Zinsen seit dem 14. November 1985 Zug um Zug gegen Ausfolgung einer an die R\*\*\* M\*\*\* K\*\*\* e. G.,

D-6460 Gelnhausen-Meerholz gerichteten Erklärung, daß die Bankbürgschaft Nr 160.1300.95 vom 2. Juli 1985 hinsichtlich eines Teilbetrages von DM 57.214 erledigt ist, binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen".

Die bP sprach sich gegen die Fällung eines Teilurteils aus. Das Erstgericht erließ das von der kP beantragte Teilurteil. Es wiederholte die schon im ersten Teilurteil getroffenen Feststellungen und die rechtliche Beurteilung hinsichtlich der Zweckmäßigkeit eines Teilurteils und der vereinbarungswidrigen Beibringung einer kausalen Bürgschaftserklärung statt einer abstrakten Bankgarantie und führte weiters aus, daß der Bürgschaftserklärung mit Ausnahme der Überschrift nicht zu entnehmen gewesen sei, daß die Bank auf Weisung der kP nicht jedenfalls Zahlung leisten werde. Damit sei die kP erst anlässlich des vergeblichen Abrufversuches vom 14. November 1985 konfrontiert worden. Daher habe der Anspruch der kP auf Einbehalt des Hafrücklasses weiterbestanden. Darüberhinaus handle es sich bei der Vereinbarung um keine bloße Fälligkeitsvereinbarung, der Hafrücklaß (als noch aushaftendes Entgelt) müsse als unter der Bedingung ausgefolgt verstanden werden, daß keiner der im Vertrag genannten Mängel innerhalb der Garantiezeit auftreten werde. § 377 HGB sei auf diesen Fall nicht anzuwenden, weil die abzugebende Bankgarantie keine auf Grund des Bestellvertrages zu liefernde Ware sei. Durch die Modifizierung des Klagebegehrens in der Tagsatzung vom 2. Dezember 1986 sei der Streitgegenstand quantitativ geteilt worden, ohne daß es dadurch zu einer Veränderung der Ansprüche oder einer Präjudizierung der noch nicht erledigten Ansprüche gekommen sei. Dagegen erhob die bP Berufung wegen unvollständiger bzw unrichtiger Tatsachenfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit den

Anträgen, das angefochtene Teilurteil im klageabweisenden Sinn abzuändern oder es allenfalls aufzuheben. Das Berufungsgericht gab der Berufung Folge, hob das angefochtene Teilurteil unter Rechtskraftvorbehalt auf und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück.

Durch den Spruch des nunmehrigen Teilurteils trete keine Veränderung der wechselseitigen Ansprüche der Parteien ein, weil sich die Zug um Zug mit der Zahlung auszufolgende Erklärung an die Bank, daß die Bankbürgschaft hinsichtlich eines Teilbetrages von

