

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

03.09.2008

**Geschäftszahl**

3Ob166/08w

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Prückner, Hon.-Prof. Dr. Sailer und Dr. Jensik sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei H\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Franz Gütlbauer ua Rechtsanwälte in Wels, wider die beklagte Partei R\*\*\*\*\* reg GenmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Paul Fuchs, Rechtsanwalt in Thalheim bei Wels, wegen 45.131,38 EUR sA, infolge Rekurses der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 5. Mai 2008, GZ 3 R 5/08p-23, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Wels vom 8. November 2007, GZ 26 Cg 5/07z-17, aufgehoben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen wurde, den

Beschluss

gefasst:

**Spruch**

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

**Text****Begründung:**

Die Hälfteigentümer einer Liegenschaft, ein Ehepaar (im Folgenden: die Bauherren bzw Bauherr und/oder Bauherrin), erteilten im Juni 2003 einem Bauunternehmen den Auftrag zur Lieferung eines Blockhauses zum Preis von 214.800 EUR. Das Bauunternehmen erteilte für einen Teil der Arbeiten dem klagenden Zimmereiunternehmen einen Subauftrag. In der Auftragsbestätigung vom 4. September 2003 forderte die klagende Partei von ihrem Auftraggeber eine Bankgarantie über die Auftragssumme von 45.321,60 EUR. Das Bauunternehmen wandte sich deshalb an die Bauherren, die den Hausbau über die beklagte Bank finanzierten. Der Bauherr war zur Stellung einer Bankgarantie bereit. Nach Besprechungen mit Angestellten der Bank wurde die gegenüber einer Bankgarantie kostengünstigere (kostenlose) Variante der Sicherstellung im Wege einer Überweisungsbestätigung gewählt, womit die klagende Partei einverstanden war. Die Überweisungsbestätigung hat folgenden Wortlaut:

„Sehr geehrter Herr O\*\*\*\*\*,

es wird Ihnen bestätigt, dass wir nach Vorlage einer korrekten Übernahmsbestätigung (Lieferschein), bestätigt durch Herrn Dr. Peter und Frau Gabriele W\*\*\*\*\*, auf ihr Konto 3.911.286 (bei unserem Institut) insgesamt

EUR 45.321,60

überweisen.

Zahlungsvereinbarung: Bei Lieferung der Holzriegelwände und des Dachstuhls 50 % der Pauschalsumme. Rest bei Schlußrechnung (Zahlung innerhalb 14 Tagen mit 4 % Skonto).

Lieferung an: Dr. Peter und Gabriele W\*\*\*\*\*."

Die klagende Partei führte einen Teil der Arbeiten durch und erhielt vom Bauunternehmen nach gelegter Teilrechnung einen Betrag von 20.000 EUR. Da die zweite Teilrechnung nicht bezahlt wurde, stellte die klagende Partei die restlichen Arbeiten ein. Die Bauherren bezogen im März 2004 das Objekt und teilten der

Gemeinde die Baufertigstellung mit. Dessen ungeachtet stehen sie auf dem Standpunkt, dass das gelieferte Werk Mängel aufweise, und erteilten bislang keine Übernahmebestätigung im Sinne der Überweisungsbestätigung. Die klagende Partei begehrte von der beklagten Bank vergeblich Zahlung aufgrund der Überweisungsbestätigung. Am 9. März 2004 widerrief der Bauherr gegenüber der beklagten Bank die „Zahlungsbestätigung vom 22. September 2003“. Eine Übernahmebestätigung sei nicht möglich. Die Bezahlung sei bereits an das Bauunternehmen erfolgt. Mit Schreiben vom 9. März 2004 teilte die beklagte Bank der klagenden Partei mit, dass aufgrund des Widerrufs des Bauherrn die Überweisungsbestätigung widerrufen werde. Über das Vermögen des Inhabers des Bauunternehmens wurde am 3. November 2005 das Schuldenregulierungsverfahren eröffnet. Mit ihrer am 1. Februar 2005 beim Bezirksgericht Wels zu AZ 13 C 193/05t eingebrachten Klage begehrte die klagende Partei gegenüber den dort beklagten Bauherren die Feststellung, dass das auf deren Grundstück errichtete, vom Bauunternehmen erworbene Holzhaus von den Beklagten übernommen und in Benützung genommen worden sei und stellte das Eventualbegehren, die Beklagten seien schuldig, der klagenden Partei eine Übernahmebestätigung (Lieferschein) auszustellen. Diese Klagevorbringen wurden vom Berufungsgericht (LG Wels AZ 21 R 236/06i) in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung abgewiesen. Der Oberste Gerichtshof wies am 16. März 2007 die Revision der klagenden Partei als unzulässig zurück (6 Ob 8/07f).

