

# Befristete Bankgarantien als Sicherstellung nach § 1170b ABGB

*Alexander Schopper, Innsbruck*

Übersicht:

- I. Problemstellung
- II. Die Entscheidung OGH 3 Ob 134/20g als gedanklicher Ausgangspunkt
- III. Konkretisierung von Zulässigkeitsgrenzen für die Befristung anhand von OGH 6 Ob 113/20s
- IV. Zusage einer Garantieverlängerung
- V. Ergebnisse in Thesen

## I. Problemstellung

Nach § 1170b Abs 2 Satz 1 ABGB kann der Werkunternehmer eine Sicherstellung nach § 1170b Abs 1 ABGB binnen angemessener, von ihm festzusetzender Frist verlangen.<sup>1)</sup> Das Gesetz enthält eine taxative<sup>2)</sup> Aufzählung der in Betracht kommenden Sicherungsmittel. Dem sicherstellungspflichtigen Werkbesteller obliegt es, eines der im Gesetz aufgezählten Sicherungsmittel auszuwählen.<sup>3)</sup> Entspricht die Sicherheit den gesetzlichen Anforderungen, dann hat sie der Werkunternehmer zu akzeptieren. Verweigert er dennoch die Leistung oder tritt er vom Vertrag zurück (§ 1170b Abs 2 ABGB), handelt er vertragswidrig. Entspricht die Sicherheit aber nicht dem Gesetz, dann ist der Werkbesteller seiner Sicherstellungsobliegenheit nicht nachgekommen. Der Werkunternehmer ist in diesem Fall berechtigt, nach § 1170b Abs 2 ABGB vorzugehen (Leistungsverweigerung und Rücktritt unter Nachfristsetzung).

Die gesetzlich aufgezählten Sicherungsmittel sind Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Versicherungen und Bankgarantien. Bankgarantien kommt in der Praxis eine überragende Bedeutung zu. Die praktische Befassung mit § 1170b ABGB-Fällen<sup>4)</sup> lehrt außerdem, dass Werkbesteller in letzter Zeit vermehrt befris-

---

1) *M. Bydlinski* in KBB<sup>6</sup> § 1170b Rz 6; *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1170b Rz 33; *Schopper* in *Klang*<sup>3</sup> § 1170b Rz 98 ff.

2) *M. Bydlinski* in KBB<sup>6</sup> § 1170b Rz 3; *Schopper*, Praktische und dogmatische Hürden beim Recht auf Sicherstellung nach § 1170b ABGB, ZVB 2020, 314 (316); *Karasek*, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> (2016) Rz 1894; *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>5</sup> (2013) 377; *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1170b Rz 24; *Scharmer*, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß 1170b ABGB (2022) 169 ff.

3) *Schopper* in *Klang*<sup>3</sup> § 1170b Rz 66; *Scharmer*, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß 1170b ABGB 169.

4) Die Befassung mit dem gegenständlichen Thema wurde durch mehrere Fälle aus der Praxis angeregt.

tete Bankgarantien als Sicherungsmittel anbieten. Dabei dürfte es sich um eine Reaktion auf zwei aktuelle Entscheidungen des OGH<sup>5)</sup> zu § 1170b ABGB handeln. Auf beide Entscheidungen ist sogleich zurückzukommen. Die Motivation der Befristung scheint in vielen Fällen darin zu bestehen, dass der Werkbesteller das Risiko einer frühzeitigen, womöglich unberechtigten Inanspruchnahme durch den Werkunternehmer minimieren oder sogar ausschließen will. Für den Werkunternehmer führt das auf der anderen Seite dazu, dass ihm die Befristung die Inanspruchnahme der Bankgarantie erschwert bzw in manchen Fällen sogar unmöglich macht.

Vor diesem Hintergrund untersucht der vorliegende Beitrag, ob und gegebenenfalls innerhalb welcher Grenzen die Befristung einer Bankgarantie mit § 1170b ABGB vereinbar ist. Der Beitrag ist Herrn *Matthias Neumayr* gewidmet, der die Redaktion der Zeitschrift für Recht des Bauwesens (ZRB) seit über einem Jahrzehnt mit aktuellen Entscheidungen des OGH aus dem Bauvertragsrecht versorgt. Als herzlicher Dank (nicht nur) dafür lag die Wahl eines bauvertragsrechtlichen Themas nahe.