57.214 DM erledigt sei, nicht auf den noch unerledigten Anspruchsteil von 41.786 DM beziehe. Das nunmehr bekämpfte Teilurteil sei daher zulässig. Es sei jedoch unrichtig. Die festgestellte Vereinbarung über einen 20%igen Haftrücklaß habe die kP berechtigt, diesen in der vereinbarten Höhe vom Gesamtpreis einzubehalten, soweit er nicht durch eine Bankgarantie gedeckt sei. Die kP habe von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht, sondern den Betrag des Haftungsrücklasses an die bP gezahlt. Damit sei das vertragliche Recht auf Einbehaltung ebenso erloschen wie ein Pfandrecht bei Rückstellung (der Pfandsache) gemäß § 467 ABGB. Die kP stütze ihren Anspruch aber auch hilfsweise auf die irrtümliche Leistung des dem Haftungsrücklaß entsprechenden Teiles des Gesamtpreises. Der Haftungsrücklaß wäre, soweit er nicht in Anspruch genommen worden wäre, nach Ablauf der Garantiezeit freizugeben gewesen. Die Verpflichtung zur Zahlung dieses Rücklasses sei also auflösend bedingt durch das Recht der kP, sich aus dem Haftrücklaß für Ansprüche aus der Gewährleistung schadlos zu halten. Die Bedingung sei eine auflösende, weil die bei ihrer Begründung lediglich befristete Zahlungsverpflichtung nur enden sollte, wenn der Auftraggeber Gewährleistungsansprüche geltend macht. Die kP habe nach der Zahlung des dem Haftungsrücklaß entsprechenden Entgeltteiles im Juli 1985 im Schreiben vom 14. November 1985 Gewährleistungsansprüche geltend gemacht. Eine Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen vor Zahlung des Rücklasses habe die kP nicht behauptet. Nach § 1434 S 1 ABGB könne eine noch ungewisse Schuld bei irrtümlicher Leistung wie eine Nichtschuld zurückgefordert werden. Der wichtigste Anwendungsfall einer ungewissen Forderung sei die aufschiebend bedingte. Für die auflösende Bedingung gelte diese Vorschrift aber nicht, weil dabei nicht die Entstehung der Forderung sondern der Wegfall ungewiß sei. Die Zahlung des dem Haftungsrücklaß entsprechenden Betrages könne daher nicht deshalb zurückgefordert werden, weil es sich um die irrtümliche Zahlung einer bedingten Schuld gehandelt habe. Nach § 1434 S 2 ABGB könne sie aber auch deshalb nicht zurückgefordert werden, weil sie noch nicht fällig gewesen sei. Das Erstgericht habe sich, ausgehend von der unrichtigen Bejahung des aufrechten Anspruches auf den Haftrücklaß und des Kondiktionsanspruches mit den weiters geltend gemachten Rechtsgründen nicht auseinandergesetzt, wodurch die Entscheidungsgrundlagen unvollständig geblieben seien (§ 496 Abs 1 Z 3 ZPO). Im fortgesetzten Verfahren werde das Erstgericht unter Beachtung des § 182 ZPO den Sachverhalt zu Punkt F der Klage (den eingeklagten Betrag übersteigende Kosten der Instandsetzung bzw. eines allfälligen Deckungsgeschäftes) mit den Parteien zu erörtern, von den Parteien angebotene Beweise durchzuführen, die entsprechenden Feststellungen vorzunehmen und den sich ergebenden Sachverhalt neuerlich rechtlich zu beurteilen haben. Dagegen richtet sich der als "Revisionsrekurs" bezeichnete Rekurs der klagenden Partei wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluß durch Wiederherstellung des Teilurteils abzuändern.

Die beklagte Partei beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist berechtigt.

Da es sich um Sachverhalte mit Auslandsberührung handelt, war zunächst zu klären, nach welcher Rechtsordnung sie zu beurteilen sind.

Die klagende Partei hat dazu schon in der Klage behauptet, daß für die vertraglichen Beziehungen der Streitteile nach Punkt 8.1 der auf der Bestellung der klagenden Partei vom 10. Mai 1984 enthaltenen, mit der Auftragsbestätigung der beklagten Partei vom 14. Mai 1984 akzeptierten Einkaufsbedingungen der klagenden Partei das österreichische Recht gelte. Die beklagte Partei hat dies dadurch, daß sie die Richtigkeit der dazu vorgelegten Beilagen B und C nicht bestritt, sondern diesbezüglich lediglich auf ihr Vorbringen verwies, das zur Frage der anzuwendenden Rechtsordnung nichts enthält, aber auch dadurch, daß sie sich schon in der Klagebeantwortung aber auch im Rechtsmittelverfahren auf österreichisches Recht berief, im Sinn des § 267 ZPO schlüssig zugestanden. Da somit nach verfahrensrechtlichen Vorschriften in einem der Rechtswahl zugänglichen Sachgebiet dieses Parteivorbringen für wahr zu halten ist, waren die für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung maßgebenden tatsächlichen und rechtlichen

Voraussetzungen nicht nach § 2 IPRG von Amts wegen festzustellen, sondern das Schuldverhältnis zwischen den Parteien im Sinne der nach § 35 Abs 1 leg cit beachtlichen Rechtswahl der Parteien nach dem österreichischen Recht zu beurteilen.

