

Zeitschrift für

# VERGABERECHT UND BAUVERTRAGS- RECHT

Herausgeber **Josef Aicher, Michael Holoubek, Johannes Schramm, Bernt Elsner,**  
**Michael Fruhmann, Rudolf Lessiak, Andreas Kropik**  
Redaktion und Schriftleitung **Johannes Schramm, Josef Aicher**

**Juli/August 2020**

277 – 324

**07**  
**08**

## Vergaberecht

**Clean Vehicles Directive** *Harald Küchli* ➔ 281

**E-Procurement, praktische Erfahrungen und rechtlicher  
Rahmen – Teil 2** *Albert Oppel* ➔ 287

**Weitere ausgewählte Fragen des Vergaberechtsschutzes**  
*Albert Oppel* ➔ 295

**BVwG – Die korrekte Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung**  
*Georg Gruber und Thomas Gruber* ➔ 307

## Bauvertragsrecht

**Praktische und dogmatische Hürden  
beim Recht auf Sicherstellung nach  
§ 1170 b ABGB** *Alexander Schopper* ➔ 314

**OGH – Versicherungsunternehmen als Garant einer abstrakten  
Bankgarantie als Haftrücklassgarantie**  
*Tatjana Chiwitt-Oberhammer* ➔ 321

# Praktische und dogmatische Hürden beim Recht auf Sicherstellung nach § 1170b ABGB

ZVB 2020/59

§§ 1170b, 1295  
Abs 2 ABGB

OGH 27. 9. 2016,  
1 Ob 107/16 s;  
OGH 26. 4. 2018,  
6 Ob 65/18 d;  
OGH 27. 11. 2018,  
4 Ob 209/18 s;  
BGH 9. 11. 2000,  
VII ZR 82/99

Sicherstellung  
beim Bauwerk-  
vertrag;  
Rechts-  
missbrauch;  
Sicherstellungs-  
verlangen;  
Sicherungsmittel

Die praktische Ausübung<sup>1)</sup> des Rechts auf Sicherstellung nach § 1170b ABGB steht immer wieder vor ähnlichen Hürden: Zu diesen „Klassikern“ gehören der Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme des Rechts, Unklarheiten über die zulässige Art und Ausgestaltung des Sicherungsmittels und Detailfragen in Bezug auf den notwendigen Inhalt des Sicherstellungsbegehrens. Diesen Problemen ist der Beitrag gewidmet.

Von Alexander Schopper

## Inhaltsübersicht:

- A. Problemstellung
- B. Schutzzweck des § 1170b ABGB und missbräuchliche Rechtsausübung
- C. Art des Sicherungsmittels
  1. Taxative Aufzählung in § 1170b ABGB
  2. Beeinträchtigung der raschen und einfachen Verwertbarkeit durch vertragliche Ausgestaltung des Sicherungsmittels
  3. Ablehnung eines untauglichen Sicherungsmittels durch den Werkunternehmer
  4. Verlangen der Sicherstellung

## A. Problemstellung

§ 1170b ABGB gewährt dem Werkunternehmer beim Bauwerkvertrag einen Sicherstellungsanspruch gegenüber dem Werkbesteller. Es handelt sich um **keinen einklagbaren Anspruch**<sup>2)</sup>, sondern um eine **Obliegenheit**<sup>3)</sup> des Bestellers. Leistet der Besteller keine (ausreichende) Sicherheit, kann sie der Werkunternehmer nicht einklagen. Er hat aber das Recht, die eigene Leistung zu verweigern und sich nach Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zu lösen. Auf Grund der fehlenden Einklagbarkeit verlagert sich das Geschehen iZm einem Sicherstellungsbegehren gem § 1170b ABGB weitestgehend in den außergerichtlichen Bereich. Die Gerichte werden idR erst mit der Frage befasst, ob die Leistungsverweigerung und die Erklärung der Vertragsaufhebung durch den Werkunternehmer berechtigt erfolgt sind.

Bei derart gravierenden Rechtsfolgen ist für die betroffenen Vertragsparteien ein möglichst hohes Ausmaß an **Rechtssicherheit** in Bezug auf die praktische Handhabung des Rechts auf Sicherstellung von besonderer Bedeutung. Für den Werkbesteller liegt dies auf der Hand: Für ihn besteht iZm § 1170b ABGB die akute Gefahr, dass sich der Werkunternehmer vorzeitig von seinen Vertragspflichten löst und dennoch den eingeschränkten Entgeltanspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB geltend macht.<sup>4)</sup>

Nicht minder gefährlich ist die Situation für den Werkunternehmer, wenn er sich unter Rechtsunsicherheit auf § 1170b ABGB berufen muss: Hat er un-

**berechtigt**<sup>5)</sup> eine Sicherstellung verlangt (zB trotz vollständiger Bezahlung des Entgelts), ist er weder zur Leistungsverweigerung noch zur Vertragsaufhebung legitimiert. Verweigert er seine Leistung dennoch, etwa weil er eine in Wahrheit den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Sicherheit des Werkbestellers zu Unrecht nicht akzeptiert, gerät er in Schuldnerverzug, wenn er infolge der unberechtigten Leistungsverweigerung vertraglich vereinbarte Fälligkeitszeitpunkte nicht einhält. Dann kann der Besteller nach § 918 ABGB vorgehen. Liegt ein subjektiver Schuldnerverzug vor, steht dem Besteller nach allgemeinen Grundsätzen auch ein Anspruch auf Schadenersatz zu. Eigene Nachteile des Werkunternehmers, die auf Grund der unberechtigten Leistungsverweigerung entstehen (Mehrkosten, Bauzeitverlängerung) muss der Werkunternehmer selbst tragen. Eine unberechtigte dauerhafte Leistungsverweigerung durch den Werkunternehmer kann, unabhängig davon, ob bereits ein Verzug vorliegt, einen wichtigen Grund für einen Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag darstellen.

Der vorliegende Beitrag versucht, einige Unklarheiten in Bezug auf die Ausübung des Rechts auf Sicherstellung zu beseitigen und damit einen Beitrag zu einer erhöhten Rechtssicherheit iZm der praktischen Handhabung dieses Rechts zu leisten.

1) Teile dieses Beitrags gehen auf Fälle aus der Praxis zurück.  
2) Schopper, Sicherstellung bei Bauverträgen – der neue § 1170b ABGB, JAP 2006/2007, 53; *Rebhahn/Kietabl* in *Schwimann/Ko-dek*<sup>4</sup> V § 1170b Rz 5.  
3) OGH 26. 4. 2018, 6 Ob 65/18 d (Pkt 2.2.) ZRB 2019, 19 (*Wenusch*); Schopper, JAP 2006/2007, 53; Setz, Sicherstellung im Rahmen einer Bau-ARGE, ZRB 2019, 115; allg zur Obliegenheit als „Rechtspflicht milderer Art“ vgl *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht<sup>15</sup> Rz 169; anders – nämlich einklagbare und schadenersatzbewehrte Pflicht – nunmehr in Deutschland, s *Busche* in *Mü-KoBGB*<sup>8</sup> § 650f Rz 9, 37 und 44.  
4) Dies folgt aus dem in § 1170b Abs 2 ABGB enthaltenen Verweis auf § 1168 Abs 2 ABGB. Tritt der Werkunternehmer nach § 1168 Abs 2 ABGB zurück, hat er den Anspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB.  
5) Verlangt der Werkunternehmer eine überhöhte Sicherheit, muss ihm der Werkbesteller eine dem § 1170b entsprechende Sicherheit innerhalb angemessener Frist anbieten (dazu unten Punkt 4b).

