

Die Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b ABGB

Die in fünfjähriger Praxis gewonnenen Erkenntnisse und aufgeworfenen Fragestellungen

Paul Schmidinger



Dr. Paul Schmidinger ist Rechtsanwalt in Wien.

Am 1. 1. 2007 ist mit § 1170b ABGB ein gesetzliches Sicherstellungsrecht von Bauunternehmern gegenüber ihren Auftraggebern eingeführt worden.¹ Die Regiung hat zwischenzeitig in der Praxis Anklang gefunden, jedoch auch so manche Fragestellung aufgeworfen. Aus Anlass des fünfjährigen Bestands soll nunmehr der aktuelle Diskussionsstand zusammengefasst und auf praxisrelevante Fragen eingegangen werden.

1. Regelungsinhalt des § 1170b ABGB

1.1. Höhe und Art der Sicherstellung

Gemäß § 1170b Abs 1 ABGB hat der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage zu einem Bauwerk oder eines Teils hiervon das vertraglich nicht abdingbare Recht, von seinem Auftraggeber eine Sicherstellung zu verlangen. Die Höhe der maximal einzuverlangenden Sicherstellung beträgt im Regelfall 20 %, bei Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, 40 % des vereinbarten Entgelts. Bei der Bemessung der Sicherstellung ist aber auch die Höhe des noch ausstehenden Entgelts zu beachten. Unterschreitet das noch ausstehende Entgelt – beispielsweise aufgrund geleisteter Teilzahlungen – die 20-%- bzw 40-%-Grenze, reduziert sich die Höhe der maximal zustehenden Sicherstellung auf den Betrag des noch ausstehenden Entgelts.² Wurden daher beispielsweise aufgrund von erfolgten Teilzahlungen bereits 85 % des vereinbarten Entgelts bezahlt, beläuft sich der maximal noch zustehende Sicherstellungsbetrag auf den offenen Restbetrag und damit auf 15 % des vereinbarten Entgelts.

Die Feststellung des tatsächlich für die Bemessung heranzuziehenden Entgelts kann in der Praxis jedoch Fragen aufwerfen. Nur bei einer Pauschalpreisvereinbarung kann üblicherweise im Vorhinein die Höhe des vereinbarten Entgelts exakt festgestellt werden.³ Dies aber auch nur dann, wenn es bei der Vertragserfüllung zu keinen Leistungsabweichungen kommt. Beauftragte Zusatzleistungen, Nachträge, entfallene Leistungen oder auch abgerufene Regieleistungen sind nämlich bei der Bemessung des vereinbarten Entgelts zu berücksichtigen.⁴ Bei Einheitspreisverträgen steht die tatsächliche Abrechnungssumme erst nach vollständiger Aufmaßermittlung und damit in der Regel erst mit Legung der Schlussrechnung fest. In diesem Fall wird daher auf den im Angebot regelmäßig enthaltenen geschätzten Endpreis abzustellen sein,⁵ wobei beauftragte Zusatzleistungen

bzw Nachträge, aber auch entfallene Leistungen wiederum zu berücksichtigen sind. Lässt sich auch dem Angebot kein geschätzter Endpreis entnehmen, beispielweise bei Regie- oder Stundenlohnverträgen, ist der endgültige Vergütungsanspruch zu schätzen.⁶ In jedem Fall ist aber zu berücksichtigen, dass die Bemessungsbasis für die Berechnung der Sicherstellung immer das vereinbarte Gesamtentgelt und nicht der durch Abschlagszahlungen allenfalls verringerte Rest davon ist.

Als in Betracht kommende Sicherstellungen zählt § 1170b ABGB Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen auf. Das Wahlrecht, welche der in Betracht kommenden Sicherstellungsmittel herangezogen werden oder ob auch einzelne Sicherstellungsmittel miteinander kombiniert werden, kommt dabei alleine dem Werkbesteller zu.⁷

1.2. Kosten der Sicherstellung

Die Kosten der Sicherstellung hat grundsätzlich der Werkunternehmer zu tragen. Dabei sind jedoch zwei Einschränkungen zu beachten. Zum einen sind die vom Werkunternehmer zu tragenden Kosten der Sicherstellung mit 2 % pro Jahr gedeckelt. Darüber hinausgehende Sicherstellungskosten hat daher der Werkbesteller selbst zu tragen. Zum anderen entfällt gemäß § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB die Kostentragungspflicht gänzlich, wenn die Sicherheit nur mehr wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch aufrechterhalten werden muss und sich die Einwendungen in weiterer Folge als unbegründet erweisen.

1.3. Geltendmachung der Sicherstellung

Die Sicherstellung kann vom Werkunternehmer ab Vertragsabschluss verlangt werden. Die Erbringung von Vorleistungen auf der Baustelle ist somit keine Voraussetzung. Da die Sicherstellung zur Absicherung des noch ausstehenden Entgelts dient, endet das Recht, eine Sicherstellung zu verlangen, auch nicht bereits mit erfolgter Übergabe, sondern erst dann, wenn das vereinbarte Entgelt vollständig be-

1 Handelsrechts-Änderungsgesetz – HaRÄG, BGBl I 2005/120.

2 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 72.

3 Schauer in Krejci, Reform-Kommentar UGB/ABGB (2007) § 1170b ABGB Rz 16.

4 So auch Hartlieb-Lamprechter, Sicherstellung gem § 1170b ABGB, eolex 2010, 223 (226).

5 Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON (2010) § 1170b Rz 17.

6 Hörker (in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 17) empfiehlt für den Fall, dass über die Schätzung zwischen den Parteien kein Einvernehmen erzielt werden kann, eine Schätzung durch einen Sachverständigen vornehmen zu lassen.

7 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 72.

zahlt ist.⁸ Auch nach erfolgter Schlussrechnungslegung und Übergabe kann daher unter der Voraussetzung, dass es noch zu keiner vollständigen Zahlung gekommen ist, eine Sicherstellung verlangt werden. Da die Zulässigkeit des Sicherungsbegehrens nicht auf die Fälligkeit des Werklohns abstellt, sondern lediglich darauf, ob noch ein Entgelt ausständig ist, ändern selbst nach erfolgter Übergabe bestehende Mängel und daraus resultierende Werklohnzurückbehaltungsrechte nichts an dem Recht, eine Sicherstellung zu verlangen.⁹

Die Entscheidung, ob eine Sicherstellung verlangt wird oder ob darauf verzichtet wird, liegt ebenso im alleinigen Ermessen des Werkunternehmers. Ebenso die Frage, ob der maximal zustehende Sicherstellungsbetrag ausgeschöpft oder lediglich ein geringerer verlangt werden soll.

