

Bankgarantien in der Baubranche

In der Baubranche sind Bankgarantien in Österreich gang und gäbe. Diese österreichische Spezialität – in Deutschland wird der nämliche Sicherungszweck im Allgemeinen durch Bankbürgschaften erzielt – ist wohl auf eine Abgabe zurückzuführen: Für Bürgschaften fällt in Österreich Rechtsgeschäftsgebühr an, für Garantien aber nicht.

Dieser Usus ist in Österreich so verfestigt, dass weder das Gesetz (hier angesprochen ist vor allem § 1170b ABGB) noch zB die ÖNORM B2110 Bankbürgschaften überhaupt erwähnen, sondern lediglich von Bankgarantien sprechen.

Dazu ist zu sagen, dass Bürgschaften ein Minus (also ein „Weniger“) gegenüber Garantien darstellen: Garantien bieten als abstraktes Instrument dem Begünstigten wohl ohne Zweifel einen weiter reichenden Schutz. Dies vor allem aufgrund des Umstandes, dass Bürgschaften vom grundlegenden Vertrag abhängen („Akzessorietät“): Fällt das Grundgeschäft weg, so erleidet auch die Bürgschaft dieses Schicksal. Wird also die Beibringung einer Garantie geschuldet, so kann diese Schuld nicht durch die Beibringung einer Bürgschaft erfüllt werden.

Wieso allerdings (akzessorische) Bankbürgschaften den gebotenen Sicherungszweck nicht erfüllen können sollen – obwohl sie dies im doch nicht so unterschiedlichen Deutschland offensichtlich sehr wohl können – ist unklar und wahrscheinlich nur auf mangelnde legistische Qualität zurückzuführen (wobei sich bei § 1170b ABGB ein Vergleich mit dem BVergG mit seiner kuriosen Begrifflichkeit aufdrängt). Tatsächlich dürfte im Endergebnis ein redlicher Garantiebegünstigter durch eine Bankgarantie nicht eine wesentlich bessere Sicherheit als durch eine Bürgschaft erhalten: Wird nämlich eine Garantie (die zB als Ablöse für einen Deckungs- oder Haftungsrücklass gegeben wurde) in Anspruch genommen, obwohl das Grundgeschäft weggefallen ist, so wäre dies wohl rechtsmissbräuchlich.

Schlimmer noch als das „Übersehen“ der Bankbürgschaft ist die Verwendung eines ziemlich unklaren Begriffs: Der Begriff der Bankgarantie ist nirgends

legal definiert und auch über Inhalt bzw Ausgestaltung besteht häufig Unklarheit.

Die Unklarheit beginnt beim Begriff „Bank“. Auch dieser Begriff ist nicht legal definiert. § 1 BWG sagt lediglich, dass Kreditinstitut (und nicht „Bank“) jemand ist, der gemäß BWG berechtigt ist, Bürgschaften, Garantien und sonstige Haftungen für andere zu übernehmen, sofern die übernommene Verpflichtung auf Geldleistungen lautet (Garantiegeschäft). Unklar ist, wie eine Bankgarantie im Detail ausgestaltet sein muss. Dass sie aufgrund der Abstraktheit befristet sein muss – im Unterschied zu Bürgschaften, die mit der Erfüllung des Grundgeschäfts erlöschen – ist zunächst wohl völlig einsichtig und unzweifelhaft. Doch welche Bedingungen eine Bankgarantie sonst noch enthalten darf ist völlig unklar – dies trifft insbesondere auf das Prozedere zu, welches beim Abruf einzuhalten ist.

Tatsächlich hat das in der Praxis auch schon dazu geführt, dass Bankgarantien, die einen Haftrücklass ablösen sollten, deshalb zurückgewiesen wurden, weil sie dem begünstigten Besteller nicht „gepasst“ haben (nicht „wasserdicht“ genug waren). Gestritten wird dann – was ordentliche Legistik vermeiden hätte können – darüber, was denn „üblich“ sei.

