

# TE OGH 2020/11/23 8Ob86/20k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.11.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Korn, den Hofrat Dr. Stefula und die Hofrätin Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Stolitcka & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei Ra\*\*\*\*\* registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Klaus Jürgen Karner, Rechtsanwalt in Villach, sowie den Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei K\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wilfried Aichinger, Rechtsanwalt in Feistritz an der Drau, wegen 953.968,56 EUR sA, über die Rekurse beider Parteien und des Nebenintervenienten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 9. Juni 2020, GZ 7 R 55/19s-51, mit dem das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 30. September 2019, GZ 25 Cg 44/19p-45, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Rekurs der klagenden Partei wird zurückgewiesen.

Den Rekursen der beklagten Partei und des Nebenintervenienten wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und in der Sache selbst dahin zu Recht erkannt, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die Klägerin ist schuldig, der beklagten Partei die mit 5.384,82 EUR (darin 897,47 EUR USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung, die mit 33.473,83 EUR (darin 645,93 EUR USt und 29.598,25 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rekurses und die mit 3.878,10 EUR (darin 646,35 EUR USt) bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung jeweils binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die Klägerin ist schuldig, dem Nebenintervenienten die mit 5.384,82 EUR (darin 897,47 EUR USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung und die mit 3.878,10 EUR (darin 646,35 EUR USt) bestimmten Kosten des Rekurses jeweils binnen 14 Tagen zu ersetzen. Die Kosten der Rekursbeantwortung hat der Nebenintervenient selbst zu tragen.

## Text

Entscheidungsgründe:

S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* und die „Ro\*\*\*\*\*“ Handelsgesellschaft mbH (im Folgenden: Ro\*\*\*\*\*), deren Alleingesellschafterin S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* und deren Geschäftsführer A\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* war, betrieben in V\*\*\*\*\* jeweils eine Tankstelle. Die Klägerin handelt mit Treibstoff, insbesondere mit Diesel und Benzin. Beide Tankstellen wurden seit dem Jahr 2012 von der Klägerin mit Treibstoff beliefert, der dort in weiterer Folge weiterveräußert wurde. Ab Mai 2017 gerieten sowohl Ro\*\*\*\*\* als auch S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* bei der Klägerin in Zahlungsverzug.

Der Nebenintervenient war bei der Beklagten von 2010 bis 2017 als Firmenkundenbetreuer angestellt und als solcher unter anderem für Ro\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* zuständig. Die Beklagte war deren Hausbank. Zwischen der Klägerin und der Beklagten gab es keine Geschäftsbeziehung.

Das Landesgericht Klagenfurt eröffnete sowohl über das Vermögen von S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* als auch Ro\*\*\*\*\* am 3. 7. 2017 das Konkursverfahren. Die Klägerin meldete in ersterem Konkursverfahren einen Kapitalbetrag von 648.587,99 EUR mit einem Zinsbetrag von 977,73 EUR, im zweiten einen Kapitalbetrag von 329.351,09 EUR mit einem Zinsbetrag von 847,22 EUR ohne Hinweis auf eine allfällig bestehende Drittsicherheit an.

A\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* bestellte über mehrere Jahre für beide Tankstellen regelmäßig, durchschnittlich etwa zweimal pro Woche Treibstoff telefonisch bei der Klägerin. Er rief fast täglich an, um sich nach dem Tagespreis des Treibstoffes zu erkundigen. Er nannte die von ihm benötigte Treibstoffmenge, wobei jeweils in Lkw-Zügen gerechnet wurde. Ein Lkw-Zug fasste etwa 30.000 Liter Treibstoff. Daraufhin wurde eine Auftragsbestätigung von den Angestellten der Klägerin ausgefüllt.

Zunächst musste A\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* selbst noch gewisse Angaben handschriftlich ergänzen und eine Bestätigung des Nebenintervenienten einholen, in weiterer Folge, jedenfalls im klagsgegenständlichen Zeitraum, füllten die Angestellten der Klägerin die gesamte Auftragsbestätigung aus und übermittelten sie direkt an den Nebenintervenienten, der sie an die Klägerin retournierte. Auf jeder Auftragsbestätigung fand sich rechts unten ein Kasten mit folgendem Vordruck: „Bestätigung der Bank: Hiermit bestätigen wir Ihnen unwiderruflich die Bezahlung des o.a. Auftrags laut Auftragswert und Fälligkeit.“

Die Zahlung der Forderungen der Klägerin durch Ro\*\*\*\*\* bzw S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* erfolgte zunächst per Bankeinzug und wurde – infolge mehrfacher Rückleitungen und Nichteinlösungen – jedenfalls schon vor dem klagsgegenständlichen Zeitraum auf Überweisung umgestellt. Auf Basis der Auftragsbestätigungen erfolgten zunächst die Einziehungen und in weiterer Folge die Überweisungen. Die Auftragsbestätigungsformulare wurden von der Kreditabteilung der Klägerin im Computersystem vorbereitet. Von der Verkaufsabteilung der Klägerin wurden nur die Felder Produkt, Menge und Preis ausgefüllt und das Lieferdatum eingetragen. Insbesondere das Zahlungsziel und die Zahlungsmodalität (Überweisung oder Bankeinzug) waren bereits von der Kreditabteilung im System vorgegeben.