Die am 24. Jänner 2007 beim Erstgericht eingelangte, auf Zahlung von 45.131,38 EUR gerichtete Klage stützt die klagende Partei auf die Überweisungsbestätigung vom 22. September 2003, die als „liquide Sicherheit“ anzusehen sei. Dem Widerruf der Überweisungsbestätigung sei widersprochen worden. Die beklagte Partei habe Zahlung bei Vorlage der Übernahmebestätigung aber auch für den Fall zugesagt, wenn einem der Klagebegehren des gegen die Bauherren anhängigen Prozesses stattgegeben werde. Hilfsweise stützte die klagende Partei für den Fall der Klageabweisung im Vorprozess ihren Zahlungsanspruch auf Schadenersatzrecht. Die beklagte Bank hätte die klagende Partei darüber informieren und warnen müssen, dass die Überweisungsbestätigung gegenüber einer Bankgarantie keine ausreichende Sicherheit darstelle. Ohne Vorliegen einer Garantie hätte die klagende Partei mit den Arbeiten nicht begonnen. Die beklagte Partei müsse aber auch aufgrund der Überweisungsbestätigung bei Erbringung eines der Übernahmebestätigung gleichwertigen Nachweises zahlen, der schon nach dem erstinstanzlichen Urteil im Vorprozess erbracht sei, wonach die Bauherren das Objekt übernommen hätten und dieses bewohnten.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Der Klageanspruch sei wegen nicht gehöriger Fortsetzung des Verfahrens (der vorliegende Prozess war in der Tagsatzung vom 14. März 2007 bis zur rechtskräftigen Beendigung des Vorprozesses AZ 13 C 193/05t des Bezirksgerichts Wels unterbrochen worden) verjährt. Der Klageanspruch sei auch nicht berechtigt, weil die Bank zur Überweisung nur verpflichtet sei, wenn eine „korrekte“, also mängelfreie Bestätigung der Übernahme des Gewerks vorgelegt werde. Die beklagte Partei sei im März 2004 über massive Mängel des Bauwerks informiert worden. Bloße Feststellungen im Vorprozess über das Beziehen des Objekts durch die Bauherren seien kein gleichwertiger Nachweis. Die Ausformulierung der Haftungsübernahme sei in Absprache mit dem Bauherren und der klagenden Partei erfolgt. Die Überweisungsbestätigung sei ausschließlich zur Absicherung der Werklohnforderung laut Auftrag über den Betrag von 45.321,60 EUR, nicht jedoch für im Nachhinein erbrachte zusätzliche Regieleistungen ausgestellt worden. Die beklagte Partei wäre daher höchstens für 50 % des Haftungsbetrags haftbar, weil die erste Tranche nicht abgerufen worden sei. Das Gewerk der klagenden Partei weise nach wie vor beträchtliche Mängel auf. Die Bauherren hätten der beklagten Partei einen unwiderruflichen Überweisungsauftrag erteilt. Es könne daher keine Schutzpflichtverletzung der beklagten Partei vorliegen. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Von seinen über den schon wiedergegebenen Sachverhalt hinausgehenden Feststellungen ist noch Folgendes hervorzuheben:

Der in der Überweisungsbestätigung enthaltene Betrag sollte aus dem den Bauherren von der beklagten Partei eingeräumten Kreditrahmen angewiesen werden. Die Zahlung sei auf dem Wohnbankkonto des Bauherren „reserviert“ worden.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht im Wesentlichen aus, dass keine Verjährung des Klageanspruchs vorliege, weil bis zum Fortsetzungsantrag Vergleichsgespräche geführt worden seien. Der Überweisungsauftrag sei mündlich erteilt worden. Im Wege ergänzender Vertragsauslegung sei die Unwiderruflichkeit des Überweisungsauftrags zu bejahen. Der Bauherr sei an die beklagte Partei mit dem Wunsch um Ausstellung einer Bankgarantie herangetreten. Ein jederzeit widerrufbarer Überweisungsauftrag hätte die ausgestellte Überweisungsbestätigung völlig wertlos gemacht. Der schriftlich erfolgte Widerruf des Überweisungsauftrags sei rechtlich wirkungslos. Es läge daher keine Verletzung von Schutz- oder Sorgfaltspflichten der beklagten Partei vor. Mangels Ausstellung einer „korrekten Rahmenbestätigung (Lieferschein)“ durch die Bauherren sei die beklagte Partei jedoch nicht zur Auszahlung verpflichtet.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der klagenden Partei Folge und hob das erstinstanzliche Urteil zur Verfahrensergänzung auf. Es beurteilte den festgestellten Sachverhalt rechtlich unter Wiedergabe von Begründungsteilen des Zurückweisungsbeschlusses des Obersten Gerichtshofs, 6 Ob 8/07f, im Wesentlichen wie folgt:

Der Oberste Gerichtshof habe im Vorprozess die Überweisungsbestätigung als widerruflich „bzw die entsprechende Rechtsmeinung des Berufungsgerichts als vertretbar“ qualifiziert. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs stünden der klagenden Partei daher keine Ansprüche gegenüber der Bank aus der Überweisungsbestätigung vom 22. September 2003 zu. Dies erkenne nach Ansicht des Berufungsgerichts die

klagende Partei nunmehr selbst, wenn sie in ihrer Rechtsrüge anschließend an gegenteilige Rechtsausführungen letztendlich ausgeführt habe: „Der Überweisungsbestätigung lag daher kein - jedenfalls kein unwiderruflicher - Überweisungsauftrag zugrunde, weshalb wir im Sinne der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 6 Ob 8/07f gegenüber der beklagten Partei keinen Anspruch aus der Überweisungsbestätigung ableiten können“. Das Berufungsgericht verweise deshalb zur Frage der Verneinung des Klageanspruchs aus dem Titel der Überweisungsbestätigung auf die Rechtsausführungen des Obersten Gerichtshofs im Vorprozess.

Das Verfahren sei aber wegen des geltend gemachten Schadenersatzanspruchs noch nicht spruchreif. Die klagende Partei habe die Verletzung vertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten wegen ihrer ständigen Geschäftsbeziehung zur beklagten Partei dahin releviert, der beklagten Partei sei bekannt gewesen, dass die klagende Partei nur bei Vorhandensein einer entsprechenden Sicherheit zur Leistung an das Bauunternehmen bereit gewesen sei. Die beklagte Partei hätte daher darauf hinweisen müssen, dass es sich bei der Überweisungsbestätigung nicht um eine abstrakte Garantie handle. Zu diesem Vorbringen hätte das Erstgericht Feststellungen treffen müssen. Fest stehe, dass die klagende Partei zur beklagten Partei einen Geschäftskontakt über eine Kontoverbindung unterhalten habe. Die beklagte Partei treffen daher Schutz- und Sorgfaltspflichten. Bei Verletzung einer Aufklärungspflicht sei der Geschädigte so zu stellen wie er bei ordnungsgemäßer Aufklärung stünde. Der beklagten Partei sei bekannt gewesen, dass die klagende Partei die Beibringung einer Bankgarantie wollte. Es sei aber nicht festgestellt worden, ob die beklagte Partei im Zuge der geführten Gespräche die von ihr vorgeschlagene Überweisungsbestätigung als das Gleiche wie eine Bankgarantie dargestellt und nicht auf deren Widerruflichkeit hingewiesen habe. Wenn dies zutreffen sollte, hätte sich die beklagte Partei einer Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht schuldig gemacht. Der Klageanspruch sei auch nicht verjährt. Nach Fassung des Unterbrechungsbeschlusses sei das Erstgericht zur amtswegigen Fortsetzung des Verfahrens verpflichtet gewesen. Der Fall einer ungebührlichen Untätigkeit der klagenden Partei nach Zustellung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs am 17. April 2007 läge nicht vor. Der Fortsetzungsantrag sei nach Scheitern der geführten Vergleichsverhandlungen gestellt worden.