## II. Die Entscheidung OGH 3 Ob 134/20g als gedanklicher Ausgangspunkt

Unter den Tatbestand der Bankgarantie iSd § 1170b Abs 1 Satz 3 ABGB fällt jedenfalls eine abstrakte und unbefristete Bankgarantie.<sup>6)</sup> Ob und inwieweit eine Bankgarantie mit einer Befristung und/oder mit einer Effektivklausel<sup>7)</sup> ein taugliches und daher vom Werkunternehmer zu akzeptierendes Sicherungsmittel iSd § 1170b ABGB ist, wird im Gesetz nicht geregelt. Auch die Gesetzesmaterialien enthalten diesbezüglich keine klaren Aussagen. Allerdings findet sich in den Materialien zu § 1170b ABGB immerhin der Hinweis, dass eine „*rasche und einfache Verwertbarkeit der Sicherheit*“ jedenfalls gewährleistet sein muss.<sup>8)</sup>

Die Zulässigkeit von Bankgarantien mit Effektivklauseln ist in der Literatur umstritten. Der OGH hat in seiner Entscheidung 3 Ob 134/20g vom 23.9.2020 nach ausführlicher Darstellung des Meinungsstandes entschieden, dass „*eine Bankgarantie mit Effektivklausel zwar nicht jedenfalls als Sicherungsmittel iSd § 1170b ABGB ungeeignet (ist), jedoch dann, wenn ihre Inanspruchnahme durch den Werkunternehmer durch ein für ihren Abruf aufgestelltes Erfordernis ungebührlich erschwert oder gar unmöglich gemacht wird.*“<sup>9)</sup>

Nach mE völlig zutreffender Ansicht des erkennenden 3. Senats war die in diesem Verfahren zu beurteilende Effektivklausel unzulässig. Die Klausel setzte als erste alternative Voraussetzung für den Garantieabruf die Vorlage eines Anerkennnisses des Bestellers oder (als zweite alternative Voraussetzung) die Vorlage eines vom Werkbesteller mitunterfertigten Übernahmeprotokolls voraus.

5) OGH 23.9.2020, 3 Ob 134/20g und OGH 15.9.2020, 6 Ob 113/20s.

6) OGH 23.9.2020, 3 Ob 134/20g (Punkt 16).

7) Eine Effektivklausel liegt vor, wenn der Abruf der Bankgarantie von der Erbringung bestimmter formaler Nachweise abhängig gemacht wird.

8) ErläutRV 1058 B1gNR 22. GP 72.

9) OGH 23.9.2020, 3 Ob 134/20g (Punkt 30); mE zu Unrecht kritisch dazu *Scharmer*, § 1170b ABGB schützt nicht vor Zahlungsunwilligkeit: Plädoyer für die Zulässigkeit von Effektivklauseln in Bankgarantien – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung OGH 3 Ob 134/20g, ZRB 2021, 127 (132 ff).

Eine solche Effektivklausel führt nach zutreffender Ansicht des OGH dazu, dass es der Werkbesteller faktisch in der Hand hat, dem Werkunternehmer den Zugriff auf die Sicherheit zu verwehren. Von einer raschen und einfachen Verwertbarkeit<sup>10)</sup> kann dann keine Rede sein.

Unzulässig war nach zutreffender Ansicht des OGH auch die dritte alternative Voraussetzung der zu prüfenden Effektivklausel. Diese sah die Vorlage eines schriftlichen Sachverständigengutachtens über die vollständige und mangelfreie Werkleistung des besicherten Werkunternehmers vor.<sup>11)</sup> Für unsere Frage ist die Begründung des OGH von besonderem Interesse: Der OGH hält die Effektivklausel deswegen für keine taugliche Sicherstellung iSd § 1170b ABGB, weil die Bankgarantie zusätzlich befristet war. In Verbindung mit dieser Befristung war es für den Werkunternehmer de facto unmöglich, ein solches Sachverständigengutachten über die Mängelfreiheit seiner Leistung einzuholen, weil im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung nicht einmal zweifelsfrei davon ausgegangen werden konnte, dass seine Arbeiten bis zum Ende der Garantiefrist überhaupt beendet sein würden.<sup>12)</sup>

