

# TE OGH 2018/10/24 8Ob140/18y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.10.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr.

Kuras als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Korn, den Hofrat Dr.

Stefula und die Hofrätin Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter in der Rechtssache der gefährdeten Partei W\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch Vavrovsky Heine Marth Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die Gegnerin der gefährdeten Partei H\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Johannes Olischar, Rechtsanwalt in Wien, wegen einstweiliger Verfügung (Streitwert 4.319.203,03 EUR, Revisionsrekursinteresse 2.050.654,55 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 4. September 2018, GZ 47 R 278/18g-14, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß § 78 Abs 1 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO).

## Text

Begründung:

Die gefährdete Partei (Antragstellerin) beauftragte als Bauherrin die Gegnerin der gefährdeten Partei (Antragsgegnerin) als Generalunternehmerin mit der Durchführung eines Bauvorhabens. Die Antragsgegnerin verpflichtete sich zur Fertigstellung der Gesamtanlage bis 12. 6. 2018. Für Teilrechnungen war eine Zahlungsfrist von 45 Tagen vereinbart, für die Schlussrechnung eine Zahlungsfrist von 60 Tagen.

Die Antragstellerin leistete der Antragsgegnerin nach § 1170b ABGB eine Sicherstellung in Höhe von 4.319.203,03 EUR, wobei als Sicherstellung eine Bankgarantie auf erstes Anfordern diente. Die Antragsgegnerin rief die Bankgarantie ab, die Bank nahm die Auszahlung jedoch noch nicht vor.

Mit der beantragten einstweiligen Verfügung soll der Antragsgegnerin aufgetragen werden, den Abruf der Bankgarantie zu widerrufen, sowie der Bank verboten werden, den Garantiebtrag auszuzahlen.

Das Erstgericht sah – auf das Wesentliche reduziert – folgenden Sachverhalt als bescheinigt an:

Die Antragstellerin erklärte mit Schreiben vom 14. 5. 2018 unter Nachfristsetzung zunächst einen Teilrücktritt vom Generalunternehmervertrag hinsichtlich bestimmter Innenausbauleistungen mit der Begründung eines von der Antragsgegnerin zu verantwortenden erheblichen Bauzeitverzugs. Die Antragsgegnerin erklärte ihrerseits mit Schreiben vom 16. 5. 2018 für den Fall, dass sie nicht bis zum 31. 5. 2018 vollständige konkrete Weisungen zu näher

ausgeführten Punkten erhalte, gemäß § 1168 Abs 2 ABGB ihren Rücktritt vom Werkvertrag. Es folgten weitere Korrespondenzen und Differenzen, wobei die Parteien einander unter anderem wechselseitig fehlende Mitwirkung vorwarfen und ebenso wechselseitig die Vorlage von Dokument(ation)en forderten. Die Antragsgegnerin nahm mit Schreiben vom 12. 6. 2018 den Teilrücktritt der Antragstellerin vom 14. 5. 2018 zur Kenntnis und forderte diese auf, den zur 14. Teilrechnung einbehaltenen Betrag binnen einer Woche zu überweisen, andernfalls sie den Rücktritt vom Vertrag wegen Verzugs erklären müsse. Die Antragstellerin teilte daraufhin mit Schreiben vom 14. 6. 2018 mit, dass der Einbehalt aufgrund der Nichterreichung des vereinbarten Baufortschritts erfolgt sei. Nach weiteren Korrespondenzen und Unstimmigkeiten erklärte die Antragstellerin am 29. 6. 2018 einen weiteren Teilrücktritt vom Generalunternehmervertrag hinsichtlich sämtlicher zu diesem Zeitpunkt noch nicht erbrachter Leistungen der Antragsgegnerin, den sie unter anderem mit der Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins 12. 6. 2018 sowie damit begründete, dass wesentliche Leistungen massive Ausführungsmängel aufwiesen, welche von der [gemeint] Antragsgegnerin entweder negiert oder trotz mehrfacher Mahnung nicht ordnungsgemäß saniert worden seien. Das Bauprojekt war zu diesem Zeitpunkt tatsächlich nicht fertiggestellt. Die konkreten Ursachen für den Bauzeitverzug können nicht festgestellt werden. Die Antragsgegnerin stellte ihre Arbeiten am 29. 6. 2018 ein, begann, die Baustelle zu räumen und erklärte mit Schreiben vom selben Tag den Rücktritt vom Vertrag mit sofortiger Wirkung aus wichtigem – im Schreiben näher dargelegten – Grund (erheblicher Vertrauensverlust, Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung, Anschwärzen ua) und auch wegen Verzugs mit der Zahlung des fälligen Werklohns. Es konnte nicht festgestellt werden, ob dies vor oder nach dem Teilrücktritt der Antragstellerin erfolgt war. Die Antragsgegnerin hielt fest, dass Verzögerungen im Baufortschritt ausschließlich auf das Unvermögen der Antragstellerin zurückzuführen seien, die Baustelle ausreichend zu koordinieren und Anweisungen rechtzeitig zu erteilen. Die Antragstellerin wies die Rücktrittserklärung der Antragsgegnerin unmittelbar darauf als unberechtigt zurück und forderte mit weiterem Schreiben vom selben Tag die Antragsgegnerin auf, bis 2. 7. 2018 zu bestätigen, von der rechtswidrigen Erfüllungsverweigerung Abstand zu nehmen und die Arbeiten wieder aufzunehmen. Für den Fall des fruchtlosen Verstreichens dieser Frist wurde der Teilrücktritt vom Generalunternehmervertrag hinsichtlich sämtlicher noch nicht erbrachter Leistungen erklärt. Die Antragsgegnerin nahm die Arbeiten nicht wieder auf. Die von ihr erbrachten Leistungen waren zum Teil mit Mängeln behaftet; deren Ausmaß und Ursachen konnten nicht festgestellt werden. Die Antragsgegnerin übermittelte am 18. 7. 2018 die Schlussrechnung über insgesamt 18.730.792,02 EUR, die den Hinweis „sofort fällig aufgrund Vertragsrücktritt“ enthielt, und rief die Bankgarantie ab.

