

Kapitel I.

Bankgarantie im österreichischen Recht

Prof. Dr. *Brigitta Jud* und Dr. *Martin Spitzer****I. Allgemeines****1. Gesetzliche Grundlagen**

Der Garantievertrag ist im österreichischen Recht nicht besonders geregelt. § 880 a ABGB regelt lediglich die Zusage einer Leistung eines Dritten und damit nur einen Bruchteil des weiten Anwendungsbereichs von Garantien.¹ Dazu kommt, dass sich aus § 880 a ABGB nicht viel mehr ergibt, als dass Garantien abgegeben werden können: „Hat jemand einem anderen eine Leistung eines Dritten versprochen, so gilt dies als Zusage seiner Verwendung beim Dritten; ist er aber für den Erfolg eingestanden, so haftet er für volle Genugtuung, wenn die Leistung des Dritten ausbleibt“ (§ 880 a ABGB).

Auch die Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte aus dem Jahr 2000 (ABB 2000) enthalten keine ausdrückliche Regelung der Bankgarantie, doch finden sie insoweit Anwendung, als auch der Bankgarantievertrag ein Bankgeschäft i. S. d. ABB 2000 darstellt.²

Die meisten Rechtsfragen der Bankgarantie werden im österreichischen Recht durch unmittelbare oder analoge Anwendung anderer Bestimmungen des ABGB gelöst. So werden z. B. auf das Rechtsverhältnis von Bank und Garantierauftraggeber überwiegend die Vorschriften über das Auftragsrecht (§§ 1002 ff. ABGB), zum Teil aber auch die Regeln des Bürgschaftsrechts sinngemäß angewendet.

Die enorme praktische Bedeutung von Bankgarantien und ihre unterschiedlichen Ausgestaltungen hat vor allem in den letzten Jahren zu zahlreichen oberstgerichtlichen Entscheidungen geführt, so dass das „Recht der Bankgarantie“ in Österreich vor allem durch diese Rechtsprechung und die ihr zugrunde liegende Literatur geprägt ist. Auffällig ist, dass

* Prof. Dr. *Brigitta Jud* ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht an der Universität Bonn; Dr. *Martin Spitzer* ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.

1 *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II, 12. Aufl. 2001, S. 144.

2 Zu den ABB *Iro/Koziol*, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte, Kommentar, 2001.

sich Lehre und Rechtsprechung sehr häufig an der Entwicklung im deutschen Recht orientiert haben.³

2. Begriff

Bei der Bankgarantie wird von einer Bank die Gewähr dafür übernommen, dass der Begünstigte von einem Dritten eine Leistung erhält.⁴ Diesem dreipersonalen Verhältnis liegen drei Verträge zugrunde: Zunächst verpflichtet sich der Dritte gegenüber dem Begünstigten, eine Garantie zu erstellen (Valutaverhältnis). Der Dritte beauftragt die Bank, eine Garantie an den Begünstigten hinauszulegen (Deckungsverhältnis), weshalb er als Garantierauftraggeber bezeichnet wird. Schließlich schließt die Bank mit dem Begünstigten den Garantievertrag ab. Während die Leistung, deren Erhalt dem Begünstigten garantiert wird, sehr verschiedenartig sein kann (z. B. Zahlung, Warenlieferung, Dienstleistung), hat die Bank das wirtschaftliche Interesse des Begünstigten regelmäßig nur in Geld abzudecken.⁵

Die Bankgarantie ist ein *abstraktes Rechtsgeschäft*, weil sie der Begünstigte grundsätzlich unabhängig vom Valuta- und vom Deckungsverhältnis in Anspruch nehmen kann. Abstrakte Rechtsgeschäfte sind im österreichischen Recht allerdings nur dann wirksam, wenn es sich um dreipersonale Verhältnisse handelt⁶. Übernimmt daher die Bank ausnahmsweise die Garantie ohne Ermächtigung eines Dritten, sondern allein auf Grund ihrer Rechtsbeziehung zum Begünstigten (zweipersonale Garantie), dann ist eine Loslösung der Garantieverpflichtung von dem zwischen Garant und Begünstigten bestehenden Grundverhältnis nicht möglich.⁷

Die Bankgarantie verfolgt zum einen den Zweck, dem Begünstigten das Risiko des Erhalts der Leistung des Dritten abzusichern (*Sicherungszweck*), zum anderen folgt aus der Abstraktheit der Garantie, dass der Begünstigte die Leistung sofort erhält, also vor Austragung allfälliger Streitigkeiten über das Bestehen der Schuld. Die Garantie hat damit „*Bargeldfunktion*“.

3 Die im Folgenden angeführte Literatur und Judikatur wird bewusst auf Österreich beschränkt. Hinsichtlich der deutschen Literatur und Judikatur wird auf die Ausführungen von *Graf von Westphalen* in diesem Buch verwiesen.

4 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II, 1993, Rn. 3/1.

5 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/2.

6 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/4.

7 *Koziol*, *Der Garantievertrag*, 1981, S. 34 f.; *ders.*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/5; dies übersieht wohl der OGH in ÖBA 1988/93 (mit ebenso krit. Anm. *Jabornegg*) im Zusammenhang mit einer auf einen Wechsel bezogenen Einlösungsgarantie, deren Vorliegen nicht schon auf Grund dieser Tatsache, sondern erst aus anderen Überlegungen verneint wurde.

3. Arten

Wie in Deutschland hat die Praxis auch in Österreich verschiedene Arten von Bankgarantien herausgearbeitet, die sich nach der Art. der gesicherten Leistung unterscheiden. Dazu zählen z.B. die Bietungs-, die Anzahlungs-, die Erfüllungs-, die Haftrücklass-, die Konnossements- oder die Zahlungsgarantie.⁸ Legt die vom Verpflichteten beauftragte Bank die Garantie selbst hinaus, spricht man von direkter Garantie, wird von der beauftragten Bank eine Zweitbank beauftragt, von indirekter Garantie.⁹

II. Rechtsverhältnis zwischen Garantierauftraggeber und Begünstigtem (Valutaverhältnis)

Die Pflicht zur Garantierstellung folgt aus der vertraglich eingegangenen Verpflichtung des Dritten (Auftraggeber) gegenüber dem Begünstigten. Dieser soll für seine Leistung eine Sicherheit erhalten; die Gegenleistung des Dritten soll durch die Bankgarantie abgesichert werden. Welche Leistung gesichert werden soll und ob die Sicherheit zeitlich befristet oder der Höhe nach begrenzt sein darf, richtet sich nach der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Dritten und dem Begünstigten (Valutaverhältnis). Da die Pflicht zur Garantierstellung von der h.A. als *Hauptleistungspflicht* angesehen wird,¹⁰ ist eine Verletzung nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht zu beurteilen. Wird z.B. die Garantie nicht rechtzeitig erstellt, kann der Begünstigte seine eigene Leistung nach § 1052 ABGB verweigern (Zug-um-Zug-Einrede) und unter Setzung einer Nachfrist vom Vertrag wegen Schuldnerverzugs zurücktreten (§ 918 ABGB). Trifft den Garantierauftraggeber ein Verschulden an der Verzögerung der Garantierstellung, wird er überdies schadenersatzpflichtig (§§ 920, 921 ABGB).

Da die Bankgarantie nur sicherungshalber erstellt wird, bleibt der Garantierauftraggeber dem Begünstigten aus dem Valutaverhältnis zur Leistung primär verpflichtet. Der Auftraggeber hat daher die Möglichkeit, die gesicherte Forderung des Begünstigten durch Aufrechnung mit Gegenforderungen zu erfüllen.¹¹

Da der Begünstigte die Garantie unabhängig von Einwendungen aus dem Grundverhältnis geltend machen kann,¹² steht dem Auftraggeber grund-

8 S. oben S. ■

9 S. oben S. ■

10 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/48.

11 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/50.

12 Unten Punkt IV.7.a).

sätzlich kein Anspruch auf Unterlassung oder Widerruf der Inanspruchnahme zu.¹³ Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Begünstigte die Garantie rechtsmissbräuchlich in Anspruch nehmen will.¹⁴

III. Rechtsverhältnis zwischen Garantief Auftraggeber und Bank (Deckungsverhältnis)

1. Allgemeines

Da der Dritte die Bank beauftragt, die Garantie an den Begünstigten hinauszulegen, und sich die Bank verpflichtet, im Interesse und auf Rechnung des Dritten einen Garantievertrag mit dem Begünstigten abzuschließen, findet auf das Rechtsverhältnis zwischen Drittem und Bank (Deckungsverhältnis) grundsätzlich *Auftragsrecht* Anwendung (§§ 1002 ff. ABGB).¹⁵

Aus dem Auftragsverhältnis folgt, dass die Bank verpflichtet ist, das Geschäft dem Versprechen und der Vollmacht gemäß „*emsig und redlich*“ (§ 1009 ABGB), und dass der Auftraggeber verpflichtet ist, der Bank ihre Aufwendungen zu ersetzen (§ 1014 ABGB). Nimmt also der Begünstigte die Garantie in Anspruch, kann die Bank die geleistete Garantiesumme vom Dritten nach § 1014 ABGB zurückverlangen. Verletzt die Bank ihre Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis, wird sie dem Dritten gegenüber schadenersatzpflichtig (§ 1012 ABGB) und verliert ihren Aufwandsersatzanspruch (§ 1014 ABGB).

Aus der in § 1009 ABGB umschriebenen Verpflichtung der Bank folgt, dass sich die Bank bei der Eröffnung der Garantie genau an den Auftrag halten muss. Wurde sie z.B. beauftragt, eine Bürgschaft zu übernehmen, hat sie aber eine Garantie hinausgelegt, dann hat sie dem Dritten für den dadurch entstandenen Schaden zu haften¹⁶ und verliert den Aufwandsersatzanspruch nach § 1014 ABGB. Dies bedeutet aber nicht, dass die Bank „*leer*“ ausgeht: Soweit die Verpflichtung des Dritten tatsächlich bestand, erwirbt die Bank unabhängig vom Auftragsverhältnis die dem Begünstigten gegen den Dritten zustehende Forderung kraft Legalzession (§ 1358 ABGB). War der Auftrag ungültig, stehen der Bank Ansprüche nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zu, wenn die Bank einen entsprechenden Geschäftsführerwillen hatte. Zu beachten ist aller-

13 OGH in ÖBA 1992, 167; ÖBA 1988, 609 (*Paul Doralt*).

14 Zur rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme s. unten Punkt IV.7.b) und ausführlich Punkt V.1., 2.; zur Möglichkeit der einstweiligen Verfügung s. unten Punkt V.3.

15 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/53.

16 OGH in SZ 60/121.

dings, dass nach § 1037 ABGB nur der subjektiv nützliche Aufwand zu ersetzen ist.¹⁷

2. Spezifische Pflichten bei der Bankgarantie

a) Pflichten der Bank gegenüber dem Auftraggeber

aa) Pflicht zur Erhebung von Einwendungen

Aus der Abstraktheit der Bankgarantie folgt, dass die Bank weder verpflichtet noch berechtigt ist, die materielle Berechtigung des Begünstigten (Eintritt des Garantiefalls) zu überprüfen oder diesbezügliche Nachforschungen anzustellen. Soweit aber der Garantierauftrag bestimmte formelle Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Garantie durch den Begünstigten vorsieht,¹⁸ ist die Bank aus dem Auftragsverhältnis heraus verpflichtet und aus dem Garantievertrag berechtigt, deren Vorliegen zu überprüfen und gegebenenfalls die Auszahlung zu verweigern.¹⁹

Nimmt der Begünstigte die Garantie rechtsmissbräuchlich in Anspruch,²⁰ dann ist die Bank dem Auftraggeber gegenüber nur dann verpflichtet, den Missbrauchseinwand zu erheben und die Auszahlung zu verweigern, wenn der Rechtsmissbrauch liquide beweisbar ist. Auch hier bestehen keine spezifischen Nachforschungspflichten. Dadurch wird verhindert, dass sich die Bank auf ein schwer kalkulierbares Prozessrisiko einlassen muss und ihr „Standing“ gefährdet.²¹

bb) Benachrichtigungspflicht

Ob die Bank verpflichtet ist, den Garantierauftraggeber zu benachrichtigen, wenn sie vom Begünstigten in Anspruch genommen wird, ist in der österreichischen Judikatur bisher nicht erörtert.²² Für eine Benachrichtigungspflicht führt die Lehre im Anschluss an die h. A. in Deutschland ins Treffen, dass die Bank selbst nicht in der Lage ist, die materielle Berechtigung des Begünstigten zu überprüfen und daher die rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme zu erkennen.²³

17 Vgl. zu all dem *Koziol*, in: Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/63 f.

18 Dazu unten Punkt IV.6.

19 *Koziol*, in: Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/56.

20 Dazu unten V.

21 *Koziol*, in: Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/58 ff. Dazu ausführlich unten Punkt V.2.c).

22 Offen lassend OGH in SZ 50/66; EvBl 1982/23.

23 *Koziol* in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/57.

b) Pflichten des Auftraggebers gegenüber der Bank

Die §§ 1364, 1365 ABGB enthalten besondere Regeln für das Rechtsverhältnis des Bürgen zum Schuldner, die nach h. A. auf das Rechtsverhältnis von Garanten (Bank) und Garantieauftraggeber analog anzuwenden sind.²⁴ Zahlt der Schuldner bei Fälligkeit der Leistung nicht, kann der Garant nach § 1364 ABGB die Sicherstellung seines Rückgriffsanspruchs gegen den Dritten von diesem begehren. Bei Begründung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder dessen Entfernung ins Ausland kann der Garant die Sicherstellung der garantierten Schuld begehren. Die §§ 1364, 1365 ABGB spielen bei Bankgarantien aber eine geringe Rolle, weil sich die Bank ihre Rückgriffsansprüche gegen den Auftraggeber regelmäßig schon bei Übernahme ihrer Verpflichtung vertraglich absichern lässt.²⁵

IV. Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Begünstigten

1. Abschluss des Garantievertrages

Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Begünstigten ist nach dem zwischen ihnen abgeschlossenen Garantievertrag zu beurteilen. Voraussetzung für das Entstehen der Garantieverpflichtung ist somit ein gültiger Vertrag zwischen der Bank und dem Begünstigten. Die Voraussetzungen eines gültigen Vertragsabschlusses richten sich nach allgemeinen Regeln²⁶, erfordern also übereinstimmende Willenserklärungen (§ 861 ABGB), Geschäftsfähigkeit der Parteien und, was vor allem auf Seite der Bank zu beachten ist, eine Vollmacht der für die Bank handelnden Person. Nicht erforderlich ist, dass der Begünstigte die Offerte der Bank besonders (z. B. durch ausdrückliche Erklärung) annimmt²⁷. Die früher für die Bestellung von Sicherheiten für ausländische Gläubiger erforderliche devisenrechtliche Bewilligung der Bankgarantie ist durch das DevG 2004 entfallen.

2. Form

Während die h. A. früher für die Garantie keine besondere Form verlangte, entspricht es nunmehr ständiger Rechtsprechung, dass die Garan-

24 *Gamerith*, in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, § ■
Auf. 2002, § 1364 Rn. 2 a, § 1365 Rn. 6 m. w. N.

25 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/65.

26 *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I, 12. Aufl. 2002, S. 110 ff.

27 Zu den verschiedenen Konstruktionen, mit denen der Vertragsabschluss begründet werden kann, siehe *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/67 ff.

tierklärung in Schriftform abgegeben werden muss.²⁸ Der OGH stützt diese Ansicht auf eine Analogie zu § 1346 Abs. 2 ABGB, nach dem es zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages erforderlich ist, dass die Verpflichtungserklärung des Bürgen schriftlich abgegeben wird. Dies gilt nach §§ 350f HGB allerdings nicht, wenn es sich bei der Bürgschaft (oder der Garantie) auf Seite des Bürgen (oder Garanten) um ein Handgeschäft handelt, was bei Bankgarantien regelmäßig der Fall ist.²⁹

3. Die Auslegung des Garantievertrages

a) Allgemeine Auslegungsregeln

Für die Auslegung des Garantievertrages gelten die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 914f ABGB.³⁰ Danach ist zwar vom Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung auszugehen, doch geht der Wille der Parteien vor. Kann dieser nicht eindeutig ermittelt werden, ist hilfsweise auf die Übung des redlichen Verkehrs zurückzugreifen (§ 914 ABGB). Lässt sich auf diese Weise kein eindeutiges Ergebnis ermitteln, dann greift die Unklarheitenregel des § 915 ABGB ein. Nach dieser wird bei einseitig verbindlichen, also unentgeltlichen Verträgen im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte, bei zweiseitig verbindlichen, also entgeltlichen Verträgen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen ausgelegt, der sich derselben bedient hat.³¹

Obwohl der Begünstigte der Bank keine Gegenleistung für die Übernahme der Garantie erbringt, findet für die Auslegung der Garantieerklärung regelmäßig die Zweifelsregel für entgeltliche Geschäfte Anwendung.³² Zur Beurteilung der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Garantievertrages ist nämlich das Rechtsverhältnis zwischen Drittem und Begünstigtem (Valutaverhältnis) maßgebend.³³ Da der Dritte dem Begünstigten die Bestellung der Sicherheit regelmäßig vertraglich schuldet, die Bestellung der

28 OGH in SZ 65/109 = ÖBA 1993, 146 (*Apathy*); JBl 1995, 651; ÖBA 1999, 833 u.v.m.; *Rummel*, in: *Rummel* Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht, 3. Aufl. 2002, § 880a Rn. 5; krit. *Wilhelm*, Die neue Form der Garantie, *ecolex* 1993, 14.

29 Die Kaufmannseigenschaft der Bank ergibt sich zumeist schon aus der Rechtsform („Formkaufleute“ nach § 6 HGB), da Banken i. d. R. als Handelsgesellschaften organisiert sind. *Straube*, in: *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2003, § 6 HGB Rn. 4f.

