

§ 1170b ABGB: Den Entscheidungen OGH 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i kann nicht gefolgt werden

1. Bei einer abstrakten Bankgarantie ist der Garantievertrag vom Bestand der gesicherten Hauptschuld grundsätzlich unabhängig. Bei der Abstraktheit der Garantie sind nur solche Einwendungen zulässig, die sich aus der Auslegung des Garantietextes selbst ergeben.
2. Rechtsmissbrauch liegt unter anderem dann vor, wenn die Bankgarantie vom Begünstigten für ein Ereignis in Anspruch genommen wird, für das sie nicht übernommen wurde. Die Schutzwürdigkeit des Begünstigten aus einer Bankgarantie ist dann nicht mehr gegeben und Rechtsmissbrauch anzunehmen, wenn er eine Leistung in Anspruch nimmt, obwohl schon eindeutig feststeht, dass er keinen derartigen Anspruch gegen den Dritten hat und daher das Erhaltene jedenfalls sofort wieder herauszugeben hätte.
3. Rechtsmissbräuchlichkeit der Inanspruchnahme der Bankgarantie könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn bei Strittigkeit der Höhe der wechselseitigen Ansprüche die Inanspruchnahme der Sicherheit nach § 1170b ABGB aus rechtlichen Gründen unzulässig war.
4. Durch § 1170b ABGB soll nicht nur vor Zahlungsunfähigkeit, sondern auch vor Zahlungsunwilligkeit des Werkbestellers geschützt werden.

<https://doi.org/10.33196/zrb202601002001>

OGH 24.3.2026, 8 Ob 147/25p

Deskriptoren: Bauwerkvertrag, Sicherstellung bei Bauverträgen; § 1170b ABGB.

Sachverhalt

Die Zweitgegnerin der gefährdeten Partei (Zweitanspruchsgegnerin) war aufgrund eines am 28.5.2021 geschlossenen Vertrags zu Lieferungen und Leistungen für eine thermische Metallgewinnungsanlage am Standort in E* an die gefährdete Partei (Antragstellerin) verpflichtet. Diese Anlage soll der Aufbereitung und Verarbeitung von speziellen Abfallprodukten, insbesondere aus dem Recycling von Automobilen (sogenannte Schredder Leichtfraktion) dienen. Vor allem aus geschmolzenem Auto- und Elektroschrott sollen Edelmetalle gewonnen werden. Gleichzeitig soll die Anlage Dampf für die Produktion von Elektrizität und Wärme produzieren.

Der Liefer- und Leistungsumfang der Zweitanspruchsgegnerin beinhaltete ua Engineeringleistungen, die Lieferung der technischen Kernkomponenten der Anlage samt Dokumentation, technische Überwachungsleistungen in der Bau- und Montagephase, die technische Leitung und Verantwortung der Kalt- und Heiß-Inbetriebnahme und die Begleitung und Überwachung des Probebetriebs.

Die vertraglichen Verpflichtungen der Antragstellerin umfassten neben der Zahlung des vereinbarten Vertragspreises für Haupt- und Nebenleistungen ua die Montage der (von der Zweitanspruchsgegnerin gefertig-

ten) Anlagenteile (unter Aufsicht der Zweitanspruchsgegnerin) und die Bereitstellung der Betriebsmittel wie etwa Schmelzmaterial oder Brennstoffe.

Das Gesamtvolumen des streitgegenständlichen Hauptvertrags (samt Nachträgen) betrug fast € 32.000.000,--. Die Antragstellerin bezahlte bereits etwa 87 % des gesamten Volumens an die Zweitanspruchsgegnerin.

Bis zuletzt befand sich die Anlage in der Phase der Heiß-Inbetriebnahme, in der die Anlage unter Feuer, das heißt mit heißen Rauchgasen auf ihre Funktionsfähigkeit geprüft wird. Diese Heiß-Inbetriebnahme erfolgte nach dem Vertrag unter der Verantwortung und unter Anleitung der Zweitanspruchsgegnerin.

Im Zuge der Heiß-Inbetriebnahme der streitgegenständlichen Anlage zeigten sich zahlreiche, zum Teil auch sicherheitsrelevante Mängel und Fehlfunktionen. Ein Probebetrieb der Anlage konnte daher nicht begonnen werden. Die Anlage funktioniert nicht ordnungsgemäß. Wer die Mängel und Fehlfunktionen der Anlage zu vertreten hat, ist (noch) nicht klar. Diesbezüglich sind wechselseitige Beweissicherungsverfahren anhängig.

Die Antragstellerin forderte die Zweitanspruchsgegnerin mehrfach auf, Mängel, Vertragswidrigkeiten und Fehlfunktionen zu beheben und die Dokumentation zu vervollständigen. Die Zweitanspruchsgegnerin kam dieser Aufforderung nicht nach. Sie geht vielmehr vom Abschluss der Heiß-Inbetriebnahme aus; Mängel der Anlage seien auf mangelhafte Beistellungen durch die Antragstellerin zurückzuführen und daher von dieser zu vertreten. Die Zweitanspruchsgegnerin forderte daher mit Rechnung vom 20.3.2025 von der Antragstellerin das für die Heiß-Inbetriebnahme vereinbarte Entgelt in Höhe von 2,5 % des Vertragspreises, sohin € 921.184,89,-- inklusive USt. Die

Antragstellerin lehnte die Bezahlung dieser Rechnung mangels Fälligkeit ab.

Daraufhin forderte die Zweitantragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 7.4.2025 auf, gemäß § 1170b ABGB eine angemessene Sicherstellung in Höhe des noch ausständigen Vertragspreises von € 3.994.155,15,-- zu leisten.

Am 2.5.2025 legte die Antragstellerin die gegenständliche, mit 30.9.2025 befristete Bankgarantie der Erstgegnerin der gefährdeten Partei (Erstantragsgegnerin). Diese lautet auszugsweise:

„Darüber hinaus haben wir erfahren dass Ihre anwaltliche Vertretung mit Schreiben vom 25.4.2025 unseren Kunden aufgefordert hat, eine Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB in Höhe von EUR 3.994.155,15 zu leisten. Im Hinblick darauf übernehmen wir Ihnen gegenüber im Auftrag unseres Kunden die unbedingte und unwiderrufliche Garantie bis zu einem Höchstbetrag von EUR 3.994.155,15 (in Worten [...]) und verpflichten uns, über Ihre erste schriftliche Aufforderung unter Verzicht auf jede Einwendung aus und ohne Prüfung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, innerhalb von 8 (acht) Bankarbeitstagen nach Erhalt ihrer schriftlichen Aufforderung, jeden von uns Ihnen genannten Betrag im Rahmen des Höchstbetrages dieser Garantie auf ein von Ihnen genanntes Konto zu überweisen“.

Da die Zweitantragsgegnerin trotz Aufforderung der Antragstellerin zur Mängelbehebung untätig blieb, forderte die Antragstellerin die Zweitantragsgegnerin schließlich mit Schreiben vom 5.6.2025 letztmalig unter Fristsetzung und Androhung der Vertragsauflösung auf, bis 18.6.2025 schriftlich darzulegen, welche Maßnahmen sie verbindlich auf eigene Kosten bis wann setzen werde, um die Anlage in einen vertragskonformen und für den Beginn des Probetriebs, den Leistungstest und die darauffolgende Abnahme nach den vertraglichen Vorgaben geeigneten Zustand zu versetzen.

Dieser Aufforderung kam die Zweitantragsgegnerin nicht nach. Vielmehr mahnte sie mit Schreiben ihrer Rechtsvertreterin vom 23.6.2025 die offene Rechnung vom 20.3.2025 ein, erklärte ihre Leistungserbringung bis auf Weiteres einzustellen und setzte eine Nachfrist von 30 Tagen *„unter gleichzeitiger Erklärung des Vertragsrücktritts aus wichtigem Grund“*.

