

# TE OGH 1988/2/11 6Ob506/88

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.02.1988

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Samsegger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schobel, Dr. Melber, Dr. Redl und Dr. Kellner als weitere Richter in der Rechtssache der gefährdeten Parteien 1.) V\*\*\* A\*\*\* Aktiengesellschaft, 4031 Linz, Muldenstraße, P.O. Box 2, 2.) K\*\*\* S\*\*\* H\*\*\* Ltd.,

Montreal, Quebec, 1600 Dorchester Boulevard, West, Kanada,

3.) K\*\*\* Industrieanlagen GmbH, Duisburg, Neudorfer Straße 3-5, Bundesrepublik Deutschland, sämtliche vertreten durch Dr. Kurt Heller, Dr. Heinz H. Löber, DDr. Georg Bahn, Dr. Werner Huber, Dr. Günther Horvath und Dr. Willibald Plessner, Rechtsanwälte in Wien, wider die Gegnerin der gefährdeten Parteien S\*\*\* F\*\*\* I\*\*\* Sdn. Bhn., 1-3 Flor, Wisma Tun, Fuad Stephens, Development Bank Tower Jalan Tuaran, Karamunsing, Sabah, Kota Kinabalu, Malaysia, vertreten durch Dr. Friedrich Mosing, Rechtsanwalt in Wien, wegen Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Anspruches auf Widerruf des erfolgten Abrufes einer Bankgarantie (Streitwert 238,440.896,40 S), infolge Revisionsrekurses der gefährdeten Parteien gegen den Beschuß des Landesgerichtes für ZRS Wien als Rekursgerichtes vom 28. September 1987, GZ 46 R 854/87-21, in der Fassung des Ergänzungsbeschlusses vom 18. Dezember 1987, GZ 46 R 854/87-29, womit der Beschuß des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 4. August 1987, GZ 36 C 1291/87-2, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschuß wird aufgehoben und dem Gericht der zweiten Instanz eine neuerliche zu fällende Entscheidung aufgetragen. Die Kosten des Revisionsrekursverfahrens sind weitere Kosten des Rekursverfahrens.

## **Text**

Begründung:

Die drei Antragsteller schlossen als "Konsortium" mit der Antragsgegnerin am 23. Dezember 1982 einen Vertrag samt Zusatzvertrag vom 28. November 1983, beide mit Wirksamkeit vom 1. März 1984, über die Lieferung und Errichtung einer (gemäß Beilage A "schlüsselfertigen") Zellstoff- und Papierfabrik samt dazu gehörigen Einrichtungen (gemäß Beilage A: auf dem "Gelände des Sabah Timber Complexes südlich der Stadt Sipitang, Staat Sabah, Malaysia") zum Gesamtpreis von

a)

146,837.000 Malaysische Ringgit;

b)

143,702.000 Kanadische Dollar;

c)

2.077,453.000 Österreichische Schillinge;

d)

99,946.000 Deutsche Mark.

Die Antragsteller ließen für die Antragsgegnerin die zwischen ihnen vertraglich vorgesehene "Performance Bond" unter anderem durch die Ö\*\*\* L\*\*\* Aktiengesellschaft über 48,43 % eines geltend gemachten Anspruches im Ausmaß von maximal 10 % der gesamten Vertragssumme erstellen. Die Ö\*\*\* L\*\*\* Aktiengesellschaft stellte die Bankgarantie (gemäß Beilage H in der Überschrift als "Performance Bond" und im Text als "unwiderbringliche Garantie auf erste Anforderung" bezeichnet) am 23. Februar 1984 aus und verpflichtete sich darin zur Zahlung der Garantiesumme (gemäß Beilage H: bis zu bestimmten maximalen Prozentsätzen für sechs namentlich genannte Anlageteile, nämlich Holzplatz, Zellstoffanlage, Papieranlage, Papierausrüstung und -lagerung, Abwasserbehandlung, Dampf und Strom) an die Antragsgegnerin "auf erste schriftliche Anforderung .... mit der Darlegung, daß der Verkäufer" (= die Antragsteller) "irgend eine bestimmte vertragliche Pflicht im Hinblick auf die Anlage oder einen Teil der Anlage nicht erfüllt hat".

