

Die Sicherstellungsmittel des § 1170b ABGB

Nach einem Dornröschenschlaf von fast 15 Jahren ist § 1170b ABGB erwacht und ins Bewusstsein der Bauunternehmer gerückt, wie eine Mehrzahl von Judikaten belegt. Dabei im Mittelpunkt steht häufig die Frage, ob ein angebotenes Sicherstellungsmittel den gesetzlichen Anforderungen entspricht.

Deskriptoren: Bauwerkvertrag, Sicherstellung; § 1170b ABGB.

Von Hermann Wenusch

1. Einleitung

Mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz (BGBl I Nr 120/2005) wurde § 1170b ABGB neu geschaffen – anzuwenden ist diese Bestimmung auf alle nach dem 31.12.2006 abgeschlossenen Bauwerkverträge.

Als Sinn und Zweck der Bestimmung nennt die RV: „[I]n Anlehnung an die „Bauhandwerkersicherung“ des [...] BGB [sollten] gesetzliche Vorkehrungen zur Verminderung der Insolvenzrisiken im Bau- und im Baunebengewerbe geschaffen werden“¹ (Hervorhebung durch den Verfasser). Die Judikatur schließt sich dem wortwörtlich an: „Zweck der Regelung ist es, den Insolvenzrisiken im Bau- und Baunebengewerbe entgegenzuwirken“². Ob die massenhaften Insolvenzen in der Baubranche tatsächlich durch das Recht der Bauunternehmer, Sicherstellungen zu verlangen, einzudämmen sind, ist wohl zu hinterfragen.

Die Rede ist also von „Verminderung der Insolvenzrisiken im Bau- und im Baunebengewerbe“. Das Risiko, dass ein Bauunternehmer wegen des Ausbleibens von Zahlungen des Bauherrn Pleite macht, ist aber nicht einfach mit dem Risiko gleichzusetzen, dass der Bauherr in die Insolvenz schlittert. Auch ein völlig solventer Bauherr, der schlicht zahlungsunwillig ist, kann – angesichts des schleppenden gerichtlichen Rechtsschutzes – für den Bauunternehmer „tödlich“ sein. Daher stellt sich die Frage: Soll der Bauunternehmer bloß vor der Zahlungsunfähigkeit des Bauherrn oder auch dessen Zahlungsunwilligkeit geschützt werden?

a) „Der Werkunternehmer soll auch vor Zahlungsunwilligkeit geschützt werden“³

Diesem Zweck könnte wohl nur dann zur Gänze entsprochen werden, wenn der Bauunternehmer nicht gezwungen würde, einen allenfalls jahrelangen Rechtsstreit vor Gericht zu gewinnen. Es wäre aber irgendwie vorzuziehen, dass der Bauunternehmer bestellte Sicherheiten nicht zu Unrecht „abstaubt“.

b) Der Werkunternehmer soll nur vor der Zahlungsunfähigkeit des Bauherrn geschützt werden

§ 1170b (3) ABGB nimmt „juristische Person des öffentlichen Rechts“ von der Pflicht zur Sicherstellung aus. Die RV begründet dies wie folgt: „Bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts besteht kein Insolvenzrisiko, das eine solche Sicherstellung erfordern könnte“⁴ (Hervorhebung durch den Verfasser). Die Rede ist nur von einem Insolvenzrisiko – keine Rede von der fehlenden Gefahr einer Zahlungsunwilligkeit (obwohl sich durchaus ins Treffen führen ließe, dass hohe Gewähr besteht, dass sich „juristische Person des öffentlichen Rechts“ rechtskonform verhalten).

Natürlich ist bei der Betrachtung von Gesetzesmaterialien zu beachten:

- „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“⁵. Dies lässt sich plakativ an folgenden Beispielen zeigen:
 - Eine RV stammt nicht vom Gesetzgeber. Der Gesetzgeber kann mit dem Gesetzestext an sich, nicht aber mit den Erläuterungen in der Vorlage einverstanden sein.

1 S 72.

2 OGH 15.09.2020, 6 Ob 113/20s.

3 OGH 23.09.2020, 3 Ob 134/20g unter Berufung auf *Kietaibl* in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom⁴ § 1170b Rz 13.

4 Ebd S 73.

5 OGH 23.09.2008, 4 Ob 131/08f (veröffentl: SZ 2008/133).

- Ist ein aktueller Gesetzgeber zwar mit dem Wortlaut des Gesetzestexts an sich einverstanden, nicht jedoch mit der Begründung durch den historischen Gesetzgeber, so wird das Gesetz sicher nicht mit identem Wortlaut neu verlautbart, nur um in den Materialien nun eine „passende“ Begründung zu finden.
- „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“⁶. „Der Ausleger kann das Gesetz besser verstehen als es seine Schöpfer verstanden haben, das Gesetz kann klüger sein als seine Verfasser – es muss sogar klüger sein als seine Verfasser“⁷.

Bemerkenswert an dieser Stelle ist, dass die Judikatur manchmal sogar noch weiter geht, als bloß die RV zu berücksichtigen. So wird sogar der Umstand erörtert, dass eine im Ministerialentwurf enthaltene Passage schließlich nicht ins Gesetz aufgenommen wurde⁸!

Wie auch immer: Die Ausnahme der juristischen Personen des öffentlichen Rechts in § 1170b (3) ABGB ist wohl eindeutiger Beleg, dass bloß gegen die Zahlungsunfähigkeit des Bauherrn abgesichert werden soll⁹.

Neben dem in den Mat genannten Zweck könnte ein weiterer die Abmilderung der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers¹⁰ sein¹¹: Der Volksweisheit „Wer das Geld hat, der schafft an“ entsprechend sind in der Baupraxis die Bauunternehmer faktisch häufig gezwungen, Wünschen des Bauherrn auch dann nachzukommen, wenn dieser darauf gar kein Anrecht hat. Dies dürfte in der Baupraxis (vor allem unter juristischen Laien) zu den weit verbreiteten Bezeichnungen „Auftraggeber“ und „Auftragnehmer“ geführt haben, weil die Bezeichnung „Auftrag“ für den Begriff „Befehl“ verwendet wird.

Das Gesetz nennt als Sicherungsmittel

- Bargeld
- Bareinlagen
- Sparbücher
- Bankgarantien
- Versicherungen

In weiterer Folge werden zu den in § 1170b (1) ABGB explizit genannten Sicherungsmitteln Gedanken angestellt, bevor überlegt wird, ob – und ggf unter welchen Voraussetzungen – weitere Sicherungsmittel zulässig sind.

2. Die in § 1170b ABGB genannten Sicherungsmittel

2.1. Vorbemerkung

Gemäß § 1373 ABGB muss der, der eine Sicherstellung leisten muss, primär ein Handpfand geben – nur wenn ihm dies nicht möglich ist, reichen auch „taugliche Bürgen“. § 1170 (1) ABGB schränkt dies nun einerseits ein, als bloß Bargeld, Bareinlagen und Sparbücher als Pfand taugen (genannt werden auch „Versicherungen“, nur ist damit wohl nicht gemeint, dass zB eine Kapitalversicherung (Lebensversicherung) verpfändet werden kann). Andererseits kommen zusätzlich Bankgarantien und Versicherungen (gemeint wohl: Kreditausfallversicherungen) in Frage.

2.2. Bargeld

2.2.1. Begriff

Als „Bargeld“ sind nur Münzen und Geldnoten zu verstehen. Das ergibt sich schon aus den §§ 215 f und 258 ABGB, wo jeweils von „Bargeld und Geld auf Zahlungskonten“ die Rede ist, womit das eine dem andern gegenübergestellt wird. „Bargeld“ in § 1170b ABGB bezeichnet also wohl dasselbe wie in den §§ 215 f und 258 – „Verwendet der Gesetzgeber in einer gesetzlichen Bestimmung einen Ausdruck zweimal (oder öfter), hat man im Zweifel davon auszugehen, dass dieser Ausdruck jeweils dasselbe bedeutet“¹².

Auch die Judikatur hat grundsätzlich dieses Verständnis: „Buchgeld, worunter Konten bei Kreditunternehmungen zu verstehen sind, ist Geld im weiteren Sinn, während Geld im engeren Sinn (Bargeld) nur das vom Staat anerkannte Zahlungsmittel ist, für das Annahmehzwang besteht. Trotz seiner gleichartigen wirtschaftlichen Funktion stellt **Buchgeld nicht Bargeld** dar, sondern lediglich eine Forderung gegen das Bankunternehmen“¹³.

6 OGH 14.03.2000, 4 Ob 50/00g (veröffentl: SZ 73/46).

7 Radbruch, Rechtsphilosophie⁸, S 207.

8 Im gegebenen Zusammenhang wird in OGH 15.09.2020, 6 Ob 113/20s erörtert: „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“.

