

# TE OGH 1987/7/2 6Ob613/87 (6Ob614/87)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.07.1987

## 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. Zehetner und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei R. u. E. T\*\*\* & Co. Gesellschaft mbH, 9500 Villach, Auer von Welsbachstraße 16, vertreten durch Dr. Rudolf Pototschnig, Rechtsanwalt in Villach, wider den Beklagten und den Gegner der gefährdeten Partei Dr. Helmut J\*\*\*, Inhaber der Firma A\*\*\* Dr. J\*\*\* Leopold, 9181 Feistritz im Rosental, vertreten durch Dr. Richard Kaan, Dr. Helmut Cronenberg, Dr. Hans Radl und Dr. Stephan Moser, Rechtsanwälte in Graz, wegen Unterlassung (Streitwert im Provisorialverfahren: 500.000 S), infolge Revisionsrekurses der klagenden und gefährdeten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Graz als Rekursgerichtes vom 10. April 1987, GZ 2 R 75, 76/87-11, womit der Beschluß des Landesgerichtes Klagenfurt vom 27. Februar 1987, GZ 30 Cg 84/87-2, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende und gefährdete Partei ist schuldig, dem Beklagten und Gegner der gefährdeten Partei die mit 15.874,65 S bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens (darin enthalten 1.443,15 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Am 30. Juli 1986 schlossen die Streitteile drei schriftliche Liefervereinbarungen über Werkleistungen der klagenden und gefährdeten Partei (im folgenden: Klägerin) als Generalunternehmerin im Rahmen der vom Beklagten und Gegner der gefährdeten Partei (im folgenden: Beklagter) geplanten Errichtung eines Wasserkraftwerkes in seiner Akkumulatorenfabrik in Feistritz im Rosental, und zwar:

Die Liefervereinbarung I, mit welcher der Beklagte die Klägerin mit der Errichtung einer Druckrohrleitung, dem Verlegen eines beigegestellten Steuerkabels, dem Mitverlegen beigelegter Wasserleitungen, den Abbrucharbeiten am Kollinz-Haus einschließlich Verführen und dem Planieren dieser Baustelle sowie der Erfüllung aller gesetzlichen und bescheidmäßigen Auflagen, zu einem pauschalen Fixpreis von 16.500.000 S beauftragte. Die Klägerin verpflichtete sich, all diese Leistungen bis spätestens 30. November 1986 zu erbringen. Sollte dies nicht geschehen, war für den

Zeitraum 1. Dezember bis 30. Dezember 1986 ein Pönale von 10.000 S pro Tag vereinbart. Sollten sämtliche vereinbarten Leistungen auch bis zum 31. Dezember 1986 nicht durchgeführt sein, so behielt sich der Beklagte vor, ein anderes Bauunternehmen mit der Fertigstellung zu betrauen. Die Klägerin hatte in diesem Fall ab 1. Jänner 1987 den Wert des nicht erzeugten Stromes anteilig bis zur Inbetriebsetzung zu vergüten. Weiters hatte die Klägerin zur Sicherstellung am 1. August 1986 eine Bankgarantie in Höhe von 5 Mio S zu erstellen, "die bei Nichtfertigstellung bis zum 31. Dezember 1986 am 1. März 1987 unwiderruflich fällig wird und zur Bezahlung etwaiger Mehrkosten der anderen Baufirma zur Fertigstellung des Projektes verwendet wird"; die Liefervereinbarung II, mit welcher der Beklagte die Klägerin mit der Errichtung eines Krafthauses mit Unterwasserkanal sowie der Erfüllung aller gesetzlichen und bescheidmäßigen Auflagen zu einem pauschalen Fixpreis von 3.500.000 S beauftragte. Die Fertigstellung sollte bis 31. Oktober 1986 erfolgen. In der Vereinbarung heißt es sodann: "Das Krafthaus ist als Teil des Gesamtprojektes anzusehen und gelten dieselben Bedingungen wie dort angeführt - mit der Änderung, daß bereits ein Pönale ab 1. November 1986 für das Krafthaus von 10.000 S pro Tag gilt";

die Liefervereinbarung III, mit welcher der Beklagte die Klägerin mit dem Transport und der Verlegung beigestellter Rohre sowie dem Schweißen und Isolieren derselben zu einem pauschalen Fixpreis von 4.500.000 S beauftragte. Auch hier findet sich abschließend der Passus: "Diese Vereinbarung ist als Teil des Gesamtprojektes anzusehen und gelten dieselben Bedingungen wie dort angeführt." Der Beklagte erhielt einen Haftungsbrief der V\*\*\* S\*\*\* vom 1. August 1986 mit nachstehendem, auszugsweise wiedergegebenen Wortlaut:

"Haftungserklärung.