Der Nebenintervenient erhielt die Auftragsbestätigung im klagsgegenständlichen Zeitraum direkt von der Klägerin per Mail, brachte in dem Kasten rechts unten den Bankstempel der Beklagten, das Datum und seine Paraphe an und übermittelte diese per Fax an die Klägerin retour. Für die Ausfertigung der von der Klägerin selbst formulierten „Überweisungsbestätigungen“ war weder ein gesondertes Entgelt noch eine sonstige Leistung zugunsten der Beklagten vereinbart. Die Auftragsbestätigungen waren im relevanten Zeitraum weder durch den Kunden noch durch die Klägerin unterfertigt. Die Klägerin überprüfte zu keiner Zeit die Vertretungsmacht des Nebenintervenienten für die Beklagte. Visitenkarten und Werbeeinschaltungen der Beklagten wiesen den Nebenintervenienten als Firmenkundenbetreuer der Beklagten aus; eine Vertretungsbefugnis des Nebenintervenienten schien nicht auf.

Die Organe der Beklagten hatten keine Kenntnis von der Ausstellung der Überweisungsbestätigungen durch den Nebenintervenienten. Die Beklagte wurde seitens der Klägerin niemals gemahnt oder zur Zahlung aufgefordert. Die Organe der Beklagten erlangten erst nach dem ersten Aufforderungsschreiben durch die Klägerin nach Konkurseröffnung im Jahr 2017 Kenntnis vom Tun des Nebenintervenienten und den gegenständlichen Überweisungsbestätigungen. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin in dieser Angelegenheit ausschließlich mit dem Nebenintervenienten Kontakt.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten unter Berufung auf die „unwiderruflichen Überweisungsbestätigungen“ 953.968,56 EUR sA an offenen Treibstoffrechnungen. Der Nebenintervenient habe die Beklagte rechtswirksam vertreten, sei es über eine Handlungs-, Duldungs- oder Anscheinsvollmacht, sodass die Beklagte für seine Zusage, dass die Rechnungen bezahlt würden, einzustehen habe. Die Duldung ergebe sich daraus, dass der Nebenintervenient über viele Jahre Überweisungsbestätigungen der Klägerin ausgestellt habe, was der Beklagten ohne Verletzung ihrer bankrechtlichen Kontrollpflichten nicht verborgen geblieben sein könne. Der Anschein ergebe sich aus der Verwendung von Stampiglie und Telefax der Beklagten durch den Nebenintervenienten und dessen Bewerbung als Firmenkundenbetreuer durch die Beklagte. Sollte keine wirksame Vertretung der Beklagten durch den Nebenintervenienten vorliegen, habe die Beklagte schadenersatzrechtlich für das Verhalten des Nebenintervenienten einzustehen. Ohne dessen Zahlungszusicherungen hätte die Klägerin die dem Klagebegehren zugrundeliegenden

Treibstofflieferungen nicht getätigt, sondern den Treibstoff an Dritte verkauft, sodass ihr der eingeklagte Betrag zugeflossen wäre. Der Nebenintervenient habe gewusst, dass die Klägerin nur deshalb Treibstoff an Ro\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* liefere, weil er unwiderrufliche Zahlungsbestätigungen ausgestellt habe. Eine Bank müsse sich nicht nur das Wissen ihrer Organe, sondern auch das ihrer anderen Gehilfen und damit auch jenes des Nebenintervenienten zurechnen lassen.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren. Der Nebenintervenient habe zu ihrer Vertretung keinerlei Befugnis gehabt, was der Klägerin leicht erkennbar gewesen sei. Eine Handlungsvollmacht des Beklagten liege nicht vor und sei aufgrund der bankrechtlichen Bestimmungen gar nicht möglich. Selbst wenn eine solche vorläge, würde sie das Verhalten des Nebenintervenienten nicht decken, beziehe sich eine Handlungsvollmacht nach UGB doch nur auf Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Unternehmens oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringe. Das Ausstellen von Bestätigungen wie den vorliegenden, die wirtschaftlich nichts anderes als Bankgarantien seien, liege außerhalb der gewöhnlichen Tätigkeit eines Firmenkundenbetreuers. Es liege auch keine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht vor. Die einzig und wie aus dem Firmenbuch ersichtlich jeweils nur gemeinsam vertretungsbefugten Organe der Beklagten hätten nichts davon gewusst, dass der Nebenintervenient die in Rede stehenden Bestätigungen ausgestellt und der Klägerin zugemittelt habe. Ihnen sei auch keine Verletzung von Kontrollpflichten vorzuwerfen. Sie hätten auch keinen Anschein für eine derartige Vertretungsbefugnis des Nebenintervenienten gesetzt. Die Beklagte habe sich mangels eines ihr vorwerfbaren oder ihr zurechenbaren schuldhaften Verhaltens auch nicht schadenersatzpflichtig gemacht. Die Klägerin sei für ihren Schaden selbst verantwortlich, habe sie es doch unterlassen, ein einziges Mal mit einer zur Vertretung der Beklagten befugten Person Kontakt aufzunehmen, was auch angesichts des immensen Volumens – die Treibstofflieferungen hätten über die Jahre viele Millionen EUR ausmacht – indiziert gewesen wäre.

