

15. Grazer Baubetriebs-
& Baurechtsseminar

Bauen ohne Risiko?

Hrsg. Detlef Heck

17. – 18. Jänner 2025
Rogner Bad Blumau

#15 / 2025

15. Grazer Baubetriebs-
& Baurechtsseminar

Bauen ohne Risiko?

Hrsg. Detlef Heck

17. - 18. Jänner 2025
Rogner Bad Blumau

#15/2025

Tagungsband Baurecht 2025



Herausgeber:

Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck

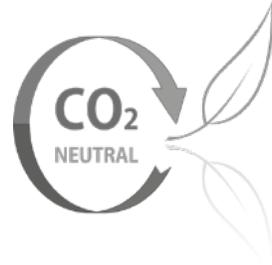
Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft

Technische Universität Graz, Lessingstraße 25/II, A-8010 Graz

T. +43 (0)316/873/6251, F. +43 (0)316/873/6752

sekretariat.bbw@tugraz.at

www.bbw.tugraz.at



Layout & Satz: Norbert Prem, derprem.com

Druck: Medienfabrik Graz

2025 Verlag der Technischen Universität Graz

www.tugraz-verlag.at

1. Auflage Jänner 2025

ISBN (print): 978-3-99161-030-4

ISBN (e-book): 978-3-99161-031-1

DOI 10.3217/978-3-99161-030-4



Dieses Werk ist lizenziert unter der Creative Commons

Namensnennung - Nicht-kommerziell - Keine Bearbeitung

4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0) Lizenz.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Diese CC-Lizenz gilt nicht für das Cover, Materialien von Dritten (anderen

Quellen zugeschrieben) und anderweitig gekennzeichnete Inhalte.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;

detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://www.dnb.de> abrufbar.

Für den Inhalt der Beiträge sind die Verfasser*innen verantwortlich.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	6
7 Jahre Deutsches Bau-BGB – braucht man das wirklich? Markus Werner	9
§ 1170 b ABGB – geklärte und ungeklärte Fragen Wolfgang Hussian	33
Die rechtlichen und bauwirtschaftlichen Folgen des Vertragsrücktritts nach § 1170b ABGB – die Abrechnung! Lukas Andrieu / Markus Allram / Detlef Heck / Manuel Rathmayr	49
Die Einstellung der Arbeit, geht das überhaupt? Katharina Müller / Markus Androsch-Lugbauer	79
Sicherstellungen bei öffentlichen Ausschreibungen und ihre praktischen Probleme Horst Fössl	101
Die Versicherung als Quell des Lebens für das Bauprojekt – neue Wege?! Norbert Jagerhofer	129
Die Versicherungs-Garantie am Bau Georg Jeremias	141

Möglichkeiten und Grenzen
der Haftungsbegrenzung im Bauvertrag 159
Konstantin Pochmarski / Christina Kober

Autoren
Kurzelebensläufe 193
Markus Allram / Lukas Andrieu / Horst Fössl /
Detlef Heck / Wolfgang Hussian / Norbert Jägerhofer /
Georg Jeremias / Katharina Müller / Konstantin Pochmarski /
Manuel Rathmayr / Markus Werner

Vorwort

Werte Leserinnen und Leser,

die Idee, eine eigene baurechtlich-bauwirtschaftliche Tagung zum Thema des § 1170b ABGB auszurichten, entstand aus den zahlreichen, - auch vielfach - negativen praktischen Erfahrungen aus 2024. Im vergangenen Jahr sind die Kreditzinsen merklich gestiegen und in der Folge gerieten mit den gestiegenen Material- und Lohnpreisen als Folge der Coronapandemie und des Ukraine-Krieges viele Projektentwicklungsgesellschaften in eine finanzielle Schieflage.

Das Baurechtsseminar in Bad Blumau soll dennoch weiterhin seine bauwirtschaftliche Note behalten, so dass ich den Titel und Inhalt aufgeweitet habe, um den Praktikern elementare Tipps mit auf den Weg zu geben:

Bauen ohne Risiko

Natürlich, Bauen ist immer mit Risiken behaftet, allerdings bieten sich inzwischen zahlreiche Möglichkeiten, diese vertraglich zu regeln, zu versichern oder sogar über gesetzliche Möglichkeiten abzufedern, wie beim § 1170b ABGB.

Auch wenn das „Ziehen des § 1170b ABGB“ häufig als Ultima Ratio angesehen wird, sind die Folgen, nämlich die tatsächliche Abrechnung der Leistung umso komplexer. In der bauwirtschaftlichen Praxis hat uns das Thema sehr beschäftigt, allerdings immer wieder mit einem sehr unbefriedigendem Bauchgefühl, da letztendlich die Forderungen doch klagsweise eingebracht werden müssen.

Der vorliegende Tagungsband reflektiert die Ansichten angesehener Experten zu diesem Thema. So werden die gelösten, aber auch offenen Punkte des Vertragsrücktritts von Wolfgang Hussian analysiert. Lukas Andrieu, Markus Allram und Manuel Rathmayr diskutieren die rechtlichen und bauwirtschaftlichen Folgen des § 1170 b ABGB und veranschaulichen dies mit einem konkreten Beispiel.

Eine Vorstufe zum Vertragsrücktritt ist die gerne von Subunternehmern aufgeworfene Frage nach der Einstellung der Bauleistungen. Auch diese Frage wird aus Sicht des ABGB und der ÖNORM B 2110 umfassend von Katharina Müller beantwortet.

Auch in Vergabeverfahren spielen Sicherheiten inzwischen eine große Rolle. In erster Linie sei hier das Vadium genannt, allerdings gehen die Sicherstellungen in den Ausschreibungen auch in die vertragliche Bauabwicklung ein. Horst Fössl wirft seine praktische Erfahrung in die Waagschale und gibt einen fundierten Überblick über die gesetzlichen und vertraglichen Sicherstellungsmöglichkeiten.