Tatsächlich üblich und relativ weit verbreitet sind teilweise kuriose Bestimmungen wie beispielsweise jene, wonach „Ansprüche im Zusammenhang mit § 21 IO“ von der Garantie umfasst sind – kurios ist diese Bestimmung deshalb, weil kein Grund ersichtlich ist, weshalb diese Ansprüche ohne diesen Passus nicht von der Garantie umfasst sein sollten. Dafür sind durchaus sinnvolle Bestimmungen keineswegs üblich.

Nur selten finden sich zB Bestimmungen, die beim Abruf vom Begünstigten Erklärungen erfordern, wodurch eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme zumindest erschwert wird. So gut wie nie finden sich Bestimmungen, die regeln, was in dem Fall gelten soll, dass der Garantierauftraggeber zwar noch die Zahlung leistet, für welche die Bankgarantie gegeben wird, doch bereits abzusehen ist, dass

seine Insolvenz bevorsteht und die Zahlung später vom Insolvenzverwalter angefochten wird.

Manchmal wird ein so enger Konnex zum Grundgeschäft hergestellt, dass es zweifelhaft erscheinen muss, ob dies nicht die Rechtsgeschäftsgebühr für Bürgschaften auslöst, die eigentlich durch die Wahl einer Garantie statt einer Bürgschaft vermieden werden soll.

Folgende Inhalte sollte eine Bankgarantie in der Baubranche aufweisen:

- Beim Abruf sind Erklärungen des Begünstigten erforderlich, die eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme erschweren, weil unrichtige Erklärungen gerichtlich strafbar sein können aber auch Anhaltspunkte sein können, um eine einstweilige Verfügung zu erlangen.
- Die Garantie entsteht nur, sofern gewisse Bedingungen gegeben sind – eine „doppelte Exposition“ (zB wird der Rücklass trotz Erhalt der Ga-

rantie nicht ausbezahlt) wird dadurch vermieden.

- Die Garantie kann in Anspruch genommen werden, wenn eine durch die Garantie besicherte Zahlung voraussichtlich (insolvenzrechtlich) anfechtbar sein wird.

Um spätere Diskussionen zu vermeiden, sollte bereits in der Ausschreibung festgelegt werden, was als Bank anzusehen ist und welche Qualifikationen von der Bank gefordert werden (Sitz, Kapitalisierung, Bilanzsumme etc) – auch eine Liste konkreter Banken ist denkbar. Zu überlegen ist zeitgerecht auch die Dauer der Auszahlungsfrist: Sehr kurze Fristen nehmen faktisch die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung zu erwirken.

Unbedingt zu berücksichtigen ist, dass für Bankgarantien wie auch für Bürgschaften und sonstige Ausfall- bzw Haftungszusagen Originalunterschriften erforderlich sind. Eine Übermittlung per Telefax und dergleichen reicht nicht aus.

Hermann Wenusch

Kirchmayer/Kolbitsch/Popp Dachgeschoßausbau in Wien

Dieses Handbuch informiert umfassend über die technischen, planerischen und baurechtlichen Fragen zum Thema Dachgeschoßausbau in Wien. Die Autoren haben sich mit den wesentlichen Aspekten von der Planung über das baubehördliche Bewilligungsverfahren bis zur statischen Ausführung auseinandergesetzt.

SR Dr. Wolfgang Kirchmayer, Leiter der Gruppe Baurecht und stellvertretender Leiter der Magistratsabteilung 64

Univ.-Prof. DI Dr. techn. Andreas Kolbitsch, Institut für Hochbau und Technologie an der TU Wien

Architekt BM DI Roland Popp, Ziviltechniker und Immobilienreuhänder, Gerichtssachverständiger für das Bau- und Immobilienwesen

342 Seiten, gebunden
978-3-7046-5426-7
€ 48,-



Tel.: +43-1-680 14-0 order@verlagoesterreich.at VERLAG
Fax: +43-1-680 14-140 www.verlagoesterreich.at ÖSTERREICH

MUSTER

Bankgarantie

Uns ist bekannt, dass Sie mit <AUFTRAGGEBER> – weiters „unser Auftraggeber“ genannt – am <DATUM> einen Vertrag über <GEGENSTAND> abgeschlossen haben.

