

# Einstweilige Verfügung bei rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme einer Bankgarantie, die als Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB gegeben wurde

1. Es ist gerade der Sinn einer Garantie, dem Begünstigten eine sichere und durch Einwendungen nicht verzögerte Zahlung zu gewährleisten. Streitigkeiten sollen erst nach der Zahlung abgewickelt werden.
2. Der Anspruch des Garantierauftraggebers gegen den Begünstigten auf Widerruf des Abrufs einer Bankgarantie kann durch einstweilige Verfügung (einschließlich Zahlungsverbot an den Garanten) nur unter der Voraussetzung gesichert werden, dass der Nichteintritt des Garantiefalls liquide und eindeutig nachgewiesen wird.
3. Rechtsmissbrauch liegt unter anderem dann vor, wenn die Bankgarantie vom Begünstigten für ein Ereignis in Anspruch genommen wird, für das sie nicht übernommen wurde.
4. Eine Sicherstellung[, die eine Mitwirkung des Werkbestellers erfordert] 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.
5. Ein Rücktritt [gemäß § 918 ABGB] hat die Auflösung des Vertrags – allerdings mit obligatorischer Wirkung – zwischen den Vertragsparteien ex tunc zur Folge (RS0018414) und lässt die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem aufgehobenen Vertrag rückwirkend auf den Abschlusszeitpunkt erlöschen. Erfüllungsansprüche bestehen nicht mehr; bereits erbrachte Leistungen, allenfalls ihr Wert, sind bereicherungsrechtlich herauszugeben.

<https://doi.org/10.33196/zrb202403009001>

OGH 27.5.2024, 1 Ob 44/24p

**Deskriptoren:** Sicherstellung bei Bauverträgen, Bankgarantie, Rechtsmissbrauch; § 1170b ABGB, § 381 EO.

## Sachverhalt:

Die Rechtsvorgängerin der gefährdeten Partei (letztere im Folgenden: Antragstellerin) bestellte als Bauherrin bei der Gegnerin der gefährdeten Partei (Antragsgegnerin) als Generalunternehmerin die Durchführung eines Bauvorhabens. Die Antragsgegnerin verpflichtete sich zur Fertigstellung der Wohnhausanlage bis 30.11.2022 zu einem Pauschalpreis von 1,4 Mio (inklusive USt). Der Generalunternehmervertrag lautet auszugsweise:

### „6. MANGELHAFTE LEISTUNG – GEWÄHRLEISTUNG

*Bei mangelhafter, nicht ordnungsgemäßer, oder nicht termingerecht erbrachter Leistung und Ausführung wird dem Auftragnehmer eine Nachfrist von einer Kalenderwoche bzw. eine Möglichkeit zur einvernehmlichen Behebung zugestanden. Danach steht dem Bauherrn das Recht zu, dem Auftragnehmer den Auftrag zu entziehen und die Fertigstellung einer an-*

*deren Firma zu übertragen, sämtliche aus dieser Vorgangsweise entstehenden Mehrkosten gehen zu Lasten des Auftragnehmers. Gewährleistung lt. ÖNORM B2110.*  
[...]

## 20. ZAHLUNG

*Zahlungsschritte: Nach Vereinbarung / Zahlungsplan: jedoch max. 1 Teilrechnung pro Monat bzw. bei Pauschalen nach Leistungsfortschritt. Die Abnahme der Leistung erfolgt durch Herrn [Name des Projektmanagers].  
Bei der Schlussrechnung erfolgt die Auszahlung nach Mängelfreistellung“.*

Die Antragstellerin leistete der Antragsgegnerin nach § 1170b ABGB eine Sicherstellung von 200.000,-, wobei dafür eine bis 31.12.2023 aufrechte Bankgarantie diene. Nach dem Inhalt der Bankgarantie hat die schriftliche Anforderung der Antragsgegnerin „die Erklärung zu enthalten, dass eine bzw mehrere Rechnung(en) trotz Fälligkeit und Fertigstellung der damit in Rechnung gestellten Leistungen, somit des damit in Rechnung gestellten Baufortschritts, nicht bezahlt worden sind – bei der Schlussrechnung darüber hinaus die Erklärung, dass das Bauwerk gem. Pkt 20 des GU-Vertrages mängelfrei gestellt ist“.

Nach den Garantiebestimmungen muss die Bank die Sicherstellung „unter Verzicht auf jede Einrede, ohne dass wir das zugrunde liegende Rechtsverhältnis noch weiter prüfen“, binnen acht Tagen nach Abruf zur Auszahlung bringen.