Das Entstehen der Obliegenheit des Werkbestellers,¹⁰ eine Sicherstellung zu leisten, setzt daher zunächst voraus, dass eine solche vom Werkunternehmer verlangt wird.¹¹ Für die Einverlangung der Sicherstellung sieht § 1170b ABGB keine Formvorschriften vor. Eine mündliche Aufforderung, aus der einerseits klar hervorgeht, dass eine Sicherstellung verlangt wird, und aus der andererseits auch hervorgeht, in welcher Höhe und innerhalb welcher Frist diese begehrt wird, ist somit grundsätzlich hinreichend. Aus Dokumentationsgründen ist es aber jedenfalls ratsam, die Aufforderung schriftlich an den Werkbesteller zu richten.¹²

Die Frist, innerhalb der die Sicherstellung zu leisten ist, ist vom Werkunternehmer in der Aufforderung zur Sicherstellung festzusetzen. Die Bestimmung der Frist hat nach objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen, wobei darauf abzustellen ist, welchen Zeitraum der Werkbesteller ohne schuldhafte Verzögerung zur Beschaffung der Sicherheit benötigt.¹³ In der Regel wird jedoch eine Frist von wenigen Tagen als ausreichend anzusehen sein.¹⁴ Setzt der Werkunternehmer eine unangemessen kurze Frist, steht dem Werkbesteller dennoch eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherstellung zu.¹⁵ Die an die Verweigerung der Sicherstellung geknüpften Rechtsfolgen treten daher auch dann, wenn der Werkunternehmer eine zu kurze Frist setzte, frühestens nach Ablauf einer angemessenen Frist ein.

8 M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² (2007) § 1170b Rz 5; darauf Bezug nehmend Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 31 sowie Schauer in Krejci, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 7.

9 Högl/Wiesinger, Offene Fragen zu § 1170b ABGB, JBl 2009, 155 (161).

10 M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB², § 1170b Rz 5 und 7.

11 Schauer in Krejci, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 7.

12 So auch Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 32.

13 Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 33.

14 Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 33; M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB², § 1170b Rz 6. Der im Ministerialentwurf enthaltene Vorschlag einer fixen Frist von 14 Tagen wurde nicht übernommen. Es ist aber davon auszugehen, dass diese Frist, sollten nicht besondere Umstände vorliegen, die eine längere Frist objektiv erforderlich machen, jedenfalls das Kriterium der Angemessenheit erfüllt.

15 Maier-Hülle, § 1170b ABGB – Sinn und Zweck einer zwingenden Sicherstellung für Werkunternehmer bei Bauverträgen, immolex 2007, 230 (232); darauf Bezug nehmend Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 33.

1.4. Rechtsfolgen bei zu Unrecht nicht erlegter Sicherstellung

Kommt der Werkbesteller dem Sicherstellungsbegehren nicht, nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig nach, steht dem Werkunternehmer gemäß § 1170b Abs 2 ABGB ein sofortiges Leistungsverweigerungsrecht zu, ohne dabei in Verzug zu geraten. Je nachdem, in welcher Bauphase die Sicherstellung einverlangt wurde, kann der Werkunternehmer somit den Beginn der Bauarbeiten, deren Fortführung oder – wenn die Sicherstellung erst nach erfolgter Übergabe einverlangt wurde – auch die Mängelbehebung verweigern.¹⁶ Eine solche Leistungsverweigerung wird in der Regel auch Mehrkosten, beispielsweise für Stillstandskosten oder die Baustelleneinrichtung, hervorrufen. Derartige Mehrkosten werden ausschließlich aus Umständen in der Sphäre des Werkbestellers hervorgehoben. Insofern steht dem Werkunternehmer auch gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB für die durch die Leistungsverweigerung hervorgerufenen Mehrkosten ein Anspruch auf angemessenen Ersatz zu.¹⁷

Das Recht, die Leistungserbringung zu verweigern, besteht aber nur so lange, bis der Werkbesteller eine ordnungsgemäße Sicherstellung leistet. Der Werkunternehmer hat daher auch während der Leistungsverweigerung grundsätzlich leistungsbereit zu bleiben.¹⁸ Auch der Vertrag bleibt trotz des Rechts auf Leistungsverweigerung unverändert aufrecht.

§ 1170b Abs 2 ABGB räumt dem Werkunternehmer daher neben dem Leistungsverweigerungsrecht auch das Recht ein, unter Setzung einer weiteren angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung zu erklären. Exakte Vorgaben, wie lange eine solche Nachfrist zu sein hat, lassen sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Wie Hörker allerdings richtig bemerkte, wird bei der Nachfrist eine kürzere Frist als bei der ursprünglichen Aufforderung hinreichend sein, da dem Werkbesteller ohnedies bereits vor Setzung der Nachfrist eine angemessene Frist zur Beibringung der Sicherstellung zu Verfügung stand.¹⁹

Kommt der Werkbesteller auch innerhalb der Nachfrist dem Sicherstellungsbegehren nicht, nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig nach, wird die Vertragsaufhebung wirksam. Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung verweist § 1170b ABGB ausdrücklich auf § 1168 Abs 2 ABGB. Damit soll entsprechend den Erläuterungen klargestellt werden, dass nach erfolgter Vertragsaufhebung der Entgeltanspruch des Werkunternehmers wie in den Fällen des § 1168 Abs 2 ABGB zu behandeln ist.²⁰ Insofern gebührt dem Unternehmer der Entgeltanspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB und damit das gesamte Entgelt abzüglich dessen, was sich der Unternehmer durch das Unterbleiben der Arbeit erspart hat oder er durch anderweitige Verwendung erworben oder

16 Högl/Wiesinger, JBl 2009, 160.

17 So auch Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 35.

18 Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 35.

19 Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 36.

20 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 72.

absichtlich zu erwerben verabsäumt hat.²¹ Dieser Entgeltanspruch wird mit erfolgter Vertragsaufhebung und damit nach Ablauf der gesetzten Nachfrist fällig.²²

Gerade die zuletzt genannte Rechtsfolge kann für einen Werkbesteller, der die Leistung einer Sicherstellung unterlässt, besonders nachteilige Folgen nach sich ziehen. Wie oben dargelegt, kann der Anspruch auf Sicherstellung auch nach bereits erfolgter Übernahme geltend gemacht werden, wenn der Werkbesteller beispielsweise aufgrund bestehender Mängel den Werklohn zur Gänze oder auch nur teilweise zurückbehält. Kommt es in einem solchen Fall aufgrund einer unterlassenen Sicherstellung zu einer Vertragsaufhebung, steht dem Unternehmer mit Wirksamkeit der Vertragsaufhebung der Entgeltanspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB zu. Eine Verpflichtung zur Behebung der bestehenden Mängel besteht aufgrund der erfolgten Vertragsaufhebung nicht mehr. Der Eigenaufwand des Werkunternehmers für die Mängelbehebung ist aber bei der Bemessung des dem Werkunternehmer zustehenden Entgelts nach § 1168 Abs 1 ABGB zu berücksichtigen, da er sich diesen aufgrund der Vertragsaufhebung erspart.²³ Der Werkbesteller schuldet in diesem Fall daher das volle Entgelt abzüglich des ersparten Eigenaufwands des Unternehmers für die Behebung der Mängel. Dieser Eigenaufwand wird jedoch erfahrungsgemäß erheblich unter den Kosten einer Mängelbehebung im Wege der Ersatzvornahme liegen. Diese Differenz müsste der Werkbesteller nach erfolgter Vertragsaufhebung letztendlich selbst tragen. Eine unterlassene Sicherstellung kann somit erhebliche finanzielle Konsequenzen für den Werkbesteller nach sich ziehen.

