

Der Anspruch auf Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB entsteht unabhängig von der Erbringung von Vorleistungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

1. Trotz Fehlens einer ausdrücklichen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu einer konkreten Fallgestaltung liegt dann keine erhebliche Rechtsfrage vor, wenn das Gesetz selbst eine klare, das heißt eindeutige Regelung trifft.
2. Die Obliegenheit des Werkbestellers, auf Verlangen des Unternehmers eine Sicherstellung zu leisten, wird mit dem Vertragsabschluss begründet und besteht bis zur vollständigen Bezahlung des Entgelts. Aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts entsteht der Anspruch auf Sicherstellung unabhängig von der Erbringung von Vorleistungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.
3. Das Recht, Sicherstellung zu begehren, steht dem Werkunternehmer auch bei mangelhafter Bauleistung zu.
4. Die Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB ist als reine Obliegenheit des Bestellers nicht einklagbar.

<https://doi.org/10.33196/zrb201901001901>

OGH 26.04.2018, 6 Ob 65/18d

Deskriptoren: Sicherstellung bei Bauverträgen; § 1170b ABGB.

Sachverhalt¹

Bei der klagenden Fenster- und Türenerzeugerin wurde im Februar 2015 von der Beklagten beim Bauvorhaben „Sockelsanierung und Aufstockung in der KG 23“ die Errichtung von Maßtüren und weitere Teilleistungen bestellt. Nach dem ausgepreisten Kostenvoranschlag und dem Leistungsverzeichnis war ein Einheits(fest)preis von 27.725,18 vereinbart.

Die Klägerin forderte von der Beklagten mit Schreiben vom 4.5.2016 eine „Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB im betraglichen Höchstmaß binnen Wochenfrist“. Nach deren erfolglosen Verstreichen trat sie mit Schreiben vom 13.05.2016 unter Setzung einer Nachfrist bis 20.05.2016 vom Werkvertrag zurück.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Zahlung des – mangels Erzielens eines anderweitigen eigenen Verdienstes nur um den ersparten Sach- und Materialaufwand gekürzten – Werklohnes von 16.634,62 EUR samt Zinsen gemäß § 1168 ABGB.

Von irgendwelchen auf einem Baukonto erliegenden Fördermitteln, deren Auszahlung nicht in der Hand der

Beklagten liege, habe sie keine Kenntnis gehabt. Derartige Fördermittel stellten auch keine ausreichende Sicherheit im Sinn des § 1170b ABGB dar. Ihr Sicherstellungsbegehren sei hinreichend bestimmt. Vor dem Hintergrund des Einforderns einer Sicherstellung „im betraglichen Höchstmaß“ und der der Beklagten bekannten mehr als dreimonatigen Erfüllungsdauer des Werkvertrags wäre der sicherzustellende Betrag von einem Fünftel des Werklohns (hier des vereinbarten Einheitspreises) aus § 1170b ABGB durch einfache Rechnung zu ermitteln gewesen. Im Werkvertrag sei kein Eigentumsvorbehalt vereinbart worden. Sie selbst sei stets leistungsbereit gewesen, Verzögerungen der nach dem Bauzeitplan zwischen Jänner und Anfang April 2016 zu erbringenden Arbeiten wären in der Sphäre der Beklagten gelegen gewesen.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und erwiderte, die Sanierungsarbeiten würden vom Wiener Wohnfonds gefördert. Auf dem in diesem Zusammenhang eröffneten Baukonto würden zugesagte Fördermittel zur ausreichenden Abdeckung allfälliger Professionistenforderungen liegen, die erst nach Zustimmung des Fonds ausbezahlt würden. Durch diese, der Klägerin aus ähnlichen Sanierungen bekannten Abwicklung seien deren Forderungen vor dem Hintergrund der in § 1170b ABGB bloß demonstrativen Aufzählung von Sicherungsmitteln jedenfalls ausreichend gesichert. Nur weil die Klägerin bislang ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei, hätten