Ausgehend von diesen sowie weiteren Feststellungen wies das Erstgericht den Sicherungsantrag in Hinblick auf einen Teilbetrag von 2.268.548,48 EUR ab, hinsichtlich des darüber hinausgehenden Restbetrags (dies sind 2.050.654,55 EUR) gab es ihm statt. Bei dem Betrag von 2.268.548,48 EUR handle es sich um die Summe der noch offenen Beträge aus der 14. und 15. Teilrechnung (1.342.856,64 EUR + 925.691,84 EUR). In diesem Umfang könne der Antragsgegnerin im Hinblick auf die bestehenden Differenzen kein offenkundig rechtsmissbräuchliches Abrufen der Garantie vorgeworfen werden. Hinsichtlich der in der Schlussrechnung geltend gemachten, über die aus den fälligen Teilrechnungen Nr 14 und 15 hinausgehenden Beträge sei hingegen der evidente Rechtsmissbrauch des Abrufens der Bankgarantie, welcher die Erlassung der einstweiligen Verfügung rechtfertige, zu bejahen. Die Antragsgegnerin habe im Zeitpunkt des Abrufes gewusst, dass ihre fälligen Ansprüche sicher nicht die gesamte Garantiesumme ausmachen würden.

Die Teilabweisung des Sicherungsantrags erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Das Rekursgericht änderte über Rekurs der Antragsgegnerin die Entscheidung im gänzlich abweisenden Sinn ab. Zwar sei bei Abrufung der Bankgarantie die Schlussrechnung infolge der 60-tägigen Zahlungsfrist nicht fällig gewesen. Dies reiche aber für die Annahme des Rechtsmissbrauchs nicht aus. Aus den Feststellungen sei nicht abzuleiten, dass die Antragsgegnerin bei Abrufung der Bankgarantie gewusst habe, dass der gesicherte Anspruch nicht bestünde und sie mit seiner Entstehung auch nicht mehr zu rechnen gehabt habe oder dass sie aus purer Schädigungsabsicht gehandelt habe. Mangels zu lösender Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung ließ das Rekursgericht den Revisionsrekurs nicht zu.

In ihrem dagegen erhobenen außerordentlichen Revisionsrekurs zeigt die Antragstellerin keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung auf.

### **Rechtliche Beurteilung**

1. In der Zulassungsbeschwerde wird zunächst die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, ob und unter welchen Voraussetzungen der Abruf einer Bankgarantie vor Fälligkeit des gesicherten Anspruchs Rechtsmissbrauch begründet, als uneinheitlich, zumindest aber einer Klarstellung bedürftig beanstandet.

1.1. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme einer Bankgarantie vorliegt, existiert bereits eine Vielzahl höchstgerichtlicher Entscheidungen (vgl. RIS-Justiz RS0017997; RS0018006; RS0017042). Diese Beurteilung, bei der nicht zuletzt der jeweilige Wissensstand und die Beweislage (insbesondere) im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie eine maßgebliche Rolle spielen (vgl. RIS-Justiz RS0017042), ist eine Frage des Einzelfalls und daher regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO (RIS-Justiz RS0017997 [T5]).

