

# JUDIKATUR

## Wieder einmal: Rechtsmissbrauch bei der Ziehung einer Bankgarantie

1. Es ist gerade Sinn einer Bankgarantie, dem Begünstigten eine sichere und durch Einwendungen nicht verzögerte Zahlung zu gewährleisten. Streitigkeiten sollen erst nach der Zahlung abgewickelt werden.
2. Eine Schutzwürdigkeit des Begünstigten aus einer Bankgarantie ist dann nicht gegeben, wenn dieser eine Leistung in Anspruch nimmt, obwohl eindeutig feststeht, dass er keinen derartigen Anspruch gegen den Dritten hat und ihm die Inanspruchnahme des Garanten deshalb als Rechtsmissbrauch vorzuwerfen ist. Ist hingegen die Abberufung der Bankgarantie aufgrund einer vertretbaren Auslegung des im Valutaverhältnis abgeschlossenen Vertrags erfolgt, liegt kein Rechtsmissbrauch vor. Hält sich der Begünstigte aus vertretbaren Gründen für berechtigt, kann ihm kein arglistiges oder rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden.
3. Für den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs kommt es auf den Wissensstand bzw die Beweislage im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie an.

**OGH 25.3.2014, 10 Ob 14/14b**

Deskriptoren: Bankgarantie, Garantievertrag, Rechtsmissbrauch;  
§ 1295 Abs 2 ABGB.

**Sachverhalt**

Die Kläger bestellten bei der beklagten Gesellschaft die Errichtung eines Einfamilienhauses. Die Vertragssumme betrug 200.000 EUR. Im Zahlungsplan vom 25.1.2012 und Vertrag vom 20.3.2012 war vereinbart, dass für alle Bauabschnitte eine entsprechende Faktura „mit Zeitpunkt des Eintretens des Bauabschnitts“ gelegt wird. Die Zahlungsfrist für Teilrechnungen sollte ab Eingang der Teilrechnung beim Auftraggeber beginnen und inklusive Prüffrist sieben Tage betragen (Pkt 4 des Vertrags). Geringfügige Mängel bei der Lieferung des Bausatzes oder der restlichen Leistungserbringung sollten die jeweilige Teilzahlung und auch die Übergabe des Bauwerks an den Auftraggeber nicht hindern. Als Sicherstellung des Werkentgelts war für die gesamte Summe vom Auftraggeber zugunsten des Auftragnehmers eine abstrakte widerrufliche (gemeint wohl: unwiderrufliche) Bankgarantie zu übergeben. Im Fall des Verzugs des Auftraggebers mit den Zahlungen sollte der Auftragnehmer ohne weitere Einrede mit Vorlage der zur Zahlung fälligen Faktura die Beträge bei der finanzierenden Bank durch Inanspruchnahme der Bankgarantie abrufen können, sofern eine von einem Ziviltechniker oder allgemein beeideten Sachverständigen für das Bauwesen ausgestellte Bestätigung beigebracht wird, aus der hervorgeht, dass der im Anforderungsschreiben angeführte Baufortschritt erzielt und die Arbeiten sach- und fachgerecht durchgeführt wurden. Die Überprüfung der „kompletten“ Mängelfreiheit zählte nicht zu den Aufgaben des Prüffingenieurs. Im Hinblick darauf, dass geplant war, das Bauprojekt bis Ende November 2012 fertigzustellen, brachten die Kläger eine – auf Empfehlung ihres Bankinstituts – bis 30.11.2012 befristete Bankgarantie über 200.000 EUR bei. Der Geschäftsführer der beklagten Partei leitete die Bankgarantie an die Hausbank weiter, ohne die Befristung zu beachten oder diese zu beanstanden. Eine Verpflichtung zur Verlängerung der Bankgarantie ist im zwischen den Streitparteien errichteten Vertrag nicht explizit vorgesehen. Im Zuge des Bauvorhabens kam es zwischen den nunmehrigen Streitparteien wiederholt zu Meinungsverschiedenheiten. Der Bauzeitplan wurde nicht eingehalten. Nach Fertigstellung des Bauabschnitts vier legte die beklagte Partei die dritte Teilrechnung, die die Kläger erst nach einer an Ort und Stelle abgehaltenen Besprechung behaupteter Mängel beglichen. Am 21.11.2012 wurde der Geschäftsführer der beklagten Partei von der Hausbank darauf aufmerksam gemacht, dass die Bankgaran-