Sie haben die Bauunternehmung R. & E. T\*\*\* & Co Villach, Hoch-, Tief- und Eisenbetonbau Gesellschaft mbH .... laut Liefervereinbarungen I. und II. vom 30. Juli 1986 mit diversen Arbeiten beauftragt und als Sicherstellung für die Einhaltung des Fertigstellungstermines 31. Dezember 1986 bzw. bei Nichteinhaltung zur Bezahlung etwaiger Mehrkosten eine Bankgarantie verlangt. Hierauf Bezug nehmend übernehmen wir Ihnen gegenüber zur Sicherstellung der Rechte, die Sie gegen die Bauunternehmung R. & E. T\*\*\* & Co Villach, Hoch-, Tief- und Eisenbetonbau Gesellschaft mbH erwerben, die Haftung bis zum Betrag von S 5.000.000,-- in Worten ....

Wir verpflichten uns, den uns namhaft gemachten Betrag, höchstens jedoch S 5.000.000,-- binnen drei Tagen nach Erhalt Ihrer Zahlungsaufforderung ohne Prüfung des Rechtsgrundes an Sie zu bezahlen.....

Diese Haftung erlischt, wenn sie nicht mittels eingeschriebenen Briefes, der bis längstens 31. März 1987 bei uns eingelangt sein muß, in Anspruch genommen wird, bzw. mit Rückgabe dieses Haftungsbriefes...."

Die Klägerin begehrte zur Sicherung eines im wesentlichen gleichlautenden Unterlassungsbegehrens die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher dem Beklagten verboten werden möge, über die Forderungen aus der Bankgarantie der V\*\*\* S\*\*\* vom 1. August 1986 zu verfügen, insbesondere diese Forderungen gänzlich oder teilweise einzuziehen sowie diese Haftungserklärung (Bankgarantie) abzurufen; zugleich möge der V\*\*\* S\*\*\* verboten werden, aus ihrer Haftungserklärung (Bankgarantie) vom 1. August 1986 Zahlungen an den Beklagten zu leisten. Die Klägerin stützte diese Begehren darauf, daß sie sämtliche ihr obliegenden Verpflichtungen aus den drei Liefervereinbarungen termingemäß erfüllt habe. Die sach- und termingerechte Leistungserbringung durch die Klägerin sei vom Beklagten auch bestätigt worden, wodurch die Bankgarantie hinfällig sei. Erst nach erfolgter Ab- bzw. Übernahme habe der Beklagte Mängel bezüglich der Schweißung der Rohre laut Liefervereinbarung III geltend gemacht und den noch ausstehenden restlichen Werklohn für die Leistungen aus allen drei Liefervereinbarungen von 12.700.000 S einbehalten. Nun wolle der Beklagte aber auch noch die Bankgarantie in Anspruch nehmen, obwohl diese nur zur Sicherstellung der Leistungen gemäß den Liefervereinbarungen I und II und der durch die Nichteinhaltung des Fertigstellungstermines 31. Dezember 1986 erwachsenden Mehrkosten gegeben worden sei. Der Garantiefall umfasse daher weder die Leistungen der Klägerin aus der Liefervereinbarung III noch die vom Beklagten nach Fertigstellung und Übernahme der Werkleistungen geltend gemachten Gewährleistungsansprüche. Aus einer solchen eklatanten rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie drohe der Klägerin ein unwiederbringlicher Schaden im Wege einer zusätzlichen Liquiditätsbeeinträchtigung, weil ihr Kreditkonto um weitere 5 Mio S ausgenützt werde. Zusammen mit dem sonstigen Liquiditätsschaden (gemeint: durch die Nichtzahlung des restlichen Werklohnes von 12,7 Mio S) stelle dies eine Existenzgefährdung ihres Unternehmens dar.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung ohne vorherige Anhörung des Beklagten und machte deren Wirksamkeit von einer Sicherheitsleistung der Klägerin in Höhe von S 3.000.000,-- in Form eines Barerlages oder