## B. Schutzzweck des § 1170 b ABGB und missbräuchliche Rechtsausübung

In jüngerer Zeit ist in der Literatur ein Streit darüber aufgekommen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Ausübung des Rechts auf Sicherstellung rechtsmissbräuchlich ist.<sup>6)</sup> Steht der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs im Raum, kann dies für den Werkunternehmer zu den oben dargelegten drastischen Konsequenzen führen. Die sittenwidrige Ausübung eines Rechts ist bloße Scheinrechtsausübung.<sup>7)</sup> Bei § 1170 b ABGB würde das bedeuten, dass die Leistungsverweigerung und Vertragsaufhebung bei Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs unberechtigt erfolgt sind.

Rechtsmissbrauch ist eine allgemeine Rechtsfigur, die für das gesamte österreichische (Privat-)Recht<sup>8)</sup> gilt und daher auch iZm § 1170 b ABGB grundsätzlich in Betracht kommt.<sup>9)</sup> Grundlegend falsch wäre es jedoch, wenn Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Grenzen des Rechtsmissbrauchs den Werkunternehmer von einer dem Normzweck entsprechenden – und daher gerade nicht rechtsmissbräuchlichen – Geltendmachung des Sicherstellungsrechts abhalten. Zur Abgrenzung einer sittenwidrigen von einer berechtigten Ausübung des Sicherstellungsrechts ist es daher von fundamentaler Bedeutung, neben den Umständen des Einzelfalls vor allem die **Zwecke des § 1170 b ABGB** sorgfältig zu berücksichtigen.<sup>10)</sup>

Hintergrund für die Einführung des § 1170 b, dem eine längere Reformdiskussion voranging,<sup>11)</sup> war das Risiko einer Insolvenz des Werkbestellers. Der vorleistungspflichtige Bauwerkunternehmer ist diesem Insolvenzrisiko nach Ansicht des Gesetzgebers in besonderem Maße ausgesetzt. Das spezifische Risiko des Bauunternehmers hängt vor allem mit der festen Verbindung des Bauwerks mit der Liegenschaft und dem damit verbundenen Eigentumserwerb des Grundstückseigentümers zusammen.<sup>12)</sup> Möglichkeiten der Absicherung des Entgelts durch Bestellung von Sicherheiten (zB durch Eigentumsvorbehalt) sind dadurch eingeschränkt.<sup>13)</sup> Durch § 1170 b ABGB soll dem praktischen Bedürfnis nach einer gesetzlichen Vorkehrung zur Verminderung des Insolvenzrisikos im Bau- und im Baunebengewerbe entsprochen werden.<sup>14)</sup> Dabei geht es aber um ein **generell-abstrakt bestehendes Insolvenzrisiko bei Bauwerkverträgen**. Ob beim konkreten Werkbesteller generell oder gerade im Zeitpunkt, in dem der Werkunternehmer die Sicherstellung verlangt, eine Insolvenzgefahr besteht oder eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse eingetreten ist, ist für § 1170 b ABGB irrelevant. Insoweit unterscheidet sich § 1170 b Abs 2 ABGB grundlegend von der Unsicherheitseinrede gem § 1052 ABGB, was auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers beruht.<sup>15)</sup> Die konkrete Bonitätssituation ist vom Normzweck nicht erfasst, was auch beim Vorwurf des Rechtsmissbrauchs zu berücksichtigen ist: Der Werkunternehmer handelt **nicht rechtsmissbräuchlich**, wenn er Sicherstellung verlangt, obwohl **beim konkreten Werkbesteller** aktuell gar **kein Insolvenzrisiko** oder eine verschlechterte Bonitätslage besteht.

Nach dem Wortlaut schützt § 1170 b ABGB den Unternehmer nicht nur vor einem insolvenzbedingten

Zahlungsausfall, sondern auch vor bloßer „Zahlungsunwilligkeit“, insbesondere im Fall einer (teilweise) strittigen Werklohnforderung.<sup>16)</sup> Das ergibt sich daraus, dass § 1170 b ABGB keinerlei Einschränkungen in Bezug auf die Verwertung der Sicherheit vorsieht. Im Ministerialentwurf<sup>17)</sup> war die Möglichkeit einer **Verwertung** ursprünglich nur im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder aber bei Abweisung eines Antrags auf Insolvenzeröffnung mangels kostendeckenden Vermögens vorgesehen.<sup>18)</sup> Die Beschränkung hat jedoch – zugunsten des Werkunternehmers – letztlich keinen Einzug im Gesetz gefunden. Der Wortlaut des Gesetzes spricht somit eindeutig dafür, dass die Sicherheit nicht nur im Insolvenzfall verwertet werden darf, sondern etwa auch bei bloßer Zahlungsunwilligkeit (iS eines Zahlungsverzugs).<sup>19)</sup> Im Übrigen ist der Werkunternehmer, ohne dass dafür irgendwelche Gründe notwendig wären, bereits ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses berechtigt, Sicherstellung zu verlangen. Demnach besteht das Recht bereits zu einem Zeitpunkt, in dem ein Zahlungsverzug des Werkbestellers praktisch nicht denkbar ist. Daher kann es auch nicht rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Werkunternehmer erst zu einem späteren Zeitpunkt die Sicherstellung vor allem deshalb verlangt, weil der Werkbesteller die **Zahlung bereits fälliger Werklohnforderungen** verweigert.

Es ist auch nicht per se rechtsmissbräuchlich, wenn Werkunternehmer das Sicherstellungsbegehren in der Hoffnung einsetzen, sich von ihren vertraglichen Leis-