Aus dieser Begründung lässt sich das folgende Zwischenergebnis für die hier zu untersuchende Frage ableiten: Eine Effektivklausel darf weder für sich genommen noch in Verbindung mit einer zusätzlichen Befristung der Bankgarantie dazu führen, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie durch den Werkunternehmer ungebührlich erschwert oder gar unmöglich gemacht wird. Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung, weil der Werkunternehmer zu diesem Zeitpunkt beurteilen können muss, ob er die Sicherheit als gesetzeskonform akzeptiert oder diese als untauglich zurückweist und von seinen Rechten nach § 1170b Abs 2 ABGB Gebrauch macht.

Dieselben Grundsätze müssen auch für die Beurteilung einer bloßen Befristung der Bankgarantie ohne Effektivklausel gelten. Demnach steht § 1170b Abs 1 ABGB einer Befristung der Bankgarantie nicht per se entgegen. Allerdings darf die Befristung nicht so kurz bemessen sein, dass sie den Abruf der Bankgarantie durch den Werkunternehmer ungebührlich erschwert oder gar unmöglich macht.

### III. Konkretisierung von Zulässigkeitsgrenzen für die Befristung anhand von OGH 6 Ob 113/20s

Wann eine Befristung die Inanspruchnahme unmöglich macht oder ungebührlich erschwert, bedarf einer Konkretisierung. Anhaltspunkte dafür liefert mit OGH 6 Ob 113/20s eine weitere aktuelle höchstgerichtliche Entscheidung zu § 1170b ABGB. Demnach<sup>13)</sup> darf der Werkunternehmer eine nach § 1170b bestellte Sicherheit erst bei Fälligkeit des Werklohns und Zahlungsverzug des Werkbestellers verwerten. Das entspricht insoweit auch der hL.<sup>14)</sup>

10) Siehe ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

11) OGH 23.9.2020, 3 Ob 134/20g (Punkt 33).

12) OGH 23.9.2020, 3 Ob 134/20g (Punkt 33).

13) OGH 15.9.2020, 6 Ob 113/20s (Pkt 2.6); kritisch dazu insb *Anderl/Stanke*, Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Sicherstellungen nach § 1170b ABGB bei unberechtigten Einwendungen des Auftraggebers, bauaktuell 2021, 70.

14) Vgl *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1170b Rz 33; *Schopper* in *Klang*<sup>3</sup> § 1170b Rz 113; ebenso *Anderl/Stanke*, bauaktuell 2021, 70 (71).

Nach der ausgesprochen bestellerfreundlichen Ansicht des 6. Senats<sup>15)</sup> darf der Werkunternehmer die Sicherheit aber selbst dann nicht verwerten, wenn der Besteller Einwendungen gegen den Werklohnanspruch erhebt, die sich letztlich als unbegründet herausstellen.<sup>16)</sup> Der einschlägige Rechtssatz lautet wörtlich wie folgt:

„Nach dem klaren Wortlaut des § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB ist die Sicherheit bei Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch – darunter ist vor allem ein Leistungsverweigerungsrecht zu verstehen, das auf gewährleistungsrechtlichen Ansprüchen auf Mängelbehebung beruht – selbst dann aufrecht zu erhalten, wenn die Einwendungen sich als unbegründet erweisen. Auch die ErläutRV (1058 BlgNR 22. GP 72) führen aus, dass die Pflicht zum Ersatz weiterer Kosten erst enden sollte, wenn die Sicherstellung nur noch wegen nicht gerechtfertigter Einwendungen gegen den Entgeltanspruch aufrecht erhalten werden müsse“.<sup>17)</sup>

