

# PRAKTISCHES

Wissenswertes und Aktuelles, Checklisten, Muster, Bau(rechts)lexikon: Rechtsbegriffe für Baupraktiker, Baubegriffe für Juristen

Geleitet von Hermann Wenusch

## WISSENSWERTES UND AKTUELLES

### Bargeld als Sicherstellung bei Bauverträgen gem § 1170b ABGB

§ 1170b ABGB räumt dem Unternehmer zwingend das Recht ein, eine Sicherstellung für das ausständige Werkentgelt zu verlangen. Als Sicherungsmittel nennt das Gesetz Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien und Versicherungen, wobei der Werkbesteller das ihm genehme Mittel wählen kann.

Praktisch am häufigsten sind Bankgarantien anzutreffen, wobei dieses Instrument mit einigem Aufwand verbunden ist – insbesondere wenn es zu Verzögerungen kommt und die Laufzeit der Garantie nicht (mehr) ausreicht.

Bargeld scheint bislang so gut wie nicht als Sicherungsmittel gewählt worden zu sein. Der Grund dafür sind die erwarteten hohen Kosten der Kapitalbereitstellung (Zinsen) und der teilweise bestehende Irrglaube, dass das Geld an den Unternehmer bezahlt werden müsste (womit es „weg“ wäre).

Tatsächlich ist Bargeld sehr wohl ein probates Sicherungsmittel: Bei der momentanen „Zinslandschaft“ sind die Kosten der Kapitalbereitstellung nicht höher

als die Bereitstellungsprovision, die für eine Garantie zu zahlen ist. Und das Geld kann seine Sicherungsfunktion auch als Treuhanderlag bewirken. Vorteil eines solchen Treuhanderlages ist, dass er sich beliebig und ohne besonderen Aufwand skalieren (dh ausdehnen oder reduzieren) und verlängern lässt.

Angemerkt werden soll, dass die Sicherstellung praktisch immer erst verlangt wird, wenn sich das Klima zwischen Bauherrn und Bauunternehmer in einem späten Stadium verschlechtert. Der Grund, dass die Sicherstellung nicht von allem Anfang an begehrt wird, liegt darin, dass eine solche mit Kosten verbunden ist. Trotzdem sollte schon beim Vertragsabschluss an die Möglichkeit des Erfordernisses einer Sicherstellung gedacht und zB die Einzelheiten eines Treuhanderlages vereinbart werden.

Hier ein kommentiertes Muster für eine Treuhandvereinbarung, mit welcher ein Treuhanderlag als Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB geregelt wird:

#### Treuhandvereinbarung:

abgeschlossen zwischen:

1. <BESTELLER><sup>1</sup>, geboren am <DATUM>, <ADRESSE> als Treugeber einerseits und
2. Treuhänder <NOTAR/RECHTSANWALT>, <ADRESSE> als Treuhänder

wie folgt:

##### 1. Präambel:

Der Besteller hat mit der Baugesellschaft<sup>2</sup> einen Bauwerksvertrag hinsichtlich der Liegenschaft <EZ><sup>3</sup> abgeschlossen.<sup>4</sup>

Die Baugesellschaft hat für das ausstehende Entgelt eine Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB begehrt.<sup>5</sup>

Der Besteller wählt als Sicherungsmittel Bargeld.<sup>6</sup> Zur Abwicklung und Sicherstellung wird die gegenständliche Treuhandvereinbarung abgeschlossen.

Der oben genannten Treugeber bestellt hiermit den Rechtsanwalt/Notar zum Treuhänder und Letzterer übernimmt die Treuhandschaft nach Maßgabe folgender Bestimmungen:

- 1 Das ist der Werkbesteller des Bauvertrages mit dem Unternehmer (der Baugesellschaft), nicht jedoch eine juristische Person des öffentlichen Rechts sowie Verbraucher iSd § 1 Abs 1 Z 2 und Abs 3 KSchG (dh Personen für die ein Geschäft nicht zum Betrieb eines Unternehmens gehört).
- 2 Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage zu einem Bauwerk oder eines Teiles hiervon (§ 1170b Abs 1 ABGB); dh jeder, der eine Werkvertragsverpflichtung zur Erbringung einer Bauleistung an einer unbeweglichen Sache übernimmt, einschließlich Nach- oder Subunternehmer.