Das Bauvorhaben war zum vereinbarten Termin nicht fertiggestellt. Von der Antragstellerin wiederholt gesetzte Nachfristen zur Fertigstellung ließ die Antragsgegnerin ungenutzt verstreichen. Anlässlich einer Besprechung am 31.7.2023 setzte die Antragstellerin der Antragsgegnerin eine Nachfrist für die Fertigstellung bis spätestens 30.9.2023, für die Außenanlagen bis spätestens 31.10.2023. Bis 30.9.2023 fand keine Fertigstellung statt. Die Antragstellerin forderte Anfang Oktober 2023 die Antragsgegnerin letztmalig bis spätestens 20.10.2023 auf, das Bauvorhaben fertigzustellen, und erklärte für den Fall der Nichteinhaltung dieser Frist ohne weitere Nachfristsetzung den Rücktritt vom Vertrag. Da die Antragsgegnerin auch bis 20.10.2023 nicht fertigstellte, erklärte die Antragstellerin am 23.10.2023 den Vertragsrücktritt mit sofortiger Wirkung und verbot der Antragsgegnerin den weiteren Zutritt zur Baustelle.

Eine Fertigstellung des Bauvorhabens erfolgte bisher nicht; es liegen zahlreiche nach wie vor unbehobene Mängel vor. Die Antragstellerin zahlte der Antragsgegnerin bisher 1.095.266,40 an Werklohn und leistete zusätzlich Direktzahlungen für Materialeinkäufe von 111.076,94 (inklusive USt). Die Antragsgegnerin „verweigert“ seit 12.10.2023 die Fertigstellung und Verbesserung. Die von der Beklagten erbrachten Leistungen sind nicht im Ausmaß der geleisteten Zahlungen werthaltig.

Nach Vertragsrücktritt durch die Antragstellerin legte die Antragsgegnerin Mitte November 2023 eine Schlussrechnung über weitere 172.625,18 (inklusive USt). Die Antragstellerin bestritt diese Schlussrechnung, weil das Bauvorhaben nicht fertiggestellt sei, es deshalb zu keiner Übernahme gekommen sei und die Antragsgegnerin die Mängelbehebung verweigere, weshalb ihr an einem allenfalls noch gebührenden Werklohn „ein Zurückbehaltungsrecht“ zukomme, und sie laut der Rechnungsprüfung bereits eine Überzahlung von 432.850,43 geleistet habe.

Mit Schreiben vom 28.12.2023 rief die Antragsgegnerin die Zahlungsgarantie im Betrag von 172.625,18 mit der Erklärung ab, dass die am 27.12.2023 zur Zahlung fällige Schlussrechnung trotz Fertigstellung der damit in Rechnung gestellten Leistungen und des damit in Rechnung gestellten Baufortschritts nicht bezahlt worden sei und „das Bauwerk gemäß Punkt 20 des Generalunternehmervertrags (GU- Vertrages) mängelfrei gestellt ist, da die Auftraggeberin ausdrücklich keine Mängelbehebung welcher Art auch immer durch unser Unternehmen wünscht“.

Die Antragstellerin begehrt zur Sicherung ihres gleichzeitig gegen die Antragsgegnerin geltend gemachten Anspruchs auf Widerruf des Abrufs der Bankgarantie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, womit der Antragsgegnerin

jede weitere Verfügung über die Zahlungsgarantie untersagt und der Bank die Auszahlung des Betrags aus der Inanspruchnahme der Bankgarantie verboten wird.

Die Antragsgegnerin habe die Garantie rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen. Sie habe die Erklärung gegenüber der Bank, wonach die Schlussrechnung trotz Fälligkeit und Fertigstellung des damit in Rechnung gestellten Baufortschritts nicht bezahlt worden sei, sowie dass das Bauwerk gemäß Punkt 20 des Generalunternehmervertrags mängelfrei sei, wissentlich falsch abgegeben. Das Bauwerk sei nicht fertiggestellt und mit zahlreichen Mängeln behaftet, weshalb auch die Schlussrechnung nicht fällig sei. Der Rücktritt vom Vertrag durch sie sei berechtigt gewesen. Im Rahmen der Prüfung der Schlussrechnung habe sich eine Überzahlung an die Antragsgegnerin von 432.850,43 ergeben, um die die Antragsgegnerin ungerechtfertigt bereichert sei, und die von ihr zurückzufordern sein werde. Infolge unterlassener Fertigstellung, Mangelhaftigkeit und Verzug ergäben sich – abzüglich des der Antragsgegnerin für den Fall der mängelfreien Übergabe zustehenden restlichen Werklohns von 193.656,66 – „Ansprüche“ der Antragstellerin von 875.459,33, wobei sie selbst bei Abruf der Erfüllungsgarantie (noch) auf 675.459,33 in Anspruch zu nehmen sein werde. Bei Auszahlung des Garantiebetrags entstehe ihr ein unwiederbringlicher Schaden, weil eine Rückzahlung der zu Unrecht in Anspruch genommenen Zahlungsgarantie denkunmöglich erscheine.

#### Die Entscheidungen der Vorinstanzen:

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung ohne Anhörung der Antragsgegnerin und beschränkte deren Geltungsdauer bis zur rechtskräftigen Erledigung der auf Widerruf der Inanspruchnahme der Bankgarantie gerichteten Klage.