Mit Fernschreiben und Schreiben vom 29. Juli 1987 verlangte die Antragsgegnerin von der Ö\*\*\* L\*\*\* Aktiengesellschaft die Bezahlung des gesamten Garantiebetrages mit der Begründung, die Antragsteller hätten ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag vom 23. Dezember 1982, "mechanische Fertigstellung, Inbetriebnahme und vorläufige Abnahme (die zur Ausstellung des Zertifikats über die vorläufige Abnahme führen) innerhalb der vertraglich festgelegten Zeiträume für alle Anlageteile, nämlich Holzplatz, Zellstoffanlage, Papieranlage, Papierausrüstung und -lagerung, Abwasserbehandlung, Dampf und Strom zu erreichen", nicht erfüllt.

Die Antragsteller begehrten mit der Behauptung, der Abruf der Bankgarantie durch die Antragsgegnerin sei rechtsmißbräuchlich erfolgt, zur Sicherung ihres entweder vor einem Schiedsgericht in Malaysia oder vor einer Schiedsgutachterinstitution in Paris geltend zu machenden Anspruches auf Widerruf des erfolgten Abrufes der Bankgarantie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahin, daß der Ö\*\*\* L\*\*\* Aktiengesellschaft die Leistung von

Zahlungen aus der Bankgarantie an die Antragsgegnerin und letzterer die Entgegennahme von Zahlungen aus der Bankgarantie oder die Verfügung darüber verboten werde. Die Antragsteller behaupteten, im Vertrag sei vorgesehen gewesen, daß zunächst für die einzelnen Teile der gelieferten Anlage ein "Mechanical Completion Certificate" (Zertifikat über die mechanische Fertigstellung) unterschrieben werden solle. Sodann hätte die Anlage in Betrieb genommen werden sollen. Als nächster Schritt sei die Unterzeichnung eines "Provisorial Acceptance Certificate" (provisorisches Abnahmeprotokoll) vorgesehen gewesen. Nach Ende der Gewährleistungs- und Garantiezeit hätte von den Vertragsteilen ein "Final Acceptance Certificate" (endgültiges Abnahmeprotokoll) unterzeichnet werden sollen. Die mechanische Fertigstellung hätte vertragsgemäß bis 31. Dezember 1986 durchgeführt werden sollen. Die Antragsgegnerin könnte aber Ansprüche aus einer Fristüberschreitung erst nach Verstreichen einer weiteren zweimonatigen Nachfrist geltend machen. Als spätester Zeitpunkt für die mechanische Fertigstellung sei daher der 28. Februar 1987 vereinbart worden. Überdies bestünden vereinbarungsgemäß dann keine Ansprüche aus einer Verzögerung der mechanischen Fertigstellung, wenn die provisorische Abnahme der Anlage bis 30. September 1987 unterschrieben werde. Das vertraglich vorgesehene Datum für die provisorische Abnahme der Anlage sei der 30. August 1987 gewesen, wozu noch eine Nachfrist von zwei Monaten eingeräumt worden sei, die vom Konsortium ohne rechtliche Nachteile in Anspruch genommen werden könne. Die Antragsteller hätten entgegen der Behauptung der Antragsgegnerin in ihrem Abruf-Fernschreiben vom 29. Juli 1987, in welchem auch eine genauere Darstellung der Vertragsverletzung der Antragsteller entgegen dem Text der Bankgarantie unterlassen worden sei, ihre vertraglichen Verpflichtungen vollinhaltlich erfüllt. Die mechanische Fertigstellung sei für 30 der insgesamt 31 Anlageteile fristgerecht vor dem 28. Februar 1987 erfolgt und von der Antragsgegnerin auch gegengefertigt worden. Lediglich der