Die Versicherungsbranche tut sich in den letzten Jahren mit großen komplexen Bauprojekten recht schwer. Auch finden neue Versicherungsprodukte aus dem Ausland in Österreich nicht genug Unterstützer. So gibt der Beitrag von Norbert Jagerhofer einen Ausblick in die Zukunft der Bauversicherungen.

Das Thema der Versicherungs-Garantie wird ausführlich von Georg Jeremias diskutiert, insbesondere für Fälle der Insolvenz. Hier gibt es in Bezug auf die rechtliche Abwicklung von Versicherungen und Bürgschaften einen erheblichen Aufklärungsbedarf.

Abschließend wird noch ein allgemeiner Überblick von Konstantin Pochmarski und Christina Kober über die gesetzlichen und normativen Haftungsbegrenzungen diskutiert, mit einem kleinen Seitenblick auf die Verbindlichkeit der Normenwelt. Dieser Seitenblick kann auf jeden Fall dazu beitragen, dass eine andere Sicht auf die Normenwelt und den Austrian Standard geworfen wird.

Ich wünsche Ihnen eine lehrreiche und dennoch unterhaltsame Lektüre.

7 Jahre Deutsches Bau-BGB – braucht man das wirklich?

Markus Werner*

Zweibrücken

* Prof. Dr.-Ing. Markus Werner, Ingenieursozietät für Bauberatung – Prof. Dr.-Ing. Eberhard Schubert – Prof. Dr.-Ing. Dirk Reister

Seit dem 01.01.2018 gilt in der Bundesrepublik Deutschland ein neues Werkvertragsrecht innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches, welches die seit dem ursprünglichen Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geltenden Regelungen zum Werkvertragsrecht ab dem 01.01.1900 in umfangreichem Maße ändert und ergänzt.

Insofern übersteigen diese Gesetzesänderungen, die seit 1926 geltenden Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, im Wesentlichen der VOB/B.

Nachfolgend soll ein Abriss gegeben werden, welche relevanten Neuregelungen vorgenommen und warum diese vorgenommen wurden.

Es wird kritisch bewertet, in welcher Form und in welchem Maße der erhoffte „Reparaturbedarf“ gegenüber der VOB/B umgesetzt wurde und welche tatsächliche Relevanz diese Regelungen des neuen Werkvertragsrechts für die baubetriebliche Praxis entfalten.

I. Bauvertrag und Bau-Soll

1. Werkvertragsrecht gemäß BGB

Für Bauverträge, die bis zum 31.12.2017 geschlossen worden sind, gilt das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung vom 02.01.2002. Die 25 Paragraphen des Werkvertragsrechts nach BGB gelten teilweise seit Inkrafttreten des BGB vom 01.01.1900.

Die Regelungen waren sehr allgemein gehalten für Werkverträge aller Art; beispielsweise für die Anfertigung eines Anzugs oder eines Kleiderschranks etc. Das BGB ging von statischen Verträgen aus und war aus dieser Konstellation heraus für die Erstellung komplexer Bauaufgaben als besondere Form eines Langzeitwerkvertrags nur sehr bedingt geeignet. So war im Werkvertragsrecht des BGB u. a. kein gesondertes AG-seitiges Anordnungsrecht für den Auftraggeber bzw. Besteller vorgesehen.

Aus dieser Grundsituation heraus wurde bereits im Jahre 1921 im Reichstag die Entwicklung eines speziellen Bauvertragsrechts gefordert, woraus im Jahre 1926 zur Überbrückung bis zur Findung des neuen Bauvertragsrechts die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) in Kraft trat. Diese Situation hielt an, bis der Bundestag am 09.03.2017 das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch und Schiffsregisterverfahren verabschiedet hat (BauVG). Dieses Gesetz ist am 04.05.2017 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden (BGB L. I 2017, Seite 969 ff.). Es trat am 01.01.2018 in Kraft und gilt für alle Verträge, die seit diesem Zeitpunkt geschlossen werden (Artikel 2 Nr. 1 BauVG).

Im Sinne einer Gegenüberstellung wird im Folgenden unter Kapitel 2.1.1 das Werkvertragsrecht gemäß BGB bis zum 31.12.2017 behandelt und unter Kapitel 2.1.2 das neue Werkvertragsrecht ab dem 01.01.2018.

Hierbei ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Ausführungen keinen Anspruch erheben, einen eigenständigen Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht zu formulieren. Vielmehr soll eine Bewertung aus baubetrieblicher Sicht, bezogen auf die wesentlichen Änderungen aus den Komplexen der Sach- und Bauzeitnachträge stattfinden.

1.1 Werkvertragsrecht gemäß BGB bis zum 31.12.2017

1.1.1 Grundsätzliches

Der Bauvertrag wird prinzipiell zwischen dem Bauunternehmer/Auftragnehmer und dem Bauherrn/Auftraggeber als BGB-Werkvertrag abgeschlossen und unterliegt damit grundlegend den gesetzlichen Vorschriften des § 631 f. BGB. Das BGB bezeichnet den Bauherrn bzw. Auftraggeber neutral als „Besteller“.

Der Umfang des Werkvertrages wird dabei im § 631 BGB wie folgt beschrieben:

§ 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

- (1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*

- (2) Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.*

Beim Werkvertrag gelten die folgenden Grundsätze:

- Abschlussfreiheit: der Einzelne darf entscheiden, ob er einen Vertrag schließen möchte oder nicht.

- Formfreiheit: der Vertrag kann mündlich, schriftlich oder auch durch schlüssiges Verhalten geschlossen werden.

- Gestaltungsfreiheit: die Vertragsschließenden haben das Recht, den Inhalt des Vertrages beliebig zu bestimmen, solange es sich nicht um eine unerlaubte oder unmögliche Leistung handelt.

Kommt auf der Basis dieser Grundsätze ein Vertrag wirksam zustande, so regeln die – nach Wirksamwerden der Schuldrechtsmodernisierung vom 01.01.2002 – 25 Paragraphen des Werkvertragsrechts gemäß BGB die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien. Hiernach ist der Werkunternehmer zur mangelfreien Errichtung der vertraglich vereinbarten Bauleistung, der Besteller des Werkes zur Zahlung des vereinbarten Werklohnes/der Vergütung verpflichtet.