In Reaktion darauf erklärte die Antragstellerin durch Schreiben ihrer Rechtsvertreterin vom 26.6.2025, den Vertrag (unter anderem wegen gravierenden Verzugs und offen erklärter Leistungsverweigerung) mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grund aufzulösen.

Mit Schreiben vom 21.7.2025 rief die Zweitantragsgegnerin bei der Erstantragsgegnerin den kompletten Garantiebtrag der Bankgarantie ab.

Die Antragstellerin beantragte am 25.7.2025 die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wonach

1. der Erstantragsgegnerin bis auf weitere gerichtliche Anordnung verboten werde, die von ihr ausgestellte Bankgarantie ganz oder teilweise auf Rechnung der Antragstellerin auszusahlen; und
2. der Zweitantragsgegnerin verboten werde, die von der Erstantragsgegnerin ausgestellte Bankgarantie ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen und aufgrund einer solchen Aufforderung von der Erstantragsgegnerin Zahlung zu verlangen und/oder anzunehmen.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung ohne Anhörung der Antragsgegnerinnen. Da der Entgeltanspruch der Zweitantragsgegnerin aufgrund der Einwendungen der Antragstellerin noch nicht fällig, also nach wie vor strittig sei, sei der Garantiefall iSd § 1170b ABGB noch nicht eingetreten, weshalb der Abruf der Bankgarantie rechtsmissbräuchlich sei.

Die Antragstellerin brachte fristgerecht eine Rechtfertigungsklage gegen die Erstantragsgegnerin und eine Rechtfertigungs-Schiedsklage gegen die Zweitantragsgegnerin ein.

Während die Erstantragsgegnerin die einstweilige Verfügung unekämpft ließ, erhob die Zweitantragsgegnerin Rekurs und Widerspruch, mit denen sie jeweils die gänzliche Abweisung des Provisorialantrags anstrebte. Das Rekursgericht bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. Der Rekurswerberin sei einzuräumen, dass im gegenständlichen Fall eine abstrakte Bankgarantie vorliege und nach den Grundsätzen der Entscheidung 1 Ob 44/24p nicht davon auszugehen sei, dass der Nichteintritt des Garantiefalls liquide und eindeutig nachgewiesen oder das Nichtbestehen des Anspruchs des Begünstigten im Valutaverhältnis zur Zeit der Inanspruchnahme der Garantie evident erwiesen sei; denn das Erstgericht habe nicht feststellen können, wer die Mängel und Fehlfunktionen der Anlage zu verantworten habe. Allerdings habe der Oberste Gerichtshof zu 6 Ob 113/20s ausgesprochen, dass die Sicherheit nach § 1170b ABGB bei Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch – darunter sei vor allem ein Leistungsverweigerungsrecht zu verstehen, das auf gewährleistungsrechtlichen Ansprüchen auf Mängelbehebung beruhe – aufrecht zu erhalten sei und gerade nicht verwertet werden dürfe, und zwar selbst dann, wenn sich die Einwendungen als unbegründet erweisen würden. Die Inanspruchnahme der beigebrachten Sicherheit sei beispielsweise bei strittiger oder nicht bestehender Werklohnforderung missbräuchlich. Die vom Erstgericht getroffenen Negativfeststellungen dazu, ob die jeweils erklärten Vertragsrücktritte der Antragstellerin und der Zweitan-

tragsgegnerin zu Recht erfolgt und wirksam geworden seien, seien durchaus als Tatsachenfeststellungen zu qualifizieren. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass der Vertrag durch die Antragstellerin mit Erklärung vom 26. 6. 2025 unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes aufgelöst worden sei, würde dies nichts daran ändern, dass die Antragstellerin der (restlichen) Entgeltforderung der Zweitantragsgegnerin grundsätzlich Einwendungen entgegenhalten könne, die der Verwertung der Sicherheit nach § 1170b ABGB entgegenstünden. Ausgehend von der Entscheidung 6 Ob 113/20s dürfe die Zweitantragsgegnerin die als Sicherstellung nach § 1170b ABGB dienende Bankgarantie derzeit nicht verwerten, ihr Abruf sei rechtsmissbräuchlich.

Den ordentlichen Revisionsrekurs ließ das Rekursgericht zu, weil vor dem Hintergrund der Entscheidung 1 Ob 44/24p fraglich sei, ob das in der Entscheidung 6 Ob 113/20s postulierte Verbot der Verwertung der Sicherstellung nach § 1170b ABGB bei Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch des Unternehmers eine Rechtsmissbräuchlichkeit der Inanspruchnahme der (abstrakten) Bankgarantie begründe.

Mit ihrem Revisionsrekurs strebt die Zweitantragsgegnerin die Abweisung des Sicherungsantrags an.

Die Entscheidung des OGH

Der Revisionsrekurs ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig. Er ist auch berechtigt. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden unter Aufrechterhaltung ihres in Rechtskraft erwachsenen Teils dahin abgeändert, dass sie gegenüber der Zweitgegnerin der gefährdeten Partei lauten:

I. Der Antrag,

1. *der Erstgegnerin der gefährdeten Partei werde bis auf weitere gerichtliche Anordnung verboten, die von ihr über den Betrag von € 3.944.155,15 zu Nr * am 2.5.2025 ausgestellte Bankgarantie ganz oder teilweise auf Rechnung der gefährdeten Partei auszu zahlen.*
2. *der Zweitgegnerin der gefährdeten Partei werde verboten, die von der Erstgegnerin der gefährdeten Partei zu Nr * am 2.5.2025 über den Betrag von € 3.944.155,15 ausgestellte Bankgarantie ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen und aufgrund einer solchen Aufforderung von der Erstgegnerin der gefährdeten Partei Zahlung zu verlangen und/oder anzunehmen, wird gegenüber der Zweitgegnerin der gefährdeten Partei abgewiesen.*

II.1. *Die gefährdete Partei hat ihre Kosten des Sicherungsantrags gegenüber der Zweitgegnerin der gefährdeten Partei endgültig selbst zu tragen.*

2. *Die gefährdete Partei ist schuldig, der Zweitgegnerin der gefährdeten Partei die [...] Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.*

1.1. Der Anspruch des Garantierauftraggebers gegen den Begünstigten auf Widerruf des Abrufs einer Bankgarantie kann durch einstweilige Verfügung (Zahlungsverbot an den Garanten) gesichert werden (RS0005092; RS0107385; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 3.72 mwN). Die Vorinstanzen werteten das Begehren als Antrag auf Erlassung eines solchen Drittverbots iSd § 382 Z 7 EO, was im Revisionsrekurs auch nicht angezweifelt wird. Dies ist somit gegenüber der Zweitantragsgegnerin zugrunde zu legen.

1.2. Die Zweitantragsgegnerin beantragt in ihrem Revisionsrekurs die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne der Abweisung des Antrags. Da sich im Rechtsmittel (wie auch bereits im Rekurschriftsatz) kein Hinweis findet, wonach sich dies auch auf die gegenüber der Erstantragsgegnerin erlassene einstweilige Verfügung zu erstrecken habe, ist davon auszugehen, dass jeweils nur die gegen die Zweitantragsgegnerin ergangene Entscheidung bekämpft wurde.

2. Dass es sich um einen Werkvertrag und um eine Sicherstellung nach § 1170b ABGB handelt, ist hier nicht strittig. Auf diese selbständig zu beurteilenden Rechtsfragen ist demnach nicht einzugehen (RS0043338; RS0043352 [insb T34, T35]).

3. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 381 EO setzt jedenfalls die Behauptung und Bescheinigung eines (bestimmten) Anspruchs sowie einer konkreten Gefährdung (Verfügungsinteresse) voraus (7 Ob 16/23p [Rz 16] mwN; vgl auch RS0005295 [insb T4]). Im Revisionsrekursverfahren ist die Gefährdung der Antragstellerin nicht strittig; die Zweitantragsgegnerin bestreitet aber, dass die für die Annahme von Rechtsmissbrauch geforderten Voraussetzungen vorliegen.

4.1. Bei einer abstrakten Bankgarantie ist der Garantievertrag vom Bestand der gesicherten Hauptschuld grundsätzlich unabhängig, wobei die Abstraktheit durch Formulierungen der Zahlungspflicht mit etwa „auf erstes Abfordern“ oder „ohne Einwendungen“ besonders betont wird. Bei der Abstraktheit der Garantie sind nur solche Einwendungen zulässig, die sich aus der Auslegung des Garantietextes selbst ergeben (RS0016992 [T7, T11]). Es ist gerade der Sinn einer solchen Garantie, dem Begünstigten eine sichere und durch Einwendungen nicht verzögerte Zahlung zu gewährleisten (RS0016992). Streitigkeiten sollen erst nach der Zahlung abgewickelt werden (7 Ob 53/15t mwN ua).

4.2. Der Anspruch des Garantierauftraggebers gegen den Begünstigten auf Widerruf des Abrufs einer Bankgarantie kann durch einstweilige Verfügung nur unter der Voraussetzung gesichert werden, dass der Nichteintritt des Garantiefalls liquide und eindeutig nachgewiesen wird (RS0005092; RS0017042; RS0017997; RS0018006).

Rechtsmissbrauch liegt unter anderem dann vor, wenn die Bankgarantie vom Begünstigten für ein Ereignis in An-

spruch genommen wird, für das sie nicht übernommen wurde (RS0005092 [T5]; RS0018027 [T9]). Die Schutzwürdigkeit des Begünstigten aus einer Bankgarantie ist dann nicht mehr gegeben und Rechtsmissbrauch anzunehmen, wenn er eine Leistung in Anspruch nimmt, obwohl schon eindeutig feststeht, dass er keinen derartigen Anspruch gegen den Dritten hat und daher das Erhaltene jedenfalls sofort wieder herauszugeben hätte (RS0018006 [T1]). Ein Missbrauchsfall liegt nur dann vor, wenn das Nichtbestehen des Anspruchs des Begünstigten im Valutaverhältnis zur Zeit der Inanspruchnahme der Garantie evident erwiesen ist. Hält sich der Begünstigte hingegen aus vertretbaren Gründen für berechtigt, kann ihm kein arglistiges oder rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden (RS0017997). Die Beweislast trifft nach allgemeinen Grundsätzen (RS0037797) denjenigen, der sich auf Rechtsmissbrauch beruft, wobei schon relativ geringe Zweifel am Rechtsmissbrauch den Ausschlag zugunsten des Rechtsausübenden geben (RS0026271 [T26]).

4.3. Für den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs kommt es auf den Wissensstand und die Beweislage im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie an (RS0017042).

5.1. In diesem Zeitpunkt war nach dem im einseitigen Provisorialverfahren bescheinigten Sachverhalt zwischen den Vertragsparteien strittig, wer die Fehlfunktionen der Anlage zu vertreten hatte, ob also eine mangelhafte Vertragserfüllung durch die Zweitantragsgegnerin vorgelegen hatte oder nicht.

5.2. Der vorliegende Fall ist aber dadurch gekennzeichnet, dass vor dem Hintergrund der weiters getroffenen Negativfeststellungen die Antragstellerin nicht bescheinigt hat, dass die Ursache für die fehlende Funktion der Anlage von der Zweitantragsgegnerin gesetzt wurde und diese somit von ihr zu vertreten wäre. Demzufolge ist der Antragstellerin die Bescheinigung der Voraussetzungen für den von ihr behaupteten berechtigten Vertragsrücktritt nicht gelungen und damit auch nicht das Nichtbestehen von Ansprüchen der Zweitantragsgegnerin aus einem allenfalls unberechtigten Vertragsrücktritt.

5.3. Dass der Zweitantragsgegnerin der abgerufene Garantiebetrug der Höhe nach damit keinesfalls mehr zustehen könnte und das Abrufen der Garantie aus diesem Grund (teilweise) rechtsmissbräuchlich wäre, hat die dafür behauptungspflichtige (vgl oben ErwGr 4.2.) Antragstellerin daher nicht dargetan.

6. Rechtsmissbräuchlichkeit der Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Zweitantragsgegnerin könnte demnach allenfalls dann angenommen werden, wenn in einer solchen Situation – also bei Strittigkeit der Höhe der wechselseitigen Ansprüche – die Inanspruchnahme der Sicherheit nach § 1170b ABGB aus rechtlichen Gründen unzulässig war.

6.1. Die Bestimmung des § 1170b ABGB wurde mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2005/120, in das

ABGB eingefügt und soll den Insolvenzrisiken im Bau- und Baunebengewerbe entgegenwirken (ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 72). Sie sieht eine gesetzliche, vertraglich nicht abdingbare Sicherstellungsobliegenheit des Werkbestellers unabhängig von der Unsicherheitseinrede des § 1052 zweiter Satz ABGB vor, also unabhängig von einer Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse und der Kenntnis davon. Kommt der Werkbesteller dem Sicherstellungsverlangen des Werkunternehmers nicht, nicht rechtzeitig oder unzureichend nach, so kann dieser die Erbringung seiner Leistung verweigern und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären. Für diesen Fall wird klargestellt, dass der Entgeltanspruch des Unternehmers wie in den Fällen des § 1168 Abs 2 ABGB zu behandeln ist (9 Ob 30/21h mwN).

6.2. In der bisherigen Judikatur wurde die Frage, wann die Inanspruchnahme der Sicherheit nach § 1170b ABGB zulässig ist, wie folgt beantwortet:

6.2.1. In der ausführlich begründeten Entscheidung 6 Ob 113/20s (ZVB 2021/8 [Chiwitt-Oberhammer] = bauaktuell 2021, 70 [abl Anderl/Stanke] = immo aktuell 2021/15 [abl Höllwerth] = ZRB 2021, 29 [abl Wenusch] = ecolx 2021/71 [krit Ring]) war zu klären, ob die Sicherstellung nach § 1170b ABGB bei unberechtigten Einwendungen des Bestellers aufrecht erhalten werden muss und vom Unternehmer nicht verwertet werden darf. Nach Analyse der Lehrmeinungen und der Gesetzesmaterialien kam der 6. Senat „aufgrund des klaren Wortlauts des § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB“ zum Ergebnis, dass die Sicherheit bei Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch selbst dann aufrecht zu erhalten sei, wenn die Einwendungen sich als unbegründet erweisen. Unter solchen Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch sei vor allem ein Leistungsverweigerungsrecht zu verstehen, das auf gewährleistungsrechtlichen Ansprüchen auf Mängelbeseitigung beruhe; dazu verwies der Oberste Gerichtshof auf die Ausführungen von Schauer (in Krejci, Reformkommentar UGB – ABGB § 1170b ABGB Rz 18).