Über den eingangs dargestellten Sachverhalt hinaus nahm es, im Rekurs bekämpft, als bescheinigt an, dass der Antragstellerin „mehrere hunderttausend Euro“ an Ersatzvornahmekosten („Fertigstellungs- und Sanierungsaufwand“) entstünden. Auf dieser Grundlage führte es zum Rechtsmissbrauch des Abrufs der Bankgarantie aus, die Antragsgegnerin habe, obwohl ihr bekannt gewesen sei, dass das zu errichtende Bauwerk nicht fertiggestellt und mit erheblichen Mängeln behaftet sei, die Fertigstellung sowie die Mängelbehebung verweigert und stattdessen Schlussrechnung gelegt. Sie habe die Bankgarantie abgerufen und dabei erklärt, dass sie fertiggestellt habe, sowie dass die Antragstellerin eine Mängelbehebung ausdrücklich nicht wünsche. Dass sie der Ansicht sein könnte, fertiggestellt zu haben, und ihr die Antragstellerin einen fälligen weiteren Werklohn schulde, sei denkunmöglich. Ihr habe bekannt sein müssen, dass der Werklohn nicht fällig und ein allfälliger

Abruf der Bankgarantie rechtsmissbräuchlich sei, weil die Antragstellerin wegen der fehlenden Fertigstellung und der vorhandenen Mängel „zur Zurückbehaltung“ eines allenfalls noch bestehenden Werklohns berechtigt gewesen sei. Dass die Antragstellerin von der Antragsgegnerin keine Verbesserung (mehr) wünsche, sei nur von untergeordneter Bedeutung, habe doch die Antragsgegnerin selbst bereits mit E-Mail vom 12.10.2023 die Verbesserung abgelehnt. Bereits jetzt liege eine massive Überzahlung vor, die auch durch die Erfüllungsgarantie nicht abgedeckt werde.

Gegen diese Entscheidung richteten sich der Rekurs und hilfsweise ein Widerspruch der Antragsgegnerin. Aufgrund der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Reihung war zunächst über den Rekurs zu entscheiden. Das Rekursgericht gab dem Rekurs nicht Folge und ließ den ordentlichen Revisionsrekurs nicht zu.

Es unterließ die Behandlung der Beweisrüge der Antragsgegnerin zur Annahme des Erstgerichts, dass der Antragstellerin „mehrere hunderttausend Euro“ an Ersatzvornahmekosten entstehen würden. Rechtlich führte es – soweit für das Revisionsrekursverfahren relevant – aus, der Abruf der Zahlungsgarantie durch die Antragsgegnerin, obwohl der Garantiefall evident nicht eingetreten sei, sei rechtsmissbräuchlich. Denn für den Eintritt des Garantiefalls sei eine – hier nicht vorliegende – formelle Mängelfreistellung durch die Klägerin erforderlich gewesen.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei nicht zulässig, weil die Frage, ob die für die Annahme von Rechtsmissbrauch geforderten Voraussetzungen vorlägen, eine solche des Einzelfalls sei.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Der dagegen erhobene, von der Antragstellerin nach Freistellung der Revisionsrekursbeantwortung beantwortete außerordentliche Revisionsrekurs der Antragsgegnerin ist zulässig, weil die Annahme von Rechtsmissbrauch auf Basis des unstrittig bescheinigten Sachverhalts noch nicht abschließend beurteilt werden kann. Er ist im Sinn des im Abänderungsbegehren enthaltenen Antrags auf Aufhebung (vgl. RS0041774 [T1]) auch berechtigt. Der angefochtene Beschluss wird in seinem Punkt II. aufgehoben und dem Rekursgericht wird die neuerliche Entscheidung über den Rekurs aufgetragen.

1. Gemäß § 381 EO können zur Sicherung anderer Ansprüche einstweilige Verfügungen getroffen werden: wenn zu besorgen ist, dass sonst die gerichtliche Verfolgung oder Verwirklichung des fraglichen Anspruchs, insbesondere durch eine Veränderung des bestehenden Zustands, vereitelt oder erheblich erschwert werden würde; [...] (Z 1)

wenn derartige Verfügungen zur Verhütung drohender Gewalt oder zur Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens nötig erscheinen (Z 2).

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 [insbesondere T4]). Im Revisionsrekursverfahren ist die Gefährdung der Antragstellerin nicht strittig; die Antragsgegnerin bestreitet aber, dass die für die Annahme von Rechtsmissbrauch geforderten Voraussetzungen vorliegen.

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme einer Bankgarantie vorliegt, existiert zwar eine Vielzahl höchstgerichtlicher Entscheidungen (vgl. RS0017042; RS0017997; RS0018006). Diese Beurteilung ist eine Frage des Einzelfalls und bildet daher regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 528 (1) ZPO (vgl. RS0017997 [T5]), jedoch hat das Rekursgericht diesbezüglich seinen Beurteilungsspielraum in korrekturbedürftiger Weise überschritten.