1.2. Zum Wesen der Bankgarantie gehört der Ausschluss von Einwendungen aus dem Grundgeschäft. Sie ist ein nicht akzessorisches Sicherungsgeschäft. Erlangt der Garant Kenntnis von Einwendungen und Einreden des Auftraggebers gegenüber dem Begünstigten aus dem Kausalverhältnis, ist er gegenüber dem Auftraggeber nicht verpflichtet und gegenüber dem Begünstigten nicht berechtigt, die Auszahlung der Garantiesumme zu verweigern. Die Bankgarantie soll dem Begünstigten eine sichere, durch Einwendungen nicht verzögerte Zahlung gewährleisten. Streitigkeiten sollen erst nach der Zahlung abgewickelt werden. Die Frage der materiellen Berechtigung der gesicherten Forderung ist erst in einem Nachverfahren zu prüfen (6 Ob 293/97z). Der für die Bankgarantie typische Ausschluss von Einwendungen aus dem Valutaverhältnis und Deckungsverhältnis darf auch nicht auf Umwegen umgangen werden. Deshalb dürfen Ansprüche des Vertragspartners gegen den Begünstigten aus dem Valutaverhältnis grundsätzlich nicht dazu führen, dass über eine einstweilige Verfügung die Leistung aus der Garantie doch wieder vom Grundverhältnis abhängig gemacht wird. Zulässig ist die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn der Begünstigte die Garantie rechtsmissbräuchlich oder arglistig in Anspruch nimmt, also unter denselben Voraussetzungen, unter denen auch der Garant die Zahlung ausnahmsweise verweigern darf (RIS-Justiz RS0005081 [T5, T6]).

1.4. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Schutzwürdigkeit des Begünstigten aus einer Bankgarantie 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 (RIS-Justiz RS0018006; jüngst:

7 Ob 121/16v). Hiervon ausgehend wurde in der Entscheidung 8 Ob 645/91 ausgesprochen, dass das Begehren auf Zahlung vor Fälligkeit allein keinen Rechtsmissbrauch darstellen könne, weil § 1434 letzter Fall ABGB deshalb kein Rückforderungsrecht gebe und in der Vorverlegung der Zahlung allein auch kein berücksichtigungswürdiger Schaden liegen könne, wenn später ohnedies zu zahlen wäre. Seither entspricht es ständiger Judikatur, dass die mangelnde Fälligkeit der gesicherten Forderung für sich allein noch nicht den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs begründen kann (5 Ob 540/93; 5 Ob 95/11y – RIS-Justiz RS0016948). Hält sich der Begünstigte aus vertretbaren Gründen für berechtigt, kann ihm kein arglistiges oder rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden (RIS-Justiz RS0017997; vgl. auch RS0016950). Kein Rechtsmissbrauch liegt daher vor, wenn mit dem Eintritt der Fälligkeit in absehbarer Zeit zu rechnen ist und dem Schuldner aus der „vorzeitigen“ Abrufung der Garantieleistung kein besonderer Schaden droht (5 Ob 540/93) oder wenn später ohnehin zu zahlen wäre (8 Ob 645/91). Ein Missbrauchsfall liegt nur dann vor, wenn das Nichtbestehen des Anspruchs des Begünstigten im Valutaverhältnis zur Zeit der Inanspruchnahme der Garantie evident erwiesen ist, so wenn die Garantie ganz bewusst vor Fälligkeit in Anspruch genommen wird (6 Ob 293/97z; 10 Ob 14/14b).

1.5. Von dieser Rechtsprechung ging auch das Rekursgericht aus. Wenn es mangels feststehenden Wissens der Antragsgegnerin davon, dass die Schlussrechnung noch nicht fällig war und/oder dass sie das Erhaltene jedenfalls wieder herauszugeben haben werde, keinen Rechtsmissbrauch annahm, so bedarf dies keiner Korrektur.