Der auf Seite der Beklagten dem Streit beigetretene Nebenintervenient bestritt, im (Vollmachts-)Namen der Beklagten oder gar im eigenen Namen irgendwelche Haftungen für Verbindlichkeiten von Ro\*\*\*\*\* oder S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* gegenüber der Klägerin übernommen zu haben. Gegenstand der Gespräche sei ausschließlich die praktische Abwicklung des Liefergeschäfts gewesen. Der Zahlungsfluss sei über die Beklagte erfolgt, allerdings immer nur auf individuelle Weisung (Überweisungsauftrag) des Kunden sowie unter dem Vorbehalt einer hinreichenden Kontodeckung, also eines hinreichend ausnutzbaren (Kredit-)Rahmens des Kunden. Zu einer rechtswirksamen Übernahme einer (eigenen) Zahlungspflicht für die Beklagte als Bank sei der Nebenintervenient weder formal noch materiell befugt oder berechtigt gewesen. Dies sei allen Seiten, auch der Klägerin, völlig klar und bewusst gewesen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es ging dabei vom eingangs auf das Wesentliche gekürzt wiedergegebenen Sachverhalt aus. In rechtlicher Hinsicht vertrat es den Standpunkt, dass der Nebenintervenient ohne Vertretungsmacht gehandelt habe. Zum einen sei er weder organschaftlicher Vertreter der Beklagten nach § 2 Z 1 lit b BWG gewesen noch habe er über Prokura verfügt. Zum anderen sei ihm auch zu keinem Zeitpunkt ausdrücklich oder konkludent eine Handlungsvollmacht, die die Kompetenz umfasse, unwiderrufliche Überweisungsbestätigungen auszustellen und dadurch eine direkte Verpflichtung der Beklagten zu begründen, erteilt worden. Eine unwiderrufliche Überweisungsbestätigung sei wegen ihrer Rechtsfolgen wie eine Bankgarantie zu behandeln, weshalb sie nicht zu den gewöhnlichen und üblichen Geschäften iSd § 54 UGB gehöre. Ebenso wenig seien die Voraussetzungen für eine entsprechende Duldungs- oder Anscheinsvollmacht erfüllt. Die zur Vertretung der Beklagten berufenen Personen hätten zu keiner Zeit vom Tun des Nebenintervenienten gewusst, sondern erst nach der Konkurseröffnung bzw darauffolgender Zahlungsaufforderung durch die Klägerin davon erfahren. Dass der Nebenintervenient als Firmenkundenbetreuer bei der Beklagten beschäftigt gewesen und als solcher beworben worden sei, dass er über entsprechende Visitenkarten verfügt habe und es ihm möglich gewesen sei, Firmenstempel, Faxanschluss und E-Mail-Adresse der Beklagten zu verwenden, ließe nicht auf seine Berechtigung schließen, für die Beklagte verbindliche Erklärungen abzugeben. Man könne nicht davon ausgehen, dass jeder Bankangestellte zum Abschluss eines jeden Geschäfts ermächtigt sei, sofern es sich nur dem Betriebsgegenstand einer Bank zuordnen lasse. Im Bankenbereich bestehe ein System abgestufter Ermächtigungen, das auch der Klägerin als Großunternehmen mit jahrzehntelanger Geschäftserfahrung, bekannt sei. Die Klägerin habe nicht davon ausgehen können, dass bei Bestehen eines solchen abgestuften Ermächtigungssystems der nicht vertretungsbefugte und nicht im Firmenbuch eingetragene Nebenintervenient ohne weiteres zur Ausstellung einer unwiderruflichen Überweisungsbestätigung ermächtigt gewesen sei.

Auch von einer ausdrücklichen oder konkludenten Genehmigung des Geschäfts im Sinne des § 1016 ABGB könne nicht ausgegangen werden. Der bloße Umstand, dass Überweisungen im Rahmen der Kontodeckung durchgeführt worden seien, sei keine nachträgliche Genehmigung.

Ein Schadenersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder aus culpa in contrahendo sei zu verneinen, da den vertretungsbefugten Organen der Beklagten nicht bekannt gewesen sei, dass die Klägerin nur dann an ihre Geschäftspartner leiste, wenn die zu erbringenden Zahlungen sichergestellt seien. Ein allenfalls beim Nebenintervenienten diesbezüglich vorhandenes Wissen sei der Beklagten nicht zuzurechnen.