9 So auch Kletečka, Die Sicherstellung bei Bauverträgen nach § 1170b ABGB, JBl 2020, 417: „ausschließlich in der Abwendung der Insolvenzgefahr liegende[r] Gesetzeszweck“.

10 OGH 19.03.2014, 7 Ob 22/14g: „Beim Werkvertrag, bei dem das Gesetz eine Vorleistungspflicht des Unternehmers anordnet [...]“.

11 Zu denken wäre diesbezüglich daran, dass die Bestimmung ganz allgemein die Durchbrechung des „Zug um Zug-Prinzips“ beim Bauwerkvertrag mildern soll (so wohl Schopper, Praktische und dogmatische Hürden beim Recht auf Sicherstellung nach § 1170b ABGB, ZVB 2020, 318: „Pendant zur Vorleistungspflicht des Werkunternehmers“).

12 OGH 31.05.2011, 10 ObS 22/11z.

13 OGH 19.05.2015, 10 Ob 31/15d (Hervorhebung durch den Verfasser).

Dieses Verständnis findet eine gewisse Stütze auch in § 1170b (1) ABGB selbst, wo neben „Bargeld“ auch „Sparbücher“ genannt werden. Eine Nennung der Sparbücher wäre nicht erforderlich, wenn das Gesetz von einem weiten Geldbegriff (also auch von „Buchgeld“) ausgegangen wäre.

Dass „Bargeld“ und „Bankgarantie“ als Sicherstellung in § 1170b (1) ABGB gleichwertig nebeneinandergestellt werden, wäre übrigens – das sei nur am Rande angemerkt – kein Argument dafür, dass „Bargeld“ als Sicherstellung gleichsam im Geldkoffer als „gewöhnliches“ Faustpfand¹⁴ zu übergeben ist. Es ist zwar richtig, dass im Falle der Insolvenz des Schuldners nur ein Faustpfand die gleiche Sicherheit wie eine Bankgarantie bietet, doch ist eine „völlige“ Gleichwertigkeit fast nie gegeben: Ein unregelmäßiges Pfandrecht unterscheidet sich von einer Bankgarantie dadurch, dass der Sicherungsgeber die gegebene Sicherheit im Falle der Insolvenz des Sicherungsnehmers (zumindest teilweise) verliert. Eine Bankgarantie unterscheidet sich von einem Faustpfand wiederum dadurch, dass der Sicherungsnehmer im Fall der Insolvenz des Garanten seine Sicherheit verliert.

Zu § 1170b ABGB wurde interessanter Weise judiziert, dass bei Inanspruchnahme einer als Sicherheit gegebenen Bankgarantie das Realisat Sicherheit in der Form von „Buch- oder Bargeld“ bleibe: „durch das teilweise Abrufen der Bankbürgschaft habe die Klägerin nunmehr über Buch- oder Bargeld in Höhe des genannten Betrags verfügt“¹⁵. Im zu Grunde liegenden Sachverhalt wurde vom Bauunternehmen eine als Sicherheit gegebene Bankgarantie (sic!) in Anspruch genommen, was als unzulässig beurteilt wurde, weil „Voraussetzung für die Verwertung der Sicherheit [...] eine abschließende Klärung der offenen Beträge“ sei.

2.2.2. Bargeld als Sicherheit

Bargeld als Sicherheit ist Pfand gemäß § 447 ABGB.

Wird „Geld“ als Pfand bestellt, so handelt es sich zu meist um ein „unregelmäßiges Pfandrecht“¹⁶. Ein solches unregelmäßiges Pfandrecht ist allerdings nicht konkursfest: „Bei Vereinbarung eines unregelmäßigen Pfandrechts, wie sie in der Regel bei Vereinbarung einer Barkautio n anzunehmen ist, hat nämlich im Fall des Kon-

kurses des Bes[icherten] der Best[ell]er keinen Aussonderungsanspruch, sondern nur einen obligatorischen Anspruch, eine Konkursforderung“¹⁷. Aus genau diesem Grund wird die Gleichwertigkeit einer (nicht abgesondert verwahrten) Barkautio n mit einer Personalsicherheit verneint¹⁸.

Eine Sicherstellung durch „Geld“ ist jedenfalls problematisch, wie die folgenden Beispiele zeigen:

1. Nachdem es zu Streitigkeiten über das zu zahlende Entgelt gekommen ist, fordert der Bauunternehmer eine Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB. Der Bauherr überweist daraufhin einen der Höhe nach ausreichenden Betrag auf das Geschäftskonto des Bauunternehmers. Dieser bestätigt die Zahlung als Eingang des seiner Meinung bereits überfälligen Entgelts und setzt zugleich eine Nachfrist zur Bestellung der geforderten Sicherstellung. In der Tat hat der Bauherr keine Sicherstellung in der Form einer der in § 1170b ABGB genannten Sicherungsmittel gestellt – eine Überweisung ist eben nicht gleichzusetzen mit einem Transfer von Bargeld (solches lässt sich nämlich nur im sprichwörtlichen „Geldkoffer“ transportieren). Nachdem sich der Bauherr nun unter Hinweis auf die erfolgte Überweisung weigert, hebt der Bauunternehmer den Vertrag auf und fordert das (allenfalls eingeschränkte) Entgelt gemäß § 1168 ABGB. Jetzt kann man nur noch zu irgendwelchen „Kunstgriffen“ wie der Sittenwidrigkeit greifen ...
2. Die Baugesellschaft fordert eine Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB. Der Bauherr überbringt daraufhin einen der Höhe nach ausreichenden Betrag in einem Geldkoffer mit dem Verbot der Vermischung. Die Baugesellschaft entnimmt das Bargeld aber trotzdem, vermischt es mit eigenem Geld und wird wenig später insolvent. Der Bauherr klagt daraufhin den Geschäftsführer der Baugesellschaft und bringt eine Sachverhaltsdarstellung bei der Staatsanwaltschaft wegen des Verdachts auf Veruntreuung¹⁹ bzw Untreue ein.

Problematisch kann wohl auch die Abgrenzung zur Anzahlung (Akonto) sein: Wird bloß vereinbart: „Zahlungen: 20 % bei Vertragsabschluss, der Rest bei Übergabe, jeweils in bar“, so kann die erste Zahlung gleichermaßen Akonto oder Sicherheit sein.

14 Dies fordert zB M. Bydliński in Koziol et al, ABGB Kurzkommentar⁵ § 1170b Rz 4: „Aus dem Gesetzeszweck ist ableitbar: Bargeld ist als Faustpfand zu übergeben“ (abweichende Hervorhebung im Original).

15 OGH 15.09.2020, 6 Ob 113/20s; es hat sich dabei allerdings um einen – wenn auch sehr umfangreich begründeten – Zurückweisungsbeschluss gehandelt.

16 OGH 18.12.2020, 8 Ob 76/20i: „Das Pfandrecht an vertretbaren Sachen – besonders an Geld – ist in der Regel ein unregelmäßiges Pfandrecht („pignus irregulare“). In diesem Fall wird der Kauti-

onempfänger durch Vermengung Eigentümer des Geldes. Dem Besteller steht kein dingliches Recht, sondern ein bloß schuldrechtlicher Anspruch auf Rückzahlung zu“.

17 OGH 06.11.2008, 6 Ob 279/07h.

18 OGH 06.11.2008, 6 Ob 279/07h: „weil dies die Stellung der [Sicherheitsgeberin] verschlechtern würde“.

19 Vgl OGH 31.08.2018, 6 Ob 75/18z: „Werden Gelder zur Erfüllung ganz bestimmter Aufgaben [...] übergeben, dann sind sie „anvertraut““.

Bedeutsam ist wohl, dass ein Pfand nicht nur im zweiseitigen Verhältnis (Pfandübergabe vom Pfandgeber an den Pfandnehmer), sondern auch im dreipersonalen Verhältnis (Pfandübergabe vom Pfandgeber an einen Pfandhalter, der das Pfand an Stelle des Pfandnehmers innehat) bestellt werden kann (Pfandhalter müssen übrigens alleine aus dem Grund möglich sein, weil ansonsten juristische Personen kein Pfand entgegennehmen könnten). Gegenständlich interessiert wohl, ob der Pfandhalter auch vom Pfandgeber bestellt werden kann, oder ob ein Vertrag (unmittelbar) zwischen Pfandnehmer und Pfandhalter erforderlich ist. Zur Beantwortung dieser Frage ist zu untersuchen, was Sinn und Zweck einer Pfandbestellung ist:

- Der wohl wesentlichste Zweck ist die Absonderung vom sonstigen Vermögen des Pfandgebers – das bedeutet aber nicht zugleich, dass dem Pfandnehmer die Herrschaft über das Pfand einzuräumen ist²⁰.
- Ein weiterer Zweck – insbesondere des Faustpfandes – ist der Zugriff auf die Pfandsache, der im Falle einer außergerichtlichen Pfandverwertung (soweit eine solche nicht ausgeschlossen wurde) eine relativ rasche Befriedigung ermöglicht.