1.6. Der Antragstellerin ist beizupflichten, dass die auf § 1434 letzter Fall ABGB gestützte Begründung in der Entscheidung 8 Ob 645/91 in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung steht, wonach bei unberechtigter Abrufung einer Garantie dem Garantieforderunggeber analog § 1431 Bereicherungsansprüche gegen den Begünstigten zustehen und dass auf diese Ansprüche § 1434 Satz 2 ABGB nicht anwendbar ist. Dies wird darauf gestützt, dass der Auftraggeber auf die Erfüllung durch den Garant keinen Einfluss hat und ein Vertrauen des Empfängers auf die Erfüllungshandlung des Schuldners ausscheidet (7 Ob 108/00h mwH;

RS0114176; Koziol/Spitzer in KBB5 § 1434 Rz 3). In 6 Ob 293/97z und 10 Ob 14/14b wurde aber bereits klargestellt, dass es darauf ankommt, dass die Garantie ganz bewusst vor Fälligkeit in Anspruch genommen wurde; geht es doch um die Frage des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs. In 8 Ob 645/91 wurde außerdem für die Verneinung des Rechtsmissbrauchs als weitere Begründung aber auch angeführt, dass in der Vorverlegung der Zahlung allein auch kein berücksichtigungswürdiger Schaden liegen könne, wenn später ohnedies zu zahlen wäre. Dass insofern die Rechtsprechung uneinheitlich wäre, wird im außerordentlichen Revisionsrekurs nicht dargetan.

2. Soweit die Revisionsrekurswerberin für die Zulässigkeit ihres Rechtsmittels auf die Frage verweist, unter welchen Voraussetzungen im Sinne der Entscheidung 5 Ob 540/93 von einem „besonderen Schaden“ auszugehen sei, welcher die Rechtsmissbräuchlichkeit des Garantieabrufs bei einem Abruf vor Fälligkeit begründe, so handelt es sich dabei um eine hier nicht relevante Rechtsfrage, da von der Antragstellerin nicht vorgebracht wurde, dass sie einen solchen Schaden erleiden würde. Auch im Revisionsrekurs wird ein derartiger Schaden nicht konkret behauptet. Eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 528 Abs 1 ZPO liegt nicht vor, wenn Fragen bloß rein theoretischer Natur gelöst werden sollen (RIS-Justiz RS0111271).

3. Die Revisionsrekurswerberin sieht eine erhebliche Rechtsfrage von der Qualität des § 528 Abs 1 ZPO darin, ob durch eine Sicherheit gemäß § 1170b ABGB nur Werklohnforderungen oder auch Bereicherungsansprüche nach einem Vertragsrücktritt und bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche besichert sind. Das Rekursgericht konstatierte zutreffend, dass zu dieser Frage zwar keine Judikatur existiere, in der Literatur jedoch die Meinung vertreten werde, dass auch ein Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung durch analoge Anwendung des § 1170b gesichert sei, woraus es ableitete, dass die Antragsgegnerin keine unvertretbare Rechtsansicht und damit durch das Abrufen der Bankgarantie auch keinen Rechtsmissbrauch zu verantworten habe.

3.1. Tatsächlich vertreten Schauer (in Krejci, Reformkommentar § 1170b Rz 6) und

sich ihm anschließend Hörker/Kletečka (in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.03 § 1170b Rz 15) die Ansicht, dass bei einem Vertragsrücktritt des Unternehmers wegen Verzugs des Bestellers mit der Bezahlung des Entgelts der Unternehmer einen in analoger Anwendung des § 1170b ABGB gesicherten Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung gemäß §§ 921, 1435 ABGB habe. Dies wird von Schauer damit begründet, dass der Werkbesteller aus seiner Vertragsverletzung keine Vorteile ziehen soll.

3.2. Zwar ist es richtig, dass – wie im Revisionsrekurs ausgeführt – „nicht alles schon deshalb

vertretbar ist, weil es einmal in der Literatur vertreten wurde“ (

6 Ob 198/15h Punkt 4.5.1.; G. Kodek in Rummel/Lukas, ABGB4 § 2 Rz 22). Es muss aber doch in der Regel bei Fehlen höchstgerichtlicher Rechtsprechung als vertretbar, jedenfalls nicht als rechtsmissbräuchlich gewertet werden, wenn eine Partei eine bereits in der Literatur vertretene und dort auch nachvollziehbar begründete Ansicht einnimmt. Zumal sich nach der oben dargestellten Rechtsprechung die Beurteilung des Rechtsmissbrauchs vor allem am Wissensstand des die Bankgarantie Abrufenden zu orientieren hat, kommt der von der Revisionsrekurswerberin aufgeworfenen Frage keine Berechtigung zu, da die Antragsgegnerin angesichts der genannten Literaturstimmen jedenfalls vertretbar davon ausging, dass auch Bereicherungsansprüche von der Sicherstellung umfasst seien.

Mangels einer Rechtsfrage von der Qualität des § 528 Abs 1 ZPO ist der außerordentliche Revisionsrekurs zurückzuweisen.

**Textnummer**

E123381

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:00800B00140.18Y.1024.000

**Im RIS seit**

06.12.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

23.04.2019

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)