Das Berufungsgericht hob das Ersturteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Abseits der Frage einer Schadenersatzpflicht der Beklagten billigte es im Wesentlichen die Ausführungen des Erstgerichts. Die Beklagte habe sich aber grundsätzlich schadenersatzpflichtig gemacht. Wie bereits in der Entscheidung SZ 59/51 dargelegt, verpflichtete sich ein Kreditinstitut mit der Eröffnung eines Girokontos dem Kunden gegenüber unter anderem zur Durchführung von Gutschriften auf diesem Konto und von Überweisungen und Barauszahlungen zu Lasten des Kontos. Der Überweisungsauftrag stelle keinen Vertrag zugunsten eines Dritten dar. Mit der Erteilung des Überweisungsauftrags allein entstehe grundsätzlich noch kein Recht des begünstigten Dritten gegenüber dem Kreditinstitut. Das schließe aber im Einzelfall nicht aus, dass die Anwendung der Bestimmungen über den Vertrag zugunsten Dritter aus anderen Gründen zum Tragen komme. Der Nebenintervenient wäre im Fall der Kenntnis, dass die Klägerin nur liefert, weil sie die unwiderruflichen Zahlungsbestätigungen für ein mit einer Bankgarantie vergleichbares Sicherungsinstrument hielt, verpflichtet gewesen, die Klägerin auf die Wertlosigkeit dieser Bestätigungen im Falle mangelnder Deckung hinzuweisen. Falle die Abwicklung bzw. Organisation des Zahlungsverkehrs zwischen S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* bzw. Ro\*\*\*\*\* und der Klägerin in das dem Nebenintervenienten übertragene Aufgabengebiet, sei der Beklagten sowohl diese Kenntnis des Nebenintervenienten als auch die Verletzung der gebotenen Aufklärungspflicht zuzurechnen, woraus ein Schadenersatzanspruch der Klägerin resultiere. Es fehlten konkrete Feststellungen zu einer allfälligen Kenntnis des Nebenintervenienten, dass die Klägerin von der Gültigkeit der Überweisungsbestätigungen überzeugt gewesen sei und nur unter dieser Voraussetzung Treibstoff an S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* und Ro\*\*\*\*\* geliefert habe. Im fortgesetzten Verfahren werde das Erstgericht zu klären und festzustellen haben, „ob die Klägerin darauf vertraut hat, dass die vom Nebenintervenienten paraphierten unwiderruflichen Überweisungsbestätigungen die Beklagte unabhängig von der Deckung des Kontos zur Zahlung verpflichtete, ob sie an S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* und Ro\*\*\*\*\* nur deshalb Treibstoff lieferte, weil sie auf die Zahlungspflicht der Beklagten vertraute, ob der Nebenintervenient von diesen Umständen Kenntnis hatte und ob er diese Kenntnis im Rahmen der ihm übertragenen Tätigkeit erlangte“. Daher würden auch nähere Feststellungen zum Aufgabengebiet des Nebenintervenienten als Firmenkundenbetreuer zu treffen sein. Ergebe sich ein Schadenersatzanspruch der Klägerin nach den dargelegten Grundsätzen, bedürfe es auch weiterer Feststellungen zur Höhe des behaupteten Schadens, wobei § 349 UGB zur Anwendung gelange, zumal es sich hier um Schadenersatz „unter Unternehmern“ handle. Sofern sich ein Schadenersatzanspruch der Klägerin im fortgesetzten Verfahren ergebe, werde auch im Rahmen des erhobenen Mitverschuldenseinwands die mangelnde Sorgfalt der Klägerin, insbesondere die unterbliebene Überprüfung einer Vollmacht des Nebenintervenienten zur wirksamen Vertretung der Beklagten zu berücksichtigen sein.

Das Berufungsgericht ließ den Rekurs an den Obersten Gerichtshof gemäß § 519 Abs 1 Z 2 ZPO mangels „neuerer Rechtsprechung zu einer vergleichbaren Konstellation“ zu.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richten sich zum einen der Rekurs der Klägerin mit einem auf Klagsstattgebung gerichteten Abänderungsantrag, zum anderen die Rekurse der Beklagten und des Nebenintervenienten mit auf Klagsabweisung gerichteten Abänderungsanträgen. Hilfsweise wird jeweils ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt in ihren Rekursbeantwortungen, die gegnerischen Rekurse zurückzuweisen, Hilfsweise ihnen den Erfolg zu versagen.

Die Beklagte wies in ihrer Rekursbeantwortung auf die Unzulässigkeit des Rekurses der Klägerin hin und beantragte, diesem den Erfolg zu versagen.