1 Dankenswerterweise zur Verfügung gestellt von Rechtsanwalt Mag. Hermann Fröschl.

bislang keine Auszahlungen vom Baukonto vorgenommen werden können. Das Einfordern einer zusätzlichen Sicherheitsleistung sowie die Vertragsauflösung seien daher schikanös. Der Klägerin fehle es auch deshalb am Sicherungsinteresse, weil sie keine Leistungen erbracht habe, die in ihr Eigentum hätten übergehen können. Von der Sicherstellung seien all jene Leistungen ausgenommen, die der Werkunternehmer durch einen Eigentumsvorbehalt absichern könne. Gehe das Eigentum am Gewerk nicht auf den Besteller über, fehle es der Klägerin, die bislang keine Leistungen erbracht habe, am Sicherungsbedürfnis. Zudem sei das Sicherstellungsbegehren nicht ausreichend konkretisiert, weil aus den beiden Schreiben nicht hervorgehe, welcher konkrete Betrag als Sicherheit verlangt werde. Auch der Höhe nach sei die Klagsforderung nicht berechtigt. Die Klägerin habe Ersatzleistungen vorgenommen und dadurch einen Betrag zumindest in Höhe der Klagsforderung verdient oder verdienen können.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht wies die Klage mit – im Wesentlichen – der Begründung ab, dass das Sicherungsverlangen unzureichend gewesen sei; für eine wirksame Sicherstellung wäre die Angabe der konkreten Höhe der begehrten Sicherstellung erforderlich gewesen.

Das Berufungsgericht gibt der Berufung der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung statt. Die Höhe der Sicherheitsleistung nach § 1170b ABGB ergebe sich bei der gegenständlichen Baudauer ohne jeden Zweifel mit einem Fünftel des Werklohns. Mangels unstrittigen Beginns der Arbeiten und mangels jeglicher Vorauszahlungen liegen keinerlei Umstände vor, die der Beklagten die aus dem Gesetz resultierende einfache Berechnung ausgehend vom vollen Werklohn erschweren hätten können. Die Beklagte hatte auch keinen Anlass für die Annahme einer höhenmäßigen Begrenzung der Sicherstellung wegen geleisteter Abschlags- oder Teilzahlungen. Zweifel an der mit einem Fünftel des Werklohns zu bemessenden Höhe der Sicherheitsleistung waren daher für die Beklagten nicht angebracht. Das Sicherungsverlangen sei daher hinreichend bestimmt.

Gegen die Berufungsentscheidung richtet sich Revision der Beklagten vornehmlich mit dem Argument, die Klägerin hätte noch gar nicht mit Arbeiten begonnen, weshalb kein Sicherungsbedürfnis bestünde.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Revision wird zurückgewiesen. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

1. Die Revision ist entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden – Ausspruch des Berufungs-

gerichts nicht zulässig (§ 508 Abs 1 ZPO; RIS-Justiz RS0042392 [T2]). Trotz Fehlens einer ausdrücklichen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu einer konkreten Fallgestaltung liegt dann keine erhebliche Rechtsfrage vor, wenn das Gesetz selbst eine klare, das heißt eindeutige Regelung trifft (RIS-Justiz RS0042656).

2.1. Die mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz BGBl I 2005/120 eingefügte Bestimmung des § 1170b ABGB sieht eine gesetzliche, vertraglich nicht abdingbare Sicherstellungspflicht des Werkbestellers unabhängig von der Unsicherheitseinrede des § 1052 Satz 2 ABGB vor. Die Sicherstellung nach dieser Gesetzesstelle kann nur bei Werkverträgen verlangt werden, in denen es um die Herstellung oder die Bearbeitung eines Bauwerks selbst, seiner Außenanlagen oder eines Teils davon geht. Kommt der Werkbesteller dem Sicherstellungsverlangen des Werkunternehmers nicht, nicht rechtzeitig oder sonst unzureichend nach, so kann dieser die Erbringung seiner Leistung verweigern und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären. In diesem Zusammenhang verweist § 1170b Abs 2 Satz 2 ABGB auf § 1168 Abs 2 ABGB. Damit soll klargestellt werden, dass der Entgeltanspruch des Unternehmers wie in den Fällen des § 1168 Abs 2 ABGB zu behandeln ist (1 Ob 107/16s; vgl auch 7 Ob 67/17d).

2.2. Zweck der Regelung ist es, den Insolvenzrisiken im Bau- und Baunebengewerbe entgegenzuwirken. Die Obliegenheit des Werkbestellers, auf Verlangen des Unternehmers eine Sicherstellung zu leisten, wird mit dem Vertragsabschluss begründet und besteht bis zur vollständigen Bezahlung des Entgelts. Das Recht, Sicherstellung zu begehren, steht dem Werkunternehmer auch bei mangelhafter Bauleistung zu (1 Ob 107/16s mwN; vgl auch ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72 f).

3.1. In der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, das Recht auf Sicherstellung entstehe mit Vertragsabschluss (arg: „ab Vertragsabschluss“); die Geltendmachung setze nicht voraus, dass der Unternehmer bereits Vorleistungen erbracht habe (*Hörker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1170b Rz 31; *Schauer* in Krejci, Reform-Kommentar ABGB § 1170b Rz 7; *Schmidinger*, Die Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b ABGB, bauaktuell 2012, 42).