- 6) Vgl *Schopper*, JAP 2006/2007, 53 (58); *Szelinger*, Konkurrenz und Berechtigung von Rücktrittserklärungen am Beispiel der §§ 1170 b und 918 ABGB, Zak 2018, 228 (229); *Vonkilch/Scharmer*, Zum Verhältnis von Rücktrittserklärungen gemäß § 918 ABGB und § 1170 b ABGB, Zak 2018, 344 (347); *Ring/Schifko*, Kann das Verlangen einer Sicherstellung gemäß § 1170 b ABGB rechtsmissbräuchlich sein? Eine Replik zu Vonkilch/Scharmer, bauaktuell 2019, 49 (50 ff).
- 7) *Wolff* in *Klang* VI<sup>2</sup> 44; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1295 Rz 86; *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1295 Rz 61.
- 8) Vgl *Mader*, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) 188; *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1295 Rz 103; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1295 Rz 86 mit Hinweis auf die Geltung auch im öffentlichen Recht.
- 9) *Schopper*, JAP 2006/2007, 53 (58); *Vonkilch/Scharmer*, Zak 2018, 344 (347); aA *Ring/Schifko*, bauaktuell 2019, 49 (50 ff).
- 10) Ebenso *Vonkilch/Scharmer*, Zak 2018, 344 (347); *Ring/Schifko*, bauaktuell 2019, 49 (50).
- 11) Vgl dazu etwa *Berlakovits/Stanke*, Das Sicherstellungsrecht des Auftragnehmers gemäß § 1170 b ABGB, in FS Karasek (2018) 77 (78); *Maier-Hülle*, § 1170 b ABGB – Sinn und Zweck einer zwingenden Sicherstellung für Werkunternehmer bei Bauverträgen, immolex 2007, 230 f.
- 12) *Schopper*, JAP 2006/2007, 53; *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170 b Rz 1; *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> V § 1170 b Rz 1.
- 13) *B. Jud*, Sicherstellung bei Bauverträgen, ecoclex 2004, 12; *Schopper*, JAP 2006/2007, 53.
- 14) ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72; OGH 27. 9. 2016, 1 Ob 107/16s; 26. 4. 2018, 6 Ob 65/18 d (Pkt 2.2.); ZRB 2019, 19 (*Wenusch*); *Panholzer*, Gefahren bei Sicherstellungen am Bau – das geheimnisvolle Dasein des § 1170 b ABGB, ZRB 2016, 107 (112); *Berlakovits/Stanke* in FS Karasek 77 (78 f).
- 15) Dieser Unterschied zu § 11052 Satz 2 ABGB war vom Gesetzgeber gewollt, vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.
- 16) Vgl dazu *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> V § 1170 b Rz 1; *Schopper* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1170 b Rz 6 (in Druck).
- 17) Entwurf eines Handelsrechts-Änderungsgesetzes, JMZ 10.000K/27-I.3/2003.
- 18) Entwurf eines Handelsrechts-Änderungsgesetzes, JMZ 10.000K/27-I.3/2003 § 1170 b Abs 3.
- 19) Zutreffend etwa *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> V § 1170 b Rz 1; *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar ABGB § 1170 b Rz 10.

tungspflichten zu befreien. Das folgt schon daraus, dass das Leistungsverweigerungsrecht und das Recht zur Aufhebung des Vertrages als Rechtsfolgen in § 1170 b ABGB explizit vorgesehen sind und mangels Einklagbarkeit das einzige Druckmittel des Bestellers zur Durchsetzung seines Rechts auf Sicherstellung darstellen. Der Werkbesteller kann ein solches Ansinnen des Werkunternehmers durch fristgerechte Bestellung einer gesetzeskonformen Sicherheit ohnehin abwehren. Nur am Rande sei zur Wahrung des richtigen Gesamtbilds erwähnt, dass sich der Werkbesteller seinerseits jederzeit und ohne Angabe von Gründen vom Vertrag durch sein Abbestellungsrecht<sup>20)</sup> lösen kann, was übrigens – ebenso wie die Vertragsaufhebung nach § 1170 b Abs 2 ABGB durch den Unternehmer – zum eingeschränkten Entgeltanspruch gem § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB führt.

Vor dem Hintergrund der soeben dargelegten Zwecke des § 1170 b ABGB ist die **höchstgerichtliche Rsp** in Österreich bis dato zu Recht restriktiv im Hinblick auf den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs bei § 1170 b ABGB.<sup>21)</sup> Zutreffend hält der 4. Senat<sup>22)</sup> wörtlich fest: „Die Inanspruchnahme eines gesetzlichen Rechtsbehelfs zur Vermeidung von Insolvenzrisiken (...) und Zahlungsverzug ist auch nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.“

## C. Art des Sicherungsmittels

### 1. Taxative Aufzählung in § 1170 b ABGB

Nach dem Gesetz können als Sicherstellung „*Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen dienen*“. Höchstgerichtlich nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob es sich um eine taxative Aufzählung handelt.<sup>23)</sup> Im Schrifttum spricht sich die ganz **hL für eine taxative Aufzählung** der Sicherungsmittel aus.<sup>24)</sup>

Der Gesetzeswortlaut spricht für eine taxative Aufzählung.<sup>25)</sup> Die Materialien<sup>26)</sup> sind nur auf den ersten Blick widersprüchlich: Einerseits wird dort betont, dass als Sicherstellungen „*nur Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien sowie Versicherungen*“ in Betracht kommen, „*also Vermögenswerte, die eine rasche und günstige Verwertung ermöglichen, nicht aber sonstige bewegliche Sachen oder eine Hypothek*“. Damit wird der taxative Charakter der Aufzählung bestätigt. Andererseits wird an anderer Stelle<sup>27)</sup> ausgeführt, dass „*eine andere geeignete, zumindest eine vergleichbare Rechtsposition verschaffende oder eine höhere als die gesetzliche Sicherstellung*“ vereinbart werden kann, was auf den ersten Blick für eine demonstrative Aufzählung zu sprechen scheint. Genau genommen geht es bei dieser Textpassage der Materialien aber um die Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen, dh, es ist ein Konsens erforderlich, während beim Sicherstellungsanspruch der Werkbesteller ein Wahlrecht in Bezug auf das Sicherungsmittel hat und der Werkunternehmer die vom Besteller ausgewählte Sicherheit hinnehmen muss. Demnach spricht diese Materialienstelle gerade nicht gegen eine taxative Aufzählung. Mit der ganz **hA** ist daher davon auszugehen, dass die zulässigen Sicherungsmittel in § 1170 b Abs 1 ABGB **taxativ** aufgezählt werden.

Freilich schließt eine taxative Aufzählung die Zulässigkeit weiterer Sicherungsmittel per analogiam nicht von vornherein aus.<sup>28)</sup> Voraussetzung für die Analogie wäre jedoch das Vorliegen einer planwidrigen Lücke. Die Gesetzesmaterialien sprechen gegen das Vorliegen einer solchen Gesetzeslücke. Eindeutig geht daraus nämlich folgender Plan des Gesetzgebers hervor: Die Auswahl eines der taxativ aufgezählten Sicherungsmittel soll dem Besteller zukommen. Wählt er eines der aufgezählten Sicherungsmittel aus, dann hat dies der Werkunternehmer zu akzeptieren. Der taxative Charakter der Aufzählung dient in dem Zusammenhang nicht nur dem Schutz des Sicherstellungsrechts des Unternehmers vor untauglichen Sicherungsmitteln, sondern vor allem auch der **Rechtssicherheit**. Müsste der Werkunternehmer auch andere vergleichbare Sicherungsmittel akzeptieren, dann bestünde stets eine massive Rechtsunsicherheit, ob er im Einzelfall rechtmäßig handelt, wenn er ein eventuell doch gleichwertiges Sicherungsmittel ablehnt und in weiterer Folge sein Recht auf Leistungsverweigerung und auf Vertragsaufhebung dann womöglich unberechtigt geltend macht. Durch die taxative Aufzählung der Sicherungsmittel hat der Gesetzgeber ganz bewusst und völlig zu Recht einen solchen Graubereich vermieden.