Im fortgesetzten Verfahren werde das Erstgericht die Tatsachengrundlage im aufgezeigten Sinn zu ergänzen und detaillierte Feststellungen darüber zu treffen haben, ob die Überweisungsbestätigung von der beklagten Partei „als das Gleiche wie eine Bankgarantie dargestellt und auf deren Unwiderruflichkeit nicht hingewiesen“ worden sei. Sollte danach eine Verletzung der Aufklärungspflicht feststehen, werde das Erstgericht Feststellungen zum hypothetischen Verhalten der klagenden Partei bei ordnungsgemäßer Aufklärung sowie zur Schadenshöhe zu treffen haben. Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof nach § 519 Abs 1 Z 2 ZPO zulässig sei.

Mit ihrem Rekurs beantragt die beklagte Partei die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Die klagende Partei beantragt mit ihrer Rekursbeantwortung, aus Anlass des Rekurses dem Klagebegehren stattzugeben, hilfsweise die Zurückweisung des Rekurses als unzulässig bzw dem Rekurs nicht Folge zu geben.

## **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs der beklagten Partei ist zwar zulässig, aber nicht berechtigt.

I. Zu den Parteibehauptungen über die Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit des Überweisungsauftrags bzw der Überweisungsbestätigung sowie zur Rechtsansicht des Berufungsgerichts, es läge nur eine widerrufliche Überweisungsbestätigung vor:

1. Die Besonderheit des vorliegenden Falls liegt darin, dass die klagende Partei ihren Zahlungsanspruch mit einander ausschließenden Sachverhalten begründet. Waren der Überweisungsauftrag der Bauherren und die darüber ausgestellte Überweisungsbestätigung unwiderruflich, kann dem auf die Verletzung von Schutzpflichten der Bank gestützten Schadenersatzbegehren nicht stattgegeben werden, weil die klagende Partei ja eine einer Bankgarantie entsprechende Sicherheit erhalten hätte. Der auf diese Sicherheit gestützte Anspruch ist aber vor Erfüllung der mit der Effektivklausel verbundenen Bedingung noch nicht gegeben. Der Schadenersatzanspruch setzt demgegenüber Widerruflichkeit des Überweisungsauftrags und der darauf basierenden Überweisungsbestätigung voraus, wovon das Berufungsgericht mit zu überprüfender Begründung ausging.

2. Im Rekursverfahren behauptet die beklagte Rekurswerberin (die fälschlich ihren Rekurs als Rekurs der klagenden Partei überschreibt) unter mehrfacher (15x !) offenbar als Verstärkung der Argumentationskraft gedachter Verwendung der Floskel „mehr als deutlich“, dass beide Prozessparteien von einer Unwiderruflichkeit der Überweisungsbestätigung ausgegangen seien. Dies trifft nicht zu. Wohl hat sich die klagende Partei auch auf die Unwiderruflichkeit der als abstraktes Zahlungsverprechen der Bank qualifizierten Überweisungsbestätigung berufen, daneben aber eben auch darauf, dass diese Bestätigung keine einer Bankgarantie gleichwertige Sicherheit darstelle, dass also kein unwiderruflicher Überweisungsauftrag vorliege. Darüber hätte die Bank aufklären müssen (ON 8). Es liegt also keineswegs eine außerstreitgestellte Unwiderruflichkeit der Überweisungsbestätigung vor.

3. Die beklagte Rekurswerberin verweist zwar richtig auf den Umstand, dass das Berufungsgericht seine Ansicht über die Widerruflichkeit der Überweisungsbestätigung überwiegend nur auf die Begründung des Zurückweisungsbeschlusses 6 Ob 8/07f im Vorprozess stützte. Eine Bindungswirkung der rechtskräftigen

Vorentscheidung ist schon mangels Parteienidentität in beiden Verfahren zu verneinen (RIS-Justiz RS0041572 uva). Grundlage der rechtlichen Beurteilung im vorliegenden Fall sind daher ausschließlich die hier getroffenen Feststellungen und nicht diejenigen des Vorprozesses. Wenn dort auf Basis anderer Parteibehauptungen und eines allenfalls anders festgestellten Sachverhalts die Überweisungsbestätigung (und der Überweisungsauftrag) als widerruflich qualifiziert wurde, ist dies für die hier vorzunehmende rechtliche Prüfung ohne Einfluss.

