

# AUFsätze

## Die Zulässigkeitsgrenzen vertraglicher Vereinbarungen zu § 1170b ABGB

Übertitelt mit „Sicherstellung bei Bauverträgen“ stellt § 1170b ABGB dem Bauwerkunternehmer ein (einseitig) zwingendes Sicherstellungsrecht zur Seite. Aus unterschiedlichen Gründen können die Bauvertragsparteien bestrebt sein, konkretisierende oder modifizierende Regelungen bezüglich dieses Sicherstellungsrechts in den Vertrag aufzunehmen. Der Beitrag untersucht die Zulässigkeitsgrenzen solcher Vereinbarungen vor dem Hintergrund des allgemeinen Problems der Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen zu (einseitig) zwingenden Normen.

**Deskriptoren:** Sicherstellung, Unabdingbarkeit, einseitig zwingend, Vereinbarung, Vertrag, AGB, Umgehung, Rechtszwang, Privatautonomie, Bauvertrag, Bauhandwerkersicherung, Missbrauch, Verwertung; §§ 879, 1170, 1170b, 1373 ABGB, § 648a BGB.

Von Florian Skarics

### 1. Einleitung

Gem § 1170b ABGB kann der Bauwerkunternehmer<sup>1</sup> vom Besteller für den noch ausstehenden Werklohn eine Sicherstellung von bis zu 20%, in besonderen Fällen 40%,<sup>2</sup> des vereinbarten Entgelts verlangen. In Anlehnung an die deutsche Bauhandwerkersicherung des § 648a BGB soll diese – durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG) 2005<sup>3</sup> eingeführte – Bestimmung die Insolvenzrisiken im Bau- und Baunebengewerbe vermindern.<sup>4</sup> Auf formlose Aufforderung des Werkunternehmers hat der Werkbesteller binnen angemessener, vom Werkunternehmer festzusetzender Frist Sicherstellung zu leisten. Die Auswahl der Sicherungsmittel obliegt dem sicherstellungspflichtigen Werkbesteller. Als zulässige Sicherungsmittel zählt das Gesetz Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien und Versicherungen auf. Kommt der Werkbesteller seiner Sicherstellungsobliegenheit nicht oder nicht ausreichend nach, kann der Werkunternehmer gem § 1170b Abs 2 ABGB seine Leistung verweigern und in weiterer Folge unter Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten. In der Praxis hat sich gezeigt, dass die Werkvertragsparteien häufig bestrebt sind, die aus diesem gesetzlichen

Sicherstellungsrecht resultierenden Rechte und Pflichten abzuändern bzw zu konkretisieren. Während der Werkunternehmer auf eine rasche und günstige Verwertung der Sicherheit im Falle des Verzugs des Werkbestellers hinwirkt (bspw durch Vereinbarung eines bestimmten Sicherungsmittels), ist der Werkbesteller häufig versucht, durch vertragliche Regelungen den Werkunternehmer davon abzuhalten, von seinem Sicherstellungsrecht Gebrauch zu machen. Die Sicherstellungsobliegenheit gem § 1170b ABGB und der damit einhergehende Verlust an Liquidität und Druckmitteln ist nämlich vielen Werkbestellern „ein Dorn im Auge“. Außerdem soll der Werkbesteller – für den Fall, dass Sicherstellung zu leisten ist – vor missbräuchlicher Inanspruchnahme der Sicherstellung geschützt werden.

In Anbetracht des Spannungsverhältnisses dieser Bestrebungen der Bauvertragsparteien mit der Unabdingbarkeit<sup>5</sup> des § 1170b ABGB, untersucht dieser Beitrag, inwieweit vertragliche Regelungen zu § 1170b ABGB zulässig sind. Durch eine in verschiedene Anwendungsfälle gegliederte Aufarbeitung dieser Problematik sollen unter Berücksichtigung der verschiedenen Lehrmeinungen vorzugswürdige Lösungsvorschläge unterbreitet werden.

### 2. Unabdingbarkeit

Das Recht, Sicherstellung zu verlangen, ist gem § 1170b Abs 1 S 2 ABGB unabdingbar, es kann also weder in AGB noch durch Individualvereinbarung darauf verzichtet werden. Vertragliche Regelungen entgegen dieser Bestimmung sind gem § 879 ABGB nichtig. Dass der Werkunternehmer, wie in den Gesetzesmaterialien beschrieben, nicht von seinem gesetzlichen Recht Ge-

1 Genauer „der Unternehmer eines Bauwerkes, einer Außenanlage zu einem Bauwerk oder eines Teils hiervon“ – siehe § 1170b Abs 1 S 1 ABGB.

2 Bei kurzfristig zu erfüllenden Verträgen (bis zu drei Monate).

3 BGBl I 2005/120.

4 ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

5 Siehe dazu sogleich Pkt 2.

brauch machen muss,<sup>6</sup> ergibt sich bereits aus der Natur eines subjektiven Rechts.<sup>7</sup>

In den Materialien wird den Werkvertragsparteien jedoch eingeräumt, „eine andere geeignete, zumindest eine vergleichbare Rechtsposition verschaffende oder eine höhere als die gesetzliche Sicherstellung zu vereinbaren“.<sup>8</sup> Aus dieser Erwägung wird geschlossen, dass das Recht auf Sicherstellung *einseitig zwingend* ist, also nur zugunsten des Werkunternehmers abgeändert werden darf.<sup>9</sup> Eine derartige Regelung, welche einem Unternehmer zwingenden Schutz bietet, ist äußerst untypisch für das ABGB. Insb als das Sicherstellungsrecht gem § 1170b ABGB auch noch gegenüber Verbrauchern gelten sollte,<sup>10</sup> war umstritten, ob eine derartige Schutzbestimmung zugunsten des Unternehmers überhaupt erforderlich ist. Doch auch jetzt, da § 1170b ABGB nur noch im B2B-Verhältnis Anwendung findet, ist die Erforderlichkeit dieser Bestimmung fraglich.<sup>11</sup> Unter Einschränkung der Privatautonomie wird nämlich eine von zwei grundsätzlich ebenbürtigen Vertragsparteien zwingend protegiert, wodurch auch die Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs beeinträchtigt wird.

Wird entgegen dieser Unabdingbarkeit gem § 1170b Abs 1 S 2 ABGB eine geringere oder eine sonst den Unternehmer schlechterstellende Sicherheit vereinbart, kann trotzdem Sicherstellung im gesetzlichen Ausmaß verlangt werden.<sup>12</sup> Vertragliche Regelungen bezüglich der Sicherstellung bei Bauverträgen gem § 1170b ABGB sind somit unzulässig, wenn diese den Werkunternehmer unmittelbar oder mittelbar in seinem gesetzlich eingeräumten Recht auf Sicherstellung beeinträchtigen. In weiterer Folge sollen die Grenzen zulässiger Vereinbarungen anhand verschiedener umstrittener Anwendungsfälle abgesteckt werden.

### 3. Vereinbarungen bezüglich des Sicherstellungsrechts des Werkunternehmers

Der relativ zwingende Charakter des gesetzlichen Sicherstellungsrechts steht einer gesonderten vertragli-

chen Sicherungsabrede der Beteiligten nicht entgegen. Dies bereitet keine Probleme, zumal dadurch das Sicherstellungsrecht gem § 1170b ABGB gar nicht tangiert wird.<sup>13</sup> Vertragliche Bestimmungen zum Sicherstellungsrecht des Unternehmers können somit entweder eine Konkretisierung des gesetzlichen Sicherstellungsrechts oder eine selbständige vertragliche Sicherungsabrede darstellen.<sup>14</sup>

Der Sinn einer selbständigen vertraglichen Sicherungsabrede besteht va darin, die teilweise als unzulänglich empfundenen Rechtsfolgen der Nichtbestellung der Sicherheit zu modifizieren. Aufgrund dessen eigenständiger Rechtsgrundlage kann nämlich das vertragliche Sicherungsrecht gerichtlich durchgesetzt werden, wogegen § 1170b ABGB bloß eine Obliegenheit des Werkbestellers begründet. Ein weiterer Vorteil eines vertraglichen Sicherstellungsrechts ergibt sich daraus, dass ein solches auch mit Verbrauchern vereinbart werden kann.<sup>15</sup>

Diffiziler zu beurteilen und deshalb vertieft zu behandeln ist die Frage der Zulässigkeit von Vertragsbestimmungen, welche eine Konkretisierung des gesetzlichen Sicherstellungsrechts bezwecken.<sup>16</sup> Hier muss bezüglich jeder Bestimmung geprüft werden, ob die Vereinbarung nicht unzulässigerweise zulasten des Unternehmers vom gesetzlichen Sicherstellungsrecht abweicht.

