

# TE OGH 1985/9/18 8Ob612/85

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.09.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Stix als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kralik, Dr.Vogel, Dr.Kropfitsch und Dr.Zehetner als Richter in der Rechtssache der gefährdeten Partei prot.Firma Wolfgang A, Metallbau-Portalbau-Stahlbau, Dr.Koss-Straße 13 a, 4600 Wels, vertreten durch Dr.Sepp Voitl und Dr.Franz Gütlbauer, Rechtsanwälte in Wels, wider den Gegner der gefährdeten Partei Alois B, Hausverwalter, Pollheimerstraße 7, 4600 Wels, vertreten durch Dr.Gerald Haas, Rechtsanwalt in Wels, wegen einstweiliger Verfügung (Streitwert S 50.000,--) infolge Revisionsrekurses der gefährdeten Partei gegen den Beschuß des Kreisgerichtes Wels als Rekursgerichtes vom 5.Juni 1985, GZ. R 530/85-8, womit der Beschuß des Bezirksgerichtes Wels vom 9.April 1985, GZ.6 C 305/85-2, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die gefährdete Partei ist schuldig, ihrem Gegner die mit 2.829,75 S bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens (darin 257,25 S an USt.) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Mit der einstweiligen Verfügung des Erstgerichtes vom 9. April 1985 (ON 2 dA) wurde dem Antragsgegner antragsgemäß untersagt, die von der gefährdeten Partei bei der C, Bank für Oberösterreich und Salzburg, Filiale D, am 27.5.1982 bestellte Bankgarantie über 248.974,-- S ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen und auf Grund dieser Bankgarantie von diesem Institut Gelder zu beheben (Punkt 1.) und der C, Bank für Oberösterreich und Salzburg, Filiale D, untersagt, auf Grund der genannten Bankgarantie Zahlungen an den Antragsgegner zu leisten (Punkt 2.), wobei die Wirksamkeit dieser einstweiligen Verfügung mit der rechtskräftigen Erledigung des von der gefährdeten Partei bis 30.4.1985 gegen ihren Gegner anhängig zu machenden Rechtsstreites zur Durchsetzung des behaupteten Unterlassungsanspruches begrenzt wurde. Der vom Erstgericht als bescheinigt angenommene Sachverhalt läßt sich im wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

Der Antragsgegner hat der Antragstellerin als Bauherr des Park- und Geschäftszentrums D, Pollheimerstraße, einen Auftrag zur Durchführung von Metallbauarbeiten erteilt; dabei wurde ein Haftrücklaß von 248.974,-- S vereinbart. Um diesen Betrag vorzeitig ausbezahlt zu bekommen, erstellte die gefährdete Partei bei der C, Filiale D, am 27.5.1982 eine bis 4.4.1985 gültige Bankgarantie, wonach dem Gegner der gefährdeten Partei ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses binnen 3 Tagen nach Zustellung der schriftlichen Aufforderung seinens der C, Filiale D, ein Betrag

von höchstens 248.974,- S auszubezahlen ist. Während der Gewährleistungsfrist erhaben der Antragsgegner Mängelrügen. Die Antragstellerin führte Mängelbehebungen durch und wurden darüber Arbeitsbestätigungen iesgestellt. Der Antragsgegner forderte am 4.4.1984 aus der Bankhaftung von der C D 50.000,- S. Auf Grund des Bankhaftbriefes ist das genannte Institut verpflichtet, an den Antragsgegner diese Summe bis spätestens 9.4.1985 ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses auszubezahlen. Gegen den Antragsgegner waren und sind Exekutionen anhängig.

Das Erstgericht bejahte das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 381 Z 1 und 2 EO. Der Antragstellerin könne infolge der schlechten wirtschaftlichen Lage des Antragsgegners insofern ein unwiederbringlicher Schaden entstehen, als vom Gegner der gefährdeten Partei die in Anspruch genommenen Garantiebeträge auch dann nicht mehr einbringlich gemacht werden könnten, wenn die Antragstellerin zur Rückforderung berechtigt sei. Der Anspruch sei durch den vorgelegten Bankhaftbrief vom 27.5.1982 bescheinigt. Zu bedenken sei auch, daß der Nachteil, den die Antragstellerin zu befürchten habe, bei weitem schwerer wiegt als jener, der allenfalls beim Gegner der gefährdeten Partei eintreten könnte, zumal, wenn sich der Unterlassungsanspruch der gefährdeten Partei als nicht zu Recht erweise, dem Antragsgegner nach wie vor die Bankgarantie zugute komme. Als Sicherungsmittel komme noch § 382 Z 7 EO das gerichtliche Drittverbot in Frage.