II. Vorauszuschicken sind die in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung zum Überweisungsauftrag und zur Überweisungsbestätigung vertretenen Grundsätze, wie sie in der Entscheidung 6 Ob 8/07f dargelegt wurden:

a) Der Überweisungsempfänger erwirbt durch den Überweisungsauftrag noch keinen Überweisungsanspruch durch die Bank (RIS-Justiz RS0017140).

b) Die Überweisungsbestätigung der Bank ist nur die Ankündigung einer in Aussicht genommenen Überweisung. Nur wenn ein unwiderruflicher Überweisungsauftrag erteilt wurde und darüber eine Überweisungsbestätigung ausgestellt wird, hat der Überweisungsempfänger einen unmittelbaren Anspruch gegen die Bank (8 Ob 572/93). In diesem Fall könnte im Sinne des Vorbringens beider Parteien von einer Bankgarantie gleichwertigen Sicherheit gesprochen werden.

Zu unterscheiden ist daher zwischen unwiderruflichem Überweisungsauftrag und der Überweisungsbestätigung darüber:

Dass die Bauherren (zumindest der Mann und dieser mangels gegenteiliger Parteibehauptungen namens der Frau) der Bank einen Überweisungsauftrag erteilten, kann den Feststellungen zumindest schlüssig entnommen werden, war der Hälfteigentümer der Liegenschaft doch sogar zur Stellung einer Bankgarantie bereit, was nur aus Kostengründen unterblieben ist. Eine Überweisungsbestätigung der Bank ohne Überweisungsauftrag wäre geradezu sinnwidrig. Festgestellt wurde schließlich, dass die zu sichernde Zahlung auf dem Wohnbaukonto des Bauherrn „reserviert“ wurde. Aus dem im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung vom Erstgericht festgestellten mündlichen Überweisungsauftrag ergibt sich jedoch noch nicht, dass auch festgestellt wurde, der Überweisungsauftrag wäre unwiderruflich erfolgt. Das Erstgericht bejahte dies, ohne konkrete Feststellungen getroffen zu haben, nur im Rahmen der rechtlichen Beurteilung in ergänzender Vertragsauslegung.

III. Zu einer ergänzenden Vertragsauslegung besteht auf dem Boden der getroffenen, vom Berufungsgericht übernommenen, Feststellungen kein Anlass. Es ist vielmehr der rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichts über die Widerruflichkeit des Überweisungsauftrags des Bauherrn beizutreten:

1. Klarzustellen ist, dass die Frage der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit zunächst eine strittige Tatfrage ist, zu der das Erstgericht (wieder nur im Rahmen der rechtlichen Beurteilung) feststellte, dass „zur Frage eines Widerrufs keine Regelung getroffen“ worden war (gemeint: zwischen Bank und Bauherrn). Dies allein rechtfertigt noch nicht die Unterstellung eines unwiderruflich erteilten Überweisungsauftrags. Die Auslegung kann nicht dazu führen, eindeutige Vereinbarungen zu korrigieren. Auch die ergänzende Vertragsauslegung darf sich nicht mit dem in Widerspruch setzen, was die Parteien vereinbart haben, selbst wenn dies nach der einen oder der anderen Richtung hin unbillig sein sollte (RIS-Justiz RS0087314). Eine ergänzende Vertragsauslegung hat nur dann Platz zu greifen, wenn eine Vertragslücke vorliegt (RIS-Justiz RS0017829), also der Vertrag planwidrig unvollständig geblieben ist (3 Ob 125/05m = SZ 2005/190). Für die Ansicht, der Überweisungsauftrag des Bauherrn wäre „planwidrig“ ohne Verzicht auf Widerruf erteilt worden, ist im festgestellten Sachverhalt kein Anhaltspunkt zu finden. Schon der später erfolgte und von der beklagten Bank auch akzeptierte Widerruf des Bauherrn spricht dagegen. Wenn daher nur feststeht, dass beim mündlich erteilten Überweisungsauftrag über die Unwiderruflichkeit nichts gesprochen und auch in der Überweisungsbestätigung auf eine solche nicht hingewiesen wurde, ist die rechtliche Beurteilung, es liege nur der Fall der Ankündigung einer in Aussicht genommenen Überweisung vor, womit der Überweisungsempfänger noch keine Gläubigerposition erhält und der Überweisungsauftrag widerrufen werden kann, nicht zu beanstanden.