Der Nebenintervenient stellte in seiner Rekursbeantwortung die Zulässigkeit des Rekurses der Klägerin ausdrücklich nicht in Frage. Er beantragte, dem Rekurs keine Folge zu geben.

Der Rekurs der Klägerin ist nicht zulässig.

Die Rekurse der Beklagten und des Nebenintervenienten sind aufgrund einer korrekturbedürftigen Fehlbeurteilung des Berufungsgerichts zulässig und demnach auch berechtigt.

Zum Rekurs der Klägerin:

### **Rechtliche Beurteilung**

Vorzustellen ist, dass die pauschale Begründung des Berufungsgerichts für die Zulässigkeit eines Rekurses, es gebe keine „neuere Rechtsprechung zu einer vergleichbaren Konstellation“, nicht überzeugt. Zum einen bleibt unklar, zu welcher konkreten Rechtsfrage aus Sicht des Berufungsgerichts zwar alte, aber keine neuere Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorhanden ist. Ist Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu einer bestimmten Rechtsfrage vorhanden, ist zudem irrelevant, ob diese älteren oder jüngeren Datums ist, wenn sich die Gesetzeslage nicht geändert hat und auch nicht inzwischen beachtliche Kritik geäußert wurde (RS0103384 [T2]).

Die von der Klägerin für die Zulässigkeit des Rekurses ins Treffen geführten Gründe überzeugen ebensowenig. Sie begründet die Zulässigkeit ihres Rechtsmittels zum einen damit, dass das Berufungsgericht eine ihrer Feststellungsrügen unerledigt gelassen habe. Diese richtete sich gegen die „Feststellungen“ im Ersturteil, dass dem Nebenintervenienten von der Beklagten weder Prokura, noch eine konkludente Handlungsvollmacht oder rechtsgeschäftliche Vollmacht, unwiderrufliche Zahlungsbestätigungen auszustellen oder überhaupt direkte Verpflichtungen für die Beklagte abzuschließen, erteilt worden sei. Das Berufungsgericht wertete diese Ausführungen ungeachtet ihrer Platzierung im Feststellungsteil des Ersturteils zutreffend größtenteils als rechtliche Beurteilungen und damit einer Tatsachenrüge nicht zugänglich. Soweit den Ausführungen Feststellungscharakter zukommt (so zum Nichtvorliegen einer Organstellung oder Prokura des Nebenintervenienten; vgl RS0043593), nahm das Berufungsgericht zutreffend von einer Erledigung der Tatsachenrüge Abstand, weil die Klägerin insofern – wie aus den von ihr in der Berufung angestrebten Ersatzfeststellungen erkennbar – gar nicht von deren Unrichtigkeit ausging. Sofern die Klägerin die Ersatzfeststellung anstrebte, der Kläger sei zur Durchführung von Überweisungen einzelvertretungsbefugt gewesen und hinsichtlich der Gewährung von Krediten und Überweisungen in Überziehung von Kreditrahmen kollektivvertretungsbefugt, nahm das Berufungsgericht erkennbar den zutreffenden Standpunkt ein, dass insofern (allenfalls) ein sekundärer Feststellungsmangel vorläge und die Tatsachenrüge damit ins Leere gehe. Die zur Dartuung der Zulässigkeit behauptete Nichterledigung einer Tatsachenrüge liegt damit nicht vor.

Die Klägerin begründet die Zulässigkeit des Rekurses weiters mit einer dem Berufungsgericht unterlaufenen Aktenwidrigkeit. Diese sieht sie darin, dass jegliche Feststellungen zu „Organisationsmaßnahmen“ im Bereich der Beklagten und zu Aufgaben, Befugnissen und Kontrollen des Nebenintervenienten fehlten. Zwar liegt – insoweit sind die Ausführungen der Klägerin zutreffend – auch dann eine Aktenwidrigkeit vor, wenn für eine Tatsachenfeststellung überhaupt keine beweismäßige Grundlage vorhanden ist (RS0007258 [T5]). Diese Konstellation liegt im vorliegenden Fall aber gerade nicht vor. Vielmehr beschwert sich die Klägerin über fehlende Feststellungen, was keine Aktenwidrigkeit darstellen kann.

Die Klägerin begründet das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage letztlich damit, dass das Berufungsgericht keine Duldungsvollmacht angenommen habe, obgleich die Beklagte Verletzungen ihrer bankrechtlichen Kontrollpflichten zu verantworten habe. Von solchen sei auszugehen, da die Beklagte hinsichtlich ihrer eigenen internen und nach außen nicht erkennbaren Organisation dem Beweis näher stehe sie daher die Behauptungs- und Beweislast getroffen habe.