einer Bankgarantie abhängig. Die Klägerin hat die Sicherheitsleistung in Form einer Bankgarantie innerhalb der Monatsfrist des § 396 EO beigebracht. Das Erstgericht nahm über den eingangs dargestellten Sachverhalt hinaus noch als bescheinigt an, Vertreter der beiden Streitparteien hätten am 2. Dezember 1986 schriftlich niedergelegt, daß (richtig gemäß Beilage G: "Lt. heutiger Vorübernahme") die Vertragsleistungen der Klägerin bezüglich Liefervereinbarungen I und III termingemäß fertiggestellt worden seien, ausgenommen geringfügige Restarbeiten bzw. Leistungen, welche durch angeordnete Zusatzarbeiten bzw. durch Fa. J\*\*\* aufgetretene Lieferverzögerungen noch nicht hätten fertiggestellt werden können. Der Beklagte beabsichtige, die Bankgarantie zur Gänze einzuziehen, was sich im Zusammenhang mit dem noch ausstehenden restlichen Werklohn von 12.700.000 S akut existenzgefährdend auf den Betrieb der Klägerin auswirken würde. In rechtlicher Hinsicht folgte das Erstgericht daraus, daß in dem beabsichtigten Abruf der Bankgarantie durch den Beklagten deren rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme liege. Wenngleich aus dem Schlußsatz der Liefervereinbarung III erschlossen werden könnte, daß die Bankgarantie auch auf die Leistungen des Rohrschweißens anzuwenden sei, so ergebe sich doch aus der Liefervereinbarung I, daß Garantiefall lediglich die verspätete Fertigstellung sei, nicht aber Mängel, die erst nach ordnungsgemäßer Übernahme im Wege der Gewährleistung geltend gemacht würden. Hiefür sei vielmehr ein Haftrücklaß bestellt worden. "Die Bankgarantie" hafte dafür nicht. Die Klägerin habe auch die erforderliche Gefahrenbescheinigung erbracht.

Über Rekurs des Beklagten änderte das Gericht zweiter Instanz den erstgerichtlichen Beschluß im Sinne einer gänzlichen Antragsabweisung ab. Die Klägerin wurde mit ihrem gegen die Höhe der auferlegten Sicherheitsleistung erhobenen Rekurs auf diese Entscheidung verwiesen. Das Rekursgericht sprach aus, daß der Wert des Beschwerdegegenstandes 300.000 S übersteige. Es nahm noch ergänzend als bescheinigt an, daß laut Auftragsbestätigung (der Klägerin) vom 13. August 1986 diese nur für "Terminverzögerungen und Mängel" hafte, welche von ihr "im Rahmen der durchzuführenden Leistungen zu vertreten sind", nicht jedoch für "bauseitige Verzögerungen ... bzw. im Fall höherer Gewalt". Der Beklagte habe die V\*\*\* S\*\*\* am 24. Februar 1987 unter Bezugnahme auf die von ihr abgegebene Haftungserklärung fernschriftlich aufgefordert, den Gesamtbetrag in Höhe von 5 Mio S bis zum 27. Februar 1987 an ihn zu überweisen. Im Gegensatz zur Meinung des Erstgerichtes könne jedoch aus den von der Klägerin vorgelegten Bescheinigungsmitteln (Urkunden) keine Klarheit darüber gewonnen werden, daß die Bankgarantie für ein Ereignis in Anspruch genommen werden solle, für welches sie nicht gegeben worden sei. Es sei nämlich keineswegs evident, daß die Klägerin die vereinbarten Werkleistungen aus der Liefervereinbarung III rechtzeitig (dh bis spätestens 31. Dezember 1986) fertiggestellt habe. Daraus ergibt sich aber mit der gebotenen Deutlichkeit, daß das Rekursgericht die Bescheinigungsannahme des Erstgerichtes, am 2. Dezember 1986 sei die termingemäße Fertigstellung der Vertragsleistungen der Klägerin bezüglich Liefervereinbarungen I und III schriftlich niedergelegt worden, nicht übernommen hat.