Dieser zunächst als trivial erscheinende Sachverhalt bereitet in der Realität Schwierigkeiten, da sich die Vertragspartner nicht immer einig darüber sind, was alles zur vereinbarten vertraglichen Leistung gehört und welche Vergütung hierfür fällig wird. Im Interesse beider Vertragspartner bedarf es somit einer weiteren Präzisierung. Der Besteller muss also in einem ersten Schritt möglichst exakt definieren,

welche Leistung er haben will, damit der Unternehmer in einem zweiten Schritt hierauf aufbauend dem Besteller einen Preis ermitteln und diesen dem Besteller anbieten kann. Hieran anschließend kann dann ein Vertrag geschlossen werden.

1.1.2 Bau-Soll

Für die Umsetzung eines Werkvertrages gemäß § 631 BGB ist es somit grundsätzlich erforderlich, das zu erstellende Werk und damit den Vertragsinhalt zu beschreiben, d. h. sowohl aus Sicht des Bestellers als auch für den ausführenden Unternehmer zu definieren, um welches konkrete Werk es sich handelt. Ziel ist es, dass das Verständnis beider Vertragspartner zum sog. Bauentwurf deckungsgleich ist.

Für den Bereich der Erstellung von Bauleistungen hat sich zur Beschreibung dessen, was gebaut werden soll (Bauentwurf), der Begriff des „**Bau-Solls**“ durchgesetzt¹. Da es sich hierbei jeweils um komplexe Unikatfertigungen handelt, ist es i.d.R. nicht ausreichend, nur zu beschreiben, dass beispielsweise ein Gebäude errichtet werden soll. Vielmehr ist es grundsätzlich erforderlich, eindeutig und zweifelsfrei zu definieren,

- welches Bauwerk
- unter welchen Randbedingungen
- in welcher Bauzeit

errichtet werden soll.

Diese drei Säulen zur Darstellung des Bau-Solls werden im Folgenden näher erläutert. Hierbei soll insbesondere verdeutlicht werden, dass aus baubetrieblicher Sicht die Bauzeit ein wesentlicher Bestandteil des gesamten Bauentwurfs ist und damit einen wesentlichen Teil des Bau-Solls darstellt.

¹ Vgl. Kapellmann/Schiffers: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag. Bd. 1: Einheitspreisvertrag. 2011, Rdn. 4.

1.1.3 Vertragsgegenstand Bauwerk

Zur Beschreibung der Bauaufgabe sind Angaben zum Bauwerk bzw. zu jedem Bauteil erforderlich, mit deren Hilfe die möglichen Bieter eindeutig erkennen können, was, in welcher Quantität (Menge) und in welcher Qualität (Art) gebaut werden soll. Beispielsweise genügt es nicht, eine Mauerwerkswand nur von ihren Abmessungen zu beschreiben (z. B. 10 m², Wandstärke 11,5 cm). Vielmehr müssen noch Aussagen zur Steinart (z. B. Kalksandstein), zum Steinformat (z. B. 2 DF), zur Druckfestigkeitsklasse (z. B. SFK 12), zur Mörtelart (z. B. Mörtelgruppe II a), zur Oberflächenbeschaffenheit (z. B. Sichtmauerwerk), zur Anschlussart an angrenzende Wände und Decken und evtl. weitere Angaben getroffen werden. Nur auf diese Art und Weise ist es objektiv möglich, dass der Besteller und der Unternehmer unter der zu erbringenden Leistung das Gleiche verstehen. Verlangt der Besteller Wasserhähne für seinen Hotelneubau, ohne diese näher zu spezifizieren, so wird ein Unternehmer hierunter Standardware verstehen, wohingegen der Besteller sich den sprichwörtlichen „vergoldeten Wasserhahn“ vorstellt. In diesem Fall ist der Bauinhalt nicht ausreichend beschrieben und eine Auseinandersetzung ist beinahe unausweichlich.

1.1.4 Vertragliche Randbedingungen

Neben dem reinen Bauinhalt ist es als Grundlage einer seriösen Preisbildung unerlässlich, konkrete Angaben zu den Randbedingungen der Bauausführung zu treffen. So besitzt beispielsweise die Lage einer Baustelle mitten in der Innenstadt im Vergleich zu einem erschlossenen Neubaugebiet mit ausreichenden Platzverhältnissen einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Kosten einer Maßnahme. Bezogen auf das Beispiel der Mauerwerkswand bedeutet dies, dass die Errichtung der Wand im 1. OG eines innerstädtischen Neubaus mit wesentlich geringeren Kosten verbunden sein wird als z. B. die Errichtung der Wand auf der Zugspitze mit der damit verbundenen Problematik der Materialandienung und der zu erwartenden Witterungsverhältnisse.

Eine weitere Randbedingung zur Bauausführung kann beispielsweise die Durchführung der Arbeiten unter laufendem Betrieb oder nur innerhalb bestimmter Sperrzeiten sein.

1.1.5 Vertragliche Bauzeit

Über die Definition hinaus, was und unter welchen Randbedingungen gebaut werden soll, sind gerade für die Durchführung witterungsabhängiger Bauarbeiten Angaben über die zur Verfügung stehende Bauzeit erforderlich. Einerseits ist die Einhaltung der zeitlichen Vorgaben aus Sicht des Bestellers von großem Interesse, z. B. zur Einhaltung eines definierten Nutzungsbeginns oder aus anderen wirtschaftlichen Gründen, wie beispielsweise dem Vorfinanzierungszeitraum oder aufgrund anderer haushaltsrechtlicher bzw. steuerrechtlicher Überlegungen. Andererseits sind für den Unternehmer nicht zuletzt aus Gründen der Preisbildung (Berücksichtigung von Preis- und Lohnsteigerungen im vorgesehenen Ausführungszeitraum) Angaben über die vorgesehene Bauzeit bedeutsam. Hierbei kann grundsätzlich unterschieden werden in die eigentliche Ausführungsdauer und in den jahreszeitabhängigen Ausführungszeitraum. Während die Ausführungsdauer hauptsächlich kapazitive Auswirkungen hat (Anzahl Geräte, Kolonnen, Mehrschichtbetrieb, Wochenendarbeit, Parallelarbeit usw.), sind in Abhängigkeit vom Ausführungszeitraum evtl. Schutzmaßnahmen erforderlich. Beispielsweise muss bei Betonierarbeiten im Winter bei Temperaturen unter 5 °C mit beheizten Zuschlägen oder weiteren Schutzmaßnahmen gearbeitet werden. Im Einzelfall können solche Überlegungen zur Unmöglichkeit der Leistungserbringung führen (z. B. Pflanzarbeiten und Rasenansaat im Winter).