tie mit 30.11.2012 ablaufe. Noch am selben Tag forderte er daraufhin den Erstkläger per e-mail auf, die Zahlungsgarantie um drei Monate bis 1. März 2013 zu verlängern. Mit e-mail vom 28.11.2012 gab der Erstkläger bekannt, dass die Verlängerung der Garantie erst nach Rückkehr der Bankbetreuerin von einem Seminar am 29.11.2012 in Angriff genommen werden könne. Nach einem weiteren e-mail-Verkehr (ua auch zu Problemen bei der Sanierung des Terrassentürelements), Urgegnen der beklagten Partei vom 28. und 29.11.2012 sowie einer Fristsetzung bis 30.11.2012 um 12:00 Uhr sagte der Erstkläger zu, er werde sein Bestes tun, um die Garantie bis zum nächsten Tag vorzulegen. Er wolle aber, dass in Hinkunft nicht mehr Dipl.-Ing. B als Prüffingenieur hinsichtlich der einzelnen Bauabschnitte zum Einsatz komme, sondern Ing. L. Weiters erwähnte er ein Pönale für den Fall, dass der jetzige Zeitplan wieder nicht eingehalten werden sollte.

Bereits am 28.11.2012 hatte der Vertreter der beklagten Partei die vierte Teilrechnung für den Bauabschnitt fünf (Montage und Bausatz) über 30.000 EUR (inkl USt) und die fünfte Teilrechnung für Bauabschnitt sechs (Fertigstellung Dach/Fenster/Fassade) über 20.000 EUR (inkl USt) gestellt. Beide Rechnungen wurden den Klägern am 30.11.2012 durch Hinterlegung zugestellt. Da bis 12:00 Uhr des 30. November 2012 keine Bestätigung über eine Verlängerung der Bankgarantie bei der beklagten Partei eingelangt war und die Garantiefrist abzulaufen drohte, rief der Geschäftsführer der beklagten Partei noch an diesem Tag die Zahlungsgarantie im Bewusstsein ab, dass die Forderung von 50.000 EUR noch nicht fällig war und innerhalb der laufenden Garantiefrist nicht mehr fällig werden würde. Er schloss die von Dipl.-Ing. B erstellte Bestätigung über die Fertigstellung der Bauabschnitte fünf und sechs bei. Der Wortlaut dieser Bestätigung entsprach den Anforderungen im Vertrag und in der Bankgarantie. Die Bank gab daraufhin bekannt, 50.000 EUR bis 6.12.2012 an die beklagte Partei auszuzahlen. Anfang Dezember 2012 übermittelten die Kläger schließlich eine Verlängerung der Bankgarantie. Nach dieser war die Auszahlung des Garantiebetrags aber nunmehr von der Vorlage einer vom Erstkläger oder der Zweitklägerin unterfertigten Bestätigung über den gegebenen Baufortschritt abhängig. Die zuvor erforderlich gewesene Bestätigung durch einen unabhängigen Prüffingenieur war nicht mehr vorgesehen.

Dass die Kläger mit Bemusterungen in Verzug geraten wären oder nicht nachvollziehbare Ergänzungsleistungen gefordert und so versucht hätten, die Rechnungslegung hinsichtlich der Bauabschnitte fünf und sechs hinauszuschieben, steht nicht fest.

Über Antrag der Kläger erließ das Bezirksgericht St. Pölten am 6. Dezember 2012 zu 4 C 1178/12y eine einst-

weilige Verfügung, mit der der E Bank verboten wurde, die Garantiesumme von 50.000 EUR an die beklagte Partei zu leisten. Nach Erhebung eines Widerspruchs wurde die einstweilige Verfügung dahin abgeändert, dass den Klägern – bei sonst unverändertem Spruch – der Erlag einer Sicherheitsleistung von 7.500 EUR für alle der beklagten Partei durch die einstweilige Verfügung drohenden Nachteile aufgetragen wurde.

Mit ihrer innerhalb von vier Wochen (fristgerecht) eingebrachten Rechtfertigungsklage begehren die Kläger, die beklagte Partei zum Widerruf des mit Schreiben vom 30.11.2012 erklärten Abrufs der Bankgarantie über 50.000 EUR zu verpflichten. Der Abruf der Bankgarantie sei rechtsmissbräuchlich, weil er vertragswidrig für noch nicht fällige Forderungen erfolgt sei. Die beklagte Partei habe trotz mangelhafter Bauausführung ihre Forderungen vor Ablauf der Garantiefrist noch rasch sichern wollen.