Auch bei „Bewahrung“ des Pfandstückes durch einen Pfandhalter wird dieses vom sonstigen Vermögen des Pfandbestellers abgesondert. Eine möglichst rasche Befriedigung kann durch entsprechende Pflichten des Pfandhalters sichergestellt werden.

Abgesehen von alledem wird der Pfandnehmer durch die „Zwischenschaltung“ eines Pfandhalters tatsächlich nicht irgendwie be- sondern vielmehr wohl eher entlastet, weil er sich damit den Aufwand für die „Pfandbewahrung“ erspart.

Es ist also festzuhalten, dass ein Pfand auch an einen vom Pfandgeber bestellten Pfandhalter übergeben werden kann, wenn sichergestellt ist, dass der Zugriff des Pfandnehmers dadurch nicht erschwert wird. Durch einen „echten“ Vertrag zu Gunsten des Pfandnehmers (als „Dritten“) zwischen Pfandbesteller und Pfandhalter erhält der Pfandnehmer eine Rolle, die genau jener entspricht, die ihm zukäme, wenn er unmittelbar mit dem Pfandhalter einen entsprechenden Vertrag geschlossen hätte.

Was für die Pfandbestellung ganz allgemein gilt, muss noch viel mehr bei einer Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB gelten – das Gesetz lässt nämlich prinzipiell das Hinzutreten eines Dritten zu, womit natürlich auch Risiken verbunden sind: Das Kreditinstitut, das ggf die Bankgarantie ausstellt, ist ein allenfalls mit Unsicherheit behafteter Dritter. Ein Kreditinstitut kann rechtswidrig die Honorierung einer Bankgarantie ge-

nauso verweigern, wie der Pfandhalter rechtswidrig den Zugriff auf das Pfandstück verweigern kann. Auch Versicherungen können die Regulierung eines Schadens rechtswidrig verweigern.

Aus dem Gesetz lässt sich nicht ableiten, dass das „Bargeld“ als Pfand direkt (im zweiseitigen Verhältnis) beim Bauunternehmer zu deponieren ist. Solange der Treuhanderlag dem Bauunternehmer „ausreichend“ Sicherheit bietet, muss auch ein solcher zulässig sein (dazu sogleich).

Dies ist insoweit interessant, als die Nennung von Bargeld häufig als Argument gesehen wird, dass der Zugriff auf die Sicherheit gemäß § 1170b ABGB denkbar leicht sein muss. Dieses Argument geht aber ins Leere, wenn ein Treuhanderlag möglich ist, weil die Freigabe von Treugut keinesfalls frei von jeder Hürde sein muss.

Wann bietet ein Treuhanderlag „ausreichend“ Sicherheit? Diese Frage ist wohl gleichzusetzen mit der Frage, wer als Treuhänder gewählt werden darf und wie der Treuhandvertrag ausgestaltet sein muss.

Eine Sicherstellung soll dem Besicherten Sicherheit geben – *nomen est omen*. Der Treuhänder muss also ausreichend Vertrauen genießen. Absolute Sicherheit ist wohl nicht zu fordern, weil auch Bankgarantien und Versicherungen keine absolute Sicherheit bieten: Auch Kreditinstitute und Versicherungen sind bekanntlich nicht vor einer Pleite gefeit. Da auch Kreditinstitute und Versicherungen in eine Insolvenz schlittern können, ist von einem Treuhänder wohl nicht zu fordern, dass er über ein Fremdkonto verfügen muss.

Der Vertrag mit dem Treuhänder kann wohl Bedingungen für die Auszahlung des Treuhanderlags an den Begünstigten enthalten. Dies ergibt sich wohl zwanglos daraus, dass Versicherungen, die als mögliche Sicherungsmittel den Bareinlagen gleichgestellt sind, Bedingungen enthalten müssen (mehr dazu unten beim Sicherstellungsmittel „Bankgarantien“).

2.2.3. Abschlussgedanken

Auch ausländische Münzen und Noten sind Bargeld. Es stellt sich daher die Frage, ob auch ausländisches Bargeld als Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB taugt. Die Frage erinnert wohl irgendwie an die Frage, welche Bank als Garant taugt ... Sie lässt sich wohl nur im Einzelfall entscheiden – aber grundsätzlich ist kein Grund ersichtlich, weshalb ausländisches Bargeld nicht als Sicherstellungsmittel genutzt werden kann, wenn es konvertibel ist. Das führt zur Frage, was im Falle von Schwankungen des Wechselkurses rechtens sein soll. Ohne dies näher zu erörtern, besteht wohl gegeben-

20 Was sich zwanglos aus § 459 ABGB ergibt: „Ohne Bewilligung des Pfandgebers darf der Gläubiger das Pfandstück nicht benützen“.

falls eine Nachschusspflicht des Bauherrn, wenn ein Verfall der fremden Währung zu beobachten ist, und im gegenteiligen Fall ein Recht auf Herausgabe des entstandenen Überschusses.

Edelmetalle (Silber, Gold, Platin, etc) sind keine der in § 1170b ABGB genannten Sicherheiten. Doch gibt es diese Edelmetalle auch in Münzprägung als offizielles Zahlungsmittel (zB Wiener Philharmoniker mit unterschiedlichen Denominationen). Diese sind natürlich als Bargeld anzusehen und damit ohne jeden Zweifel jedenfalls als Sicherstellungsmittel tauglich. Stellt sich die Frage, ob zur Berechnung der Höhe der Sicherstellung der Nominalwert der Münzen oder deren Verkehrswert, der wesentlich darüber liegt, heranzuziehen ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt wohl davon ab, ob Edelmetalle in ungeprägter Form als Sicherstellung taugen. Ist dies der Fall, so ist der Verkehrswert ausschlaggebend – dann stellt sich wie bei ausländischem Bargeld die Frage nach der Auswirkung von Kursschwankungen. Näher soll an dieser Stelle nicht auf dieses Thema eingegangen werden.

Bei einer allfälligen Inanspruchnahme der in Bargeld geleisteten Sicherheit ist wohl zu beachten: Nimmt der Bauunternehmer das ihm als Sicherheit übergebene Bargeld als Zahlung in Anspruch, so kann der Besteller diese Summe gemäß § 20 (1) Zi 9 EStG nicht steuerlich geltend machen (soweit sie die Bagatellgrenze von 500,- übersteigen).

Praktisch betrachtet kann Bargeld als Sicherstellung wohl höchstens bei kleinen Bauvorhaben eine Rolle spielen. Dabei ist aber zu beachten, dass Konsumenten gemäß § 1170b (3) ABGB von der Sicherstellungspflicht ausgenommen sind.

2.3. Bareinlagen

Da die Bezeichnung „Bareinlage“ nicht legal definiert ist, stellt sich die Frage, was damit gemeint ist. Wenn in Gesetzen von „Bareinlagen“ die Rede ist, dann ist damit zumeist die Einbringung von Geld durch einen Gesellschafter in eine Gesellschaft gemeint (im Gegensatz zu einer Sacheinlage) – diese Bedeutung scheidet gegenständlich natürlich aus.

Ansonsten findet sich die Bezeichnung „Bareinlage“ in § 46 (2) BWG, wobei es um eine Bilanzierungsvorschrift für Kreditinstitute geht. Die Bezeichnung wird dort als Sammelbezeichnung für Spareinlagen („Geldeinlagen bei Kreditinstituten, die nicht dem Zahlungsverkehr,

sondern der Anlage dienen und als solche nur gegen die Ausfolgung von besonderen Urkunden (Sparurkunden) entgegengenommen werden dürfen“²¹) und „sonstige Einlagen“, wohl vor allem Sichteinlagen („täglich fällige Gelder des Zahlungsverkehrs“²²), verwendet. Das Sicherungsmittel „Bareinlage“ des § 1170b ABGB meint aber wohl nicht die Einlage bei einer Bank, weil ansonsten die separate Nennung von Sparbüchern unverständlich wäre.

Die Bezeichnung mit offensichtlich zumindest ähnlicher Bedeutung findet sich in § 99 (2) BVergG 2018: „Wird ein Mittel zur Sicherstellung verlangt, so kann dies nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine Bankgarantie, eine entsprechende Rücklassversicherung, Bargeld oder Bareinlagen in entsprechender Höhe erfüllt werden“. Nachdem „Sparbücher“ nicht genannt werden, kann „Bareinlage“ hier sehr wohl etwas anderes bedeuten als in § 1170b ABGB²³.

