

## RECHTSPRECHUNG

Buße einen Vermögensschaden erlitten. Eine Buße habe aber einen strikt persönlichen Charakter, da sie ein deliktes Verhalten mit Sanktionen belege; ihr Ziel sei die Vermögensverminderung des Gebüßten; ein Dritter könne deshalb eine solche Buße weder ganz noch teilweise übernehmen. Daran ändere auch nichts, daß die Buße in Anwendung fremden öffentlichen Rechts verhängt worden sei. Maßgebend sei die Rechtsnatur der Buße und nicht die Vorschrift, aufgrund deren die Buße verhängt worden sei. Daß sich diese Art Buße von Bußen nach schweizerischem Recht unterscheide, sei weder behauptet noch dargetan worden. Die Buße habe auch nicht gegen den schweizerischen ordre public verstoßen, sie sei auch weder diskriminatorisch noch spoliativ.

In einem wohl ebenfalls richtungsweisenden Entscheid vom 11. Januar 1989 (BGE 110 II 67) befaßte sich das Bundesgericht mit der Möglichkeit zum Abweichen von der Dokumentenstrenge im Akkreditivgeschäft. Grundsätzlich seien die eingereichten Dokumente von der Bank nur auf ihre formelle Ordnungsmäßigkeit, nicht jedoch auf ihre materielle, inhaltliche Richtigkeit zu prüfen. Selbst beim Nachweis vollständiger und ordnungsgemäßer Erfüllung des Warengeschäftes dürften nicht akkreditivkonforme Dokumente grundsätzlich nicht aufgenommen werden. Ein Abweichen von diesem Grundsatz sei aber dann gerechtfertigt, wenn ein rechtsmißbräuchliches Verhalten vorliege, dem nach ZGB 2 kein Rechtsschutz angedeihen kann. Das Festhalten der bestätigten Bank an der Beibringung des vorgeschriebenen „receipt from our rep (who will be appointed later) signed and proving delivery of goods“, obschon ihr bekannt gewesen sei, daß dessen Zweck, nämlich der Nachweis der Ablieferung der Ware, erfüllt gewesen sei, stelle einen mit Treu und Glauben unvereinbaren Versuch dar, eine rein formale Rechtsposition auszunutzen. Ihr Verhalten sei deshalb rechtsmißbräuchlich und nicht schützenswert.

196.

**§ 1483 ABGB.** Diese Bestimmung, wonach das Recht auf Ausübung des Pfandrechtes nicht verjährt, kann bei Bürgschaften und Bankgarantien nicht analog angewendet werden.

OGH 6. 4. 1989, 7 Ob 540, 541/89

Aus den Entscheidungsgründen:

§ 1483 ABGB führt lediglich aus, daß dem Gläubiger, solange er das Pfand in Händen hat, die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet und das Pfandrecht nicht verjähren kann. Sie betrifft also nur das Faustpfand (Klang in Klang<sup>2</sup> VI 617; Schubert in Rummel, ABGB, Rz 1 zu § 1483) und nicht andere Sicherungsmittel, wie etwa die Bürgschaft, die ihrem Wesen nach, im Gegensatz zu einer Barkaution, einer Bankgarantie wesentlich näher steht als dem Faustpfand. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Bankgaran-

tien ist schon wegen der verschiedenen Wirkungen der beiden Institutionen ausgeschlossen. Das Faustpfand soll eine Befriedigung aus ihm selbst garantieren, weshalb mangels persönlicher Haftung des Schuldners durch ein solches Sicherungsmittel das übrige Vermögen des Schuldners nicht berührt wird. Demgegenüber verspricht in der Bankgarantie die Bank lediglich Zahlung für den Schuldner, ohne daß sichergestellt wäre, daß eine diesbezügliche Zahlung nicht letzten Endes im gesamten Vermögen des Schuldners vollstreckt würde. Wie sich aus § 1483 ABGB letzter Satz ergibt, bezieht sich die dort gemachte Einschränkung nicht auf jene Forderung, die den Wert des Pfandes übersteigt. Diese Bestimmung ist dahin auszulegen, daß nur das Recht auf Ausübung des Pfandrechtes nicht verjährt, wohl aber die persönliche Forderung (Schubert in Rummel, ABGB, Rz 3 zu § 1483). Dem Gläubiger verbleibt also nur mehr das Recht zur Befriedigung aus dem Pfande. Er kann nach Ablauf der Forderungsverjährung überhaupt keine persönliche Klage mehr anstellen, also auch nicht in Ansehung des pfandgedeckten Betrages. Nur sein Pfandrecht kann er geltend machen und sich aus dem Erlös der Pfandsache befriedigen, dh die persönliche Haftung ist gänzlich erloschen, nur die dingliche besteht fort (Klang in Klang VI 618).