2. Der Anspruch des Garantieauftraggebers (hier: Antragstellerin) gegen den Begünstigten (hier: Antragsgegnerin) auf Widerruf des Abrufs einer Bankgarantie kann durch einstweilige Verfügung (einschließlich Zahlungsverbot an den Garanten) nur unter der Voraussetzung gesichert werden, dass der Nichteintritt des Garantiefalls liquide und eindeutig nachgewiesen wird (RS0005092).

3. 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 – wie hier – „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 [Punkt 6.] mwN ua).

4. Zur rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie:

4.1. Rechtsmissbrauch liegt unter anderem dann vor, wenn die Bankgarantie vom Begünstigten für ein Ereignis in Anspruch 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]). Für den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs kommt es auf den Wissensstand und die Beweislage im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie an (RS0017042). 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]).

4.2. Die Begründung des Rekursgerichts für die Annahme von Rechtsmissbrauch trägt nicht.

Nach Punkt 20. des Generalunternehmervertrags, auf den die Bankgarantie Bezug nimmt, hat bei der Schlussrechnung die Zahlung des Werklohns (erst) nach Mängelfreistellung zu erfolgen. Nach dem Wortlaut der Bankgarantie, die von der Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin nach § 1170b ABGB als Sicherstellung geleistet wurde, hängt die Auszahlung des Garantiebetrags nur von einer Erklärung der begünstigten Antragsgegnerin ab, dass – im Fall der Schlussrechnung – das Bauwerk gemäß Punkt 20 des Generalunternehmervertrags mängelfrei gestellt ist. „Mängelfreistellung“ bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch Verbesserung und Beseitigung der bestehenden Mängel.

Weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck der strittigen Bankgarantie bedarf es – wovon offenbar das Rekursgericht ausgeht – einer Erklärung der Antragsgegnerin gegenüber der Bank, dass die Antragstellerin eine ausdrückliche Mängelfreistellung gegeben habe, wäre doch durch das Erfordernis der Mitwirkung der Werkbestellerin die Bankgarantie als Sicherungsmittel im Sinn des § 1170b ABGB nicht geeignet (vgl RS0133403). 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 (so anscheinend aber das Rekursgericht) der aus der Garantie Begünstigte diese nur mit Zustimmung des Garantieauftraggebers – hier der Antragstellerin – abrufen könnte (dazu 3 Ob 134/20g [Rz 32] = SZ 2020/88; 9 Ob 30/21h [Rz 33] mwN).

4.3. Allerdings könnte Rechtsmissbrauch nach dem vom Erstgericht als bescheinigt angenommenen Sachverhalt aus anderen Gründen vorliegen:

Nach den Sachverhaltsannahmen des Erstgerichts unterblieb die Vollendung und Ablieferung des Werks aufgrund von Umständen auf Seite der Antragsgegnerin (Werkunternehmerin). Weiters ist bescheinigt, dass „zahlreiche nach wie vor unbehobene Mängel“ an der Wohnhausanlage vorliegen, die der Antragsgegnerin auch bekannt sind. Sie hat das Bauvorhaben weder bis zum vereinbarten Fertigstellungstermin am 30.11.2022 vollendet, noch danach. All das war für die Antragsgegnerin evident.

Die Antragstellerin (Werkbestellerin) ist auf der Grundlage des bescheinigten Sachverhalts gemäß § 918 (1) ABGB (Punkt 6. Generalunternehmervertrag) unter Setzung einer angemessenen Nachfrist berechtigt und wirksam vom Vertrag zurückgetreten (vgl 2 Ob 668/84). Dieser Rücktritt hat die Auflösung des Vertrags – allerdings mit obligatorischer Wirkung – zwischen den Vertragsparteien ex tunc zur Folge (RS0018414) und lässt die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem aufgehobenen Vertrag rückwirkend auf den Abschlusszeitpunkt erlöschen. Erfüllungsansprüche bestehen nicht mehr; bereits erbrachte Leistungen, allenfalls ihr Wert sind bereicherungsrechtlich herauszugeben (§ 921 Satz 2 ABGB; 10 Ob 3/21w [Rz 39] mwN). Zudem lässt der Rücktritt vom Vertrag den Ersatz des durch die Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt. Tritt der Gläubiger – hier die Antragstellerin – aufgrund des Verschuldens des Schuldners (Antragsgegnerin) vom Vertrag zurück, kann er das Erfüllungsinteresse (etwa die konkreten Mehraufwendungen infolge Abschlusses eines gleichartigen Deckungsgeschäfts) verlangen (§ 921 ABGB; Punkt 6. Generalunternehmervertrag) (10 Ob 3/21w [Rz 40]).