Angesprochen wird mit „Bareinlage“ also wohl ein Erlag von Geld bei einem Treuhänder²⁴. Es ließe sich nun vielleicht diskutieren, ob das Geld dort in Münzen und Noten (gleichsam im „Geldkoffer“) deponiert werden muss – immerhin ist die Rede von einer Bareinlage, also einer Einlage „in bar“. Nachdem selbst im Bankwesen bargeldlose Überweisungen zu einer Spareinlage werden können, soll davon ausgegangen werden, dass eine liquide Bereitstellung (auf zB einem Bankkonto) als Bareinlage iSd § 1170b ABGB angesehen werden kann.

Immerhin: Selbst wenn – entgegen den oben stehenden Überlegungen – ein Treuhänderlag des Sicherstellungsmittels „Bargeld“ aus diesem Titel nicht zulässig sein, so ist es dies wohl aus dem Titel „Bareinlage“.

2.4. Sparbücher

Als „Sparbuch“ dürfen gemäß § 31 (2) BWG ausschließlich Sparurkunden bezeichnet werden, die von zum Spareinlagengeschäft berechtigten Kreditinstituten ausgegeben werden.

Gelder von Sparbüchern, deren Guthabenstand mehr als 15.000,- beträgt, dürfen gemäß § 32 (4) Zi 2 BWG nur „an den gemäß den Bestimmungen des FM-GwG identifizierten Kunden“ ausbezahlt werden (nur Sparbücher, deren Guthabenstand weniger als 15.000,- beträgt, können auf Inhaber lauten – Verfügungen über die Einlage dürfen nur gegen Angabe eines Lösungswortes vorgenommen werden).

21 § 31 (1) BWG.

22 § 27a BWG.

23 A. Oettel in Schramm et al, BVergG³ setzt die Bezeichnung „Bareinlage“ in § 99 (2) BVergG 2018 offenbar gleich mit „Festgeld“ (dh Geldeinlagen bei einer Bank mit einer festen Laufzeit), ohne

dies jedoch zu begründen. Insbesondere erfolgt keine Erklärung, weshalb zB „ungebundene Sparbücher“ nicht als Bareinlage anzusehen sein sollen.

24 Vgl dazu zB M. Bydlinski in Koziol et al, ABGB⁵ § 1170b ABGB Rz 4.

Bemerkenswert ist, dass § 32 (4) Zi 2 BWG im Wesentlichen²⁵ seit BGBl I Nr 2/2001 unverändert geblieben ist. Es kann also nicht behauptet werden, dass der Gesetzgeber zum Entstehungszeitpunkt des § 1170b ABGB davon ausgegangen ist, dass Sparbücher leicht zu liquidieren sind. Ist der Zweck der Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB nur die Absicherung der Zahlungsfähigkeit des Bauherrn, muss

- bei einem entsprechend niedrig dotierten Sparbuch das Losungswort nicht bekannt gegeben werden²⁶,
 - bei einem entsprechend hoch dotierten Sparbuch der Bauunternehmer nicht als Kunde „identifiziert“ werden.
- Im Fall des Falles (Insolvenz des Bauherrn) kann das Sparbuch exekutiv realisiert werden.

Genauso wie „Bargeld“ ist es wohl auch zulässig, Sparbücher als Pfand auch (im dreipersonalen Verhältnis) bei einem Treuhänder zu hinterlegen.

Mangels praktischer Bedeutung soll nicht weiter auf Sparbücher als Sicherstellungsmittel iSd § 1170b ABGB eingegangen werden.

2.5. Bankgarantien

2.5.1. Die Rolle von Bankgarantien in Österreich

Als Vorbemerkung ist festzustellen, dass Bankgarantien in Österreich im Bauwesen als Sicherstellungsmittel weit verbreitet sind. Dass – im Ergebnis sehr nahe kommende – Bankbürgschaften kaum anzutreffen sind, dürfte einen recht banalen Grund haben, der nicht im juristischen Unterschied zwischen Garantie und Bürgschaft liegt: Bürgschaftserklärungen unterliegen gemäß § 33 TP 7 GebG einer Rechtsgeschäftsgebühr iHv 1 %, Garantieverklärungen sind dem gegenüber gebührenfrei²⁷.

2.5.2. Grundsätzliches zu Bankgarantien

Bei einer Bankgarantie handelt es sich innerhalb eines dreipersonalen Schuldverhältnisses um ein Zahlungsverprechen einer Bank an einen Begünstigten für den Fall des Eintritts einer (oder ev auch mehrerer) Bedingung(en), wobei dieses Versprechen nicht vom Rechtsverhältnis zwischen den beiden anderen Beteiligten abhängt (Abstraktheit²⁸). Die immer wieder als Unterscheidungsmerkmal zur Bürgschaft ins Treffen geführte

Abstraktheit darf jedenfalls nicht dazu verleiten, eine generelle Bedingungsfeindlichkeit zu unterstellen.

Damit erhebt sich die Frage, ob es Bedingungen gibt, die eine Bankgarantie als Sicherstellungsmittel iSd § 1170b ABGB „disqualifizieren“.

2.5.3. Bedingungen

Abgesehen von der zeitgerechten Inanspruchnahme ist (zumindest) eine weitere Bedingung erforderlich – diese kann zu einem „auf Abruf durch den Begünstigten“ verkümmert sein. In der Tat sind einige weitere – als „rein formal“ zu bezeichnende – Bedingungen gebräuchlich: „Gegen Retournierung dieses Garantiebriefes“; „innerhalb der Geschäftszeiten“; etc. Von diesen „rein formalen“ Bedingungen abgesehen, sind natürlich auch „materielle“ Bedingungen möglich und durchaus gebräuchlich, wobei deren Intensität unterschiedlich sein kann. Am Beginn der Skala steht wohl die Bedingung, dass der Abruf „mit der Erklärung, dass (...)“ erfolgen muss. Am anderen Ende der Skala stehen mehr oder weniger „komplizierte“ Bedingungen, wie etwa die Präsentation von Dokumenten (zB Übernahmescheine, Konformitätsbescheinigungen, etc). Extrem ist sicher das Erfordernis der Zustimmung dessen, der die Bankgarantie als Sicherstellung beizubringen hat (Garantieauftraggeber). Nur am Rande sei an dieser Stelle angemerkt, dass die Bedingungen einer Bankgarantie von deren Modalitäten der Auszahlung zu unterscheiden sind: Die Zahlungsfrist, innerhalb derer der Garant zu leisten hat, ist keine Bedingung, sondern eine solche Modalität. Diesbezüglich ist zu bedenken, dass zB eine besonders lange Zahlungsfrist das Instrument für den Begünstigten ziemlich unattraktiv machen kann: Der Garantieauftraggeber hat gegebenenfalls ausreichend Zeit, um „Gegenmaßnahmen“ einzuleiten²⁹ – er kann etwa versuchen, den Vertrag vor der Auszahlung selbst zu beenden und/oder bis zum Zahltag eine EV zu erwirken. Ist der Zweck der Sicherstellung bloß die Absicherung der Solvenz des Bauherrn, so ist eine lange Auszahlungsfrist wohl unproblematisch.

2.5.3.1. Befristung

Aufgrund der Abstraktheit müssen Bankgarantien befristet sein – sie würden sonst ewig laufen³⁰ (denkbar wäre

25 Durch BGBl I Nr 118/2016 wurde bloß der Verweis „gemäß § 40 Abs. 1“ durch den Verweis „gemäß den Bestimmungen des FM-GwG“ ersetzt.

26 AA Schopper in Fenyves et al, Klang³ § 1170b Rz 67.

27 Vgl zB Bergmann/Wurm in Bergmann et al, GebG² § 33 TP 7 Rz 3.

28 Vgl dazu zB Koziol/Potyka, Die Bankgarantie in Apathy et al, Österreichisches Bankvertragsrecht Bd V² Rz 3/4.

29 Vgl etwa Vonkilsch/Scharmer, Zum Verhältnis von Rücktrittserklärungen gemäß § 918 ABGB und § 1170b ABGB, Zak 2018, 344.