6.2.2. Fast zeitgleich hatte der Oberste Gerichtshof zu 3 Ob 134/20g (bbl 2021/38 [krit Eggemeier-Schmolke] = ZRB 2021, 20 [abl Wenusch]) zu prüfen, ob eine Bankgarantie mit Effektivklausel als Sicherungsmittel iSd § 1170b ABGB geeignet ist. Nach ausführlicher Darlegung der bisherigen Stellungnahmen in der Literatur verneinte er dies nicht generell, jedoch dann, wenn ihre Inanspruchnahme durch den Werkunternehmer durch ein für ihren Abruf aufgestelltes Erfordernis ungebührlich erschwert oder gar unmöglich gemacht wird. Nach dieser Entscheidung erfüllt eine Sicherstellung den Zweck des § 1170b ABGB nicht, wenn der Werkbesteller es faktisch in der Hand hat, dem Werkunternehmer den (rechtmäßigen) Zugriff darauf zu verwehren, was

immer dann der Fall ist, wenn der aus der Garantie Begünstigte diese nur mit Zustimmung des Garantierauftraggebers abrufen kann; der Werkunternehmer solle auch vor Zahlungsunwilligkeit geschützt werden.

6.2.3. Zu 9 Ob 30/21h (ImmoZak 2021/47 [Fink] = EvBl 2022/12 [Hargassner; Scharmer] = ecolex 2021/647 [Brandstätter] = ZVB 2022/35 [Springer] = *Frad*, bauaktuell 2022, 147) gab der Oberste Gerichtshof diese Kernaussagen der beiden vorgenannten Entscheidungen wieder, ohne auf das in der Literatur (vgl insb *Höllwerth*, immo aktuell 2021/15 [Glosse zu 6 Ob 113/20s]; *Pochmarski/Kober*, bauaktuell 2021, 17; *Ring*, ecolex 2021/71) geortete Spannungsverhältnis zwischen ihnen einzugehen. Der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Sicherheit bei Einwendungen des Werkbestellers verwertet werden dürfte, kam keine unmittelbare Entscheidungsrelevanz in diesem Fall zu; vielmehr war zu klären, ob die Aufforderungen der dortigen Werkunternehmerin zur Bestellung einer Sicherheit nach § 1170b ABGB gesetzeskonform waren und welche Folgen insofern ein überhöhtes oder zu weitgehendes Begehren nach sich zog.

6.2.4. In der Entscheidung 1 Ob 44/24p (ZVB 2024/80 [Hauser] = ImmoZak 2024/40 [Fink] = ZRB 2024, 90 [Wenusch; zust *Seeber-Grimm/Seeber*]) war – wie hier – ein Sicherungsantrag gegen die Abrufung einer Bankgarantie nach § 1170b ABGB gegenständlich. Bei der Auslegung dieser Garantie verwies der Oberste Gerichtshof auf die zu 3 Ob 134/20g und 9 Ob 30/21h ergangenen Entscheidungen, wonach eine Bankgarantie als Sicherungsmittel nicht geeignet sei, wenn sie eine Mitwirkung der Werkbestellerin beim Abruf erfordere. Eine solche Sicherstellung würde den Zweck des § 1170b ABGB nicht erfüllen, weil es die Werkbestellerin damit faktisch in der Hand hätte, dem Werkunternehmer den (rechtmäßigen) Zugriff darauf zu verwehren. Dies wäre immer dann der Fall, wenn der aus der Garantie Begünstigte diese nur mit Zustimmung des Garantierauftraggebers abrufen könnte. Auf Basis des bescheinigten Sachverhalts nahm der Oberste Gerichtshof dennoch Rechtsmissbrauch an, weil die dortige Werkbestellerin berechtigt wegen Verzugs und vorliegender Mängel vom Vertrag zurückgetreten war und ein Anspruch der Werkunternehmerin rein mathematisch ausgeschlossen werden konnte. Da das Rekursgericht jedoch die Beweisrüge zu einer der Feststellungen zur Höhe der wechselseitigen Ansprüche nicht erledigt hatte, erfolgte eine Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und eine Zurückverweisung in die zweite Instanz. Die Entscheidung zu 6 Ob 113/20s erwähnte der 1. Senat nicht.

6.2.5. Im (erst nach Abruf der Bankgarantie am 21.7.2025 ergangenen) Beschluss vom 5.8.2025 zu 5 Ob 54/25i referierte der 5. Senat die Ausführungen zu 6 Ob 113/20s, wonach die Sicherheit auch bei einem

bloßen Streit über die Höhe des Entgelts (also ohne Inanspruchnahme eines Zurückbehaltungsrechts iSd § 1052 ABGB) aufrecht erhalten werden müsse und nicht verwertet werden dürfe; dies führte zur Zurückweisung der Revision mangels erheblicher Rechtsfrage.

6.3. Im Schrifttum wird betont, dass die Verwertung der Sicherstellung erst bei Fälligkeit des Werklohns und Zahlungsverzug des Bestellers zulässig ist. In diesem Zusammenhang wird regelmäßig auf das Zurückbehaltungsrecht des Bestellers gemäß § 1052 ABGB bei Bestehen von Mängeln hingewiesen, das durch die Sicherheitsleistung rechtlich nicht beschränkt werde (vgl *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} [2020] § 1170b Rz 25; *Schopper* in *Klang*³ [2020] § 1170b ABGB Rz 113; *Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ [2021] § 1170b Rz 14; *Böhler* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ [2022] § 1170b ABGB Rz 35; *Kietaibl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ [2023] § 1170b Rz 11; *Scharmer*, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB [2022], 206; *Schopper*, Befristete Bankgarantien als Sicherstellung nach § 1170b ABGB, in *FS Neumayr* [2023], 685 [688]; vgl auch *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar UGB – ABGB § 1170b ABGB Rz 15, 18).

6.4. Ob im Sinne der Entscheidungen zu 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i aus § 1170b (1) letzter Satz ABGB abgeleitet werden kann, dass die Sicherheit selbst bei unberechtigten Einwendungen des Bestellers aufrecht erhalten werden müsse und gerade nicht verwertet werden dürfe, ist im Schrifttum umstritten. Die Positionen können dabei wie folgt zusammengefasst werden:

6.4.1. *Hörker/Kletečka* in (*Kletečka/Schauer* ABGB-ON^{1.04} [2020] § 1170b Rz 25), *Chiwitt-Oberhammer* (ZVB 2021/8 [Glosse zu 6 Ob 113/20s]), *Andrieu/Waxnegger* (Weiter im Fokus: Das Sicherstellungsrecht des Werkunternehmers nach § 1170b ABGB, ZVB 2021/56), *Eggmeier-Schmolke* (bbl 2021/38 [Glosse zu 3 Ob 134/20g]), *Böhler* (in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ [2022] § 1170b ABGB Rz 35), *Kietaibl* (in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁶ [2023] § 1170b Rz 10 f) und *Pochmarski/Kober* (Der Werkunternehmer soll nur vor Zahlungsunfähigkeit geschützt werden, ImmoZak 2025/41; vgl auch dies, „Der Werkunternehmer soll auch vor Zahlungsunwilligkeit geschützt werden“? bauaktuell 2021, 17) bejahen dies unter Hinweis auf den Wortlaut des letzten Satzes des § 1170b (1) ABGB. Die Einschränkungen bei der Inanspruchnahme der Sicherheit seien gewissermaßen als „Gegenpol“ des Werkbestellers zur starken Position des Werkunternehmers zu sehen, der selbst dann eine Sicherstellung verlangen könne, wenn er selbst noch keine oder eine mangelhafte Leistung erbracht habe.