Da im vorliegenden Fall eine persönliche Klage erhoben worden ist und bei deren Erfolg keinerlei Gewähr dafür besteht, daß nicht, sei es auch auf dem Umweg über die garantierende Bank, das gesamte Vermögen zur Befriedigung der Forderung herangezogen wird, ist § 1483 ABGB auf die vorliegende Klage nicht anwendbar.

**Anmerkung:**

1. Der vorliegenden Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen; die Begründungen können aber zum Teil vertieft werden, zum Teil sind sie auch korrekturbedürftig. Der zugrundeliegende Sachverhalt ist durchaus nicht außergewöhnlich: Der Verkäufer (Kläger) begehrte die Herausgabe der gelieferten Maschinen, weil offensichtlich der Kaufpreis nicht bezahlt worden war. Der Käufer (Beklagte) wendete Mängel ein und klagte darüber hinaus einen Betrag von über S 600.000,— wegen des durch die Mängel verschuldeten Schadens ein. Beide Verfahren wurden verbunden. Da von den Parteien der Kostenerlag für ein vom Richter als notwendig erachtetes Sachverständigengutachten nicht aufgebracht wurde, ruhte das Verfahren längere Zeit. Gegen Ausfolgung einer Bankgarantie an den Beklagten, daß sämtliche in den gegenständlichen Rechtssachen rechtskräftig festgestellte Verpflichtungen des Klägers bis zu einem Betrag von S 500.000,— bei Vorlage einer oder mehrerer Entscheidungen bezahlt werden, gab der Beklagte die Maschinen zurück. Da der Kläger in der Folge auch noch einen Verzicht auf die Einrede der Verjährung abgab, wählte sich der Beklagte in Sicherheit und ließ die Streitsache mehr als eineinhalb Jahre auf sich beruhen. Erst als der Kläger die Rückstellung der Bankgarantie begehrte, weil inzwischen Verjährung eingetreten sei, setzte der Beklagte weitere Verfahrensschritte.

2. Hinsichtlich des knapp vor Ablauf der Verjährungsfrist abgegebenen Verzichts auf die Verjährungseinrede verweist der OGH lediglich auf seine ständige Rechtspre-

Beurteilung 1990, 46-48

chung Ein Verzicht auf die Verjährung sei gemäß § 1502 ABGB zwar unwirksam; werde die Verjährungseinrede vom Schuldner aber nach Ablauf der Verjährungsfrist erhoben, könne dem der Gläubiger die Replik der Arglist entgegensetzen. § 1502 ABGB bewirke darüber hinaus, daß ein solcher Verzicht jederzeit nach Ablauf der Verjährungsfrist vom Schuldner zurückgezogen werden könne. Wolle der Gläubiger sein Recht gerichtlich durchsetzen, müsse er dann unverzüglich Klage erheben bzw. — wie im konkreten Fall — einen Fortsetzungsantrag stellen, wobei an die Unverzüglichkeit jene Anforderungen gestellt werden, die auch für die gehörige Fortsetzung des Verfahrens im Sinn des § 1497 ABGB gelten.

Auch wenn der OGH an seiner bisherigen Rechtsprechung festhält, so wäre doch eine Auseinandersetzung mit der abweichenden Ansicht von *Mader* (Verjährung und außergerichtliche Auseinandersetzung, JBl 1986, 1 ff; *derselbe* in Schwimann, ABGB, § 1502 Rz 1) angebracht gewesen. Dieser hat in Übernahme einer von *Spiro* (Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen I [1975] 546, 849) für das schweizerische Recht vorgeschlagenen teleologischen Reduktion der entsprechenden Norm die Ansicht vertreten, daß durch § 1502 ABGB lediglich ein Verjährungsverzicht für die Zukunft (arg: im voraus) ausgeschlossen werde, ein Verjährungsverzicht für die Vergangenheit jedoch wirksam sei. Dieser habe zur Folge, daß die Verjährungsfrist ab der Verzichtserklärung neu zu laufen beginne.