Unser Auftraggeber ist danach

- verpflichtet, eine Anzahlung mittels abstrakter Garantie zu besichern;
- berechtigt, einen vereinbarten Haftrücklass durch eine abstrakte Garantie abzulösen;
- berechtigt, einen vereinbarten Deckungsrücklass durch eine abstrakte Garantie abzulösen;
- verpflichtet, eine abstrakte Garantie zur Absicherung der Erfüllung durch ihn beizubringen.

Zu diesem Zweck stellen wir diese Garantie aus:

Wir übernehmen für unseren Auftraggeber Ihnen gegenüber unwiderruflich die Garantie, auf Ihre erste Aufforderung hin, ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, unter Verzicht auf jede Einrede und Einwendung, einen Betrag von bis zu <BETRAG> binnen <TAGE> Bankarbeitstagen an Sie zu zahlen, sobald Sie uns schriftlich mittels eingeschriebenem Brief unter Vorlage des von Ihnen unterfertigten Originals dieser Garantie mitgeteilt haben, dass

- unser Auftraggeber nicht mehr zur (weiteren) Erfüllung des Vertrages verpflichtet ist und dass die Anzahlung durch Leistungen noch nicht verbraucht worden ist;
- die Leistung unseres Auftraggebers von Ihnen übernommen wurde und dass danach von unserem Auftraggeber zu vertretene Mängel, deren Behebungskosten den Abruf rechtfertigen, aufgetreten sind;
- sich bei der Schlussabrechnung aufgrund von ungenauen Mengenermittlungen bei Teilrechnungen eine Überzahlung ergeben hat;
- unser Auftraggeber trotz Setzung einer angemessenen Nachfrist mit der von ihm geschuldeten Leistung in Verzug ist und Sie vom Vertrag zurückgetreten sind (ein Beleg für die Erklärung Ihres Vertragsrücktritts ist beizulegen).

Zahlungen auf Grund dieser Garantie erfolgen ausschließlich auf ein von Ihnen in der Aufforderung bekannt zu gebendes Konto bei einer inländischen Bank.

Diese Garantie ist bis einschließlich <DATUM> gültig, wobei für die rechtzeitige Geltendmachung das Einlangen Ihrer Aufforderung bei uns maßgeblich ist, und erlischt danach automatisch. Sie erlischt auch bei Rückgabe des Originals an uns.

Diese Garantie wird nur

- dann wirksam, wenn die Anzahlung in der Höhe von <BETRAG> bis spätestens <DATUM> auf das Konto unseres Auftraggebers bei der <BANK> mit der Nummer <KONTONUMMER> erfolgt ist;
- dann wirksam, wenn der bisher einbehaltene Haftungsrücklass in der Höhe von <BETRAG> bis spätestens <DATUM> auf das Konto unseres Auftraggebers bei der <BANK> mit der Nummer <KONTONUMMER> eingezahlt ist;
- insofern wirksam, als von Ihnen vor der Inanspruchnahme dieser Garantie das <ZAHL>-fache des von Ihnen beanspruchten Betrages auf das Konto unseres Auftraggebers bei der <BANK> mit der Nummer <KONTONUMMER> einbezahlt wurde.

Diese Garantie kann in Teilen in Anspruch genommen werden, wobei sich gegebenenfalls der Garantiebetrug verringert. Wir stellen Ihnen nach einer teilweisen Inanspruchnahme ein neues Garantiedokument aus.

- Unser Auftraggeber hat uns allfällige Rückforderungsansprüche von auf Grund dieser Garantie geleisteten Zahlungen abgetreten. Sofern daher nach Zahlung durch uns Beträge frei werden, sind diese an uns zurückzuzahlen.
- Diese Garantie unterliegt österreichischem Recht mit Ausnahme der Verweisungsnormen des internationalen Privatrechts, wobei das UN-Kaufrecht als abbedungen gilt.

Gerichtsstand bei Streitigkeiten über das Zustandekommen, die Wirksamkeit und sonstige Rechtswirkungen aus dieser Garantie ist das sachlich zuständige Gericht in <ORT>.