6.4.2. Dagegen verneinen *Anderl/Stanke* (Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Sicherstellungen nach

§ 1170b ABGB bei unberechtigten Einwendungen des Auftraggebers, bauaktuell 2021, 70), Höllwerth (immo aktuell 2021/15 [Glosse zu 6 Ob 113/20s]), Wenusch (ZRB 2021, 29 [Glosse zu 6 Ob 113/20s]), Scharmer (Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB [2022], 206), Schopper (Befristete Bankgarantien als Sicherstellung nach § 1170b ABGB, in FS Neumayr [2023], 685 [688]), Karasek (Verwertung der Sicherheiten nach § 1170b ABGB, bauaktuell 2025, 221) und Schöfmann (Funktionsweise und Verwertung der Sicherstellung nach § 1170b ABGB, ZVB 2026/17) eine derartige Einschränkung der zulässigen Inanspruchnahme einer nach § 1170b ABGB gegebenen Sicherheit. Durch unberechtigte Einwendungen werde der Eintritt der Fälligkeit und damit der Zahlungsverzug nicht gehindert. Die Pflicht, die Sicherheit zu bestellen und aufrechtzuerhalten, treffe ausschließlich den Werkbesteller, sodass aus dem letzten Satz des § 1170b ABGB keine Handlungs- oder Unterlassungsverpflichtung des Werkunternehmers abzuleiten sei. Vielmehr beinhalte die Regelung ausschließlich die Kostentragung für den Fall, dass die Sicherheit aufgrund von Einwendungen des Werkbestellers nicht verwertet werde. Wiederholt (etwa Karasek, bauaktuell 2025, 221 mwN) wird auch argumentiert, dass nach der zu 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i vertretenen Auffassung die bloße – unberechtigte – Behauptung von Mängeln der Zulässigkeit der Verwertung der Sicherheit entgegenstehe, wodurch diese völlig entwertet werde; zu ihrer Inanspruchnahme bedürfe es letztlich entweder einer Zustimmung des Werkbestellers oder einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung nach einem oft langwierigen Prozess. Dies wiederum widerspreche dem zu 3 Ob 134/20g zutreffend erkannten Gesetzeszweck, den Werkunternehmer auch vor Zahlungsunwilligkeit zu schützen, der eine einfache und rasche Verwertung der Sicherheit impliziere. Das Risiko, dass der Sicherungsnehmer das Sicherungsmittel unberechtigterweise verwerte, sei Folge der gesetzlichen Interessenbewertung und demnach vom Gesetzgeber in Kauf genommen worden. Dieses Ergebnis sei auch nicht unbillig, weil der Werkbesteller die Möglichkeit habe, sich durch vertragliche Garantien, etwa einen Deckungsrücklass, abzusichern.

6.5. Der Senat erachtet diese Kritik am Ergebnis der Entscheidungen zu 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i für überzeugend:

6.5.1. Auszugehen ist vom Wortlaut des § 1170b (1) ABGB, der – nach wie vor in der Fassung des Handelsrechts-Änderungsgesetzes, BGBl I 2005/120, mit dem die Bestimmung in das ABGB eingefügt wurde – wie folgt lautet: „Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage zu einem Bauwerk oder eines Teils hiervon kann vom Besteller ab Vertragsabschluss für das noch ausstehende Entgelt eine Sicherstellung bis zur Höhe

eines Fünftels des vereinbarten Entgelts, bei Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, aber bis zur Höhe von zwei Fünfteln des vereinbarten Entgelts, verlangen. Dieses Recht kann nicht abbedungen werden. Als Sicherstellung können Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen dienen. Die Kosten der Sicherstellung hat der Sicherungsnehmer zu tragen, soweit sie pro Jahr zwei von Hundert der Sicherungssumme nicht übersteigen. Die Kostentragungspflicht entfällt, wenn die Sicherheit nur mehr wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen“.

Beim letzten und beim vorletzten Satz dieser Bestimmung handelt es sich zunächst eindeutig um eine Kostentragungsregel, die im Falle von Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch danach unterscheidet, ob sich diese als berechtigt erweisen oder nicht. Wenn im Zuge dessen davon die Rede ist, dass die Sicherheit nur mehr wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch aufrechterhalten werden „muss“, so ist dies keineswegs eindeutig als Anordnung zu werten, wonach die Sicherstellung im Falle von solchen Einwendungen nicht verwertet werden dürfte. Vielmehr setzt die Kostentragungsregel des § 1170b (1) letzter Satz ABGB das Aufrechterhalten der Sicherheit aufgrund von Einwendungen voraus; sie ordnet sie aber nicht an. Wann nun im Falle von Einwendungen des Bestellers die Sicherheit aufrecht erhalten werden „muss“ und wen die diesbezügliche Pflicht trifft, lässt sich dem Wortlaut der Norm nicht eindeutig entnehmen. Er lässt auch die Deutung zu, wonach der Werkunternehmer bei Fälligkeit der Werklohnforderung und Zahlungsverzug des Bestellers zur Inanspruchnahme der Sicherheit berechtigt, aber nicht verpflichtet ist; entschließt er sich, etwa im Sinne einer beabsichtigten einvernehmlichen Klärung der strittigen Punkte, die Sicherheit nicht zu verwerten, ist der Besteller verpflichtet, die Sicherheit aufrechtzuerhalten, und, sofern sich die Einwendungen als unbegründet erweisen, die Kosten zu tragen. Der Wortlaut des § 1170b (1) letzter Satz ABGB ist demnach keineswegs eindeutig.

6.5.2. Die historische Interpretation spricht ebenfalls gegen die Annahme, wonach die Sicherheit bei unberechtigten Einwendungen nicht verwertet werden dürfte. Dem Handelsrechts-Änderungsgesetz, mit dem § 1170b in das ABGB eingefügt wurde, ging nämlich ein Ministerialentwurf (81/ME 22. GP) voraus, der im Abs 3 der Bestimmung eine ausdrückliche Regelung darüber vorsah, wann die Sicherheit verwertet werden darf, nämlich nur im Insolvenzfall oder bei Vorliegen eines (erstinstanzlichen), zur Leistung der gesicherten Forderung verpflichtenden Urteils; diese Regelung wurde allerdings bewusst nicht in die Regierungsvorlage übernommen. Angesichts dessen wäre zu erwarten, dass

eine Einschränkung jener Fälle, in denen die Verwertung der Sicherheit zulässig sein soll, ausdrücklich und in unzweifelhafter Weise normiert und nicht bloß im Rahmen einer Kostentragungsregel implizit vorausgesetzt werden würde. Das Fehlen einer solchen klaren, die Verwertung der Sicherheit eigens regelnden Bestimmung spricht daher dafür, dass hier eben keine Einschränkungen angeordnet werden sollten.

6.5.3. Die Fälligkeit des Werklohns kann aufgrund des Leistungsverweigerungsrechts nach § 1052 ABGB nur so lange hinausgeschoben werden, wie ein Verbesserungsanspruch besteht (RS0019929 [T3]; RS0021925; RS0018756 [T8]). Eine unberechtigte Mängelrüge – von einer solchen ist hier angesichts der getroffenen Negativfeststellungen auszugehen – ändert dagegen die Fälligkeit des Werklohns nicht (RS0021890). Dementsprechend befindet sich der Werkbesteller bei unberechtigten Einwendungen gegen den Werklohnanspruch in zumindest objektivem Verzug; dieser genügt für die Ausübung des Rücktrittsrechts nach § 918 ABGB. Es wäre nun ein Wertungswiderspruch, wollte man dem Werkunternehmer bei objektiv unberechtigten Einwendungen gegen den Werklohnanspruch zwar das Rücktrittsrecht zubilligen, nicht aber bis zur Klärung der Berechtigung der Einwendungen die Inanspruchnahme einer vom Werkbesteller übergebenen Sicherheit.

6.5.4. § 1170b ABGB bezweckt ausweislich der Gesetzesmaterialien (RV 1058 BlgNR 22. GP, 72) primär, die Insolvenzrisiken im Bau- und im Baunebengewerbe zu vermindern. Die aufgrund unberechtigter Einwendungen möglichen Verzögerungen können aber auf Seiten des Werkunternehmers ohne Weiteres zu Liquiditätseingpässen führen und letztlich auch Ursache für eine Insolvenz sein. Die vom Gesetz gewünschte Sicherheit könnte ihren Zweck daher nur unvollständig erfüllen, würde sie nur eine Absicherung für den Fall der Insolvenz des Werkbestellers darstellen.