Im erstinstanzlichen Verfahren verwies die Klägerin allein auf die allgemeinen (bank-)rechtlichen Überwachungs- und Kontrollpflichten nach §§ 28a und 39 BWG, § 22 Abs 1 GenG und § 3 Abs 2 bis 4 KI-RMV und vertrat den Standpunkt, die Beklagte müsse diese verletzt haben, sei es dem Nebenintervenienten doch möglich gewesen, über Jahre hinweg eine Vielzahl unwiderruflicher Zahlungs- und Überweisungsbestätigungen in ihrem Namen zu unterfertigen und an die Klägerin zu übermitteln. Grundsätzlich trifft jede Partei die Behauptungs- und die Beweislast für die Tatsachen, die Voraussetzung der für sie günstigen Rechtsnorm sind. Es trägt daher derjenige, der einen Anspruch behauptet, für alle anspruchsbegründenden (rechtserzeugenden) Tatsachen die Behauptungs- und Beweislast. Umgekehrt hat derjenige, der den Anspruch bestreitet, die anspruchshindernden, anspruchvernichtenden und anspruchshemmenden

Tatsachen zu behaupten und zu beweisen (RS0106638; RS0109832). Sind Tatfragen zu klären, die tief in die Sphäre einer Partei hineinführen, so kann die Nähe zum Beweis den Ausschlag geben. Voraussetzung dafür ist aber, dass derjenige, den die Behauptungs- und Beweislast nach der allgemeinen Regel trifft, seiner Behauptungs- und Beweislast in dem ihm zumutbaren Ausmaß nachkommt (RS0037797 [T17]; RS0013491 [T4]). Damit den „beweisnäheren“ Gegner die Behauptungs- und Beweislast trifft, müssen diesem zudem die betreffenden Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar sein, die erforderlichen Aufklärungen zu geben (RS0039895 [T2] = RS0039939 [T35]; 8 Ob 14/18v [Pkt 4.4]).

Im vorliegenden Fall mag der Klägerin der Einblick fehlen, welche Kontrollmaßnahmen die Beklagte tatsächlich setzte. Ihr war aber sehr wohl zumutbar, konkrete Kontrollmaßnahmen zu benennen, bei deren ordnungsgemäßer Durchführung das Verhalten des Nebenintervenienten offenbar geworden wäre. Erst diesfalls wäre es der Beklagten zumutbar gewesen, die Erfolglosigkeit der konkreten Maßnahme ohne ein Verschulden ihrerseits aufgrund der Nähe zum Beweis darzutun. Es ist der Beklagten hingegen unzumutbar, den (Negativ-)Beweis zu erbringen, keinerlei Kontrollpflichtverletzungen begangen zu haben. Die Klägerin hat damit der sie treffenden Behauptungs- und Beweislast für eine Kontrollpflichtverletzung der Beklagten nicht entsprochen. Ein diesbezüglicher Feststellungsmangel haftet dem Ersturteil folglich ebensowenig an. Schon mangels Dartuung einer Kontrollpflichtverletzung durch die Klägerin kann aus einer solchen auch keine Duldungsvollmacht abgeleitet werden.

Die Beurteilung von Bestand und Reichweite einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht stellt typischerweise eine Einzelfallbeurteilung dar (RS0020145 [T15 und T17]; ferner RS0053038; RS0019533). Dies gilt auch für die Frage des Vorliegens sowie der Reichweite einer Handlungsvollmacht iSd § 54 UGB (RS0019707 [T26]; 6 Ob 813/83).

Der Oberste Gerichtshof sprach bereits aus, dass die Verwendung von Geschäftspapier und Geschäftstampiglie oder Telefax durch einen Bankangestellten nicht für die Annahme ausreicht, dass dieser zum Abschluss jeden Geschäfts bevollmächtigt sei, das sich dem Betriebsgegenstand zuordnen lässt (7 Ob 705/84; 5 Ob 527/90; siehe ferner 1 Ob 538/95; 9 Ob 61/03s). Wäre dies so, so bedeutete dies eine Haftung der Bank für alle Handlungen ihrer Angestellten schlechthin, seien sie dazu befugt oder nicht. Gerade im Bankbereich besteht ein System abgestufter Ermächtigungen an die an sich nicht vertretungsbefugten Mitarbeiter, selbst für den Leiter einer Filiale (5 Ob 527/90). Weiters ist geklärt, dass die Übernahme einer Bankgarantie schon ihrer Art nach nicht zu den laufenden Geschäften eines Kreditunternehmens zählt, ist doch dabei im Einzelfall eine auf vorangegangene Erhebungen sich gründende Vorteils- und Risikoabwägung vorzunehmen (7 Ob 292/74 = JBl 1976, 307 [Welser]; 5 Ob 527/90; RS0016959; ähnlich zur Bürgschaft einer Bank 6 Ob 769/81 = QuHGZ 1983 Heft 2/216, 837). Ferner ist gesichert, dass eine unwiderrufliche Bestätigung einer Bank, zu einem späteren Zeitpunkt eine Zahlung bzw Überweisung durchzuführen, wirtschaftlich einer Bankgarantie gleichkommt (vgl 3 Ob 166/08w [Pkt II.b] = ÖBA 2009/1539 [Rummel] ; Koziol/Potyka in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht 2 V [2009] Rz 3/50).