30 *Rummel*, Die Auslegung von Bankgarantien, ÖBA 2000, 210.

31 Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 12. Aufl. 1999 m. w. N.

32 So auch *P. Bydlinski*, Die Kreditbürgschaft im Spiegel von aktueller Judikatur und Formularpraxis, 2. Aufl. 2003, S. 22f.

33 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/75 ff.

Sicherheit also zumeist Teil der Gegenleistung ist und keinen Akt der Freigebigkeit darstellt, findet auch die Unklarheitenregel für entgeltliche Geschäfte Anwendung: Undeutliche Äußerungen sind also zum Nachteil desjenigen zu interpretieren, der die Formulierung gewählt hat.³⁴

b) Grundsatz der formellen Garantiestreng

In einem gewissen Spannungsverhältnis zu den allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 914 f ABGB steht der bei der Auslegung von Garantieverträgen zunehmend an Bedeutung gewinnende „*Grundsatz der formellen Garantiestreng*“.³⁵ Nach diesem soll für die Auslegung des Garantievertrages nur der Text der Garantieverklärung maßgebend sein und sonstige Umstände, insbesondere solche, die sich aus dem Grundverhältnis ergeben, nicht zur Auslegung der Garantieverklärung herangezogen werden dürfen.³⁶ Dass das Grundgeschäft nicht oder nur beschränkt zur Auslegung des Garantievertrages herangezogen werden kann, folgt auch aus der Abstraktheit der Bankgarantie.³⁷ Der Grundsatz der formellen Garantiestreng beansprucht insbesondere bei den formellen Voraussetzungen der Inanspruchnahme der Garantie Geltung.³⁸

4. Bankgarantie und Bürgschaft

a) Allgemeines

Wie die Bankgarantie verfolgt auch die Bürgschaft den Zweck, dem Begünstigten den Erhalt der Leistung des Dritten abzusichern. Der gemeinsame Zweck beider Rechtsinstitute, eine materiell fremde Verbindlichkeit zu sichern, bereitet erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Grundsätzlich gilt: Die Bürgschaft ist vom Bestehen der Hauptverpflichtung des Schuldners abhängig (akzessorisch), die Garantie nicht (abstrakt).

b) Abgrenzung

Ob Bürgschaft oder Garantie vorliegt, ist grundsätzlich durch Auslegung des Vertrages zwischen Bank und Begünstigtem zu beurteilen.³⁹ Weder schließt

34 Zu weit geht allerdings der OGH in ÖBA 1989, 814 (*Rummel*) und SZ 62/75, die den Eindruck erwecken, Garantien seien generell im Zweifel zu Lasten der Bank auszuliegen; dazu *Rummel*, ÖBA 2000, 212.

35 *Koch*, Anm. zu OGH in ÖBA 1990/213; *Rummel*, ÖBA 2000, 213, 217; vgl. auch *dens.*, in: *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht, 3. Aufl. 2002, § 880 a Rn. 8.

36 *Lindinger*, Aktuelle Rechtsprechung zur Bankgarantie, WBl 1992, 137.

37 OGH in EvBl 1983/3; *Rummel*, in: *Rummel* (a. a. O.), § 880 a Rn. 8.

38 Dazu unten IV.4.

39 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/23 ff.

der Gebrauch der Worte „Bürge und Zahler“ das Vorliegen einer Garantie aus,⁴⁰ noch umgekehrt der Begriff der „Garantie“ das Vorliegen einer Bürgschaft.⁴¹ Wie erwähnt,⁴² ist nach den Auslegungsregeln der §§ 914f ABGB neben dem Wortsinn die Absicht der Parteien, hilfsweise auch die Übung des redlichen Verkehrs maßgebend. Bleibt die Erklärung auch dann noch unklar, entscheidet die Unklarheitenregel des § 915 ABGB: Formuliert also die Bank die Erklärung und lässt sich weder aus der Absicht der Parteien noch aus der Übung des redlichen Verkehrs ein klares Auslegungsergebnis erzielen, dann liegt im Zweifel eine abstrakte Garantie vor.⁴³

c) Konversion

Begehrt der Begünstigte die Hinauslegung einer abstrakten Garantie, gibt die Bank jedoch nur eine Bürgschaftserklärung ab, so liegt, wenn die Diskrepanz der Erklärungen den Parteien nicht bewusst ist und im Wege der Auslegung nicht beseitigt werden kann,⁴⁴ ein versteckter Dissens vor, der grundsätzlich zur Ungültigkeit der Vereinbarung führt. Da das Bestehen eines Bürgschaftsvertrages dem Willen des Begünstigten aber eher entspricht als der völlige Entfall der Sicherheit, ist eine Konversion seiner Erklärung zulässig, so dass ein wirksamer Bürgschaftsvertrag vorliegt.⁴⁵

d) Die „Bürgschaft aufs erste Anfordern“

Da das Obligationenrecht keinen Typenzwang kennt, können die Parteien im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit auch eine Mischform zwischen Bürgschaft und Garantie vereinbaren.⁴⁶ Eine solche ist z. B. die „Bürgschaft

40 OGH in SZ 50/32.

41 Vgl. OGH in ÖBA 1996/523.

42 Oben Punkt IV.3.

43 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II 3/25.

44 Zur Auslegung von Willenserklärungen nach dem Empfängerhorizont *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 12. Aufl. 2002, S. 95 ff.

45 *Koziol*, Garantievertrag, S. 16; *ders.*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/71 f.; a. A. *Dullinger/Rummel*, Anm. zu OGH in ÖBA 1987, 503.

46 OGH in ÖBA 1996/534; *ecolex* 2000/4 (*Wilhelm*) = ÖBA 2000/869 (*Apathy*); vgl. auch OGH in ÖBA 2002/1017 (*Bollenberger*). Die Anzeichen der Mischform übersehen die E (■?) des OGH in ÖBA 1996/534 (*Koziol*); ÖBA 2001/961 (*P. Bydlinski*). Vgl. zur Zulässigkeit solcher Mischformen schon *Koziol*, Garantievertrag, S. 34 f.; *ders.*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/37; *ders.* Die Rückforderung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie, ÖBA 1999, 249; *P. Bydlinski*, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern: Darlegungs- und Beweislast bei Rückforderung durch den Bürgen, WM 1990, 1401; *ders.*, Moderne Kreditsicherheiten und zwingendes Recht, AcP 190 (1990) 168; *ders.*, Personaler numerus clausus bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern?, WM 1991, 257; *Wratzfeld*, Kondiktion einer zu Unrecht in Anspruch genommenen Garantie im Konkurs des Auftraggebers?, *ecolex* 1998, 12; *G. Graf*, Übermäßige Inan-

aufs erste Anfordern“⁴⁷, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die Akzessorietät nur vorläufig, also bloß für das Zahlen-Müssen eingeschränkt ist. Sie ist formell abstrakt, materiell aber akzessorisch. Die Bank hat also bei Inanspruchnahme durch den Begünstigten „aufs erste Anfordern“ zu zahlen und wie bei der Garantie keine Möglichkeit, Einwendungen aus dem Grundverhältnis zu erheben. Stellt sich allerdings nach Zahlung die fehlende materielle Berechtigung des Begünstigten heraus, dann steht der Rückforderungsanspruch – anders als bei der Garantie⁴⁸ – der Bank und nicht dem Auftraggeber zu.⁴⁹ Soll die bloß formelle Abstraktion der Garantie vom Valutaverhältnis dazu führen, dass die Bank bei unberechtigter Inanspruchnahme zur Rückforderung berechtigt ist, dann muss das sowohl zwischen der Bank und dem Begünstigten als auch zwischen der Bank und dem Garantierauftraggeber vereinbart sein.⁵⁰

5. Art. und Umfang der Garantieleistung

Art. und Umfang der Garantieleistung bestimmen sich nach der vertraglichen Vereinbarung zwischen der Bank und dem Begünstigten. Da Bankgarantien regelmäßig vorsehen, dass der Begünstigte bei Eintritt des Garantiefalls einen bestimmten Geldbetrag verlangen kann, spielt § 880 a ABGB, nach dem der Garant „volle Genugtuung“ zu leisten hat, in der Praxis keine Rolle.

6. Inanspruchnahme der Garantie

Welche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Inanspruchnahme der Garantie durch den Begünstigten zu stellen sind, richtet sich grundsätzlich nach dem Garantievertrag. Dies gilt für die Frage, ob und wodurch der Erklärende seine Vollmacht nachzuweisen hat,⁵¹ welcher Filiale oder Zweigniederlassung gegenüber die Erklärung abzugeben ist,⁵² ob Sub-

sprachnahme der Garantie: Voraussetzungen der Rückforderung durch den Garant, *ecolex* 1998, 15; *Wilhelm*, Unrechtmäßig gezogene Garantie – Rückforderungsanspruch der Garantin, *ecolex* 1998, 612; a. A. *St. Müller*, Die Bankgarantie im internationalen Wirtschaftsverkehr, 1998, S. 46 f.

47 Siehe dazu zuletzt *P. Bydliński*, Kreditbürgschaft, 2. Aufl. 2003, S. 34 f.

48 Dazu ausführlich unten Punkt V.

49 Dazu unten Punkt VI.2.d); OGH in *ÖBA* 1996/534.

50 OGH in *ecolex* 2000/4 (*Wilhelm*) = *ÖBA* 2000/869 (*Apathy*). Dazu unten VI.2.a).

51 Solche Erfordernisse können sich nur aus dem Garantievertrag ergeben. Ist kein besonderer Nachweis der Vertretungsmacht vereinbart, ist der Abruf auch dann gültig, wenn die Vollmacht nicht gleichzeitig bewiesen wird. So auch *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/77.

52 Adressat ist jene Zweigniederlassung oder Filiale, die in der Garantie genannt wird. OGH in *SZ* 59/217 = *ÖBA* 1987/25 = *RdW* 1987, 123 = *WBl* 1987, 63.

stantiierungserfordernisse hinsichtlich des Eintritts des Garantiefalls bestehen,⁵³ ob für die Inanspruchnahme eine bestimmte Form (z. B. Schriftform) einzuhalten ist,⁵⁴ ob der Begünstigte bei der Inanspruchnahme bestimmte Dokumente vorzulegen oder Nachweise zu erbringen hat⁵⁵ und ob die Inanspruchnahme rechtzeitig erfolgt⁵⁶.

Aus dem *Grundsatz der formellen Garantiestreng* folgt, sich dass sich der Abruf der Garantie streng an den Text der Garantie zu halten hat, um die sofortige Zahlungspflicht auszulösen.⁵⁷ Der OGH spricht davon, „daß die Garantiebank vom Begünstigten die strikte, ja geradezu pedantische Erfüllung der Voraussetzungen für den Bedingungseintritt verlangen darf“.⁵⁸ Dadurch wird dem Interesse der Bank Rechnung getragen, angesichts ihrer scharfen Haftung nichts Unnötiges zu riskieren, was ihren Regress gegen den Dritten betrifft. Verpflichtet sich z. B. die Bank zur Zahlung einer Ablöse an den Vermieter „nach erfolgter Übergabe der Schlüssel an die Firma Franz M. innerhalb von 3 Tagen nach Erhalt der schriftlichen Aufforderung ohne Prüfung des Rechtsgrundes“, dann kann sie die

53 Dies ist jedenfalls der Fall, wenn die Substantiierung vom Garantietext verlangt wird, die Abrufklärung daher einen bestimmten Inhalt haben muss (Verzug, Schlechterfüllung etc.). Daraus ergibt sich freilich kein materielles Prüfrecht der Bank, ob die monierten Umstände tatsächlich eingetreten sind, es kann jedoch der Nachweis des Rechtsmissbrauchs leichter fallen, weil nur ein bestimmter Abrufgrund entkräftet werden muss. Einer allgemeinen Substantiierungspflicht steht die h. L. eher ablehnend gegenüber (vgl. nur *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/79 m. w. N. aus der deutschen Lit.), der OGH steht diesem Erfordernis positiver gegenüber, JBl 1990, 177 (*Dullinger*) = ÖBA 1990/213 (*Koch*) = RdW 1990, 11.

54 Grundsätzlich gilt im österreichischen Zivilrecht der Grundsatz der Formfreiheit (§ 883 ABGB; vgl. dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 12. Aufl. 2002, S. 166 ff.). Sind im Garantievertrag Formerfordernisse für die Inanspruchnahme der Garantie vorgesehen, so ist die Erfüllung dieser Form Gültigkeitsvoraussetzung. Vgl. OGH in ÖBA 1988, 601 (*Koziol*), sowie den gleich unten geschilderten Fall SZ 61/79 = ÖBA 1988/95 (*Koziol*; dazu auch *Schinnerer*, Zur Form der Inanspruchnahme von Garantien, ÖBA 1988, 1097) = RdW 1988, 193; ÖBA 1996, 474 (*Koziol*) = *ecolex* 1996, 447 (*Wilhelm*) = *EvBl* 1996/25. Zur Abgrenzung solcher gewillkürter Formen zum gesetzlichen Schriftlichkeitserfordernis des § 1346 Abs. 2 ABGB für Bürgschafts- und nach h. A. auch Garantieerklärungen *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft, 2. Aufl. 2003, S. 41.

55 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/83.

56 Die Rechtzeitigkeit hat vor allem bei befristeten Garantien Bedeutung. Werden sie nicht „fristgerecht“ abgerufen, erlöschen sie. Nach § 862 a ABGB kommt es auf das Einlangen der Abrufserklärung an, abweichende Regelungen (z. B. Datum des Poststempels) sind zulässig. Zur Anwendung von § 862 a Satz 2 ABGB *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/88.

57 *Rummel*, ÖBA 2000, 217 m. w. N. aus der Judikatur.

58 OGH in ÖBA 1993, 985; SZ 62/75; siehe aber *Rummel*, Anm. zu OGH in ÖBA 1989/167 und diesem offenbar folgend OGH in ÖBA 1995/500 = *ecolex* 1995, 404. Zu diesem Problemkomplex dann wieder *Rummel*, ÖBA 2000, 210.

Auszahlung der Garantiesumme verweigern, wenn auf dem ihr vorgelegten Protokoll die Schlüsselübergabe an den Hausverwalter vermerkt ist, auch wenn sich im nachhinein herausstellt, dass Franz M. mit dieser Vorgangsweise einverstanden war.⁵⁹

Unter Berufung auf den Grundsatz der formellen Garantiestrenge hat der OGH auch entschieden, dass die fernschriftliche Inanspruchnahme der Garantie unwirksam ist, wenn vertraglich ein eingeschriebener Brief vorgesehen ist.⁶⁰ Dies hat Kritik in der Lehre hervorgerufen: Der Grundsatz der formellen Garantiestrenge sei nicht Selbstzweck, sondern nur insoweit zu beachten, als er vom Willen der Parteien getragen ist, so dass letztlich doch wieder auf die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 914f. ABGB zurückgegriffen werden soll.⁶¹

Ob die Bank verpflichtet ist, dem Begünstigten bei fehlerhafter Inanspruchnahme die Beanstandung mitzuteilen und ihm eine Nachfrist zur Verbesserung des mangelhaften Abrufs zu gewähren, ist in der österreichischen Judikatur bisher nicht erörtert.⁶²

7. Einwendungen des Garanten

a) Allgemeines

Die Bankgarantie verfolgt den Zweck, dem Begünstigten jedenfalls Zahlung zu verschaffen und Streitigkeiten erst danach auszutragen. Daraus folgt, dass dem Garanten mangels gegenteiliger Vereinbarung grundsätzlich keine Einwendungen gegen den Zahlungsanspruch des Begünstigten zustehen. Dies gilt insbesondere für Einwendungen aus dem Deckungs- und dem Valutaverhältnis. Der Grundsatz des Einwendungsausschlusses erfährt jedoch gewisse Einschränkungen:

b) Einwendungen aus dem Garantievertrag

Der Bank steht zunächst einmal jedenfalls der Einwand der *Ungültigkeit des Garantievertrages* zu. Ein Verzicht auf diesen Einwand wäre nach § 937 ABGB wirkungslos. Der Garantievertrag kann z. B. wegen Dissenses, fehlender Vollmacht eines Stellvertreters, Nichteintritt einer aufschiebenden Bedingung oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder ein gesetz-

59 OGH in ÖBA 1990/233 (Koziol) = eclex 1990, 407.

60 OGH in SZ 61/79 = ÖBA 1988/95 (Koziol).

61 Koziol, Anm. zu OGH in ÖBA 1988/95; Rummel, Nochmals: Zur Form der Inanspruchnahme von Garantien, ÖBA 1989, 158; Zustimmung hingegen von Schinnerer, ÖBA 1988, 1097.