Mit gutem Grund darf nach den Gesetzesmaterialien daher eine andere geeignete, zumindest eine vergleichbare Rechtsposition verschaffende oder eine höhere als die gesetzliche Sicherstellung dem Werkunternehmer **nicht aufgedrängt** werden. Vielmehr muss eine solche Sicherstellung **vereinbart** werden.<sup>29)</sup> Hierfür ist dann freilich die Zustimmung des Unternehmers erforderlich. Mit der Vereinbarung wird eine rechtssichere Grundlage geschaffen, die überdies mit dem relativ zwingenden Charakter des § 1170 b ABGB vereinbar ist, weil sie das Sicherstellungsrecht zu Lasten des Werkunternehmers weder ausschließt noch beeinträchtigt, zumal nur gleichwertige Sicherstellungen das Recht nach § 1170 b ABGB zum Erlöschen bringen.

20) Dazu zuletzt krit *Kerschner*, Freies Abbestellungsrecht des Werkbestellers? in FS 40 Jahre ÖGEBAU (2019) 215.

21) Vgl OGH 5. 7. 2017, 7 Ob 67/17 d; 27. 11. 2018, 4 Ob 209/18 s; BGH 23. 11. 2017, VII ZR 34/15; zust dazu *Ring/Schlifko*, bauaktuell 2019, 49.

22) OGH 27. 11. 2018, 4 Ob 209/18 s.

23) Offen gelassen in OGH 5. 7. 2017, 7 Ob 67/17 d.

24) *Berlakovits/Stanke* in FS Karasek 77 (87); *M. Bydliński* in KBB<sup>6</sup> § 1170 b Rz 3; *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170 b Rz 24; *Karasek*, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> (2016) Rz 1894; *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>5</sup> (2013) 377; *Kietaibl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB TK<sup>4</sup> § 1170 b Rz 7; *Maier-Hülle*, immolex 2007, 230 (233); im Ergebnis auch *Milchrahm*, Die gesetzliche Sicherstellung bei Bauverträgen (§ 1170 b ABGB) und die Sicherungsabrede im Werkvertrag, bbl 2007, 167 (169); *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> V § 1170 b Rz 11; *Schmidinger*, Die Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170 b ABGB, bauaktuell 2012, 42 (46 ff); *Schopper*, JAP 2006/2007, 53 (56); *Skarics*, Die Zulässigkeitsgrenzen vertraglicher Vereinbarungen zu § 1170 b ABGB, ZRB 2013, 3 (7 f); *Setz*, ZRB 2019, 115; **aA** *Bollenberger*, Zum Inhalt der Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170 b neu ABGB: Muss der Besteller faktisch ein Vorleistungsrisiko tragen? RdW 2006, 199 (201 f).

25) *B. Judd*, ecolex 2004, 12 (13 f) zum insoweit wortgleichen Ministerialentwurf.

26) ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

27) ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

28) Andeutend *Skarics*, ZRB 2013, 3 (8); vgl allg OGH 20. 9. 1994, 4 Ob 554/94; RIS-Justiz RS0008839.

29) Ähnlich bereits *Milchrahm*, bbl 2007, 167 (169).

## 2. Beeinträchtigung der raschen und einfachen Verwertbarkeit durch vertragliche Ausgestaltung des Sicherungsmittels

Fraglich ist, ob und inwieweit ein in der taxativen Aufzählung des § 1170 b Abs 1 ABGB enthaltenes Sicherungsmittel vertraglich modifiziert werden darf. Außer Streit steht dabei, dass eine gewisse individuelle vertragliche Anpassung des Sicherungsmittels an den konkreten Sicherungsfall nicht ausgeschlossen, sondern in der Praxis sogar erforderlich ist (zB Gegenstand, Höhe und Dauer der Sicherheit). Zu berücksichtigen ist jedoch, dass nach den Materialien eine „*rasche und einfache Verwertbarkeit der Sicherheit*“<sup>30)</sup> jedenfalls gewährleistet sein muss. Wann eine unzulässige Einschränkung vorliegt, ist im Einzelfall zu ermitteln.

Nach richtiger und wohl überwiegender Auffassung<sup>31)</sup> bedeutet die von den Gesetzesmaterialien geforderte rasche und einfache Verwertbarkeit iVm den taxativ aufgezählten Sicherungsmitteln, dass die Sicherheit **jederzeit** ohne weiteres, insbesondere ohne erforderliche Mitwirkung des Bestellers sowie **ohne Nachweis des gesicherten Anspruchs** verwertet werden können muss. Nicht ausreichend ist daher die Verpfändung eines Sparbuchs ohne Mitteilung des Lösungsworts, weil die Sicherheit nicht ohne Mitwirkung des Werkbestellers verwertet werden kann.<sup>32)</sup> Zudem muss dem Werkunternehmer als Sicherungsnehmer nach zutreffender Ansicht ein „unmittelbarer Zugriff“ eingeräumt werden.<sup>33)</sup> Bargeld ist dem Werkunternehmer daher als Faustpfand zu übergeben.<sup>34)</sup>

Jedenfalls gegen § 1170 b ABGB verstößt es, wenn der Abruf der **Bankgarantie** die Mitwirkung des Werkbestellers erfordert.<sup>35)</sup> Nach richtiger Ansicht ist es wohl auch unzulässig, den Abruf einer Bankgarantie von der Vorlage bestimmter Dokumente abhängig zu machen.<sup>36)</sup>

Eindeutig unzureichend ist die **Hinterlegung einer Bankgarantie bei einem Notar** mit der Anweisung, dass dieser die Bankgarantie nur mit Zustimmung des Bestellers, bei Vorliegen einer gerichtlichen Entscheidung über die Insolvenz des Bestellers oder bei Vorlage einer vollstreckbaren (schieds-)gerichtlichen Entscheidung zu Gunsten des Werkunternehmers aushängen darf. Gegen die Zulässigkeit dieser Ausgestaltung spricht zunächst, dass dem Sicherungsnehmer kein unmittelbarer Zugriff eingeräumt wird. Außerdem ergibt sich die Unzulässigkeit der einzelnen Bedingungen für die Aushändigung der Sicherheit aus folgenden Gründen:

→ Durch die Voraussetzung der **Zustimmung des Bestellers** erfordert die Verwertung der Sicherheit die Mitwirkung des Bestellers, was, wie bereits erwähnt, jedenfalls unzulässig ist.