### 4. Sicherstellungsrecht des Werkbestellers

Im Ministerialentwurf zum HaRÄG war noch – neben dem Sicherstellungsanspruch des Werkunternehmers – ein subsidiärer, bedingter Sicherstellungsanspruch des Werkbestellers vorgesehen.<sup>17</sup> In der Regierungsvorlage hingegen war diese Bestimmung nicht mehr enthalten. Warum der Gesetzgeber dieses Recht des Werkbestellers gestrichen hat, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen.

Der Entfall dieses gesetzlichen Sicherstellungsrechts des Werkbestellers hindert die Vertragsparteien aber nicht, vertraglich ein Sicherstellungsrecht zugunsten des Werkbestellers einzuräumen. Dies könnte bspw durch Individualvereinbarung oder durch Vereinbarung der ÖNORM B 2110, welche solch ein Sicherstellungsrecht

6 So die ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

7 Schauer in Krejci, Reform-Kommentar ABGB, § 1170b Rz 20.

8 ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

9 ZB Schopper, Sicherstellung bei Bauverträgen – der neue § 1170b ABGB, JAP 2006/2007, 53 (57); Schauer in Krejci, Reform-Kommentar ABGB, § 1170b Rz 20; Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 38.

10 Siehe die diesbezügliche Kritik zum Ministerialentwurf von Kolba/Bitriol, „Giftzähne“ für den Konsumentenschutz – Kritik am Entwurf für neues Handelsrecht, ecolex 2004, 98.

11 Siehe Maier-Hülle, § 1170b ABGB – Sinn und Zweck einer zwingenden Sicherstellung für Werkunternehmer bei Bauverträgen, immolex 2007, 230 (230 f).

12 Rebban/Kietaibl in Schwimann, Ergänzungsband (2007), § 1170b Rz 2; Högl/Wiesinger, Offene Fragen zu § 1170b ABGB, JBl 2009, 155 (162).

13 Milchrahm, Die gesetzliche Sicherstellung bei Bauverträgen (§ 1170b) und die Sicherungsabrede im Werkvertrag, bbl 2007, 167 (175).

14 Vgl Milchrahm, bbl 2007, 167 (170); Högl/Wiesinger, JBl 2009, 155 (163).

15 Rebban/Kietaibl in Schwimann, Ergänzungsband (2007), § 1170b Rz 3.

16 Siehe hiezu insb Pkt 6.

17 Entwurf eines Handelsrechts-Änderungsgesetzes, JMZ 10.000K/27-L.3/2003, 34; vgl B. Jud, Sicherstellung bei Bauverträgen, ecolex 2004, 12 (15).

des Werkbestellers (in der Diktion der ÖNORM B 2110 des „AG“) in ihrem Pkt 8.7.1 vorsieht, erfolgen. Ob dies in der vertraglichen Praxis tatsächlich vereinbart wird, hängt natürlich von der Marktmacht der Beteiligten und deren Verhandlungsgeschick ab.

Die Zulässigkeit eines gegenläufigen Sicherstellungsrechts des Werkbestellers ergibt sich daraus, dass dadurch das Sicherstellungsrecht des Werkunternehmers nicht eingeschränkt wird. Wie es aber noch zu zeigen gilt, darf das Sicherungsrecht des Werkbestellers nicht an das Sicherstellungsverlangen des Werkunternehmers gem § 1170b ABGB geknüpft werden (siehe dazu Pkt 5.3).

## 5. Regelungen zum Sicherungsverlangen des Werkunternehmers

### 5.1. Form

§ 1170b ABGB nimmt bezüglich der Form des Sicherungsverlangens durch den Werkunternehmer keine Einschränkungen vor. Ohne vertragliche Regelungen reicht also auch ein mündliches Verlangen nach Sicherstellung, um die Sicherstellungsobliegenheit des Werkbestellers zu bewirken. Bei dem Sicherstellungsverlangen handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.<sup>18</sup>

Es stellt sich die Frage, ob eine vertragliche Regelung, die dem Werkunternehmer vorschreibt, ein etwaiges Sicherungsverlangen schriftlich zu stellen, gültig ist. Da weder § 1170b ABGB selbst, noch die Gesetzesmaterialien abweichende Bestimmungen ausdrücklich verbieten, scheint eine solche Regelung keine Probleme zu bereiten. Zwar wird durch das (strengere) Schriftlichkeitsanfordernis zulasten des Werkunternehmers vom gesetzlichen Leitbild abgewichen, jedoch schränkt dies das Recht, Sicherstellung zu verlangen, nicht unzulässig iSd § 1170b ABGB ein. Wird also von den Vertragsparteien vereinbart, dass ein etwaiges Sicherungsverlangen des Werkunternehmers schriftlich zu erfolgen hat, steht dies nicht im Widerspruch zur Unabdingbarkeit des § 1170b ABGB. Nur wenn das Sicherungsverlangen den konkret vereinbarten Formvorschriften gerecht wird, wird dadurch die Sicherstellungsobliegenheit des Werkbestellers (inkl der Rechtsfolgen bei Nichtbestellung der Sicherheit) begründet.

Vertragliche Regelungen bezüglich der Form des Sicherungsverlangens sind somit zulässig, zum Teil wird sogar Schriftlichkeit empfohlen.<sup>19</sup> Strengere Formvorschriften<sup>20</sup> könnten zwar (aufgrund der verursachten Kosten und des zeitlichen Aufwandes) sehr wohl das

Recht, Sicherstellung zu verlangen, unangemessen einschränken, dies dürfte aber in der Praxis keine Rolle spielen.

### 5.2. Zeitliche Regelungen

Dem Gesetzestext zufolge kann der Werkunternehmer ab Vertragsschluss Sicherstellung verlangen.<sup>21</sup> Da zwischen Vertragsschluss und Baubeginn oft eine lange Zeit liegen kann und das bauspezifische Vorleistungsrisiko den Unternehmer erst ab Baubeginn trifft, könnte das Bedürfnis der Parteien (va des Werkbestellers) bestehen, die Geltendmachung des Sicherstellungsrechts einzuschränken – zB das Recht mit Baubeginn aufschiebend zu bedingen. Auch derartige Regelungen stehen naturgemäß in einem Spannungsverhältnis mit dem zwingenden Charakter des § 1170b ABGB.<sup>22</sup> Schopper will dieser Problematik mit einer einschränkenden Auslegung des § 1170b ABGB begegnen,<sup>23</sup> Bollenberger sowie Rebhan/Kietaibl wollen diese Gegebenheiten in die Bewertung der Angemessenheit einer Frist zur Sicherstellung miteinfließen lassen.<sup>24</sup>

Im Ergebnis könnten ähnliche Rechtsfolgen auch dadurch herbeigeführt werden, dass nicht das Recht Sicherstellung zu verlangen an sich aufgeschoben wird, sondern, dass die (sogleich) zu bestellende Sicherheit besonders ausgestaltet wird. Bspw könnte eine aufschiebend bedingte Bankgarantie als Sicherheit geleistet werden, bei welcher die Wirksamkeit der Garantieabrede (nicht der Eintritt des Garantiefalles) von bestimmten Voraussetzungen – konkret: vom Beginn der faktischen Bautätigkeit – abhängig gemacht wird.<sup>25</sup> Die Zulässigkeit einer derartigen Sicherstellung ist aber in Anbetracht der Unabdingbarkeit des § 1170b ABGB fraglich.<sup>26</sup> Zumindest der Zweck der Bestimmung – der Schutz des grundsätzlich vorleistungspflichtigen Werkunternehmers – lässt hier eine solche Sicherstellung zulässig erscheinen.<sup>27</sup>

18 Wiesinger, bbl 2007, 1 (4).

19 Högl/Wiesinger, JBl 2009, 155 (163); Wiesinger, bbl 2007, 1 (4).

20 ZB Formvorschriften, welche die Beteiligung eines Notars vorsehen.

21 Vgl im Gegensatz dazu das Sicherstellungsrecht des Werkbestellers gem Pkt 8.7.1 der ÖNORM B 2110, wonach erst ab vereinbartem Beginn der Bautätigkeiten Sicherstellung verlangt werden kann – siehe bspw Wenusch, ÖNORM B 2110<sup>2</sup> Rz 8/377.

22 Siehe bspw Schopper, JAP 2006/2007, 53 (57).

23 Schopper, JAP 2006/2007, 53 (57).

24 Bollenberger, Zum Inhalt der Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b neu ABGB: Muss der Besteller faktisch ein Vorleistungsrisiko tragen? RdW 2006, 199 (201) FN 12; Rebhan/Kietaibl in Schwimann, Ergänzungsband (2007), § 1170b Rz 9.