- 3 Bezeichnung der Liegenschaft.

- 4 Die nähere Beschreibung des konkreten Werkvertrages ist empfehlenswert.

- 5 Die gesetzliche Bestimmung sieht eine Mindestabsicherung vor, Abweichungen zu Gunsten des Unternehmers sind zulässig. (Hörker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1170b Rz 38).

- 6 Als Sicherstellung können Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen dienen (§ 1170b Abs 1 ABGB).

## 2. Treuhanderlag

Der Besteller verpflichtet sich bis spätestens <DATUM><sup>7</sup> an den Treuhänder auf dessen Anderkonto bei der <Bank> einen Betrag von <€ ...><sup>8</sup> zu überweisen.

## 3. Treuhandauftrag

Der Treugeber erteilt somit dem Treuhänder den einseitig seitens der Treugeberpartei unwiderruflichen Auftrag, den unter 2. genannten Betrag in Empfang zu nehmen, die Baugesellschaft von dieser Treuhandschaft und dem erfolgten Treuhanderlag zu verständigen und sodann wie folgt zu verfahren<sup>9</sup>:

- der Erlagsbetrag (zuzüglich Zinsen, abzüglich Bankspesen und KESt) ist vom Treuhänder grundsätzlich am <DATUM> an den Besteller auf dessen Konto zu überweisen.

### Ausgenommen:

- es wird dem Treuhänder bereits vor diesem Termin schriftlich nachgewiesen, dass der Betrag (oder ein Teil davon) als vertragliches Entgelt aus dem in der Präambel genannten Bauwerksvertrag der Baugesellschaft durch Gerichtsurteil rechtskräftig zugesprochen wurde. Sodann ist der entsprechende Betrag vom Treuhänder an die Baugesellschaft auszubehalten, ein allfälliger Restbetrag (jeweils zuzüglich Zinsen, abzüglich Bankspesen und KESt) ist an den Besteller zurück zu überweisen oder
- bereits vor diesem Termin über das Vermögen des Bestellers ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Es ist sodann der von der Baugesellschaft geforderte Betrag *gegen Rechnungslegung* aus dem Treuhanderlag an diese auszubehalten, ein allfälliger Restbetrag (jeweils zuzüglich Zinsen, abzüglich Bankspesen und KESt) ist an den Masseverwalter des Bestellers zurück zu überweisen oder
- die Baugesellschaft bis zu diesem Zeitpunkt die gerichtliche Klage gegen den Besteller auf Bezahlung von vertraglichem Entgelt aus dem in der Präambel genannten Bauwerksvertrag dem Treuhänder schriftlich nachweist. In diesem Fall ist der Erlagsbetrag
- o bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung in der vorgenannten Rechtssache vom Treuhänder einzubehalten. Danach hat der Treuhänder entsprechend der gerichtlichen Entscheidung darüber zu verfügen.
- o bei beiderseitiger Anzeige ewigen Ruhens der vorgenannten Rechtssache, vom Treuhänder einzubehalten bis ihm von beiden Parteien ein einvernehmlich erteilter schriftlicher Auftrag betreffend die Verfügung über den Erlagsbetrag (samt Zinsen, abzüglich Bankspesen und KESt) vorliegt.

## 4. Kontoverbindungen

Überweisungen an den Besteller haben auf folgendes Konto zu erfolgen: <KONTOINHABER, ETC>.

Überweisungen an die Baugesellschaft haben auf folgendes Konto zu erfolgen: <KONTOINHABER, ETC>.

## 5. Kosten

Die Kosten dieser Treuhandschaft hat bis zur Höhe von 2 % des Treuhanderlages (pro Jahr) die Baugesellschaft zu tragen.<sup>10</sup> Allfällige darüber hinausgehende Kosten hat der Besteller zu tragen.