1.1.6 Vergütungs-Soll

Hat der Unternehmer auf der Grundlage des definierten Bau-Solls sein Angebot unterbreitet und ist der Besteller hiermit einverstanden, so kann der Vertrag geschlossen werden.

Hieraus erwächst für den Besteller gemäß § 631 BGB die Pflicht, die vereinbarte Vergütung zu entrichten. Hierfür soll im Folgenden der Begriff des „**Vergütungs-Solls**“ verwandt werden. Diesbezüglich regelt § 632 BGB:

§ 632 Vergütung

- (1) *Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.*

- (2) *Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.*
- (3) *Ein Kostenanschlag ist im Zweifel nicht zu vergüten.*

Das BGB sieht demnach nicht zwingend die ausdrückliche Vereinbarung einer Vergütung vor. In unterschiedlichen Vertragsformen wird die tatsächlich zu entrichtende Vergütung unterschiedlich festgelegt. Eine Form der vertraglichen Regelung von Nachtragsleistungen im BGB-Bauvertrag ist die Vereinbarung von Preisen für zusätzliche Leistungen in Form von Mehrkostenlisten/ Einheitspreislisten im Rahmen der Verhandlung bzw. Beauftragung. Werden zusätzliche Leistungen fällig, die nicht in einer solchen Liste geregelt sind, ist nach Urteil des OLG Stuttgart² eine Vergütung für diese zusätzlichen Leistungen gemäß § 632 BGB als übliche Vergütung abzurechnen. Ein Festhalten am vereinbarten Preis ist nicht zu rechtfertigen, da aufgrund der Einheitspreisliste die Vergütungsfähigkeit von geänderten oder zusätzlichen Leistungen vereinbart wurde. Diesbezüglich sei auf die folgenden Kapitel verwiesen.

1.2 Neues Werkvertragsrecht seit dem 01.01.2018

1.2.1 Allgemeines

Mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch und Schiffsregisterverfahren am 09.03.2017 (BauVG) hat der Bundestag umfangreiche Änderungen im Bereich des Werkvertragsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches verabschiedet.

² Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 05.12.2012 – 9 U 992/11, BGH, Beschluss vom 17.09.2014 – VII ZR 360/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); IBR 2015, 177.

Das Gesetz verfolgt dabei mehrere Ziele (BT Drucksache 18/8486):

- Es sollen grundlegende gesetzliche Regelungen für den Bauvertrag geschaffen werden, die den komplexen, auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Verträgen Rechnung tragen.
- Verschiedene Vorschriften sollen vereinfacht oder effektiver gestaltet werden.
- Kostenintensive Konflikte und eine Störung des Liquiditätsflusses der Bauunternehmung sollen vermieden werden.
- Des Weiteren soll den Besonderheiten des Verbraucherbauvertrages Rechnung getragen werden.
- Spezielle Regelungen für den Architekten- und Ingenieurvertrag sind entwickelt worden.
- Der Bauträgervertrag wird im Ansatz auch als eigener Vertragstyp erfasst.
- Die kaufrechtliche Durchgriffshaftung für Aus- und Einbaukosten bei mangelhaften Baustoffen wird auch für Unternehmer ermöglicht.
- Der zivilrechtliche Rechtschutz soll gestärkt werden.

Die Änderungen haben sich im Wesentlichen im Titel 9 des Bürgerlichen Gesetzbuches „*Werkvertrag und ähnliche Verträge*“ ergeben. Dieses bestand bisher nur aus den Untertiteln „*Werkvertragsrecht*“ und „*Reisevertrag*“.

In der nun beschlossenen Form ist grundlegend zu differenzieren in Werkverträge, Bauverträge, Verbraucherbauverträge sowie den Bauträgervertrag.

Die neue Gliederung des Titels 9 „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ ergibt sich insofern wie folgt:

- Untertitel 1 – Werkvertragsrecht
 - Kapitel 1: Allgemeine Vorschriften
 - Kapitel 2: Bauvertrag
 - Kapitel 3: Verbraucherbauvertrag
 - Kapitel 4: Unabdingbarkeit
- Untertitel 2 – Architektenvertrag und Ingenieurvertrag
- Untertitel 3 – Bauträgervertrag
- Untertitel 4 – Reisevertrag

Im Folgenden soll der Fokus gelegt werden auf Untertitel 1, Kapitel 2 Bauvertrag, gemäß § 650 a bis 650 h BGB.

Im Hinblick auf die Thematik der Abgrenzung zwischen allgemeinen Werkverträgen, Werklieferverträgen sowie Verbraucherbauverträgen als auch auf die Thematik der Regelungen in den Untertiteln 2 – Architekten- und Ingenieurvertrag und 3 – Bauträgervertrag wird auf die einschlägige Kommentarliteratur verwiesen.

1.2.2 Bauvertrag

§ 650 a BGB regelt:

- (1) *Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, Wiederherstellung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.*
- (2) *Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.*

Für diese Bauverträge sind im neuen Werkvertragsrecht folgende besondere Regelungen aufgenommen:

- das Anordnungsrecht des Bestellers,
- die Anpassung der Vergütung nach Anordnung des Bestellers,
- das Recht des Unternehmers, 80 % Abschlagszahlung aus einem Nachtragsangebot abzusetzen,
- ein gerichtliches Eilverfahren zur Bestimmung der zutreffenden Abschlagszahlungsforderung,
- ein Anspruch des Unternehmers auf Eintragung einer Sicherheitshypothek,
- ein Anspruch des Unternehmers auf Handwerkersicherung,
- ein Anspruch des Unternehmers auf Zustandsfeststellung nach wegen Mängeln verweigerter Abnahme,
- die Fälligkeit des Schlusswerklohns in Abhängigkeit einer nachprüfbaren Rechnung und
- Schriftformerfordernis für jede Kündigung.