In rechtlicher Hinsicht ging das Rekursgericht davon aus, daß zwar die vorliegende Bankgarantie nur zur Sicherstellung für etwaige Mehrkosten diene, die dem Beklagten aus der Nichteinhaltung des Fertigstellungstermines 31. Dezember 1986 entstünden. Dies umfasse aber auch Mehrkosten aus der verspäteten Fertigstellung des Schweißens und der Nachisolierung der Rohre über diesen Termin hinaus. Bei einer Bankgarantie müsse dem Begünstigten zunächst einmal auf die bloße Behauptung hin, der Garantiefall sei eingetreten, Zahlung verschafft und sein Vertragspartner auf den Weg einer Rückforderungsklage verwiesen werden. Der für die Bankgarantie typische Ausschluß von Einwendungen aus dem Valuta- und Deckungsverhältnis dürfe auch nicht auf Umwegen umgangen werden. Deshalb dürften Ansprüche des Vertragspartners gegen den Begünstigten aus dem Valutaverhältnis grundsätzlich nicht dazu führen, daß über eine einstweilige Verfügung die Leistung aus der Garantie doch wieder vom Grundverhältnis abhängig gemacht werde. Der Garantierauftraggeber könne Bedingungen vereinbaren, die erfüllt sein müßten, damit der Begünstigte die Garantie in Anspruch nehmen könne. Der Garant dürfe die Zahlung nur ausnahmsweise und dann verweigern, wenn der Begünstigte die Garantie rechtsmißbräuchlich oder arglistig in Anspruch nehme und dies von ihm liquide und eindeutig nachgewiesen werden könne. In einem solchen Fall wäre auch ausnahmsweise eine einstweilige Verfügung zulässig. Doch erfordere die Sicherheit des geschäftlichen Verkehrs, daß eine solche mißbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie geradezu evident sei, beispielsweise dann, wenn die Bankgarantie für ein Ereignis in Anspruch genommen werde, für das sie nicht übernommen worden sei. Derartiges sei im vorliegenden Fall aber ebenso wenig bescheinigt, wie von einem der Klägerin drohenden unwiederbringlichen Schaden die Rede sein könne. Deren Befürchtung, im Falle der Auszahlung des Garantiebetrages in weitere Liquiditätsschwierigkeiten zu geraten, sei nicht schutzwürdig.

Gegen die Entscheidung des Rekursgerichtes richtet sich der Revisionsrekurs der Klägerin mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne einer Wiederherstellung der vom Erstgericht bewilligten einstweiligen Verfügung, dies jedoch mit der Maßgabe, daß nur eine Sicherheitsleistung von 500.000 S auferlegt werde.

Der Beklagte stellt in seiner Revisionsrekursbeantwortung den Antrag, dem Rechtsmittel der Klägerin nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

Mit ihren Ausführungen wendet sich die Klägerin überwiegend gegen die Annahme des Rekursgerichtes, daß die von ihr als Bescheinigungsmittel vorgelegten Urkunden nicht mit der erforderlichen Klarheit für den Nachweis einer evident rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie durch den Beklagten ausreichen, also der Nichteintritt des Garantiefalles von der Klägerin im vorliegenden Fall nicht liquid und eindeutig nachgewiesen worden ist. Dabei übersieht die Rechtsmittelwerberin jedoch, daß der Oberste Gerichtshof auch im Provisorialverfahren Rechts- und nicht Tatsacheninstanz ist. Er ist daher an den vom Rekursgericht als bescheinigt angenommenen Sachverhalt, dessen Überprüfung ihm entzogen ist, gebunden (SZ 51/21; SZ 54/76; ÖBl 1983, 42; RdW 1986, 340 uva). Die Bejahung oder Verneinung der Eindeutigkeit und Evidenz des vom gefährdeten Antragsteller zu erbringenden Nachweises über den Rechtsmißbrauch stellt jedenfalls einen Akt der richterlichen Beweismwürdigung dar (vgl. Schumacher in RdW 1986, 332 f) und ist daher einer Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof nicht mehr zugänglich.