1.5. Von der Verpflichtung zur Sicherstellung ausgenommene Werkbesteller

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind von der Sicherstellungsobliegenheit gemäß § 1170b ABGB ausgenommen. Diese Ausnahme ist jedoch streng auszulegen und bezieht sich nicht auf ausgliederte Rechtsträger, die in Rechtsformen des Privatrechts organisiert sind (zB GmbH oder auch AG).²⁴ In den Erläuterungen wird diese Ausnahme damit begründet, dass bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts kein Insolvenzrisiko bestehe, das eine Sicherstellung rechtfertigen würde. Es ist aber zu bezweifeln, dass es sich dabei tatsächlich um den einzigen Hintergrund dieser Ausnahmeregelung handelt. Naheliegender wäre jedenfalls, dass die öffentliche Hand im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens ihre Interessen effektiver durchsetzen konnte als andere und es auch deshalb zu dieser für sie zweifelsohne günstigen Ausnahmeregelung gekommen ist.

21 Schopper, Sicherstellung bei Bauverträgen – der neue § 1170b ABGB, JAP 2006/2007, 53 (57); Schauer in Krejci, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 19; Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 36.

22 Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 36.

23 Högl/Wiesinger, JBl 2009, 160.

24 Schopper, JAP 2006/2007, 54; Schauer in Krejci, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 5; Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 13; Wiesinger, Sicherstellung bei Bauverträgen – § 1170b ABGB, bbl 2007, 1 (2).

Neben juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind auch Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 und Abs 3 KSchG von der Sicherstellungsobliegenheit gemäß § 1170b ABGB ausgenommen. Als Verbraucher gelten diejenigen Personen, für die ein Geschäft nicht zum Betrieb eines Unternehmens gehört. Auch Gründungsgeschäfte, die vor Aufnahme des Betriebs eines Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür getätigt werden, sind von der Sicherstellungsobliegenheit ausgenommen. Begründet wird diese Ausnahme damit, dass Verbraucher durch Bauvorhaben finanziell oftmals bis an die Grenzen ihrer Belastbarkeit angespannt sind, weshalb ihnen eine zusätzliche Belastung durch Sicherstellungserfordernisse nicht zugemutet werden soll. Auch wurde davon ausgegangen, dass sich Werkunternehmer bei Verbrauchern ohnedies leichter durch die Vereinbarung von Vorleistungspflichten absichern können.²⁵

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Sicherstellungsobliegenheit auch Generalunternehmer gegenüber deren Subunternehmern trifft. Dabei ist es unbeachtlich, ob der Generalunternehmer selbst gegenüber seinem Werkbesteller eine Sicherstellung verlangen kann. Ein Generalunternehmer, der für eine juristische Person öffentlichen Rechts tätig ist, hat somit selbst kein Recht, eine Sicherstellung gegenüber seinem Werkbesteller zu verlangen, sein Subunternehmer kann von ihm aber trotzdem eine Sicherstellung fordern.²⁶

2. Hintergrund der Sicherstellungsobliegenheit bei Bauverträgen

Hauptzielsetzung der mit § 1170b ABGB eingeführten Sicherstellungsobliegenheit ist – entsprechend den Erläuterungen²⁷ – eine Verminderung der im Bau- und Baunebengewerbe bestehenden Insolvenzrisiken. Der bestehende Regelungsbedarf in diesem Bereich ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass entsprechend dem sachenrechtlichen Grundsatz „*superficies solo cedit*“ das Eigentum an der Bauleistung im Regelfall bereits mit der erfolgten festen Verbindung der Bauleistung mit dem Grundstück an den Grundeigentümer übergeht. Ein Eigentumsvorbehalt (der ohnedies auch nur hinsichtlich der verwendeten Materialien möglich wäre) zur Absicherung vor Insolvenzrisiken des Bestellers kann daher im Bau- und Baunebengewerbe in den meisten Fällen nicht wirksam vereinbart werden.²⁸ Auch die Möglichkeit, die Leistung erst Zug um Zug gegen Zahlung herauszugeben, kommt bei Bauleistungen aufgrund der festen Verbindung mit Grund und Boden nicht in Betracht. Im Insolvenzfall des Bestellers hat der Bauunternehmer sohin keine Möglichkeit, die von ihm erbrachten Bauleistungen zurückzunehmen und anderweitig zu verwerten. Es verbleibt ihm somit lediglich die Insolvenzforderung.

Wie Schauer richtig anmerkt, besteht im Bau- und Baunebengewerbe darüber hinaus auch noch

25 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 72.

26 Schopper, JAP 2006/2007, 53.

27 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 72.

28 Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1170b Rz 1.

die Problematik, dass Bauunternehmen erfahrungsgemäß ein vergleichsweise geringes Eigenkapital aufweisen.²⁹ Bei einem Zahlungsverzug des Bestellers besteht somit auch beim Bauunternehmer selbst ein erhöhtes Insolvenzrisiko. Diese Situation wird nochmals dadurch verschärft, dass dem Werkbesteller bei Vorhandensein auch nur weniger Mängel ein Werklohnzurückbehaltungsrecht zusteht.³⁰ Vor diesem Hintergrund werden in den Erläuterungen ausschließlich Vermögenswerte, die eine rasche und günstige Verwertung ermöglichen, als hinreichende Sicherstellung angesehen. Dies deutet laut *Schauer* darauf hin, dass der Werkunternehmer auch die Möglichkeit zur Befriedigung aus der Sicherstellung ohne Mitwirkung des Werkbestellers haben soll. Insbesondere eigenkapital-schwache Werkunternehmer sollen dadurch davor geschützt werden, dass Besteller aufgrund behaupteter Mängel – seien sie auch noch so gering – den Werklohn über längere Zeit zurückhalten, um so letztendlich nicht gerechtfertigte Preisnachlässe durchzusetzen.³¹

3. Für welche Leistungen kann eine Sicherstellung verlangt werden?

3.1. Der Anwendungsbereich des § 1170b ABGB

Sowohl aus der systematischen Einordnung des § 1170b ABGB³² als auch aufgrund der erfolgten Klarstellungen in den Erläuterungen³³ ergibt sich zunächst, dass eine Sicherstellung ausschließlich bei Vorliegen eines Werkvertrages verlangt werden kann. Handelt es sich um Kaufverträge, beispielsweise über den Ankauf von Baumaterialien, oder auch um die Erbringung von Dienstleistungen, besteht somit keine Sicherstellungsobliegenheit.