Von wesentlicher Bedeutung für die Behandlung von Nachträgen sind aus baubetrieblicher Sicht das Anordnungsrecht des Bestellers auf der einen Seite sowie die Anpassung der Vergütung nach Anordnung auf der anderen Seite.

Im Zeitraum nach in Kraft treten des Gesetzes liegen hierzu nur sehr wenige praktische Erfahrungswerte bzw. gerichtliche Urteile, auch im Hinblick auf mögliche Einstweilige Verfügungen gem. § 650 d, vor, so dass hier die Reaktion des Marktes abzuwarten sein wird. Im Folgenden werden insofern die Grundzüge des neuen Werkvertragsrechts aus baubetrieblicher Sicht beleuchtet.

1.2.3 § 650 b BGB: Änderungen des Vertrages - Anordnungsrecht des Bestellers

In § 650 b BGB wird geregelt:

(1) *Begehrt der Besteller*

1. *eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Abs. 2 BGB) oder*

2. *eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,*

streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistenden Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Fall einer Änderung nach Satz 1 Nr. 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650 c Abs. 1 S. 2 BGB kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an. Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

(2) *Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.*

Für die weitere Betrachtung wird

- die Änderung gemäß § 650 b Abs. 1 S. BGB als **„freie, nicht notwendige Anordnung“** verstanden und
- die unter Satz 2 genannte Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, als **„notwendige Anordnung“**.

Auf dieser Grundlage ist erstmals das einseitige Anordnungsrecht des Auftraggebers in das Werkvertragsrecht des BGB aufgenommen worden.

Es handelt sich hierbei im Unterschied zu den Regelungen der VOB/B nicht um ein sofort umzusetzendes Anordnungsrecht. Vielmehr hat der Gesetzgeber zwingend eine Einigungsphase vorgeschaltet, während der der Unternehmer nicht ausführen muss. Darüber hinaus können „freie, nicht notwendige Anordnungen“ nur ausgesprochen werden, wenn sie für den Unternehmer zumutbar sind.

Aus baubetrieblicher Sicht bestehen jedoch aus den bisherigen Regelungen des BGB sowie der VOB/B praxisrelevante Fragestellungen, die auch durch die neue Gesetzeslage nicht konkret einer Lösung zugeführt wurden.

Es bleibt zunächst festzuhalten, dass die Regelung des § 650 b BGB mit dem Anordnungsrecht gemäß § 1 Abs. 3 und § 1 Abs. 4 der VOB/B nicht vergleichbar ist. Hier ergibt sich zunächst der grundsätzliche Unterschied, dass die in der VOB enthaltene Bewertung bei zusätzlichen Leistungen gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B im Hinblick auf die Geeignetheit des beauftragten Unternehmens für die Ausführung der zusätzlichen Leistungen nicht mehr anordnungsrelevant ist, da dem Unternehmer lediglich im Fall des § 650 b Abs. 1 S. 1 BGB bei einer freien, nicht notwendigen Anordnung die Möglichkeit gegeben wird, über die Nichtzumutbarkeit der Änderungsanordnung die Leistung zu verweigern.

Somit wird es in der Realität notwendige Änderungsanordnungen des Auftraggebers geben können, auf die der Unternehmer aufgrund der Struktur seines Betriebes nicht eingerichtet ist, er aber bei einem BGB-Vertrag neu zur Ausführung der Leistung bzw. zur Weitervergabe und Kontrolle dieser Leistungen verpflichtet wird ohne entsprechende fachliche Kompetenz. Dies wird aus baubetrieblicher

Sicht nicht die gesteckten Ziele einer konfliktfreien und qualitativ hochwertigen Bauabwicklung fördern.

Die Form des Änderungsbegehrens ist nicht definiert, so dass grundsätzlich eine mündliche, schriftliche oder auch eine konkludente Anordnung vorstellbar ist. Es ist nicht geregelt, ob das Anordnungsrecht auch für die Bauumstände gilt, dies insbesondere im Hinblick auf die Bauzeitproblematik sowie das Recht zur Anordnung von Beschleunigungen.

Hat der AG die Planung erstellt, so muss der AN erst ein Angebot erstellen, wenn ein entsprechendes Nachtrags-Leistungsverzeichnis vom AG erstellt und dem AN vorgelegt wurde. In diesem Zeitraum steht dem Unternehmer für die Nachtragsleistung ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Diese Regelung ist aus baubetrieblicher Sicht zu begrüßen, da hierdurch eine klare Zuordnung der Planungsverantwortung vorgenommen wird, die in der baubetrieblichen Praxis oft umgangen wird und der Unternehmer im Rahmen eines Nachtragsangebots „gut gemeint“ Planungsverantwortung übernimmt, für die er ggf. später verantwortlich gemacht wird. Im Hinblick auf die Abgrenzung von Planungsänderungen und deren Zuordnung zu den jeweiligen Leistungsphasen der HOAI wird keine weitergehende klärende Regelung im Gesetz getroffen, so dass dieses Streitpotenzial nach wie vor bestehen bleibt.

Darüber hinaus existiert aber keine Regelung, wie ein objektiv kurzfristiger Änderungsbedarf zu bewerten ist und ob hier beispielsweise die Regelung des § 632 BGB „übliche Vergütung“ greift.

Aus der Regelung des neuen Bauvertragsrechts ergibt sich für den AN die Verweigerung der auszuführenden Leistungen, bis eine Einigung erzielt ist. Hier ist insbesondere zu hinterfragen, wie das Verhalten des AN gegenüber dem NU umzusetzen ist.