25 RIS-Justiz RS0108394; zuletzt OGH 16.2.2006, 6 Ob 305/05d.

26 Zur besonderen Ausgestaltung der Sicherungsmittel siehe Pkt 6.

27 Vgl Schopper, JAP 2006/2007, 53 (57).

### 5.3. Beschränkungsversuche

Da die Bestellung einer Sicherheit für den Werkbesteller Risiken birgt, Finanzierungsprobleme bereiten kann und auch Unannehmlichkeiten verursacht, wird in der Praxis zum Teil versucht, den Werkunternehmer davon abzuhalten, von seinem Sicherstellungsrecht Gebrauch zu machen.

Aus der relativ zwingenden Natur des § 1170b ABGB ergibt sich, dass ein simpler vertraglicher Ausschluss des Sicherstellungsrechts des Werkunternehmers jedenfalls unwirksam ist. Deshalb wird zum Teil vertraglich festgelegt, dass, sofern der Werkunternehmer von seinem Recht auf Sicherstellung Gebrauch macht, auch dem Werkbesteller ein Sicherstellungsanspruch zusteht. Das gesetzliche Recht auf Sicherstellung wird dadurch nicht entgegen § 1170b Abs 1 S 2 ABGB ausgeschlossen, sondern vielmehr ausdrücklich anerkannt.<sup>28</sup> Fraglich ist aber, ob die Verknüpfung des Sicherstellungsrechts mit einer gegenläufigen Vertragserfüllungssicherheit die Ausübung des Sicherstellungsrechts derart beeinträchtigt, dass dies gem § 1170b Abs 1 S 2 ABGB unzulässig ist. Da dem Werkunternehmer durch diese Regelung eine „bedingte, im Gesetz nicht vorgesehene Verpflichtung“ träfe, würde diese quasi eine „Strafsanktion“ darstellen.<sup>29</sup> Durch eine derartige Verknüpfung gegenseitiger Sicherungspflichten wird das Recht des Werkunternehmers, Sicherstellung zu verlangen, beeinträchtigt. Dies widerspricht dem Schutzzweck des § 1170b ABGB und ist mit dessen Unabdingbarkeit nicht vereinbar.<sup>30</sup> Eine dementsprechende Regelung ist somit unwirksam. Auch in der dhL wird eine derartige Verknüpfung gegenseitiger Sicherungspflichten als unzulässiger Versuch der Umgehung des § 648a Abs 7 BGB (Unabdingbarkeit) angesehen.<sup>31</sup> Zum Teil wird auch vereinbart, dass durch das Sicherstellungsverlangen vertraglich eingeräumte Begünstigungen des Werkunternehmers wieder wegfallen. So könnte bspw bestimmt werden, dass, falls der Werkunternehmer Sicherstellung verlangt, Pkt 8.3.2.1 der ÖNORM B 2110 (welcher eigentlich Vertragsinhalt wäre) nicht zur Anwendung kommt. Pkt 8.3.2.1 der ÖNORM B 2110 gewährt dem Unternehmer ein Recht auf Abschlagszahlungen während der Bauführung, ohne, dass es wie in § 1170 ABGB darauf ankommt, ob

das Werk in gewissen Abteilungen errichtet wird.<sup>32</sup> Die Zulässigkeit einer solchen Regelung ist zweifelhaft. Auch die deutsche Lehre konnte sich in gleichgelagerten Fällen (bezüglich § 16 VOB/B) noch nicht auf einen Standpunkt einigen.<sup>33</sup> Für die Rechtmäßigkeit wird angeführt, dass dem Werkunternehmer durch diese Vereinbarung „keine zusätzliche, im Gesetz nicht vorgesehene Verpflichtung“ auferlegt wird.<sup>34</sup> Außerdem könnte für die Zulässigkeit sprechen, dass sowohl die Abschlagszahlungen als auch das Sicherstellungsrecht (ua) bezwecken, das Vorleistungsrisiko zu vermindern. Begehrt der Werkunternehmer Sicherheit gem § 1170b ABGB, soll ihm nicht noch zusätzlich ein Recht auf Abschlagszahlungen zukommen – der Besteller wäre somit, abweichend von der gesetzlichen Regelung, doppelt belastet. Gegen die Zulässigkeit spricht, dass der Werkunternehmer sein eigentlich zwingendes Recht nur durch Aufgabe einer vertraglich eingeräumten Rechtsposition geltend machen kann. Dies stellt mE ein faktisches Hindernis dar, welches geeignet ist, den Werkunternehmer von der Geltendmachung seines Rechts abzuhalten,<sup>35</sup> weshalb die Zulässigkeit solcher Regelungen zu verneinen ist.<sup>36</sup>

## 6. Konkretisierung des Sicherungsverhältnisses

### 6.1. Beschränkung der zulässigen Sicherungsmittel

Entgegen § 1373 ABGB bestimmt § 1170b ABGB, dass als zulässige Sicherungsmittel bloß Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen infrage kommen. Das Wahlrecht zwischen diesen Sicherungsmitteln steht dem Werkbesteller zu. Eine vertragliche Einschränkung dieses Wahlrechts (Ausschluss einzelner Sicherungsmittel) oder auch eine Einigung auf ein bestimmtes Sicherungsmittel ist zulässig.<sup>37</sup> Da § 1170b

28 Högl/Wiesinger, JBl 2009, 155 (164); Schmidinger, Die Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b ABGB, bau aktuell 2012/2, 42 (49).

29 Oberhauser, Inwieweit kann § 648a BGB durch vertragliche Regelungen modifiziert werden? BauR 2004, 1864 (1865).

30 Ebenso Högl/Wiesinger, JBl 2009, 155 (164); Schmidinger, bau aktuell 2012/2, 42 (49).

31 Siehe bspw Schmitz in Kniffka, Bauvertragsrecht, § 648a Rz 154; Jagenburg in Beck'scher VOB/B-Kommentar<sup>2</sup>, Vor § 2 Rdnr 405 f; Oberhauser, BauR 2004, 1864 (1865).

32 Wenusch, ÖNORM B 2110<sup>2</sup> Rz 8/158; siehe auch Lang, Die ÖNORM B 2110 Ausgabe 1. 1. 2009 (Teil VI), ZVB 2010/138, 472 (475).

33 Befürwortend Oberhauser, BauR 2004, 1864 (1867); Jousen in Ingenstau/Korbion, VOB<sup>16</sup>, Anhang 2 Rdnr 210a; LG München I 8.2.2005, 110 15194/04, IBR 2005, 201; negierend Hofmann, Allgemeine Geschäftsbedingungen zu § 648a und Abwicklungsfragen in der Insolvenz, BauR 2006, 763 (764 f); Schmitz in Kniffka, Bauvertragsrecht, § 648a Rz 154.

34 Oberhauser, BauR 2004, 1864 (1868).

35 Vgl Hofmann, BauR 2006, 763 (765); aA LG München I 8.2.2005, 110 15194/04, IBR 2005, 201.

36 Auch Högl/Wiesinger, JBl 2009, 155 (162) halten Regelungen, welche das Sicherstellungsverlangen des Werkunternehmers mit „belastenden vertraglichen Verpflichtungen verbinden“ grundsätzlich für unzulässig, wenn diese Verpflichtungen „quasi als Strafsanktion vorgesehen [sind] und dadurch ein Sicherstellungsbegehren faktisch (wenn auch nicht rechtlich) weitgehend ausgeschlossen wird [...]“.

37 HM; siehe bspw Schauer in Krejci, Reform-Kommentar ABGB, § 1170b Rz 20; M. Bydliński in Koziol/Bydliński/Bollenberger,

ABGB nur nicht zulasten des Werkunternehmers abgeändert werden darf (relative Unabdingbarkeit) und durch solche Vereinbarungen lediglich das Wahlrecht des Bestellers eingeschränkt wird, ist dieses Vorgehen legitim.