Gegenstand des Werkvertrages muss darüber hinaus die Herstellung eines Bauwerks, einer Außenanlage zu einem Bauwerk oder eines Teils hiervon sein. Als Bauwerk wurde in der Literatur „jede durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache“³⁴ angesehen. In den Erläuterungen werden als unter diese Kategorie fallend explizit die Herstellung oder Planung eines Hauses, die Renovierung einer Wohnung, Verträge über Installationen oder Verträge über Malerarbeiten genannt.

Unter Außenanlagen zu einem Bauwerk versteht man Grundstücksflächen, die in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit einem Bauwerk stehen und die auch seinem Zweck dienen.³⁵ Als

darunter zu subsumierende Leistungen nennen die Erläuterungen Grabungs- und Gartenarbeiten sowie den Bau einer Sportanlage oder eines Schwimmbads.³⁶

Als Teil eines Bauwerks oder einer Außenanlage wird wiederum angesehen, was mit einem Bauwerk oder einer Außenanlage in fester mechanisch-technischer oder eventuell auch organischer Verbindung steht.³⁷ Die Erläuterungen nennen dazu beispielhaft die Errichtung eines Kamins, den Einbau einer Solaranlage, die Planung einer Heizungsanlage oder auch die Installation einer Wegbeleuchtung.³⁸

Entsprechend der in den Erläuterungen vorgenommenen Aufzählung von Leistungen lässt sich erkennen, dass der Anwendungsbereich des § 1170b ABGB durchaus weit auszulegen ist. Dennoch wurde insbesondere in Hinblick auf Planungsleistungen teilweise hinterfragt, ob sie in den Anwendungsbereich des § 1170b ABGB fallen.

3.2. Sicherstellungsobliegenheit bei Planungsleistungen?

Wie bereits oben festgehalten, fällt entsprechend den Erläuterungen die Planung eines Bauwerks ebenso in den Anwendungsbereich des § 1170b ABGB wie auch die Planung einer Heizungsanlage. Trotz dieser unmissverständlichen Klarstellung wurde das Bestehen einer Sicherstellungsobliegenheit teilweise mit der Begründung verneint, dass es sich bei Planungsverträgen in der Regel um Werklieferungsverträge handelt. Der planende Architekt oder Statiker habe daher seine Pläne grundsätzlich nur Zug um Zug gegen Zahlung des Werklohns herauszugeben. Auch sei ein Architekt, der ein Bauwerk plant, das in der Folge nicht errichtet wird, kein Unternehmer eines Bauwerks und damit bereits vom Wortlaut der Norm nicht erfasst. Ob das Bauwerk nach diesen Plänen dann auch tatsächlich errichtet wird, würde sich darüber hinaus in der Regel erst nach Abwicklung des Architektenvertrages und somit nach der Fälligkeit des Werklohns herausstellen, was im Ergebnis für eine generelle Herausnahme von Planungsleistungen aus dem Anwendungsbereich des § 1170b ABGB sprechen würde.³⁹ Auch urheberrechtliche Überlegungen könnten für eine Herausnahme von Planungsleistungen aus dem Anwendungsbereich des § 1170b ABGB sprechen. Ein Architekt kann die Zahlung seines Honorars nämlich auch dadurch absichern, dass er die Übertragung der für die Bauführung erforderlichen Werknutzungsrechte von der vollständigen Zahlung des Planerhonorars abhängig macht.

Wesentlich gewichtiger erscheinen dem Verfasser jedoch die Argumente, die für eine Einbeziehung von Planungsleistungen in den Anwendungsbereich des § 1170b ABGB sprechen. Wie bereits

29 *Schauer* in *Krejci*, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 10.

30 Dieser Problematik war sich der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren auch durchaus bewusst. Insofern hat der Ministerialentwurf auch eine letztendlich nicht übernommene Novellierung des § 1170 Abs 2 ABGB vorgeschlagen, durch die das Werklohnzurückbehaltungsrecht bei vorliegenden Mängeln auf die Höhe des Dreifachen der für die Verbesserung erforderlichen Kosten, zumindest aber 20 % des vereinbarten Entgelts, beschränkt werden hätte sollen; vgl den Entwurf eines HaRÄG, 10.000k/276 – I.3/2003.

31 *Schauer* in *Krejci*, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 10.

32 *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON, § 1170b Rz 3.

33 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 72.

34 *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON, § 1170b Rz 4, Bezugnehmend auf *Angst*, Die rechtliche Behandlung von Überbauten, ÖJZ 1972, 119.

35 *Schopper*, JAP 2006/2007, 54.

36 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 72.

37 *Schopper*, JAP 2006/2007, 54 mit Verweis auf *Wolff* in *Klang*, ABGB VP, 108 zum Tatbestandsmerkmal des Gebäudeteils gemäß § 1319 ABGB.

38 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 72.

39 *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON, § 1170b Rz 7; ebenso eine Anwendung des § 1170b ABGB auf Planungsleistungen ablehnend *M. Bydlinski* in *Kozioł/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB², § 1170b Rz 2.

Panholzer richtig anmerkte, werden Planungsleistungen im Regelfall angepasst für ein bestimmtes Grundstück oder Bauvorhaben erbracht.⁴⁰ Selbst wenn ein Architekt daher mit seinem Bauherrn vereinbart, dass Planungsleistungen ausschließlich Zug um Zug gegen Zahlung herausgegeben werden, wäre für den Architekten dadurch nichts gewonnen, da die Planungsleistungen ausschließlich in Zusammenhang mit dem entsprechenden Grundstück oder Gebäude verwertbar sind. Im Falle der Insolvenz des Bestellers kann der Architekt seine Leistungen daher an keinen Dritten liefern und wird letztendlich ebenso wie auch ein Bauunternehmer nur die Insolvenzquote erhalten.

