

## Bankgarantie als Sicherstellung bei Bauverträgen Nr 2: Umwandlung der Bankgarantie in Bargeld – wird eine als Sicherheit gemäß § 1170b ABGB gegebene Bankgarantie zu Unrecht vom Werkunternehmer in Anspruch genommen, so bleibt das Realisat weiterhin als Sicherheit bestehen

1. § 1170b ABGB sieht eine gesetzliche, vertraglich nicht abdingbare Sicherstellungspflicht des Werkbestellers unabhängig von der Unsicherheitseinrede des § 1052 Satz 2 ABGB vor.
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. Das Recht, Sicherstellung zu begehren, steht dem Werkunternehmer auch bei mangelhafter Bauleistung zu und entsteht mit Vertragsabschluss; die Geltendmachung setzt nicht voraus, dass der Unternehmer bereits Vorleistungen erbracht hat.

<https://doi.org/10.33196/zrb202101002901>

OGH 15.09.2020, 6 Ob 113/20s

**Deskriptoren:** Sicherheit, Bankgarantie, Unsicherheitseinrede, Missbrauch; § 1170b ABGB.

### Sachverhalt

Die Beklagte, die im Geschäftszweig Projektierung, Planung, Errichtung und Betrieb eines Wasserkleinkraftwerks tätig ist, hat im Jahr 2015 bei der Klägerin, einem im Geschäftszweig Spezialtiefbau tätigen Unternehmen, drei Pressungen (Bohrungen) in der Ausführungsvariante Teilschnittverfahren bestellt. Für Sicherheitsleistungen wurde dabei die Form der Garantie oder Bürgschaft vereinbart, weshalb die Beklagte der Klägerin als Gläubigerin eine Bankbürgschaft einer österreichischen Bank vom 18.12.2015 über 137.893,35 aus dem Titel „Bauvertrag vom 20.11.2015 bezüglich der Bestellung der Vortriebsarbeiten und Stahlbetonrohre für Kleinwasserkraftwerk L – Zusatz zur Bestellung vom 20.8.2015“ beibrachte; diese Bankbürgschaft war mit 30.3.2016 befristet. Grund für das Begehren der Klägerin, eine Bankbürgschaft beizubringen, waren schleppende und jeweils nur nach Mahnung erfolgte Zahlungen der Beklagten gewesen.

Nachdem die Klägerin für die erste – mängelfrei durchgeführte – Bohrung 230.000,00 netto in Rechnung gestellt hatte, diese Rechnung aber von der Beklagten nach Prüfung in einzelnen Positionen nicht akzeptiert und daher auch nicht vollständig bezahlt worden war, nahm die Klägerin die Bankbürgschaft hinsichtlich des noch offenen Restbetrags von 86.614,52 in Anspruch. Nachdem auch die zweite Bohrung durchgeführt worden war,

wobei nicht feststeht, dass diese mangelhaft erfolgt wäre, blieben aus der von der Klägerin gelegten Rechnung hierfür 95.807,09 offen (diesen Betrag sprachen die Vorinstanzen der Klägerin im vorliegenden Verfahren – insoweit rechtskräftig – zu). Daraufhin verlangte die Klägerin von der Beklagten im November 2016 die Leistung einer Sicherstellung nach § 1170b ABGB in Höhe von 40.000,00 und drohte für den Fall deren Nichtleistung die Auflösung des Vertragsverhältnisses und die Einforderung des gesamten vereinbarten Entgelts an. Nach erfolgloser Setzung einer Nachfrist erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 17.1.2017 den Vertrag für aufgehoben. Revisionsverfahrensgegenständlich sind die Kosten der Klägerin für die (tatsächlich nicht mehr durchgeführte) dritte Bohrung, die mit 58.626,54 der Höhe nach im Revisionsverfahren nicht mehr strittig sind.