Allerdings ist zuzugeben, daß dem Gläubiger dadurch in concreto nicht geholfen wäre, weil auch *Mader* (JBl 1986, 7) an der freien Widerruflichkeit des Verjährungsverzichts festhält. In Übereinstimmung mit der Judikatur fordert auch er, daß der Gläubiger dann alsbald weitere Schritte unternehmen müsse, um die Verjährung seiner Forderung abzuwenden. Da zwischen dem Zeitpunkt der außergerichtlichen Mitteilung an den Gläubiger, daß der Schuldner die Rückstellung der Bankgarantie begehre, weil seiner Meinung nach inzwischen Verjährung eingetreten sei (was nur als Rücknahme des Verzichts auf die Verjährungseinrede verstanden werden kann) und der gerichtlichen Reaktion auf diese außergerichtliche Verjährungseinrede mehr als drei Monate verstrichen sind, kann nicht mehr von einer alsbaldigen gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs bzw. gehörigen Fortsetzung des Verfahrens gesprochen werden.

Folgt man *Maders* Ansatz, daß § 1502 ABGB in der Weise teleologisch zu reduzieren sei, daß lediglich ein Verzicht für die noch bevorstehende Verjährungsfrist unzulässig ist, ist mE nicht einsichtig, warum ein solcher für die bereits abgelaufene Verjährungsfrist *verbindlich* abgegebener Verzicht durch den Schuldner wiederum *einsseitig* aufgekündigt werden können sollte. *Mader* gibt jedenfalls für diese Einschränkung der teleologischen Reduktion keine Begründung. Diese Konzession ist offensichtlich nur mit dem Bestreben zu erklären, zu möglichst übereinstimmenden Ergebnissen mit der herrschenden Rechtsprechung zu gelangen.

3. Der Verjährung könnte aber entgegenstehen, daß sie durch die Bestellung einer Bankgarantie wie bei einem Pfand im Ausmaß der Sicherheit ausgeschlossen ist. Der

OGH verweist aber ganz zutreffend darauf, daß durch das Handpfand gemäß § 1483 ABGB lediglich bewirkt werde, daß die Realisierung der Sicherheit weiter möglich bleibe, während die Verjährung der Forderung nicht hintangehalten werde.

Die weitere Abstützung des Ergebnisses damit, daß bei Stattgebung der Klage keinerlei Gewähr bestünde, daß über den Umweg über die garantierende Bank nicht doch das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung herangezogen werde, erscheint hingegen — zumindest auf den ersten Blick — unverständlich, ja sogar mißverständlich. Ist die persönliche Haftung erloschen, ist eine solche Klage jedenfalls abzuweisen, und es bleibt allenfalls die auf die Sicherheit gerichtete noch offen. Gleichgültig ist jedoch, ob letztendlich derjenige, der eine Sicherheit bereitstellt, oder der Schuldner die aus der Inanspruchnahme der Sicherheit sich ergebende Vermögensbelastung trägt. Wie ich an anderer Stelle (*Huber*, Probleme der Verjährung und des Einlösungsrechts bei Faustpfandbestellung durch einen Dritten, ÖJZ 1986, 239) darzulegen versucht habe, bewirkt die Verjährung der Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner nicht, daß der Schuldner auch im Regreßverhältnis gegenüber dem Besteller der Sicherheit von seiner Haftung befreit wird, weil nicht der Gläubiger durch Zuwarten mit der Geltendmachung darüber entscheiden können soll, wer die Schuld letztlich zu tragen hat. Das gilt abgesehen von einem vertraglichen Innenverhältnis (zB eines Auftrags) jedenfalls dann, wenn der Schuldner der Bestellung der Sicherheit zugestimmt hat. Daß also das sonstige Vermögen des Schuldners jedenfalls unangetastet bleibt, darauf kann es nicht ankommen.

Die Parallele zwischen Bankgarantie und Faustpfand wird vom OGH weiters mit der Begründung abgelehnt, daß die Garantie der Bürgschaft wesentlich näher stehe als einer Barkaution oder einem Faustpfand, und das Faustpfand eine Befriedigung aus ihm selbst garantiere, weshalb das übrige Vermögen des Schuldners nicht berührt werde. Dabei hat der OGH aber nur den Fall vor Augen, daß der Schuldner das Faustpfand selbst bestellt. Geschieht dies hingegen durch einen Dritten, kann sehr wohl das gesamte Vermögen des Schuldners tangiert werden, wenngleich begrenzt auf den Wert des Faustpfandes. Insoweit ergibt sich kein Unterschied zur Garantie.