31. Anlageteil, die Papiermaschine Nr. 1, sei erst am 5. April 1987 fertiggestellt worden. Für diese sei aber die Frist zur Vorlage des "Mechanical Completion Certificate" einvernehmlich bis zu diesem Zeitpunkt verlängert

worden. Die Antragsgegnerin habe sich aber bis heute grundlos geweigert, das Zertifikat gegenzufertigen. Nach der mechanischen Fertigstellung sei die Inbetriebnahme mit dem Ziel der vorläufigen Abnahme erfolgt, die mit Inanspruchnahme der vertraglichen zweimonatigen Nachfrist bis spätestens 31. Oktober 1987 geschehen müsse, bevor das Konsortium in Verzug geraten könne. Selbst ein allfälliger Verzug mit der mechanischen Fertigstellung könne von den Antragstellern noch dadurch gutgemacht werden, daß die provisorische Übernahme des betreffenden Anlageteiles bis spätestens 30. September 1987 erfolge. In diesem Fall seien Schadenersatzansprüche der Antragsgegnerin vertraglich ausgeschlossen.

Die Antragsteller hätten feststellen müssen, daß die Antragsgegnerin nach mechanischer Fertigstellung der Anlage die weitere Vertragserfüllung zu boykottieren trachte, offenbar um dadurch zum Schein die Voraussetzungen für den Abruf der Bankgarantie zu schaffen. Ferner bestehe der Eindruck, daß politische Veränderungen in Sabah einen Einfluß auf das Verhalten der Antragsgegnerin hätten. Die frühere Regierungspartei des Bundesstaates Sabah, die das Projekt initiiert und gefördert habe, sei von einer neu gegründeten Partei abgelöst worden, deren Mitglieder dem Projekt von Anfang an ablehnend gegenüber gestanden seien. Dies habe zur Folge, daß die Antragsgegnerin nicht mehr mit den erforderlichen staatlichen Finanzmitteln ausgestattet werde und sich dadurch in größten finanziellen Schwierigkeiten befindet. Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung ohne vorherige Anhörung der Antragsgegnerin und machte deren Vollzug vom Erlag einer durch die Antragsteller zu leistenden Sicherheit von fünf Millionen Schilling abhängig, welche auch in Form einer Bankgarantie innerhalb der Monatsfrist des § 396 EO beigebracht wurde. Das Erstgericht nahm über den eingangs dargestellten und unbestritten gebliebenen Sachverhalt hinaus im wesentlichen das gesamte Antragsvorbringen als bescheinigt an. Es bejahte seine Zuständigkeit gemäß § 387 Abs 2 EO und die Rechtsmißbräuchlichkeit des erfolgten Abrufes der Bankgarantie durch die Antragsgegnerin, da die Antragsteller ihre vertraglichen Verpflichtungen vollinhaltlich erfüllt hätten. In einem solchen Fall werde aber auch der garantiegebenden Bank nach ständiger Rechtsprechung ein Recht zur Zahlungsverweigerung eingeräumt. Die Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 379 Abs 2 Z 2 EO lägen vor, weil die Antragsteller andernfalls ihren Rückforderungsanspruch gegen die Antragsgegnerin vor einem Schiedsgericht in Malaysia durchsetzen und diesen auch dort vollstrecken lassen müßten.

Über Rekurs der Antragsgegnerin änderte das Gericht zweiter Instanz den erstgerichtlichen Beschuß im Sinne einer gänzlichen Antragsabweisung ab. Mit Ergänzungsbeschuß vom 18. Dezember 1987 sprach es aus, daß der Wert des Beschwerdegegenstandes 300.000 S übersteige. Das Rekursgericht führte aus, der Sicherungsantrag müsse schon deshalb abgewiesen werden, weil die Antragsteller darin entgegen § 389 Abs 1 EO die Zeit, für welche die von ihnen begehrte Verfügung in Antrag gebracht worden sei, nicht genau bezeichnet hätten. Dies stelle einen nicht verbesserungsfähigen Inhaltmangel dar. Im übrigen hätte der Sicherungsantrag auch nicht bewilligt werden dürfen, weil von den Antragstellern keine Originalurkunden, sondern nur unbeglaubigte Fotokopien beigebracht worden seien. Eine Zurückweisung an die erste Instanz zwecks Aufforderung zum Anschluß der erforderlichen Originalurkunden widerspräche aber dem Wesen eines beschleunigt durchzuführenden Provisorialverfahrens. Selbst wenn man schließlich von dem vom Erstgericht als bescheinigt angenommenen Sachverhalt ausgeinge und der Sicherungsantrag in formeller Hinsicht dem Gesetz entspräche, fehle es an jeglicher Anspruchsbescheinigung. Der zu sichernde Anspruch auf Widerruf des Abrufes der Bankgarantie beruhe auf dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag, demzufolge aber zulässigerweise die Anwendung des malaysischen Rechts vereinbart worden sei. Daß aber nach diesem ausländischen Recht ein derartiger Anspruch gegeben wäre, sei von den Antragstellern in erster Instanz weder behauptet noch bescheinigt worden. Ohne genaue Kenntnis der entsprechenden malaysischen Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit der dortigen Rechtsprechung lasse sich somit nicht beurteilen, ob der konkrete Fall vor dem ausländischen Gericht zur Anerkennung des behaupteten Anspruches führen würde, und, falls dies zu verneinen wäre, ob der vom ausländischen Recht hiebei vertretene Rechtsstandpunkt dem österreichischen ordre-public widersprechen würde.