Dieser Rechtssatz aus OGH 6 Ob 113/20s wurde in der Literatur zwar scharf kritisiert<sup>18)</sup>, erfuhr aber durch OGH 9 Ob 30/21h zumindest als obiter dictum eine erste Bestätigung. Bei näherer Betrachtung ist der Rechtssatz mE wohl zu streng ausgefallen. Unberechtigte Einwendungen des Werkbestellers führen nämlich nicht zur Verschiebung der Fälligkeit des Werklohns bzw stellen keine Grundlage für eine Zug-um-Zug-Einrede nach § 1052 Satz 1 ABGB des Werkbestellers in Bezug auf den Werklohn dar.<sup>19)</sup> Hält der Besteller den Werklohn nur mehr wegen unberechtigter Einwendungen zurück (insb unter Behauptung tatsächlich nicht vorhandener Mängel des Werks), gerät er in Verzug.<sup>20)</sup> Der Werkbesteller hat es dann stets faktisch in der Hand, dem Werkunternehmer den Zugriff auf die Sicherheit durch die Erhebung von unberechtigten Einwendungen zu verwehren. Aus genau diesem Grund hat der 3. Senat, wie oben unter Punkt 2. dargelegt völlig zu Recht, eine Effektivklausel für unzulässig gehalten. Von einer raschen und einfachen Verwertbarkeit<sup>21)</sup> kann generell keine Rede sein, wenn der Besteller den Zeitpunkt der Verwertbarkeit der Sicherheit quasi beliebig verzögern kann. All das spricht mE dafür, dass der Werkunternehmer die Sicherheit bereits verwerten darf, wenn der Besteller den Werklohn nur mehr wegen unberechtigter Einwendungen zurückhält. Dafür spricht auch, dass § 1170b ABGB nach gesicherter und mE zutreffender Rsp<sup>22)</sup> nicht bloß vor der Insolvenz, sondern auch vor bloßer Zahlungsunwilligkeit des Bestellers (also Zahlungsverzug) schützen soll.<sup>23)</sup> Ob sich aus § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB, der nur die Kostentragungspflicht für die Aufrechterhaltung der Sicherheit regelt, wirklich ein valides Argument für ein Verwertungsverbot

15) OGH 15.9.2020, 6 Ob 113/20s (Pkt 2.6); kritisch dazu insb *Anderl/Stanke*, bauaktuell 2021, 70.

16) OGH 15.9.2020, 6 Ob 113/20s (Pkt 2.6).

17) RIS-Justiz RS0133336.

18) *Anderl/Stanke*, bauaktuell 2021, 70 (71).

19) Zu den unterschiedlichen Ansätzen Nichteintritt der Fälligkeit versus Zug-um-Zug-Einrede nach § 1052 Satz 1 ABGB vgl *Schopper* in *Klang*<sup>3</sup> § 1170 Rz 9 und Rz 255 ff.

20) Siehe bereits *Schopper* in *Klang*<sup>3</sup> § 1170b Rz 74.

21) Siehe ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

22) Siehe insb OGH 23.9.2020, 3 Ob 134/20g.

23) Krit *Scharmer*, ZRB 2021, 127 (132 ff); *ders*, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß 1170b ABGB (2022) 186 ff.

auch bei unberechtigten Einwendungen des Werkbestellers ableiten lässt, ist fraglich.<sup>24)</sup>

Bei der in der Praxis häufigen Vereinbarung von Abschlagszahlungen mittels Zahlungsplan (Punkt 8.3.2.1 Abs 1 ÖNORM B 2110) ist zu berücksichtigen, dass die Fälligkeit grundsätzlich 30 Tage nach Rechnungslegung eintritt (Punkt 8.4.1 ÖNORM B 2110). Gleiches gilt für Regierechnungen. Teilschlussrechnungen werden grundsätzlich 60 Tage nach Rechnungseingang fällig (Punkt 8.4.1 ÖNORM B 2110). In all diesen Fällen ist der Werkunternehmer bereits bei Fälligkeit der Abschlags- oder Teilschlussrechnung zur anteiligen Verwertung der Sicherheit gem § 1170b ABGB berechtigt.

Zurück zur Frage der Zulässigkeit einer Befristung der Bankgarantie: Gesetzeskonform ist die befristete Bankgarantie nur dann, wenn bereits im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung zweifelsfrei davon ausgegangen werden kann, dass der Werkunternehmer diese vor Ablauf der Frist verwerten kann.<sup>25)</sup> Ist die Bankgarantie von vornherein so kurz befristet, dass der Fristablauf vor Eintritt der Fälligkeit des Werklohns feststeht, dann wird es dem Werkunternehmer durch die Befristung ex ante (dh im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung) betrachtet faktisch unmöglich gemacht, die Sicherheit zu verwerten. Die Sicherheit entspricht nicht den Anforderungen des § 1170b ABGB.