Entscheidend ist aber vielmehr der Gedanke, daß dem Gläubiger dann nicht Saumsal vorzuwerfen ist, wenn er nicht mehr von den Vermögensverhältnissen des Schuldners abhängig ist, weil er den Vermögenswert, um den es ihm bei der Forderung geht, schon in Händen hat. Deshalb greift mE (*Huber*, ÖJZ 1986, 194) bei einer Forderungsverpfändung § 1483 ABGB nicht ein, weil die Realisierung der Sicherheit wie bei der Bürgschaft oder beim Schuldbeitritt von der Bonität eines Dritten abhängt (sA aber die herrschende Kommentarliteratur: *Klang* in Klang<sup>2</sup> VI 617; *Mader* in Schwimann, ABGB, § 1483 Rz 1; *Schubert* in Rummel, ABGB, § 1483 Rz 2). Handelt es sich hingegen bloß um eine Vermögensumschichtung, ist es dem Gläubiger nicht vorwerfbar, daß er nicht initiativ wird. Sein Passivbleiben wird daher auch nicht mit der Sanktion der Verjährung belegt, weil eben nicht einmal objektiv Saumsal gegeben ist. Dieser Gedanke trägt über das Faustpfand hinaus bei der Barkaution und beim Zu-

## RECHTSPRECHUNG

rückbehaltungsrecht; in ähnlicher Weise auch bei der Aufrechnung sowie bei der einredeweisen Geltendmachung von Gewährleistungsrechten.

Mag auch die Garantie abstrakt und somit leichter durchsetzbar sein als eine akzessorische Sicherheit, und die Bonität einer Bank dem Gläubiger auch keine geringeren Realisierungschancen als bei einem Faustpfand eröffnen, so bleibt doch der strukturelle Unterschied, daß der Gläubiger beim Faustpfand einen Vermögenswert bereits in Händen hat, während die Durchsetzbarkeit von Bürgschaft, Schuldbeitritt und Garantie von einem der Exekution unterworfenen Vermögen beim jeweiligen Schuldner abhängt. Ist auch in der Praxis eine Bankgarantie das viel zuverlässigere Sicherungsmittel als ein Faustpfand und erfüllt es häufig die gleiche Funktion wie eine Barkautions, so kann man die in § 1483 ABGB vorgegebene Differenzierung zwischen Vermögenswerten, die man bereits hat und bloß umschichten muß, und solchen, deren Realisierung von der Bonität eines Dritten abhängig ist, auch durch Analogie nicht überschreiten.

4. Die Besonderheit der vorliegenden Fallkonstellation besteht letztendlich auch darin, daß ein rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner nach dem Wortlaut der Garantie Voraussetzung für deren Inanspruchnahme ist. Selbst wenn man eine Analogie zu § 1483 ABGB bejahen sollte, würde das lediglich dazu führen, daß sich der Gläubiger weiterhin aus der Sicherheit befriedigen könnte. Eine solche Befriedigung wäre hier aber infolge Verjährung der Forderung nicht möglich, weil die Inanspruchnahme der Garantie ein rechtskräftiges Urteil über die zu sichernde Forderung voraussetzt und ein solches über eine verjährte Forderung gerade nicht erlangbar ist.

Zwar soll § 1483 ABGB eine Durchsetzung der Sicherheit gerade in dem Fall gewährleisten, in dem die persönliche Haftung infolge Verjährung nicht mehr gegeben ist. Prozessual ist das beim Pfandrecht aber in der Weise durchführbar, daß der Pfandbesteller auf Zahlung der Schuld bei sonstiger Duldung der Zwangsvollstreckung in die Pfandsache geklagt werden kann. In diesem Verfahren können sämtliche materiellen Einwendungen des Hauptanspruchs geprüft werden. Da die Garantie hingegen abstrakt ist, kann die Begründetheit des Anspruchs in diesem Verfahren keine Rolle spielen; und in jenem Verhältnis, in dem das untersucht werden könnte, ist gerade Verjährung eingetreten, was durch eine Pfandbestellung und daher auch durch eine Bankgarantie nicht verhindert werden kann. Sobald im Verfahren zwischen Gläubiger und Schuldner letzterer erfolgreich Verjährung einwendet, führt das zur Abweisung des Begehrens, ohne daß die ansonsten bestehende Berechtigung des Begehrens weiter geprüft werden kann.