3.2. Demgegenüber vertritt *Schopper* (Sicherstellung bei Bauverträgen – Der neue § 1170b ABGB, JAP 2006/2007/9, 55), für bloße Planungsarbeiten könne eine Sicherstellung nach § 1170b ABGB erst nach Beginn der faktischen Umsetzung des Plans durch konkrete Bautätigkeiten gefordert werden. Gleiches müsse gelten, wenn zwischen Vertragsabschluss und Baubeginn ein längerer Zeitraum liege und der Bauunternehmer Sicherstellung lange vor Baubeginn verlange. Dies ergebe sich vor allem aus dem Normzweck, wonach das besondere Insolvenzrisiko des vorleistungspflichtigen Bauunternehmers

vermindert werden solle. Ein solches Risiko sei aber fernab jeder faktischen Bautätigkeit kaum erkennbar.

3.3. *Rebhahn/Kietaibl* (in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1170b Rz 9) gehen zwar davon aus, dass die Sicherstellung ab Vertragsabschluss begehrt werden könne. Aus der in § 1170b Abs 2 ABGB normierten angemessenen Frist für die Leistung der Sicherheit schließen sie jedoch, dass aufgrund der besonderen Interessenlage auch darauf abzustellen sei, wann nach dem Vertrag mit der geschuldeten Werkleistung (jeweils) begonnen werden solle. Dies sei insbesondere bei Werken relevant, die in Abschnitten zu erbringen und abzurechnen seien. Könne der Unternehmer sogleich Sicherstellung für das Entgelt für alle, auch die späteren Abschnitte verlangen, so würde der Besteller mit unnötigen Finanzierungskosten belastet. Bei manchen Sicherstellungsarten wäre er einem erhöhten Risiko einer Insolvenz des Unternehmers ausgesetzt, wenn er bereits bei Vertragsschluss die gesamte Sicherstellung leiste, obwohl der Unternehmer erst viel später mit der Werkherstellung beginnen müsse und die Sicherstellung unredlicherweise realisieren und/oder mit seinem eigenen Vermögen vermengen würde.

3.4. Nach den Gesetzesmaterialien fällt auch die Planung eines Hauses oder einer Heizungsanlage in den Anwendungsbereich des § 1170b ABGB. Damit wird klargestellt, dass auch rein planerisch tätige Personen wie zB Architekten, Statiker oder Ingenieure unter den Begriff des „Unternehmers eines Bauwerks, einer Außenanlage zu einem Bauwerk oder eines Teils hievon“ fallen können.

3.5. Nach *Högl/Wiesinger* (Offene Fragen zu § 1170b ABGB, JBl 2009, 156) ist § 1170b ABGB auch anwendbar, wenn die Planungsleistungen (noch) nicht im Bauwerk umgesetzt wurden und daher (noch) nicht zur Wertsteigerung des Grundstücks beigetragen haben: Die Sicherstellung nach § 1170b ABGB erfolge nicht durch das Baugrundstück selbst (in Form einer Hypothek); anders als bei der Sicherungshypothek des § 648 BGB handle es sich daher um eine grundstücksunabhängige Sicherheitsleistung. Die österreichische Regelung sei so-

mit von einer unmittelbaren Beziehung zum Baugrundstück losgelöst.

3.6. Damit wird zutreffend ein bedeutsamer Unterschied zwischen § 1170b ABGB und § 648a BGB, der als Vorbild für die österreichische Regelung diene, aufgezeigt. Aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts entsteht der Anspruch auf Sicherstellung unabhängig von der Erbringung von Vorleistungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Eine jener Konstellationen, die nach *Schopper* und *Rebhahn/Kietaibl* eine einschränkende Auslegung des § 1170b ABGB rechtfertigen sollen, liegt hier nicht vor: Weder handelt es sich bei den beauftragten Leistungen um bloße Planungstätigkeiten, noch sollte das Werk in mehreren Abschnitten erbracht werden oder hätte eine ungewöhnlich lange Zeit zwischen Vertragsabschluss und Erbringung der Leistung liegen sollen. Im Übrigen verlangte die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ohnehin erst mehr als ein Jahr nach Vertragsabschluss Sicherstellung. Das Argument der Revisionswerberin, dass auch Bürgschaft und Pfandrecht vom Entstehen bzw vom Bestand des zu sichernden Rechts abhängen, geht ins Leere, weil § 1170b ABGB gerade keine derartige Akzessorietät zu einer Vorleistung des Werkunternehmers vorsieht. Vielmehr normiert diese Bestimmung in einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit, dass die Sicherstellung grundsätzlich ab Vertragsschluss gefordert werden kann, also einem Zeitpunkt, in dem der Werkunternehmer in den seltensten Fällen bereits eine Vorleistung erbracht haben wird.