30 Diesen Umstand verkennen zB Panholzer, Die Anwendbarkeit des § 1170b ABGB, Erfahrungen seit der Einführung 2007 und die damit verbundenen Problemstellungen in der Praxis, bbl 2009, 83 und Skarics, Die Zulässigkeitsgrenzen vertraglicher Vereinbarungen zu § 1170b ABGB, ZRB 2013, 3, die beide bloß davon sprechen, dass Bankgarantien „idR“ befristet sind.

allenfalls auch die Möglichkeit einer Kündigung). Diese Befristung muss natürlich auch als Bedingung („unter der Bedingung des fristgerechten Abrufs“) gesehen werden, was klar macht, dass eine Forderung nach einer Bedingungslosigkeit (in dieser Allgemeinheit) absurd wäre.

Bei einer sonst bedingungsfreien Garantie ist ein innerhalb der Sicherungsperiode drohender Ablauf relativ unproblematisch – der Besicherte stellt den zur Sicherung Verpflichteten einfach vor die Wahl: „Entweder Du verlängerst die Garantie, oder ich nehme diese in Anspruch“ (neudeutsch: „extend or pay“). Dies ist aber natürlich nicht möglich, wenn die Garantie an (noch nicht erfüllte) Bedingungen geknüpft ist: Der Besicherte kann die Garantie nicht in Anspruch nehmen – er kann somit gar keinen Druck auf den Sicherungsgeber ausüben, die Garantie zu verlängern.

Eine bedingte Garantie muss also eigentlich eine „sichere“ Laufzeit haben – dh die Laufzeit muss so lange sein, dass bis zu deren Ende die Ansprüche des Werkunternehmers jedenfalls mit Sicherheit (sic!) endgültig geklärt sein werden („*dass die Auszahlungsbedingungen – aus Sicht ex ante – innerhalb dieser Laufzeit üblicherweise auch erfüllt werden könnten*“³¹ reicht sicher nicht, weil das den Bauunternehmer eventuell schließlich ohne Sicherheit dastehen lässt). Da die Durchführung von Bauvorhaben einige Jahre in Anspruch nehmen kann und da Bauprozesse durchaus zehn Jahre oder mehr dauern können (zB HG Wien 18 Cg 171/11b), erscheint eine Laufzeit von mehr als einem Vierteljahrhundert (sic!) keinesfalls ausgeschlossen.

Statt der „sicheren“ Laufzeit bietet sich bei bedingten Bankgarantien wohl eher an, zum Ende der Laufzeit ein „freies Fenster“ vorzusehen: Dabei sieht eine Garantie vor, dass sie in einer gewissen Zeit vor dem Ablauf frei von Bedingungen in Anspruch genommen werden kann, sofern keine Prolongation erfolgt.

2.5.3.2. Zustimmung des Garantierauftraggebers

Zunächst soll einmal das Vorbild des § 1170b ABGB, nämlich die deutsche Bauhandwerkersicherung, betrachtet werden. § 650f (2) dBGB lautet: „*Die Sicherheit kann [...] durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines [...] Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Das Kreditinstitut oder*

der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf“. Trotz dieser Voraussetzung heißt es in den Mat: „*Der Entwurf strebt zur besseren Sicherung der Bauhandwerker eine möglichst einfache und flexible Lösung an*“ (Hervorhebung durch den Autor) – „einfach und flexibel“, sogar trotz des möglichen Erfordernisses der Zustimmung des Bestellers!

Damit stellt sich die Frage, ob es zulässig ist, eine als Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB beigebrachte Bankgarantie mit der Bedingung zu versehen, dass deren Inanspruchnahme vom Willen des Sicherungsgebers abhängig sei³². Sieht man als einzigen Sinn und Zweck der Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB die Absicherung gegen die Insolvenz des Sicherungsgebers, so könnte man argumentieren, dass dieser gegebenenfalls auf diese Zustimmung geklagt werden könne, womit der Sicherungszweck schließlich erfüllt werde³³. Das mag etwas weit hergeholt und unpraktisch erscheinen, wenn man an die „ewige“ Dauer des gerichtlichen Rechtsschutzes denkt – die Sicherstellung soll den Bauunternehmer und nicht dessen Insolvenzverwalter absichern! Außerdem ist die Garantie wohl längst abgelaufen, wenn das stattgebende Urteil schließlich die Zustimmung substituiert. Obwohl die dt „*Bauhandwerkersicherung*“, die ja das Vorbild für § 1170b ABGB war, für den Fall einer Bankgarantie die Zustimmung des Garantierauftraggebers vorsieht, ist dies nach der Judikatur in Österreich nicht zulässig: „*Eine Sicherstellung erfüllt den Zweck des § 1170b ABGB nicht, wenn der Werkbesteller es faktisch in der Hand hat, dem Werkunternehmer den (rechtmäßigen) Zugriff darauf zu verwehren*“³⁴.

2.5.3.3. Sonstige Bedingungen

Die RV, wonach „[a]ls Sicherstellungen [...] nur [...] Vermögenswerte, die eine rasche und günstige Verwertung ermöglichen“ in Betracht kommen, könnte dazu verleiten, dass für Bankgarantien bloß die Bedingung „auf ersten Abruf“ zulässig sei. Soweit ersichtlich, nimmt die hM ein derartiges Erfordernis nicht an³⁵.

31 HG Wien 30.12.2019, 16 Cg 20/19v zitiert in OGH 23.09.2020, 3 Ob 134/20g.

32 Diese bejahend etwa Högl/Wiesinger, Offene Fragen zu § 1170b ABGB, JBl 2009, 155 unter Berufung auf Bollenberger, Zum Inhalt der Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b neu ABGB: Muss der Besteller faktisch ein Vorleistungsrisiko tragen? RdW 2006, 202 und Rebhahn/Kietaibl in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ § 1170b Rz 17.

33 Vgl zB Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰⁴ § 1170b Rz 27 (Stand 1.8.2020, rdb.at) „*Verweigert nämlich der Besteller die entsprechende Bestätigung, kann diese durch ein rechtskräftiges Urteil substituiert werden*“.

34 OGH 23.09.2020, 3 Ob 134/20g.

35 Eine Literaturübersicht findet sich in OGH 23.09.2020, 3 Ob 134/20g.

Wäre der Zweck der Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB – entgegen der hier vertretenen Auffassung – auch die Absicherung gegen bloße Zahlungsunwilligkeit des Bauherrn, ist zu bedenken, dass der Bauunternehmer durch den äußerst schleppenden gerichtlichen Rechtsschutz in Österreich gleichsam „ausgehungert“ werden könnte. In Frage kämen dann wohl vor allem Bedingungen, die eine unzulässige Inanspruchnahme der Sicherheit durch den Bauunternehmer „unattraktiv“ machen. In Frage käme etwa die Forderung nach einer Erklärung, bei deren Unrichtigkeit sich der Bauunternehmer strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen würde. Auch das Versprechen, einen ggf ungerechtfertigt in Anspruch genommenen Betrag mit einem Zuschlag zurückzuzahlen wäre sicher möglich. Vorstellbar wäre natürlich auch eine „Rück(ver)sicherung“ – dh die Bedingung, nur gegen Vorlage einer Sicherstellung für die unrechtmäßige Inanspruchnahme auszus zahlen.

An dieser Stelle sei angemerkt, dass entsprechende Bedingungen wohl jedenfalls im zu Grunde liegenden Bauwerkvertrag vereinbart werden können, solange dadurch der Sicherungszweck nicht vollends ausgehebelt wird.

Aber auch wenn bloß gegen die Insolvenz des Bauherrn abgesichert werden soll, ist zu beachten, dass Bedingungen diesen Zweck vereiteln können: Soll ein rechtskräftiger Titel die Voraussetzung sein, so ist zu überlegen, ob die gegebene Bankgarantie dann überhaupt noch aufrecht sein wird (an dieser Stelle sei an das „freie Fenster“ als Ausweg erinnert).

Die Judikatur hat bislang bloß Allgemeinplätze gefunden: *„Demnach ist eine Bankgarantie mit Effektivklausel zwar nicht jedenfalls als Sicherungsmittel iSd § 1170b ABGB ungeeignet, jedoch dann, wenn ihre Inanspruchnahme durch den Werkunternehmer durch ein für ihren Abruf aufgestelltes Erfordernis ungebührlich erschwert oder gar unmöglich gemacht wird“*³⁶ – interessant wäre ja allerdings, was denn als *„ungebührlich erschwert“* anzusehen ist und was noch *„gebührlich“* ist.

2.5.4. Zulässige Garanten und Treuhand

§ 650f dBGB nennt keine Sicherheiten – zulässig sind danach in erster Linie Personalsicherheiten, hilfsweise auch ein Bürge als Personalsicherheit³⁷. § 650f (2) dBGB fügt dem hinzu, dass die Sicherheit *„auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts“* geleistet werden kann.