Daraus folgt, dass der Antragsgegnerin – selbst unter Zugrundelegung der Abrechnung auf Basis des Generalunternehmervertrags – bereicherungsrechtlich offenkundig kein Restanspruch zustehen könnte:

Auf den Werklohn von 1,4 Mio EUR hat die Antragstellerin bereits 1.095.266,40 gezahlt. Weiters hat sie Direktzahlungen von 111.076,94 für Material geleistet, wobei sie – sowohl nach ihrem Vorbringen als auch nach dem bescheinigten Sachverhalt – damit eine Leistung erbracht hat, die an sich nach dem Generalunternehmervertrag der Antragsgegnerin oblegen wäre. Zusammen sind das 1.206.343,34. Zudem ist nach dem vom Erstgericht als bescheinigt angenommenen Sachverhalt zu erwarten, dass der Antragstellerin „mehrere hunderttausend Euro“ an Ersatzvornahmekosten entstehen werden. Diese „mehreren hunderttausend Euro“ sind zwar nicht näher konkretisiert, jedenfalls sind darunter aber 200.000,00 zu verstehen. Damit überstiegen die Leistungen der Antragstellerin und die von der Antragsgegnerin auf Schadenersatzrechtlicher Grundlage zu tragenden Ersatzvornahmekosten selbst den ur-



sprünglich vereinbarten Werklohn von 1,4 Mio um zumindest 6.000,00. Damit stünde der Antragsgegnerin selbst auf dieser Berechnungsgrundlage bereicherungsrechtlich kein Restanspruch mehr zu, der mit der Bankgarantie gesichert werden könnte. Die Inanspruchnahme der Bankgarantie wäre rechtsmissbräuchlich.

5. Eine abschließende Erledigung ist allerdings nicht möglich.

Die Annahme des Erstgerichts, dass (für die Antragsgegnerin erkennbar) mit Ersatzvornahmekosten von „mehreren hunderttausend Euro“ zu rechnen sei, wurde von der Antragsgegnerin im Rekurs bekämpft. Die Überprüfung der Beweismöglichkeit durch das Rekursgericht war insofern möglich, weil das Erstgericht seine Feststellungen nur aufgrund von Urkunden getroffen hatte (RS0012391 [T3]). Dennoch hat das Rekursgericht aufgrund seiner vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsansicht die Beweisrüge nicht erledigt.

Dies führt zur Zurückverweisung in die zweite Instanz. Sollte das Rekursgericht die strittige Annahme des

Erstgerichts übernehmen, hätte die Antragstellerin (im einseitigen Verfahren, also vorläufig) bescheinigt, dass die Antragsgegnerin keinen Restanspruch aus dem nicht fertiggestellten Bauvorhaben hat. Damit wäre der teilweise Abruf der Bankgarantie als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren, und die einstweilige Verfügung wäre zu bestätigen. In weiterer Folge hätte das Erstgericht über den Widerspruch der Antragsgegnerin zu entscheiden, was zu einer anderen Sachverhaltsgrundlage und damit auch zu einer anderen Entscheidung führen könnte.

Übernimmt das Rekursgericht die bekämpfte Feststellung hingegen nicht, obliegt ihm die Beurteilung, ob der Antragstellerin infolge nicht ausreichender Bescheinigung des Anspruchs eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen wäre (RS0005381; RS0005580). Nur das „völlige Fehlen“ einer Bescheinigung des – hier schlüssig behaupteten (vgl 4 Ob 63/20v mwN) – Anspruchs könnte nicht durch eine Sicherheitsleistung nach § 390 (1) EO ersetzt werden (RS0005694) und würde zur Abweisung des Sicherungsantrags führen.

## Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Bankgarantien sind wohl die häufigsten Sicherstellungsmittel bei Bauverträgen nach § 1170b ABGB – dies wohl aus dem Grund, dass kaum bekannt sein dürfte, was die anderen Sicherstellungsmittel (Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Versicherungen) eigentlich genau sein sollen bzw wie sie zu handhaben sind.

Bankgarantien haben für den Sicherungsgeber den Nachteil, dass der Begünstigte grundsätzlich nur „zuzugreifen“ braucht. Effektivklauseln sind nur eingeschränkt möglich und auch riskant, weil häufig gefordert wird, dass die Inanspruchnahme nicht erschwert werden darf (was aus den Materialien geschlossen wird, weil sich im Gesetz dazu nichts findet). Eine Absicherung gegen eine rechtswidrige Inanspruchnahme ist die, eine einstweilige Verfügung zu erwirken – auch wenn diese Absicherung erst nach der Inanspruchnahme ergriffen werden kann, so ist doch bereits bei der Textierung der Garantie daran zu denken. Es ist wohl zulässig, vom Begünstigten bei der Inanspruchnahme Erklärungen zu verlangen, soweit diese den Sicherungszweck und nicht