Darüber hinaus ist nicht geregelt, inwieweit dem AN ein Vergütungsanspruch zusteht, wenn er vor der Einigung mit dem AG mit der Ausführung der Leistung begonnen hat.

Aus dem Gesetzestext ergibt sich weiterhin, dass ein schriftliches Anordnungsrecht des Bestellers erst 30 Tage nach Zugang des Änderungsbegehrens beim AN (ohne Einigung) gegeben ist, woraufhin dann der AN eine Vorleistungsverpflichtung übernimmt.

In diesem Zusammenhang ist u. a. nicht geklärt, ab wann ein qualifiziertes Änderungsbegehren des AG vorliegt, beispielsweise wenn noch kein Nachtragsleistungsverzeichnis erstellt wurde bzw. eine anderweitige Planung übergeben wurde. Aus baubetrieblicher Sicht spricht viel dafür, dass die 30-Tage-Regelung erst mit Zugang eines qualifiziert geplanten Änderungsbegehrens seitens des AG beginnt, woraus sich das Recht für den Unternehmer ergibt, 30 Tage lang die Ausführung zu verweigern, auch wenn dies Konsequenzen für den weiteren Bauablauf oder für Dritte hat. Nur so kann der Unternehmer beispielsweise bei einer erforderlichen Wasserhaltung genau die Variante bepreisen und mit dem AG verhandeln, die vom Besteller tatsächlich gefordert und geplant wurde. Hierdurch würde auch der Druck auf den Auftraggeber erhöht werden, die notwendigen Planungsschritte zügig umzusetzen und soweit abzuschließen, dass eine aussagekräftige, ausführungsfähige Planung einschl. Leistungsverzeichnis vorliegen, auf deren Basis dann Verhandlungen erfolgen können. Aus baubetrieblicher Sicht kann nur bei dieser Auslegungsvariante die neu geschaffene 30 Tage Regelung ihre vorgesehene Wirkung entfalten. Anderenfalls würden ja die 30-Tage sich mit dem Umplanungszeitraum überlappen, so dass im Extremfall ein Anordnungsrecht des Bestellers bestünde, obwohl noch keine abgeschlossene Planung vorliegt.

Noch viel weniger geklärt ist die Frage, was bei Streit zur Frage des geschuldeten Leistungsumfanges und einer insofern nicht weiter geplanten Änderung in Bezug auf den Bauablauf für Konsequenzen entstehen, beispielsweise, dass der Unternehmer ein dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht hat, wenn kein qualifiziertes Änderungsbegehren einschließlich hierzu gehöriger Planung und Leistungsbeschreibung vorgelegt werden.

Zu bedenken ist an dieser Stelle die Tatsache, dass es zwischen den Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstags (DBGT), dem Referentenwurf, dem Regierungsentwurf und dem letztendlich beschlossenen neuen Bauvertragsrecht z. T. zu Änderungen gekommen ist, die die oben beschriebenen ungeregelten Problempunkte begründen wie beispielsweise die 30-Tage-Regelung.

1.2.4 § 650 c BGB – Vergütungsanpassung bei Anordnung nach § 650 b Abs. 2 BGB

§ 650 c BGB neu regelt für die Vergütungsanpassung bei Anordnungen wie folgt:

- (1) *Die Höhe des Vergütungsanspruches für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650 b Abs. 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.*
- (2) *Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Abs. 1 entspricht.*

Der § 650 c BGB stellt eine der zentral neu formulierten Regelungen dar. Die Ermittlung ist hierbei „... nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen...“ zu ermitteln. Was hierunter exakt zu verstehen ist, definiert das Gesetz nicht. Grundsätzlich ergeben sich für den Unternehmer zwei Möglichkeiten der Ermittlung der Vergütungsanpassung bei AG-seitig ausgesprochenen Änderungsanordnungen.

Dies ist zum einen die Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf der Grundlage einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation und damit der Fortschreibung des Vertragspreisniveaus und zum anderen die Bewertung von vermehrtem oder vermindertem Aufwand nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn.

Die Regelungen zur sogenannten vorkalkulativen Fortschreibung des Vertragspreisniveaus werden in Kap. V behandelt.

Die neu im Gesetzestext aufgenommene Regelung für die Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten unter Berücksichtigung der angemessenen Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn stellt die eigentliche Neuerung in der gesetzlichen Regelung dar. Insbesondere die nachträgliche Bewertung der *tatsächlich erforderlichen Kosten* kann eine Herausforderung darstellen. Während sich die allgemeine bundesweite wirtschaftliche Situation auch nachträglich noch abschätzen lässt, sind für eine objektive Bewertung eines Projekts auch die projektspezifischen Randbedingungen zu berücksichtigen, was sich in der Praxis schwieriger ermitteln lässt. So sind u. a. die Kriterien des Orts, des Zeitpunkts, der Größe und der Lage Randbedingungen, die die *tatsächlich erforderlichen Kosten* beeinflussen und deren nachträgliche Bewertung eine Herausforderung darstellen kann.

Hierdurch wird die in der Vergangenheit kontrovers diskutierte Loslösung vom Vertragspreisniveau und von der vorkalkulativen Fortschreibung von geänderten und zusätzlichen Leistungen Rechnung getragen. Grundgedanke hierzu war es u. a., bei extrem unter- bzw. überkalkulierten Preisen (Spekulationspreisen) eine „gerechtere Regel“ für die Bewertung von Nachtragsleistungen zu schaffen und somit den Prozess zu vereinfachen.

Es entsteht hierbei der Eindruck, dass die baubetriebliche Praxis mit der vorkalkulativen Fortschreibung des Vertragspreisniveaus nicht wirklich zu praktikablen Lösungen gekommen sei und dass diese vorkalkulative Ermittlung von Nachtragsleistungen zu nicht sachgerechten Ergebnissen führt. Diese Diskussion verkennt jedoch, dass eine Vielzahl von Nachtragsleistungen sehr wohl durch kalkulative Fortschreibung des Vertragspreisniveaus zu einer ausgewogenen und von beiden Vertragspartnern angepassten Bewertung der Nachtragssachverhalte führte und, dass die für die neue Gesetzgebung zugrunde gelegten Urteile von vermeintlich spekulativen oder sittenwidrigen Einheitspreisen Ausnahmetatbestände darstellen, die aus baubetrieblicher Sicht nicht das gesamte Konstrukt der kalkulativen Fortschreibung in Frage stellen können.