Das Gericht zweiter Instanz änderte die vom Erstgericht erlassene einstweilige Verfügung in teilweiser Stattgebung des Rekurses des Gegners der gefährdeten Partei dahin ab, daß es bei Aufrechterhaltung der an den Gegner der gefährdeten Partei gerichteten Untersagung, die von der gefährdeten Partei bei der Bank für Oberösterreich und Salzburg, Filiale D, am 27.10.1982 bestellten Bankgarantie über 248.974,- S ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen und auf Grund dieser Bankgarantie von diesem Institut Gelder zu beheben, der gefährdeten Partei auftrug, für alle ihrem Gegner dadurch verursachten Nachteile durch gerichtlichen Erlag von 50.000,- S Sicherheit zu leisten, hingegen den Antrag, dem genannten Bankinstitut zu untersagen, auf Grund der genannten Bankgarantiezahlungen an den Gegner der gefährdeten Partei zu leisten, abwies, wobei auch das Rekursgericht die Wirksamkeit der einstweiligen Verfügung mit der rechtskräftigen Erledigung des den Unterlassungsanspruch betreffenden, bis 30.4.1985 geltend zu machenden Rechtsstreites begrenzte und aussprach, daß der von der Bestätigung betroffene Wert des Streitgegenstandes nicht 60.000,- S übersteigt, der von der Abänderung betroffene Wert hingegen 15.000,- S übersteigt und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei.

Das Gericht zweiter Instanz nahm auf Grund der im kurzen Weg beigeschafften Exekutionsakten noch folgenden weiteren Sachverhalt als bescheinigt an:

Zu 11 E 4/85 des Erstgerichtes ist gegen den Antragsgegner die Versteigerung seiner Liegenschaft EZ 508 und 509 beide KG Wels anhängig. Nach dem Grundbuchsauszug ist die Liegenschaft EZ 508 ua mit Höchstbetragspfandrechten von 130 Mio.S belastet. Dazu kommen noch ua ein Bestandsrecht und eine Reallast sowie eine Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung bis zum 28.9.1985. Die betreibende Partei, die Bank für Oberösterreich und Salzburg, führt die Zwangsversteigerung zur Hereinbringung von 1 Mio.S (Exekutionstitel ist der Wechselzahlungsauftrag vom 11.3.1985, 3 Cg 47/85). Die Schätzung ist für den 21.Juni 1985 angeordnet. Die Exekutionsverfahren 9 E 2551/82 und 2 b E 4880/79 wurden in der Zwischenzeit nach § 39 Abs 1 Z 6 EO eingestellt. Der Akt 9 E 726/83 des Erstgerichtes betrifft eine zwangsweise Pfandrechtsbegründung für eine Forderung von 3 Mio.S. Bei der rechtlichen Beurteilung des als bescheinigt angenommenen Sachverhaltes ging das Rekursgericht davon aus, daß die Antragstellerin einen Unterlassungsanspruch gegen ihren Gegner behauptete und damit die Bestimmungen des § 381 EO zum Tragen kämen. Demnach sei im Sinne des § 381 Z 1 EO, sofern das Urteil nicht im Ausland vollstreckt werden müsse, nach der neueren Judikatur eine konkrete Gefährdung des Anspruches, die nicht schon in der bloßen Weigerung des Gegners, den behaupteten Anspruch zu erfüllen, liege, erforderlich (MietSlg.33.756, 35.882; Heller-Berger-Stix 2723). Diese konkrete Gefährdung sei hier gegeben. Das Erstgericht habe unangefochten als bescheinigt angesehen, daß gegen den Antragsgegner Exekutionen anhängig seien und anhängig gewesen seien, was sich auch aus den angeführten Exekutionsakten ergebe. Wenngleich es sich bei den Liegenschaften EZ 508 und 509 KG Wels um ein größeres Gebäude mit mehreren Geschäften, einem Kaffeehaus sowie einer Parkgarage handle, so sei die hypothekarische Belastung doch sehr hoch und seien die Möglichkeiten einer Verwertung im Rahmen einer Zwangsversteigerung noch völlig offen. Inwieweit die Gläubiger Deckung hätten, sei erst nach rechtskräftiger Festsetzung des Schätzwertes und nach Anmeldung der Forderungen bekannt. Letztlich gehe es hier darum, daß der Antragsgegner derzeit die Bankgarantie nicht ausnützen solle. Entgegen der Meinung des Erstgerichtes sei allerdings der Anspruch der