→ Das Erfordernis eines **vollstreckbaren Titels** entfremdet die Bankgarantie derart, dass keine abstrakte Garantie im eigentlichen Sinne mehr vorliegt, sondern eine akzessorische Bankbürgschaft.<sup>37)</sup> Eine (Bank-) Bürgschaft zählt aber gerade nicht zu den taxativ aufgezählten Sicherungsmitteln.<sup>38)</sup> Im Übrigen ist als Mindestanforderung für ein taugliches Sicherungsmittel iSd § 1170 b ABGB zu fordern, dass dieses – entsprechend allgemeinen Grundsätzen – bereits dann

verwertbar ist, wenn der Besteller nach Fälligkeit des Werklohnes in Zahlungsverzug gerät.<sup>39)</sup> Ein vollstreckbarer Titel ist nach allgemeinen Grundsätzen aber gerade nicht erforderlich. Durch das Erfordernis eines vollstreckbaren Titels ist die Sicherheit somit noch schwerer verwertbar als herkömmliche Sicherheiten (an beweglichen Sachen). Von einer besonders „*raschen und einfachen Verwertbarkeit*“ ist insoweit nicht einmal die Rede.<sup>40)</sup> Dass der Sicherungsgeber auf Grund eines gerichtlichen Urteils erster Instanz zur Leistung der Forderung verpflichtet ist, war im Übrigen als Voraussetzung im Ministerialentwurf<sup>41)</sup> enthalten. Diese Voraussetzung wurde im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens aber zugunsten des Werkunternehmers gestrichen.<sup>42)</sup> Auch das spricht gegen die Zulässigkeit einer derartigen Einschränkung. Nach § 650 f Abs 2 Satz 2 BGB dürfen Kreditinstitute oder Kreditversicherer (jeweils als Sicherungsgeber) an den Werkunternehmer nur leisten, wenn der Besteller den Vergütungsanspruch durch ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis anerkannt hat oder wenn der Besteller durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf. Die Rechtslage ist mit der österreichischen schon deswegen nicht vergleichbar, weil sich der österreichische Gesetzgeber bewusst gegen eine solche Regelung entschieden hat.<sup>43)</sup> Im Übrigen besteht in Deutschland eine völlig andere Ausgangslage, weil dort im Gegensatz zu Österreich die Höhe der Sicherstellung bis zur gesamten „nicht gezahlten Vergütung“ (unter Berücksichtigung von Nebenforderungen sogar bis 110% der Vergütung) reichen kann.<sup>44)</sup> Insoweit besteht ein höheres Schutzbedürfnis des Bestellers.<sup>45)</sup> →

30) ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

31) *M. Bydliński* in KBB<sup>6</sup> § 1170 b Rz 4; *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar § 1170 b ABGB Rz 10 ff; *Panholzer*, bbl 2009, 83 (85); *Hartlieb-Lamprechter*, Sicherstellung gem § 1170 b ABGB. (Vertragliche) Ausgestaltung und ausgewählte Problemstellungen in der Praxis, *ecolex* 2010, 223 (224 f); *Schmidinger*, *bauaktuell* 2012, 42 (47 f); aA *Berlakovits/Stanke* in FS *Karasek* 77 (89); *Högl/Wiesinger*, Offene Fragen zu § 1170 b ABGB, *JB* 2009, 155 (158 f); *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170 b Rz 23; differenzierend *Skarics*, *ZRB* 2013, 3 (8 ff).

32) *Skarics*, *ZRB* 2013, 3 (10).

33) *M. Bydliński* in KBB<sup>6</sup> § 1170 b Rz 4.

34) *M. Bydliński* in KBB<sup>6</sup> § 1170 b Rz 4.

35) Treffend *Hartlieb-Lamprechter*, *ecolex* 2010, 223 (224 f); zust *Skarics*, *ZRB* 2013, 3 (10).

36) *M. Bydliński* in KBB<sup>6</sup> § 1170 b Rz 4; aA *Högl/Wiesinger*, *JB* 2009, 155 (158 f); *Skarics*, *ZRB* 2013, 3 (10).

37) Zutreffend daher die Zweifel bei *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170 b Rz 27; aA jedoch *Berlakovits/Stanke* in FS *Karasek* 77 (89).

38) Dies zu Recht betonend *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> V § 1170 b Rz 11.

39) *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> V § 1170 b Rz 11.

40) *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> V § 1170 b Rz 13; ebenso *Hartlieb-Lamprechter*, *ecolex* 2010, 223 (225); *Skarics*, *ZRB* 2013, 3 (8).

41) Entwurf eines Handelsrechts-Änderungsgesetzes, *JMZ* 10.000K/27-1.3/2003 § 1170 b Abs 3.

42) Vgl die diesbezügliche Kritik am ME bei *B. Jud*, Sicherstellung bei Bauverträgen, *ecolex* 2004, 12 (15); s auch *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> V § 1170 b Rz 13 und 17.

43) *Schmidinger*, *bauaktuell* 2012, 42 (47 f); *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> V § 1170 b Rz 17.

44) Siehe dazu *Busche* in *MüKoBGB*<sup>8</sup> § 650 f Rz 45.

45) Zutreffend idS bereits *Panholzer*, bbl 2009, 83 (86); *Skarics*, *ZRB* 2013, 3 (8).

- Auch das Erfordernis der **Insolvenz des Bestellers** schränkt das Verwertungsrecht unzulässig ein.<sup>46)</sup> Wie bereits erwähnt, schützt das Recht auf Sicherstellung auch vor bloßer „Zahlungsunwilligkeit“ des Bestellers, insbesondere im Fall einer (teilweise) strittigen Werklohnforderung. Im Übrigen war auch dieses Erfordernis noch im Ministerialentwurf<sup>47)</sup> enthalten und wurde dann aber, ganz offenkundig auf Basis einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, nicht in das Gesetz übernommen.
- **Völlig zutreffend** hat der OGH<sup>48)</sup> diese Fragen auch **bereits geklärt**: Die ÖNORM B 2110 Pkt 5.47.1.3 (in der Fassung vom 1. 3. 2000) sah ein Recht auf Sicherstellung vor, wobei diese Sicherstellung laut ÖNORM nur dann in Anspruch genommen werden durfte, „wenn über das Vermögen des die Sicherstellung leistenden Vertragspartners ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder ein rechtskräftiges Urteil über die besicherte Leistung zu Gunsten des Vertragspartners, der die Sicherstellung verlangt hat, ergangen ist.“ § 1170 b ABGB gewährt nach Ansicht des OGH<sup>49)</sup> dem Werkunternehmer einen gegenüber dieser ÖNORM wesentlich weiteren Sicherstellungsanspruch, unter anderem weil dessen Inanspruchnahme „nicht auf die Insolvenz des Werkbestellers beschränkt“ ist. Und weiter: „Wegen des zwingenden Charakters der gesetzlichen Regelung (§ 1170 b Abs 1 zweiter Satz ABGB) kann nunmehr der in Rede stehende ÖNORM-Punkt wegen Abweichens vom zwingenden Recht nicht gültig vereinbart werden.“<sup>50)</sup> Das ist zutreffend und gilt natürlich nicht nur für die Beschränkung der Verwertbarkeit der Sicherstellung auf den Fall einer Insolvenz des Bestellers, sondern gleichermaßen für das Erfordernis eines vollstreckbaren Titels, weil § 1170 b ABGB – anders als die damalige ÖNORM – auch diesbezüglich keine Beschränkung vorsieht. Genau deshalb wurde dann ÖNORM B 2110 Punkt 8.7.1 entsprechend geändert und festgehalten, dass die Rechte des AN auf Sicherstellung davon unberührt bleiben.
- Im **Ergebnis** sind daher Sicherungsmittel mit strikten Verwertungsbeschränkungen, wie die Bestellersinsolvenz, ein vollstreckbarer Titel in Bezug auf die besicherte Forderung des Werkunternehmers oder gar die Zustimmung des Bestellers keine geeignete Sicherstellung iSd § 1170 b ABGB. Der Werkunternehmer muss ein derart ausgestaltetes Sicherungsmittel nicht akzeptieren.