Vereinfacht gesprochen ergibt sich aus baubetrieblicher Sicht bei der Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten, die beispielsweise durch entsprechende Rechnungen vorgelegt werden können, die grundsätzliche Überlegung, dass die tatsächlich erforderlichen Mehrkosten aus der Subtraktion der Kosten „neu“ ab-

züglich der Kosten „alt“ zu ermittelt sind, wobei hier ausdrücklich darauf hingewiesen werden muss, dass die Kosten „alt“ nicht mehr einer hinterlegten Urkalkulation und damit dem Vertragspreisniveau zu entsprechen haben, sondern vielmehr die tatsächlich erforderlichen Kosten vor Änderung der Leistung zum Inhalt haben müssen. Insofern ergibt sich bei beiden Verfahren aus baubetrieblicher Sicht die Erfordernis, den Änderungsaufwand mittels baubetrieblicher Erfahrungs- und Kalkulationsansätzen zu bewerten. Der baubetriebliche Aufwand zur Bewertung der geänderten Leistung bleibt dem Grunde nach gleich und lediglich das Bezugsniveau für diese Änderung wird durch die neue gesetzliche Regelung geändert. Dies wird aus baubetrieblicher Sicht auch nicht durch die Vorlage irgendwelcher Rechnungen oder Angebote für den Nachweis des Preises „alt“ zu ersetzen sein, da diese zum einen über „Kick-back“-Geschäfte etc. steuerbar sind und zum anderen im Rahmen eines Gerichtsverfahrens streitig gestellt werden, so dass sachverständig eine Bewertung baubetrieblich nur über die einzelnen Kostenfaktoren zielführend sein kann, wenn also über den tatsächlich erforderlichen Aufwand aus baubetrieblicher Sicht die tatsächlich erforderlichen Mehrkosten ermittelt werden.

Ergibt sich beispielsweise aus baubetrieblicher Sicht eine Erhöhung des Stundenaufwandswertes für die Errichtung einer Mauerwerkswand aufgrund der Änderung des Steinformats sowie der Verfügung, so besteht die baubetriebliche Aufgabe im Wesentlichen darin, den Mehraufwand für das geänderte Steinformat sowie die Art der Verfügung anhand von baubetriebswirtschaftlicher Kalkulationstabellen etc. zu ermitteln, beispielsweise mit 30 %. Dies dürfte dem tatsächlich erforderlichen Mehraufwand entsprechen. Der sich hieraus ergebende Faktor wurde bei der Fortschreibung auf Basis des Vertragspreisniveaus auf die kalkulierten Werte aufgeschlagen, um die Fortsetzung der Wettbewerbssituation aufrecht zu erhalten.

Im nun neu geregelten gesetzlichen Fall des neuen Bauvertragsrechts ist nur der tatsächlich erforderliche neue Aufwand, beispielsweise durch eine Nachunternehmer-Rechnung belegt und es bleibt die Frage zu beantworten, wie unter Berücksichtigung dieser Nachunternehmer-Leistung der ursprüngliche Aufwand hätte bewertet werden müssen, um die Kosten für die geänderte Leistung ermitteln zu können. Hier führen die gleichen baubetrieblichen Überlegungen dazu, dass sich eine Änderung des erforderlichen Aufwands von 30 % bezogen auf die

Lohnleistung ergibt. Insofern bleibt der Bewertungsaufwand aus baubetrieblicher Sicht vergleichbar, führt jedoch bei einem eher unterkalkulierten Wert gemäß Vertragspreisniveau tendenziell zu einer höheren Bewertung im Fall der tatsächlich erforderlichen Kosten, da als Basis die tatsächlichen Kosten der geänderten Leistung zugrunde gelegt werden und eine Rückrechnung erfolgt.

Inwieweit dies zu einer gerechteren und konfliktfreieren Lösung der zu bewertenden Nachtragssachverhalte führt, bleibt aus baubetrieblicher Sicht abzuwarten.

Nicht nachvollziehbar sind die im neuen Bauvertragsrecht getroffenen Regelungen zur Beaufschlagung mit angemessenen Werten für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn.

Diese Werte sind unternehmensspezifisch im Rahmen von Prognosewerten ermittelt und stellen eine individuelle unternehmensspezifische Größe dar.

Inwiefern über diesen Ansatz hinaus eine angemessene Bewertung eines Zuschlags für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn überhaupt vorgenommen werden kann, ist aus baubetrieblicher Sicht fragwürdig. Hierzu müsste ein Sachverständiger zumindest einen Überblick über alle Kostenstrukturen des Unternehmens besitzen und diese entsprechend auswerten. Dies dürfte nicht als sachgerecht zu bewerten sein. Immerhin hat der Unternehmer ja im Wettbewerb den Zuschlag erhalten.

Noch viel problematischer ist die Tatsache, dass im neuen Bauvertragsrecht die Baustellengemeinkosten (BGK) keine Erwähnung finden und dass sehr oft der Ansatz vertreten wird, dass hier auch die „tatsächlich erforderlichen Kosten aus dem Bereich der Baustellengemeinkosten“ „spitz“ beim jeweiligen Nachtragssachverhalt zu kalkulieren seien.

Eine solche Forderung ist aus baubetrieblicher Sicht eindeutig aufgrund des Kostencharakters der Baustellengemeinkosten (BGK) abzulehnen.

Zunächst besteht grundsätzlich eine Abgrenzungsthematik zwischen den Allgemeinen Geschäftskosten und den Baustellengemeinkosten.

Darüber hinaus entspricht es dem Kostencharakter der BGK, dass diese Kosten der Baustelle anfallen aber nicht einer einzelnen Leistungsposition zugeordnet werden können, wie beispielsweise die Krankkosten beim Hochbau, die Kosten für die Unterbringung von Arbeitskräften, der kalkulierte Bauleitungsbedarf für Bauleiter und Polier etc.