In diesem Zusammenhang hat der 3. Senat zu 3 Ob 134/20g überzeugend herausgearbeitet, dass der Werkunternehmer durch § 1170b ABGB nicht nur vor Zahlungsunfähigkeit, sondern auch vor Zahlungsunwilligkeit des Werkbestellers geschützt werden soll. Nach dieser Entscheidung erfüllt eine Sicherstellung den Zweck des § 1170b ABGB nicht, wenn der Werkbesteller es faktisch in der Hand hat, dem Werkunternehmer den (rechtmäßigen) Zugriff darauf zu verwehren, was immer dann der Fall ist, wenn der aus der Garantie Begünstigte diese nur mit Zustimmung des Garantierauftraggebers abrufen kann. Dieser Entscheidung sind der 9. Senat zu 9 Ob 30/21h und der 1. Senat zu 1 Ob 44/24p gefolgt. Wollte man nun mit den Entscheidungen zu 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i die Inanspruchnahme der Garantie auch bei unberechtigten Einwendungen des Werkbestellers für unzulässig erachten, hätte dieser es

faktisch in der Hand, durch eine bloße Behauptung (etwa der Mangelhaftigkeit des Werks) den Abruf der Garantie bis zur Widerlegung dieser Behauptung – gegebenenfalls im Wege einer einstweiligen Verfügung – zu verhindern. Da es aber nicht sinnvoll sein kann, bei der Ausgestaltung eines Sicherungsmittels die Unabhängigkeit deren Inanspruchnahme vom Willen des Garantierauftraggebers zu fordern, gleichzeitig aber bei der tatsächlichen Inanspruchnahme dessen Erklärungen entscheidende Bedeutung beizumessen, kann das Spannungsverhältnis zwischen den Entscheidungen 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i einerseits sowie 3 Ob 134/20g, 9 Ob 30/21h und 1 Ob 44/24p andererseits schwerlich geleugnet werden. Den letztgenannten Entscheidungen ist zuzustimmen, dass eine Sicherheit nach § 1170b ABGB völlig entwertet wäre, wenn der Werkbesteller es faktisch in der Hand hätte, dem Werkunternehmer den Zugriff darauf zu verwehren.

6.5.5. Die Auslegung des § 1170b ABGB, wonach neben dem Verzug keine weitere Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Sicherheit besteht, führt zwar dazu, dass den Besteller faktisch in gewissem Umfang ein Vorleistungsrisiko trifft und das Zurückbehaltungsrecht des § 1052 erster Satz ABGB insofern abgeschwächt wird. Dies war vom Gesetzgeber aber offenkundig gewollt, ging es ihm doch auch darum, das Insolvenzrisiko des Werkunternehmers durch Zahlungsverzögerungen abzumildern. Zu Recht wurde auch darauf hingewiesen, dass nach der dem Gesetzgeber bekannten Praxis der Werkbesteller im Regelfall durch entsprechende Deckungs- und Haftrücklässe gesichert ist.

6.6. Im Ergebnis kann den Entscheidungen zu 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i insoweit nicht gefolgt werden, als dort auch für den Fall unberechtigter Einwendungen gegen den Entgeltanspruch die Inanspruchnahme der nach § 1170b ABGB gegebenen Sicherheit für unzulässig erachtet wurde. Vielmehr ist bloß der Zahlungsverzug des Bestellers Voraussetzung für die Zulässigkeit des Abrufs der Bankgarantie in Höhe der jeweils fälligen Forderung; durch unberechtigte Einwendungen wird die Fälligkeit nicht hinausgeschoben.

7. Da im gegenständlichen Fall strittig ist, wer die Fehlfunktionen der Anlage zu vertreten hat, ist es der Antragstellerin jedenfalls nicht gelungen, eindeutig und liquide zu bescheinigen, dass der Garantiefall nicht eingetreten sei, weil der Zweitantragsgegnerin kein fälliger Anspruch zukomme. Rechtsmissbrauch ist demnach zu verneinen. Mangels rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Bankgarantie fehlt dem gegenständlichen Sicherungsantrag allerdings die Grundlage, weshalb dem Revisionsrekurs Folge zu geben und der angefochtene Beschluss im Sinne der Antragsabweisung abzuändern ist.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Die Entscheidung stellt eine Abkehr von der bisherigen Judikatur dar:

Einwendungen des Bauherrn gegen das vom Bauunternehmer geforderte Entgelt hindern den Bauunternehmer nicht, eine Bankgarantie, die als Sicherstellung gemäß § 1170b gegeben wurde, in Anspruch zu nehmen. Dieser Ent-

scheidung ist wohl vollinhaltlich zuzustimmen. Diesbezüglich ist auch auf die Glosse zu 5 Ob 54/25i auf Seite 11 dieses Hefts zu verweisen, die vor Veröffentlichung der gegenständlichen Entscheidung abgefasst wurde, die der OGH hier aber wohl als Argument für seine Entscheidung angeführt hätte.

Anmerkung

Von Michael Müller und Annika Zlabinger

Die Entscheidung 8 Ob 147/25p knüpft an die jüngere – und in Praxis wie Lehre intensiv diskutierte – Judikaturlinie zu § 1170b ABGB und dem Abruf abstrakter Sicherheiten, insbesondere von Bankgarantien, an. In den vorhergehenden Entscheidungen 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i kam der OGH zum (fragwürdigen) Ergebnis, wonach die Sicherheit auch bei unbegründeten Einwendungen aufrecht zu erhalten sei sowie dass strittige Forderungen nicht fällig wären und die Parteien – vor Verwertung der Sicherstellung – die Berechtigung der Forderungen zu klären hätten. Diese beiden OGH-Entscheidungen, welche in Widerspruch zu anderen OGH-Entscheidungen stehen (siehe etwa 3 Ob 134/20g; der AN soll nicht nur vor Zahlungsunfähigkeit, sondern auch vor Zahlungsunwilligkeit des AG geschützt werden), haben uE zu Recht deutliche Kritik in der Literatur¹ hervorgerufen. Schließlich hätten sie zu einer Entwertung der Sicherstellung geführt.

Mit der nunmehr ergangenen Entscheidung 8 Ob 147/25p nimmt der OGH (wieder) eine Klarstellung vor, die uE überfällig war und als erforderliche Rückkehr zum Wortlaut, zu den Gesetzesmaterialien, zum Telos der Gesetzesbestimmung und zu den Grundprinzipien der bereits ausgebildeten Bankgarantie-Judikatur zu sehen ist.

Der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt ist rasch skizziert: In einem Anlagenbauvertrag kam es im Zuge eines Mängelstreits zu Differenzen über offene Werklohnforderungen. Der AN begehrte Zahlung und rief eine ihm nach § 1170b ABGB eingeräumte Bankgarantie ab. Der AG beantragte im Provisorialverfahren eine einstweilige Verfügung gegen den Abruf und stützte sich dabei auf behauptete Mängel sowie den Einwand des Rechtsmissbrauchs. Die Vorinstanzen untersagten den Abruf. Der OGH sah dies aber, uE ohnehin längst überfällig, anders. Ein rechtsmissbräuchlicher Abruf liege nicht vor; bloße Einwendungen und die bloße Strittigkeit der Werklohnforderung genügen nicht, um den Abruf der Garantie zu verhindern.