Auch kommt es in der Praxis kaum vor, dass Planungsleistungen erst Zug um Zug gegen Zahlung herausgegeben werden. Im Regelfall sehen Planerverträge nämlich vor, dass Zahlungen erst unter der Voraussetzung der erfolgten Prüfung und Freigabe der Planungsleistung zu leisten sind.

Auch die oben angestellten urheberrechtlichen Überlegungen rechtfertigen eine Herausnahme von Planungsleistungen aus dem Anwendungsbereich des § 1170b ABGB nicht. Zum einen setzt das Entstehen eines urheberrechtlichen Schutzes das Vorliegen einer originellen Gestaltung eines Werks der Baukunst, die Verwirklichung einer künstlerischen Raumvorstellung, einen ausreichenden Gestaltungsspielraum sowie ein Abheben vom Alltäglichen, Landläufigen und üblicherweise Hervorgebrachten voraus. Ist der Gestaltungsspielraum geringer, muss sich die Gestaltung deutlicher abheben und es bedarf eines ästhetischen Gehalts oder eines künstlerisch-geistigen Formgedankens.⁴¹ Bei einem Großteil der architektonischen Planungsleistungen besteht daher gar kein urheberrechtlicher Schutz. Hinzu kommt, dass Planungsleistungen, die insbesondere technische Lösungen wiedergeben und keinen ästhetischen Gehalt aufweisen oder keinen künstlerisch-geistigen Formgedanken zum Ausdruck bringen, wie beispielsweise sämtliche Fachplanungsleistungen, niemals über urheberrechtlichen Schutz verfügen können. Aber selbst wenn urheberrechtlicher Schutz besteht, ändert dies nichts an der Problematik, dass die Planungsleistungen im Regelfall ausschließlich in Zusammenhang mit dem entsprechenden Grundstück oder Gebäude verwertbar sind und daher eine anderweitige Verwertung kaum möglich ist.

Auch teleologische Überlegungen sprechen daher dafür, dass auch bei der Erbringung von Planungsleistungen eine Sicherstellungsobliegenheit des Bestellers besteht.⁴²

Keine Sicherstellungsobliegenheit besteht jedoch bei Verträgen über die Erbringung von Leistungen der örtlichen Bauaufsicht, der Projektsteuerung oder auch der begleitenden Kontrolle. In diesen Fällen liegen nämlich in der Regel keine Werkverträge vor, womit eine Grundvoraussetzung für die Heranziehung des § 1170b ABGB fehlt. Bei gemischten Verträgen, wie dies beispielsweise bei einem Generalplanervertrag der Fall ist, ist daher zu prüfen, ob die werkvertraglichen Leistungen (zB Architektur- oder Fachplanungsleistungen) oder die werkvertragsfremden Leistungen (zB örtliche Bauaufsicht oder Projektsteuerung) überwiegen. Überwiegen die werkvertraglichen Elemente, besteht auch bei gemischten Verträgen ein Recht auf Sicherstellung nach § 1170b ABGB.⁴³

4. Die in Betracht kommenden Sicherstellungsmittel

4.1. Die im Gesetz ausdrücklich erwähnten Sicherstellungsmittel

Als Sicherstellung sollen entsprechend den Erläuterungen ausschließlich Vermögenswerte in Frage kommen, die eine rasche und günstige Verwertung ermöglichen. § 1170b Abs 1 ABGB nennt diesbezüglich explizit Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien und Versicherungen. Die Erläuterungen, in denen festgehalten wird, dass als Sicherstellungen nur die oben aufgezählten Sicherstellungsmittel heranzuziehen sind, aber auch der Wortlaut des Gesetzestextes sprechen dafür, dass es sich bei dieser Aufzählung um eine abschließende und damit taxative handelt.⁴⁴

Als Sicherstellungsmittel ausdrücklich abgelehnt werden in den Erläuterungen bewegliche Sachen oder auch Hypotheken. In diesen Fällen geht der Gesetzgeber offensichtlich davon aus, dass eine rasche und günstige Verwertung nicht möglich ist. Weitere Vorgaben zu den in Betracht kommenden Sicherstellungsmitteln lassen sich weder dem Gesetzestext noch den Erläuterungen entnehmen. Insbesondere fehlen exakte Vorgaben zur Ausgestaltung der jeweiligen Sicherstellungsmittel. Es verwundert daher kaum, dass die Fragen, wie als Sicherstellungsmittel herangezogene Bankgarantien gesetzeskonform auszugestalten sind und welche Arten von Versicherungen in Betracht kommen, kontrovers diskutiert werden. Die Beantwortung dieser Fragen setzt in einem ersten Schritt eine Abklärung voraus, ob die in den Materialien geforderte „rasche und günstige Verwertungsmöglichkeit“ ausschließlich sicherstellen soll, dass

40 *Panholzer*, Die Anwendbarkeit des § 1170b ABGB, Erfahrungen seit der Einführung 2007 und die damit verbundenen Problemstellungen in der Praxis, bbl 2009, 83 (84).

41 OGH 4. 9. 2007, 4 Ob 62/07g.

42 Die Sicherstellungsobliegenheit bei Planungsleistungen ebenso bejahend: *Panholzer*, bbl 2009, 83 ff; *Schopper*, JAP 2006/2007, 55 (allerdings mit der Einschränkung, dass sich die Planungsleistung materiell bereits in einer Bautätigkeit realisiert haben muss); *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 155 ff; *Schauer* in *Krefci*, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 3, der jedoch anmerkt, dass bei Planungsleistungen kein Materialverlust droht und daher das Insolvenzrisiko geringer sei, im Ergebnis aber dennoch eine Anwendung des § 1170b ABGB bejaht, da der Gesetzeswortlaut nicht nur auf Werklieferungsverträge, sondern auf Werkverträge schlechthin abstellt.

43 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 72.

44 Eine abschließende Aufzählung der Sicherstellungsmittel bejahend: *M. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB², § 1170b Rz 3; *Maier-Hülle*, immolex 2007, 233; *Kietaibl* in *Schwimmann*, ABGB-Taschenkommentar (2010) § 1170b Rz 7; *Hörker* in *Kietecha/Schauer*, ABGB-ON, § 1170b Rz 24; das Vorliegen einer abschließenden Aufzählung in Frage stellend: *Bollenberger*, Zum Inhalt der Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b neu ABGB: Muss der Besteller faktisch ein Vorleistungsrisiko tragen? RdW 2006, 199 (201); *Milchrahm*, Die gesetzliche Sicherstellung bei Bauverträgen (§ 1170b ABGB) und die Sicherstellungsabrede im Werkvertrag, bbl 2007, 167 (169), der allerdings vermutet, dass die Rechtsprechung aufgrund des klaren Wortlauts des § 1170b Abs 1 Satz 3 ABGB von einer taxativen Aufzählung ausgehen wird.