62 Dafür Koziol, in: Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/89.

liches Verbot (§ 879 ABGB) ungültig sein.⁶³ Ist das Grundgeschäft (Valutaverhältnis) sitten- oder gesetzwidrig, kann sich aus dem Verbotszweck ergeben, dass auch der Garantievertrag ungültig sein soll. So kann z. B. die Lieferung von Suchtgift nicht durch eine Erfüllungsgarantie gesichert werden.⁶⁴

Weiter kann die Bank einwenden, dass die *Garantie nicht ordnungsgemäß in Anspruch* genommen wurde, z. B. weil die vereinbarte Schriftform nicht eingehalten oder weil bestimmte Dokumente nicht vorgelegt wurden. Dass die materiellen Voraussetzungen der Inanspruchnahme der Garantie nicht gegeben sind (Ausbleiben des garantierten Erfolges), stellt keinen Einwand aus dem Garantievertrag, sondern einen (grundsätzlich) unzulässigen Einwand aus dem Valutaverhältnis dar.⁶⁵

Hat die Bank eine eigene Forderung gegen den Begünstigten, dann steht ihr weiters die *Aufrechnungseinrede* zu. Aus dem Zweck der Bankgarantie, dem Begünstigten rasch die Leistung zu verschaffen, folgt aber, dass die Bank nicht mit einer Forderung aufrechnen kann, die ihr der Dritte aus dem Valutaverhältnis mit dem Begünstigten zediert hat.⁶⁶

c) Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis

Nimmt der Begünstigte die Bank ordnungsgemäß in Anspruch, dann stehen ihr keine Einwendungen aus ihrem Verhältnis zum Garantierauftraggeber zu. Insbesondere kann die Bank ihrer Zahlungspflicht nicht dadurch entrichten, dass der Garantierauftraggeber in der Zwischenzeit im Konkurs und daher ihr Rückforderungsanspruch gefährdet ist.⁶⁷

d) Einwendungen aus dem Valutaverhältnis

Aus der Abstraktheit der Bankgarantie folgt, dass die Bank grundsätzlich auch keine Einwendungen aus dem Valutaverhältnis erheben kann. Trotz der Abstraktheit der Garantie steht der Bank jedoch der *Rechtsmissbrauchseinwand* zu (vgl. § 1295 Abs. 2 ABGB).⁶⁸

8. Übertragung der Rechte des Begünstigten

Unbestritten ist, dass der Begünstigte den mit der Inanspruchnahme der Garantie entstehenden *Zahlungsanspruch* abtreten kann, da es sich um

63 Siehe Punkt IV.1.

64 Koziol, in: Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/91.

65 Koziol, in: Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/94 f.

66 OGH in ÖBA 1991, 822 (P. Bydlinski) = ecolex 1991, 530 (Wilhelm); Koziol, Garantievertrag, 1981, S. 58; ders., in: Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/97.

67 Vgl. allgemein zur Bankgarantie und Konkurs des Auftraggebers Koziol, in: Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/172 ff.

68 Dazu ausführlich Punkt V.

einen gewöhnlichen, auf Geldleistung gerichteten Anspruch handelt, so dass die allgemeinen Zessionsregeln (§§ 1392 ff. ABGB) Anwendung finden.⁶⁹

Strittig ist hingegen, ob der Begünstigte auch das *Recht auf Inanspruchnahme der Garantie* abtreten kann. Zwar ist heute anerkannt, dass Gestaltungsrechte, zu denen auch das Recht auf Inanspruchnahme der Garantie zählt, abtretbar sind,⁷⁰ doch ist zu berücksichtigen, dass wegen der mit der Abstraktheit der Bankgarantie verbundenen Gefahren ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Begünstigten besteht, dem Rechnung zu tragen ist.⁷¹ Daher meint *Koziol*, dass die besseren Gründe dafür sprechen, dass das Recht auf Inanspruchnahme der Garantie im Zweifel dem Begünstigten persönlich zustehe und nicht übertragen werden könne.⁷² Nach *P. Bydlinski* könnten die Rechte aus der Garantie hingegen dann abgetreten werden, wenn auch die mit ihr gesicherte Forderung aus dem Grundgeschäft abgetreten wird.⁷³ Der OGH hat die Abtretung früher schlechthin für zulässig erachtet,⁷⁴ meint aber nun, dass die Rechte aus der Garantie nur dann abtretbar seien, wenn damit keine Änderungen zum Nachteil des Garanten verbunden sind⁷⁵.

Wird die gesicherte Forderung rechtsgeschäftlich abgetreten, dann gehen die Rechte aus der Bankgarantie nicht automatisch auf den Zessionar über. Aus der Abstraktheit der Garantie folgt, dass sie nicht als Nebenrecht der Forderung angesehen werden kann, weshalb es einer gesonderten Übertragung bedarf. Geht die Forderung hingegen kraft Legalzession (§ 1358 ABGB) auf einen Dritten über, z.B. einen Bürgen, der neben dem Garanten Sicherheit gewährt und die im Valutaverhältnis wirklich bestehende Verbindlichkeit getilgt hat, dann gehen auch die Rechte aus der Bankgarantie automatisch über. Die Bedenken bei der rechtsgeschäftlichen Zession bestehen hier nicht, weil feststeht, dass die Verbindlichkeit des Schuldners tatsächlich besteht.⁷⁶

69 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/107 m. w. N.

70 *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, 1986.

71 Vgl. *Ertl*, in: *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht, 3. Aufl. 2002, § 1393 Rn. 1 m. w. N.

72 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/110.

73 *P. Bydlinski*, Die Übertragung der Rechte aus einer Bankgarantie, ZBB 1989, 153; vgl. auch *Ertl*, in: *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht, 3. Aufl. 2002, § 1393 Rn. 1.

74 OGH in SZ 50/66.

75 OGH in ÖBA 1988/80 (*P. Bydlinski*); ÖBA 1989/168 (*P. Bydlinski*); ÖBA 1997/651.

76 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/111 ff. m. w. N.

9. Beendigung der Garantie

a) Befristung und Bedingung

Die Verpflichtung der Bank erlischt bei befristeten oder auflösend bedingten Garantien mit Ablauf des Termins oder Eintritt der auflösenden Bedingung.⁷⁷

b) Kündigung

Eine Kündigung der Garantie ist nicht möglich, wenn durch die Garantie nur eine bestimmte Leistung gesichert wird. Es liegt dann ein unkündbares Zielschuldverhältnis vor. Ist das gesicherte Rechtsverhältnis hingegen ein Dauerschuldverhältnis, ist eine Kündigung (mit angemessener Fristsetzung) möglich.⁷⁸ Die Kündigung wirkt freilich nur pro futuro und vermag an der bis dahin aufgelaufenen Haftung des Garanten nichts zu ändern.

c) Verjährung

Die Frage nach der Verjährung von Garantieansprüchen hängt davon ab, wie der Anspruch des Begünstigten qualifiziert wird. In Frage kommen die allgemeine dreißigjährige Verjährungsfrist des § 1479 ABGB⁷⁹ oder die dreijährige schadenersatzrechtliche Verjährungsfrist des § 1489 ABGB.⁸⁰ Für die dreijährige Frist des § 1489 ABGB spricht der Wortlaut des § 880a ABGB: Danach haftet der Garant auf „volle Genugtuung“, was als Indiz auf die schadenersatzrechtliche Herkunft des Anspruchs ge- deutet werden kann.⁸¹

77 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/117.

78 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, 12. Aufl. 2001, S. 7 ff.

79 Nachweise bei *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/118 Fn. 371.

80 Schadenersatzansprüche verjähren grundsätzlich binnen drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger. Nur wenn dem Geschädigten Schaden und Schädiger nicht bekannt geworden sind oder wenn der Schaden aus einer gerichtlich strafbaren Handlung stammt, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, beträgt die Frist 30 Jahre (§ 1489 ABGB). Bei der Bankgarantie wird die Verjährungsfrist mit der ersten Möglichkeit der Rechtsausübung beginnen, so auch *Koch*, Zur Verjährung von Rechten aus Garantien, ÖBA 1991, 248 f.; *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/122.

81 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/119; vgl. mit unterschiedlicher Begründung auch *Koch*, ÖBA 1991, 246 f.; und diesem nunmehr für dreipersonale Verhältnisse folgend *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/120.

V. Schutz vor missbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie

Für die abstrakte Bankgarantie ist der Ausschluss von Einwendungen aus dem Valuta- und Deckungsverhältnis charakteristisch (siehe oben IV.7.).⁸² Essentielle abstrakter Ansprüche ist eben, dass bei ihrer Inanspruchnahme die Frage der endgültigen materiellen Berechtigung erst in einem „Nachverfahren“ geprüft werden soll,⁸³ in dem der Begünstigte dann die für ihn vorteilhaftere Beklagtenrolle hat. Lehre⁸⁴ und Rspr.⁸⁵ machen aber eine Ausnahme in Fällen, in denen der Begünstigte die Garantie rechtsmissbräuchlich in Anspruch nimmt.

1. Allgemeines

a) Rechtsmissbrauch im österreichischen Recht

In Österreich wird für die allgemeine Schranke des Rechtsmissbrauchs auf die schadenersatzrechtliche Norm des § 1295 Abs. 2 ABGB zurückgegriffen,⁸⁶ nach dem derjenige, der in einer gegen die guten Sitten ver-

82 OGH in SZ 54/189; RdW 1987, 498.

83 OGH in SZ 67/111.

84 *Koziol*, Garantievertrag, S. 56 ff.; *ders.*, in: Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/101; *P. Bydliński*, AcP 190 (1990), 173; *Apathy*, in: Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Bd. 5, 2. Aufl. 1997, § 880a Rn. 6; *Rummel*, in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht, 3. Aufl. 2002, § 880a Rn. 5. Krit. zur Engherzigkeit der Anwendung des Missbrauchstatbestandes *Wilhelm*, Betrachtungen zur sogenannten Abstraktheit der Bankgarantie, *ecolex* 1997, 477.

85 OGH in EvBl 1978/11 = JBl 1978, 204; SZ 50/66 = HS 10.698; SZ 53/36 = EvBl 1980/178 (für die Einlösungszusage von Kreditinstituten bei Schecks); EvBl 1982/23 = QuHGZ 1982/205; SZ 54/189 = EvBl 1982/57; NZ-K 1985/105 = RZ 1984, 128; 7 Ob 569/82; 7 Ob 743/83; 7 Ob 528/84; 1 Ob 609/84; 2 Ob 632/84; JBl 1985, 425; 8 Ob 612/85; 7 Ob 653/85; RdW 1986, 340; SZ 59/128 = ÖBA 1986/5 (*Koziol*, 489) = IPRax 1988, 33 (*Moschner*, 40) = JBl 1987, 115; 6 Ob 621/84; RdW 1987, 156 = ÖBA 1987/38; SZ 61/39 = ÖBA 1988/92 (*Paul Doralt*) = RdW 1988, 320; ÖBA 1987/39 (s. Anm. *Dullinger/Rummel*, ÖBA 1987, 503) = WBl 1987, 64; ÖBA 1988/90 (*Koziol*) = RdW 1988, 160; ÖBA 1988/91 = SZ 61/63 = EvBl 1988/92; ÖBA 1989/174 (*Fischer-Czermak*); JBl 1990, 177 (*Dullinger*) = ÖBA 1990/213 (*Koch*) = RdW 1990, 11; ÖBA 1991/304 (*Harzer*); ÖBA 1992/314; ÖBA 1992/334 (*Koziol*) = ÖZW 1992, 92 (*Lindinger*) = EvBl 1992/131 = RdW 1992, 140 = *ecolex* 1992, 317; SZ 66/82 = EvBl 1994/57 = ÖBA 1994/424 = WBl 1993, 329; SZ 66/140 = ÖBA 1994/432 = RdW 1994, 141 = WBl 1993, 403; SZ 67/111 = ÖBA 1996/522 (*Avancini*) = RdW 1995, 57 = *ecolex* 1994, 673 = WBl 1994, 412 = ZfRV 1994/65 (zum Dokumentenakkreditiv); ÖBA 1997/621 = *ecolex* 1997, 18 = RdW 1997, 446; ÖBA 1997/628; RdW 1997, 280; ÖBA 1998/695; ÖBA 1998/715; ÖBA 1998/745 (*Riedler*) = RdW 1998, 331; *ecolex* 2000/34 (*Th. Rabl*); 8 Ob 291/99y; ÖBA 2000/892; ÖBA 2002/1008 = *ecolex* 2001/334; 2 Ob 233/01 f.

86 *F. Bydliński*, Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 496 f.

stoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, dafür verantwortlich (ersatzpflichtig) ist. Dieser verallgemeinerungsfähige schadenersatzrechtliche Grundsatz des § 1295 Abs. 2 1. Fall ABGB ist für die Ausübung von Rechten (2. Fall) dahingehend eingeschränkt, dass eine Schadenersatzpflicht nur dann eintritt, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.

Rechtsmissbrauch hat der OGH in gefestigter Rechtsprechung bei schikanöser Rechtsausübung angenommen, die ursprünglich voraussetzen sollte, dass die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet.⁸⁷ Diese von der Rechtsprechung geforderte Voraussetzung steht allerdings in deutlichem Widerspruch zu den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers, nach dem es ausreicht, dass die Rechtsausübung „offenbar“ den Zweck der Schädigung hat.⁸⁸ Damit wollte der Gesetzgeber verhindern, dass der Bestimmung „so ziemlich die praktische Bedeutung genommen“ werde.⁸⁹ „Denn es wird sich wohl immer bei Ausübung eines Rechtes, auch wenn sie offenbar nur den Schaden eines anderen bezweckt, irgendein Nebenzweck behaupten lassen, wenn schon kein anderer, so die ideelle Befriedigung am Rechtsgenusse oder die Rücksicht darauf, grundsätzlich sich an seinem Rechte nichts zu vergeben“.⁹⁰ „Offenbar“ in § 1295 Abs. 2, 2. Fall ABGB und „ausschließlich“ sind daher keine Synonyme. Daraus muss zwingend die Annahme verpönter und daher unzulässiger Rechtsausübung auch in anderen, schwächeren Fällen gefolgert werden. Ein weiter gefasstes Verbot sittenwidriger Rechtsausübung entspricht daher klar dem Wunsch des Gesetzgebers und ist unmittelbar vom Wortlaut des § 1295 Abs. 2 ABGB geboten, sodass davon auszugehen ist, dass nicht nur die schikanöse, sondern auch die sonst sittenwidrige Rechtsausübung verboten ist. Dieser Einsicht hat sich auch der OGH nicht auf Dauer verschließen können. Das Höchstgericht geht nunmehr – abgesehen von Einzelentscheidungen, die nach wie vor ausschließlich auf das Vorliegen einer Schädigungsabsicht abstellen⁹¹ – davon aus, dass eine *missbräuchliche Rechtsausübung* auch dann vorliegt, wenn *zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und*

87 OGH SZ 28/133 = JBl 1955, 548 = RZ 1955, 126; SZ 28/151; SZ 28/222; JBl 1960, 609; EvBl 1960/286; JBl 1970, 376; SZ 44/86; JBl 1973, 315; SZ 47/67; EvBl 1975/184; JBl 1976, 537; EvBl 1977/172; SZ 52/23 = EvBl 1979/198; RZ 1982/15 = EFSlg. 38.556; SZ 56/106; EvBl 1987/49.

88 Vergleichsweise enger war die in einem Vorentwurf vorgesehene Beschränkung auf Fälle, in denen die Rechtsausübung „*lediglich* [also ausschließlich] den Zweck haben konnte, den anderen zu schädigen“. 1787 BlgAH 21. Sess (1912) 59.

89 Mat zur Kaiserlichen Verordnung 45.

90 Mat zur Kaiserlichen Verordnung 45.

91 Z. B. OGH in WBl 1992, 161.

den beeinträchtigen Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht⁹². Damit wird der schikanösen Rechtsausübung ein „sonstiger sittenwidriger Rechtsmissbrauch“ zur Seite gestellt,⁹³ was auch der überwindenden Lehre entspricht.⁹⁴

Nach wie vor strittig ist aber, ob sich der Rechtsmissbrauch aus einem *rein objektiven Interessenungleichgewicht* ergeben kann oder ob es auch *subjektiver Elemente* wie des Schädigungsvorsatzes bedarf. Während z. B. *Reischauer* verlangt, dass die Schädigungsabsicht so augenscheinlich in den Vordergrund tritt, dass andere, lautere Motive eindeutig überwogen werden, lassen andere Autoren bereits ein krasses Missverhältnis zwischen den Interessen des durch die Rechtsausübung Beeinträchtigten und des Rechtsausübenden genügen.⁹⁵ Ein solches allein kann nach *Reischauer* aber nicht zum Rechtsmissbrauch führen. „Derartige Mißverhältnisse können auch durch Ausübung eines Rechts aus rein lauterem Motiven entstehen. Dann muss aber Rechtsausübung gestattet sein“.⁹⁶ Das Problem kann hier nicht erschöpfend geklärt werden, der OGH bewertet jedoch häufig schon ein objektives Interessenmissverhältnis als Form des Rechtsmissbrauchs und grenzt davon die Schikane durch ihr Merkmal der Schadenszufügungsabsicht ab.⁹⁷ Gerade in den Bankgarantiefällen scheint er allerdings der Gegenansicht zuzuneigen; symptomatisch ist, wenn der OGH

92 OGH in JBl 1990, 248 (*Rehbahn*) = *ecolx* 1990, 82 (*Wilhelm*); JBl 1991, 518, ÖBA 1992/314; ÖBA 1992/334 (zust. *Koziol*).

93 Die Gesetzesmaterialien sprechen dagegen immer nur von der schikanösen Rechtsausübung, Mat zur III. TN 45; siehe auch *Mayer-Maly/Böhm*, Die Behandlung des Rechtsmissbrauchs im österreichischen Privatrecht, in: Rotondi (Hrsg.), *Inchieste di diritto comparato VII*, 1979, S. 233. *Reischauer*, in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1992, § 1295 Rn. 59, hat freilich recht, wenn er diese terminologischen Differenzen als unerheblich abtut, solange der Zweck, den das Gesetz erreichen wollte, verwirklicht wird.

94 *Gschmitzer*, in: Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 1968, S. 183 zu § 879; vgl. auch *dens.*, Schuldrecht BT, 1963, S. 174; *Mayer-Maly/Böhm*, Rechtsmissbrauch, in: Rotondi (Hrsg.), *Inchieste di diritto comparato VII*, 1979, S. 232 f.; *F. Bydlinski*, Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 497 (dort Fn. 244 m. w. N.); *Koziol*, Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, 741; *ders.*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1997, Rn. 7/7; Bd. II, 2. Aufl. 1984, S. 99; *Wilhelm*, Baumängel: das Zurückbehaltungsrecht bleibt eine scharfe Waffe, WBl 1987, 34; *Reischauer*, in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1991, § 1295 Rn. 58 f.; *Mader*, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung, 1994, S. 225 ff.

95 Diese Tendenz bei *Mader*, Neuere Judikatur zum Rechtsmissbrauch, JBl 1998, 677; so offenbar auch *Apathy*, in: Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Bd. 5, 2. Aufl. 1997, § 879 Rn. 10, § 880a Rn. 6.