### Die Entscheidungen der Vorinstanzen

In seiner rechtlichen Beurteilung vertrat das Erstgericht hinsichtlich der dritten Pressung die Ansicht, dass für die Klägerin die Voraussetzungen für eine Vertragsaufhebung nach § 1170b ABGB vorgelegen seien; für sie sei die Herstellungspflicht entfallen; ihr gebühre das vereinbarte Entgelt, wobei sie sich jedoch das anrechnen lassen müsse, was sie sich infolge Unterbleibens der Ausführung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt habe. Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren hinsichtlich der dritten Pressung ab, sei doch die Klägerin infolge von der Beklagten in Frage gestellter Positionen der Rechnung für die erste Bohrung nicht berechtigt gewesen, die Bankbürgschaft zur Abdeckung dieser strittigen Positionen zu verwenden; Voraussetzung für die

Verwertung der Sicherheit wäre vielmehr eine abschließende Klärung der offenen Beträge gewesen. Durch die unzulässige Inanspruchnahme der Bankbürgschaft sei der Klägerin nunmehr ohnehin Bar- oder Buchgeld in Höhe von 86.614,52 zur Verfügung gestanden, welcher Betrag seine Widmung als Sicherheit nicht verloren habe. Da die Forderung einer weiteren Sicherstellung nach § 1170b ABGB in Höhe von 40.000,00 somit nicht berechtigt gewesen sei, sei die Klägerin zu Unrecht vom Vertrag zurückgetreten und könne daher auch nicht gemäß § 1168 ABGB das offene Entgelt verlangen.

### Aus den Entscheidungsgründen

Entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1 ZPO) – Ausspruch des Berufungsgerichts ist die ordentliche Revision nicht zulässig:

1. D[...]en Ausführungen der Klägerin lässt sich nicht (explizit) entnehmen, welche Rechtsfrage in der von § 502 Abs 1 ZPO geforderten Qualität konkret releviert wird, weshalb die Revision [...] unzulässig ist [...].

2. Dass sich die Klägerin in ihrer Revision mit dem „Verhältnis einer zu Unrecht verwerteten Sicherheitsleistung nach § 1052 ABGB zu einer später geforderten Sicherheitsleistung gemäß § 1170b ABGB und den daraus resultierenden Rechtsfolgen“ möglicherweise deshalb nicht auseinander setzte, weil die Streitteile davon ausgingen, dass beide Sicherstellungen nach § 1170b ABGB erfolgten (vgl 2.3.), ändert nichts daran, dass es Sache der Klägerin gewesen wäre, eine (andere) Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung aufzuzeigen. Ein eklatanter Beurteilungsfehler durch das Berufungsgericht, der einer Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedürfte, ist jedoch nicht erkennbar:

2.1. [Darstellung des Sachverhalts und der Vorentscheidungen – siehe oben]

2.2. 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, bau aktuell 2016/17 [Berlakovits/Stanke; Wiesinger, bau aktuell 2017, 33; Panholzer/Andrieu, bau aktuell 2017, 104] = EvBl 2017/66 [Kietaibl] = ecolex 2017/167 [Melcher] = ZVB 2016/126 [Wagner]; 6 Ob 65/18d, ZRB 2019, 19 [Wenusch]; vgl auch 7 Ob 67/17d, bau aktuell 2017/10 [Berlakovits/Stanke] = ZVB 2017/107 [Lessiak] = EvBl 2018/18 [Peissl]). 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; 6 Ob 65/18d; vgl auch ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72 f) und entsteht mit Vertragsabschluss (arg: „ab Vertragsabschluss“); die Geltendmachung setzt nicht voraus, dass der Unternehmer bereits Vorleistungen erbracht hat (6 Ob 65/18d).

2.3. Das Berufungsgericht ging zwar davon aus, dass die erste Sicherheitsleistung in Form der Bankbürgschaft eine Sicherheit nach § 1052 ABGB gewesen sei; tatsächlich hat sich aber die Klägerin – von der Beklagten substatiiert nicht bestritten – bereits im Verfahren erster Instanz ausdrücklich darauf gestützt, dass es sich dabei um eine Sicherstellung nach § 1170b ABGB gehandelt habe (AS 98). Dies steht auch durchaus im Einklang mit der Feststellung des Erstgerichts, Grund für das Begehren der Klägerin, eine Bankbürgschaft beizubringen, seien schleppende und jeweils nur nach Mahnung erfolgte Zahlungen der Beklagten gewesen, abgesehen davon, dass die Klägerin als Unternehmerin eine Sicherstellung nach § 1170b ABGB selbst dann hätte verlangen dürfen, wenn sie noch keine Vorleistungen erbracht gehabt hätte (vgl 2.2.). Damit stellt sich aber die Frage, ob die Sicherstellung nach § 1170b ABGB bei unberechtigten Einwendungen des Bestellers aufrecht erhalten werden muss und vom Unternehmer nicht verwertet werden darf:

2.4. Im Ministerialentwurf zum Handelsrechts-Änderungsgesetz (81/ME XXII. GP 37) war in § 1170b Abs 3 ABGB noch vorgesehen gewesen, dass Sicherstellungen nach Abs 1 nur dann verwertet werden können, wenn über das Vermögen des Sicherungsgebers ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, wenn ein Antrag auf Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Vermögens abgewiesen worden ist oder wenn der Sicherungsgeber durch ein gerichtliches Urteil erster Instanz zur Leistung der gesicherten Forderung verpflichtet worden ist. Eine solche Beschränkung lässt sich dem Gesetzestext allerdings nun nicht mehr entnehmen, weshalb Teile der Lehre davon ausgehen, dass eine Beschränkung der Verwertung nunmehr dem Willen des Gesetzgebers wider-

sprache (vgl. *Panholzer*, Die Anwendbarkeit des § 1170b ABGB, Erfahrungen seit der Einführung 2007 und die damit verbundenen Problemstellungen in der Praxis, *bbl* 2009, 83 [86]). *Bollenberger* (Zum Inhalt der Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b neu ABGB: Muss der Besteller faktisch ein Vorleistungsrisiko tragen? *RdW* 2006/200 [201]) geht davon aus, dass (unberechtigte) Einwendungen die Verwertung der Sicherheitsleistung nicht hindern, weil die österreichische Regelung ihrem Wortlaut nach darauf hinauslaufe, dass der Unternehmer eine abstrakte (Bankgarantie) oder eine andere Sicherheit bekommt, die er liquidieren kann, ohne dass geklärt sei, ob sein Anspruch auf den Werklohn überhaupt besteht. Auch nach *Schauer* (in *Krejci*, Reformkommentar UGB – ABGB [2007] § 1170b ABGB Rz 10) hindern (unberechtigte) Einwendungen die Verwertung der Sicherheitsleistung nicht, sei doch das Risiko, dass der Sicherungsnehmer das Sicherungsmittel unberechtigterweise verwertet, als Folge der gesetzlichen Interessenbewertung und somit als vom Gesetzgeber in Kauf genommenes Risiko anzusehen.

2.5.1. Demgegenüber wies bereits *B. Jud* (Sicherstellung bei Bauverträgen, *ecolex* 2004, 12) in ihrer Stellungnahme zu § 1170b Abs 3 ABGB idF des Ministerialentwurfs darauf hin, der Umstand, dass die Sicherheit bei Fälligkeit der Forderung nicht einfach eingezogen werden könne, lasse sich (allenfalls) dadurch rechtfertigen, dass die Frage, ob die Forderung fällig ist, gerade im Baugewerbe häufig strittig sei; sie verwies allerdings auch darauf, dass die vorgeschlagene Regelung im Widerspruch zu vorgesehenen Erleichterungen der Pfandverwertung stehen könnte, zumal nach §§ 466a, 466b ABGB künftig die Pfandverwertung nur die Pfandreife, nicht aber einen Titel erfordere. Möglicherweise (so *Bollenberger* aaO) als Reaktion auf die Ausführungen *B. Juds* verzichtete der Gesetzgeber in weiterer Folge zwar auf die Voraussetzung einer Insolvenz oder eines Urteils, änderte aber (auch) die Kostentragungsregel betreffend die Sicherstellung ab. Lautete sie zunächst nach § 1170b Abs 1 ABGB idF des Ministerialentwurfs dahin, dass die Kosten der Sicherstellung der Sicherungsgeber zu tragen habe, so ordnet § 1170b Abs 1 vorletzter und letzter Satz ABGB nunmehr an, dass die Kosten der Sicherstellung der Sicherungsnehmer zu tragen habe, soweit ein bestimmter Schwellwert nicht überschritten wird. Diese Kostentragungspflicht entfällt aber, wenn die Sicherheit nur noch wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch aufrecht erhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen. Die ErläutRV (1058 BlgNR 22. GP 72) begründen diese Kostentragungsregel damit, dass der Kostenersatz der Höhe nach begrenzt werden solle, weil der Unternehmer auf Modalitäten der Sicherstellung, deren Kosten er zu tragen habe, keinen Einfluss nehmen könne. Die Pflicht

zum Ersatz weiterer Kosten solle zudem enden, wenn die Sicherstellung nur noch wegen nicht gerechtfertigter Einwendungen gegen den Entgeltanspruch aufrecht erhalten werden müsse.