Gegen diese Entscheidung des Rekursgerichtes richtet sich der Revisionsrekurs der gefährdeten Parteien mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne einer Wiederherstellung der vom Erstgericht bewilligten einstweiligen Verfügung.

Die Antragsgegnerin stellt in ihrer Revisionsrekursbeantwortung den Antrag, dem Rechtsmittel der Antragsteller nicht Folge zu geben.

## **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist im Sinne einer vom gestellten Abänderungsantrag umfaßten Aufhebung berechtigt.

Zutreffend wenden sich die Antragsteller zunächst gegen die Ansicht des Rekursgerichtes, daß eine Mißachtung der Vorschrift des § 389 Abs 1 Satz 1 EO einen inhaltlichen, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung hindernden Mangel des Sicherungsantrages begründe. Wie der Oberste Gerichtshof schon wiederholt (EFSIg 49.640 = MietSIg 37.845 mwN) ausgesprochen hat, hat das Gericht gemäß § 391 Abs 1 Satz 1 EO die Zeit, für welche es die einstweilige Verfügung bewilligt, von Amts wegen zu bestimmen, ohne dabei an die Anträge der Parteien gebunden zu sein. Es hat deshalb die Fristbestimmung erforderlichenfalls auch ohne Antrag der gefährdeten Partei beizusetzen.

Als ebenso verfehlt erweist sich die Ansicht des Rekursgerichtes, die von den Antragstellern beigebrachten unbeglaubigten Fotokopien seien als Bescheinigungsmittel untauglich, weil als solche nur Originalurkunden in Betracht kämen. Gemäß § 274 Abs 2 ZPO ist nämlich eine behufs Glaubhaftmachung eines Umstandes erfolgende Beweisaufnahme an die besonderen, für das Beweisverfahren bestehenden Vorschriften nicht gebunden, weshalb in der Auswahl der Bescheinigungsmittel eine Bindung des Gerichtes an die in der Zivilprozeßordnung ausdrücklich aufgezählten Beweismittel gar nicht besteht (ÖBI 1980, 121). Schon deshalb könnten daher auch unbeglaubigte Fotokopien zur Bescheinigung herangezogen werden, selbst wenn die Zivilprozeßordnung einen Urkundenbeweis nur in der Form der Vorlage von Originalurkunden zuließe. Letzteres trifft aber - abgesehen von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen - gar nicht zu, weil ansonsten die Vorschrift des § 299 ZPO überhaupt entbehrlich gewesen wäre (vgl. Fasching, Komm. III, 384). Schließlich hat das Rekursgericht in diesem Zusammenhang auch übersehen, daß dann, wenn die gefährdete Partei - wie hier - zur beabsichtigten Beschleunigung des Verfahrens bereits in ihrem Sicherungsantrag Bescheinigungsmittel anbietet und die als Bescheinigungsmittel angebotenen Urkunden - wenngleich auch nur in Form von unbeglaubigten Fotokopien - vorlegt, das Gericht davon ausgehen darf, sonstige zur Bescheinigung taugliche Mittel stünden ihr nicht zur Verfügung. Jedenfalls dann entfällt aber auch eine Verpflichtung des Gerichtes, die gefährdete Partei zur Vorlage der Originalurkunden aufzufordern (vgl. EFSIg 42.016). Grundsätzlich stellen daher auch unbeglaubigte Fotokopien taugliche Bescheinigungsmittel dar. Es ist jedoch eine Frage der freien richterlichen Beweiswürdigung, ob ihnen im Einzelfall zufolge Fehlens der Beglaubigung kein oder nur ein geminderter Beweiswert zuzuerkennen wäre. Das Rekursgericht durfte daher schon aus diesem Grunde die von der Antragsgegnerin im Rekursverfahren - zulässigerweise (vgl. RZ 1981/26) - vorgenommene Anfechtung der Beweiswürdigung des Erstgerichtes auch wegen inhaltlicher Mängel der Urkunden und deren angeblicher Unvollständigkeit nicht dahingestellt sein und damit offen lassen, ob es den als bescheinigt angenommenen Sachverhalt übernimmt oder nicht. Dies umso weniger, als sich auch seine Auffassung, der Sicherungsantrag sei jedenfalls bereits mangels entsprechender Bescheinigung des anzuwendenden malaysischen Rechts abzuweisen gewesen, als unzutreffend erweist:

Der diesbezüglichen Berufung auf die Entscheidung RdW 1986, 341 = BankArch. 1986, 486 = JBI 1987, 115, liegt insoferne ein Mißverständnis zugrunde, als es dort um eine Hauptgarantie einer irakischen Bank (Erstantragsgegnerin) ging, die durch eine Garantie einer österreichischen Bank (Drittshuldnerin) rückgarantiert war. In jenem Fall hat der Oberste Gerichtshof den sowohl gegen die irakische Bank als auch gegen eine weitere irakische Firma (Zweitantragsgegnerin) als Vertragspartnerin der österreichischen Antragstellerin gerichteten Sicherungsantrag auf Verbot der Inanspruchnahme und Zahlung aus den Garantien deshalb verneint, weil es hinsichtlich der Zweitantragsgegnerin als der Begünstigten aus der Hauptgarantie der irakischen Bank mangels eines allgemeinen Gerichtsstandes in Österreich an der Zuständigkeit österreichischer Gerichte und damit an der inländischen Gerichtsbarkeit gefehlt habe. Der Oberste Gerichtshof führte weiters aus, hinsichtlich der Erstantragsgegnerin (irakische Bank als Ausstellerin der Hauptgarantie) liege keinerlei Anspruchsbescheinigung vor, weil in bezug auf die sich aus dieser Bankgarantie ergebenden Verpflichtungen irakisches Recht maßgebend wäre, dessen Feststellung zum Punkt eines rechtsmißbräuchlichen Abrufes jedoch einen Aufwand erfordere, der einen eindeutigen Nachweis des Anspruches der österreichischen Antragstellerin nicht als gegeben erscheinen lasse. Anders ist die Sachlage im vorliegenden Fall, in welchem die ausländische Antragsgegnerin Vertragspartnerin der Antragsteller und zugleich Begünstigte einer ihr im Zusammenhang damit von einer inländischen Bank ausgestellten Bankgarantie ist. Hier ergibt sich bereits aus § 387 Abs 2 EO, daß österreichische Gerichte gerade auch in jenen Fällen zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig sind, in denen der Antragsgegner keinen allgemeinen Gerichtsstand in Österreich besitzt, also - wie hier - im Ausland seinen Wohnsitz oder Sitz hat (vgl. in diesem Sinne die Ausführungen des Obersten Gerichtshofes in der zitierten Entscheidung zu der von der österreichischen Drittshuldnerin gewährten Rückgarantie).