4. Entgegen den Revisionsausführungen hat das Berufungsgericht auch nicht etwa die als reine Obliegenheit des Bestellers gar nicht einklagbare Sicherstellung, sondern den Werklohn abzüglich der Ersparnis der Klägerin zugesprochen.

5. Zusammenfassend bringt die Revision sohin keine Rechtsfragen der in § 502 Abs 1 ZPO geforderten Bedeutung zur Darstellung, sodass sie spruchgemäß zurückzuweisen war.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Die Entscheidung ist für einen Zurückweisungsbeschluss relativ ausführlich begründet – insbesondere wird einiges an Literatur zitiert.

Die Entscheidung hat keinen Sachverhalt betroffen, in dem es um bloße Planungstätigkeiten, noch um Bautätigkeiten für ein Werk, das in mehreren Abschnitten erbracht werden hätte sollen, noch einen Fall, bei dem eine ungewöhn-

lich lange Zeit zwischen Vertragsabschluss und Erbringung der Leistung liegt – der OGH erwähnt die diesbezügliche Literatur, die meint, dass in diesen Fällen die Sicherstellung nicht schon mit Vertragsabschluss zu stellen sei, geht aber naturgemäß nicht darauf ein.

Die Entscheidung verwirft das Revisionsargument, wonach der Werkunternehmer noch kein Sicherungsinteresse habe, solange er

noch nicht mit der Arbeit begonnen habe. Tatsächlich sind die Literaturmeinungen, die diese Meinung vertreten, wohl verfehlt, weil Sie betriebswirtschaftliche Tatsachen negieren: Jeder Unternehmer muss den Einsatz seiner Produktionsfaktoren planen – und zwar eher langfristig, sonst kann es entweder passieren, dass seine Kapazitäten unausgelastet sind (und bloß Kosten verursachen), oder dass er einen Vertrag mangels vorhandener Kapazitäten nicht ausführen kann. So wird ein Unternehmer frühzeitig schon alle Angebote hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit eines Zuschlages bewerten. Ist diese Disposition zunächst wohl noch eher grob, so wird es immer feiner, je näher der Zuschlag (Vertragsabschluss) rückt – und wohl sehr detailliert, wenn der Zuschlag einmal tatsächlich erfolgt ist: Die benötigten Produktionsfaktoren werden „reserviert“. Im Extremfall beteiligt sich der Unternehmer nicht mehr an weiteren Ausschreibungen, weil eben alle seine Kapazitäten „verplant“ sind (dabei können natürlich verschiedene Zeiträume unterschieden werden). Es spielt nun überhaupt keine Rolle, ob die zu erbringenden Leistungen sehr rasch nach Vertragsabschluss zu erbringen sind oder eben erst später.

Unternehmer haben kein Reservoir, in das sie im Augenblick nicht benötigte Produktionsfaktoren „einlagern“ können, und in dem diese keine Kosten verursachen, bis sie wieder entnommen werden. Es gibt eben kein Reservoir, auf das man jederzeit zugreifen kann und in dem nahezu unbegrenzt Produktionsfaktoren „geparkt“ sind!

Das ist genau der Grund, aus dem § 1168 ABGB anordnet, dass auch bei einer Abbestellung der volle Werklohn zu zahlen ist (bloß abzüglich eventueller tatsächlicher Einsparungen) – „pacta sunt servanda“, wobei dieser Grundsatz ohnehin zugunsten des Bestellers durchbrochen wird: Immerhin kann er abbestellen und muss nicht zuschauen, wie das nunmehr unerwünschte Werk entsteht, das nachher wieder kostspielig zu entfernen ist.

§ 1168 ABGB gilt sofort bei Vertragsabschluss. Es spielt überhaupt keine Rolle, ob bis zum Beginn der Produktion noch mehr oder weniger Zeit liegt – der Werklohnanspruch entsteht sofort, selbst wenn er erst später (grundsätzlich bei Fertigstellung) fällig wird. Und genau dieser Anspruch soll durch § 1170b abgesichert werden.

Allenfalls ließe sich argumentieren, dass der Unternehmer, der noch viel Zeit bis zum vorgesehenen Beginn der Produktion hat, sich gegebenenfalls ja um einen alternativen Erwerb umsehen könne. Dieser alternative Erwerb wäre ja vom vereinbarten Werkentgelt abzuziehen. Nur wer sagt, dass ihm das auch gelingt? Und schließlich beträgt die Sicherstellung ohnehin bloß 20% (bei kurzfristigen Bauvorhaben 40%) – eigentlich wenig, wenn man es mit § 650f BGB vergleicht „*Der Unternehmer kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 Prozent des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen*“.