## 6.2. Vereinbarung anderer Sicherungsmittel

Ob die Vertragsparteien einvernehmlich ein anderes als die in § 1170b ABGB aufgezählten Sicherungsmittel vereinbaren können, ist umstritten. Die hL erachtet die Aufzählung der zulässigen Sicherungsmittel als taxativ; zum Teil wird aber vermutet, dass Bürgschaften vergessen wurden.<sup>38</sup> Die Miteinbeziehung der Bürgschaften begründet *Bollenberger* unter Verweis auf die (seiner Meinung nach zulässigen) akzessorischen Kreditversicherungen damit, dass das Gesetz keine abstrakte Sicherheit verlange. Sofern Bürgschaften eine rasche und günstige Verwertung (hiezuhin sogleich) erlaubten, dürften sie auch als Sicherungsmittel bestellt werden. Auch wenn die Zulässigkeit der Bürgschaften zum Teil als *rechtspolitisch wünschenswert*<sup>39</sup> erachtet wird, wird sie doch größtenteils verneint.<sup>40</sup> *Hörker* spricht sich lediglich für eine Zulässigkeit der Bankbürgschaften aus, weil nur diese ihrem Verständnis einer „*raschen Verwertbarkeit*“ nachkommen.<sup>41</sup>

Einen eigenen Lösungsansatz, welcher Raum für „*andere geeignete*“<sup>42</sup> Sicherungsmittel schafft, bietet *Milchrahm*.<sup>43</sup> Er hält die Aufzählung in § 1170b ABGB für abschließend, sofern keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde. Aufgrund einer vom Werkbesteller einseitig getroffenen Wahl könnten (iSd Vorhersehbarkeit) nur die im Gesetz aufgezählten Sicherheiten bestellt werden. Hätten sich die Parteien jedoch auf ein anderes (geeignetes) Sicherungsmittel verständigt, könne auch durch dieses die Sicherstellungsobliegenheit des Werkbestellers erfüllt werden. Die wirksame Bestellung anderer Sicherungsmittel wäre somit möglich, wenn sich die Parteien vertraglich auf diese festlegen. Jedenfalls müssten aber auch diese Sicherungsmittel dem Werkunternehmer zumindest eine „*vergleichbare Rechtsposition*“ verschaffen und eine „*rasche und günstige Verwertung*“ ermöglichen.<sup>44</sup>

Der aus den Gesetzesmaterialien stammenden Formulierung „*rasche und günstige Verwertung*“<sup>45</sup> wird unterschiedliche Bedeutung beigemessen. Zum Teil wird dar-

aus geschlossen, dass nur abstrakte (also vom besicherten Anspruch unabhängige) Sicherheiten erlaubt seien, welche ohne Nachweis einer Berechtigung und ohne Mitwirkung des Bestellers verwertet werden können.<sup>45</sup> *Hörker* sieht diese Wendung lediglich auf die dinglichen Sicherungen bezogen und vermutet dahinter eine Beschränkung der zulässigen Pfänder auf Bargeld, Bareinlagen und Sparbücher.<sup>46</sup> Bei den Personalsicherheiten von Banken und Versicherungen würde der Unternehmer „*rasch*“ Befriedigung erlangen, weil er praktisch „*keinem weiteren Insolvenzrisiko [...] ausgesetzt*“ wäre.<sup>47</sup> Inwiefern diese These auf der Prämisse des geringeren Insolvenzrisikos bei Banken und Versicherungen noch aufrechterhalten werden kann, ist jedoch in Anbetracht der jüngeren wirtschaftlichen Entwicklungen zweifelhaft. Um dem Erfordernis einer raschen Verwertung nachzukommen, verlangt *Panholzer*, dass diese in der „*ausschließlichen Diskretion des Werkunternehmers liegt*“.<sup>48</sup>

Bei der Frage, ob die Aufzählung der Sicherungsmittel in § 1170b ABGB abschließend ist, ist der hL<sup>49</sup> zu folgen – es handelt sich also um eine taxative Aufzählung. Hiefür spricht vor allem die Wortlautinterpretation des Gesetzestextes („*Als Sicherstellung können Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen dienen*“). Die Gesetzesmaterialien hingegen, welche Rückschlüsse auf den historischen Willen der Redaktoren des § 1170b ABGB ermöglichen, sind widersprüchlich, deuten aber tendenziell auf eine demonstrative Aufzählung hin. Einerseits besagen sie, dass „*als Sicherstellungen [...] nur Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien sowie Versicherungen in Betracht kommen* [...]“, andererseits wird den Vertragsparteien eingeräumt, auch „*eine andere geeignete* [...]“

39 *Schopper*, JAP 2006/2007, 53 (56).

40 *Schauer* in Krejci, Reform-Kommentar ABGB, § 1170b Rz 14; *Rebhan/Kietaibl* in Schwimann, Ergänzungsband (2007), § 1170b Rz 11; *M. Bydlinski* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup>, § 1170b Rz 3; zweifelnd auch *Schopper*, JAP 2006/2007, 53 (56).

41 *Hörker*, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB (Dissertation Wien) 169 ff; zur „*raschen Verwertbarkeit*“ siehe sogleich.

42 ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

43 *Milchrahm*, bbl 2007, 167 (169).

44 ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

45 *Schauer* in Krejci, Reform-Kommentar ABGB, § 1170b Rz 14; *M. Bydlinski* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup>, § 1170b Rz 3; ähnlich auch *Schmidinger*, bau aktuell 2012/2, 42 (47 f).

46 *Hörker*, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB (Dissertation Wien) 163 ff.

47 *Hörker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 22.

48 *Panholzer*, Die Anwendbarkeit des § 1170b ABGB, Erfahrungen seit der Einführung 2007 und die damit verbundenen Problemstellungen in der Praxis, bbl 2009, 83 (86).

49 Siehe bspw. *Hörker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 24; *M. Bydlinski* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup>, § 1170b Rz 3; *Rebhan/Kietaibl* in Schwimann, Ergänzungsband (2007), § 1170b Rz 11.

ABGB<sup>3</sup>, § 1170b Rz 8; *Hartlieb-Lamprecht*, Sicherstellung gem § 1170b ABGB – (Vertragliche) Ausgestaltung und ausgewählte Problemstellungen in der Praxis, eolex 2010, 223 (224); *Hörker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 24.

38 *Bollenberger*, RdW 2006, 199 (202); zust. *Milchrahm*, bbl 2007, 167 (170); so wohl auch *Wensch*, Bankgarantien in der Baubranche, ZRB 2012/1, IV.

*Sicherstellung zu vereinbaren*<sup>50</sup>.<sup>50</sup> Ua vor dem Hintergrund, dass die Rsp in solchen Fällen zutreffend der Wortlautinterpretation den Vorrang vor der historischen Interpretation einräumt,<sup>51</sup> ist aber davon auszugehen, dass es sich um eine abschließende Aufzählung der Sicherungsmittel handelt. Die Zulässigkeit anderer als der in § 1170b ABGB aufgezählten Sicherungsmittel ließe sich höchstens im Wege der Analogie begründen.<sup>52</sup> ME erschöpft sich aber das Wahlrecht des Werkbestellers, welche Art der Sicherstellung er bestellt, in der Aufzählung des § 1170b ABGB.

Die in den Materialien postulierte Einschränkung der Sicherungsmittel auf solche, welche eine rasche und günstige Verwertung ermöglichen, spielt (zumindest potentiell) in verschiedenen Konstellationen eine Rolle. Einerseits bei der Wahl eines anderen Sicherungsmittels (was nur möglich wäre, wenn es sich bei § 1170b Abs 1 S 3 um eine demonstrative Aufzählung handelte, dieses Sicherungsmittel aufgrund eines Analogieschlusses zulässig wäre oder wenn man dem Ansatz von *Milchrahm* folgen würde). Andererseits bei der Ausgestaltung der in § 1170b ABGB aufgezählten Sicherungsmittel.<sup>53</sup> Wird ein solches Sicherungsmittel bestellt, so muss dieses eine rasche und günstige Verwertung ermöglichen. Inhaltlich schließt dieses Erfordernis mE die Mitwirkung des Sicherungsgebers bei der Verwertung aus.<sup>54</sup> Selbst wenn der Werkunternehmer einen durchsetzbaren Anspruch auf Mitwirkung des Bestellers im Falle dessen Verzugs hätte, wäre bei Verweigerung der Mitwirkung keine rasche Verwertung mehr möglich, weil ein dazwischengeschalteter Prozess einer solchen jedenfalls abtrünnig wäre.<sup>55</sup> Auch durch den Verlust des in der Möglichkeit einer eigenständigen Verwertung liegenden Druckmittels, wird die Rechtsposition des Werkunternehmers unzulässig eingeschränkt. Der Werkunternehmer soll nicht etwaigen „*Erpressungsversuchen*“ seitens des Bestellers ausgesetzt werden.<sup>56</sup> Hingegen muss mE keine abstrakte Sicherstellung geleistet werden.<sup>57</sup> Vielmehr sollte es auch

zulässig sein, die Sicherungsmittel akzessorisch auszugestalten, sodass diese nur mit Nachweis der Berechtigung verwertet werden können. Dies ergibt sich daraus, dass sich einerseits weder aus dem Gesetzestext, noch aus den Materialien diesbezüglich eine Einschränkung ableiten lässt. Andererseits spricht § 1170b Abs 1 S 5 ABGB dafür, dass ein gewisser Konnex zwischen besicherter Forderung und Sicherungsmittel bestehen darf. Demnach entfällt nämlich die Kostentragungspflicht des Unternehmers, wenn die Sicherstellung nur noch wegen unberechtigter Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch aufrechterhalten werden muss. Implizit wird somit ausgedrückt, dass auch Sicherstellungen zulässig sind, welche trotz bloß unbegründeter Einwendungen nicht sofort verwertet werden können.<sup>58</sup> Außerdem gilt es zu beachten, dass auch die im Gesetz aufgezählten Sicherungsmittel teilweise akzessorisch ausgestaltet sein können.<sup>59</sup> Um eine rasche Verwertung zu ermöglichen, dürfen aber bei akzessorischer Ausgestaltung der Sicherstellung keine allzu strengen Erfordernisse an den Nachweis der Berechtigung zur Verwertung gestellt werden.<sup>60</sup>