Entscheidend ist nur, daß die Gefahr durch Maßnahmen im Inland gebannt werden kann. Dies ist aber der Fall, wenn die den Gegenstand des Sicherungsantrages bildende Forderung, weil sie sich gegen einen inländischen Drittschuldner richtet, in Österreich gelegen ist (vgl. Koziol in BankArch. 1986, 492). Es bestehen daher auch entgegen der Meinung der Antragsgegnerin keine Bedenken in bezug auf den gegen sie gerichteten Teil des mit dem Sicherungsantrag angestrebten Drittverbotes, weil dieses mit der Erlassung der einstweiligen Verfügung ausschließlich im Inland in Vollzug zu setzen wäre. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Garantie der Ö\*\*\* L\*\*\* Aktiengesellschaft, die mißbräuchlich in Anspruch genommen worden sein soll, um ein Bankgeschäft eines Kreditunternehmens, das seine Niederlassung im Inland hat. Nach § 38 Abs 1 IPR-Gesetz ist daher schon mangels Behauptung einer vorgehenden gegenteiligen Rechtswahl (vgl. dazu Schwimann in Rummel, ABGB Rdz 2 zu § 38 IPR-Gesetz) - eine solche ist auch aus dem Text der Garantiekunde Beilage H nicht ersichtlich - für die Beurteilung der sich aus dieser Bankgarantie ergebenden Verpflichtung österreichisches Recht maßgebend. Das Rekursgericht hat aber zutreffend erkannt, daß der durch die beantragte einstweilige Verfügung zu sichernde Anspruch der Antragsteller auf Widerruf des bereits erfolgten Abrufes der Bankgarantie aus dem zwischen ihnen und der Antragsgegnerin bestehenden Vertragsverhältnis abgeleitet wird, auf welches die Parteien die Anwendung des malaysischen Rechtes vereinbart haben. Der zu sichernde Anspruch wäre daher nach diesem ausländischen Recht zu beurteilen. Das anzuwendende fremde Recht ist aber gemäß § 4 Abs 1 IPR-Gesetz entsprechend seinem Rechtscharakter von Amts wegen durch das Gericht zu ermitteln (Schwimann in Rummel, ABGB, Rdz 1 zu § 4 IPR-Gesetz, wobei es diesem frei steht, hiefür - gleichfalls von Amts wegen - als zulässige Hilfsmittel unter anderem die im Gesetz aufgezählten verfahrensrechtlichen Erhebungsmaßnahmen, darunter auch die Mitwirkung der Beteiligten, heranzuziehen (Schwimann aaO Rdz 2 zu § 4 IPR-Gesetz). Im vorliegenden Fall liegt es aber klar auf der Hand (siehe dazu die späteren Ausführungen zur Anspruchsgefährdung), daß allein der für die Ermittlung des malaysischen Rechts jedenfalls erforderliche beachtliche Zeitaufwand den zu sichernden Anspruch von vornherein vereiteln würde. Daraus folgt bereits eine besondere Dringlichkeit der beantragten einstweiligen Verfügung, die gemäß § 4 Abs 2 IPR-Gesetz zur Anwendung des österreichischen Rechtes führt, weil die Entscheidung im konkreten Fall nicht den geringsten Aufschub verträgt (vgl. Duchek-Schwind, IPR 17 Anm. 5 zu § 4; Schwimann aaO Rdz 4 zu § 4 IPR-Gesetz). Entgegen der Meinung der Antragsgegnerin bedeutet die Anwendung des österreichischen Ersatzrechtes im vorliegenden Fall daher auch keineswegs den von Schwimann (aaO) befürchteten Mißbrauch im Sinne einer Aushöhlung des gesamten IPR-Gesetzes.