Die beklagte Partei wendete – soweit für das Revisionsverfahren wesentlich – ein, allein im Abruf der Garantie vor Fälligkeit der besicherten Forderungen liege kein Rechtsmissbrauch. Die Forderungen seien im Zeitpunkt der Ziehung der Bankgarantie bereits entstanden und wenige Tage danach fällig geworden. Der Geschäftsführer der beklagten Partei habe nicht in Schädigungsabsicht gehandelt, sondern die Bankgarantie im Interesse der Aufrechterhaltung und Fortsetzung des Bauvorhabens somit letztlich auch im Interesse der Kläger gezogen. Es habe das erhebliche Risiko bestanden, dass die Hausbank der beklagten Partei die weitere Finanzierung des Bauvorhabens verweigern und die Subunternehmer der beklagten Partei wegen der offenen Forderungen ihre Leistungen einstellen würden; erhebliche Zwischenfinanzierungskosten seien zu vermeiden gewesen. Die von den Klägern in der ersten Dezemberwoche somit verspätet beigebrachte Erklärung der Bank sei als Sicherheit völlig unzureichend.

### Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht gab der Klage statt.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es bewertete den Entscheidungsgegenstand mit 30.000 EUR übersteigend und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig ist.

Rechtlich gingen die Vorinstanzen übereinstimmend davon aus, der Geschäftsführer der beklagten Partei habe bei Abruf der Garantie rechtsmissbräuchlich gehandelt. Nach der zwischen den Streitparteien getroffenen Vereinbarung habe die Garantie der Besicherung der von den Klägern nach Abschluss der einzelnen Bauabschnitte zu leistenden Teilzahlungen gedient. Voraussetzung für den Abruf der Garantie sei der Verzug der Auftraggeber mit einer Teilzahlung gewesen. Laut Punkt 4 des Vertrags

werde die der jeweiligen Teilrechnung zu Grunde liegende Forderung mit Ablauf der Zahlungsfrist von sieben Tagen ab Einlangen der Teilrechnung bei den Auftraggebern fällig. Da die Zustellung der Teilrechnungen am 30.11.2012 erfolgt sei, habe die siebentägige Zahlungs- und Prüffrist erst mit diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen. Zum Zweck der Sicherung noch nicht fälliger Forderungen sei die Bankgarantie aber nicht begeben worden. Der Geschäftsführer habe die Garantie im Hinblick auf die von den Klägern behaupteten Bauausführungsmängel, die verspätete Zahlung der letzten Rechnung und die Androhung einer Pönaleforderung bewusst vor Fälligkeit der Forderungen in rechtsmissbräuchlicher Weise für eine vertraglich nicht gesicherte Forderung abgerufen. Eine Verlängerung der Garantie infolge Bauzeitüberschreitung sei zwischen den Streitparteien nicht vereinbart gewesen. Aus welchen subjektiven Überlegungen und Gründen der Geschäftsführer der beklagten Partei die Garantie gezogen habe, sei rechtlich nicht relevant. Ein Fall eines in der Praxis als „extend or pay“ bezeichneten Abrufs der Garantie liege nicht vor. Es sei nicht zu erkennen, dass der Abruf „unmissverständlich interessenswährend“ erfolgt sei. Nach den Feststellungen fehle es zudem an einer mit dem Abruf verbundenen Erklärung der beklagten Partei, Zahlung aus der Garantie nur dann zu begehren, wenn deren Laufzeit nicht verlängert werden sollte.

### Aus den Entscheidungsgründen:

Die außerordentliche Revision der beklagten Partei wird mangels einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen:

1. Die vom Berufungsgericht zur Fälligkeit der aus den Teilrechnungen vier und fünf resultierenden Forderungen vertretene Rechtsansicht beruht auf einer Auslegung des zwischen den Streitparteien individuell ausgehandelten Vertragspunktes 4, die schon wegen ihrer Einzelfallbezogenheit nicht revisibel ist (RIS-Justiz RS0042936). Im Übrigen hat die beklagte Partei im bisherigen Verfahren wiederholt selbst eingeräumt, ihr Geschäftsführer habe die Bankgarantie wengleich nur wenige Tage vor Eintritt der Fälligkeit abgerufen.

2.1. Bei einer abstrakten Bankgarantie ist der Garantievertrag vom Bestand der gesicherten Hauptschuld grundsätzlich unabhängig, also nicht akzessorisch. Die Bank kann keine Einwendungen und Einreden aus dem zwischen Auftraggeber und Begünstigten bestehenden Kausalverhältnis geltend machen. Es ist gerade Sinn einer solchen Garantie, dem Begünstigten eine sichere und durch Einwendungen nicht verzögerte Zahlung zu gewährleisten (RIS-Justiz RS0016992). Streitigkeiten sollen erst nach der Zahlung abgewickelt werden.