2.5.2. Nach *Hörker/Kletečka* (in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03 § 1170b Rz 25 [Stand 1.1.2018, rdb.at]) ist die Verwertung der Sicherstellung den allgemeinen Regeln entsprechend erst bei Fälligkeit des Werklohns und Zahlungsverzug des Bestellers zulässig. Liegen Mängel vor, so könne der Besteller gemäß § 1052 Satz 1 ABGB den gesamten Werklohn bis zur Mängelbeseitigung zurückbehalten, gerät somit nicht in Verzug, weshalb auch die Sicherungsverwertung nicht zulässig sei. Dies ergebe sich bereits aus den allgemeinen Regeln, folge jedoch ebenso aus § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB, der davon ausgehe, dass die Sicherstellung selbst bei unberechtigten Einwendungen aufrecht erhalten werden muss und gerade nicht verwertet werden darf.

Auch *Rebhahn/Kietaihl* (in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> [2014] § 1170b Rz 14) vertreten die Ansicht, dass der Besteller den gesamten Werklohn auch dann zurückbehalten kann, wenn er eine Sicherstellung geleistet hat, und dass der Unternehmer daher die Sicherheit so lange nicht verwerten darf, als der Besteller von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht. Dafür spreche auch § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB, der offenbar davon ausgehe, dass die Sicherstellung bei Einwendungen des Bestellers aufrecht erhalten werden muss und gerade nicht verwertet werden darf.

2.6. Nach dem klaren Wortlaut des § 1170b Abs 1 letzter Satz ABGB ist die Sicherheit bei Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch – darunter ist vor allem ein Leistungsverweigerungsrecht zu verstehen, das auf gewährleistungsrechtlichen Ansprüchen auf Mängelbeseitigung beruht (*Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar UGB – ABGB § 1170b ABGB Rz 18) – selbst dann aufrecht zu erhalten, wenn die Einwendungen sich als unbegründet erweisen. Auch die ErläutRV (1058 BlgNR 22. GP 72) führen aus, dass die Pflicht zum Ersatz weiterer Kosten erst enden solle, wenn die Sicherstellung nur noch wegen nicht gerechtfertigter Einwendungen gegen den Entgeltanspruch aufrecht erhalten werden müsse. Die vom Berufungsgericht vorgenommene, auf die Ausführungen von *Hörker/Kletečka* gestützte Überlegung, die Klägerin hätte die Bankbürgschaft im Ausmaß von 86.614,52 nicht zur (teilweisen) Begleichung ihrer Rechnung für die erste Bohrung verwenden dürfen, ist deshalb ebenso richtig wie die weitere Überlegung, durch das teilweise Abrufen der Bankbürgschaft habe die Klägerin nunmehr über Buch- oder Bargeld in Höhe des genannten Betrags verfügt; nach § 1170b Abs 1 ABGB können als Sicherstellung doch nicht bloß Bankgarantien, sondern etwa auch Bargeld, Bareinlagen und Sparbücher dienen. An der Qualität

des Betrags von 86.614,52 als Sicherstellung iSd § 1170b ABGB hat sich daher nichts geändert.

2.7. Begehrte die Klägerin somit eine (weitere) Sicherstellung nach § 1170b ABGB zu Unrecht von der Beklagten – dass der Klägerin möglicherweise eine höhere Sicherstellung als der Betrag von 86.614,52 zugestanden sein könnte, lässt sie zwar in der Revision anklagen, nennt selbst aber keine konkreten Zahlen oder Berechnungsgrundlagen, sondern wirft dem Berufungsgericht lediglich vor, es habe „weder zur Höhe des Sicherungsanteils noch zur Höhe des vereinbarten Entgelts Überlegungen angestellt“, womit dessen Verfahren mangelhaft geblieben sei –, dann erfolgte ihr Vertragsrücktritt infolge Nichtleistung der weiteren Sicherstellung durch die Beklagte ebenfalls zu Unrecht. Die Kläge-

rin kann sich dann aber nicht auf § 1168 ABGB stützen, wonach dann, wenn die Ausführung des Werks unterbleibt (hier: die dritte Bohrung), dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt gebührt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers lagen, daran verhindert worden ist.