Die Entscheidung der Vorinstanzen, der Nebenintervenient habe die Beklagte bei Ausstellung der Bestätigungen nicht vertreten, weil die Voraussetzungen weder für eine Handlungs-, Duldungs- noch für eine Anscheinsvollmacht vorlägen, hält sich im Rahmen der Rechtsprechung. Eine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung liegt nicht vor.

Zu den Rekursen der Beklagten und des Nebenintervenienten:

Die Rekurswerber begründen die Zulässigkeit ihrer Rechtsmittelunter anderem damit, dass das Berufungsgericht im Wesentlichen aus der Entscheidung 1 Ob 536/86 = SZ 59/51 = ÖBA 1986, 301 (Koziol) abgeleitet habe, dass die Beklagte (unter der dem Berufungsgericht noch aufklärungsbedürftig erscheinenden Annahme, dass der Nebenintervenient wusste, dass die Klägerin den Treibstoff nur wegen der unwiderruflichen Überweisungsbestätigungen liefere) wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht der Klägerin schadenersatzpflichtig sei, die genannte Entscheidung aber einen nicht vergleichbaren Fall betroffen habe. Sie befinden sich damit im Recht.

Im Fall 1 Ob 536/86 gab die dort beklagte Bank zwar Auftragsbestätigungen, über die sie selbst der Meinung war, dass diese keine vom Vorliegen des Deckungsverhältnisses unabhängige Verpflichtung für sie erzeugten, ab, sie wusste aber, dass die dortige Klägerin die Bestätigungen anders, nämlich als Zusage verstand, dass die Bank leisten werde. Der Oberste Gerichtshof entschied, dass die Bank über ihr divergierendes Verständnis der Bestätigung und damit auf deren Bedeutungslosigkeit hinweisen hätte müssen. Im vorliegenden Fall geht es demgegenüber darum, dass die Beklagte es unterließ, die Klägerin darauf hinzuweisen, dass der Nebenintervenient zur Ausstellung der Bankbestätigungen nicht befugt war, von deren Existenz sie nach den Feststellungen freilich gar nichts wusste.

Weil die Organe der Beklagten von den vom Nebenintervenienten ausgestellten Überweisungsbestätigungen nichts wussten und auch keine Kontrollpflichtverletzung der Beklagten feststeht, scheidet eine Schadenersatzpflicht der Beklagten abseits einer Verantwortlichkeit der Beklagten für den Nebenintervenienten als ihren Gehilfen von vornherein aus. Eine Zurechnung des Verhaltens des Nebenintervenienten zur Beklagten ist somit nur nach den Vorschriften der §§ 1315 und 1313a ABGB möglich.

Aus dem Umstand, dass der Nebenintervenient über Jahre unwiderruflich Überweisungsbestätigungen ausstellte, ohne dazu befugt zu sein, kann entgegen dem Standpunkt der Klägerin keine Untüchtigkeit des Nebenintervenienten iSd § 1315 ABGB abgeleitet werden. Die Untüchtigkeit des Gehilfen muss habituell sein, der Gehilfe muss also nach seiner Ausbildung oder Veranlagung für die übertragene Tätigkeit ungeeignet sein (Karner in KBB6 § 1315 ABGB Rz 3 mwN). Aus einem Verhalten des Besorgungsgehilfen ergibt sich dann seine habituelle Untüchtigkeit, wenn es ihm an den für seine Tätigkeit notwendigen Kenntnissen überhaupt fehlt und auch ein auffallender Mangel an Gewissenhaftigkeit vorliegt, der Besorgungsgehilfe also nicht geeignet ist, entsprechend den fundamentalen Kenntnissen seines Tätigkeitsbereichs zu arbeiten (RS0107261). Derartiges geht aus dem festgestellten Sachverhalt nicht hervor.

Das Mindest-Zurechnungskriterium der Vorschrift des § 1313a ABGB über Erfüllungsgehilfen ist, dass ein Beklagter das schuldhafte Verhalten des Dritten im Kontext mit der Erfüllung seiner – hier vorweg gegenüber der Klägerin schon nicht ersichtlichen – Vertragspflichten veranlasste. Nur dann, wenn die unerlaubte Handlung des Gehilfen in den Aufgabenbereich eingreift, zu dessen Wahrnehmung er von dem Beklagten bestimmt worden ist, hat dieser für ihn einzustehen. Umgekehrt ist jede Schädigung ausgeschlossen, die der Gehilfe dem Gläubiger nur gelegentlich (anlässlich) der Erfüllung zugefügt hat und die einer selbständigen unerlaubten Handlung entsprungen ist (RS0121745; RS0028626).