### 6.3. Verwertungsbedingungen

#### 6.3.1. Problemstellung

Nach der gesetzlichen Regelung darf der Werkunternehmer die Sicherung verwerten, sobald seine Forderung fällig und der Besteller in Verzug ist. Insb wenn der Besteller das Entgelt noch berechtigterweise zurückbehält (zB aufgrund strittiger Werklohnforderungen bei Vorliegen von Baumängeln), könnte aber der Unternehmer versucht sein, die Sicherheit frühzeitig zu verwerten. Da die gesetzliche Grundkonzeption keinen Schutz vor unzulässigen Verwertungen bietet, besteht regelmäßig ein Interesse des Bestellers, solchen Missbrauchsfällen vorzubeugen. Dies könnte bspw durch Vereinbarung von Verwertungsbedingungen oder durch besondere Ausgestaltung der Sicherungsmittel erfolgen.

#### 6.3.2. Verwertung der Sicherstellung nur im Insolvenzfall oder bei Vorliegen eines gerichtlichen Urteils

Nach dem Ministerialentwurf zum HaRÄG war eine Verwertung der Sicherheit erst zulässig, wenn über das Vermögen des Werkbestellers ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, wenn der Insolvenzantrag mangels Masse

50 ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72 (Hervorhebung durch den Autor).

51 RIS-Justiz RS0008776; zuletzt OGH 21.12.2011, 6 Ob 235/11v; siehe auch *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (2011) 562 f.

52 Allgemein zur Analogie bei taxativen Aufzählungen RIS-Justiz RS0008839; zuletzt OGH 24.1.2011, 5 Ob 190/10t.

53 Siehe hierzu sogleich Pkt 6.3.

54 AA *Bollenberger*, RdW 2006, 199 (202); *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 23.

55 Siehe hierzu auch Pkt 6.3.2.

56 *Schauer* in *Krejci*, Reform-Kommentar ABGB, § 1170b Rz 10; *Panholzer*, bbl 2009, 83 (86).

57 Ebenso *Bollenberger*, RdW 2006, 199 (202); *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 23; *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 155 (158 f); *Kurz*, ÖNORM B 2110 (2012) 421; aA *Schauer* in *Krejci*, Reform-Kommentar ABGB, § 1170b Rz 14; *M. Bydliński* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup>, § 1170b Rz 3.

58 *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 155 (159); *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 23.

59 Siehe bspw *Bollenberger*, RdW 2006, 199 (200, 202).

60 Siehe hierzu sogleich Pkt 6.3.

abgewiesen wurde oder der Sicherungsgeber durch ein (erst)gerichtliches Urteil zur Leistung verpflichtet wurde.<sup>61</sup> Diese Beschränkungen wurden aber nicht in die Regierungsvorlage und in weiterer Folge auch nicht ins Gesetz übernommen. Es stellt sich die Frage, ob Vereinbarungen oder besondere Ausgestaltungen der geleisteten Sicherheit, welche solche Beschränkungen vorsehen, zulässig sind und eine ausreichende Sicherheit iSd § 1170b ABGB darstellen.

Aus dem Entfall dieser Beschränkungen schließen *Rebhan/Kietaibl*, dass der Gesetzgeber den Werkunternehmer nicht nur vor der Zahlungsunfähigkeit des Bestellers, sondern auch vor dessen Zahlungsunwilligkeit schützen will.<sup>62</sup> Deshalb halten sie Abreden, die die Verwertung entgegen dem Willen des Gesetzgebers derart bedingen, für unzulässig.

*Högl/Wiesinger* halten eine derartige Einschränkung für zulässig, da sich aus der Entstehungsgeschichte des § 1170b ABGB nichts Gegenteiliges ableiten ließe. Die im Ministerialentwurf vorgesehenen Beschränkungen seien nur nicht beibehalten worden, um einen Wertungswiderspruch mit den §§ 466a und 466b ABGB<sup>63</sup> zu vermeiden.<sup>64</sup>

Gegen die Zulässigkeit solcher Beschränkungen spricht aber eine Entscheidung des OGH vom 19.12.2007<sup>65</sup>, in welcher dieser feststellte, dass Pkt 5.47.1.3 der ÖNORM B 2110 (2000) wegen Abweichens von zwingendem Recht nicht mehr gültig vereinbart werden kann.<sup>66</sup> Diese Sicherstellungsregelung in der ÖNORM B 2110 (2000) besagte ua, dass eine Verwertung nur aufgrund der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder eines gerichtlichen Urteils möglich sei.<sup>67</sup> Der OGH sah somit keinen Spielraum für derartige vertragliche Einschränkungen des Sicherstellungsrechts gem § 1170b ABGB.

Die Verwertung darf wohl auch nicht vom Vorliegen eines gerichtlichen Urteils, welches den Besteller zur Zahlung des Entgelts verpflichtet, abhängig gemacht werden. Dem Unternehmer entsteht durch diese zusätzliche Auflage ein nicht unbeachtlicher finanzieller sowie zeitlicher Aufwand – seine Rechtsposition wird also unzulässigerweise verschlechtert.<sup>68</sup> Für die Zulässigkeit sol-

cher Regelungen wird ins Treffen geführt, dass das Erfordernis einer „raschen Verwertbarkeit“ nicht bedeute, dass der Werkunternehmer die Sicherheit bereits vor Nachweis der gesicherten Forderung geltend machen können muss.<sup>69</sup>

Dass in Deutschland die Verwertung der Sicherheit gem § 648a BGB schon von Gesetzes wegen von ähnlichen Voraussetzungen abhängig ist, erlaubt keine Rückschlüsse auf die Zulässigkeit solcher Verwertungsbeschränkungen in Österreich. Zum einen hat der österreichische Gesetzgeber bewusst auf diese zusätzlichen Voraussetzungen verzichtet und zum anderen besteht in Deutschland ein höheres Schutzbedürfnis des Bestellers, zumal dort Sicherstellung in voller Höhe des vereinbarten Entgelts gefordert werden kann.<sup>70</sup>

Angesichts der Entstehungsgeschichte des § 1170b ABGB, der Unabdingbarkeit des gesetzlichen Sicherstellungsrechts und der darauf abzielenden Entscheidung des OGH sind derart strikte Verwertungsbeschränkungen gegen den Willen des Gesetzgebers mE nicht zulässig.<sup>71</sup> Verlangte man für die Verwertung der Sicherheit das Vorliegen eines gerichtlichen Urteils, so wäre der Unternehmer hiefür gezwungen, einen kostspieligen Prozess gegen seinen Besteller zu führen. Obsiegt der Unternehmer in diesem Prozess, so kann er zwar die Prozesskosten zurückfordern, jedoch ist deren Einbringlichkeit bei finanziell angeschlagenen Bestellern (häufig wird der Verzug gerade auf die schlechte finanzielle Situation des Bestellers zurückzuführen sein) nicht immer gewährleistet. Dies könnte va bei kleineren Aufträgen dazu führen, dass die Prozesskosten, auf welchen der Unternehmer „sitzen bleibt“, den Erlös aus der Sicherstellung übersteigen. In Anbetracht der ohnehin bloß teilweisen Sicherstellung, dürfen mE die Prozessrollen nicht durch solche Regelungen vertauscht werden, weil somit der Zweck der Sicherstellung vereitelt würde.