### 3. Ablehnung eines untauglichen Sicherungsmittels durch den Werkunternehmer

Bietet der Werkbesteller auf Grund eines Sicherstellungsbegehrens des Unternehmers ein untaugliches Sicherungsmittel an, dann ist der Werkunternehmer berechtigt, dieses abzulehnen. Das gilt für ein nicht in der taxativen Aufzählung enthaltenes Sicherungsmittel (dazu oben Pkt 1) ebenso wie für ein Sicherungsmittel, das zwar in der taxativen Liste enthalten ist, aber auf Grund der konkreten Ausgestaltung nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht (dazu oben Pkt 2). In beiden Fällen hat der Besteller keine gesetzeskonforme Sicherstellung geleistet.

Dass der Werkunternehmer **nicht rechtsmissbräuchlich** handelt, wenn er eine den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Sicherheit ablehnt, versteht sich von selbst. Wie bereits ausgeführt, müsste die Bestellung einer anderen, zumindest eine vergleichbare Rechtsposition verschaffenden Sicherstellung vereinbart werden und kann dem Werkunternehmer gerade nicht gegen seinen Willen aufgezungen werden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes und wird durch die Materialien bestätigt.

Demnach hat der Werkunternehmer, dem vom Besteller eine untaugliche Sicherheit angeboten wurde, nach Ablauf der von ihm zu setzenden angemessenen Frist gem § 1170 b Abs 2 Satz 2 ABGB das Recht, die eigene Leistung zu verweigern. Nur für das Recht auf Vertragsaufhebung, nicht aber für das Leistungsverweigerungsrecht muss eine zweite Frist (Nachfrist) gesetzt werden, nach deren fruchtlosem Ablauf der Werkunternehmer vom Vertrag zurücktreten kann.

## 4. Verlangen der Sicherstellung

### a) Freies Ermessen des Werkunternehmers

Ob und wann der Unternehmer Sicherstellung verlangt, liegt in seinem freien Ermessen.<sup>51)</sup> Die Zulässigkeit des Verlangens der Sicherstellung ist **an keinerlei Voraussetzungen** geknüpft und kann insofern auch als (wenn auch der Höhe nach beschränktes) Pendant zur Vorleistungspflicht des Werkunternehmers betrachtet werden. In zeitlicher Hinsicht kann die Sicherheit ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bis zur vollständigen Bezahlung des Entgelts jederzeit verlangt werden.<sup>52)</sup> Wie bereits erwähnt, ist das Verlangen nicht an weitere Voraussetzungen wie etwa eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse beim Werkbesteller, Insolvenz oder einen Zahlungsverzug gebunden. Daher muss der Werkunternehmer sein Verlangen nach Sicherstellung auch **nicht begründen**. Eine vertragliche Vereinbarung, nach der Sicherstellung **nur bei Vorliegen bestimmter Gründe** verlangt werden darf, ist wegen § 1170 b Abs 1 Satz 2 ABGB **unwirksam**.<sup>53)</sup>

Unzulässig sind auch Vertragsklauseln, die an das Begehren des Werkunternehmers nach Einräumung einer Sicherheit gem § 1170 b ABGB bestimmte **Gegenansprüche des Bestellers** knüpfen, etwa dass sich im Falle eines solchen Sicherstellungsbegehrens im Gegenzug auch Sicherungsansprüche des Werkbestellers (Erfüllungsgarantie, Haftrücklass etc) erhöhen oder entstehen. Derartige Vereinbarungen stellen eine un-

46) Ebenso zB *Berlakovits/Stanke* in FS Karasek 77 (89); *Skarics*, ZRB 2013, 3 (8); *Kietaibl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB TK<sup>4</sup> § 1170 b Rz 13; *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek<sup>4</sup> V* § 1170 b Rz 13.

47) Entwurf eines Handelsrechts-Änderungsgesetzes, JMZ 10.000K/27-1.3/2003 § 1170 b Abs 3.

48) OGH 19. 12. 2007, 3 Ob 211/07 m.

49) OGH 19. 12. 2007, 3 Ob 211/07 m.

50) Zutreffend idS bereits *Skarics*, ZRB 2013, 3 (8).

51) *Karasek*, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1895.

52) OGH 27. 9. 2016, 1 Ob 107/16 s („besteht bis zur vollständigen Bezahlung des Entgelts“) ZVB 2016, 520 (zust Wagner); *Brenn*, EvBl 2019, 549 (Anm); *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar ABGB § 1170 b Rz 6; *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170 b Rz 15; *Schopper*, JAP 2006/2007, 53 (57) (grundsätzlich während der gesamten Vertragsdauer).

53) Vgl dazu *Schopper* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Klang<sup>3</sup> § 1170 b Rz 75 f (in Druck).

zulässige Erschwerung der Ausübung des Sicherstellungsanspruches dar und sind schon wegen § 1170b Abs 1 Satz 2 ABGB unwirksam. Auf § 879 Abs 3 ABGB muss hier gar nicht recurriert werden.

#### b) Notwendiger Inhalt des Sicherstellungsbegehrens

Nach zutreffender Ansicht des OGH<sup>54)</sup> kann das Sicherstellungsverlangen auch **konkudent** erklärt werden. Das ergibt sich aus allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen (§ 863 ABGB), zumal es sich beim Sicherstellungsbegehren gem § 1170b ABGB um eine Willenserklärung handelt. Aus dem Sicherstellungsverlangen muss aber zumindest eindeutig hervorgehen, dass der Werkunternehmer den gesetzlichen Anspruch auf Sicherstellung nach § 1170b ABGB geltend macht.

Ähnliches gilt auch im Zusammenhang mit der in der Bestimmung ausdrücklich vorgesehenen Nachfristsetzung bei Erklärung der Vertragsaufhebung. Die zur Nachfristsetzung nach § 918 ABGB entwickelte Rechtsprechung ist auf beide Fristen des § 1170b ABGB anwendbar.<sup>55)</sup> Es kommt im Fall der (Nach-)Fristsetzung auf die im konkreten Fall objektiv angemessene Frist an. Verweigert der Werkbesteller die Sicherstellung von vornherein ernsthaft und endgültig, dann ist die Setzung einer Frist entbehrlich.<sup>56)</sup> Nach zutreffender Rsp<sup>57)</sup> reicht es auch aus, wenn eine **objektiv angemessene (Nach-) Frist faktisch gewährt** wird, sofern für den Werkbesteller der Verzug mit ausreichender Sicherheit erkennbar ist. Demnach ist der Ausdruck „festsetzen“ auch bei § 1170b Abs 1 ABGB weit auszulegen. Den Anforderungen des Gesetzes ist auch dann Genüge getan, wenn der Werkunternehmer dem säumigen Besteller eine angemessene Frist zur Nachholung der Bestellung der Sicherheit tatsächlich gewährt hat. Die Vertragsaufhebung erfolgt insofern entweder unmittelbar durch Verstreichen der unter ausdrücklicher Erklärung des Rücktritts gesetzten Nachfrist oder nach Ablauf der faktisch gewährten angemessenen Nachfrist durch einseitige Erklärung des Vertragsrücktritts durch den Werkunternehmer.