Dies erscheint auf den ersten Blick vielleicht etwas seltsam, weil eine Garantie doch sicherer erscheinen muss als zB ein Bürgschaft. Tatsächlich wird diese erweiterte Sicherheit allerdings dadurch „beschnitten“, dass das garantierende *„Kreditinstitut [...] Zahlungen an den Unternehmer nur leisten [darf], soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf“*.

Wie auch immer: § 1170b ABGB spricht bloß von Bankgarantien. Bestimmte Qualifikationen für die garantierende „Bank“ werden nicht genannt – insbesondere erfolgt keine Einschränkung auf inländische Banken³⁸. Welche Anforderungen an (insbesondere) ausländische Institute zu stellen sind, soll hier aber nicht weiter erörtert werden.

Wenn der Erlag von Bargeld bei einem Treuhänder zulässig ist (siehe oben), ist kein Grund ersichtlich, aus dem dies für Bankgarantien nicht zulässig sein soll. Eine „an sich“ unbedingte Bankgarantie kann so mit Bedingungen versehen werden³⁹.

2.6. Versicherungen

Der Wortlaut des Gesetzes ist mehrdeutig: Gemeint sein kann danach nämlich einerseits, dass Kapitalversicherungen (zB Lebensversicherungen) als Sicherstellungsmittel geeignet sind. Andererseits können damit Kreditausfallsversicherungen (oä) gemeint sein. Nicht gemeint sind damit wohl Garantien von Versicherungsunternehmen, auch wenn diese wohl als Sicherstellungsmittel geeignet sind (siehe dazu unten).

2.6.1. Kapitalversicherung als Sicherstellung

Es ist keinesfalls absurd anzunehmen, dass eine Kapitalversicherung als Sicherstellungsmittel gemäß § 1170b ABGB taugt, weil die Polizzen von Kapitalversicherungen durchaus mit den ebenfalls genannten Sparbüchern zu vergleichen sind: Bei beidem handelt es sich um Forderungen an unter besonderer behördlicher Aufsicht stehenden Unternehmen (Banken unterliegen dem BWG, Versicherungen dem VAG). Wie ein Sparbuch verpfändet werden kann, kann auch eine Kapitalversicherung verpfändet (oder vinkuliert) werden. Wenn die Absicherung gegen eine Insolvenz des Bauherrn Gesetzeszweck von § 1170b ABGB ist und sich eine Kapitalver-

36 OGH 23.09.2020, 3 Ob 134/20g.

37 *Schwenker/Rodemann* in Erman, BGB Bd I⁵ § 650f Rz 15.

38 Vgl zB *Wenusch*, Bankgarantien in der Baubranche, ZRB 2012, IV.

39 In diesem Sinn auch *Kletečka*, Die Sicherstellung bei Bauverträgen nach § 1170b ABGB, JBl 2020, 417.

sicherung mit ähnlichem Aufwand wie ein Sparbuch versilbern lässt, dann spricht nichts dagegen, eine Versicherungspolize als taugliches Sicherungsmittel selbst dann anzuerkennen, wenn die Aufzählung der Sicherungsmittel taxativ sein sollte.

Würde man fordern, dass Sicherstellungen gemäß § 1170b ABGB (weitgehend) bedingungsfeindlich sein müssen, dann scheiden Kreditversicherungen (dazu sogleich) als Sicherstellungsmittel aus und in der Tat verbliebe dann bloß die Verpfändung von Kapitalversicherungen als das mit „*Versicherungen*“ umschriebene Mittel.

Auch die Verpfändung (Vinkulierung) einer Kapitalversicherung beseitigt das Risiko der Einbringlichmachung nicht endgültig, weil das Versicherungsunternehmen selbst in die Insolvenz schlittern kann. Es kann sich im Einzelfall also durchaus die Frage stellen, ob ein gewähltes Versicherungsunternehmen tatsächlich Sicherheit bietet. Dies ist aber eine Frage des Einzelfalls, die hier nicht beantwortet werden kann – es wird auf die Ausführungen zum die Bankgarantie ausstellenden Kreditinstitut verwiesen.

2.6.2. Kreditversicherungen

Als Versicherung wird ganz allgemein die Übernahme eines Risikos (eines Schadens) bezeichnet, wenn man Sonderformen, wie etwa die Lebensversicherung außer Betracht lässt: „*Bei der Schadensversicherung ist der Versicherer verpflichtet, dem Versicherungsnehmer den durch den Eintritt des Versicherungsfalles verursachten Vermögensschaden [...] zu ersetzen*“⁴⁰.

Das Erfordernis eines Versicherungsfalles zeigt, dass eine Forderung, wonach die Sicherstellungsmittel des § 1170b ABGB weitgehend bedingungsfeindlich sein müssen, absurd wäre (wobei zu erinnern ist, dass eine völlige Bedingungsfeindlichkeit ohnehin ausgeschlossen ist, weil auch die „einfachste“ Bankgarantie der Bedingung des Abrufs bedarf).

Als Versicherungsfall ist iZm § 1170b ABGB wohl die Insolvenz des Bauherrn anzusehen. Stellt sich die Frage, ob auch die Zahlungsunwilligkeit des Bauherrn als Versicherungsfall gesehen werden kann. Dies ist wohl möglich, bloß darf der dadurch entstehende Schaden nicht mit dem ausständigen Entgelt gleichgesetzt werden. Der Schaden, der aus der Zahlungsunwilligkeit resultiert, ist bloß ein vorübergehender, weil der zu Unrecht die Zahlung verweigernde Bauherr früher oder später zur Zah-

lung verurteilt und exekutiert wird. Und wenn der Bauherr schließlich zahlen muss, dann sorgen die Verzugszinsen wohl dafür, dass von einem Schaden nicht mehr gesprochen werden kann.

Auch eine Kreditversicherung beseitigt das Risiko der Einbringlichmachung nicht endgültig, weil das Versicherungsunternehmen selbst in die Insolvenz schlittern kann. Es kann sich im Einzelfall also durchaus die Frage stellen, ob ein gewähltes Versicherungsunternehmen tatsächlich Sicherheit bietet. Dies ist aber eine Frage des Einzelfalls, die hier nicht beantwortet werden kann – es wird auf die Ausführungen zum die Bankgarantie ausstellenden Kreditinstitut verwiesen.

3. Andere Sicherungsmittel

Zunächst stellt sich die Frage, ob die in § 1170b ABGB genannten Sicherungsmittel abschließend (taxativ) aufgezählt sind. Aus dem Wortlaut alleine lässt sich keine Antwort gewinnen, weil weder durch eine Wendung wie „insbesondere durch“ eine beispielhafte Aufzählung indiziert ist, noch durch die Wendung „nur durch“ eine taxative Aufzählung.

Eine bloße Aufzählung spricht jedenfalls nicht dafür, dass sie taxativ zu verstehen sei⁴¹. Zu beachten ist selbstverständlich der Zweck der Bestimmung und insbesondere, ob ein (gesteigertes) Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht. In der Tat besteht ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit, weil die falsche Beurteilung einer Sicherstellung einen Rattenschwanz an Problemen nach sich zieht. Die Frage, ob eine bestimmte Sicherheit ausreichend ist, ist aber nicht die einzige Gelegenheit, bei der Rechtssicherheit wünschenswert ist: Tatsächlich ist Rechtssicherheit immer wünschenswert, wenn zu beurteilen ist, ob irgendein zu erbringender Beitrag ausreichend ist. Unerheblich bei der Frage, ob ein gesteigertes Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht, ist wohl der Umstand, ob es um eine echte (einklagbare) „Rechtspflicht“ oder eine bloße (bei Nichteinhaltung nur „sonstige“ Nachteile einbringende) „Obliegenheit“ geht.

Nur am Rande sei an dieser Stelle angemerkt, dass kein Grund ersichtlich ist, aus dem der Bauunternehmer die Sicherstellung nicht einklagen können soll⁴². Der Verweis auf § 1168 ABGB legt zwar vielleicht nahe, dass es sich bei der Sicherstellung um eine Mitwirkung des Bestellers handelt, und eine Mitwirkung des Bestellers wird häufig als bloße Obliegenheit gesehen⁴³. Nur ist nicht unbedingt gesagt, dass jede vom Besteller geschul-

40 § 1 (1) VersVG.

41 Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 7 Rz 11: „*Freilich ist stets sorgfältig zu prüfen, ob die Aufzählung der Tatbestände tatsächlich abschließend zu verstehen ist*“ (Stand 1.3.2017, rdb.at).

42 AA – allerdings ohne Begründung – schon Schopper, Sicherstellung bei Bauverträgen – der neue § 1170b ABGB, JAP 2006/2007, 53.