gefährdeten Partei durch den vorgelegten Bankhaftbrief (sowie die anderen vorgelegten Urkunden) nicht ausreichend bescheinigt. Aus dem Bankbrief ergäbe sich der Anspruch des Antragsgegners, während die Antragstellerin glaubhaft machen müsse, daß dieser Anspruch aus dem Bankbrief nicht bestehe, daß also keine Gewährleistungsarbeiten mehr durchzuführen seien. Nach den vorgelegten Arbeitsbestätigungen seien zwar Arbeiten, die als Mängelbehebung bezeichnet worden seien, durchgeführt worden, es könne daraus aber nicht entnommen werden, ob alle behaupteten Mängel ordnungsgemäß behoben worden seien. Dies zu prüfen, würde den Rahmen eines Provisorialverfahrens sprengen. In diesem Zusammenhang könne auch das Wesen der Bankgarantie nicht unberücksichtigt bleiben. Die Bankgarantie sei ein einseitig verpflichtender Schuldvertrag, der in der Regel der Sicherung der Leistung eines Dritten an den aus diesem Vertrag begünstigten Gläubiger in der Weise dienen solle, daß letzterem durch die Bank gewährleistet werde, daß er die Leistung bzw. sein vertraglich festgesetztes Interesse an dieser auf jeden Fall, und zwar nicht nur dann erhielte, wenn der Dritte die Leistung vertragswidrig unterläßt, sondern auch dann, wenn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht zum Entstehen komme oder später weggefallen sei. Sie sei im Gegensatz zur Bürgschaft nicht akzessorisch (Schinnerer-Avancini, Bankverträge 2.Teil, 292 f., 316 f.). In dem vorgelegten Schreiben vom 27.Mai 1982 habe sich die C ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses verpflichtet, binnen 3 Tagen nach Zustellung der schriftlichen Aufforderung einen bestimmten Betrag an den Antragsgegner zu bezahlen. Diese Formulierung entspräche einem Verzicht auf die Einwendungen, die zwischen Antragstellerin und dem Antragsgegner bestünden. Der aus dem Hauptvertrag Anspruchsberechtigte bedinge ja gerade eine Bankgarantie, weil er sicherstellen wolle, daß die Realisierung seines Anspruches nicht durch alle möglichen und unmöglichen Einwendungen verzögert werde. Die Erklärung, auf Einwendungen zu verzichten, beziehe sich vor allem auf die Erhebung von Einwendungen aus dem Hauptvertrag, die dem Kunden der Bank gegenüber seinem Vertragspartner zustünden (Schinnerer-Avancini wie oben 315). Wenn daher die Antragstellerin im Provisorialverfahren den Anspruch nicht ausreichend bescheinigen könne (§ 390 Abs 1 EO) und überdies dem Antragsgegner eine Bankgarantie übergeben worden sei, damit die Antragstellerin sofort über den Haftrücklaß verfügen könne, sei die Auferlegung einer Sicherheitsleistung auch nach § 390 Abs 2 EO erforderlich. Die Kautionsdiene der Sicherstellung des dem Gegner durch die sich etwa als unberechtigt erweisende einstweilige Verfügung entstehenden Ersatzanspruches und der Kosten (Heller-Berger-Stix 2839). Die Höhe richte sich nach dem pflichtgemäßem Ermessen des Gerichtes; sie sei im Hinblick darauf, daß der Antragsgegner nicht schon am 7.April 1985, sondern erst nach einem für ihn erfolgreichen Abschluß des Rechtsstreites darüber verfügen könne, mit 50.000,- S zu bestimmen. Der Zeitpunkt der Beendigung des Zivilprozesses könne derzeit nicht abgesehen werden. Einstweilige Verfügungen gegen eine Bank, die Zahlung aus der Garantieverpflichtung an den Begünstigten zu unterlassen, seien allerdings grundsätzlich nicht möglich, weil Ansprüche des Dritten gegen den Begünstigten aus dem Valutaverhältnis wegen der Unabhängigkeit der Garantie grundsätzlich nicht dazu führen dürften, daß auf dem Umweg über eine einstweilige Verfügung die Garantie doch wieder vom Grundverhältnis abhängig gemacht werde (Koziol, Der Garantievertrag, 85). Es sei daher der Antrag, dem genannten Bankinstitut zu untersagen, auf Grund der Bankgarantie Zahlungen an den Antragsgegner zu leisten, abzuweisen gewesen.