*Christian Huber*

197.

**Art 93 WG; § 38 IPRG. Die Wirkungen wechselseitlicher Verpflichtungserklärungen bestimmen sich nach dem Recht des Zahlungsorts; das der Begründung der Wechselbürgschaft zugrunde liegende Rechtsgeschäft nach dem Sitzrecht der kreditgewährenden Bank. Die kreditgewährende Bank muß nicht aufgrund der vom Kreditnehmer**

**geäußerten Verwendungsabsicht die Auszahlung des Kredits von der Sicherstellung der widmungsgemäßen Verwendung abhängig machen, um ihr nicht bekannte Interessen eines Kreditbürgen zu wahren.**

OGH 19. 4. 1989, 8 Ob 44/88

Aus den Entscheidungsgründen:

Mit dem Kaufvertrag vom 26. 2. 1985 kaufte die W. GesmbH von den Ehegatten Helmut und Marianne N. die Liegenschaften EZ 640 und EZ 642 je KG G. um den Kaufpreis von S 4,6 Mio. Die W. GesmbH beabsichtigte, auf den Liegenschaften einen Gastronomiebetrieb zu errichten und zu führen. Der Zweit- und Drittbeklagte waren die Geschäftsführer der W. GesmbH, Vertragserrichter war der Nebenintervenient auf seiten der beklagten Parteien Notar Dr. Alois H. Die genannte GesmbH beabsichtigte den Ankauf der Liegenschaft sowie den Umbau und die Adaptierung des Gastlokals über die klagende Bank zu finanzieren. Mit dem Bürgschaftsvertrag vom 18. 3. 1985 bzw 12. 4. 1985 verpflichtete sich die erstbeklagte Partei gegenüber der klagenden Partei für die Hauptschuldnerin W. GesmbH für einen eingeräumten Kredit in der Höhe von S 1.950.000,— als Bürge und Zahler, wobei die Bürgschaftsverpflichtung der erstbeklagten Partei auf eine Nettokredithöhe von S 1,5 Mio abzüglich der jeweils getilgten monatlichen Raten beschränkt war. Gleichzeitig unterfertigte die erstbeklagte Partei ein Blankoakzept der W. GesmbH als Bürge für den Akzeptanten.

Mit dem Wechselzahlungsauftrag vom 3. 10. 1986 verpflichtete das Erstgericht die beklagten Parteien auf Grund des Wechsels vom 18. 3. 1985 zur ungeteilten Hand zur Bezahlung des Betrages von S 1.086.560,— sA. Die beklagten Parteien erhoben fristgerecht gegen den Wechselzahlungsauftrag Einwendungen. Der Zweitbeklagte zog mit dem am 14. 11. 1986 bei Gericht eingelangten Schriftsatz seine Einwendungen zurück. Der Wechselzahlungsauftrag ist daher ihm gegenüber in Rechtskraft erwachsen.

Das Erstgericht hielt den Wechselzahlungsauftrag gegenüber der erst- und drittbeklagten Partei in Ansehung eines Betrages von S 1.020.000,— sA, der als rechnerisch richtig außer Streit steht, aufrecht und hob ihn hinsichtlich eines Betrages von S 66.560,— sA auf. Es legte seiner Entscheidung folgenden Sachverhalt zugrunde:

Zwischen der W. GesmbH und der erstbeklagten Partei war ein Bierlieferungsvertrag über die Lieferung von Bier durch die erstbeklagte Partei für das von der GesmbH zu betreibende Gastlokal ausgearbeitet worden, nach dessen Inhalt sich die erstbeklagte Partei verpflichtete, eine Ausfallsbürgschaft gegenüber der klagenden Partei bis zu einem Betrag von S 1,5 Mio zu übernehmen. Zur Besicherung dieser Ausfallsbürgschaft sowie einer vereinbarten Konventionalstrafe wurden die Liegenschaften EZ 640 und 642 KG G. zum Pfand bestellt. Vorher vereinbarte die klagende Partei mit der GesmbH die Gewährung eines Kredites über S 4 Mio, der zur Finanzierung des Kaufpreises der Liegenschaften hätte dienen sollen. Die Sicherstellung dieses Kredites war im ersten Pfandrang auf den Liegenschaften vereinbart. Mit der treuh