Soweit die Klägerin in ihrer Revision meint, tatsächlich habe es sich bei den von ihr auszuführenden Bohrungen nicht um das ursprüngliche Werk gehandelt, vielmehr sei es zu einer Novation gekommen, weshalb mangels Werkidentität die Sicherstellung nicht von einem Vertrag in den anderen „hinübergerechnet“ werden könne, übersieht sie, dass sie sich darauf weder im Verfahren erster Instanz noch im Berufungsverfahren gestützt hat.

### Anmerkung<sup>1</sup>

#### Von Hermann Wenusch (am Verfahren beteiligt)

Obwohl die Revision zurückgewiesen wird, weil „*sich nicht (explizit) entnehmen*“ lässt, welche Rechtsfrage in der von § 502 Abs 1 ZPO geforderten Qualität releviert wird, folgen ausführliche Überlegungen zu einer der hauptsächlichen Rechtsfragen.

Dabei geht der OGH sogar so weit, dass er für die Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung nicht nur die Materialien einbezieht, sondern zusätzlich den Umstand erörtert, dass eine im Ministerialentwurf enthaltene Passage schließlich nicht ins Gesetz aufgenommen wurde (nämlich die Nennung von Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Sicherstellung).

Das passt freilich nicht ganz zur Judikatur zur Auslegung von Gesetzen:

- „*Die historische Auslegung einer Norm an Hand der Gesetzesmaterialien bedarf [...] besonderer Vorsicht, weil Letztere nicht Gesetz wurden und mit dem wahren Willen des Gesetzgebers nicht übereinstimmen müssen*“ (OGH 23.09.2008, 4 Ob 131/08f, SZ 2008/133).
- „*Nach herrschender Auffassung steht vielmehr die Norm selbst mit ihrem Wortlaut, mit ihrer Systematik und in ihrem Zusammenhang mit anderen Normen über der Meinung der Redaktoren*“ (OGH 14.03.2000, 4 Ob 50/00g, SZ 73/46).

Die Frage, um die es in der Entscheidung geht, ist die, was rechtens ist, wenn der gesicherte Unternehmer die Sicherheit ohne Zustimmung des Bestellers in Anspruch nimmt. Aus der Formulierung der § 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*“ kann jedenfalls nur geschlossen werden, dass die Sicherheit (vom Besteller!) „bis zum Schluss“ aufrecht zu erhalten ist (wobei die Frage ist, was als „der Schluss“ anzusehen ist – dazu noch später).

Die Pflicht, die Sicherheit zu bestellen, trifft ohne Zweifel ausschließlich den Besteller. Aus der Formulierung „*wenn die Sicherheit [...] aufrechterhalten werden muss*“ ist jedenfalls keine Verpflichtung des Unternehmers abzuleiten: Schließlich muss der Besteller (sic!) die Sicherheit auch dann aufrecht erhalten, wenn er (selbst!) unbegründete Einwendungen erhebt. Die Literatur, auf die sich die Entscheidung stützt, behandelt die Frage, ob der Unternehmer die Sicherstellung aufrechterhalten muss, übrigens nur en passant. Sowohl *Rebhahn/Kietaibl* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1170b Rz 14, als auch *Hörker/Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,03</sup> § 1170b Rz 25 (Stand 1.1.2018,

1 Vgl dazu die Anmerkung zu 3 Ob 134/20g.

rdb.at), die sich übrigens auf ersteren beziehen, ziehen den letzten Satz des Abs 1 nur als weiteren (sic!) Grund dafür heran, dass der Unternehmer eine bestellte Sicherheit nicht in Anspruch nehmen darf, wenn die bezügliche Forderung noch nicht fällig ist. Eine tief-schürfende Auseinandersetzung mit dem Thema erfolgt allerdings nicht, was sich aus der Formulierung „offenbar“ zeigt. Beide Stellen bemerken übrigens, dass eine Sicherstellung, die nicht in Anspruch genommen werden darf, trotzdem in Anspruch genommen werden kann – auf die Idee, dass sich die Sicherstellung bloß in einen Barerlag als Sicherstellung umwandelt, kommt niemand – vor allem wohl deshalb, weil das Bargeld sicher sofort vermengt wird ...