Die Zulassung des Rekurses an den Obersten Gerichtshof gegen den abändernden Teil seiner Entscheidung begründete das Rekursgericht damit, daß - soweit überblickbar - eine höchstgerichtliche Judikatur zur Frage, inwieweit eine Bankgarantie Gegenstand einer einstweiligen Verfügung sein könne, nicht vorliege. Gegen diese Entscheidung des Gerichtes zweiter Instanz in seinem abändernden Teil, also hinsichtlich der Auferlegung einer Sicherheitsleistung und der Abweisung der an das genannte Bankinstitut gerichteten Verbots auf Grund der Bankgarantie Zahlungen an den Antragsgegner zu leisten, richtet sich der Revisionsrekurs der gefährdeten Partei mit dem Antrag, den angefochtenen Beschuß im Sinne der Wiederherstellung der erstgerichtlichen einstweiligen Verfügung abzuändern; hilfsweise wird die Herabsetzung der Sicherheitsleistung auf den Betrag von höchstens 5.000,- S beantragt.

Der Gegner der gefährdeten Partei beantragte in seiner Revisionsrekursbeantwortung, dem Revisionsrekurs keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist aus den vom Rekursgericht angeführten Gründen zulässig, er ist aber nicht berechtigt.

Vorerst ist festzuhalten, daß die Erlassung des an den Gegner der gefährdeten Partei gerichteten Verbotes unangefochten geblieben ist, Gegenstand des Revisionsverfahren somit nur die Frage ist, ob die Abweisung des von der gefährdeten Partei weiters auch gestellten Antrages auf Erlassung des an das Bankinstitut gerichteten Verbotes

sowie die Auferlegung der Sicherheitsleistung durch das Rekursgericht der Sach- und Rechtslage entspricht. Dies ist in beiden Fragen zu bejahen.

Was die Erlassung des an das Bankinstitut gerichteten Auszahlungsverbotes anlangt, so ist das Rekursgericht zutreffend davon ausgegangen, daß die von der Bank für Oberösterreich und Salzburg, Filiale D, hier abgegebene Erklärung, binnen 3 Tagen nach Zustellung der schriftlichen Aufforderung dem Antragsgegner zur Sicherung seiner Gewährleistungsansprüche aus dem mit der gefährdeten Partei abgeschlossenen Werkvertrag einen Betrag von höchstens 248.974,-- S 'ohne Prüfung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses' auszubezahlen, eine typische Bankgarantie enthält. Die Bankgarantie stellt einen Sonderfall des allgemeinen Garantievertrages dar, der - wie das Rekursgericht ebenfalls zutreffend erkannte - ein einseitig verpflichtender Schuldvertrag ist, der in der Regel der Sicherung der Leistungen eines Dritten, meist des Bankkunden, an den aus diesem Vertrag begünstigten Gläubiger in der Weise dienen soll, daß letzterem durch die Bank gewährleistet wird, daß er die Leistung oder sein vertraglich festgesetztes geldliches Interesse an dieser in jedem Fall enthält, also auch dann, wenn der Dritte die Leistung vertragswidrig unterläßt oder die Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht zum Entstehen kommt oder später wegfällt (SZ 48/130; SZ 50/66;

JBI 1978,204; EvBI 1982/23; RZ 1984/37; zuletzt 1 Ob 680/84;

Schinnerer-Avancini, Bankverträge 3 II 291; Canaris in Großkomm.z.HGB 3 III/3, 2.Bearbeitung,573 ff; vgl. auch Rummel in Rummel, ABGB, Rdz 5 zu § 880 a; Koziol, Der Garantievertrag 7 ff.). Mit der Bankgarantie werden dem Anspruchsberechtigten selbständige Rechte zuerkannt (SZ 48/130;