eine rasche Befriedigung im gesicherten Umfang möglich ist, bei der der Werkunternehmer keinem weiteren Insolvenzrisiko ausgesetzt ist, oder ob darüber hinaus auch eine jederzeitige Verwertungsmöglichkeit ohne weiteres Zutun des Werkbestellers sichergestellt werden sollte.⁴⁵

4.2. Zielsetzung der Sicherstellung

Betrachtet man die Entstehungsgeschichte des § 1170b ABGB, fällt zunächst auf, dass der der Bestimmung zugrunde liegende Ministerialentwurf eine Beschränkung der Verwertungsmöglichkeiten vorsah. Konkret wäre die Verwertung der Sicherstellung nur unter der Voraussetzung zulässig gewesen, dass über das Vermögen des Werkbestellers ein Insolvenzverfahren eröffnet, ein Antrag auf Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Vermögens abgewiesen oder der Werkbesteller durch ein gerichtliches Urteil erster Instanz zur Leistung der gesicherten Forderung verpflichtet worden ist.⁴⁶ Diese Einschränkung der Verwertungsmöglichkeit wurde jedoch vom Gesetzgeber nicht übernommen. Dies spricht zunächst dafür, dass eine Einschränkung der Verwertungsmöglichkeit auf den Insolvenzfall oder auf das Vorliegen eines gerichtlichen Urteils nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

Weiters ist zu beachten, dass der Ministerialentwurf durch eine vorgeschlagene Novellierung des § 1170 ABGB das Werklohnzurückbehaltungsrecht bei mangelhafter Leistungserbringung auf die Höhe des Dreifachen der für die Verbesserung erforderlichen Kosten, zumindest aber 20 % des vereinbarten Entgelts, beschränken wollte. Auch dieser Vorschlag wurde nicht übernommen. Es ist daher zu vermuten, dass der Gesetzgeber als Ausgleich dafür, dass er das Werklohnzurückbehaltungsrecht des Werkbestellers in vollem Umfang aufrechterhielt, dem Werkunternehmer im Baubereich (in dem es regelmäßig zu Werklohneinhalten aufgrund strittiger Mängel kommt) die Möglichkeit einräumen wollte, Sicherstellungen ohne weitere Mitwirkung des Bestellers in Anspruch zu nehmen. Das von *Schauer* angesprochene und aufgrund der unterlassenen Novellierung des § 1170 ABGB auch weiterhin bestehende Bedrohungsszenario, dass der Werkbesteller unter Berufung auf möglicherweise geringfügige oder auch gar nicht dem Werkunternehmer zuordenbare Mängel den gesamten Werklohn zurückbehält,⁴⁷ wäre dadurch etwas entschärft. Bei ungerechtfertigtem Werklohneinhalten könnte der Werkunternehmer nämlich auf die Sicherstellung zugreifen und zumindest in Höhe der Sicherstellung Befriedigung erlangen.

Eine solche Auslegung steht auch in Einklang mit der erklärten Zielsetzung des § 1170b ABGB, das bestehende Insolvenzrisiko im Bau- und Baunebengewerbe einzudämmen. Könnte eine geleistete Sicherstellung nämlich trotz Zahlungsverzugs des Werkbestellers nicht verwertet werden, käme es hinsichtlich des Insolvenzrisikos auf Seiten des Werkunternehmers zu keinerlei Verbesserung.

Es spricht daher viel dafür, dass der Gesetzgeber durch die Nichtübernahme der im Ministerialentwurf vorgeschlagenen Einschränkung der Verwertungsmöglichkeiten dem Werkunternehmer eine rasche und einfache Verwertung der Sicherstellung ohne Mitwirkung des Werkbestellers ermöglichen wollte. Um dies zu erreichen, wurde offensichtlich auch die Gefahr einer pflichtwidrigen Verwertung der Sicherheit durch den Werkunternehmer in Kauf genommen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Sicherstellung lediglich einen Bruchteil des Werklohnanspruchs abdeckt, wodurch diese Gefahr wieder etwas relativiert wird.⁴⁸

Gegen diese Auffassung wird insbesondere eingewandt, dass gemäß § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB die Kostentragungspflicht des Werkunternehmers für die Sicherstellung entfällt, wenn die Sicherheit nur mehr wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich in weiterer Folge als unbegründet erweisen. Daraus wird abgeleitet, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass nicht in jedem Fall eine rasche Verwertung der Sicherstellung möglich sein muss. Andernfalls könnte bei einer unbegründeten Einwendung ohnedies die Sicherstellung in Anspruch genommen werden und es bestünde kein Bedarf für eine gesonderte Kostentragungsregelung.⁴⁹ Dabei wird jedoch übersehen, dass gerade bei Bauverträgen oft Situationen eintreten, in denen im Vorhinein für beide Parteien oft nur schwer abschätzbar ist, ob Einwendungen gegen die Fälligkeit des Werklohns zu Recht oder zu Unrecht erhoben werden. Um eine ungerechtfertigte Verwertung der Sicherstellung zu vermeiden, die unter Umständen auch zu strafrechtlichen Konsequenzen führen könnte,⁵⁰ muss ein redlicher Werkunternehmer in einem solchen Fall mit der Verwertung bis zur endgültigen Klärung des Sachverhalts zuwarten. Stellt sich schließlich heraus, dass die Einwendungen zu Unrecht erhoben wurden, hat gemäß § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB der Werkbesteller die Kosten für die dadurch länger aufrechterhaltene Sicherstellung zu tragen. Die Zulässigkeit der Vereinbarung einer Verwertungsbeschränkung, durch die die Inanspruchnahme der Sicherstellung von der Mitwirkung des Bestellers oder beispielsweise vom Vorliegen eines gerichtlichen Urteils abhängig gemacht wird, kann aber daraus nicht abgeleitet werden.

Auch wird argumentiert, dass durch § 1170b ABGB lediglich eine Absicherung gegen eine Insolvenz des Werkbestellers vorgenommen werden soll. Die Möglichkeit einer raschen und einfachen Verwertung der Sicherstellung bei Zahlungsverzug des Werkbestellers ohne Vorliegen des Insolvenzfalls würde daher gar nicht der Zielsetzung des § 1170b ABGB entsprechen. Als Hauptargument

48 *Schauer* in *Krejšci*, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 13.

49 *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 159; darauf Bezug nehmend *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON, § 1170b Rz 23.

50 Die missbräuchliche Abrufung einer Bankgarantie (vor Eintritt des Garantiefalls) zum Schaden des Garantieauftraggebers oder der Bank erfüllt den Tatbestand der Untreue (§ 153 StGB); vgl OGH 6. 9. 1994, 14 Os 92/94 (14 Os 98/94).