Allerdings lohnt sich in dem Zusammenhang eine Detailbetrachtung: Maßgebend ist im Regelfall nämlich nicht der vereinbarte Fertigstellungstermin, weil zu diesem Zeitpunkt der Werklohn häufig noch gar nicht fällig sein wird. Sind im Bauvertrag beispielsweise ein Übergabeprocédere und eine anschließende Schlussrechnungslegungslegung vorgesehen, dann wird die Fälligkeit des Werklohns frühestens nach dem Abschluss dieser Schritte eintreten. Eine befristete Bankgarantie ist daher in solchen Fällen nur dann ein geeignetes Sicherungsmittel iSd § 1170b ABGB, wenn die Frist nicht schon vor dem vertraglich vereinbarten Procédere für Übergabe und Schlussrechnungslegung abläuft.<sup>26)</sup>

Geht man von der soeben dargelegten strengen Ansicht der Rsp<sup>27)</sup> aus, wonach der Werkunternehmer die Sicherheit auch dann noch nicht verwerten darf, wenn der Besteller unberechtigte Einwendungen erhebt, hat das Folgen für die Zulässigkeitsgrenzen der Befristung der Bankgarantie: Hat der Werkbesteller gegenüber dem Werkunternehmer bereits gegen den Werklohn Einwendungen auf Grund behaupteter Mangelhaftigkeit des Werkes erhoben bzw sich auf die Zug-um-Zug-Einrede nach § 1052 Satz 1 ABGB berufen oder hat er das ernsthaft angekündigt, dann ist auch dies bei der Beurteilung der Befristung der Bankgarantie zu berücksichtigen. Maßgebend ist, wann aus einer ex ante Sicht mit der Abklärung der erhobenen oder ernsthaft angekündigten Einwendungen des Werkbestellers zu rechnen ist, denn erst dann darf der Werkunternehmer

24) Ausdrücklich auch auf unberechtigte Einwendungen abstellend OGH 15.9.2020, 6 Ob 113/20s; RIS-Justiz RS0133336; *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1170b Rz 33; mit guten Argumenten dagegen *Anderl/Stanke*, bauaktuell 2021, 70 (71 ff); ebenfalls auf § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB verweisend, aber ohne Einbeziehung von unberechtigten Einwendungen *Schopper* in *Klang*<sup>3</sup> § 1170b Rz 113; ähnlich *Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>3</sup> § 1170b Rz 15.

25) OGH 23.9.2020, 3 Ob 134/20g (Punkt 33) zum Parallelproblem bei der Effektivklausel.

26) *Schmidinger*, Die Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b ABGB, bauaktuell 2012, 42 (48); *Bousek*, Bankgarantie nach § 1170b ABGB, ZVB 2019, 272 (Fn 7).

27) RIS-Justiz RS0133336.

die Bankgarantie als Sicherheit verwerten. Die Befristung der Bankgarantie muss daher von Anfang an so bemessen sein, dass zweifelsfrei feststeht, dass sie nicht vor diesem Zeitpunkt ablaufen wird, weil andernfalls der Abruf der Bankgarantie durch den Werkunternehmer ungebührlich erschwert oder gar unmöglich gemacht wird.

Ergibt sich aus den Umständen des konkreten Einzelfalls, dass die Einwendungen des Werkbestellers im Rahmen eines (schieds-)gerichtlichen Verfahrens geklärt werden müssen, dann muss vor dem Hintergrund der bestellerfreundlichen Linie der Judikatur<sup>28)</sup> sichergestellt sein, dass der Werkunternehmer bis zum voraussichtlichen Abschluss des Verfahrens besichert ist. Das lässt sich nur anhand der schwierigen Prognose der voraussichtlichen Verfahrensdauer beurteilen. Die Befristung der Bankgarantie darf mE aber nicht so ausgestaltet sein, dass deren Ablauf vor Abschluss der gerichtlichen Abklärung von vornherein feststeht.