Mit einer Bankgarantie, deren Abstraktheit - wie im vorliegenden Fall - durch die Formulierung "ohne Prüfung des Rechtsgrundes" besonders scharf betont ist (SZ 50/32; JBl 1985, 425), werden dem Anspruchsberechtigten unabhängig vom zugrundeliegenden Valuta- und Deckungsverhältnis selbständige Rechte zuerkannt. Deshalb dürfen Ansprüche des Garantierauftraggebers gegen den Begünstigten aus dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnis nicht dazu führen, daß über eine vom Garantierauftraggeber 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 Garantierauftraggeber vom Begünstigten Unterlassung der Inanspruchnahme (bzw. Widerruf des Abrufes) der Bankgarantie begehrt, 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 Sicherheit des geschäftlichen Verkehrs erfordert es, daß die mißbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie geradezu evident ist (Schumacher aaO 329; EvBl 1982/23; SZ 54/189 = EvBl 1982/57; JBl 1985, 425; RdW 1986, 340; WBl. 1987/64 ua).

Da im vorliegenden Fall das Rekursgericht als letzte Tatsacheninstanz den von der Klägerin behaupteten Anspruch nicht mit der nach den dargestellten Grundsätzen erforderlichen Sicherheit als bescheinigt angenommen hat, weil die von ihr vorgelegten Urkunden darüber keine Klarheit geben, kommt auch ein Ersatz dieses Erfordernisses durch Sicherheitsleistung nicht in Frage (ÖBl 1973, 37; SZ 54/189; JBl 1987, 115 = BankArch 1986, 486 = RdW 1986, 341 ua). Soweit sich aber die Klägerin gegen die Auffassung des Rekursgerichtes wendet, es seien auch Verzögerungen der Leistungen aus der Liefervereinbarung III über den Fertigstellungstermin 31. Dezember 1986 hinaus von der Garantie umfaßt, und geltend macht, die ausgestellte Bankgarantie nehme als Rechtsgrund nur auf die Liefervereinbarungen I und II Bezug, so ist ihr entgegenzuhalten, daß auch dies nicht evident ist. Die Auslegung einer Garantieerklärung hat nämlich nach den Auslegungsregeln der §§ 914, 915 ABGB zu erfolgen. Es ist somit, wie bei anderen Verträgen auch, vom Wortsinn auszugehen, wobei diesem jedoch nicht die entscheidende Bedeutung zukommt. Letztlich maßgebend ist der Wille der Parteien, die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden. Kann diese nicht eindeutig ermittelt werden, so ist der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die Unklarheitenregel ist erst dann heranzuziehen, wenn die Auslegung gemäß § 914 ABGB zu keinem eindeutigen Ergebnis führt (WBl. 1987, 64 mwN). Nach diesen Grundsätzen hat aber das Rekursgericht durchaus zutreffend darauf hingewiesen, daß die Liefervereinbarung III bloß einen am gleichen Tag vereinbarten Zusatz zum Gesamtprojekt der

Liefervereinbarung I darstellt. Dort wird unter anderem die "Errichtung einer Druckrohrleitung" als Leistungsgegenstand bezeichnet und der Transport, die Verlegung, das Schweißen und Isolieren beigestellter Rohre gemäß Liefervereinbarung III kann nur diese von der Klägerin zu errichtende Druckrohrleitung betreffen. Dazu kommt noch, daß nach dem Schlußsatz der zuletzt genannten Liefervereinbarung diese als Teil des Gesamtprojektes anzusehen ist und dieselben Bedingungen gelten wie dort angeführt (= Liefervereinbarung I). Da somit zur "Errichtung" einer Druckrohrleitung auch das Schweißen und Isolieren der beigestellten Rohre gehört, umfaßt der in der Bankgarantie genannte Rechtsgrund der Liefervereinbarung I auch den hier in Rede stehenden Garantiefall. Daß aber das Schweißen und Isolieren der beigestellten Rohre bereits vor dem 31. Dezember 1986 von der Klägerin sach- und termingemäß fertig gestellt und vom Beklagten vertragsgemäß übernommen worden wäre, konnte das Rekursgericht nicht mit der erforderlichen Sicherheit als bescheinigt annehmen. Es fehlt daher am Erfordernis der Eindeutigkeit einer mißbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie durch den Beklagten, weshalb dem Revisionsrekurs ein Erfolg versagt bleiben mußte.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 und 52 ZPO in Verbindung mit den §§ 78, 402 Abs 2 EO.

#### **Anmerkung**

E11172

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

ECLI:AT:OGH0002:1987:0060OB00613.87.0702.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19870702\_OGH0002\_0060OB00613\_8700000\_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)