96 *Reischauer*, in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht, 2. Aufl. 1992, § 1295 Rn. 59.

97 Nachweise z. B. bei *Mader*, JBl 1998, 683 ff.

vom Hervortreten des „Schädigungszwecks“ spricht.⁹⁸ Tatsächlich sprechen die besseren Gründe für diese näher am Gesetz angelehnte Ansicht.⁹⁹ Ohnehin wird bei krassen Nachteilen für einen Vertragspartner, denen nur vernachlässigbare Interessen des anderen gegenüberstehen, dieser, wenn er auf sein Recht pocht, die Schädigung häufig zumindest *dolo eventuali* in Kauf nehmen.

b) Anwendung dieser Grundsätze auf die Bankgarantie

Da § 1295 Abs. 2 ABGB also Vorsatz voraussetzt, kann der Rechtsmissbrauchseinwand nur Erfolg haben, wenn dem Begünstigten bekannt ist, dass er die Garantie unberechtigt in Anspruch nimmt¹⁰⁰, was der OGH gelegentlich verkannt hat¹⁰¹. Daraus folgt vor allem, dass es schon aus diesem Grund keinen Rechtsmissbrauch bei einer vertretbaren Rechtsauffassung des Begünstigten gibt.¹⁰² Lässt sich also darüber streiten, ob dieser die Garantie berechtigt abrufen oder nicht, darf die Auszahlung nicht verweigert werden, weil der Begünstigte nicht rechtsmissbräuchlich handelt. Die tatsächliche Berechtigung des Anspruchs aus dem Valutaverhältnis und damit die Frage, ob die Garantiesumme zurückgegeben werden muss, kann erst im anschließenden Verfahren geklärt werden.

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs ist insbesondere dann nicht erfolgreich, wenn der Begünstigte in gutem Glauben einen Anspruch geltend macht, der ihm tatsächlich aber nicht zusteht. In solchen Fällen mangelt es am Vorsatz. Gelingt es aber dem Auftraggeber, das Nichtbestehen eines Anspruchs im Grundverhältnis rasch und eindeutig nachzuweisen,¹⁰³ wird der so eines Besseren Belehrte *dolos*, wenn er trotzdem auf der Inanspruchnahme der Garantie beharrt, weil er dann etwas begehrt, was er ohnedies evidentermaßen gleich wieder zurückstellen müsste.¹⁰⁴ Ihm kann daher Rechtsmissbrauch entgegeng gehalten werden.¹⁰⁵

98 Z.B. OGH in *ecolex* 2000/34; 8 Ob 291/99y; ÖBA 2002/1008.

99 So etwa auch *Harzer*; in: Schwimann, a. a. O., § 1295 Rn. 153; *Koziol*, in: *Avanci/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/58 ff. und 3/101 ff.; *ders.*, Anm. zu OGH in ÖBA 1992/334; OGH in ÖBA 1992/334 (*Koziol*); ÖBA 1997/628.

100 *Koziol*, Garantievertrag, S. 59; *ders.*, Anm. zu OGH in ÖBA 1992/334; *Fischer-Czermak*, Anm. zu OGH in ÖBA 1989/174.

101 OGH in ÖBA 1989/174 (krit. *Fischer-Czermak*); JBl 1990, 177 (krit. *Dullinger*); siehe auch *EvBl* 1980/178, dazu unten Punkt V.4.

102 So auch *Avancini*, Anm. zu OGH in ÖBA 1996/522; OGH in ÖBA 2002/1008.

103 Man kann auch hier von „liquider Beweisbarkeit“ sprechen; siehe in anderem Zusammenhang dazu unten V.2.c).

104 Z.B. OGH in ÖBA 1997/628; ÖBA 2000/892.

105 So auch OGH in ÖBA 1997/628; ÖBA 2002/1008.

c) Zeitpunkt des Vorliegens des Rechtsmissbrauchs

Hinsichtlich der Frage, wann der Rechtsmissbrauch vorliegen muss, hat der OGH zunächst die Ansicht vertreten, es sei nach § 406 ZPO das Vorliegen des Rechtsmissbrauchs zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhandlung relevant.¹⁰⁶ Von dieser Ansicht hat er sich in der Zwischenzeit aber distanziert.¹⁰⁷ Es reicht nicht mehr aus, dass sich die fehlende Berechtigung *im nachhinein* herausstellt,¹⁰⁸ für das Vorliegen des Rechtsmissbrauchs komme es vielmehr „auf den Wissensstand bzw. die Beweislage im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie an“¹⁰⁹. Allerdings wäre nach Ansicht des OGH auch das Beharren auf Erbringung der Garantieleistung rechtsmissbräuchlich, wenn dem Begünstigten völlig eindeutig nachgewiesen wird, dass ihm aus dem Valutaverhältnis kein Anspruch zusteht, sodass der Beurteilung der Frage, ob Rechtsmissbrauch vorliegt, letztlich doch „die Umstände und Entwicklungen eines gewissen Zeitraums zugrunde zu legen sein [werden]. Bei Beachtung der besonderen Sicherungsfunktion einer Garantie darf er nur nicht zu lang sein“.¹¹⁰ Diesen Zeitraum setzt der OGH sinnvollerweise mit der Leistungsfrist gleich.¹¹¹

2. Rechtsfolgen*a) Unterlassungsansprüche des Auftraggebers gegen den Begünstigten*

§ 1295 Abs. 2 ABGB sanktioniert seinem Wortlaut nach die rechtsmissbräuchliche Schädigung mit Ersatzansprüchen. Daraus folgt unmittelbar nur, dass der Auftraggeber bei missbräuchlichem Abruf der Garantiesumme durch den Begünstigten Schadenersatzansprüche gegen diesen hat. Die ausgezahlte Garantiesumme ausgerechnet vom rechtsmissbräuch-

106 OGH in JBl 1990, 177 (*Dullinger*). Dafür noch *Riedler*, Anm. zu OGH in ÖBA 1998/745.

107 Erstmals in ÖBA 1994/432; bestätigt in ÖBA 1988/695.

108 So noch OGH in ÖBA 1989/174 (*Fischer-Czermak*).

109 Siehe auch OGH in ÖBA 1994/432 (Rechtsmissbrauch wird auszuschließen sein, wenn die klagende Partei von ihrer Berechtigung zur Inanspruchnahme ausging und sich erst nachträglich die Unhaltbarkeit ihres Standpunktes herausstellen sollte).

110 OGH in ÖBA 1994/432; ÖBA 1998/695.

111 So auch in ÖBA 1998/695; zust. *Avancini*, Anm. zu OGH in ÖBA 1996/522. Völlig abzulehnen ist hingegen die vereinzelt gebliebene Entscheidung 8 Ob 612/85, in der zwar von einer „evident“ missbräuchlichen Inanspruchnahme „nicht die Rede sein konnte“, der (Unterlassungs-)Anspruch daher nicht ausreichend bescheinigt war, der OGH aber trotzdem wegen zahlreicher gegen den Begünstigten anhängiger Exekutionen eine Gefährdung annahm und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung erlaubte. Damit wurde der zweite Schritt in unlässiger Weise vor dem ersten getan.

lich Handelnden zurückzufordern, wird freilich häufig ein mühseliges – bei dessen Insolvenz oder mangelnder Greifbarkeit sogar unmögliches – Unterfangen sein. In Anbetracht dieses massiven Rechtsschutzinteresses kann nicht bezweifelt werden, dass gegen solche rechtswidrige Verhaltensweisen des Begünstigten auch präventiv Unterlassungsansprüche zustehen. Auch in Österreich gilt der Satz von *Enneccerus/Lehmann*, dass Schadensverhütung besser ist als Schadensvergütung.¹¹²

Ist zu befürchten, dass der Begünstigte die Garantie rechtsmissbräuchlich in Anspruch nimmt, hat der Auftraggeber gegen ihn daher nach ganz h. L. und Rspr.¹¹³ Anspruch auf Unterlassung des Abrufs der Garantie.¹¹⁴ Nach Abruf, aber vor Einziehung der Garantie hat der Garantief Auftraggeber Anspruch auf Widerruf des Abrufs und Unterlassung der Einziehung.¹¹⁵

Tatbestandsvoraussetzung des Unterlassungsanspruchs ist die drohende rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme durch den Begünstigten. Besondere Anforderungen an den Beweis sind dabei nicht zu stellen.¹¹⁶ Insbe-

112 *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958, S. 1008; *Reischauer*, in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht, 2. Aufl. 1992, § 1294 Rn. 23.

113 Z. B. *Koziol*, Garantievertrag, S. 56 ff.; *ders.*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/51 ff., 3/143 und 148; SZ 54/189; JBl 1985, 425; RdW 1986, 340; SZ 61/39 = ÖBA 1988, 609 (*Paul Doralt*); ÖBA 1992, 167 und 1035; EvBl 1992/131 = ÖBA 1992, 573 u. v. a.; *ecolex* 1994, 225; bezüglich eines Akkreditivs RdW 1995, 54 = *ecolex* 1994, 673; siehe auch oben Fn. 84 und 855.

114 *Paul Doralt*, Anm. zu OGH in ÖBA 1988/92; *ders.*, Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit einer rechtsmissbräuchlichen Garantieinanspruchnahme oder Klage auf Unterlassung bzw. Widerruf? ÖBA 1990, 182, weist zutreffend darauf hin, dass ein Anspruch auf Unterlassung oder Widerruf der Inanspruchnahme ein Kuriosum ist, wenn man bedenkt, dass die rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme einer Garantie sowieso unwirksam ist. Er hält daher nur das Begehren auf Feststellung der Unwirksamkeit der Inanspruchnahme für statthaft. Diese Ansicht hat viel für sich, begegnet aber dem Problem der subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Ein im Verhältnis Auftraggeber-Begünstigter rechtskräftiges Feststellungsurteil entfaltet keine Bindungswirkung im Verhältnis Garant-Begünstigter, so dass auf Grund der Abstraktion das Bestehen eines Leistungsanspruches gegen den Garanten durch das Feststellungsurteil nicht berührt wird. Hier liegt entgegen der Ansicht von *Doralt*, ÖBA 1990, 183 f., wohl auch kein Fall der (auch am Prozess unbeteiligte Dritte bindenden) Tatbestandsbewirkung vor. Dieses Problem will *Konecny*, Grundlagen der einstweiligen Verfügungen gegen den Missbrauch von Bankgarantien, ÖBA 1989, 778 f., daher mit Unterlassungs- oder Widerrufsansprüchen lösen.

115 Dazu, zur Sicherung der Ansprüche durch einstweilige Verfügungen und der Beweislast siehe unten Punkt V.2., 3.

116 Davon ist die Frage zu trennen, dass derjenige, der sich auf Rechtsmissbrauch beruft, an sich schon eine strengere Beweislast hat und daher erhöhten Anforderungen an den Beweis gerecht werden muss. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1295 Abs. 2

sondere spielt das Kriterium der „Offenkundigkeit“, in Anlehnung an den deutschen Urkundenprozess meist als „liquider Beweis“ qualifiziert, dafür – entgegen zahlreichen Entscheidungen des OGH¹¹⁷⁾ – keine Rolle.¹¹⁸ Das Vorliegen des Rechtsmissbrauchs (und selbstverständlich die Notwendigkeit seiner Bescheinigung im Provisorialverfahren) und dessen leichte Beweisbarkeit (als materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung) sollten auseinander gehalten werden, weshalb die liquide Beweisbarkeit nicht als Voraussetzung für den Rechtsmissbrauchseinwand zu fordern ist, wenn der Begünstigte arglistig handelt oder ihm die fehlende Berechtigung zur Inanspruchnahme ohnehin bewusst ist.¹¹⁹ Wer seinen Rechtsmissbrauch so geschickt tarnt, dass er nicht ganz evident ist, soll dadurch nicht auch noch begünstigt werden.¹²⁰ Ein besonders durchschlagender Beweis wird für die Zulässigkeit des Rechtsmissbrauchseinwandes daher nicht zu fordern sein. Es genügt, wenn den allgemeinen Beweiserfordernissen entsprochen wird, die beim Rechtsmissbrauch ohnedies erhöht sind.¹²¹ Eine evidente Beweislage spielt nur dann eine Rolle, wenn der Begünstigte, im Glauben, dazu berechtigt zu sein, fordert, was ihm eigentlich nicht zusteht. Er wird dann nämlich dadurch schlechtgläubig, dass ihm über jeden Zweifel erhaben – mit „durchschlagenden Beweisen“¹²² – die mangelnde Berechtigung seines Begehrens nachgewiesen wird. Denn wer nach Kenntnis der Sach- und Rechtslage immer noch fordert, was von ihm umgehend zurückzugeben wäre, ist dolos und sein Handeln rechtsmissbräuchlich.¹²³

Vorsichtige Sympathie für die notwendige Unterscheidung zwischen liquider Beweisbarkeit und Zulässigkeit des Rechtsmissbrauchseinwands kann man vielleicht endlich auch beim OGH erblicken, der jüngst

ABGB („offenbar den Zweck hatte“) und ist kein Spezifikum der Bankgarantie, *Reischauer*, in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht, 2. Aufl. 1992, § 1295 Rn. 59; in diesem Sinne auch *Avancini*, ÖBA 1996/522.

117 SZ 50/66; EvBl 1982/23; EvBl 1982/57; SZ 54/189; RdW 1986, 340; JBl 1985, 425; ÖBA 1987, 498 = RdW 1987, 156; RdW 1988, 134; ÖBA 1988/92 (*Paul Doralt*); ÖBA 1997/621;.

118 *Koziol*, Garantievertrag, S. 62 f.; *ders.*, ÖBA 1992/334; *ders.*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/105; *Schinnerer*, Mißbrauch der Inanspruchnahme einer Bankgarantie, ÖBA 1982, 209; *P. Bydlinski*, Besprechung der Voraufgabe, JBl 1992, 475 f.; *Avancini*, ÖBA 1996/522; wohl auch OGH in ÖBA 1992/334; a. A. offenbar *Wratzfeld*, *ecolex* 1998, 12 f.

119 *Paul Doralt*, Anm. zu OGH in ÖBA 1988/92 m.w.N.; vgl. auch *Avancini*, Anm. zu OGH in ÖBA 1996/522; siehe aber *Wilhelm*, *ecolex* 1998, 612.

120 *Paul Doralt*, Anm. zu OGH in ÖBA 1988/92.

121 Siehe oben Fn. 116.

122 OGH in ÖBA 1994/342.

123 Siehe schon oben Punkt V.1.b).

meint,¹²⁴ Rechtsmissbrauch setze voraus, dass „das Nichtbestehen eines Anspruchs des Begünstigten im Valutaverhältnis zur Zeit der Inanspruchnahme der Garantie als evident erwiesen wird oder der Begünstigte in Schädigungsabsicht, also betrügerisch handelt“. Im zweiten Fall kann man vielleicht ein Abrücken des OGH vom sonst postulierten Erfordernis der Beweisliquidität erhoffen.¹²⁵

b) Leistungsverweigerungsrecht des Garanten

In Anbetracht der Tatsache, dass das Zuwiderhandeln des Begünstigten erst recht nur zu Rückforderungs- oder Schadenersatzansprüchen gegen diesen führt, kommt dem Unterbleiben der Auszahlung zentrale Bedeutung zu. Ein Leistungsverweigerungsrecht des Garanten unter Berufung auf Rechtsmissbrauch im Valutaverhältnis, also seitens des Begünstigten gegenüber dem Auftraggeber, ist einhellig anerkannt. Handelt der Begünstigte rechtsmissbräuchlich, muss der Garant die Garantie nicht honorieren.

Der Rechtsmissbrauchseinwand steht dem Garant unabhängig von einem unumstößlichen Beweis des Rechtsmissbrauchs zu.¹²⁶ Er kann also unter Berufung auf „Rechtsmissbrauch“ die Leistung verweigern, handelt dabei jedoch auf eigenes Risiko und setzt sich – stellt sich anschließend die mangelnde Berechtigung der Weigerung heraus – Schadenersatzansprüchen des Begünstigten wegen Vertragsverletzung aus.

c) Leistungsverweigerungspflicht des Garanten

Der „liquide Beweis“ erlangt aber für die Beurteilung der Frage Bedeutung, ob der Garant nur ein Leistungsverweigerungsrecht hat oder ob er die Leistung verweigern muss.¹²⁷ Eine solche Pflicht kann nur gegenüber dem Auftraggeber bestehen und den Schutz- und Sorgfaltspflichten aus dem Deckungsverhältnis entstammen. Der Garant befindet sich dabei freilich in der unangenehmen Situation, gleichzeitig dem vom Auftraggeber behaupteten Unterlassungsanspruch und dem entgegengesetzten, vom Begünstigten behaupteten Leistungsanspruch ausgesetzt zu sein. Wer von beiden Recht hat, wird sich in der Regel erst herausstellen, sodass der Garant bei unberechtigter Zahlung seiner Ersatzansprüche verlustig gehen könnte, bei unberechtigter Verweigerung aber Schadenersatzan-

124 OGH in ÖBA 2002/1008.

125 Vgl. aber auch schon OGH in JBl 1990, 177 (*Dullinger*) = ÖBA 1990/213 (*Koch*) = RdW 1990, 11; ÖBA 1992/334 (*Koziol*) = ÖZW 1992, 92 (*Lindinger*) = EvBl 1992/131 = RdW 1992, 140 = eclex 1992, 317.