## 6. Allgemeine Bestimmungen<sup>11</sup>

- Der Treugeber erklärt sich hiermit einverstanden, dass der Treuhanderlag zu den für fälliges Geld banküblichen Zinsen veranlagt wird.
  - Es wird festgehalten, dass dem Treuhänder die Alleinverfügungsmacht über den Treuhanderlag zusteht.
  - Änderungen bzw. Ergänzungen dieser Treuhandvereinbarung bedürfen zwingend der Schriftform.
  - Eine Auflösung der Treuhandschaft ist an die Zustimmung des Treuhänders gebunden.
  - Diese Treuhandschaft wird von allfälligen, von einer Partei gegenüber der anderen begehrten Gewährleistungs-, Schadenersatz-, Verzugszinsen- oder ähnlichen Ansprüchen nicht betroffen, diese sind grundsätzlich zwischen den Parteien direkt zu begleichen.
  - Die mit dieser Treuhandschaft verbundenen Rechte und Pflichten gelten auch für die Rechtsnachfolger des Treugebers.
  - Berichte des Treuhänders an den Treugeber und die Baugesellschaft können an die eingangs angeführten Adressen zugesandt werden, es sei denn, eine Partei hätte eine andere Anschrift nachweislich bekanntgegeben.
- <ORT>, am <DATUM>

- 7 § 1170b Abs 2 ABGB: Die Sicherstellungen sind binnen angemessener, vom Unternehmer festzusetzender Frist zu leisten. Falls der Besteller dem Verlangen des Unternehmers auf Sicherheitsleistung nicht, nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig nachkommt, kann der Unternehmer seine Leistung verweigern und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären (§ 1168 Abs 2 ABGB). Es besteht aber kein klagbarer Anspruch des Unternehmers auf die Sicherheitsleistung.
- 8 Die Höhe der Sicherstellung beträgt grundsätzlich ein Fünftel des vereinbarten Gesamtentgelts, bei Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, aber bis zu zwei Fünftel des vereinbarten Gesamtentgelts. Es kann auch eine höhere Sicherheitsleistung vereinbart werden.
- 9 Es sind auch verschiedene andere Treuhandaufträge denkbar, wie zB Ausbezahlung an den Unternehmer bei Vorlage eines Anerkennnisses des Bestellers, eines vom Besteller mitgefertigten Übernahmeprotokolls der vereinbarten Werkleistung, oder eines Urteils, das den Besteller zur Zahlung verpflichtet (vgl *Panholzer*, bbl 2009, 85).
- 10 § 1170b Abs 1 ABGB. Die Kostentragungspflicht entfällt, wenn die Sicherheit nur mehr wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen. Auch sonstige, vom Besteller zu vertretende Gründe kommen in Frage (*Hörker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1170b Rz 30).
- 11 Im Falle einer notariellen Treuhandschaft sind aufgrund der notariellen Treuhandrichtlinien in der Treuhandvereinbarung weitere Punkte zu ergänzen. Diese könnten etwa lauten:

Der Treugeber stimmt zu, dass der Notar die beteiligten Kredit- und Finanzinstitute von der Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses, bei Vorliegen einer gesetzlichen Verpflichtung, entbindet.

Der Treugeber entbindet den Notar – soweit er nach den Richtlinien der österreichischen Notariatskammer für notarielle Treuhandschaften Auskunfts- und Mitteilungspflichten zu erfüllen hat – von der notariellen Verschwiegenheitspflicht.

Der Treugeber erteilt sein Einverständnis, dass bei Beendigung der Amtstätigkeit des Notars diese Treuhandschaft durch den Substituten, sodann durch den Kanzleinachfolger, in Ermangelung eines solchen durch den von der zuständigen Notariatskammer zu bestimmenden Notar, fortgesetzt und beendet wird.

Der Treugeber erteilt sein Einverständnis, dass diese Treuhandschaft im Treuhandregister des österreichischen Notariates, das mit Hilfe einer Datenverarbeitungsanlage geführt wird, registriert wird und Mitteilungen aus diesem Register an den jeweils die Treuhandschaft durchführenden Notar (Notarsubstituten) und die zuständige Notariatskammer erfolgen können.

Der Treugeber wurde vom Notar über den Versicherungsschutz dieser Treuhandschaft informiert.

Im Falle einer Treuhandschaft eines Rechtsanwaltes sind die Vorschriften der jeweiligen Rechtsanwaltskammer betreffend Treuhandschaften einzuhalten. So sind zB die Wiener Rechtsanwälte grundsätzlich verpflichtet Treuhandschaften über das elektronische anwaltliche Treuhandbuch abzuwickeln. Hier besteht eine separate Vertrauensschadensversicherung.