Gerade damit adressiert der OGH eine zentrale Sollbruchstelle seiner bisherigen Rechtsprechung. Die in 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i verwendete Interpretation des OGH, die Sicherheit sei bei Einwendungen des AG „aufrechtzuerhalten und nicht zu verwerten“, war uE faktisch als Abrufsperrre zu verstehen. Eine solche Interpretation hätte jedoch zur Folge, dass eine zwar formell bestehende Sicherheit im Streitfall ihre typische Funktion verliert: rasche Liquidität zu sichern und vor Zahlungsunwilligkeit zu schützen. Dogmatisch wie praktisch war diese Sichtweise äußerst proble-

1 Vgl etwa Höllwerth, (Kein) Schutz des Werkunternehmers vor Zahlungsunwilligkeit des Auftraggebers?, immo aktuell 2021, 78 f; Anderl/Stanke, Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Sicherstellungen nach § 1170b ABGB bei unberechtigten Einwen-

ungen des Auftraggebers, bauaktuell 2021, 70 ff; Wenusch, ZRB 2021, 32; Karasek, Verwertung der Sicherheiten nach § 1170b ABGB, bauaktuell 2025, 221 und Schöfmann, Funktionsweise und Verwertung der Sicherstellung nach § 1170b ABGB, ZVB 2026/17.

matisch. Der OGH greift die hierzu geäußerte Kritik der Lehre nun ausdrücklich auf und führt sie uE konsequent in seiner Begründung fort (siehe Punkt 6.5.3 ff). Ausgangspunkt ist – banal, aber entscheidend – die Fälligkeit: Voraussetzung für den Abruf ist Zahlungsverzug. Unberechtigte Einwendungen schieben die Fälligkeit nicht hinaus. Wer Strittigkeit mit fehlender Fälligkeit gleichsetzt, verschafft dem AG ein faktisches Vetorecht über die Verwertung und entwertet die Sicherstellung gerade in jener Situation, für die sie typischerweise gedacht ist. Das wäre aber schlichtweg unrichtig. Zentral ist in diesem Zusammenhang die dogmatische Einordnung des letzten Satzes des § 1170b Abs 1 ABGB. Der OGH stellt – uE zutreffend – klar, dass es sich dabei um eine bloße Kostentragungsregel handelt. Weder Wortlaut noch Systematik tragen die Annahme, daraus ließe sich eine materiellrechtliche Pflicht des AN ableiten, die Sicherheit bei bloßen Einwendungen unangetastet zu lassen. Der OGH beschäftigt sich im Rahmen dessen auch mit den Gesetzesmaterialien (eine ursprünglich im Ministerialentwurf vorgesehene ausdrückliche Verwertungsbeschränkung wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht übernommen) und schlussfolgert auf Basis dessen, dass der Gesetzgeber eine Abrufsperr nicht vorsehen wollte.

Zu begrüßen ist uE zudem, dass der OGH die Problematik nicht isoliert im Kontext des § 1170b ABGB behandelt, sondern sie dort verortet, wo sie in der Praxis regelmäßig landet: bei den Grundsätzen der abstrakten Bankgarantie. Deren Funktionslogik besteht gerade darin, dem Begünstigten eine sichere und durch Einwendungen nicht verzögerte Zahlung zu gewährleisten; Streitigkeiten aus dem Deckungsverhältnis sollen grundsätzlich nachgelagert ausgetragen werden.

Daraus erklärt sich auch die hohe Schwelle für eine einstweilige Verfügung gegen den Abruf. Erforderlich ist, dass der AG liquide und eindeutig bescheinigt, dass der Garantiefall nicht eingetreten ist oder dem AN der Anspruch evident nicht zusteht. Die Grenze bleibt damit – so wie es auch sein soll – der Rechtsmissbrauch, der eben nur im Evidenzfall eingreift. Das ist keine AN-freundliche Härte, sondern die konsequente Fortführung der Systemlogik abstrakter Sicherheiten.

In der Quintessenz verdichtet der OGH seine Aussagen zu einer Linie, die – angesichts der zu-

vor begründeten Kritik aus der Lehre und unter Befassung mit dem Spannungsverhältnis der bisherigen Entscheidungen – als Korrektur der beiden „Ausreißerentscheidungen“ 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i zu sehen ist: § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB ist eine Kostentragungsregel; bloße Einwendungen des AG begründen keine automatische Unverwertbarkeit wegen mangelnder Fälligkeit und als Korrektiv bleibt ohnehin der Rechtsmissbrauch.

Für die Praxis bringt dies (endlich) klare Linien: Der AG kann den Abruf einer § 1170b-Sicherheit nicht etwa bereits durch bloße Mängelbehauptungen oder das schlichte Bestreiten des Werklohns blockieren. Will er den Abruf im Provisorialverfahren stoppen, muss er liquide und eindeutig bescheinigen, dass der Garantiefall nicht eingetreten ist und der Abruf nicht bloß streitig, sondern evident unberechtigt und somit rechtsmissbräuchlich ist. Damit wird die Bestimmung § 1170b ABGB uE wieder ihrem Anspruch gerecht: eine tatsächlich verwertbare Sicherheit zur „*raschen und günstigen Verwertung*“ zu verschaffen, die nicht schon dadurch entwertet werden darf, dass der AG den Werklohn schlicht bestreitet. Oder in aller Kürze: Strittigkeit bedeutet nicht fehlende Fälligkeit.

Abschließend sei angemerkt, dass der OGH bei seiner Judikatur zu § 1170b ABGB, gelinde gesagt, nicht glücklich agiert. Schließlich ist es für die Rechtssicherheit nicht förderlich, wenn der OGH binnen kurzer Zeit unterschiedliche Sichtweisen vertritt und sich die einzelnen Senate wechselseitig widersprechen/korrigieren (Senate 1, 3, 8 und 9 vs Senate 5 und 6). Dies erweckt den Eindruck, dass es gewissermaßen auf ein Glücksspiel hinausläuft, bei welchem Senat eine Causa landet.

Unseres Erachtens würden eine Klarstellung durch den Gesetzgeber und/oder eine (finale) OGH-Entscheidung mit einem verstärkten Senat (der aus fünf Mitgliedern bestehende „einfache Senat“ wird durch sechs weitere Mitglieder des OGH zu einem „verstärkten Senat“ erweitert) daher einen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten. Gerade letzteres würde auf der Hand liegen, schließlich ist ein „verstärkter Senat“ ua dann vorgesehen, wenn „*eine zu lösende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nicht einheitlich beantwortet worden ist*“ (siehe § 8 Abs 1 OGHG).

Anmerkung

Von Gunnar Pickl und Nicol Sator

Vorauszuschicken ist, dass die Autoren an dem gegenständlichen Fall beteiligt waren. Die im Ergebnis zu begrüßende Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 24.3.2026 (8 Ob 147/25p) bietet Anlass, die Voraussetzungen der Rechtsmissbräuchlichkeit eines Abrufs einer nach § 1170b ABGB ausgestellten Bankgarantie im Lichte eines zuvor vom Werkbesteller erklärten Vertragsrücktritts näher zu beleuchten. Zwar streift der OGH diese Rechtsfrage, indem er ausführt *„Demzufolge ist der Antragstellerin die Bescheinigung der Voraussetzungen für den von ihr behaupteten berechtigten Vertragsrücktritt nicht gelungen und damit auch nicht das Nichtbestehen von Ansprüchen der Zweitanspruchsgegnerin aus einem allenfalls unberechtigten Vertragsrücktritt“*, er führt die daraus resultierenden Rechtsfolgen aber nicht konsequent fort. Stattdessen greift der OGH vor dem Hintergrund der Entscheidungen 6 Ob 113/20s und 5 Ob 54/25i die Frage auf, inwiefern bloße Einwendungen des Werkbestellers gegen den Werklohn zur Begründung der Rechtsmissbräuchlichkeit des Garantieabrufs ausreichen und hat dabei vor allem § 1052 ABGB und damit den Einwand des nicht gehörig erfüllten Vertrages vor Augen. Dogmatisch stringenter wäre eine andere Begründung, die zum selben Ergebnis geführt hätte. Ausgangspunkt des Verfahrens ist, dass der Werkbesteller vom Werkvertrag zurückgetreten ist, bevor der Werkunternehmer die Bankgarantie in Anspruch genommen hat. Die Garantie wäre wenige Monate nach dem Abruf des Werkunternehmers ausgelaufen. Der Vertragsrücktritt eines Werkbestellers führt – unabhängig von der Frage, ob dieser berechtigt oder unberechtigt erfolgte – zur Vertragsbeendigung (vgl. *Kodek* in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 75 (2021) § 1168 ABGB Rz 93; *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar – §§ 1165 bis 1174, Werkvertrag³ (2020) zu § 1168 ABGB Rz 167; RIS-Justiz RS0021845; OGH 26.01.2018, 8 Ob 131/17y). Regelmäßig zu klären bleibt dabei, welche Auswirkungen ein solcher Rücktritt auf die Werklohnansprü-