126 A. A. *Wratzfeld*, eclex 1998, 12 f.

127 So auch *H. Schumacher*, Sperre der Bankgarantie durch einstweilige Verfügung, RdW 1986, 331.

sprüche des Begünstigten zu gewärtigen hätte. Eine Pflicht zur Einwendung des Rechtsmissbrauchs kann daher nur dann angenommen werden, wenn der Rechtsmissbrauch liquide beweisbar ist, also ganz eindeutig ist, dass dem Begünstigten nicht zusteht, was er fordert.¹²⁸ Es muss der Bank gegenüber unzweifelhaft klargestellt sein, dass sie nicht Gefahr läuft, ihre Pflichten gegenüber dem Begünstigten zu verletzen, andernfalls kann sie auf Rechnung des Auftraggebers leisten.¹²⁹ Der Inhalt der Leistungsverweigerungspflicht ist allerdings strittig: Das Risiko des Auftraggebers liegt nämlich bei genauer Betrachtung nicht in der Auszahlung an sich, sondern in seiner Rückbelastung durch den Garanten. Daher ist der Ansicht, dass der Bank nicht schlechthin die Auszahlung untersagt ist, sondern nur die Auszahlung auf Rechnung des Auftraggebers, der Vorzug zu geben. Will der Garant die Garantie auf eigenes Risiko honorieren, soll er dies tun, er darf nur keine Rückgriffshandlungen setzen.¹³⁰

Unter welchen Voraussetzungen der Rechtsmissbrauch liquide beweisbar ist, ist im Einzelnen strittig. Vereinfacht gesagt, ist die Liquidität des Beweises gegeben, wenn der Garant dem Begünstigten den Missbrauchseinwand ohne Prozessrisiko innerhalb der für die Auszahlung zur Verfügung stehenden Zeit entgegenhalten kann.¹³¹

d) Unterlassungsansprüche des Auftraggebers gegen den Garanten

Mit der „Leistungsverweigerungspflicht“ des Garanten gegenüber dem Begünstigten korrespondiert ein Anspruch des Auftraggebers aus dem Deckungsverhältnis, ihn vor Schaden zu bewahren und die Auszahlung an den rechtsmissbräuchlich agierenden Begünstigten zu unterlassen.¹³² Der Inhalt dieses Unterlassungsanspruches ist spiegelbildlich zur aus dem Auftragsverhältnis stammenden „Einwendungspflicht“ und erfasst folglich nur die Auszahlung auf Rechnung des Auftraggebers und damit auch

128 EvBl 1982/23 = QuHGZ 1982/205; SZ 54/189 = EvBl 1982/57; JBl 1985, 425; *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/58.

129 Nach *Wratzfeld*, *ecolex* 1998, 13, der ein Verweigerungsrecht bei nicht liquide bewiesenem Rechtsmissbrauch verneint, müsste sie dies sogar.

130 Eine Leistung auf eigenes Risiko ist nicht so abwegig, wie sie auf den ersten Blick anmutet, vgl. *Nielsen*, Ausgestaltung internationaler Bankgarantien unter dem Gesichtspunkt etwaigen Missbrauchs, *ZHR* 1983, 156; siehe aber *Hein*, Der Zahlungsanspruch des Begünstigten einer Bankgarantie „auf erstes Anfordern“, 1982, S. 155, und *Zahn*, Buchbesprechung zu *Mülbert*, Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, *ZIP* 1985, 1296; *Konecny*, *ÖBA* 1989, 776f.; *Harrer*, Anm. zu OGH in *ÖBA* 1991/304.

131 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/61.

132 *Koziol*, *Garantievertrag*, S. 64f.; *ders.*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/58; OGH in *EvBl* 1982/23; *SZ* 54/189; *JBl* 1985, 425.

sämtliche Rückgriffsmaßnahmen. Voraussetzung dieses Unterlassungsanspruches ist die Zahlungsbereitschaft der Bank, da sonst die für Unterlassungsansprüche konstitutive Gefährdung nicht gegeben ist. Das Vorliegen dieses Kriteriums darf jedoch nicht zu streng geprüft werden. Abgerufene Bankgarantien werden eben normalerweise honoriert; wenn die Bank daher nicht verbindlich erklärt, davon Abstand zu nehmen, ist von einer Gefährdung auszugehen.¹³³

Ein Verbot der Auszahlung auf Rechnung des Auftraggebers und Rückbelastung kommt aber nur in Frage, wenn dem Garanten mittels liquiden Beweises nachgewiesen werden kann, dass das Leistungsbegehren des Begünstigten keinerlei Berechtigung hat. Gelingt dies nicht, ist der Garant weiterhin berechtigt – aber auf eigenes Risiko nicht verpflichtet –, die Garantie zu honorieren.¹³⁴

e) Zusammenfassung

Gegen den missbräuchlichen Abruf der Garantie durch den Begünstigten hat der Garant also die Einrede des Rechtsmissbrauchs, zu deren Wahrnehmung er bei liquidem Beweis auch verpflichtet ist. Interesse am Unterbleiben des Abrufs hat letztlich aber vor allem der Auftraggeber, da er auch bei (nicht liquid bewiesen) missbräuchlich in Anspruch genommener Garantie Ersatzansprüchen des Garanten ausgesetzt sein kann (§ 1014 ABGB), z. B. wenn der Garant in einem entschuldbaren Rechtsirrtum leistet. Die bloße Möglichkeit der Leistungsverweigerung durch den Garanten bietet ihm noch keinen adäquaten Schutz. Er hat daher Unterlassungsansprüche gegen den Begünstigten und den Garanten. Während der Begünstigte schuldig ist, den Abruf, jedenfalls aber die Einziehung der Garantie zu unterlassen, richtet sich der Anspruch gegen den Garanten bei liquidem Beweis nach einer Ansicht auf die gänzliche Unterlassung der Auszahlung der Garantiesumme, nach richtiger Ansicht hingegen nur auf die Auszahlung auf Rechnung des Auftraggebers und die damit verbundenen Rückgriffshandlungen.

3. Einstweiliger Rechtsschutz

a) Zulässigkeit einstweiliger Maßnahmen

Beim Unterlassungsanspruch des Garantieauftraggebers gegen die Bank oder gegen den Begünstigten besteht die Gefahr, dass er im ordentlichen Verfahren nicht rechtzeitig durchgesetzt werden könnte. Während des

¹³³ *Konecny*, ÖBA 1989, 784.

¹³⁴ Siehe oben Punkt V.2.b), c).

Prozesses ist der Begünstigte am Abruf der Garantie nicht gehindert; auf Grund der regelmäßig kurzen Zahlungsfristen würde vom Abruf der Garantie wahrscheinlich auch regelmäßig Gebrauch gemacht, um das Auslaufen der Garantie zu verhindern. Will der Auftraggeber diesem Risiko entgegentreten, kann er dies nur über Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes bewerkstelligen. Dass seine Unterlassungsansprüche gemäß § 381 EO durch einstweilige Verfügung (eV) „sicherbar“ sind, steht außer Streit.¹³⁵ Lassen sich solche Ansprüche aus dem materiellen Recht ableiten, steht auch einstweiliger Rechtsschutz zur Verfügung, um sie effektiv durchsetzen zu können.¹³⁶ Sicherungsmaßnahmen sind schon dann zulässig, wenn andernfalls die Verfolgung des eingeklagten Anspruchs im Prozess unmöglich werden könnte. Dies ist unzweifelhaft der Fall, wenn die Garantiesumme während des Prozesses abgerufen und ausbezahlt würde, da dann die Unterlassungs- oder Widerrufsansprüche überhaupt untergingen und nur mehr die Rückabwicklung begehrt werden könnte.¹³⁷ Auch die prozessuale Zulässigkeit einer solchen einstweiligen Verfügung wird heute zu Recht bejaht.¹³⁸ Voraussetzung für die Erlasung einer einstweiligen Verfügung ist nicht die Beweisliquidität. Wo diese nicht ohnehin schon konstitutiv für den zu sichernden materiellrechtlichen Anspruch ist,¹³⁹ spielt sie auch hier keine Rolle. Die sich aus

135 Siehe etwa OGH in RdW 1986, 340; ÖBA 1992, 167; ÖBA 1997/621.

136 Weiterführend *Konecny*, ÖBA 1989, 779 f.

137 *Konecny*, ÖBA 1989, 780.

138 Dem hätte früher die Rechtsansicht entgegenstehen können, dass solche „vorgreifenden einstweiligen Verfügungen“, die mit ihren Anordnungen das Ziel des Hauptverfahrens vorwegnehmen (was bei Unterlassungsansprüchen stets angenommen wurde), nur unter den qualifizierten Voraussetzungen des § 381 Ziff. 2 EO zulässig waren, der „drohende Gewalt“ oder „die Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens“ voraussetzt. Dies hätte dazu geführt, dass einstweilige Verfügungen zur Sicherung der Unterlassungsansprüche des Auftraggebers praktisch nie zulässig gewesen wären, es sei denn, der Auftraggeber hätte nicht wiedergutzumachenden Schaden erlitten (seine Insolvenz wegen Belastung mit der Garantiesumme oder die Undurchsetzbarkeit des Rückforderungsanspruches gegen den Begünstigten [z. B. wegen dessen Insolvenz oder mangelnder Greifbarkeit]; siehe dazu *Konecny*, ÖBA 1989, 781 f.). *Konecny*, ÖBA 1989, 781, bemerkt allerdings, dass diese Voraussetzungen vom OGH nie für einstweilige Verfügungen beim Garantiemissbrauch verlangt wurden und legt außerdem überzeugend dar, dass die Subsumtion von Unterlassungsansprüchen unter § 381 Ziff. 2 EO grundsätzlich verfehlt ist. Der OGH hat in seiner Entscheidung JBl 1989, 103 ff. = SZ 61/9 die Voraussetzungen für die einstweilige Verfügung zur Sicherung von Unterlassungsansprüchen auf ein solides Fundament gestellt: durch eine solche einstweilige Verfügung werde der Prozesserfolg nicht vorweggenommen, wenn es sich um eine zeitlich befristete Unterlassungsverpflichtung handelt und deren Erfolg wieder rückführbar ist. Siehe dazu *König*, *Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren*, 2. Aufl. 2000, Rn. 2/109 f.

139 Siehe oben Punkt V.2.

§ 389 Abs. 1 EO ergebende Bescheinigungspflicht¹⁴⁰ ist im Provisorialverfahren nicht eigens dem Liquiditätspostulat unterworfen¹⁴¹, was der OGH allerdings verkennt¹⁴². Die allgemeine Regel, dass derjenige, der Rechtsmissbrauch einwendet, einem strengeren Beweismaßstab genügen muss,¹⁴³ ist aber auch bei der Erlassung der einstweiligen Verfügung zu beachten. Wird den Beweiserfordernissen nicht entsprochen, kann der Antragsteller die mangelnde Bescheinigung seines Anspruches insbesondere nicht durch eine Sicherheitsleistung aufwiegen.¹⁴⁴

b) Sicherung des Unterlassungsanspruches gegen den Begünstigten

Der Unterlassungsanspruch gegen den Begünstigten kann auf zweierlei Arten gesichert werden. Primär ist daran zu denken, ihm zu verbieten, die Garantie abzurufen oder – sollte das schon geschehen sein – sie einzuziehen.¹⁴⁵ Der Auftraggeber hat dazu die Gefährdung seines Unterlassungsanspruches zu bescheinigen. Von einer Gefährdung i. S. d § 381 Ziff. 1 EO wird jedoch schon bei konkret zu befürchtender Zahlung auszugehen sein,¹⁴⁶ da dadurch ja der zu sichernde Unterlassungsanspruch erlöschen würde. Der Auftraggeber hat also die drohende Inanspruchnahme durch den Begünstigten und die drohende Zahlung durch die Bank glaubhaft zu machen.¹⁴⁷ Hinsichtlich der Zahlungsbereitschaft der Bank gilt das zum Unterlassungsanspruch gegen diese Gesagte.¹⁴⁸

Die einstweilige Verfügung an den Begünstigten, die Einziehung der Bankgarantie zu unterlassen, bietet dem Auftraggeber allerdings noch kei-

140 Dazu z. B. *Kodek*, in: Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung, 2000, § 389 Rn. 7 ff.

141 *H. Schumacher*, RdW 1986, 332; *Konecny*, Aktuelle Verfahrensfragen bei einstweiligen Verfügungen gegen den Missbrauch von Bankgarantien, ÖBA 1989, 853; a. A. wohl *Avancini*, ÖBA 1996/522; dass nur „parate Beweismittel“ berücksichtigt werden dürfen, bedeutet nicht, dass sie dem „liquiden Beweis“-Erfordernis genügen müssen.

142 OGH in SZ 54/189 = EvBl 1982/57; 7 Ob 569/82; JBl 1985, 425; 8 Ob 612/85; 2 Ob 622/85; RdW 1986, 340 (siehe *Schumacher*, 329); ÖBA 1986, 486 (*Koziol*) = RdW 1986, 341 (*Schumacher*, 329) = SZ 59/128 = JBl 1987, 115; RdW 1988, 134; SZ 61/39 = ÖBA 1988/92 (*Paul Doralt*) = RdW 1988, 320; JBl 1990, 328 = ÖBA 1990/214 = RdW 1990, 44; ÖBA 1992/314; ÖBA 1992/334 = ÖZW 1992, 92 (*Lindinger*) = EvBl 1992/131 = RdW 1992, 140 = *ecolex* 1992, 317; 8 Ob 1616/93; 6 Ob 595/95; RdW 1997, 280; ÖBA 1997/621 = *ecolex* 1997, 18 = RdW 1997, 446; ÖBA 1998/714; 9 Ob 165/99 g; ÖBA 2002/1008 = *ecolex* 2001/334; 9 Ob 96/02m; 6 Ob 149/02 h; 1 Ob 93/03p.

143 Siehe Fn. 116.

144 So auch *Avancini*, ÖBA 1996/522; OGH in RdW 1987, 156; a. A. wohl *H. Schumacher*, RdW 1986, 333 und 8 Ob 612/85.

145 SZ 54/189 = EvBl 1982/57; ÖBA 1986, 486 (*Koziol*).

146 *Konecny*, ÖBA 1989, 784; für die Notwendigkeit der Bescheinigung einer konkreten Gefährdung OGH in RdW 1987, 156.

147 Dazu OGH in ÖBA 1997/621.

148 Siehe oben Punkt V.2.d).

nen ausreichenden Schutz, da ein Zuwiderhandeln nur durch Beugemaßnahmen (§ 384 Abs. 1 i.V.m. § 355 EO) verhindert, ein verbotswidriger Abruf aber nicht unwirksam ist. Aus diesem Grund kann der Anspruch gegen den Begünstigten (zusätzlich) durch einstweilige Verfügung gegen den Garanten gesichert werden.¹⁴⁹ In diesem Fall kann es nicht auf die Liquidität des Beweises ankommen, da diese schon für den zu sichernden Anspruch nicht notwendig ist. Vielmehr kann der Bank unter denselben Voraussetzungen verboten werden, zu bezahlen, wie dem Begünstigten der Abruf untersagt werden kann, es sind letztlich zwei Seiten derselben Medaille. Beim Zahlungsverbot handelt es sich nicht um einen Teil des Drittverbots nach § 382 Ziff. 7 EO,¹⁵⁰ sondern um eine Verfügung nach § 382 Ziff. 5 EO.¹⁵¹ Auch gegenüber der Bank gibt es daher nur Beugemaßnahmen (§ 384 Abs. 1 i.V.m. § 355 EO. Darin liegt jedoch keine große Schutzlücke,¹⁵² da nach ergangener einstweiliger Verfügung ein Regressanspruch der Bank aus § 1014 ABGB nicht mehr bestehen wird.

c) Sicherung des Unterlassungsanspruches gegen den Garanten

Nicht nur der Unterlassungsanspruch des Garantieauftraggebers gegen den Begünstigten, sondern auch jener gegen den Garanten (Bank) kann durch einstweilige Verfügung gesichert werden.¹⁵³ Die einstweilige Verfügung ist auf Unterlassung der Auszahlung auf Rechnung des Auftraggebers gerichtet.¹⁵⁴ Dass dadurch in die Rechte des (am Verfahren gegen die Bank nicht beteiligten) Begünstigten eingegriffen wird, ist nur ein Scheinargument, da der Garant mit der einstweiligen Verfügung nur dazu gezwungen werden kann, Einwendungen zu erheben, zu deren Erhebung er sowieso schon verpflichtet ist.¹⁵⁵ Die Rechtsstellung des Begünstigten wird daher durch den gerichtlichen Auftrag an den Garanten nicht beein-

149 OGH in RdW 1988, 320; ÖBA 1997/621.

150 Mit den Folgen des § 385 EO.

151 Dazu *Konecny*, ÖBA 1989, 788; *ders.*, Zur Wirksamkeit einstweiliger Verfügungen nach Ablauf der Verfügungsfrist, ÖBA 1997, 994; diesem folgend *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/145; a. A. *Zechner*, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügungen, 2000, S. 153 f.; vgl. auch *König*, Einstweilige Verfügungen, 2. Aufl. 2000, Rn. 2/105.

152 *König*, Einstweilige Verfügungen, a. a. O., Rn. 2/105, hält diese Lösung trotzdem für weniger „bißkräftig“, was sich aber auf Grund der Überlegungen zum Regress nicht negativ auswirken dürfte.

153 OGH in SZ 54/189 = EvBl 1982/57; JBl 1985, 425. Aus der Lit. siehe *Chr. Hausmaninger*, Die Beeinträchtigung Dritter durch einstweilige Verfügungen, JBl 1990, 162; *Koziol*, Garantievertrag, S. 65; *ders.*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 1/143; *H. Schumacher*, RdW 1986, 329.

154 Oben Punkt V.2.d).

155 OGH in EvBl 1982/57.

trächtig. Daraus folgt, dass zwingend für einstweilige Verfügungen gegen den Garanten dieselben Voraussetzungen gelten wie für den zu sichernden Anspruch und für diesen naturgemäß dieselben Voraussetzungen wie für die Verpflichtung zur Leistungsverweigerung: es bedarf in allen Fällen liquider Beweisbarkeit.