Die **Art des Sicherungsmittels** muss der Werkunternehmer in seiner Erklärung nicht angeben, weil diesbezüglich ein Wahlrecht des Bestellers besteht.<sup>58)</sup> Verlangt der Unternehmer unter Missachtung des Wahlrechts des Bestellers eine bestimmte Art der Sicherheit, dann ist das Begehren dennoch wirksam, für den Besteller aber hinsichtlich der Forderung einer bestimmten Sicherheit unbeachtlich.<sup>59)</sup>

In der Praxis bereitet die **Angabe der Höhe der Sicherstellung** besondere Probleme, weil häufig erhebliche Unsicherheiten über die Höhe des vereinbarten Entgelts als Berechnungsgrundlage für das Sicherstellungsbegehren und/oder über die Höhe des noch ausstehenden Entgelts als zweite Beschränkung des Sicherstellungsbegehrens bestehen.

Wesensimmanent ist dieses Problem bei Regie- und Einheitspreisverträgen, wo das vereinbarte Gesamtentgelt erst nach Vollendung des Werkes bzw nach Legung der Schlussrechnung feststeht. Außerdem ist das vereinbarte Entgelt zwischen den Vertragsparteien während der Abwicklung des Bauprojekts häufig dem Grunde und der Höhe nach strittig.<sup>60)</sup> Vorgeschlagen wird in der Literatur

eine Bemessung anhand des Leistungsverzeichnisses, der Angebotssumme oder einer Kostenschätzung.<sup>61)</sup> Allerdings wird das darin genannte Entgelt gar nicht mehr zu treffen, wenn es im Zuge des Bauprojekts zu Leistungsänderungen und Mehrkostenforderungen gekommen ist. In derartigen Fällen versteht es sich von selbst, dass dem Werkunternehmer nichts anderes übrig bleibt, als das vereinbarte Entgelt (bzw das noch ausstehende Entgelt als zweite Schranke) zu schätzen, um die Höhe der geforderten Sicherstellung abgeben zu können.

**Übersteigt** die vom Werkunternehmer geforderte **Höhe der Sicherstellung** die gesetzliche Maximalhöhe (20% bzw 40% des vereinbarten Entgelts oder die Höhe des noch ausstehenden Entgelts), führt das nach der in Österreich ganz **hA**<sup>62)</sup> **nicht zur Unbeachtlichkeit** des Sicherstellungsbegehrens für den Besteller. Wäre nur ein Sicherstellungsbegehren mit exakt richtiger Höhe beachtlich, würde das die Ausübung des Rechts für den Werkunternehmer bei strittigen Werklohnforderungen und bei weiter fortgeschrittenen Projekten praktisch unmöglich machen. Daher kann der Besteller seiner Sicherstellungsobliegenheit in einem solchen Fall auch nicht dadurch entgehen, dass er gar nicht reagiert oder unter Hinweis auf das vermeintlich überhöhte Sicherstellungsbegehren von vornherein jegliche Sicherstellung ablehnt. Das überhöhte Sicherstellungsbegehren ist nach zutreffender Ansicht des OGH<sup>63)</sup> auf die maximal zulässige Höhe zu reduzieren, weil der Besteller auch bei einem erhöhten Begehren davon ausgehen muss, dass der Unternehmer Sicherstellung in dieser Höhe verlangt. Um die Rechtsfolgen des § 1170b Abs 2 Satz 2 ABGB abzuwenden, hat der Besteller dem Unternehmer eine Sicherheit in der gesetzlich vorgeschriebenen Höhe binnen angemessener Frist anzubieten. Die objektiv zu bemessende Frist wird in einem solchen Fall allerdings wohl länger sein. Lehnt der Unternehmer in weiterer Folge die unterhalb der von ihm geforderten Höhe liegende, aber im Lichte des § 1170b ABGB angemessene Sicherheit ab, dann ist er weder zur Verweigerung der eigenen Leistung noch zur Vertragsaufhebung berechtigt.

Die soeben dargelegten Grundsätze entsprechen auch der **hA in Deutschland**.<sup>64)</sup> Allerdings hat es der

54) OGH 27. 11. 2018, 4 Ob 209/18s.

55) OGH 27. 11. 2018, 4 Ob 209/18s ZVB 2019, 132 (zust. *Berl*).

56) OGH 27. 11. 2018, 4 Ob 209/18s, ZVB 2019, 132 (zust. *Berl*).

57) OGH 27. 11. 2018 4 Ob 209/18s unter Verweis auf die stRsp zu § 918 Abs 1 (RIS-Justiz RS0018340).

58) Es ist zulässig, im Vertrag dem Unternehmer ein Wahlrecht bzgl des Sicherungsmittels einzuräumen, sofern ein zur Auswahl stehendes Sicherungsmittel dem gesetzlichen Katalog gem § 1170b Abs 1 Satz 3 hinsichtlich der raschen und günstigen Verwertbarkeit entspricht. In einem solchen Fall wird der Werkunternehmer bereits im Sicherstellungsverlangen anzugeben haben, welche Art von Sicherheit er wählt.

59) AA *Voit* in Beck-OK BGB<sup>53.</sup> Ed § 650f Rz 27 mwN.

60) Siehe *Hartlieb-Lamprechter*, *ecolex* 2010, 223 (226); *Berlakovits/Stanke* in FS Karasek 77 (86).

61) *Berlakovits/Stanke* in FS Karasek 77 (85).

62) Zutreffend OGH 27. 11. 2018, 4 Ob 209/18s (Pkt 2.4); vgl auch *B. Jud.*, RdW 1998, 248 (259); *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170b Rz 32.

63) OGH 27. 11. 2018, 4 Ob 209/18s (Pkt 2.4).

64) BGH 9. 11. 2000, VII ZR 82/99 NJW 2001, 822; *Voit* in Beck-OK BGB<sup>53.</sup> Ed § 650f Rz 27; *Cramer* in *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht<sup>9</sup> BGB § 650f Rz 35; *Peters/Jacoby* in *Staudinger*, BGB (2014) § 648a Rz 24; OLG Karlsruhe, NJW 1997, 263; *Leinemann/Klaft*, Erfordert die Neuregelung des § 648a BGB eine restriktive Auslegung zum Schutz des Bestellers? NJW 1995, 2521 (2523).