Ist die Befristung der Bankgarantie nach den soeben dargelegten Grundsätzen zu kurz bemessen, dann entspricht die Bankgarantie nicht den Erfordernissen einer Sicherheit iSd § 1170b Abs 1 ABGB. Der Werkbesteller ist seiner gesetzlichen Sicherstellungsobliegenheit nicht nachgekommen. Welche Handlungsoptionen für den Werkunternehmer bestehen, lässt sich am besten anhand von Fallgruppen konkretisieren:

Ist bereits bei der Bestellung der befristeten Bankgarantie als Sicherheit aus einer ex ante Sicht klar erkennbar, dass die Frist zu kurz bemessen ist, weil der Werkunternehmer die Sicherheit vor Fristablauf voraussichtlich gar nicht verwerten darf, dann ist der Werkunternehmer berechtigt, die Bankgarantie als untaugliche Sicherheit abzulehnen. Der Werkbesteller ist dem bereits davor gestellten Sicherstellungsverlangen des Werkunternehmers nicht gesetzeskonform nachgekommen. Der Werkunternehmer kann nach § 1170b Abs 2 ABGB vorgehen.

Hat der Werkunternehmer aber die zu kurz befristete Bankgarantie als Sicherheit akzeptiert und folgt man der strengen Auffassung der Judikatur, dann ist er nicht berechtigt, die Bankgarantie nur deswegen vorzeitig abzurufen, weil der Ablauf der Frist zu befürchten ist. Hier bleibt es bei den strengen, werkbestellerfreundlichen Voraussetzungen der Rsp (Abruf erst bei Fälligkeit des Werklohns und Zahlungsverzug des Werkbestellers). Das ändert freilich nichts daran, dass die Befristung zu kurz und der Besteller daher seiner Sicherstellungsobliegenheit nicht nachgekommen ist. Daher kann der Werkunternehmer jederzeit eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Sicherstellung verlangen.<sup>29)</sup>

Gleiches gilt, wenn sich erst während der Vertragsabwicklung herausstellt, etwa auf Grund von Leistungsfrüherstreckungen wegen Leistungsänderungen (Punkt 7.1 ÖNORM B 2110) oder wegen der Berufung des Bestellers auf § 1052 Satz 1 ABGB, dass die Frist in der Bankgarantie zu kurz bemessen ist. Dann verliert die befristete Bankgarantie nachträglich ihre Eignung als Sicherungsmittel im Sinne von § 1170b ABGB. Auch in einem solchen Fall ist der Werkbesteller dem Sicherstellungsverlangen des Werkunternehmers nicht nachgekommen. Die bestellte Sicherheit muss nämlich zu jedem Zeitpunkt den gesetzlichen Anforderungen des § 1170b ABGB entsprechen. Der Werkunternehmer ist berechtigt, die untauglich gewordene befristete Bankgarantie als

28) RIS-Justiz RS0133336.

29) Schopper<sup>3</sup> § 1170b Rz 68.

Sicherheit nachträglich abzulehnen und den Austausch gegen eine gesetzeskonforme Sicherheit zu begehren. Die Gesetzeskonformität kann grundsätzlich auch durch eine rechtsverbindliche Verlängerung der Befristung erfolgen. Kommt der Besteller diesem Begehren nicht nach, kann der Werkunternehmer die eigene Leistung nach Verstreichen einer für die neuerliche Sicherheitenbestellung angemessenen Frist verweigern und unter Setzung einer Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären (§ 1170b Abs 2 ABGB). Wiederum ist der Werkunternehmer aber mE nicht berechtigt, die Bankgarantie knapp vor Fristablauf vorsorglich abzurufen, etwa nach einer vorangehenden „extend or pay – Aufforderung“, sofern zu diesem Zeitpunkt der Werklohn noch nicht fällig und der Werkbesteller nicht in Verzug ist.<sup>30)</sup> Ein Abruf der Bankgarantie zur Vermeidung des drohenden Fristablaufs vor Fälligkeit des Werklohns kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass der Werkunternehmer damit nur die Bankgarantie in Bargeld umwandelt und damit die Gesetzeskonformität des Sicherungsmittels iSd § 1170b Abs 1 ABGB herstellt. Die Auswahl des Sicherungsmittels obliegt nämlich dem Besteller.