Die einstweilige Verfügung ist auch dann zulässig, wenn man wie hier davon ausgeht, dass der zu sichernde Anspruch nur auf Unterlassung der Auszahlung auf Rechnung des Auftraggebers gerichtet ist.¹⁵⁶ Denn ein Zuwiderhandeln gegen diesen Unterlassungsanspruch seitens der Bank führt nicht zwangsläufig zur Schad- und Klaglosstellung des Auftraggebers, sind doch eben Aufwendersatzansprüche nach § 1014 ABGB auch bei „versehentlicher“ Honorierung einer missbräuchlich in Anspruch genommenen Garantie denkbar, z.B. wenn sich der Garant in einem entschuldbaren Rechtsirrtum über die Liquidität des Beweises befindet.¹⁵⁷ Diese Gefahr wird durch eine einstweilige Verfügung an den Garanten jedenfalls gebannt, da dieser sich danach nicht mehr unter Verweis auf eine unklare Rechtslage entschuldigen kann.

d) *Einstweilige Verfügung bei befristeten Garantien*

Bankgarantien sind häufig nur zeitlich begrenzt ansprechbar, ein Abruf nach Verstreichen des Endtermins ist nicht möglich. Im Lichte des Grundsatzes, dass nicht rückführbare Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes unzulässig sind,¹⁵⁸ sind nach einer Leitentscheidung des OGH¹⁵⁹ Unterlassungsgebote grundsätzlich nur zulässig, wenn sie zeitlich befristet auferlegt werden und ihr Erfolg rückführbar ist.¹⁶⁰ Daher darf in solchen Fällen dem Begünstigten nicht der Abruf der Garantie schlechthin, sondern nur die anschließende Einziehung der Garantiesumme verboten werden, da seine Ansprüche andernfalls verfielen. Natürlich ist die abgerufene Garantie vorerst aber nicht zu honorieren.¹⁶¹

156 *ders.*, in: Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/144; siehe auch schon *Konecny*, ÖBA 1989, 784.

157 Zur Pflichtenkollision des Garanten siehe schon oben E.I.5.

158 *Koziol*, Anm. zu OGH in ÖBA 1986/5, ÖBA 1986, 492; *Konecny*, ÖBA 1989, 783.

159 OGH in JBl 1989, 103 = SZ 61/9; siehe auch ÖBl 1991, 19; RdW 1994, 346; ÖBl 1998, 232.

160 *König*, Einstweilige Verfügungen, 2. Aufl. 2000, Rn. 2/111 (dort Fn. 426 m.w.N.); siehe aber *Holzhammer*, Zur Auflösungsklage nach § 133 HGB, GS Schönherr, 1986, S. 303 f., und z.B. OGH in JBl 1985, 423.

161 *Konecny*, ÖBA 1989, 783; *ders.*, ÖBA 1997, 994 f.; diesem folgend *König*, Einstweilige Verfügungen, 2. Aufl. 2000, Rn. 2/105; *Koziol*, in: Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 1/148; *ders.*, ÖBA 1986, 492.

5. Rechtsprechungsübersicht

Dominierendes Kriterium der meisten Garantiemissbrauchsentscheidungen des OGH ist auf Grund der Abstraktheit der Garantie die Zweckwidrigkeit. Wird die Garantie zu einem Zeitpunkt oder für einen Fall in Anspruch genommen, für den sie nicht gedacht war, könnte Rechtsmissbrauch vorliegen. Aus den in solchen Fällen ergangenen Entscheidungen lassen sich einerseits aus Sicht des Garanten Rückschlüsse auf die kautelarjuristische Formulierung von Bankgarantien, insbesondere des Garantiefalls und der Abruferfordernisse, andererseits aus Sicht des begünstigten Verhaltensregeln für den Garantieabruf ziehen. Bemerkenswert ist nämlich, dass sich in einigen Entscheidungen die Berechtigung des Rechtsmissbrauchseinwands nur aus dem substantiierten Abruf oder dem sonstigen Vorbringen des Begünstigten ergeben hat.

Von Rechtsmissbrauch ist der OGH z.B. bei zweckwidriger Inanspruchnahme der Einlösungsgarantie ausgegangen, die von Kreditinstituten bei Schecks gegeben wird. Beim Vertrag zwischen Bank und Schecknehmer geht die h. L. von einem Garantievertrag aus, der vom Kontoinhaber als Bevollmächtigtem der Bank geschlossen wird. Eine Berufung auf diese Garantie wurde dem Schecknehmer versagt, der Schecks für eine offenkundig zweckfremde Verwendung (nämlich zur Darlehensbesicherung) entgegengenommen hat.¹⁶² Bemerkenswert ist an dieser Entscheidung vor allem, dass der OGH dem Schecknehmer die Inanspruchnahme des zweckwidrig ausgestellten Schecks schon bei grober Fahrlässigkeit versagt hat.

Die Rspr. hat sich gelegentlich auch mit Einwendungen wegen Schlechterfüllung zu beschäftigen gehabt. In solchen Fällen ist der Beweis des Rechtsmissbrauchs im Provisorialverfahren kaum je zu erbringen. Der Abruf der Garantie kann insbesondere auch nicht durch Stellen einer Kaution abgewendet werden. Herrscht Streit über die Mangelhaftigkeit der Sache, ist der Beweis des Nichtbestehens des Anspruchs misslungen, die Garantie daher zu honorieren.¹⁶³

Anders ist der Fall zu beurteilen, dass bei einem Anlagenbauprojekt unterschiedliche Anlagenteile mit unterschiedlichen Bankgarantien für Gewährleistungsfälle besichert sind und der Begünstigte auch Garantien für Teillieferungen abrufen will, deren Mangelhaftigkeit er nicht behauptet.¹⁶⁴

¹⁶² OGH in EvBl 1980/178.

¹⁶³ OGH in JBl 1985, 425, wo der liquide Beweis der Mangelhaftigkeit gefordert wird. Vgl. den umgekehrten Fall des Beweises der Mangelfreiheit OGH in RdW 1987, 156; vgl. auch 2 Ob 233/01 f.

¹⁶⁴ OGH in RdW 1986, 340.

Geht man nicht von einer Substantiierungspflicht beim Abruf aus, wäre der Begünstigte besser beraten gewesen, keine konkreten Mängel zu benennen, dann hätte die Auszahlung der Garantie nicht verweigert werden dürfen. Im konkreten Fall wurde aber außerdem als bescheinigt angesehen, dass die Garantien als „Vergeltung“ für die Klage der Auftraggeberin in einer anderen Angelegenheit abgerufen werden sollten, was die Entscheidung erleichtert haben wird.

In einer weiteren Entscheidung hatte es der OGH mit der teilweisen Inanspruchnahme einer Deckungsrücklaßgarantie für einen Gewährleistungsfall zu tun, der vom Zweck des Garantievernehmens nicht erfasst war.¹⁶⁵ Diesen „zweckfremden“¹⁶⁶ Abruf hielt der OGH für rechtsmissbräuchlich.¹⁶⁷ Kritik wurde an der Entscheidung vor allem geübt, weil sich die mangelnde Berechtigung der Inanspruchnahme erst im Laufe des Verfahrens und nicht schon im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie oder sonst zeitnah herausstellte.¹⁶⁸ Der OGH ist von dieser Entscheidung hinsichtlich des Zeitpunktes in Folgentscheidungen auch wieder abgegangen.¹⁶⁹

Den Abruf vor Fälligkeit des gesicherten Anspruches hat der OGH teilweise wechselhaft beurteilt.¹⁷⁰ In einer Entscheidung hielt er den Abruf einer Bankgarantie auf Grund einer bewusst unrichtigen Erklärung über die Fälligkeit des Anspruchs für rechtsmissbräuchlich.¹⁷¹ Im Widerspruch zu dieser Entscheidung im Provisorialverfahren steht die endgültige Entscheidung des OGH in der Hauptsache, nach der ein Abruf vor Fälligkeit allein noch keinen Rechtsmissbrauch darstellt,¹⁷² schließlich gebe § 1434 ABGB in solchen Fällen nicht einmal ein Rückforderungsrecht. Es könne nicht rechtsmissbräuchlich sein, in Anspruch zu nehmen, was nach dem ABGB nicht einmal zurückgestellt werden müsste. Das ist in dieser Allgemeinheit sicher falsch. So geht auch *Koziol* davon aus, dass bei erst viel später eintretender Fälligkeit und berücksichtigungswürdigen Nachteilen für den Kläger der Abruf vor Fälligkeit sehr wohl rechtsmissbräuchlich sein kann. *Lindinger* weist zudem ganz richtig darauf hin, dass in einem solchen Fall die Praxis zeitlich begrenzter Garantien gleich ganz

165 OGH in JBl 1990, 177.

166 Für zweckentsprechend hält die Inanspruchnahme des Deckungsrücklasses als Haftungsrücklass *Koch*, ÖBA 1990/213.

167 Vgl. OGH in ÖBA 1988/91; RdW 1986, 340; SZ 54/189.

168 Gegen diese Kritik wiederum *Lindinger*, Anm. zu OGH in ÖZW 1992, 92.

169 Oben Punkt V.1.b).

170 Eine Übersicht bei *Riedler*, ÖBA 1998/745.

171 OGH in ÖBA 1990/214 (*Konecny*).

172 OGH in ÖBA 1992/334 (*Koziol*).

aufgegeben werden könnte, da dann eben immer unter Hinweis darauf, dass die Forderung schon einmal fällig wird, sicherheitshalber vor Auslaufen die Garantie abgerufen würde. Deutlich wurden die Gefahren vorzeitigen Garantieabrufs in einer späteren Entscheidung,¹⁷³ wo der ursprünglich Begünstigte seine Ansprüche aus der Garantie vor seinem Konkurs zediert hatte und nunmehr der Zessionar Zahlung verlangte, der Auftraggeber aber befürchten musste, vom Zedenten keine Erfüllung mehr zu erlangen.¹⁷⁴

Überhaupt ist ein zweckwidriger vorzeitiger Abruf rechtsmissbräuchlich, so z.B., wenn der Verkäufer zugesteht, eine ihm bestellte Garantie über den Kaufpreis auch hinsichtlich des Haftrücklasses abgerufen zu haben, weil er wegen Zahlungsverweigerung um die Einbringlichkeit der Forderung fürchtete. Bemerkenswert ist, was der OGH Begünstigten mit auf den Weg gibt: „Damit gestand die Klägerin selbst die mangelnde Berechtigung wegen fehlender Fälligkeit ein und legte die missbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie selbst offen“.¹⁷⁵ Wer missbräuchlich handelt, sollte also besser verschwiegen sein.

VI. Rückforderung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie

1. Grundsatz: Keine Kondiktion der Bank gegen den Begünstigten

Hat der Begünstigte die Garantie berechtigt in Anspruch genommen, weil der im Valutaverhältnis garantierte Erfolg ausgeblieben ist und auch die sonstigen, formellen Voraussetzungen der Inanspruchnahme erfüllt sind, dann steht der Bank ihr Aufwendersatzanspruch gegen den Garantieauftraggeber nach § 1014 ABGB zu. Hat der Begünstigte die Garantie hingegen unberechtigt in Anspruch genommen, dann hat er die von der Bank erhaltene Garantiesumme nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen herauszugeben.

Aus der Abstraktheit der Bankgarantie folgt, dass die *Leistungskondiktion* (§ 1431 ABGB) gegen den Begünstigten grundsätzlich dem *Auftraggeber* und nicht der Bank zusteht.¹⁷⁶

173 OGH in ÖBA 1994/432.

174 Zur Problematik des Vorliegens von Rechtsmissbrauch bei der grundsätzlich zulässigen Zession siehe zuletzt OGH in ÖBA 1998/715.

175 6 Ob 293/97z.

176 *Rummel*, in: *Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht*, 3. Aufl. 2002, Vor § 1431 Rn. 15 a; *Apathy*, in: *Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB*, Bd. 5, 2. Aufl. 1997, § 880 a Rn. 4; *Koziol*, *Garantievertrag*, S. 85; *ders.*, in: *Avancini/*

2. Ausnahmen: Kondiktion der Bank gegen den Begünstigten

Von dem Grundsatz, dass die Bank nicht zur Rückforderung der erbrachten Leistung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie berechtigt ist, sind jedoch einige Ausnahmen zu machen: Die *Bank* ist selbst zur *Kondiktion* beim Begünstigten berechtigt, wenn sie rechtsgrundlos geleistet hat, weil der Garantievertrag ungültig ist (Punkt 1.) oder weil sie dem Leistungsbegehren des Begünstigten Einwendungen entgegenhalten hätte können (Punkt 2.), oder bei Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Garantierauftraggeber (Punkt 3.) oder mit dem Begünstigten selbst (Punkt 4. Das Interesse der Bank, selbst zur Kondiktion beim Begünstigten berechtigt zu sein, liegt in der Vermeidung des Insolvenzrisikos des Garantierauftraggebers. Ist nämlich nicht die Bank, sondern der Masseverwalter des Garantierauftraggebers zur Kondiktion der zu Unrecht abgerufenen Garantiesumme beim Begünstigten berechtigt, dann fallen die von der Bank gezahlten Beträge in die Konkursmasse. Die Bank hat zwar den Aufwandsersatzanspruch gegen den Auftraggeber, der jedoch lediglich eine Konkursforderung ist. Im Ergebnis kommt daher der vom Garantien gezahlte Betrag allen Gläubigern des Auftraggebers zugute, für die sich die materiell unberechtigte Inanspruchnahme des Garantien als „unverdienter Glücksfall“ darstellt. Hätte der Begünstigte die Garantie nämlich nicht zu Unrecht abgerufen, dann befände sich der Betrag nicht in der Masse, sondern bei der Bank, und der Masseverwalter hätte auch keinerlei Auszahlungsansprüche gegen die Bank.¹⁷⁷ Vor diesem Hintergrund sind auch die Bestrebungen der Lehre zu sehen, der Bank im Konkurs des Garantierauftraggebers ein Aussonderungsrecht zu gewähren (Punkt 5.).

Im Einzelnen gilt Folgendes:

a) Mängel im Verhältnis Garant und Begünstigter

Ist der *Garantievertrag ungültig* oder ist der *formelle Garantiefall nicht eingetreten*, dann kann die Bank selbst die erbrachte Leistung beim Begünstigten kondizieren.¹⁷⁸ Die Rechtsgrundlage des Rückforderungsanspruches hängt vom Mangel des Garantievertrages ab. Ist der Garantievertrag z. B. wegen Dissenses oder mangelnder Vertretungsmacht ungültig, so kann der

Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/157, 3/160 f.; *ders.*, ÖBA 1999, 249; *Wratzfeld*, *ecolex* 1998, 12; *G. Graf*, *ecolex* 1998, 15, jeweils m. w. N. aus der Judikatur. Es handelt sich um eine analoge Anwendung des § 1431 ABGB, vgl. OGH in ÖBA 1987, 505 (*Koziol*); *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/161.

177 So die Problemanalyse von *Koziol*, ÖBA 1999, 249.

178 *Rummel*, in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht, 3. Aufl. 2002, Vor § 1431 Rn. 15 a; *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/156.

Garant das irrtümlich Geleistete nach § 1431 ABGB zurückfordern.¹⁷⁹ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Kondiktion nach § 1432 ABGB ausgeschlossen ist, wenn es sich um die Zahlung einer verjährten oder einer solchen Schuld handelt, „welche nur aus Mangel der Förmlichkeit ungültig ist“, sowie bei wissentlicher Zahlung einer Nichtschuld.¹⁸⁰ Daraus folgt, dass die Bank nicht zur Kondiktion berechtigt ist, wenn sie von der Ungültigkeit des Garantievertrages Kenntnis hatte oder wenn sie nach Ablauf der Frist bei einer befristeten Garantie geleistet hat.¹⁸¹ Ist die Ungültigkeit Folge einer Anfechtung des Garantievertrages wegen eines Willensmangels (Irrtum, List oder Drohung, §§ 870 ff.), kann die Bank die Garantiesumme nach § 877 ABGB zurückfordern.¹⁸² Ist der formelle Garantiefall nicht eingetreten, z. B. bei nicht ordnungsgemäßigem Abruf der Garantie, kann die Bank ihre Leistung nach § 1431 ABGB kondizieren, weil sie auch hier nicht zur Leistung verpflichtet gewesen wäre.¹⁸³

b) Einwendungen der Bank: Rechtsmissbrauch

Hätte die Bank dem Leistungsbegehren des Begünstigten Einwendungen entgegenzusetzen können, dann ist die Bank selbst zur Rückforderung der erbrachten Leistung nach § 1431 ABGB berechtigt.¹⁸⁴ Dies gilt insbesondere bei rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie.¹⁸⁵ Da die Bank durch Erhebung des Rechtsmissbrauchseinwandes die Zahlung hätte verweigern können, hat sie geleistet, obwohl sie dazu nicht verpflichtet gewesen wäre.

Voraussetzung der Kondiktion ist auch hier, dass die Bank irrtümlich geleistet hat, also den Rechtsmissbrauch nicht kannte, Zweifel am Vorliegen

179 Zur *condictio indebiti* siehe nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, 12. Aufl. 2001, S. 271 f.

180 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, a. a. O., S. 269, 277.

181 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/156 ff.

182 Zur *condictio sine causa* siehe nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, 12. Aufl. 2001, S. 276.

183 *Rummel*, in: *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht, 3. Aufl. 2002, Vor § 1431 Rn. 15 a, verweist nachdrücklich darauf, dass es sich dabei natürlich nur um den Garantiefall der Garantin gegenüber handelt; vgl. den Fall der Überschreitung des Auftrages des Garantieauftraggebers durch den Garant in SZ 60/121 = ÖBA 1987/56.

184 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/157 m. w. N.