Nach dem gemäß § 4 Abs 2 IPR-Gesetz anzuwendenden österreichischen Recht werden aber mit einer Bankgarantie, deren Abstraktheit - wie im vorliegenden Fall - durch die Formulierung "auf erste Anforderung" besonders scharf betont ist (JBl 1985, 425; Zahn-Eberding-Ehrlich, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel Rz 9/19), dem Anspruchsberechtigten unabhängig vom zugrundeliegenden Valuta- und Deckungsverhältnis selbständige Rechte zuerkannt. Deshalb dürfen Ansprüche des Garantieauftraggebers gegen den Begünstigten aus dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnis nicht dazu führen, daß über eine vom Garantieauftraggeber erwirkte einstweilige Verfügung, insbesondere durch das vorläufige Verbot an die Bank, Zahlungen aus der Garantie zu leisten, die Garantie doch wieder vom Grundverhältnis abhängig gemacht wird. Zulässig ist die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowohl im Falle der Inanspruchnahme der Bank aus der Garantie als auch dann, wenn - wie hier - der Garantieauftraggeber gegenüber dem Begünstigten einen Anspruch auf Widerruf des bereits erfolgten Abrufes der Bankgarantie geltend machen will, nur dann, wenn der Begünstigte die Garantie rechtsmißbräuchlich oder arglistig in Anspruch nimmt, also unter denselben Voraussetzungen, unter denen auch der Garant (die Bank), wenn sie vom Begünstigten belangt wird, die Zahlung ausnahmsweise verweigern darf. Zu fordern ist aber in beiden Fällen der liquide und eindeutige Nachweis des Nichteintrittes des Garantiefalles, weil dem Begünstigten noch kein arglistiges oder rechtsmißbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden kann, wenn nicht eindeutig feststeht, daß er keinen Anspruch hat. Die Sicherung des geschäftlichen Verkehrs erfordert es, daß die mißbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie geradezu evident ist (Schumacher in RdW. 1986, 329; EvBl. 1982/23; SZ 54/189 = EvBl. 1982/57; JBl 1985, 425; RdW. 1986, 340; WBI 1987/64; 6 Ob 613, 614/87 ua). Der Sache nach könnte ein Rechtsmißbrauch etwa dann sofort und eindeutig bescheinigt werden, wenn die Bankgarantie vom Begünstigten für ein Ereignis in Anspruch genommen wird, für das sie nicht übernommen wurde (Schumacher aaO; SZ 54/189; RdW. 1986, 340). Rechtsmißbrauch läge aber auch darin, daß der Begünstigte - wie im vorliegenden Fall nach den Behauptungen der Antragsteller - die Bankgarantie abgerufen hat, obwohl ihm bewußt war, daß ihm keine Leistung gebührt (vgl. Vortragsbericht Koziol in ÖJZ 1982, 56). Dies bedürfte aber nach dem bisher Gesagten ebenso einer eindeutigen und sofortigen Bescheinigung.

Insoweit hat der erkennende Senat im Anschluß an Schumacher (aaO 332 f) auch bereits ausgesprochen, daß die Bejahung oder Verneinung der Eindeutigkeit und Evidenz des vom gefährdeten Antragsteller zu erbringenden Nachweises über den Rechtsmißbrauch jedenfalls einen Akt der richterlichen Beweiswürdigung darstellt (6 Ob 613, 614/87). Es ist daher die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung schon deshalb unumgänglich, damit das Gericht zweiter Instanz die Beweisrüge des Rekurses der Antragsgegnerin behandelt und klarstellt, ob es den vom Erstgericht als bescheinigt angenommenen Sachverhalt übernimmt oder nicht bzw. welchen sonstigen Sachverhalt es allenfalls - abweichend oder ergänzend zum Erstgericht - als bescheinigt annimmt.

In diesem Zusammenhang sei auch noch darauf verwiesen, daß es im vorliegenden Fall nicht um die Sicherung einer Geldforderung, sondern des von den Antragstellern gegen die Antragsgegnerin vor einem ausländischen Schiedsgericht geltend zu machenden Anspruches auf Widerruf des bereits erfolgten Abrufes der Bankgarantie geht. Die einstweilige Verfügung könnte daher nur unter den Voraussetzungen des § 381 EO erlassen werden. Hiezu haben die Antragsteller - wenngleich auch in einem anderen Zusammenhang - eine konkrete Anspruchsgefährdung im Sinne des § 381 Z 1 erster Halbsatz EO behauptet. Eine solche ist auch offenkundig, weil ohne das beantragte Drittverbot sonst die gerichtliche Verfolgung oder Verwirklichung des Anspruches auf Widerruf des erfolgten Abrufes der Bankgarantie wegen der unmittelbar zu gewärtigenden Auszahlung der Garantiesumme vereitelt werden würde (vgl. Schumacher aaO 330). Der Kostenvorbehalt gründet sich auf die §§ 78, 402 Abs 2 EO in Verbindung mit § 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E13582

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

ECLI:AT:OGH0002:1988:0060OB00506.88.0211.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19880211\_OGH0002\_0060OB00506\_8800000\_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)