Die Partner des die Nachverbrennungsanlage betreffenden Werkvertrages vereinbarten gegen die Regel des § 1170 S 1 ABGB, nach der das Entgelt nach vollendetem Werk zu entrichten ist, daß 15 % des Werklohnes von 495.000 DM als Anzahlung nach Erhalt der Auftragsbestätigung und Bankgarantie, 50 % nach Vorlage der Versandanzeige, 15 % nach Inbetriebnahme, der Rest (20 %) nach Übernahme, spätestens jedoch Mai 1985, sofern keine von der beklagten Partei verschuldete Lieferverzögerung eintritt, unter Berücksichtigung des "Hafrücklasses" zu zahlen sind. Dieser 20%ige "Hafrücklaß" wurde auf die Dauer der Garantiezeit vereinbart und sollte durch eine Bankgarantie mit Laufzeit von 24 Monaten nach Übernahme, längstens jedoch von 36 Monaten nach Lieferung (Garantiezeit) ablösbar sein. Alle Zahlungen sollten erst nach Zahlungsaufforderung mit 30-tägigem Ziel geleistet werden. Die Vereinbarung dieses "Hafrücklasses" berechnete die Bestellerin, die letzten 20 % des Werklohnes, also 99.000 DM, auf die Dauer der Garantiezeit einzubehalten und sich daraus für allfällige Gewährleistungsansprüche schadlos zu halten, soweit dieser Rücklaß nicht von der beklagten Partei durch eine Bankgarantie "abgelöst" würde, das heißt durch eine Bankgarantie eine dem Hafrücklaß entsprechende Sicherstellung geboten würde. Nachdem die Bestellerin eine von der beklagten Partei am 2. Juli 1985 erwirkte, mit "Bankbürgschaft für Mängelgewährleistungsansprüche" überschriebene Erklärung der R\*\*\* M\*\*\* K\*\*\* erhalten hatte, mit der diese Bank

für die fristgerechte Erfüllung der der beklagten Partei als Auftragnehmerin gegenüber der Bestellerin aufgrund des Auftrages zur Lieferung einer thermischen Verbrennungsanlage obliegenden Mängelgewährleistung gegenüber der Auftraggeberin unter Verzicht auf die Einrede der Anfechtung, der Aufrechnung und der Vorausklage (§§ 770, 771 BGB) die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von 99.000 DM übernahm, die erst wirksam werden sollte, wenn die anderen Sicherheiten freigegeben oder einbehaltene Garantiebeträge auf dem Konto des Auftragnehmers bei der Bank eingegangen sind und die erlöschen sollte, sobald die Veranlassung für die Bürgschaftsübernahme wegfällt oder die Bürgschaftsurkunde zurückgegeben wird, spätestens jedoch, wenn die Bank nicht bis zum 9. November 1987 aus der Bürgschaft in Anspruch genommen worden ist, zahlte die Bestellerin die restlichen 99.000 DM der beklagten Partei aus, obwohl es sich bei dieser Sicherstellung um die nicht vereinbarte Bürgschaftserklärung einer - ausländischen - Bank und nicht um die vereinbarte Garantieerklärung einer Bank handelte. Mit Schreiben vom 14. November 1985 teilte die Bestellerin der genannten Bank bezugnehmend auf diese Bankbürgschaft mit, daß sie diese in voller Höhe in Anspruch nehme, weil die beklagte Partei ihren Garantieleistungen nicht nachgekommen sei und ersuchte um sofortige Überweisung von 99.000 DM. Die Bank lehnte dies unter Berufung auf die von der beklagten Partei erteilte Weisung mit dem Hinweis ab, daß es sich um eine bloße Bürgschaft handle. Das der Übermittlung der Bürgschaftserklärung der Bank nachfolgende Verhalten der Bestellerin, nämlich die Zahlung des bis dahin einbehaltenen Hafrücklasses und der spätere Versuch einer Inanspruchnahme der Bank aus der erwähnten Erklärung, läßt mit Überlegung aller Umstände keineswegs keinen vernünftigen Grund übrig, daran zu zweifeln, daß die Bestellerin diese Bankbürgschaft im Sinn des § 863 ABGB stillschweigend anstelle der mit der beklagten Partei vereinbarten Bankgarantie als Ablöse des Hafrücklasses, akzeptierte, sich also mit einem weniger Sicherheit bietenden Sicherstellungsmittel zufriedengegeben habe. Ein solcher Schluß würde nicht auf die im redlichen Verkehr zwischen Kaufleuten geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht nehmen. Aus der vom Erstgericht im Rahmen der rechtlichen Beurteilung getroffenen Feststellung, daß die klagende Partei erst anlässlich des vergeblichen Abrufversuches vom 14. November 1985 mit der Tatsache konfrontiert wurde, daß die Bank auf ihre Weisung nicht jedenfalls Zahlung leisten werde, ist vielmehr zu entnehmen, daß das der Übermittlung der Bürgschaftserklärung der Bank unmittelbar nachfolgende Verhalten der Bestellerin auf deren (unrichtige) Annahme zurückzuführen ist, bei dieser Urkunde handle es sich um die als Hafrückklaßablöse vereinbarte Bankgarantie oder ein einer solchen gleichwertiges Sicherstellungsmittel.