che des Werkunternehmers hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Werkunternehmer nicht nur im Fall eines unberechtigten Rücktritts Werklohnansprüche verbleiben können (insbesondere nach § 1168 Abs 1 ABGB; vgl. *Reiner* in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1168 ABGB Rz 6.). Auch bei berechtigtem Vertragsrücktritt ist keinesfalls ausgeschlossen, dass dem Werkunternehmer noch Werklohnansprüche zustehen. Die dahingehende Bewertung erfolgt nämlich in aller Regel nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen (vgl. *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar – §§ 1165 bis 1174, Werkvertrag³ (2020) zu § 1171 ABGB Rz 31), die durchaus zu einem aushaftenden Werklohn des Werkunternehmers führen können.

In der vorliegenden Streitigkeit stellte sich die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit des Garantieabrufs daher in einer anderweitigen Konstellation als in den Vorentscheidungen des OGH, und die gegenständliche Entscheidung übersieht den notwendigen Differenzierungsbedarf. Nachdem der Werkbesteller den Rücktritt vom Vertrag erklärte, steht ihm der Einwand der mangelnden Fälligkeit wegen nicht gehöriger Vertragserfüllung nicht mehr offen. § 1052 ABGB setzt ein aufrechtes Austauschverhältnis voraus und verliert mit Vertragsrücktritt an Bedeutung (vgl. OGH 25.6.2024, 1 Ob 51/24t). Zwar hält der OGH in der gegenständlichen Entscheidung in Punkt 6.5.3 fest, dass ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 1052 ABGB nur so lange besteht, als ein Verbesserungsanspruch aufrecht ist, setzt diesen Gedanken aber nicht mit der notwendigen Konsequenz fort. Dabei macht die Unterscheidung – Einwand der mangelnden Fälligkeit vs Rechtsfolgen eines erfolgten Vertragsrücktritts durch den Werkbesteller – einen doch bedeutenden Unterschied. Der Einwand der mangelnden Fälligkeit des Werklohnes greift nämlich grundsätzlich auch dann, wenn die Mängel in einem Missverhältnis zum ausständigen Werklohn stehen, also in ihrer materiellen Auswirkung geringfügiger ausfallen als der noch offene Werklohn. Das bedeutet, der

Werkbesteller muss „nur“ die bestehenden, dem Werkunternehmer zuzurechnenden Mängel evident und liquide bescheinigen, um die mangelnde Fälligkeit des Werklohns zu argumentieren und damit die Rechtsmissbräuchlichkeit des Garantieabrufs erfolgreich zu etablieren (so auch Punkt 4.2 der gegenständlichen Entscheidung).

Bei einem durch den Werkbesteller erklärten Vertragsrücktritt vor Garantieabruf gilt allerdings ein völlig anderes Szenario: Zunächst obliegt es dem Werkbesteller zu bescheinigen, dass der Vertragsrücktritt berechtigt war. Dies um etwaige Ansprüche des Werkunternehmers nach § 1168 Abs 1 ABGB auszuschließen. Selbst wenn dem Werkbesteller diese Bescheinigung (im Sinne der für Rechtsmissbrauch erforderlichen klaren Sachverhaltslage) gelingt, muss er immer noch bescheinigen, dass der Werkunternehmer keinen offenen Werklohnanspruch hat (idR nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen). Das heißt, in dieser Konstellation kann es vorkommen, dass selbst evident und liquid bescheinigte Mängel einem Garantieabruf nicht entgegenstehen, wenn der Werkunternehmer auch unter Berücksichtigung solcher Mängel einen offenen Werklohnanspruch hat. Vor allem bei weit fortgeschrittenen Bauvorhaben ist dies, abhängig von den bereits geleisteten Werklohnzahlungen, durchaus denkbar. Eine Rechtsmissbräuchlichkeit des Garantieabrufs ist in dieser Konstellation daher erst dann anzunehmen, wenn der Werkbesteller evident und liquide bescheinigen kann, dass der Werkunternehmer keinen weiteren Werklohnanspruch hat, also der bereits empfangene Werklohn zumindest den tatsächlich erbrachten Leistungen entspricht. Der Maßstab ist somit ein anderer, idR höherer.

Die damit verbundene Bescheinigungslast mag auf den ersten Blick hoch erscheinen. Sie relativiert sich jedoch bei Betrachtung des Normzwecks des § 1170b ABGB, der dem Werkunternehmer nicht nur einen Schutz für den Fall der Insolvenz des Bestellers, sondern

auch für Fälle der Zahlungsunwilligkeit bieten soll. Hinzu kommt der abstrakte Charakter der Bankgarantie, bei der das Valutaverhältnis nur ausnahmsweise und nur bei bescheinigter Rechtsmissbräuchlichkeit Bedeutung erlangt. Ein hoher Maßstab ist also systemimmanent.

Zu bedenken ist weiters, dass die vom 8. Senat mit der gegenständlichen Entscheidung verworfene bisherige Rechtsprechung des OGH (insbesondere OGH 15.9.2020, 6 Ob 113/20s und OGH 5.8.2025, 5 Ob 54/25i) mitunter auf dem Gedanken beruhte, dass der Werkbesteller die von ihm beigebrachte Sicherheitsleistung nach § 1170b ABGB aufrechtzuerhalten hat, solange ein Streit über mangelhafte Leistungen vorlag. Dieser Gedanke ist bei einem erfolgten Vertragsrücktritt völlig irrelevant. Die Verpflichtung zur Erbringung einer Sicherheitsleistung nach § 1170b ABGB erlischt mit Vertragsrücktritt. Selbst wenn man dies anders sehen möchte, verliert sie jedenfalls an jeglicher Relevanz, weil der Werkunternehmer bei unterbliebener Sicherheitsleistung nur die Möglichkeit hat, die Leistungen einzustellen bzw letztlich vom Vertrag zurückzutreten (vgl § 1170b Abs 2 ABGB). Ist der Werkbesteller bereits vom Vertrag zurückgetreten, ist dies kein Schreckensszenario mehr. Wenn, wie im vorliegenden Fall, die Garantie in wenigen Monaten ausläuft, bleibt dem Werkunternehmer praktisch nur der Garantieabruf. Der Gedanke einer vom Werkbesteller aufrechtzuerhaltenen Sicherheitsleistung geht daher bei bereits erfolgtem Vertragsrücktritt unweigerlich fehl. Gerade vor diesem Hintergrund überzeugt es dogmatisch nicht, den aus einem aufrechten Austauschverhältnis entwickelten Maßstab der Rechtsmissbräuchlichkeit auf eine Konstellation zu übertragen, in der dieses Austauschverhältnis durch den Vertragsrücktritt bereits aufgehoben war – auch wenn dies im konkreten Fall nichts am Ergebnis der Entscheidung geändert hätte.