SZ 50/66; EvBI 1982/23; zuletzt 1 Ob 680/84). Bei einer abstrakten Bankgarantie ist der Garantievertrag vom Bestand der gesicherten Hauptschuld grundsätzlich unabhängig. Durch die hier verwendete Formulierung 'ohne Prüfung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses' wird die abstrakte Rechtsposition des Begünstigten und damit die Abstraktheit der Garantie besonders betont (SZ 50/32). Im Wesen einer solchen Bankgarantie liegt es, dem Begünstigten auf die bloße Behauptung hin, der Garantiefall sei eingetreten, zunächst Zahlung zu verschaffen (SZ 50/66; SZ 54/189) und seinen Vertragspartner auf den Weg einer Rückforderungsklage zu verweisen (SZ 54/189 mwN; zuletzt 1 Ob 680/84). Der für die Bankgarantie typische Ausschluß von Einwendungen aus dem Valuta- und Deckungsverhältnis darf auch nicht auf Umwegen umgangen werden (SZ 50/32; SZ 54/189). Deshalb dürfen Ansprüch des Garantieauftraggebers gegen den Begünstigten aus dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnis grundsätzlich nicht dazu führen, daß über eine (vom Garantieauftraggeber) erwirkte einstweilige Verfügung (insbesondere durch das vorläufige Verbot an das Bankinstitut, Zahlungen aus der Garantie zu leisten), die Garantie doch wieder vom Grundverhältnis abhängig gemacht wird (SZ 54/189; 7 Ob 569/82; 1 Ob 680/84; Koziol aaO 65 mwN). Nur ausnahmsweise darf der Garant die Zahlung verweigern oder eine einstweilige Verfügung im Sinne eines Leistungsverbotes an die Bank auf Antrag des Auftraggebers erlassen werden, und zwar dann, wenn der Begünstigte die Garantie rechtsmißbräuchlich oder arglistig in Anspruch nimmt, wobei allerdings der liquide und eindeutige Nachweis des Nichteintrittes des Garantiefalles zu fordern ist, weil dem Begünstigten noch kein arglistiges oder rechtsmißbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden kann, wenn nicht eindeutig feststeht, daß er keinen Anspruch hat (SZ 54/189; 1 Ob 680/84; Koziol aaO 64). Die Sicherheit des geschäftlichen Verkehrs erfordert es, daß die mißbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie geradezu evident ist (SZ 54/189; 1 Ob 680/84; vgl. EvBI 1982/20; SZ 50/66).

Von einer evident mißbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie durch den Beklagten kann im vorliegenden Fall aber keine Rede sein. Das Rekursgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die gefährdeten Partei zur Glaubhaftmachung der von ihr behaupteten Behebung der geltend gemachten Gewährleistungsmängel lediglich zwei Arbeitsbestätigungen vorgelegt hat, aus diesen aber nicht entnommen werden kann, ob alle behaupteten Mängel ordnungsgemäß behoben wurden. Liegt somit keine offensichtlich mißbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie durch den Gegner der gefährdeten Partei vor, so durfte das von der gefährdeten Partei beantragte Verbot an die Bank nicht erlassen werden. In der Abänderung der erstinstanzlichen einstweiligen Verfügung - im Rahmen der Anfechtung durch das Rekursgericht - durch Ausschaltung des an die Bank gerichteten Auszahlungsverbotes kann somit kein Rechtsirrtum erblickt werden.

Das Rekursgericht hat aber auch zutreffend erkannt, daß der von der gefährdeten Partei behauptete Anspruch gegen ihren Gegner auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie durch Vorlage der beiden

Arbeitsbestätigungen nicht ausreichend bescheinigt ist, weil sich daraus überhaupt nicht ergibt, welche Mängel dabei behoben wurden und ob diese Arbeiten auch tatsächlich ordnungsgemäß ausgeführt wurden. Bei nicht ausreichender Bescheinigung des von der gefährdeten Partei behaupteten Anspruches kann eine einstweilige Verfügung nur dann erlassen werden, wenn die dem Gegner hieraus drohenden Nachteile durch Ersatz ausgeglichen werden können und vom Antragsteller zu diesem Zweck eine vom Gericht nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wird (§ 390 Abs 1 EO). Die gefährdete Partei kann sich daher durch die Anordnung des Gerichtes, die Wirksamkeit der vom Erstgericht im Sinne des an den Gegner der gefährdeten Partei gerichteten Verbotes, insbesondere auf Grund der Bankgarantie Gelder zu beheben, erlassene einstweilige Verfügung vom Erlag einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, nicht beschwert erachten.

Die Sicherheit dient zur Sicherstellung des dem Gegner durch die etwa sich als unberechtigt erweisende einstweilige Verfügung entstandenen Ersatzanspruchs (§ 394 EO) und der Kosten; sie ist vom Gericht gemäß § 390 Abs 1 EO nach freiem Ermessen zu bestimmen, wobei es allerdings keiner besonderen Erhebungen über die mögliche Höhe des eventuell drohenden Schadens bedarf (Heller-Berger-Stix 2839 f.). Bedenkt man, daß die gefährdete Partei den Haftrücklaß bereits zur Gänze ausbezahlt erhalten hat, nunmehr doch ein Gewährleistungsfall eingetreten ist, der im Prozeßweg durch Beziehung von Sachverständigen, somit unter Aufwendung nicht unerheblicher Kosten gelöst werden muß, so kann nicht gesagt werden, daß die Sicherheit mit 50.000,-- S nicht angemessen hoch festgesetzt wurde.

Damit erweist sich aber der Revisionsrekus als unberechtigt, weshalb ihm der Erfolg versagt werden mußte. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO und den §§ 402, 78 EO.

#### **Anmerkung**

E06684

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0080OB00612.85.0918.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850918\_OGH0002\_0080OB00612\_8500000\_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)