BGH<sup>65</sup>) in einer Entscheidung zur verwandten Bestimmung des § 648 a BGB (seit 1. 1. 2018 § 650 f BGB) für möglich gehalten, dass ein Sicherstellungsbegehren ausnahmsweise dann unbeachtlich sein kann, wenn es deutlich überhöht ist und der Besteller die angemessene Höhe der Sicherheit auf Grund der ihm vom Unternehmer zur Verfügung gestellten Unterlagen und Angebote nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermitteln kann. Im konkreten Fall hielt der BGH das Sicherstellungsverlangen für wirksam. Ein eventuell um 25% über der gesetzlichen Maximalhöhe liegendes Sicherstellungsbegehren ist nach Ansicht des BGH und der Vorinstanzen nämlich jedenfalls **nicht unverhältnismäßig überhöht**.<sup>66</sup>)

In Extremfällen mag auch in Österreich ein unverhältnismäßig überhöhtes Sicherstellungsverlangen zur Unbeachtlichkeit führen, wenn der Besteller seinerseits die richtige Höhe der Sicherheit auf Grund der ihm vorliegenden Unterlagen nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermitteln kann. Grundvoraussetzung dafür ist freilich, dass der Besteller zumindest beim Unternehmer Unterlagen zur Ermittlung eines angemessenen Sicherstellungsbetrages eingefordert hat und der Werkunternehmer dies verweigert hat. Dem Besteller ist ein solches Verlangen nämlich jedenfalls zumutbar. Beim Rechtsvergleich mit Deutschland ist gerade in diesem Zusammenhang noch zu berücksichtigen, dass die Maximalhöhe des Rechts auf Sicherstellung in Österreich im Regelfall auf 20% des vereinbarten Werklohns (statt maximal bis zu 110% in Deutschland) beschränkt ist.<sup>67</sup>) In Österreich kann daher nur eine noch deutlichere Überschreitung zur Unbeachtlichkeit des Begehrens führen, weil der Besteller hierzulande als Sicherungsge-

ber auf Grund der niedrigeren gesetzlichen 20% – Schwelle von vornherein wesentlich geringer belastet und daher im Hinblick auf ein überhöhtes Sicherstellungsbegehren auch weniger schutzbedürftig ist als nach der Rechtslage in Deutschland. Im Übrigen hat der Besteller stets die Möglichkeit, dem vermeintlich überhöhten Sicherstellungsbegehren des Werkunternehmers vorerst nachzukommen, um ein mögliches Leistungsverweigerungs- und Rücktrittsrecht gem § 1170 b Abs 2 Satz 2 ABGB auszuschließen. Erneut ist daran zu erinnern, dass in Österreich anders als in Deutschland im Regelfall die Sicherstellung auf 20% des vereinbarten Werklohns beschränkt ist. Erweist sich später, dass die bestellte Sicherheit zu hoch ist (zB weil Leistungen entfallen oder Mehrkostenforderungen nicht bestehen), dann ist die Sicherheit zu reduzieren oder auszutauschen.<sup>68</sup>) Der Werkunternehmer muss alle Kosten des Werkbestellers ersetzen, die durch die überhöhte Sicherheitenbestellung entstanden sind.<sup>69</sup>)

Stellt sich im Verlauf des Bauprojekts heraus, dass eine bereits bestellte Sicherheit **zu niedrig** ist, zB weil sich das vereinbarte Gesamtentgelt auf Grund von Mehrkostenforderungen erhöht, dann kann der Werkunternehmer Aufstockung verlangen.<sup>70</sup>)

65) BGH 9. 11. 2000, VII ZR 82/99 NJW 2001, 822; vgl auch *Busche* in MÜKoBGB<sup>8</sup> § 650 f Rz 18.

66) Vgl BGH 9. 11. 2000, VII ZR 82/99 NJW 2001, 822.

67) Ist der noch ausstehende Werklohn geringer als 20% des vereinbarten Entgelts, dann bildet das noch ausstehende Entgelt die Maximalschranke für die Sicherstellung.

68) *Berlakovits/Stanke* in FS Karasek 77 (86).

69) *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1170 b Rz 39.

70) *Berlakovits/Stanke* in FS Karasek 77 (86); *M. Bydliński* in KBB<sup>9</sup> § 1170 b Rz 5.

### → In Kürze

- § 1170 b ABGB bezweckt den Schutz vor einem generell-abstrakt bestehenden Insolvenzrisiko bei Bauwerkverträgen. Ob beim konkreten Besteller allgemein oder gerade im Zeitpunkt, in dem der Werkunternehmer die Sicherstellung verlangt, eine Insolvenzgefahr besteht oder eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse eingetreten ist, ist irrelevant.
- Der Werkunternehmer handelt daher auch nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er Sicherstellung verlangt, obwohl beim konkreten Werkbesteller aktuell gar kein Insolvenzrisiko oder eine verschlechterte Bonitätslage vorliegt.
- In § 1170 b Abs 1 ABGB werden die zulässigen Sicherungsmittel taxativ aufgezählt. Dem Werkunternehmer kann ein anderes Sicherungsmittel nicht gegen seinen Willen vom Besteller „aufgedrängt“ werden. Es ist aber zulässig und mit dem relativ zwingenden Charakter der Norm vereinbar, wenn die Parteien eine andere Sicherstellung vereinbaren, die dem Werkunternehmer zumindest eine vergleichbare oder bessere Rechtsposition verschafft.
- Sicherungsmittel mit strikten Verwertungsbeschränkungen, wie Bestellerinsolvenz, ein vollstreckbarer Titel in Bezug auf die besicherte Forderung des Werkunternehmers oder gar die Zustimmung des Bestellers, sind keine geeignete Sicherstellung iSd § 1170 b ABGB. Der Werkunternehmer muss ein derart ausgestaltetes Sicherungsmittel nicht akzeptieren.
- Das Sicherstellungsverlangen muss der Werkunternehmer nicht begründen. Vertragsklauseln, die eine solche Begründungspflicht statuieren, sind nach § 1170 b Abs 1 Satz 2 ABGB unzulässig.

- Unzulässig nach § 1170 b Abs 1 Satz 2 ABGB sind auch Vertragsklauseln, die an das Begehren des Werkunternehmers nach Einräumung einer Sicherheit gem § 1170 b ABGB bestimmte Gegenansprüche des Bestellers knüpfen, etwa dass sich im Falle eines solchen Sicherstellungsbegehrens im Gegenzug auch Sicherungsansprüche des Werkbestellers (Erfüllungsgarantie, Haftrücklass etc) erhöhen oder entstehen.
- Übersteigt die vom Werkunternehmer geforderte Höhe der Sicherstellung die gesetzliche Maximalhöhe (20% bzw 40% des vereinbarten Entgelts oder der Höhe des noch ausstehenden Entgelts), führt das nicht zur Unbeachtlichkeit des überhöhten Sicherstellungsbegehrens für den Besteller. Vielmehr hat der Besteller dem Unternehmer eine Sicherheit in der gesetzlich vorgeschriebenen Höhe binnen angemessener Frist anzubieten.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper ist Vorstand des Instituts für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck.

#### Vom selben Autor erschienen:

Kommentierung der §§ 1165–1173 ABGB in Fenyves/Kerschner/Vonklich (Hrsg), Klang<sup>3</sup> (erscheint 2020); Offene Fragen zum eingeschränkten Werklohnanspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB, in FS ÖGEBAU (2019) 381–390; Rücktritt vom Werkvertrag aus wichtigem Grund nach dem ABGB, in FS Karasek (2018) 769–782.

#### Links:

<https://www.uibk.ac.at/unternehmensrecht/>