45 *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON, § 1170b Rz 21 ff.

46 Entwurf eines HaRÄG, 10.000k/276 – I.3/2003.

47 *Schauer* in *Krejšci*, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 13.

dafür wird § 1170b Abs 3 ABGB und die darin vorgesehene Ausnahme für juristische Personen des öffentlichen Rechts angeführt⁵¹ sowie die den Erläuterungen dafür zu entnehmende Begründung, dass bei Körperschaften des öffentlichen Rechts kein Insolvenzrisiko bestehe, das eine Sicherstellung rechtfertigen würde. Ob das mangelnde Insolvenzrisiko jedoch der alleinige Hintergrund dieser Ausnahmebestimmung ist oder ob auch andere Gründe, wie beispielsweise eine effektive Interessendurchsetzung der öffentlichen Hand im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens, ausschlaggebend für diese Ausnahmebestimmung waren, ist jedoch zu hinterfragen. *Hartlieb-Lamprecht* weist darauf hin, dass im Ministerialentwurf die Verwertung der Sicherstellung an das Vorliegen des Insolvenzfalls geknüpft war. Dagegen dürfte die öffentliche Hand argumentiert haben, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht insolvent werden können, was schließlich zur Aufnahme des Ausnahmetatbestands geführt haben dürfte. Als im Gesetzgebungsverfahren die Verwertungsbeschränkung entfiel, wurde jedoch verabsäumt, die von der öffentlichen Hand reklamierte Ausnahmebestimmung wieder herauszunehmen.⁵² Nicht zuletzt hielt auch der OGH in seiner Entscheidung vom 19. 12. 2007, 3 Ob 211/07m, ausdrücklich fest, dass die Inanspruchnahme der Sicherstellung nach § 1170b ABGB nicht auf die Insolvenz des Werkbestellers beschränkt ist.⁵³ Auch aus der Ausnahmebestimmung für juristische Personen des öffentlichen Rechts lässt sich daher nicht ableiten, dass der Gesetzgeber lediglich eine Sicherstellung für den Insolvenzfall des Werkbestellers normieren wollte und dass daher die Vereinbarung einer Verwertungsbeschränkung zulässig ist, durch die die Inanspruchnahme vom Eintritt eines Insolvenzfalls abhängig gemacht wird.

Die besseren Gründe sprechen somit dafür, dass der Gesetzgeber mit der Herausnahme der ursprünglich im Ministerialentwurf vorgesehenen Verwertungsbeschränkung und durch die Beschränkung der Sicherstellungsmittel auf solche, die eine rasche und günstige Verwertung ermöglichen, zum Ausdruck bringen wollte, dass eine rasche und einfache Verwertung ohne weitere Mitwirkung des Werkbestellers sichergestellt sein muss.

4.3. Ausgestaltung von Bankgarantien

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen stellt daher eine Bankgarantie, die ausschließlich bei Vorliegen eines gerichtlichen Urteils oder im Insolvenzfall in Anspruch genommen werden kann, keine hinreichende Sicherstellung im Sinne des § 1170b ABGB dar. Bei Zahlungsverzug des Werkbestellers wäre nämlich für den Werkunternehmer bei einer solchen Sicherstellung eine rasche und sichere Befriedigung durch Verwertung nicht möglich.

Hinzu kommt, dass Bankgarantien im Regelfall auch nur zeitlich befristet ausgestellt werden. Wird für den Eintritt des Garantiefalls das Vorlie-

gen eines gerichtlichen Urteils verlangt, kommt daher die Problematik hinzu, dass sich gerade Bauprozesse teilweise über mehrere Jahre ziehen. Aufgrund der zeitlichen Befristung der Bankgarantie kann daher der Fall eintreten, dass im Zeitpunkt des Urteils die Bankgarantie bereits abgelaufen ist. Eine Verlängerung der Sicherstellung würde der Mitwirkung des Werkbestellers bedürfen, die gerade während eines anhängigen Gerichtsverfahrens nur schwer zu erlangen sein wird. Eine zeitlich befristete Bankgarantie, die keine Möglichkeit einer Inanspruchnahme durch den Werkunternehmer für den Fall vorsieht, dass die Bankgarantie bei einem anhängigen Gerichtsverfahren trotz Aufforderung zur Verlängerung nicht zeitgerecht verlängert wird, ist daher – selbst wenn man den obigen Ausführungen nicht folgt – keinesfalls eine hinreichende Sicherstellung im Sinne des § 1170b ABGB.

Eine zeitlich befristet ausgestellte abstrakte Bankgarantie kann auch dann ein unzulässiges Sicherstellungsmittel darstellen, wenn die Laufzeit zu kurz bemessen ist. Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Laufzeit ist auf den Einzelfall abzustellen, wobei die Laufzeit den vorgesehenen Übernahmetermin um zumindest den Zeitraum, der bei großzügiger Bemessung für die Schlussrechnungslegung, die Rechnungsprüfung und den Eintritt der Fälligkeit zu veranschlagen ist, überschreiten müsste.⁵⁴

4.4. In Betracht kommende Versicherungen

Geht man davon aus, dass eine Sicherstellung nur dann als hinreichend anzusehen ist, wenn sie bei Zahlungsverzug des Werkbestellers ohne dessen Mitwirkung rasch und günstig zur Befriedigung herangezogen werden kann, stellen auch Kreditversicherungen keine hinreichende Sicherstellung im Sinne des § 1170b ABGB dar. Eine Kreditversicherung ermöglicht dem gesicherten Gläubiger nämlich nicht bereits mit Bestehen einer fälligen Werklohnforderung die Befriedigung, sondern weist eine der Ausfallsbürgschaft vergleichbare Subsidiarität auf, da der Versicherungsfall üblicherweise erst mit Eintritt einer Insolvenz oder bei erfolglosen Zwangsvollstreckungen eintritt.⁵⁵

Zulässig sind jedoch Kautionsversicherungen, bei denen sich die Versicherung gegenüber dem Versicherungsnehmer zur Übernahme einer Garantie verpflichtet.⁵⁶

5. Stellen Erfüllungsgarantien des Werkbestellers eine Umgehung des § 1170b ABGB dar?

Das Recht auf Sicherstellung kann gemäß § 1170b Abs 1 Satz 2 ABGB nicht abbedungen werden. In den Erläuterungen wird dazu präzisierend festgehalten, dass die Sicherstellung bei Bauwerken zwingend ist und daher darauf auch nicht verzichtet werden kann. Es besteht jedoch keine Verpflichtung des Werkunternehmers, von diesem Recht auch tatsächlich Gebrauch zu machen. Ebenso

51 *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 159.