43 So zB Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1168 Rz 47 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

dete Mitwirkung bloße Obliegenheit ist⁴⁴; und außerdem bedeutet der Verweis auf § 1168 ABGB nicht zwingend, dass kein Unterschied zwischen den Mitwirkungspflichten des § 1168 ABGB und einer geschuldeten Sicherstellung besteht. Immerhin: Ohne „Mitwirkung“ iSd des § 1168 ABGB lässt sich ein Werk nicht vollenden – ohne Sicherstellung aber sehr wohl.

Praktisch gesehen ist eine Klage des Bauunternehmers auf Stellung einer Sicherheit durch den Bauherrn wohl im Interesse des Bauunternehmers: Der Vertrag muss nicht aufgehoben werden und ein sicher folgender komplizierter und langwieriger Bauprozess lässt sich vermeiden: Immerhin geht es dabei (auch!) um die Frage, was der Unternehmer ohne Vertragsaufhebung erhalten hätte ...

Wie auch immer: Wenn es auch andere als die aufgezählten Sicherstellungsmittel gibt, die dem Werkunternehmer eine gleichwertige Sicherheit geben, so spricht nichts gegen die Annahme einer bloß exemplarischen Aufzählung. Bleibt zu fragen, ob ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit für eine taxative Aufzählung spricht. Dies ist wohl zu verneinen, weil die gesamte Bestimmung keine Rechtssicherheit vermittelt: Was ist eine „Bareinlage“, was ist mit „Versicherung“ gemeint, wie ist mit „Bargeld“ bzw mit einem „Sparbuch“ zu verfahren, welche Bedingungen einer „Bankgarantie“ sind zulässig? Eine unbedingte Garantie einer Versicherung verleiht sicher leichter einsichtig Sicherheit als eine Bareinlage bei einem Treuhänder, der über keinerlei Qualifikation verfügt.

Es besteht also überhaupt kein Grund davon auszugehen, dass die Aufzählung der Sicherstellungsmittel in § 1170b ABGB taxativ sei⁴⁵.

Bekanntlich spricht aber selbst eine taxative Aufzählung nicht grundsätzlich gegen eine analoge Anwendung⁴⁶. Selbst wenn die Aufzählung der Sicherstellungsmittel in § 1170b ABGB taxativ gemeint sein sollte, spricht wohl nichts dagegen, auch andere Mittel per analogiam zuzulassen, wenn nur die gleiche Sicherheit für den Werkunternehmer erreicht wird.

Mehrfach wird unter Berufung auf die Mat gefordert, dass ein Sicherstellungsmittel „leicht verwertbar“ sein muss – dabei wird tw auf den Satz „Als Sicherstellungen [kommen nur] Vermögenswerte [in Betracht], die eine rasche und günstige Verwertung ermöglichen“ der RV verwiesen.

Unter „rascher und günstiger Verwertbarkeit“ kann nun allerdings Zweierlei verstanden werden⁴⁷: Einerseits die leichte „Versilberung“ („Flüssigmachung“), also der Aufwand, der unmittelbar notwendig ist, um die Sicherheit zu Geld zu machen, ohne dass damit über die allenfalls notwendigen Voraussetzungen zur „Versilberung“ etwas gesagt wird⁴⁸. Rasch verwertbar iSd ist natürlich Bargeld – ein anderes Sachpfand als Bargeld lässt sich nur mit mehr oder weniger großem Aufwand (nämlich durch Verkauf, der irgendwie zu organisieren ist) zu Geld machen.

Andererseits können mit „rascher und günstiger Verwertbarkeit“ natürlich (zusätzlich zum Aufwand der eigentlichen Versilberung) auch die Voraussetzungen gemeint sein, die für die Versilberung notwendig sind (maW: der Nachweis der Berechtigung)⁴⁹.

MaW: Eine „rasche und günstige“ Verwertung ist nicht unbedingt gleichzusetzen mit „problemlos“, „einfach“, „mir nix, dir nix“, etc ans Geld zu kommen⁵⁰.

Aus der Nennung der Sicherungsmittel alleine folgt also keinesfalls zwingend, dass diese jederzeit und „ohne Bedingung“ zu verwerten sind: Bankgarantien müssen – definitionsgemäß – (abgesehen von der Befristung zumindest) eine Bedingung enthalten. Dass diese nur lauten darf „auf Abruf ohne jede Prüfung der Rechtslage“ ist jedenfalls alles andere als selbstverständlich. Gleichmaßen muss eine Versicherung Bedingungen enthalten. Selbstverständlich können auch Pfandverträge Bedingungen enthalten. Und auch beim Treuhänderlag ist nicht unbedingt gesagt, dass die Herausgabe „auf erste Aufforderung“ erfolgen muss. Verlockend für die Annahme einer „jederzeitigen“ Verwertbarkeit mag insbesondere die Erwähnung von Bargeld erscheinen – doch handelt es sich bloß um eines von fünf Sicherstellungsmitteln. Und dass es der Gesetzgeber sowieso nicht „so genau“ nimmt, ergibt sich wohl alleine daraus, dass heutzutage niemand annimmt, dass jemand einen Geldkoffer übergibt: „Bargeld“ bezeichnet aber – wie eingangs erwähnt – nur Noten und Münzen.

Zusammengefasst: Aus der Nennung der Sicherstellungsmittel folgt also ganz sicher nicht, dass diese „mir nix, dir nix“ verwertet werden können müssen!

Abschließend ist festzuhalten, dass § 1170b ABGB selbst dann nicht absolut zwingend wäre, wenn die Auf-

44 Vgl dazu zB *Karasek*, Die Mitwirkungspflichten des Werkbestellers beim Bauwerkvertrag, FS 40 Jahre ÖGEBAU, S 202.

45 Ausdrücklich aA *Schopper*, Klang³ § 1170b ABGB Rz 65.

46 Vgl zB *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 7 ABGB Rz 22 (Stand 1.7.2015, rdb.at) „Eine teleologische Lücke kann auch bei einer nach Meinung der Gesetzesverfasser taxativen Aufzählung [...] festgestellt werden, wenn nämli der nicht besonders angeführte Fall alle motivierenden Merkmale der geregelten Fälle enthält u das Prinzip der Norm auch in einem ihrem Tatbestand ähnl Fall Beachtung fordert, um erhebli Wertungswidersprüche durch Ungleichbehandlung zu vermeiden“.

47 Vgl dazu auch *Berlakovits/Stanke*, Das Sicherstellungsrecht des Auftragnehmers gemäß § 1170b ABGB, FS 40 Jahre ÖGEBAU, Pkt VI.C.1.

48 IdS wohl zB *Bollenberger*, Zum Inhalt der Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b neu ABGB: Muss der Besteller faktisch ein Vorleistungsrisiko tragen? RdW 2006, 199: „nur die Verwertung“ (Hervorhebung im Original).

49 Vgl dazu *Kletečka*, Die Sicherstellung bei Bauverträgen nach § 1170b ABGB, JBl 2020, 416: „Zunächst ist zu beachten, dass die Verwertung der Sicherheit etwas anderes ist als der Nachweis der Forderung“.

50 AA *Schopper*, Klang³ § 1170b ABGB Rz 67.

zählung taxativ und eine analoge Ausdehnung unzulässig wäre: Der Bauunternehmer kann zwar nicht auf eine Sicherstellung verzichten, er könnte aber einer anderen Sicherstellung zustimmen (soweit das Instrument dadurch nicht völlig ausgehöhlt wird)⁵¹.

3.1. Versicherungsgarantien

Es wurde bereits dargestellt, dass § 1 (1) Z 8 BWG die Übernahme von Garantien als Bankgeschäft festlegt, das grundsätzlich den entsprechend konzessionierten Personen („Kreditinstitut“) vorbehalten ist. Für „*Unternehmen der Vertragsversicherung*“ gilt allerdings eine Ausnahme: Gemäß § 3 (3) BWG sind diese mit den von ihnen betriebenen Bankgeschäften insoweit aus dem BWG ausgenommen, als diese zu den ihnen eigentümlichen Geschäften zählen.

Diese Freistellung kann vor allem damit begründet werden, dass Versicherer schon die aufsichtsrechtlichen Vorschriften nach dem VAG 2016 zu beachten haben. Zwar lässt sich nicht eindeutig festmachen, welche Geschäfte als den Versicherern eigentümlich angesehen werden können, die Abgrenzung zwischen Bankgeschäften und den – den Versicherungen eigentümlichen – Versicherungsgeschäften, bereitet in der Aufsichtspraxis allerdings keinerlei Probleme. Ein Geschäft ist Versicherungsgeschäft, wenn es durch ein Versicherungsunternehmen im Rahmen der Konzession nach VAG betrieben wird und in direktem Zusammenhang mit dem Geschäft der Vertragsversicherung steht. Aus aufsichtsrechtlicher Perspektive bleibt also festzuhalten, dass die gleiche Art von Geschäft sowohl als Versicherungsgeschäft als auch als Bankengeschäft nach den jeweils anwendbaren Regelungen betrieben werden kann.