strittige Sachverhalte (häufig wohl zB die Mängelfreiheit) betreffen. Lässt sich nachweisen, dass eine solche Erklärung unrichtig ist, so lässt sich damit vielleicht die Rechtswidrigkeit der Inanspruchnahme aufzeigen. Sinnvoll (und sicher relativ einfach zu bewerkstelligen) ist – wie im gegenständlichen Fall – die Erklärung, dass (zumindest eine) Rechnung trotz Fälligkeit noch nicht bezahlt wurde. Dabei ist danach zu trachten, dass möglichst viel Information (Rechnungsnummer, Rechnungsbetrag, Zugang) offen gelegt wird, weil sich dann eher die Gelegenheit ergibt, zu behaupten, dass diese Information eben falsch ist (und die Inanspruchnahme daher rechtswidrig).

Weiters interessant wäre die Erklärung, dass keine Umstände bekannt sind, die ein Zurückbehaltungsrecht des Werkentgelts rechtfertigen würden. Wahrscheinlich würde die weit überwiegende Mehrheit diese Erklärung ohne zögern sofort abgeben, nur tritt vielleicht ein Umdenken ein, wenn man die möglichen, eventuell sogar strafrechtlichen Konsequenzen darstellt.

## Anmerkung

Von Diana Seeber-Grimm und Thomas Seeber

Der Abruf einer Bankgarantie (die „Bargeldfunktion“ hat) soll unkompliziert möglich sein und ist deswegen iZm der Sicherstellung bei Bauverträgen nach § 1170b ABGB sehr beliebt. Für die Baubranche spielt die Bankgarantie sohin eine zentrale Rolle.

In der Praxis stellt sich aber das Problem, dass die Bankgarantie demjenigen, der sie bereitstellt, entgleitet, weil derjenige, dem sie übergeben wurde, in der Praxis im „Driver's Seat“ sitzt und die Bankgarantie unkompliziert abrufen kann. Dieser Umstand mutet im Nachhinein oft unbillig an, ist aber bei Vertragsabschluss gewollt. Der oft unternommene Versuch, bei der Bank durch Diskussionen zu erreichen, dass nicht ausgezahlt wird, ist nicht erfolgversprechend. Die Bank sollte zwar die Leistungsfrist nutzen, um zu erheben, ob der Abruf der Bankgarantie ordnungsgemäß erfolgt ist; eine Nachforschungspflicht trifft die Bank aber nicht. Richtigerweise kann der Abruf einer Bankgarantie letztlich nur durch Rückgriff auf § 381 EO und eine Einstweilige Verfügung verhindert werden, wenn der Abruf missbräuchlich erfolgte. Der Begünstigte kann sich in einem solchen Fall durch Widerspruch wehren.<sup>1</sup> Gerade in der Baubranche wird durch den Abruf der Bankgarantie das Insolvenzrisiko des Begünstigten auf den Auftraggeber übertragen, weil der Betrag, der bei Inanspruchnahme der Bankgarantie gezahlt wird, nur mittels Klage rückgefordert werden kann. In dieser Klage ist zu behaupten und zu beweisen, dass der Garantiefall nicht eingetreten ist. Hier gibt es ein massives Ungleichgewicht, weil die Einstweilige Verfügung (die die Klage im Regelfall begleitet oder dieser vorausgeht) nur erlassen wird, wenn der Missbrauch eindeutig nachgewiesen wird – gelingt dies nicht, wird der Garantiebetrug ausbezahlt. Das ausbezahlte Geld kann nur zurückgefordert werden,

wenn nachgewiesen wird, dass der Garantiefall nicht vorlag.

Generell muss in diesem Zusammenhang bedacht werden, dass eine Einstweilige Verfügung grundsätzlich dann in Frage kommt, wenn sonst die gerichtliche Verfolgung unmöglich/sinnlos werden würde. Der Oberste Gerichtshof hat in der vorliegenden Entscheidung zu Recht erläutert, dass zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 381 EO (i) ein (bestimmter) Anspruch und (ii) eine konkrete Gefährdung behauptet und bescheinigt werden müssen.<sup>2,3</sup> In Verfahren rund um den Abruf einer Bankgarantie ist besonders strittig und schwer nachzuweisen, dass Rechtsmissbrauch vorliegt, weil daran (zu Recht) hohe Ansprüche gestellt werden. In der Praxis wird diese Hürde zB erreicht, wenn die Bankgarantie für Mängel abgerufen wird, die auf einer Baustelle aufgetreten sind, für die die Bankgarantie nicht begeben wurde. Der OGH verweist dazu (wiederum zu Recht) darauf, dass zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme einer Bankgarantie vorliegt, zahlreiche Entscheidungen existieren<sup>4</sup> und die Beurteilung letztlich eine Frage des Einzelfalls ist,<sup>5</sup> zeigt aber auf, dass der Beurteilungsspielraum auch in diesen Fällen NICHT unbegrenzt ist. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen.