2.2. Die Schutzwürdigkeit des Begünstigten aus einer Bankgarantie ist aber dann nicht gegeben, wenn dieser eine Leistung in Anspruch nimmt, obwohl eindeutig feststeht, dass er keinen derartigen Anspruch gegen den Dritten hat und ihm die Inanspruchnahme des Garanten deshalb als Rechtsmissbrauch vorzuwerfen ist (RIS-Justiz RS0018006). Ist hingegen die Abberufung der Bankgarantie aufgrund einer vertretbaren Auslegung des im Valutaverhältnis abgeschlossenen Vertrags erfolgt, liegt kein Rechtsmissbrauch vor (RIS-Justiz RS0016950).

2.3. Für den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs kommt es auf den Wissensstand bzw die Beweislage im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie an (RIS-Justiz 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 (RIS-Justiz RS0017997).

2.4. Ob die für die Annahme von Rechtsmissbrauch geforderten Voraussetzungen vorliegen oder nicht, ist eine Frage des Einzelfalls, die keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO darstellt (9 Ob 112/06w; 10 Ob 41/05k uva). Eine unvertretbare Fehlbeurteilung durch die zweite Instanz, die dessen ungeachtet die Zulässigkeit der Revision rechtfertigen könnte, zeigt die Revisionswerberin nicht auf.

2.5. Es steht fest, dass der Geschäftsführer der beklagten Partei die Zahlungsgarantie im Bewusstsein abrief, dass die Forderung von 50.000 EUR noch nicht fällig war und innerhalb der laufenden Garantiefrist nicht mehr fällig werden würde. Ähnlich wie in dem der Entscheidung 6 Ob 293/97z zu Grunde liegenden Sachverhalt bestand er auf Auszahlung der Garantieleistung vor Fälligkeit deshalb, weil er nach Ablauf der Garantiefrist die Einbringlichkeit der Forderung für zweifelhaft erachtete. Damit ist offengelegt, dass die beklagte Partei keinen Anspruch hatte und ihr Geschäftsführer dennoch die Bankgarantie in Kenntnis der mangelnden Berechti-

gung abrief, um deren Sicherungsfunktion über den Ablauf der Garantiefrist hinaus aufrechtzuerhalten und weiterhin eine durch Einwendungen nicht in Frage gestellte Zahlung gewährleistet zu haben. Der Fall eines Abrufs der Garantie vor Fälligkeit bei Vorliegen einer vertretbaren Rechtsansicht über die Berechtigung (siehe 8 Ob 645/91) ist somit nicht gegeben. Die Rechtsansicht, der beklagten Partei sei anzulasten, sie habe im Bewusstsein mangelnder Fälligkeit die Garantie vor Eintritt der Fälligkeit für vertragsfremde Zwecke nutzen wollen, stellt deshalb keine Fehlbeurteilung dar, die einer Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedürfte. Gelangten die Vorinstanzen in vertretbarer Weise zu der Annahme, das (evident) vertragswidrige Verhalten der beklagten Partei sei rechtsmissbräuchlich, bedurfte es keiner weiteren Abwägung zu dem Missverhältnis der dabei von der beklagten Partei verfolgten Interessen und den Interessen der Kläger.

3. Auch die Rechtsansicht der Vorinstanzen, auf Grundlage der getroffenen Feststellungen liege keine in der Praxis als „extend oder pay“ genannte Form des Abrufs einer Garantie vor, steht im Einklang mit der dazu vorhandenen Rechtsprechung. Diese Form des Abrufs ist – wie die Vorinstanzen bereits dargelegt haben – dann gegeben, wenn eine Garantie „unmissverständlich interessenwährend“ in Anspruch genommen wird und der Begünstigte darum ersucht, bis zur Klärung, ob die Garantiefrist verlängert wird, die Garantiesumme noch nicht zu leisten. Sollte der Garant dann nicht bereit sein, die Laufzeit der Garantie zu verlängern, ist davon auszugehen, dass der Begünstigte vor Fristablauf die Zahlung der Garantiesumme verlangt hat (RIS-Justiz RS0016969). Mit ihren Ausführungen, die Sachverhalte, die den zu dieser Rechtsfigur ergangenen Entscheidungen zu Grunde gelegen seien, wären dem vorliegenden Sachverhalt „im Wesentlichen sehr ähnlich“, weil es ebenfalls darum ginge, dass dem Begünstigten die Sicherheit weggefallen wäre, wenn ein Abruf nicht erfolgt, zeigt die Revisionswerberin keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung auf.