Beachtenswert erscheint wohl das BTVG, in dem es ebenfalls um die Insolvenz von Bauherrn geht (geschützt werden soll danach allerdings nicht der Werkunternehmer, sondern diejenigen, die vom Bauherrn Eigentumswohnungen kaufen). Verbindlichkeiten des Bauherrn können ua durch Garantien abgesichert werden, wobei gemäß § 8 (3) BTVG (neben Gebietskörperschaften) „*Kreditinstitute oder Versicherungsunternehmen*“ Garant sein können – diese werden also gleichgestellt.

Ohne zu übersehen, dass Verträge anders als Gesetze auszulegen sind, ist festzuhalten, dass nach der Judikatur⁵² eine „*Garantie einer Versicherung als der Verein-*

barung entsprechend anzusehen sei“, auch wenn diese Vereinbarung vorsieht „*dass die Sicherstellung durch „abstrakte Bankgarantie“ erfolgt*“.

Es ist auch nicht einfach einsichtig, weshalb ein Unterschied zwischen Haftungen einer Versicherung gemacht werden, wenn diese einmal aus dem Titel „Versicherungsleistung“ und ein anderes Mal aus dem Titel „Garantie“ erfolgen.

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass grundsätzlich auch Versicherungsgarantien taugliche Sicherstellungsmittel iSd § 1170b ABGB sind. Hinsichtlich der möglichen Bedingungen und Anforderungen an den Garanten ist auf die Ausführungen zu den Bankgarantien hinzuweisen.

3.2. Bankbürgschaften

Zunächst sei daran erinnert, dass Bankbürgschaften in Österreich relativ selten sind, weil aus gebührenrechtlichen Gründen stattdessen Bankgarantien eingesetzt werden – dies ist wohl der Grund, dass § 1170b (1) ABGB bloß Bankgarantien nennt.

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*“⁵³ – ein praktischer Unterschied zur Bankgarantie ist nicht ersichtlich.

„*Ganz allgemein wird die Akzessori[e]tät als das entscheidende Abgrenzungskriterium angesehen: Die Bürgschaftsverpflichtung ist abhängig vom Bestehen de[r] Schuld[...] gegenüber dem gesicherten Gläubiger [...] hingegen ist die Verpflichtung des Garanten unabhängig vom Bestehen der Hauptschuld eines Dritten gegenüber dem Begünstigten*“⁵⁴.

Dies ist aber wohl hauptsächlich von theoretischem Interesse. Wohl kaum jemals wird der aus einer Garantie Begünstigte diese in Anspruch nehmen dürfen, wenn das „Grundgeschäft“ weggefallen ist – einem entsprechenden Versuch kann mit einer EV entgegengetreten werden.

Aus diesem Grund bezeichnet selbst die Judikatur mitunter Bankgarantien als „*Bankbürgschaft*“⁵⁵.

Es lässt sich also feststellen, dass grundsätzlich Bankbürgschaften taugliche Sicherstellungsmittel iSd § 1170b

51 Vgl RV: „*Die Sicherstellung bei Bauwerken soll damit zwingend sein, darauf kann nicht verzichtet werden. Das schließt es freilich nicht aus, dass ein Vertragsteil von seinem gesetzlichen Recht auf Verlangen einer Sicherstellung keinen Gebrauch macht. Auch ist es zulässig, eine andere geeignete, zumindest eine vergleichbare Rechtsposition verschaffende oder eine höhere als die gesetzliche Sicherstellung zu vereinbaren*“.

52 OGH 27.02.2020, 8 Ob 142/19v.

53 Welser, Zöchling-Jud, Koziol/Welser Grundriss des bürgerlichen Rechts II⁹⁴ Rz 672.

54 Koziol/Potyka, Die Bankgarantie in Apathy et al, Österreichisches Bankvertragsrecht Bd V² Rz 3/26 mit einer Fülle an wN (im Original finden sich verschiedene Hervorhebungen).

55 So zB in OGH 15.09.2020, 6 Ob 113/20s.

ABGB sind⁵⁶. Hinsichtlich der möglichen Bedingungen und Anforderungen an den Garanten ist auf die Ausführungen zu den Bankgarantien hinzuweisen.

3.3. Sonstige Pfänder

Auch ohne auf die Mat zurückzugreifen, ist ersichtlich, dass Sicherstellungsmittel gemäß § 1170b ABGB leicht zu versilbern sein müssen (es ist diesbezüglich auf die obigen Ausführungen zu verweisen). Dies trifft auf die meisten Güter (gleich ob beweglich oder unbeweglich) nicht zu. Eine Ausnahme bilden aber (bestimmte) Edelmetalle (wie vor allem Gold und Silber), die – zumindest wenn sie in einer „marktgängigen“ Form (wie etwa Barren) vorliegen – sehr wohl sehr leicht verwertet werden

können. Prinzipiell spricht also nichts gegen deren Zulässigkeit als Sicherstellungsmittel.

Aufgrund der geringen praktischen Bedeutung und um den Rahmen dieser Abhandlung nicht zu sprengen, sei nicht weiter auf dieses Thema eingegangen.

3.4. Finanzierungszusagen

Eine Zusage „*der das Bauprojekt finanzierenden Banken über die allgemeine Projektfinanzierung ist jedenfalls kein Vermögenswert der Klägerin, der in irgendeiner Weise eine Verwertung ermöglicht*“⁵⁷ – sie bietet in Wahrheit überhaupt keine Sicherung des Werkhonorars, weil ua kein Vorrang gegenüber anderen Forderungen eingeräumt wird.

Resümee

§ 1170b ABGB ist sicherlich kein Beispiel einer legitimen Meisterleistung⁵⁸. Das beginnt mit den angeführten Sicherstellungsmitteln: Was mit „Barerlag“ gemeint ist, ist schlicht und einfach unklar. Das trifft wohl auch auf „Versicherungen“ zu – es ist zwar klar, was eine Versicherung grundsätzlich ist, nur ist gegenständlich völlig unklar, was denn versichert werden soll. „Bargeld“ schließlich kann in Zeiten, in denen größere Banknoten aus dem Verkehr gezogen werden, Zahlungen in Bargeld steuerlich nicht geltend gemacht werden können und generell über die Abschaffung von Bargeld diskutiert wird, nicht wirklich so gemeint sein.

Unklar ist auch, was eigentlich abgesichert werden soll: Nur die Zahlungsunfähigkeit oder auch die Zahlungsunwilligkeit? Aus diesem Grund sind mit Unsicherheit behaftete Überlegungen notwendig, ob und ggf welche Bedingungen für die Inanspruchnahme zulässig sind.

Die Liste an Sicherstellungsmitteln in § 1170b ABGB ist wohl nicht taxativ – und wenn sie dies wäre, wäre ggf eine analoge Anwendung angezeigt.

Bedingungen für die Inanspruchnahme der Sicherstellungsmittel sind möglich, soweit dadurch der Zweck der Sicherstellung nicht vereitelt wird.

Insbesondere zulässig ist die Hinterlegung des Sicherstellungsmittels bei einem Treuhänder („Pfandhalter“).

Im Bauwerkvertrag können Bedingungen für die Inanspruchnahme der Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB vereinbart werden, die über auch ohne Vereinbarung mögliche Bedingungen hinausgehen.

Korrespondenz:

RA Ing. DDr. Hermann Wenusch, RA in Wien, kanzlei@ra-w.at.

⁵⁶ Vgl *Berlakovits/Stanke*, Das Sicherstellungsrecht des Auftragnehmers gemäß § 1170b ABGB, FS 40 Jahre ÖGEBAU S 89: „Das bedeutet [...], dass eine Bankgarantie [...] nicht abstrakt ausgestaltet sein muss“.

In diesem Sinn auch *Milchrahm*, Die gesetzliche Sicherstellung bei Bauverträgen (§ 1170b ABGB) und die Sicherungsabrede im Werkvertrag, bbl 2007, 167 unter Berufung auf *Bollenberger*,

Zum Inhalt der Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b neu ABGB: Muss der Besteller faktisch ein Vorleistungsrisiko tragen? RdW 2006, 201f.

⁵⁷ OGH 05.07.2017, 7 Ob 67/17d.

⁵⁸ Einmal ganz abgesehen von der seltsamen Formulierung „*Der Unternehmer eines Bauwerks*“. Dass diese offensichtlich der aF des § 648 dBGB entlehnt wurde, macht es nicht besser ...