Damit sind die im § 1434 ABGB bezeichneten Voraussetzungen erfüllt. Nach dieser Gesetzesstelle kann die Zurückstellung des Bezahlten auch dann begehrt werden, wenn die Schuldforderung auf was immer für eine Art noch ungewiß ist, oder wenn sie noch von der Erfüllung einer beigesetzten Bedingung abhängt. Die Bezahlung einer richtigen und unbedingten Schuld kann aber deswegen nicht zurückgefordert werden, weil die Zahlungsfrist noch nicht verfallen ist.

Die Bezahlung einer bedingten oder noch ungewissen Forderung steht der Erfüllung einer Nichtschuld (§ 1431 ABGB)

gleich. Wird eine gültige und unbedingte, bloß noch nicht fällige Schuld bezahlt, dann versagt das Gesetz grundsätzlich die Rückforderung. Weil der Grund der Rückerstattung im Irrtum des Leistenden liegt, schließt § 1432 leg cit die Kondiktion aus, wenn der Zahlende bewußt eine Nichtschuld tilgen wollte (Ehrenzweig, System2 II 1, 741; Rummel in Rummel, ABGB Rz 1 zu § 1434; Koziol-Welser, Grundriß I 397). Bei bloßen Zweifeln über die Existenz der Verbindlichkeit ist die Rückforderung zulässig, wenn sich der Mangel des Grundes herausstellt, es sei denn, daß der Zahlende mit der Leistung zugleich die Schuld anerkennen wollte (Ehrenzweig aaO 735; Wilburg in Klang2 VI 456 f; Koziol-Welser aaO; ZAS 1973/6; SZ 52/98; QuHGZ 1986/233).

Daß die Bestellerin, deren Gesamtrechtsnachfolgerin die klagende Partei infolge Verschmelzung ist (§ 234 AktG), mit der Zahlung der als Haftrücklaß geltenden letzten Werklohnrate die Schuld nicht anerkennen wollte, wurde bereits ausgeführt.

Die Bestellerin leistete diesen Werklohnrest vielmehr aus einem Rechtsirrtum, weil sie annahm, sie wäre dazu wegen der Ablöse des Haftrücklasses durch eine "Bankgarantie" verpflichtet. Tatsächlich hatte die beklagte Partei auf diese Zahlung jedoch kein Recht, weil sie den Haftrücklaß nicht durch die vereinbarte (abstrakte) Bankgarantie, sondern durch eine Bankbürgschaft "abgelöst" hatte. Die Verpflichtung der Bestellerin zur Zahlung der letzten 20 % des Werklohnes war von der Ablöse durch die vereinbarte Bankgarantie, abgesehen davon aber auch vom Nichtauftreten von Mängeln während der Garantiezeit abhängig.

Dabei handelt es sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes nicht um auflösende, sondern um aufschiebende Bedingungen, weil das Recht der beklagten Partei auf die letzte Werklohnrate erst nach Erfüllung dieser Bedingungen eintreten, aber nicht beim Eintritt dieser ungewissen Ereignisse verlorengehen sollte (§ 696 ABGB; Koziol-Welser aaO 149 f).

Bis zum Bedingungseintritt herrschte ein Schwebezustand, der sich, weil es sich um aufschiebende Bedingungen handelt, auf den Anfang bezog (Welser in Rummel ABGB Rz 7 zu § 696; Koziol-Welser aaO 151).

Die Bestellerin hat daher seinerzeit eine ungewisse bzw von der Erfüllung einer aufschiebenden Bedingung abhängige Schuldforderung bezahlt, weshalb ihr Rückforderungsanspruch nach § 1434 S 1 ABGB begründet ist.

Weil die Streitsache somit im Umfang des vom Berufungsgericht mit dem angefochtenen Beschluß aufgehobenen erstgerichtlichen Teilurteils zur Entscheidung reif ist, konnte der Oberste Gerichtshof nach Aufhebung des angefochtenen Beschlusses gemäß § 519 Abs 2 Satz 2 ZPO durch Teilurteil in der Sache selbst erkennen und das erstgerichtliche Teilurteil wiederherstellen. Der Vorbehalt der Entscheidung über die Kosten beruht auf § 52 Abs 2 ZPO.

#### **Anmerkung**

E16933

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1989:0100OB00504.87.0228.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890228\_OGH0002\_0100OB00504\_8700000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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