Ganz besonders hilfreich ist die klare Aussage des Höchstgerichts, dass der *„Anspruch des Garantieauftraggebers [...] gegen den Begünstigten [...] auf Widerruf des Abrufs einer Bankgarantie [nur] durch einstweilige Verfügung (einschließlich Zahlungsverbot an den Garanten) nur unter der Voraussetzung gesichert werden [kann], dass der Nichteintritt des Garantiefalls liquide und eindeutig nachgewiesen wird“*; dies mit Verweis auf RIS-Justiz RS0005092. Damit wird unmissverständlich

1 Seeber/Fadinger in Lassen/Thurner, Entwicklung und Stand des Realkredits in Europa.

2 OGH 22.03.2023, 7 Ob 16/23p [T16].

3 Vgl RIS-Justiz RS005295 [T4].

4 RIS-Justiz RS0017042; RIS-Justiz RS0017997; RIS-Justiz RS0018006.

5 RIS-Justiz RS0017997 [T5].

dargelegt, wie schwer diese Hürde übersprungen werden kann. Weiters verweist der OGH darauf, dass die Bankgarantie vom Bestand der gesicherten Hauptschuld grundsätzlich unabhängig ist und präzisiert, dass „*die Abstraktheit durch Formulierungen der Zahlungspflicht mit etwa „auf erstes Abfordern“ oder [...] „ohne Einwendungen“ besonders betont wird.*“ Auch daraus ergibt sich für die Praxis etwas Wesentliches, nämlich dass bei einer abstrakten Bankgarantie der Garantievertrag vom Bestand der gesicherten Hauptschuld grundsätzlich unabhängig ist. Das bedeutet: Es wird unabhängig davon ausgezahlt, ob die Mängel wirklich vorliegen, wenn nicht liquide und eindeutig feststeht, dass keine Mängel vorliegen.

Erschwerend kommt hinzu, dass nur solche Einwendungen zulässig sind, die sich aus der Auslegung des Garantietextes selbst ergeben.<sup>6</sup> Damit wird die „Bargeldfunktion“ der Bankgarantie betont, die eine Zahlung sicherstellen soll, die durch Einwendungen nicht verzögert werden kann.<sup>7</sup> Der Oberste Gerichtshof sagt ganz klar, dass Streitigkeiten erst nach der Zahlung abgewickelt werden sollen.<sup>8</sup>

Lange erwartet war eine Äußerung des Höchstgerichts zur rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie. Dazu war bereits klar, dass Rechtsmissbrauch vorliegt, wenn die Bankgarantie in Anspruch genommen wird, obwohl sie für einen anderen Zweck begeben wurde.<sup>9</sup> Dieser Fall spielt in der Baubranche eine wichtige Rolle, weil es in der Praxis vorkommt, dass Bankgarantien für Mängel auf einer Baustelle abgerufen werden, welche von der Bankgarantie nicht umfasst war. Der OGH argumentiert hier mit dem Wegfall der Schutzwürdigkeit des Begünstigten, was für die Praxis hilfreich ist, weil damit greifbarer wird, welchen Zweck die Bankgarantie erfüllen soll. „*Rechtsmissbrauch ist anzunehmen, wenn [jemand] eine [...] [Garantie] 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*“.<sup>10</sup> Dazu erläutert der OGH, dass es für den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs auf den Wissensstand und die Beweislage im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie ankommt.<sup>11</sup> Das Nichtbestehen des Anspruchs des Begünstigten muss evident erwiesen sein. Aus all dem ergibt sich, welches Risiko mit einer Bankgarantie verbunden ist.

In der Praxis kann diesem Risiko nur begegnet werden, wenn dem Begünstigten der Abruf der Bankgarantie erschwert wird, etwa indem behauptet werden muss, dass Mängel vorliegen und die Mängel aufgezählt werden müssen. Eine falsche Behauptung könnte dann unter Umständen sogar den Tatbestand des Betruges erfüllen. Eine noch höhere „Hürde“ für den Begünstigten wäre es, wenn in der Garantie festgehalten ist, dass bei Abruf eine Stellungnahme eines Sachverständigen nötig ist. In der Praxis ist auch die Regel häufig anzutreffen, dass der garantierte Betrag auszuzahlen ist, wenn die Garantie nicht verlängert wird. Kann in einem solchen Fall die Bankgarantie (aus welchen Gründen immer) nicht verlängert werden, wird der garantierte Betrag ausgezahlt, was zu Problemen führen kann.