Das Missbrauchsrisiko könnte mE auch mit gelinderen Mitteln vermindert werden.<sup>72</sup> Besonders bei der Ausgestaltung von Bankgarantien, wo oft die Auszahlung vom Nachweis der Insolvenzeröffnung oder eines gerichtlichen Urteils abhängig gemacht wird, ist deshalb Vorsicht geboten. Solche Bankgarantien würden nämlich nicht den Anforderungen des § 1170b ABGB gerecht und würden den Werkunternehmer letzten Endes zur Leistungsverweigerung und in weiterer Folge zur Aufhebung des Vertrages berechtigen.

61 Entwurf eines Handelsrechts-Änderungsgesetzes, JMZ 10.000K/27-I.3/2003, 34; vgl *Schmidinger*, bau aktuell 2012/2, 42 (47); *B. Jud*, *ecolex* 2004, 12 (15).

62 *Rebhan/Kietaibl* in *Schwimann*, *Ergänzungsband* (2007), § 1170b Rz 17.

63 Siehe hiezu bereits *B. Jud*, *ecolex* 2004, 12 (15).

64 *Högl/Wiesinger*, *JBl* 2009, 155 (158).

65 OGH 19.12.2007, 3 Ob 211/07m, *bbl* 2008/102 = *RdW* 2008, 331 = *ecolex* 2008/141 = HS 38.276 = HS 38.330.

66 *Panholzer*, *bbl* 2009, 83 (85).

67 Siehe *Langer*, *Die Bauvertragsnorm B 2110/2000<sup>2</sup>* (2000) 106; zum gleichlautenden Pkt 5.48.1.2 der ÖNORM B 2110 (2002) siehe *Karasek*, ÖNORM B 2110 Rz 1386.

68 *Hartlieb-Lamprechter*, *ecolex* 2010, 223 (225).

69 *Bollenberger*, *RdW* 2006, 199 (200).

70 *Panholzer*, *bbl* 2009, 83 (86).

71 Ebenso *Schmidinger*, *bau aktuell* 2012/2, 42 (48); *Panholzer*, *bbl* 2009, 83 (85); *Rebhan/Kietaibl* in *Schwimann*, *Ergänzungsband* (2007), § 1170b Rz 17; aA *Bollenberger*, *RdW* 2006, 199 (202); *Högl/Wiesinger*, *JBl* 2009, 155 (159); *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON* 1.01, § 1170b Rz 27; *Kurz*, ÖNORM B 2110 (2012) 421.

72 Siehe sogleich Pkt 6.3.3.

### 6.3.3. Sonstige Beschränkungen der Verwertung

Die knappe Aufzählung der erlaubten Sicherungsmittel des § 1170b ABGB lässt einige Fragen offen. So stellt sich ua die Frage, wie die einzelnen Sicherungsmittel ausgestaltet sein müssen oder dürfen. Durch besondere Ausgestaltung der im Gesetz aufgezählten Sicherungsmittel kann versucht werden, missbräuchlichen oder verfrühten Verwertungen entgegenzuwirken.

Bspw könnte die Verwertung einer Bankgarantie von der Vorlage bestimmter Dokumente (zB einer vom Werkbesteller unterzeichneten Übernahmebestätigung) abhängig gemacht werden. Auch die Zulässigkeit dieser Konstruktion ist umstritten, wird aber überwiegend bejaht.<sup>73</sup> Für die Zulässigkeit spricht, dass § 1170b ABGB nichts Gegenteiliges anordnet und das Recht des Werkunternehmers dadurch auch nicht geschmälert wird. Außerdem zeigt die Aufzählung in § 1170b ABGB, dass es dem Gesetzgeber nicht darauf ankam, dass die Sicherung ohne Nachweis einer Berechtigung verwertet werden kann, zumal neben der Verpfändung von Sparbüchern auch die zum Teil akzessorischen Versicherungen genannt werden.<sup>74</sup> Zutreffend differenziert *Hartlieb-Lamprecht* und hält solch eine Ausgestaltung einer Bankgarantie nur für zulässig, sofern die Verwertung nicht die Mitwirkung des Werkbestellers erfordert.<sup>75</sup>

Wie bereits unter Pkt 6.2. ausgeführt, wird ein Sicherungsmittel, dessen Verwertung der Mitwirkung des Werkbestellers bedarf, nicht den Anforderungen an eine rasche Verwertbarkeit gerecht. Die Vorlage bestimmter Dokumente, die auch ohne Zutun des Bestellers erfolgen kann (bspw eine förmliche Auszahlungsaufforderung durch den Unternehmer, in welcher der Garantiefall zumindest behauptet wird)<sup>76</sup>, kann mE sehr wohl verlangt werden.<sup>77</sup>

Da eine akzessorische Ausgestaltung der Sicherheit, welche einen Nachweis der Berechtigung zur Verwertung erfordert, grundsätzlich zulässig ist, könnte eine Bankgarantie außerdem mit einer sog Effektivklausel versehen werden.<sup>78</sup> In diesem Fall hätte der Werkunternehmer bei Abruf der Garantie (je nach Vereinbarung)

zu beweisen oder aber zumindest eindeutig und schlüssig darzulegen, dass die Voraussetzungen hierfür (Fälligkeit der Forderung sowie Zahlungsverzug des Bestellers) vorliegen.<sup>79</sup>

Auch aus rechtspolitischer Sicht sollte es aufgrund des einseitigen Sicherungsrechts des Unternehmers<sup>80</sup> mE jedenfalls zulässig sein, die Verwertung der Sicherheit von der Vorlage bestimmter Dokumente abhängig zu machen. Ansonsten wäre der Werkbesteller neben all den anderen Unannehmlichkeiten einer Sicherstellungspflicht zusätzlich dem Missbrauchsrisiko wehrlos ausgeliefert. Dementsprechend wird in der Literatur zum Teil sogar empfohlen, die Sicherung derart auszugestalten.<sup>81</sup>

Da § 1170b ABGB auch nicht erwähnt, welche Rechtsposition dem Werkunternehmer bei dinglichen Sicherungen eingeräumt werden muss, besteht auch hier Interpretationsspielraum. So könnte zB bei einer Bareinlage der Anspruch auf Auszahlung des Guthabens gegen die Bank entweder verpfändet oder sicherungshalber abgetreten werden.<sup>82</sup> Wird der Anspruch bloß verpfändet, fehlt dem Werkunternehmer das *ius exigendi* – er ist also nicht zur Einziehung der Forderung berechtigt und wäre somit bspw auf eine Einziehungsvollmacht angewiesen.<sup>83</sup> Auch hier ergeben sich dieselben Probleme wie im obigen Beispiel (Mitwirkung des Bestellers ist erforderlich). Deshalb wird mE eine Verpfändung des Anspruchs auf Auszahlung ohne Einzugsermächtigung nicht den strengen Anforderungen des § 1170b ABGB gerecht.<sup>84</sup> Dies gilt umso mehr, wenn der Werkbesteller einseitig diese Modalitäten der Sicherstellung festlegt, sich die Parteien also nicht darauf geeinigt haben.

Genauso könnte ein mittels Losungswort vinkuliertes Sparbuch auch ohne Mitteilung des Losungswortes als Sicherheit verpfändet werden.<sup>85</sup> Auch in diesem Fall wäre dem Werkunternehmer die Sicherungsverwertung (ohne Mitwirkung des Werkbestellers) verwehrt, weshalb nicht von einer raschen Verwertung die Rede sein kann. Die Rechtsposition des Unternehmers wird dadurch unzulässigerweise beschnitten, weshalb keine ausreichende Sicherstellung iSd § 1170b ABGB gegeben ist.

73 Siehe bspw *Bollenberger*, RdW 2006, 199 (202), *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 155 (159); *Rebhan/Kietaibl* in Schwimann, Ergänzungsband (2007), § 1170b Rz 17.

74 *Bollenberger*, RdW 2006, 199 (201 f); siehe aber *Schopper*, JAP 2006/2007, 53 (56 FN 52).

75 *Hartlieb-Lamprecht*, *ecolex* 2010, 223 (225); ähnlich auch *Panzolzer*, *bbl* 2009, 83 (86), der die Zulässigkeit solcher Regelungen generell verneint und im Sinne einer raschen Verwertung fordert, dass die Verwertung nicht von Dritten abhängig sein dürfe.

76 Vgl hierzu *Wenusch*, ZRB 2012/1, IV f.

77 So auch *Hartlieb-Lamprecht*, *ecolex* 2010, 223 (225).

78 Vgl *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 27 mwN; hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass sodann die Grenze zur Bankbürgschaft fließend ist, was ua aus gebührenrechtlicher Sicht von Bedeutung sein könnte.