IV. Die vom Berufungsgericht zum auf Schadenersatzrecht gestützten Klagebegehren für notwendig erachteten Verfahrensergänzungen beruhen auf keiner rechtlichen Fehlbeurteilung:

Zur Bejahung von Schutz- und Sorgfaltspflichten der beklagten Partei aufgrund ihrer schon zur klagenden Partei bestandenen, im Revisionsverfahren unstrittigen Geschäftsbeziehung kann auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts verwiesen werden. Hätte die beklagte Partei bei Kenntnis des Wunsches der klagenden Partei auf Ausstellung einer Bankgarantie nicht über die Widerruflichkeit des Überweisungsauftrags und die dadurch bewirkte fehlende Sicherheit der Überweisungsbestätigung aufgeklärt, stünde eine Verletzung der Sorgfaltspflicht fest (1 Ob 536/86 = SZ 59/51 ua; RIS-Justiz RS0017127), die zur Grundlage von Schadenersatzforderungen gemacht werden kann.

V. Zum Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens:

1. Der Schadenersatzforderung hat die beklagte Partei den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegengesetzt, dass auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung der behauptete Schaden, insbesondere die frustrierten Aufwendungen der klagenden Partei, entstanden wäre. Im Fall der Aufklärung wäre die verlangte Bankgarantie mit gleichlautender Effektivklausel ausgestellt worden und der gegen die Beklagte gerichtete Zahlungsanspruch ebenfalls wegen Nichterfüllung der Bedingung der Vorlage einer Übernahmebestätigung der Bauherrn abzuweisen.

Dieser Rechtsansicht ist entgegenzutreten:

2. Beim rechtmäßigen Alternativverhalten kommt es zu einer Haftungsfreistellung des rechtswidrig handelnden Täters, wenn er denselben Nachteil auch durch ein rechtmäßiges Verhalten herbeigeführt hätte. Abzustellen ist darauf, dass derselbe rechnerische Schaden entstanden wäre (RIS-Justiz RS0111706).

3. Die beklagte Partei verkürzt die der klagenden Partei durch die (noch festzustellende) Unterlassung der Information und Warnung entstandenen Nachteile darauf, dass die klagende Partei nach entsprechender Aufklärung eine Bankgarantie mit Effektivklausel oder aber eine dieser gleichkommende Überweisungsbestätigung über einen unwiderruflich erteilten Überweisungsauftrag erhalten hätte und dass dann ebenfalls kein Zahlungsanspruch wegen fehlender Übernahmebestätigung der Bauherrn bestünde. Selbst wenn man von einer Bereitschaft und Fähigkeit der Bank zur Gewährung der von der klagenden Partei geforderten Sicherheit ausginge und diese Sicherheit unterstellt, übersieht die Rekurswerberin die von ihr herbeigeführten nachteiligen Folgen, dass es nämlich der klagenden Partei nach erfolgloser Klageführung im Vorprozess verwehrt ist, vom Garantierauftraggeber bzw Auftraggeber eines unwiderruflichen Überweisungsauftrags die Ausstellung einer Übernahmebestätigung einklagen zu können. Mit einer Bankgarantie wäre eine Rechtsbeziehung zwischen der klagenden Partei (dem Subunternehmer) und dem Auftraggeber (dem Bauherrn) entstanden und hätte die Berechtigung des Werklohns nach Feststellung der Mängelfreiheit in einem Prozess festgestellt werden können. Die beklagte Partei hat also nicht nur die unterlassene Aufklärung, sondern auch den Widerruf des Überweisungsauftrags und die dadurch für die klagende Partei bewirkte Unmöglichkeit zu vertreten, die vom Bauherrn zur Verweigerung der Lieferbestätigung aufgestellten Behauptungen über Mängel des Werks in einem Prozess zu widerlegen und mit einem klagestattgebenden Urteil einen der Übernahmebestätigung gleichwertigen Nachweis erbringen zu können (10 Ob 51/03b; 1 Ob 44/05k).

4. Daraus folgt, dass zum Prozessthema über den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens auch die Mängelfreiheit des Werks der klagenden Partei gehört. Auch zu diesem Punkt ist dem Ergänzungsauftrag des Berufungsgerichts nicht entgegenzutreten.

VI. Ein im zweiten Rechtsgang abschließend erledigter Streitpunkt ist die von den Vorinstanzen zutreffend verneinte Verjährung des auf Schadenersatzrecht gestützten Klageanspruchs.

Der Ausspruch über die Kosten des Rekursverfahrens beruht auf § 52 ZPO.