Ansonsten spricht die Regelung nur wohl Selbstverständliches aus: Wenn der Besteller grundlos nicht zahlt und deshalb (sic!) weiterhin die Sicherheit stellt (wohl hauptsächlich, um nicht zu riskieren, dass der Unternehmer den Vertrag aufhebt), dann kann er die Kosten dafür nicht dem Unternehmer anlasten. MaW: Bei unbegründeter Zurückbehaltung des Werklohns wird der Besteller selbst mit den Kosten einer allenfalls bestehenden Sicherheit belastet. Auch diese Regelung soll wohl den Besteller und nicht den Unternehmer „belasten“.

Es bedarf eigentlich keiner Erwähnung, dass die Sicherheit vom Unternehmer nicht für noch nicht fällige Entgeltforderungen in Anspruch genommen werden darf – das muss ihn aber nicht hindern, es trotzdem zu tun (siehe oben). Nimmt der gesicherte Werkunternehmer die Sicherheit aber für eine fällige Forderung in Anspruch, so ist der Besteller verpflichtet, die Sicherheit wieder entsprechend „aufzufüllen“. Es ist eben kein Grund ersichtlich, aus dem die Sicherheit für den Unternehmer irgendwie „sakrosankt“ sein sollte (in diesem Sinne auch *Schopper*, Praktische und dogmatische Hürden beim Recht auf Sicherstellung nach § 1170b ABGB, ZVB 2020 315: „*Der Wortlaut des Gesetzes spricht somit eindeutig dafür, dass die Sicherheit nicht nur im Insolvenzfall verwertet werden darf, sondern etwa auch bei bloßer Zahlungsumwilligkeit (iS eines Zahlungsverzugs)*“).

Gegenständlich wurde als Sicherstellungsmittel eine Bankgarantie gewählt – eine solche ist mit einer Bürgschaft zu vergleichen (tatsächlich spricht auch der OGH in der hier bespro-

chenen Entscheidung von einer „*Bankbürgschaft*“ (Hervorhebung durch den Verfasser)). Eine Bürgschaft kann jederzeit in Anspruch genommen werden, wenn der Schuldner eine fällige Forderung nicht bedient. Bei einer „*Bürgschaft auf erstes Auffordern ist es dem Bürgen verwehrt, gegen seine Inanspruchnahme Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis zu erheben*“ (*Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II<sup>14</sup> Rz 672) – aufgrund der gegenständlich gegebenen Bankgarantie ist dies wohl hier einschlägig.

Sollte eine Bürgschaft zu Unrecht in Anspruch genommen werden, so besteht die Verpflichtung, die empfangenen Mittel zu retournieren. Der Herausgabeberechtigte hat aber kein Pfandrecht oä an der Leistung, die er als Bürge erbracht hat. Genau dies soll allerdings nach der hier besprochenen Entscheidung wohl der Fall sein, wenn gemäß § 1170b ABGB ein Anspruch auf Bürgschaft oder Pfandrecht besteht: Am Realisat aus einer zu Unrecht in Anspruch genommenen Bürgschaft entsteht ein Pfandrecht – der Unternehmer verfügt zwar über das Bargeld, darf es aber nicht als Zahlung ansehen.

Nimmt der gesicherte Werkunternehmer die Sicherheit zu Unrecht in Anspruch, so ist der Besteller freilich nicht verpflichtet, die Sicherheit wieder „aufzufüllen“. Dies ergibt sich schon zwanglos aus dem „natürlichen Rechtsgrundsatz“, dass „*niemand aus dem eigenen rechtswidrigen Verhalten einen Vorteil ziehen [darf]*“ (OGH 17.03.2004, 9 ObA 50/03y).

Natürlich gibt es – insbesondere in der Bauwirtschaft, für die § 1170b ABGB geschaffen wurde – vielfach Streit darüber, ob ein Entgeltanspruch schon fällig ist. Kaum einer dieser Streitfälle lässt sich von einer Seite verlässlich im Voraus beurteilen. Diese Unsicherheit schlägt selbstverständlich auch durch auf die Frage, ob eine Sicherstellung zu Recht in Anspruch genommen wurde. Der folgende Ablauf ist denkbar: Zunächst nimmt der Unternehmer eine gemäß § 1170b ABGB bestellte Sicherheit in Anspruch, weil er eine fällige Forderung behauptet, und fordert die „Auf-füllung“ dieser Sicherheit. Der Besteller verweigert die Beibringung dieser Sicherheit, weil er der Meinung ist, dass die Inanspruchnahme der bisherigen Sicherheit zu Unrecht erfolgt sei und diese daher nach wie vor als bestehend gelten müsse. Daraufhin hebt der Unternehmer den Vertrag auf und fordert den