52 *Hartlieb-Lamprecht*, *ecolx* 2010, 225.

53 *Panholzer*, *bbl* 2009, 85.

54 Vgl dazu auch *Panholzer*, *bbl* 2009, 87.

55 *Schauer* in *Krejci*, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 12.

56 So auch *Schauer* in *Krejci*, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 12.

wird es entsprechend den Erläuterungen für zulässig erachtet, wenn eine andere geeignete, zumindest eine vergleichbare oder auch höhere Rechtsposition verschaffende Sicherstellung vereinbart wird.⁵⁷ Dem Recht des Werkunternehmers, eine Sicherstellung zu verlangen, kommt somit relativ zwingender Charakter zu.⁵⁸

Vereinbaren die Vertragsparteien eine Sicherstellung, die hinter den Anforderungen des § 1170b ABGB zurückbleibt, hat der Werkunternehmer weiterhin das Recht, eine § 1170b ABGB gerecht werdende Sicherstellung zu verlangen. In solchen Fällen wird allerdings die Ansicht vertreten, dass die den Anforderungen des § 1170b ABGB entsprechende Sicherstellung erst Zug um Zug gegen Rückstellung der minderwertigen Sicherstellung zu leisten ist. Da bei Vereinbarung einer minderwertigen Sicherstellung der Werkunternehmer bei Vertragsabschluss darüber hinaus beim Werkbesteller das Vertrauen geweckt hat, dass auch die minderwertige Sicherstellung akzeptiert wird, hat der Werkunternehmer in solchen Fällen auch gestützt auf *culpa in contrahendo* die mit dem Austausch der Sicherheit verbundenen Kosten zu tragen.⁵⁹

Einen Verstoß gegen die Unabdingbarkeit des § 1170b ABGB liegt aber nicht nur dann vor, wenn eine minderwertige Sicherstellung vereinbart wird, sondern auch dann, wenn die Inanspruchnahme der Sicherstellung erschwert wird. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn an die Einverlangung der Sicherstellung Rechtsfolgen geknüpft werden, die den Werkunternehmer davon abhalten sollen, eine solche zu verlangen. Zu denken wäre hier an die Vereinbarung einer Strafzahlung für den Fall, dass eine Sicherstellung verlangt wird, oder auch die Vereinbarung eines Rücktrittgrundes des Werkbestellers, wenn der Werkunternehmer eine Sicherstellung verlangt. Ebenso ist auch eine Klausel, wonach eine Sicherstellung nur unter der Voraussetzung verlangt werden kann, dass der Werkunternehmer vorab eine Sicherstellung in eben dieser Höhe beibringt, wohl unzulässig.

Differenzierter stellt sich die Situation bei einer Klausel dar, nach der der Werkunternehmer, wenn er eine Sicherstellung verlangt, automatisch dazu verpflichtet wird, eine Erfüllungsgarantie zu leisten. Wie *Högl/Wiesinger* richtig anmerken, käme es durch eine solche Klausel grundsätzlich zu keiner Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 1170b ABGB.⁶⁰ Die Sicherstellungsobliegenheit besteht nämlich unabhängig davon, ob eine Vorleistung erbracht wird oder nicht. Hinzu kommt, dass die Vereinbarung einer Erfüllungsgarantie unstrittigerweise zulässig ist, dies sogar dann, wenn

der Werkunternehmer selbst gar keine Sicherstellung verlangt. Sie müsste daher erst recht zulässig sein, wenn eine solche Verpflichtung nur dann entsteht, wenn der Werkunternehmer selbst vorab ein Sicherstellungsverlangen stellt. Im Ergebnis ist aber dennoch *Högl/Wiesinger* zuzustimmen, wenn sie eine solche Klausel als unzulässig ansehen, da dadurch unzulässiger Druck auf den Unternehmer ausgeübt wird, von einem Sicherstellungsverlangen Abstand zu nehmen.

Unstrittig ist jedoch, dass die Vereinbarung einer vom Werkunternehmer zu leistenden Vertragserfüllungsgarantie, deren Einverlangung nicht mit der Aufforderung zur Sicherstellung verknüpft wird, zulässig ist. Eine Vertragserfüllungsgarantie dient dem Interesse des Werkbestellers, die ordnungsgemäße Vertragserfüllung durch den Werkunternehmer abzusichern. Das Interesse des Werkunternehmers auf Werklohnsicherstellung besteht unabhängig davon und wird durch die Vereinbarung einer Vertragserfüllungsgarantie nicht tangiert. Die Vereinbarung einer Vertragserfüllungsgarantie, wie sie beispielsweise unter Punkt 8.7.1 der ÖNORM B 2110 in der Fassung vom 1. 3. 2011 vorgesehen ist, steht somit in Einklang mit § 1170b ABGB.⁶¹ Durch die bloße Vereinbarung einer Vertragserfüllungsgarantie – ohne vereinbarte Verknüpfung mit der Einverlangung einer Sicherstellung – wird nämlich keinerlei Druck auf den Werkunternehmer ausgeübt, auf ein Verlangen nach Sicherstellung zu verzichten.

Fazit

Das Recht, eine Sicherstellung nach § 1170b ABGB zu verlangen, hat in Hinblick auf die im Bau- und Baunebengewerbe bestehenden Insolvenzrisiken zweifelsohne eine Verbesserung bewirkt. Auch wenn es sich dabei um kein einklagbares Recht des Werkunternehmers handelt, kann die Nichtbefolgung einer Aufforderung zur Sicherstellung erhebliche nachteilige finanzielle Konsequenzen für den Werkbesteller nach sich ziehen. Als Werkbesteller sollte man sich daher davor hüten, eine Aufforderung zur Sicherstellung zu negieren. Da der Gesetzeswortlaut in einigen Bereichen, insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung des Anwendungsbereichs, aber auch der konkreten Ausgestaltung der in Frage kommenden Sicherstellungen, Auslegungsspielraum offenlässt, kam es in den vergangenen Jahren zu kontroversen Diskussionen. Auch wenn zwischenzeitlich die Literatur durchaus taugliche Lösungsansätze gefunden hat, wird die letztendliche Klärung dieser Fragen jedoch der derzeit noch fehlenden Rechtsprechung vorbehalten bleiben.

57 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 72.

58 Schopper, JAP 2006/2007, 57; Schauer in *Krejci*, Reform-Kommentar, § 1170b ABGB Rz 20; Hörker in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON, § 1170b Rz 38.

59 *Rebhahn/Kietzabl* in *Schwimmann*, ABGB³, § 1170b Rz 2; darauf Bezug nehmend Hörker in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON, § 1170b Rz 39.

60 *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 164.

61 *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 164; *Maier-Hülle*, immoLex 2007, 232.