#### IV. Zusage einer Garantieverlängerung

Der Werkbesteller hat im bereits oben erwähnten Fall OGH 3 Ob 134/20g offenbar im Verfahren vorgebracht, dass er die befristete Bankgarantie erforderlichenfalls verlängert hätte. Dies war nach Ansicht des OGH aber nicht ausreichend, weil und sofern eine solche Verlängerungszusage nicht bereits im Zeitpunkt der erstmaligen Sicherheitenbestellung „verbindlich“ (wohl gemeint gerichtlich einklagbar) gegenüber dem Werkunternehmer erfolgt ist.<sup>31)</sup>

Der insofern strengen Linie des OGH ist mE zuzustimmen. Wie bereits erwähnt, obliegt die Wahl des Sicherungsmittels dem Werkbesteller. Es liegt daher auch in seinem Verantwortungs- und Risikobereich, dass das von ihm gewählte Sicherungsmittel den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Ob dies der Fall ist, muss für den Werkunternehmer bereits im Zeitpunkt der Bestellung feststellbar sein. Denn auf dieser Grundlage hat der Werkunternehmer zu entscheiden, ob er von seinen Rechten nach § 1170b Abs 2 ABGB (Leistungsverweigerung und Rücktritt unter Nachfristsetzung) Gebrauch macht.

Ein unklares oder ein unverbindliches Inaussichtstellen einer Verlängerung der befristeten Bankgarantie durch den Werkbesteller reicht schon deswegen nicht aus, weil nicht der Werkbesteller als Garantiefauftraggeber, sondern die Bank als Garant gegenüber dem besicherten Werkunternehmer haftet. Wenn überhaupt, dann müsste eine verbindliche (dh gerichtlich durchsetzbare) Fristverlängerungszusage der Bank vorliegen, um den Anforderungen des § 1170b ABGB zu genügen. Aber auch diesbezüglich ist mE Zurückhaltung geboten. Die Bankgarantie muss stichtagsbezogen im Zeitpunkt der Übergabe an den Werkunternehmer den gesetzlichen Anforderungen des § 1170b ABGB entsprechen. Dies ist nur dann der Fall, wenn feststeht, dass die Frist nicht vor Fälligkeit des Werklohnanspruches abläuft. Diese Voraussetzung ist nur dann erfüllt, wenn in der Bankgarantie von vornherein eine Fristverlängerung für den

30) AA Bousek, ZVB 2019, 272 (Fn 7).

31) OGH 23.9.2020, 3 Ob 134/20g (Punkt 33).

Fall vorgesehen ist, dass der Werkunternehmer die Garantie bei Ablauf der ersten Frist mangels Fälligkeit des Werklohns noch nicht abrufen kann.<sup>32)</sup>

Daher muss sich der Werkunternehmer grundsätzlich nicht mit einer bloß unverbindlichen Zusage einer späteren Verlängerung der Befristung begnügen, und zwar unabhängig davon, ob diese vom Werkbesteller oder von der garantierenden Bank erfolgt.

## V. Ergebnisse in Thesen

Eine Befristung der Bankgarantie als Sicherheit gemäß § 1170b ABGB ist nicht per se unzulässig. Allerdings darf die Befristung nicht so kurz bemessen sein, dass sie den Abruf der Bankgarantie durch den Werkunternehmer ungebührlich erschwert oder gar unmöglich macht.

Ist die Bankgarantie von vornherein so kurz befristet, dass der Fristablauf vor Eintritt der Fälligkeit des Werklohns eintreten wird, dann wird es dem Werkunternehmer durch die Befristung faktisch unmöglich gemacht, die Sicherheit zu verwerten. Eine solche Bankgarantie entspricht nicht den Anforderungen des § 1170b ABGB. Der Werkunternehmer muss eine solche Bankgarantie nicht akzeptieren und kann nach § 1170b Abs 2 ABGB vorgehen (Leistungsverweigerung und Rücktritt unter Nachfristsetzung).

Bei einer zu kurz befristeten Bankgarantie muss sich der Werkunternehmer im Lichte des § 1170b ABGB auch nicht mit einer bloß unverbindlichen Zusage einer späteren Verlängerung der Befristung begnügen. Das gilt unabhängig davon, ob die Fristverlängerung vom Werkbesteller oder von der garantierenden Bank in Aussicht gestellt wird.

---

32) Siehe zur „automatischen“ Garantiefristverlängerung *Peissl*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 67/17d, EvBl 2018/18; *Scharmer*, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß 1170b ABGB 195.