---

## Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Der Sachverhalt ist in der Baupraxis wohl nicht selten anzutreffen: Zur Absicherung irgendwelcher Ansprüche wird eine Bankgarantie gegeben – da eine Bankgarantie aufgrund der fehlenden Akzessorietät befristet sein muss (sie würde sonst ewig laufen), wird dabei eine Laufzeit festgesetzt, welche den

Zeitpunkt, in welchem die Ansprüche allenfalls erwartet werden, abdeckt. In der Folge kommt es dann aber zu Verzögerungen des Bauvorhabens, die bewirken, dass die abzusichernden Ansprüche erst eintreten würden, wenn die Garantie schon abgelaufen ist. Gegenständlich sei der Verzug der Besteller

mit einer Teilzahlung Voraussetzung für den Abruf der Garantie gewesen – nachdem aufgrund der Umstände (hier: dem Datum der Rechnungslegung) kein Verzug innerhalb der Garantielaufzeit denkmöglich ist, wird geurteilt, dass der Garantieabruf rechtsmissbräuchlich sei. Allerdings steht die Feststellung, dass ein Verzug des Bestellers Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Bankgarantie sei, in einem gewissen Widerspruch mit der Feststellung, dass die Garantie als Sicherstellung des Werkentgelts dienen sollte. Man stelle sich folgenden Fall vor: Für Gewährleistungsansprüche wird eine Bankgarantie gegeben, die bis zum zunächst angenommenen Ende der Gewährleistungsfrist läuft. Die Übergabe verzögert sich daraufhin bis zu einem Zeitpunkt, der nach der Garantielaufzeit liegt. Verlängert der allenfalls gewährleistungspflichtige Garantierauftraggeber die Garantie nicht, so darf – legt man den Maßstab der besprochenen Entscheidung an – der Begünstigte die Garantie nicht in Anspruch nehmen (womit er die Besicherung verliert): Vor der Übergabe können Gewährleistungsansprüche nicht entstehen, doch nur dafür wurde die Garantie gegeben.

Allenfalls hat der Begünstigte wohl jedenfalls einen Anspruch auf eine Verlängerung der Laufzeit der Garantie, nur wäre der zunächst einmal einzuklagen und dann exekutiv zu betreiben – bei der Dauer der Gerichtsverfahren eine Illusion. Alternativ könnte er unter Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten was sicher zu einem enormen Schaden und mit größter Wahrscheinlichkeit zu einem Rechtsstreit und damit genau zu dem führt, was die überlange Dauer der Gerichtsverfah-

ren bewirkt: Zur Überlastung der Gerichte.

Für die Praxis bedeutet das alles, dass ein potentiell Begünstigter ausschließlich auf widmungsfreie Garantien oder auf unrealistisch lange Laufzeiten beharren muss, weil es anscheinend keinen wirksamen und praktikablen Anspruch auf Fristverlängerung gibt.

Die ganzen Schwierigkeiten würde man sich ersparen, wenn man statt der Bankgarantie eine Bankbürgschaft als Sicherheit nehmen würde: Die läuft genau so lange, wie der zu besichernde Anspruch. Wenn da bloß nicht die Rechtsgeschäftsgebühr wäre, die die Praxis in Österreich seit jeher veranlasst, das im Grunde ungeeignete Instrument der Bankgarantie einzusetzen.

Zuletzt stellt sich die Frage, ob die hier besprochene Entscheidung mit 5 Ob 81/98t harmonisiert: *„Im Fall einer Befristung der Garantie ist es Aufgabe des Gerichtes, rechtzeitig die Garantie abzurufen und den eingehenden Betrag als Bargelderlag zu behandeln“* (in diesem Verfahren ist es um eine einstweilige Verfügung gegangen, wobei der gefährdeten Partei eine Sicherheitsleistung aufgetragen wurde, die auch durch eine Bankgarantie erfolgt ist).

Es soll natürlich nicht übersehen werden, dass es sich bei der hier besprochenen Entscheidung lediglich um die Zurückweisung einer außerordentlichen Revision handelt, weshalb die Ausführungen eher knapp sind. Allein der Sachverhalt erscheint nicht völlig klar, weil zB die Formulierung *„[Es] war vereinbart, dass für alle Bauabschnitte eine entsprechende Faktura ‚mit Zeitpunkt des Eintretens des Bauabschnitts‘ gelegt wird“* kaum verständlich ist.