185 *Wratzfeld*, *ecolex* 1998, 12, meint hingegen, bei „verdecktem“ Rechtsmissbrauch könne der Garant den Abruf nicht verhindern, sondern sei zur Zahlung verpflichtet. Daher habe er auch kein Rückforderungsrecht, da diese Zahlung ihre Rechtfertigung im Auftragsverhältnis finde, so dass eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ausgeschlossen sei. Vgl. die grundlegenden Bedenken gegen den Rückforderungsanspruch der Bank bei rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie bei *Wilhelm*, *ecolex* 1998, 612, der von einer Anweisung ausgeht, und gegen ihn die Replik von *Koziol*, ÖBA 1999, 249 (dort Fn. 1), darauf die Duplik von *Wilhelm*, Anm. zu OGH in *ecolex* 2000, 34.

des Rechtsmissbrauchs oder an der Durchsetzbarkeit des Einwandes hatte.¹⁸⁶ Kannte die Bank den Rechtsmissbrauch, kann sie sich ihren Rückforderungsanspruch nur durch Zahlung unter Vorbehalt erhalten.¹⁸⁷

Wie oben ausgeführt,¹⁸⁸ besteht bei nicht liquide bewiesenem Rechtsmissbrauch nur ein Recht, aber keine Pflicht der Bank, die Zahlung zu verweigern. Ist der Rechtsmissbrauch nicht liquide bewiesen, liegt in der Leistung der Garantiesumme keine wissentliche Bezahlung einer Nichtschuld, so dass der Rückforderung vom Begünstigten nichts im Weg steht. Gleichzeitig hat die Bank aber im Regressweg die Möglichkeit, Aufwendersatz vom Auftraggeber zu fordern, da sie ja mangels liquiden Beweises zur Auszahlung berechtigt war. Damit hat die Bank die Wahl, ob sie die erbrachte Leistung vom Begünstigten kondizieren oder den Aufwendersatzanspruch gegen den Garantieauftraggeber geltend machen will, wobei sie natürlich insgesamt nur einmal Zahlung verlangen kann. War die Bank zur Erhebung von Einwendungen nicht nur berechtigt, sondern dazu dem Garantieauftraggeber aus dem Auftragsverhältnis heraus auch verpflichtet, was dann der Fall ist, wenn der Rechtsmissbrauch liquide beweisbar ist, dann steht nur ihr die Kondiktion zu, weil sie nicht auf Rechnung des Dritten zahlen konnte.¹⁸⁹

c) Abtretung des Rückforderungsanspruchs

Die Bank ist ferner dann zur Kondiktion beim Begünstigten berechtigt, wenn sie sich den dem Garantieauftraggeber gegen den Begünstigten zustehenden Rückforderungsanspruch hat abtreten lassen.¹⁹⁰ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass bei dieser Zession der Sicherungszweck im Vordergrund steht, so dass die pfandrechtlichen Publizitätsakte, also Buchvermerk oder Drittschuldnerverständigung, eingehalten werden müssen,¹⁹¹ und dass nach

186 *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/157. Der irrtümlichen Zahlung wird man die Zahlung unter Zwang gleichstellen müssen, z. B. bei drohender Exekution (SZ 43/60 = JBl 1970, 418), *Rummel*, in: *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Recht, 3. Aufl. 2002, § 1431 Rn. 6 m. w. N.

187 *Rummel*, a. a. O., § 1431 Rn. 6.

188 Oben Punkt V.2.b), c).

189 Dazu *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/157 m. w. N.

190 OGH in ÖBA 1991, 293 = *ecolex* 2001, 20 (*Wilhelm*); *Wratzfeld*, *ecolex* 1998, 12; *G. Graf*, *ecolex* 1998, 15; *Koziol*, *Garantievertrag*, S. 85; *ders.*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/157; *ders.*, ÖBA 1999, 249.

191 Strittig ist, ob diese Publizitätsakte schon vor dem Entstehen der Forderung gesetzt werden können, dafür OGH in RdW 1999, 20; *ecolex* 2000/4 (*Wilhelm*) = ÖBA 2000/869 (*Apathy*); *Wratzfeld*, *ecolex* 1998, 12; *G. Graf*, *ecolex* 1998, 15; dagegen *Iro*, Sicherungsglobalzession und Drittschuldnerverständigung, RdW 1989, 357; *Wilhelm*, Anm. zu OGH in *ecolex* 1991, 20; offen lassend *Koziol*, ÖBA 1999, 249.

§ 33 Tarifpost 21 Gebührengesetz (GebG) bei derartigen Zessionen eine Rechtsgeschäftsgebühr in der Höhe von 0,8% zu entrichten ist.¹⁹²

d) Bürgschaft aufs erste Anfordern

Es ist zulässig, dass die Bank und der Begünstigte vertraglich vereinbaren, dass der Rückforderungsanspruch bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie der Bank zustehen soll.¹⁹³ Durch eine solche Vereinbarung kommt es zu einer bloß formellen Abstraktion der Bankgarantie, was einer Bürgschaft aufs erste Anfordern entspricht.¹⁹⁴ Der Rückforderungsanspruch der Bank setzt aber neben der ausdrücklichen Vereinbarung zwischen der Bank und dem Begünstigten auch die Zustimmung des Garantierauftraggebers im Deckungsverhältnis voraus.¹⁹⁵

e) Aussonderungsrecht der Bank im Konkurs des Garantierauftraggebers?

Hat der Garantierauftraggeber seine Rückforderungsansprüche der Bank nicht zediert (Punkt 3.) oder fehlt es an einer Vereinbarung, nach der die Bank selbst zur Rückforderung berechtigt ist (Punkt 4.), dann bleibt es bei dem Grundsatz, dass nur der Auftraggeber zur Kondition berechtigt ist. Dies hat, wie erwähnt, zur Konsequenz, dass der vom Garantem gezahlte Betrag im Konkurs des Auftraggebers allen seinen Gläubigern zugute kommt, für die sich die materiell unberechtigte Inanspruchnahme des Garantem als „unverdienter Glücksfall“ darstellt. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, versucht ein Teil der österreichischen Lehre, der Bank unter Berufung auf den Gedanken der Wertverfolgung¹⁹⁶ ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Garantierauftraggebers zuzugestehen.¹⁹⁷ Der

192 *G. Graf*, *ecolex* 1998, 15.

193 *P. Bydlinski*, *AcP* 190, 165; *Wratzfeld*, *ecolex* 1998, 12; *G. Graf*, *ecolex* 1998, 15.

194 Dazu oben D.IV.4.; *P. Bydlinski*, *Kreditbürgschaft*, 2. Aufl. 2003, S. 35. Ob zwischen einer bloß formell abstrakten Garantie und einer Bürgschaft aufs erste Anfordern überhaupt ein (wesentlicher) Unterschied besteht, kann dahingestellt bleiben. Zu den Unterschieden *Koziol*, *ÖBA* 1999, 249 m. w. N.

195 OGH in *ecolex* 2000/4 (*Wilhelm*) = *ÖBA* 2000/869 (*Apathy*). Dass die formelle Abstraktion der Garantie zwischen Bank und Begünstigtem ausdrücklich vereinbart werden muss, betont *Koziol*, *ÖBA* 1999, 249. Nach *G. Graf*, *ecolex* 1998, 15, kann die Vereinbarung zwischen Garantierauftraggeber und Bank auch konkludent erfolgen. Selbst wenn im Deckungsverhältnis die Hinauslenkung einer echten abstrakten Garantie vereinbart wurde, bliebe nach *G. Graf* die Vereinbarung einer Bürgschaft aufs erste Anfordern sanktionslos.

196 *Wilburg*, *Gläubigerordnung und Wertverfolgungslehre*, *JB1* 1949, 29; *F. Bydlinski*, *System und Prinzipien des Privatrechts*, 1996, S. 336 ff.

197 *H. Hoyer*, *Übermäßiger Abruf der Haftrücklassgarantie und Konkurs des Werkunternehmers*, *WBl* 1987, 227; *Koziol*, *Zur Abschwächung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Konkursverfahren*, *FS Wesener*, 1992, S. 267; *ders.*, *ÖBA* 1999, 249; *Apathy*, *Ann. zu OGH in ÖBA* 2000/869; a. A. *Wratzfeld*, *ecolex* 1998, 12. Unter welchen Vor-

OGH hat diese Ansicht jedoch explizit verworfen¹⁹⁸: Ein Wertverfolungsrecht, das dem Garanten einen Rückforderungsanspruch betreffs eines unberechtigt abgerufenen Garantiebetrages gegen den Begünstigten gewährt, der einem Kondiktionsanspruch des Garantieauftraggebers vorgeht, oder das den Garanten zur Aus- oder Absonderung dieses Garantiebetrages, den sein Auftraggeber vom Begünstigten bereits zurückgefordert hat und der bei ihm noch abgesondert vorhanden ist, aus der Konkursmasse des Auftraggebers berechtigt, bestehe nicht.

VII. Garantien mit Auslandsbezug

1. Internationales Privatrecht

Grundsätzlich gilt für den Garantievertrag das Recht jenes Staates, das die Parteien gewählt haben (Art. 3 EVÜ; vgl. § 35 Abs. 1 IPRG), das ist regelmäßig das Recht des Staates, in dem die die Garantie eröffnende Bank ihre Niederlassung hat. Gibt es keine Rechtswahl, kommt auf Verträge, die bis 30. November 1998 geschlossen wurden, § 38 IPRG¹⁹⁹ zur Anwendung, nach dem für Bankgeschäfte das Recht des Staates zur Anwendung kam, in dem das Kreditunternehmen seinen Sitz hatte,²⁰⁰ regelmäßig also das Recht des Staates, in dem die die Garantie eröffnende Bank ihren Sitz hatte.²⁰¹

Dieser Sondervorschrift wurde durch das EVÜ derogiert, das keinen gesonderten Tatbestand für Bankgeschäfte kennt, so dass nunmehr an die allgemeine Regel des Art. 4 EVÜ angeknüpft werden muss.²⁰² Anwend-

aussetzungen das Wertverfolungsrecht zuzubilligen ist, wird im Detail unterschiedlich beantwortet. Während *H. Hoyer*, WBI 1987, 227, der Ansicht ist, dass der Masseverwalter des Auftraggebers den Rückfluss aus der zu Unrecht abgerufenen Garantie nicht mit der Masse vermengen und dadurch eine Ersatzaussonderung (§ 44 Abs. 2 KO) unmöglich machen dürfe, meint *Koziol*, ÖBA 1999, 249, dass das Wertverfolungsrecht der Bank solange zuzubilligen sei, als der aus seinem Vermögen stammende Vermögenswert beim Garantieauftraggeber noch abgesondert vorhanden ist, also solange dem Auftraggeber der Bereicherungsanspruch gegen den Begünstigten zusteht oder, wenn der Anspruch schon liquidiert wurde, solange noch keine Vermengung des Betrages mit dem sonstigen Vermögen des Auftraggebers erfolgt ist.

198 OGH in *ecolex* 2000/4 (*Wilhelm*) = ÖBA 2000/869 (*Apathy*).

199 § 38 Abs. 1 IPRG 1979: „Bankgeschäfte sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem das Kreditunternehmen seine Niederlassung (§ 36 zweiter Satz) hat; bei Bankgeschäften zwischen Kreditunternehmen ist die Niederlassung des beauftragten Kreditunternehmens maßgebend.“

200 Die Übernahme von Garantien fiel nach § 1 Abs. 2 Ziff. 7 KWG in den Katalog der Bankgeschäfte. Vgl. nunmehr § 1 Abs. 1 Ziff. 7 BWG.

201 Dazu noch *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rn. 3/166 ff.

202 Siehe Erl. 1231 BlgNR 20. GP 5.

bar ist daher das Recht des Staates, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist (Art. 4 Abs. 1 EVÜ), wobei nach Art. 4 Abs. 2 EVÜ vermutet wird, dass das derjenige Staat ist, in dem die Partei, die die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen hat, ihre Niederlassung hat.²⁰³ Das führt ebenfalls zur Anwendung des Rechts des Staates, in dem die garantieeröffnende Bank ihren Sitz hat.

Die Rechtsordnung, der der Garantievertrag untersteht, ist vor allem für Abwehrmöglichkeiten gegen den Begünstigten von zentralem Interesse, weil davon abhängt, ob der Rechtsmissbrauchseinwand erhoben werden kann.²⁰⁴

Das ausländische Recht ist, wie sonst auch, vom zuständigen Gericht von Amts wegen zu ermitteln. Dies könnte bei „exotischen“ Rechtsordnungen eine Rolle für die vom OGH geforderte Liquidität des Missbrauchs spielen. Der OGH hat auch ursprünglich Anlass zur Vermutung gegeben, dass bei schwer feststellbaren Rechtsordnungen eine einstweilige Verfügung kaum mit Erfolg beantragt werden könne. Dies war vor allem darauf zurückzuführen, dass der OGH am Erfordernis des liquiden Beweises des Rechtsmissbrauchs festhält und daher entschied,²⁰⁵ dass der „mit der Feststellung irakischen Rechtes in diesem Punkt verbundene Aufwand jedoch einen eindeutigen Nachweis des Anspruchs der Klägerin nicht als gegeben erscheinen [lässt]“, sodass der OGH davon ausging, dass der Beweisungslast nicht entsprochen worden war.

Später hat der OGH allerdings entschieden, dass österreichisches Recht anzuwenden ist, wenn das anwendbare Recht nicht binnen angemessener Frist festgestellt werden kann (§ 4 Abs. 2 IPRG).²⁰⁶ Der Überschreitung der angemessenen Frist kommt natürlich insbesondere im Provisorialverfahren Bedeutung zu. Wo man es ohnehin schon eilig hat, könnten Verzögerungen durch die Ermittlung ausländischer Rechtsordnungen oft zur Anwendung österreichischen Rechts – und damit zur Zulässigkeit des Rechtsmissbrauchseinwandes – führen. Die Begründung des Rekursge-

203 Zum Begriff der Niederlassung etwa *Czernich*, in: *Czernich/Heiss*, EVÜ-Kommentar, 1999, Art. 4 Rn. 57.

204 Von der Frage der Zulässigkeit des Rechtsmissbrauchseinwands im Garantievertrag ist die Frage zu unterscheiden, ob die Inanspruchnahme der Garantie im Valutaverhältnis berechtigt ist. Hier kann ein anderes Recht anwendbar sein. Das führt dazu, dass z. B. dem gutgläubigen Begünstigten nach der für das Valutaverhältnis geltenden Rechtslage liquid nachgewiesen werden muss, dass er keinen Anspruch hat, das Beharren auf Auszahlung aber nur dann zu einem Verweigerungsrecht führt, wenn die Rechtsordnung des Garantievertrages ein solches kennt.

205 OGH in ÖBA 1986/5.

206 OGH in ÖBA 1988/92.

richts, der Antrag sei schon auf Grund der mangelnden Bescheinigung des im Ausgangsfall anwendbaren malaysischen Rechts abzuweisen, wies der OGH explizit zurück und hat unter Berufung auf § 4 Abs. 2 IPRG die materielle Berechtigung des Anspruchs im Valutaverhältnis nach österreichischem Recht geprüft (das Garantieverhältnis unterlag in diesem Fall sowieso österreichischem Recht, sodass der Einwand des Rechtsmissbrauchs zulässig war).

Einen Widerspruch zwischen diesen beiden Entscheidungen hat der OGH möglicherweise deshalb nicht gesehen,²⁰⁷ weil es in der jüngeren Entscheidung²⁰⁸ um eine direkte Garantie einer österreichischen Bank gegenüber einem ausländischen Begünstigten ging und daher die Rechtsmissbräuchlichkeit der Inanspruchnahme nach österreichischem Recht zu beurteilen war, während nur das Grundverhältnis malaysischem Recht unterlag. In der älteren Entscheidung²⁰⁹ ging es hingegen um eine indirekte Garantie und die Frage, ob der irakische Hauptgarant die von einer österreichischen Bank erstellte Rückgarantie rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen hatte. Eine solche rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Rückgarantie liegt nur dann vor, wenn der irakische Hauptgarant dem irakischen Begünstigten geleistet hat, obwohl er wegen dessen Rechtsmissbrauchs nicht hätte leisten müssen, sodass das Bestehen eines Rechtsmissbrauchseinwandes des irakischen Garanten gegenüber dem Begünstigten Voraussetzung für den Rechtsmissbrauchseinwand der österreichischen Bank gegenüber der irakischen Bank war, was als Tatbestandswirkung des irakischen Rechts zu qualifizieren ist.²¹⁰ Ob man die Anwendung des § 4 IPRG auch auf solche Tatbestandsvoraussetzungen befürworten kann, muss hier dahinstehen.

2. Zuständigkeit für die Erlassung einstweiliger Verfügungen

Sicherungsmaßnahmen sind nur dann zulässig, wenn das Provisorialverfahren der internationalen Zuständigkeit Österreichs unterliegt. Diese ist schon dann gegeben, wenn ein österreichisches Gericht örtlich zuständig ist (§ 27a JN).²¹¹ Dies setzt nicht notwendig auch eine Zuständigkeit im Hauptverfahren voraus. Auch wenn eine solche nicht besteht – was in den hier interessierenden Fällen grenzüberschreitender einstweiliger Verfügung regelmäßig der Fall sein wird, wenn der ausländische Begünstigte

207 Dies vermutet auch *Paul Doralt*, ÖBA 1988/92.

208 OGH in ÖBA 1988/92.

209 OGH in ÖBA 1986/5.

210 *Paul Doralt*, ÖBA 1988/92.