Koziol (Zurechnung ungetreuer Bank-Mitarbeiter [2004] Rz 182 ff, insb Rz 186) behandelt den Fall eines Kassiers, der keine Befugnis zur Erteilung von Ratschlägen über Wertpapiergeschäfte hat, aber dennoch einen solchen (schadensstiftenden) Ratschlag erteilt. Koziol vertritt die Ansicht, der Kassier habe nur gelegentlich der Erfüllung seiner eigentlichen (Kassier-)Pflicht den Schaden verursacht und verneint damit eine Haftung der Bank für dessen Ratschlag nach § 1313a ABGB. Koziol führt ergänzend aus, dass wenn keine Anscheins- oder Duldungsvollmacht des Bankmitarbeiters anzunehmen ist, aus entsprechenden Gründen eine schadenersatzrechtliche Zurechnung des Gehilfenverhaltens zu verneinen ist.

Ähnlich vertritt der BGH in VI ZR 159/75 = NJW 1977, 2259 (mwN) die Ansicht, eine Bank hafte nicht für einen Mitarbeiter, dessen Wirken „sachlich aus dem allgemeinen Umkreis seines Aufgabenbereichs und damit aus der Risikoerwartung der Bank herausfiel, sodass er nur bei Gelegenheit der Erfüllung der von ihm von der [Bank] übertragenen Aufgaben tätig geworden war“.

Der erkennende Senat verneinte zu 8 Ob 11/11t Ansprüche aus culpa in contrahendo, nachdem eine Gebietskrankenkasse aufgrund besonderer für Vertragsschlüsse von Sozialversicherungsträgern geltender Regeln einen unwirksamen Vertrag abgeschlossen hatte. Der Senat sprach aus, dass das (klagsabweisende) Ergebnis „auch aus dem Blickwinkel des Schutzzwecks des Genehmigungsvorbehalts konsequent [ist], käme die Beklagte doch ansonsten auf dem Umweg des Schadenersatzes in die Lage, anstelle des nicht genehmigungsfähigen, unwirksamen eigenen Spekulationsgeschäfts das nicht weniger nachteilige Spekulationsgeschäft der Klägerin erfüllen zu müssen“.

Diese Sichtweise des Senats stieß in der Literatur zum Teil auf Kritik (Monkilch, Glosse zur Entscheidung in ÖBA 2012, 246 ff [insb 248]). Demgegenüber begrüßte Felten (Glosse zur Entscheidung in ZFR 2012, 91 f), dass der Zweck der beschränkten Vertretungsmacht nicht durch eine Schadenersatzpflicht des Sozialversicherungsträgers „konterkariert“ werde. Eingehende Unterstützung fand die Entscheidung durch Graf (Glosse zur Entscheidung in JBl 2012, 447 ff). Würden derartige Schäden im Schutzbereich der Aufklärungspflicht der GKK liegen, wäre damit das Genehmigungserfordernis durch das Ministerium „desavouiert“, da es trotz fehlender Genehmigung zu einer Belastung der GKK mit Zahlungspflichten käme.

Auf die Thematik muss hier aber nicht näher eingegangen werden. Die Tätigkeit des Nebenintervenienten erfolgte nämlich bloß gelegentlich seiner Tätigkeit als Firmenkundenbetreuer von Ro\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\*, liegt doch die Abgabe einer wirtschaftlich einer Bankgarantie entsprechenden Zusage einer Zahlung in fünfzig Tagen außerhalb

jeglicher gewöhnlichen Tätigkeit von Kundenbetreuern. Der Senat teilt auch die Ansicht Koziols (aaO Rz 186), dass bei Verneinung einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht aus entsprechenden Gründen auch keine schadenersatzrechtliche Zurechnung des Gehilfenverhaltens vorzunehmen ist.

Auch die Judikatur zur Frage, inwieweit das Wissen eines (unselbständigen oder selbständigen) Gehilfen der Bank zuzurechnen ist, geht im Übrigen nur davon aus, dass sich der Geschäftsherr das Wissen, das ein handelnder Gehilfe im Zuge der ihm aufgetragenen Tätigkeit erlangt hat oder erlangen hätte können, zurechnen lassen muss (10 Ob 17/04d [Pkt 3.4.]). Das Wissen des falsus procurator über den von ihm ohne Vertretungsmacht getätigten Abschluss des Rechtsgeschäfts ist der Bank daher nicht zuzurechnen. Es kann der Beklagten daher nicht vorgeworfen werden, sie hätte aufgrund des ihr zuzurechnenden „Wissens“ des Nebenintervenienten Maßnahmen setzen müssen.

Damit scheidet eine Schadenersatzpflicht der Beklagten für das Verhalten des Nebenintervenienten jedenfalls aus. Der vom Berufungsgericht verfügten Verfahrensergänzung bedarf es nicht. Der angefochtene Beschluss war aufzuheben und das klagsabweisende Ersturteil wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung zweiter und dritter Instanz gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

**Textnummer**

E130066

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2020:0080OB00086.20K.1123.000

**Im RIS seit**

16.12.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

16.12.2020

**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)