79 RIS-Justiz RS0017013; zuletzt OGH 30.6.2010, 7 Ob 232/09g.

80 Vgl *Schopper*, JAP 2006/2007, 53 (58).

81 ZB *Bollenberger*, RdW 2006, 199 (202).

82 *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 26.

83 *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht IX/2 Rz 5/35; *Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 26; *Schauer* in *Krejci*, Reform-Kommentar ABGB, § 1170b Rz 12.

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

85 OGH 24.3.1988, 6 Ob 536/88, HS 18.435 = SZ 61/78 = RdW 1988, 192 = NZ 1989, 36 = WBl 1988, 342 = ÖBA 1988, 925; aA *Böhler*, Die Verpfändung von Sparbüchern (1990) 30 f.



#### 6.4. Frist zur Leistung der Sicherheit

Nach dem gesetzlichen Leitbild sind Sicherstellungen binnen angemessener, vom Unternehmer festzusetzender Frist (ab Geltendmachung des Sicherungsrechts) zu leisten. Der Unternehmer kann somit die Frist einseitig festlegen, sofern sie angemessen ist. Die Angemessenheit der festgesetzten Frist orientiert sich an objektiven Kriterien und hängt von dem verwendeten Sicherungsmittel ab.<sup>86</sup>

Wiederum stellt sich die Frage, ob die Parteien wirksam Vereinbarungen bezüglich der Dauer dieser Frist treffen können. *Högl/Wiesinger* sehen keinen Sinn für derartige Vereinbarungen, weil der Werkbesteller trotz solcher Vereinbarungen in der kürzeren (noch angemessenen) vom Unternehmer genannten Frist leisten müsse.<sup>87</sup> Dies ergebe sich aus § 1170b Abs 2 S 1 ABGB, welcher dem Unternehmer eben das Recht auf einseitige Bestimmung der Frist einräume, sofern diese angemessen sei.

Soweit durch eine einvernehmliche Festlegung der Frist zur Leistung der Sicherstellung das Recht des Werkunternehmers, Sicherstellung zu verlangen, nicht beeinträchtigt wird, sollten diesbezügliche Abreden mE zulässig und wirksam sein. Durch solche Vereinbarungen könnte das Sicherstellungsrecht den konkreten Gegebenheiten im Einzelfall angepasst werden – bspw könnte vereinbart werden, dass sich die Frist zur Sicherstellung entsprechend verlängert, falls der Unternehmer lange vor Baubeginn Sicherstellung verlangt. Fristen oder Regelungen, welche den Schutzzweck des § 1170b ABGB beeinträchtigen würden, sollten selbstverständlich unwirksam sein,<sup>88</sup> was zur Folge hätte, dass der Werkbesteller nach der gesetzlichen Regelung innerhalb einer angemessenen Frist Sicherheit zu leisten hätte.

#### 6.5. Befristung der Sicherungsmittel

Während das Gesetz nichts über eine Mindestlaufzeit der Sicherstellung aussagt, werden von Bankgarantien idR befristet ausgestellt. Solche Befristungen sind zulässig, sofern die Sicherstellungsfrist nicht zu kurz gewählt wird.<sup>89</sup> Um festzustellen, wie lange unbare Sicherungsmittel abrufbar sein müssen, könnte bspw auf die diesbezüglichen Bestimmungen der ÖNORM B 2110 zurückgegriffen werden.<sup>90</sup> Pkt 8.7.6 der ÖNORM B 2110 bestimmt, dass unbare Sicherstellungen dreißig Tage über das

Ende der Sicherstellungsfrist hinaus gültig sein müssen. Bei Sicherstellungen gem § 1170b ABGB stellt die Bezahlung des Werklohns das Ende der Sicherstellungsfrist dar.<sup>91</sup> Da die Bezahlung aber gem § 1170 ABGB idR erst mit Fertigstellung des Werkes erfolgt, ist dieser Zeitpunkt bei Bestellung der Sicherheit meist nicht leicht vorhersehbar. Um nicht Gefahr zu laufen, eine nicht ausreichende Sicherheit zu bestellen, könnte sich der Werkbesteller bei der Ausgestaltung der Sicherung am vertraglichen Fertigstellungstermin orientieren und gegebenenfalls auch die Möglichkeit einer Verlängerung der Frist einräumen.<sup>92</sup>

Sieht sich der Werkunternehmer mit der Situation konfrontiert, dass eine ihm bestellte Bankgarantie verfrüht auszulaufen droht, so kann dieser die Garantie auch vorsorglich abrufen, um nicht seiner Sicherheit verlustig zu gehen. Hierbei wird mit der Inanspruchnahme die ersatzweise Aufforderung zur Garantieverlängerung verbunden („extend or pay“-Aufforderung).<sup>93</sup> Die Rechte des Werkunternehmers, welche sich gem § 1170b Abs 2 ABGB bei Nichtleistung der Sicherheit ergeben, bestehen natürlich alternativ.

#### 6.6. Höhe der Sicherstellung

Die Höhe der Sicherstellung gem § 1170b ABGB beträgt grundsätzlich 20% des vereinbarten Entgelts. Bei kurzfristig zu erfüllenden Verträgen kann der Unternehmer 40% des vereinbarten Entgelts verlangen. Aufgrund der relativ zwingenden Natur des Sicherstellungsrechts kann ohne Weiteres auch eine höhere Sicherung vereinbart werden.<sup>94</sup> Durch die Vereinbarung einer geringeren Sicherheit wird hingegen das Recht des Unternehmers, Sicherstellung im gesetzlichen Ausmaß zu verlangen, nicht beseitigt.<sup>95</sup> Auch eine ziffernmäßige Beschränkung der Sicherstellung, welche – evtl auch erst iVm einer Vertragsausdehnung – nicht die gesetzlich geforderte Quote von 20% bzw 40% erreicht, ist nicht zulässig.<sup>96</sup>

#### 7. Vereinbarungen über die Kostentragung

Es ist fraglich, ob die Vertragsparteien vom gesetzlichen Leitbild abweichende Kostentragungsregeln vereinba-

86 ZB *Hörker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 33 mwN.

87 *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 155 (163).

88 Siehe hierzu insb Pkt 5.2.

89 Vgl *Panholzer*, bbl 2009, 83 (87); *Schmidinger*, bau aktuell 2012/2, 42 (48); siehe auch *Hörker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 37.

90 *Hartlieb-Lamprechter*, eclex 2010, 223 (225 f).

91 *Wenusch*, ÖNORM B 2110<sup>2</sup> Rz 8/446.

92 HM; bspw *Hörker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 16; *Hartlieb-Lamprechter*, eclex 2010, 223 (226); siehe auch ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

93 Siehe hierzu *Koziol/Potyka*, in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht V<sup>2</sup> Rz 3/86; RIS-Justiz RS0016969; zB OGH 18.12.1987, 6 Ob 690/87, ÖBA 1988, 601.

94 *Hartlieb-Lamprechter*, eclex 2010, 223 (226).

95 *Rebhan/Kietaibl* in Schwimann, Ergänzungsband (2007), § 1170b Rz 2; *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 155 (162); *Schopper*, JAP 2006/2007, 53 (57).

96 *Hörker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01, § 1170b Rz 37.

ren können. Abgesehen davon, dass die gesetzlichen Regeln bezüglich der Verteilung der Sicherstellungskosten sehr „fair“ wirken (dem Wahlrecht des Werkbestellers steht eine Deckelung der Kostentragungspflicht des Werkunternehmers gegenüber) und (extreme) Abweichungen von diesem gesetzlichen Leitbild gröblich benachteiligend iSd § 879 ABGB sein könnten, stünden solche Vereinbarungen evtl auch im Widerspruch mit der Unabdingbarkeit des § 1170b ABGB. Aufgrund der ex ante unvorhersehbaren Kosten der Sicherstellung (der Unternehmer hat keinen Einfluss auf die Modalitäten der Sicherstellung), könnte der Unternehmer nämlich von einem Sicherungsverlangen absehen. Vor diesem Hintergrund scheint eine Regelung, wonach der Unternehmer auch die Kosten, welche 2% der Sicherungssumme pa übersteigen, tragen müsste, unzulässig.<sup>97</sup>

Wurde hingegen bereits ein bestimmtes Sicherungsmittel (und evtl auch die Konditionen) vereinbart, wären die Kosten vorhersehbar und der Unternehmer könnte sein Recht geltend machen, ohne einem unkalkulierbaren Kostenrisiko ausgesetzt zu sein. Va bei Verträgen zwischen ständigen Geschäftspartnern könnten derartige Vereinbarungen (selbst wenn die Sicherstellung hier idR nicht verlangt wird) zur Pflege der geschäftlichen Beziehungen beitragen. Außerdem soll auch nach den Gesetzesmaterialien die Kostentragungspflicht des Unternehmers eine gewisse Barriere darstellen, um „mutwillige“ Sicherungsverlangen zu vermeiden.<sup>98</sup> Der Unternehmer könnte sodann aufgrund einer Kosten-Nutzen-Analyse (mit festen oder zumindest vorhersehbaren

Variablen) entscheiden, ob er Sicherstellung verlangt oder nicht.