211 Siehe dazu informativ *Mayr*, in: Rechberger, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2000, § 27a.

oder bei indirekten Garantien die ausländische Zweitbank nicht in Österreich geklagt werden kann –, kann nämlich auch außerhalb des Hauptverfahrens einstweiliger Rechtsschutz beantragt werden²¹². Sachlich ist grundsätzlich das Bezirksgericht zuständig²¹³ (§ 387 Abs. 2 EO), die örtliche Zuständigkeit richtet sich, da ein allgemeiner Gerichtsstand des Antragsgegners fehlen wird, nach dem Gerichtssprengel, in dem eine Vollzugshandlung gesetzt werden soll, mithin nach dem Sitz des Drittschuldners.²¹⁴ Diese Regelung ist abschließend, andere örtliche Zuständigkeitsregeln sind unanwendbar.²¹⁵ Strittig ist, wie sich mangelnde Vollstreckbarkeit auf die Entscheidung über die Erlassung der einstweiligen Verfügung auswirken soll. Die Lehre stellt sich daher die Frage, ob ein Antrag auf einstweilige Verfügung nicht mangels Rechtsschutzinteresses an der Schaffung nicht exequierbarer Anordnungen zurückgewiesen,²¹⁶ jedenfalls aber mangels tauglicher Sicherungsmittel abgewiesen werden müsste.²¹⁷

Dem hält der OGH – unter Zustimmung von Teilen der Lehre – in gefestigter Rechtsprechung entgegen, dass sehr wohl ein Rechtsschutzbedürfnis an der Erlassung einer ausschließlich im Ausland zu vollstreckenden einstweiligen Verfügung bestehe, da es ein Bedürfnis gebe, auch Adressaten in Drittstaaten zu erfassen, in der Hoffnung, der Gegner der gefährdeten Partei werde sich, auch wenn eine zwangsweise Durchsetzung nicht möglich ist, freiwillig an das gerichtliche Verbot halten.²¹⁸ Für die Frage

212 Sollte eine Zuständigkeit im Hauptverfahren gegeben sein, ist nach § 387 Abs. 1 EO vorzugehen. Dazu zuletzt *Annerl*, Einstweiliger Rechtsschutz und Internationale Zuständigkeit, Dipl., 2003, abrufbar unter: <http://www.juridicum.at/forschung/annerl/zgv.pdf>, S. 8 ff.

213 Ausgenommen davon sind die Fälle des § 387 Abs. 3 EO.

214 *Konecny*, ÖBA 1989, 849.

215 *Kodek*, in: *Angst*, EO § 387 Rn. 18.

216 In diesem Sinne *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl. 1993, S. 423; *Deixler-Hübner*, in: *Burgstaller/Deixler-Hübner/Dolinar*, Praktisches Zivilprozeßrecht II, 5. Aufl. 1997, S. 392; vgl. auch OGH in ÖBA 1989/187 = ZfRV 1990, 290 = RdW 1989, 300 = WBl 1989, 318.

217 Dafür *Zechner*, Sicherungsexekution, S. 80; diesem folgend *Annerl*, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 12.

218 SZ 52/100 = ÖBl 1980, 124; ÖBl 1983, 70; SZ 57/169 = ÖBl 1985, 94; JBl 1990, 328 = ÖBA 1990/214 (abl. *Konecny*) = RdW 1990, 44; JBl 1996, 59 = RdW 1995, 469; anders aber SZ 59/128 = IPRax 1988, 33 (*Moschner*) = JBl 1987, 115 = ÖBA 1986, 486 = RdW 1986, 341. Sehr restriktiv erscheint die Ansicht von *Annerl*, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 12, dass sich aus der erhofften freiwilligen Befolgung der einstweiligen Verfügung ergebe, dass schon gar keine Gefährdung vorliege und daher die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht statthaft sei. Zuzugeben ist allerdings, dass allein die Funktion eines aufklärenden vorläufigen „Rechtsgutachtens“ eine dürftige Begründung für die Zulässigkeit der Erlassung einstweiliger Verfügung ist.

der internationalen Zuständigkeit spielt es daher keine Rolle, ob die zu erlassende einstweilige Verfügung im Ausland auch vollstreckt werden kann.²¹⁹

Die österreichischen Zuständigkeitsregeln werden von supranationalen europäischen Normen (insbesondere der EuGVVO) auf Grund deren Anwendungsvorrang und von völkerrechtlichen Verträgen (z.B. EuGVÜ, LGVÜ) auf Grund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung des § 27a Abs. 2 JN überlagert. Besondere Bedeutung kommt dabei der EuGVVO zu.

Die EuGVVO, die für alle EU-Mitgliedstaaten außer Dänemark gilt,²²⁰ regelt Zuständigkeiten für und die Anerkennung und Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen in Zivil- und Handelssachen,²²¹ enthält aber keine eigenständige Regelung für den Erlass einstweiliger Maßnahmen.²²² Art. 31 EuGVVO bestimmt, dass die Regelung des nationalen Zuständigkeitsrechts für einstweiligen Rechtsschutz auch dann gilt, wenn die EuGVVO im Hauptsacheverfahren einen anderen Gerichtsstand vorsieht. Daraus folgt eine doppelte Zuständigkeit.²²³ Einerseits sind die in der Hauptsache nach Art. 2 und 5 ff. EuGVVO zuständigen Gerichte auch für Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes kompetent,²²⁴ andererseits kann auch auf nationale Zuständigkeiten (also § 387 Abs. 2 EO) rekurriert werden.²²⁵ Das ergibt sich schon zwanglos aus dem Wortlaut des Art. 31 EuGVVO, der bestimmt, dass einstweilige Maßnahmen auch dann bei den Gerichten dieses Staates beantragt werden können, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache das Gericht eines anderen Mitgliedstaats auf Grund der EuGVVO zuständig ist. Die Gerichtshängigkeit eines Hauptsacheverfahrens schließt Gerichte anderer Mitgliedstaaten von der Befugnis zur Erlassung einstweiliger Verfügung nicht aus.²²⁶ Diese na-

219 *König*, *Einstweilige Verfügungen*, 2. Aufl. 2000, Rn. 3/13; diesem folgend *Annerl*, *Einstweiliger Rechtsschutz*, S. 11; a. A. (freilich noch vor Einführung des § 27a JN) *Konecny*, *ÖBA* 1989, 851; diesem folgend *Zeiler*, *Internationales Sicherungsverfahren*, 1996, S. 27.

220 Für Dänemark gilt noch das EuGVÜ.

221 Siehe aber Art. 1 Abs. 2 EuGVVO.

222 *Kropholler*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7. Aufl. 2002, Art. 31 Rn. 1.

223 *Kropholler*, a. a. O., Art. 31 Rn. 1, spricht dabei von einer Schwachstelle des europäischen Zivilprozessrechts, da dadurch erst recht wieder verschiedene nationale Regelungen maßgebend sind.

224 EuGH vom 17. 11. 1998 – Rs. C-391/95, Rn. 19 (*Van Uden/Deco Line*), Slg. 1998, I-7091 = ZER 1999/388 = wbl 1999/6.

225 OGH in SZ 71/1. Nur dies ist zulässig, wenn in der Hauptsache auf Grund einer Schiedsvereinbarung ein Schiedsgericht zu entscheiden hätte, *Kropholler*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7. Aufl. 2002, Art. 31 Rn. 13.

226 Vgl. den bei *Kropholler*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7. Aufl. 2002, Art. 31 Rn. 14, geschilderten Fall, nach dem ein belgisches Gericht die Beschlagnahme von in Belgien

tionalen Zuständigkeiten stehen allerdings unter dem vom EuGH entwickelten²²⁷ Erfordernis der Sachnähe, das an die österreichische Indikationentheorie vor Erlassung des § 27a JN erinnert²²⁸ und ähnlich vage bleibt. Der EuGH fordert diese Sachnähe jedenfalls, weil er davon ausgeht, dass die Erlassung einstweiliger Maßnahmen vom Gericht hohe Umsicht und Kenntnis der konkreten Umstände verlangt. Ist der geforderte reale Sachzusammenhang gegeben, hat die gefährdete Partei daher ein Wahlrecht.²²⁹

Die gefährdete Partei kann einstweiligen Rechtsschutz also entweder beim nach der EuGVVO in der Hauptsache zuständigen Gericht oder beim nach § 387 Abs. 2 EO zuständigen Gericht beantragen. Eine Anerkennung und Vollstreckung von einstweiligen Verfügungen, die nicht vom in der Hauptsache zuständigen Gericht erlassen werden, kommt allerdings nur dann in Frage, wenn das rechtliche Gehör des Gegners der gefährdeten Partei gewahrt wurde.²³⁰ Dies ergibt sich aus Art. 34 Ziff. 2 EuGVVO,²³¹ sodass einseitige einstweilige Verfügungen nicht anerkannt werden können. Da die Einseitigkeit aber Verfahrensgrundsatz im einstweiligen Verfügung-Verfahren ist (§ 402 Abs. 4 i.V.m. § 3 Abs. 2 EO; von diesem Konzept geht auch § 397 Abs. 1 EO aus), muss, wer bei einem – in der Hauptsache nicht zuständigen – österreichischen Gericht eine einstweilige Verfügung beantragt, eigens beantragen, dass der Gegner gehört wird, andernfalls die einstweilige Verfügung weder anerkannt noch vollstreckt werden kann.²³²

belegenen Gütern und Dokumenten auch dann anordnen kann, wenn damit der Beweis der Verletzung eines ausländischen Patents gesichert werden soll, so dass das Haupt-sacheverfahren in diesem ausländischen Mitgliedstaat geführt werden muss.

227 Rs. C-391/95 (Van Uden/Deco Line), Slg. 1998, I-7091; EuGH vom 27.4.1999 – Rs. C-99/96 (Mietz/Intership), Slg. 1999, I-2277 = ZER 1999/80; beide noch zur Vorgängerbestimmung des Art. 24 EuGVÜ.

228 Vgl. etwa *Mayr*, in: Rechberger, ZPO-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 27a JN Rn. 2.

229 *Kodek*, in: Angst, EO, 2000, § 387 Rn. 13; *Kropholler* Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2002, Art. 31 Rn. 8.

230 Auf die weiteren Versagungsgründe *ordre public* (Ziff. 1), Unvereinbarkeit mit einer Entscheidung aus dem Anerkennungsstaat (Ziff. 3), Unvereinbarkeit mit einer früheren anerkennungsfähigen Entscheidung aus einem anderen Staat (Ziff. 4) wird hier nicht weiter eingegangen. Dazu *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2002, Art. 34 Rn. 1–21, 47 ff.

231 Vgl. die grundlegende Entscheidung EuGH vom 21.5.1980 – Rs. 125/79 (Denilauler/Couchet), Slg. 1980, 01553.

232 *König*, Einstweilige Verfügungen, 2. Aufl. 2000, Rn. 3/38. Vgl. weiterführend *Kropholler*, a. a. O., Art. 32 Rn. 22.

Literaturverzeichnis

- Annerl* Einstweiliger Rechtsschutz und Internationale Zuständigkeit, Dipl, Wien 2003, abrufbar unter: <http://www.juridicum.at/forschung/annerl/zgv.pdf>.
- Apathy* Anmerkung zu OGH in ÖBA 2000/869.
- Apathy* in: *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB, Band V, 2. Aufl. 1997.
- Avancini* Anmerkung zu OGH in ÖBA 1996/522.
- Avancini/Iro/Koziol* Österreichisches Bankvertragsrecht, Band II, 1993.
- Burgstaller/
Deixler-Hübner/
Dolar* Praktisches Zivilprozeßrecht II, Außerstreitverfahren und Exekutionsverfahren, 5. Aufl. 1997.
- Bydlinski, F.* Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991.
- Bydlinski, P.* Die Übertragung von Gestaltungsrechten, 1986.
- Czernich* in: Czernich/Heiss, EVÜ-Kommentar, 1999.
- ders.* Zur Verjährung von Rechten aus Garantien, ÖBA 1991, 245.
- ders.* Anm. zu OGH in ÖBA 1986/5, ÖBA 1986, 489.
- ders.* Anm. zu OGH in ÖBA 1992/334.
- ders.* Anmerkung zu OGH in *ecolex* 1991, 20.
- ders.* Anmerkung zu OGH in *ecolex* 2000/34.
- ders.* Auslegung von Bankgarantien, ÖBA 2000, 210.
- ders.* Betrachtungen zur sogenannten Abstraktheit der Bankgarantie, *ecolex* 1997, 477.
- ders.* Buchbesprechung: Graf von Westphalen, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 2. Aufl., JBl 1992, 475.
- ders.* Die Bürgschaft auf erstes Anfordern: Darlegungs- und Beweislast bei Rückforderung durch den Bürgen, WM 1990, 1401.
- ders.* Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, 737.
- ders.* Die Kreditbürgschaft im Spiegel von aktueller Judikatur und Formularpraxis, 2. Aufl. 2003.
- ders.* Die neue Form der Garantie, *ecolex* 1993, 14.
- ders.* Die Rückforderung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie, ÖBA 1999, 249.
- ders.* Die Übertragung der Rechte aus einer Bankgarantie, ZBB 1989, 153.
- ders.* in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 2002.

- ders.* in: Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Band VII, 2. Aufl. 1997.
- ders.* Moderne Kreditsicherheiten und zwingendes Recht, AcP 190 (1990) 165.
- ders.* Nochmals: Zur Form der Inanspruchnahme von Garantien, ÖBA 1989, 158.
- ders.* Österreichisches Haftpflichtrecht Band I, 3. Aufl. 1997; Band II, 2. Aufl. 1984.
- ders.* Personaler numerus clausus bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern?, WM 1991, 257.
- ders.* System und Prinzipien des Privatrechts, 1996.
- ders.* Unrechtmäßig gezogene Garantie – Rückforderungsanspruch der Garantin, ecolex 1998, 612.
- ders.* Zur Abschwächung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Konkursverfahren, FS Wesener, 1992.
- ders.* Zur Form der Inanspruchnahme von Garantien, ÖBA 1988, 1097.
- Dullinger/Rummel
Ehrenzweig* Anmerkung zu OGH in ÖBA 1987/39 (ÖBA 1987, 503).
System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II, 1. Halbband: Das echt der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1928.
- Enneccerus/Lehmann
Ertl* Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958.
in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 2002.
- Fischer-Czermak
Gamerith* Anmerkung zu OGH in ÖBA 1989/174.
in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 2002.
- Graf, G.* Übermäßige Inanspruchnahme der Garantie: Voraussetzungen der Rückforderung durch den Garant, ecolex 1998, 15.
- Gschnitzer* in: Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV, 1. Halbband, 2. Aufl. 1968.
- Gschnitzer
Harrer* Schuldrecht Besonderer Teil, 1963.
Anm. zu OGH in ÖBA 1991/304.
- Hausmaninger, Chr.* Die Beeinträchtigung Dritter durch einstweilige Verfügungen, JBl 1990, 160.
- Hein* Der Zahlungsanspruch des Begünstigten einer Bankgarantie „auf erstes Anfordern“, 1982.
- Holzhammer* Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl. 1993.
- Holzhammer* Zur Auflösungsklage nach § 133 HGB, GS Schönherr, 1986.

- Hoyer, H.* Übermäßiger Abruf der Haftrücklaßgarantie und Konkurs des Werkunternehmers, WBl 1987, 227.
- Iro* Sicherungsglobalzession und Drittschuldnerverständigung, RdW 1989, 357.
- Iro/Koziol* Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte, Kommentar, 2001.
- Koch, B.* Anmerkung zu OGH in ÖBA 1990/213.
- Kodek* in: Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung, 2000.
- Konecny* Aktuelle Verfahrensfragen bei einstweiligen Verfügungen gegen den Mißbrauch von Bankgarantien, ÖBA 1989, 848.
- Konecny* Grundlagen der einstweiligen Verfügungen gegen den Mißbrauch von Bankgarantien, ÖBA 1989, 735.
- Konecny* Zur Wirksamkeit einstweiliger Verfügungen nach Ablauf der Verfügungsfrist, ÖBA 1997, 987.
- König* Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren, 2. Aufl. 2000.
- Koziol* Der Garantievertrag, 1981.
- Koziol/Welser* Grundriss des bürgerlichen Rechts I, 12. Aufl. 2002, Grundriss des bürgerlichen Rechts II, 12. Aufl. 2001.
- Kropholler* Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2002.
- Lindinger* Aktuelle Rechtsprechung zur Bankgarantie, WBl 1992, 137.
- Lindinger* Anm. zu OGH in ÖZW 1992, 92.
- Mader* Neuere Judikatur zum Rechtsmißbrauch, JBl 1998, 677.
- Mader* Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung, 1994.
- Mayer-Maly/Böhm* Die Behandlung des Rechtsmissbrauchs im österreichischen Privatrecht, in: Rotondi (Hrsg.), *Inchieste di diritto comparato VII*, 1979, S. 233.
- Mayr* in: Rechberger, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2000.
- Müller, St.* Die Bankgarantie im internationalen Wirtschaftsverkehr, 1998.
- Nielsen* Ausgestaltung internationaler Bankgarantien unter dem Gesichtspunkt etwaigen Missbrauchs, ZHR 1983, 145.
- Paul Doralt* Anmerkung zu OGH in ÖBA 1988/92.
- Paul Doralt* Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit einer rechtsmissbräuchlichen Garantieinanspruchnahme oder Klage auf Unterlassung bzw. Widerruf? ÖBA 1990, 182.
- Reischauer* in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1992.
- Riedler* Anm. OGH in ÖBA 1998/745.
- Rummel* Anm. zu OGH in ÖBA 1989/167.

- Schinnerer* Mißbrauch der Inanspruchnahme einer Bankgarantie. Zur OGH-Entscheidung 3 Ob 577/81, ÖBA 1982, 209.
- Schumacher, H.* Sperre der Bankgarantie durch einstweilige Verfügung, RdW 1986, 329.
- Straube* in: Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I, 3. Aufl. 2003.
- Wilburg* Gläubigerordnung und Wertverfolungslehre, JBl 1949, 29.
- Wilhelm* Baumängel: das Zurückbehaltungsrecht bleibt eine scharfe Waffe, WBl 1987, 34.
- Wratzfeld* Kondition einer zu Unrecht in Anspruch genommenen Garantie im Konkurs des Auftraggebers?, ecolex 1998, 12.
- Zahn* Buchbesprechung zu *Mülbert*, Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, ZIP 1985, 1295.
- Zechner* Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügungen, 2000.
- Zeiler* Internationales Sicherungsverfahren, 1996.