Dem Höchstgericht ist es mit dieser Entscheidung offenbar sehr darauf angekommen, Klarheit zu schaffen und die Erfordernisse auf beiden Seiten – sowohl auf Seiten des Garantierauftraggebers als auch des Begünstigten – besonders deutlich zu machen: Wohl deswegen wurde in der E angemerkt, dass dem Begünstigten weder Arglist noch Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden kann, wenn er sich – aus vertretbaren Gründen – für berechtigt hält.<sup>12</sup> Die Beweislast trifft<sup>13</sup> denjenigen, der sich auf Rechtsmissbrauch beruft; geringe Zweifel am Rechtsmissbrauch vernichten den Sicherungsanspruch.<sup>14</sup> Mit diesem Hinweis schwinden die Chancen, gegen die Auszahlung einer Garantie (erfolgreich) anzukämpfen, weiter. Außerdem stellt der OGH für

6 RIS-Jusitz RS0005092 [T5]; RIS-Justiz RS0018027 [T9].

7 RIS-Justiz RS0016992.

8 OGH 23.03.2015, 7 Ob 53/15t [Punkt 6.] mwN ua.

9 RIS-Jusitz RS0005092 [T5]; RIS-Justiz RS0018027 [T9].

10 RIS-Justiz RS0018006 [T1].

11 RIS-Justiz RS0017042.

12 RIS-Justiz RS0017997.

13 RIS-Justiz RS0037797.

14 RIS-Justiz RS0026271 [T26].

den Standardfall der Anwendung der Bankgarantie im Baugeschäft klar, dass es weder dem Wortlaut noch dem Zweck der (hier) strittigen Bankgarantie nach einer Erklärung der Antragsgegnerin gegenüber der Bank bedarf, dass die Antragstellerin eine ausdrückliche Mängelfreistellung gegeben habe. Den Begriff der „Mängelfreistellung“ erklärt das Höchstgericht (quasi als Serviceleistung) mit *„im allgemeinen Sprachgebrauch Verbesserung und Beseitigung der bestehenden Mängel“* bedeutend. Der eindeutige Hinweis, dass in einem derart klaren Fall keine Bestätigung der Gegenseite gegenüber der Bank notwendig ist,<sup>15</sup> und ein solches Erfordernis die Bankgarantie geradezu hinfällig machen würde, ist sehr erfreulich. Anschaulich legt der Oberste Gerichtshof aber am Beispiel des Ausgangsfalls dar, dass iZm evidenten Mängeln Rechtsmissbrauch vorliegen kann. Im konkreten Fall wurde gemäß § 918 Abs 1 ABGB wirksam vom Vertrag zurückgetreten.<sup>16</sup> *„Dieser Rücktritt hat die Auflösung des Vertrags – allerdings mit obligatorischer Wirkung – zwischen den Vertragsparteien ex tunc zur Folge;“*<sup>17</sup> damit erlöschen die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem aufgehobenen Vertrag rückwirkend auf den Abschlusszeitpunkt. *„Erfüllungsansprüche bestehen nicht mehr; bereits erbrachte Leistungen, allenfalls ihr Wert sind bereicherungsrechtlich herauszugeben (§ 921 Satz 2 ABGB).“*<sup>18</sup> Der Rücktritt vom Vertrag lässt aber Schadenersatzansprüche unberührt.<sup>19</sup> Im konkreten Fall summiert der OGH im Anschluss die wechselseitig (denk-

baren) Ansprüche und kommt zum Ergebnis, dass *„der Antragsgegnerin – selbst unter Zugrundelegung der Abrechnung auf Basis des Generalunternehmervertrags – bereicherungsrechtlich offenkundig kein Restanspruch zustehen könnte.“* Daraus schlussfolgert er, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie rechtsmissbräuchlich ist.

Auch dieser Hinweis zeigt, wie der Oberste Gerichtshof die Bankgarantie verstanden wissen möchte: Nämlich als „Werkzeug“, das zumindest dann nicht zu einer Auszahlung führen soll, wenn (rechnerisch) klar ist, dass eine Zahlung nicht denkbar ist.

All diese Erkenntnisse sind uE begrüßenswert, weil die Bankgarantie im Wesentlichen Bargeldfunktion hat – und behalten soll. Etwas salopp formuliert ist eine Bankgarantie eine Barkautions, die nicht in bar gezahlt, sondern von einer Bank finanziert wird und vom Begünstigten abgerufen werden kann, also eine Kreditlinie zugunsten des Begünstigten, die vom Garantierauftraggeber zurückgezahlt wird.

Zusammengefasst ergibt sich:

- Die Bargeldfunktion der Bankgarantie bleibt erhalten!
- Rechtsmissbrauch kann vorliegen, wenn sich rein rechnerisch kein bereicherungsrechtlich zustehender Anspruch ergibt, der von der Garantie gedeckt wird.
- Eine Zustimmung der Gegenseite muss (bei üblicher Formulierung einer Bankgarantie) nicht erfolgen.

15 RIS-Justiz RS0133403.

16 OGH 15.01.1985, 2 Ob 668/84.

17 RIS-Justiz RS0018414.

18 OGH 30.03.2021, 10 Ob 3/21w [Rz 39] mwN.

19 OGH 30.03.2021, 10 Ob 3/21w [Rz 40].