## 8. Regelung der Rechtsfolgen bei nicht ausreichender Sicherstellung

§ 1170b Abs 1 S 2 ABGB bestimmt, dass das Recht, Sicherstellung zu verlangen, nicht abbedungen werden kann. Daraus schließt *Milchbrahm*, dass sich die Unabdingbarkeit grundsätzlich bloß auf das Recht, Sicherstellung zu verlangen, bezieht.<sup>99</sup> Folgt man dieser Auffassung, so ist fraglich, ob die Rechtsfolgen des § 1170b Abs 2 ABGB (Leistungsverweigerungsrecht und Recht auf Vertragsaufhebung) vertraglich abgeändert werden können.

Zutreffend halten *Högl/Wiesinger* auch diese Rechtsfolgen für zwingend, weil die Unabdingbarkeit des Rechts auf Sicherstellung nur zweckmäßig ist, wenn auch die entsprechenden Rechtsfolgen nicht abbedungen werden dürfen.<sup>100</sup>

Eine gewisse Abänderung der Rechtsfolgen ist aber insofern möglich, als auch vertraglich ein durchsetzbares Sicherstellungsrecht begründet werden kann, welches das gesetzliche Sicherstellungsrecht „konsumiert“.<sup>101</sup> Da aber ein Abweichen vom gesetzlichen Leitbild nur zugunsten des Werkunternehmers erfolgen darf, muss diesem mE – wie auch gem § 1170b ABGB – ein Leistungsverweigerungsrecht und subsidiär ein Rücktrittsrecht zustehen.

99 *Milchbrahm*, bbl 2007, 167 (169).

100 *Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 155 (162).

101 Der Werkunternehmer könnte in diesem Fall nicht neben einer vertraglichen Sicherheit noch Sicherstellung gem § 1170b ABGB verlangen; siehe *M. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup>, § 1170b Rz 8; *Milchbrahm*, bbl 2007, 167 (172).

97 *Hartlieb-Lamprechtner*, *ecolex* 2010, 223 (226).

98 ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

## Fazit

Vertragliche Regelungen bezüglich des Sicherstellungsrechts des Werkunternehmers können entweder eine selbständige Sicherungsabrede oder eine Konkretisierung des Sicherstellungsrechts gem § 1170b ABGB darstellen. Insb Vereinbarungen, welche das gesetzliche Sicherstellungsrecht des Werkunternehmers modifizieren sollen, stehen mit der Unabdingbarkeit des § 1170b ABGB in einem Spannungsverhältnis. Grundsätzlich kann auch ein gegenläufiges Sicherstellungsrecht zugunsten des Werkbestellers vereinbart werden. Le-

diglich eine Verknüpfung dieses Rechts mit dem Sicherungsverlangen des Werkunternehmers gem § 1170b ABGB ist unzulässig.

Bezüglich des Sicherungsverlangens des Werkunternehmers können privatautonom ohne Weiteres Formvorschriften (insb Schriftlichkeit) festgelegt werden. Das Sicherungsverlangen des Werkunternehmers darf aber nicht mit nachteiligen Folgen verknüpft (sanktioniert) werden. Erfolgt das Sicherungsverlangen durch den Werkunternehmer (lange) vor Beginn der faktischen Bautätigkeit, lässt der

Zweck des § 1170b ABGB eine einschränkende Auslegung zu, um nicht den Werkbesteller mit einem Vorleistungsrisiko zu belasten.

Vereinbarungen bezüglich der Frist, binnen derer Sicherstellung zu leisten ist, sind im Allgemeinen zulässig. Auch eine Befristung der Sicherungsmittel ist grundsätzlich zulässig, sofern dadurch nicht der Zweck der Sicherstellung vereitelt wird.

Eine Beschränkung der zulässigen Sicherungsmittel (auch die Auswahl eines bestimmten Sicherungsmittels) ist zulässig, weil dadurch die Rechtsposition des Werkunternehmers nicht beeinträchtigt wird. Die Vereinbarung anderer als der im Gesetz genann-

ten Sicherungsmittel ist aber wohl nicht möglich.

Die Verwertung der Sicherstellung darf nicht von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (...) oder einer gerichtlichen Entscheidung abhängig gemacht werden. Außerdem darf die Verwertung des Sicherungsmittels auch nicht der Mitwirkung des Werkbestellers bedürfen. Dies hat insb Einfluss auf die Ausgestaltung der Sicherungsmittel und die zu verschaffende Rechtsposition bei dinglichen Sicherheiten.

Die Rechtsfolgen bei nicht ausreichender Sicherstellung durch den Werkbesteller sind ebenso unabdingbar, wie das Recht, Sicherstellung zu verlangen, an sich.

## Fortschreibung des Vertrages auf dessen Preisgrundlagen?

**Deskriptoren:** Werkvertrag, Werkentgelt, Werkentgeltanpassung, Vertragsfortschreibung, Baupraxis; §§ 934, 1165 ff, 1170 ABGB.

Von Hermann Wenusch

Vor allem in der Baubranche sind Änderungen der (zunächst) geschuldeten Leistung an der Tagesordnung.<sup>1</sup> Der OGH bezeichnet zB ein gewisses Maß an Verzögerungen mitunter sogar als „üblich“.<sup>2</sup> Da dies eben eher die Regel, denn die Ausnahme ist, wird es antizipiert und bereits vorab versucht, einen Mechanismus zu vereinbaren, der spätere ernervierende Verhandlungen zu vermeiden hilft.

In Pkt 7.1 des Abschnitt 7 „Leistungsabweichung und ihre Folgen“ der ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2011) findet sich folgender Passus: „Die in Folge einer Leistungsabweichung erforderlichen Anpassungen (z. B. der Leistungsfrist, des Entgelts) sind in Fortschreibung des bestehenden Vertrages ehestens durchzuführen“.

Pkt 7.4 „Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts“ der ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2011) lautet ua: „Die Ermittlung der neuen Preise hat auf Preisbasis des Vertrages und – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen

des Angebotes) sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen“.

Dieser Gedanke, dass der Vertrag trotz Änderungen weiter bestehen soll, ist nicht neu. So lautete Pkt 5.24.3 „Änderungen von Preisen, Preise für zusätzliche Leistungen“ der ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2002) ua: „Der AN hat dem AG hierüber ehestens ein Zusatzangebot mit auf den Preisgrundlagen und der Preisbasis des Vertrages erstellten neuen Preisen vorzulegen“ (übrigens wortgleich mit der Ausgabe 1983<sup>3</sup> und 1995).

Auch die VOB/B, das dt Pendant zur ÖNORM B 2110, verfolgt den Gedanken – § 2 Abs 6 lautet ua: „Die Vergütung [für eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung] bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung [...]“.

Mit dieser Fortschreibung sind nun nicht nur Nebenabreden und Nebenbestimmungen gemeint, sondern die Wertrelation des Austauschverhältnisses. Wenn man Überlegungen zu einer Fortschreibung der Wertrelation<sup>4</sup> des Austauschverhältnisses (sprich: des „ökonomischen Rahmens“) anstellt, muss man sich zuvor damit beschäftigen, wie ein Bieter – als potentieller WU – zu seinem Angebotspreis gelangt.

Dabei ist zunächst festzuhalten, was Juristen völlig unbekannt zu sein scheint und was die Baubetriebswirt-

1 Dies war auch der Einleitungssatz in Wenusch „Guter Preis bleibt guter Preis ...“? ZRB 2012, 118. Tatsächlich handelt es sich bei der gegenständlichen Abhandlung in gewisser Weise um einen Epilog dieses Beitrages.

2 Zuletzt OGH 22.9.2010, 6 Ob 177/10p.

3 Aufgrund einer geänderten Systematik hat sich diese Bestimmung allerdings in der ÖNORM A 2060 gefunden.

4 OGH 29.4.2009, 2 Ob 203/08d: „der in der Vereinbarung des ‚Grundpreises‘ zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz“.