noch ausstehenden Werklohn gemäß § 1168 ABGB. Der Besteller fordert demgegenüber Erfüllung samt Schadenersatz, weil der Unternehmer den Vertrag (schuldhaft) nicht erfüllt habe. Ein „Bomben-Rechtsstreit“ ist die Folge. Da hat es rechtspolitisch und aus rechtsökonomischen Überlegungen wohl einen gewissen Charme zu sagen, dass die Sicherheit jedenfalls erst „am Schluss“ in Anspruch genommen werden kann – doch was soll dieser „Schluss“ sein? Ein Urteil? Davon steht aber nichts im Gesetz! Und für diejenigen, die gerne in parlamentarischen Materialien schmökern: Es war ursprünglich vorgesehen und wurde gestrichen! Es muss wohl leider hingenommen werden, dass sich der erwähnte „Bomben-Streit“ nicht vermeiden lässt.

Der OGH fasst die Entscheidung des Berufungsgerichts zur für die bei der ersten Presung bestellte Sicherheit wie folgt zusammen: *„Voraussetzung für die Verwertung der Sicherheit wäre vielmehr eine abschließende Klärung der offenen Beträge gewesen“*. Die *„abschließende Klärung der offenen Beträge“* soll also „der Schluss“ sein, bis zu dem die Sicherheit aufrecht zu bleiben hat. Nur: Ist eine *„abschließende Klärung der offenen Beträge“* erfolgt, so kann der einzige Zweck der Sicherstellung die Abdeckung des Insolvenzrisikos sein – der OGH findet darin keinen eklatanten Beurteilungsfehler durch das Berufungsgericht, der einer Korrektur bedürfte. Überlegenswert ist allerdings wohl auch, ob die Abdeckung des Insolvenzrisikos tatsächlich der einzige Zweck von § 1170b ABGB ist. Möglich wäre auch, dass die Bestimmung die Durchbrechung des „Zug um Zug-Prinzips“ beim Bauwerkvertrag mildern soll (die Mat enthalten allerdings darauf keinen Hin-

weis). Die Vorleistungspflicht des Unternehmers beim Werkvertrag kann durchaus sinnvoll sein, weil der Besteller wahrscheinlich bis zuletzt nicht weiß, was der Unternehmer produziert – anders als der Käufer kann er den Vertragsgegenstand nicht vorab inspizieren. Die Vorleistungspflicht des Unternehmers führt aber gemäß der Volksweisheit „Wer zahlt, schafft an“ zu einer gewissen Abhängigkeit – dem entsprechend haben sich in der Baupraxis die Bezeichnungen „Auftraggeber“ und „Auftragnehmer“ eingebürgert (weil „Auftrag“ irgendwie an „Befehl“ erinnert). In der Tat befolgen Bauunternehmer oft einseitige „Aufträge“ der Bauherrn, wohl hauptsächlich deshalb, weil sie möglichst rasch zum Werklohn kommen wollen; ein Rechtsstreit muss nach Tunlichkeit vermieden werden, weil Bauprozesse „ewig“ dauern. Dieser Zweck würde einem unbefangenen Leser des Gesetzes wohl viel eher einfallen als die Insolvenz des Bauherrn – solche sind nämlich eher die Ausnahme.

Zuletzt: Die Feststellung, dass sich die Klägerin weder im Verfahren erster Instanz noch im Berufungsverfahren darauf gestützt hat, dass aufgrund der großen Änderungen eine Novation gegeben war, ist zwar richtig, doch kein Grund, sich nicht mit dem Revisionsgrund auseinander zu setzen. Ob eine Novation vorliegt, ist schließlich eine Rechtsfrage. Der Klägerin wäre allenfalls vorzuwerfen gewesen, dass sie im erstinstanzlichen Verfahren kein ausreichendes Tatsachensubstrat vorgebracht hätte – nur davon konnte gegenständig wohl nicht die Rede sein. In der Tat konnte das Argument sinnvoll erst nach der Entscheidung des Berufungsgerichts ins Treffen geführt werden.