Wenn dieses Kostencharakteristikum der Baustellengemeinkosten seit Jahrzehnten anerkannt ist und in der kalkulativen Kostenbewertung auch so berücksichtigt wird, ist die aktuell getroffene Forderung, diese Kosten konkret einem Nachtrags-sachverhalt zuzuordnen, aus baubetrieblicher Sicht zurückzuweisen. Wenn es nicht möglich ist, den Bauleitungsaufwand einer entsprechenden Leistungsposition sinnvoll zuzuordnen, so wird dies noch viel weniger im Falle einer geänderten Leistung möglich sein.

Weiterhin ergeben sich durch die Bewertung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten Manipulationsmöglichkeiten im Bereich von vergaberelevanten Nachlässen, sogenannten Kick-back-Verträgen sowie Bonusverträgen. Wie in diesem Zusammenhang eine interessensgerechte Bewertung abseits der Fortschreibung des Vertragspreisniveaus möglich sein soll, ist weder im Gesetz geregelt noch gibt es hierzu entsprechende Ansätze.

Darüber hinaus ergibt sich durch diese Regelung ein deutlich erhöhtes Potential von spekulativen Preisen, um zunächst einen Auftrag zu erhalten, wenn beispielsweise zusätzliche oder geänderte Leistungen vom Unternehmer vermutet werden.

Im umgekehrten Fall ist die durch den Auftraggeber widerlegbare Vermutung, dass die Urkalkulation den tatsächlich erforderlichen Mehrkosten entspricht, ebenfalls nicht weiter geregelt. Hier wäre beispielsweise nicht geklärt, ob eine positionsweise, eine titelweise oder eine Widerlegung der Kalkulation als Ganzes erforderlich und zweckdienlich ist.

Der Auftraggeber kann keine Verwendung der Urkalkulation verlangen.

Der Auftragnehmer wiederum hat das Wahlrecht und kann für jeden Nachtrag neu entscheiden, auf welcher Basis er die Bewertung vornimmt. Hier ist beispielsweise auch nicht geregelt, ob dieses Wahlrecht des Auftragnehmers

sich auf ein gesamtes Nachtragsangebot oder bezogen auf jede Nachtragsposition neu ergibt.

In Verbindung mit § 650 d BGB kann der Auftragnehmer eine Mehrvergütung im einstweiligen Verfügungsverfahren feststellen lassen und darauf eine Abschlagszahlung in Höhe von 80 % des Betrages geltend machen. Mit Urteil vom Kammergericht vom 02.11.2021 – 27 U 120/21 – wurde entschieden, dass die 80 %-Regelung auch bei einem VOB/B-Vertrag anwendbar ist. Als Voraussetzung hierbei ist jedoch zu beachten, dass der Auftragnehmer zuvor seinen Anspruch auf geänderte oder zusätzliche Vergütung der Ausführung dem Auftraggeber angekündigt hat.

Der § 650 d BGB mit dem Titel „Einstweilige Verfügung“ regelt:

„Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650 b oder die Vergütungsanpassung gemäß § 650 c ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.“

Ob aus dieser Regelung eine Leistungsverfügung für den Besteller möglich ist, ist nach Beschluss vom Kammergericht Berlin offen. In diesem Beschluss³ wurde entschieden, dass die einstweilige Verfügung nach § 650 d BGB nur zur Abwendung wesentlicher Nachteile zulässig ist. In diesem Verfahren beantragte ein Auftraggeber eine einstweilige Verfügung, so dass der Auftragnehmer unverzüglich mit dem Beginn der Arbeiten verpflichtet werden sollte. Dieser Antrag wurde zunächst von der Vorinstanz und letztlich vom Kammergericht zurückgewiesen.

1.2.5 Praxistipp

Das ab 01.01.2018 geltende neue Bauvertragsrecht regelt erstmals das für die Abwicklung von komplexen Langzeitbauverträgen erforderliche AG-seitige Anordnungsrecht und enthält darüber hinaus Regelungen, die für die Abwicklung von Bauverträgen aus baubetrieblicher Sicht sinnvoll erscheinen. Gleichwohl enthält das neue Bauvertragsrecht auslegungsbedürftige Regelungen und Fra-

³ KG Berlin, Beschluss vom 06.04.2020, AZ 7 W 32/19

gestellungen, die per se keine Erleichterung für die Abwicklung von komplexen Bauvorhaben bedeuten.

Im Wesentlichen sind hierunter das über die sog. 30-Tage-Regelung bedingte Anordnungsrecht des Auftraggebers sowie die Bewertung von Nachtragsleistungen nach tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu nennen. Ein Zuschlag für Baustellengemeinkosten kann ebenso Bestandteil sein, sofern sich aus der Nachtragsleistung ein Bauzeitverlängerungsanspruch ableiten lässt.

Im Kern geht es den Vertragsparteien und dem Gesetzgeber darum, für die Bewertung von Nachtragsleistungen eine belastbare Regelung zu treffen, die über die Fragestellung hinaus, ob es eine Änderung dem Grunde nach gibt oder nicht, im Wesentlichen dazu dienen soll, eine entsprechend sachgerechte preisliche Bewertung vornehmen zu können.

Aus diesen Gründen ist aus baubetrieblicher Sicht den Vertragspartnern, die die Regelungen der VOB/B nach wie vor als sachgerecht ansehen, zu empfehlen, einen reinen VOB/B-Vertrag als Ganzes zu vereinbaren, so dass die Privilegierung des § 310 BGB bestehen bleibt. Für den Fall der Vereinbarung des neuen Bauvertragsrechts in der vorliegenden Form sollte der Vertrag dahingehend präzisiert werden, dass eine Preisbasis für die Ermittlung von Nachtragsleistungen in Form einer Urkalkulation im Rahmen eines Bauvertrages konkret vereinbart werden sollte, in dem diese Urkalkulation vor Vertragsschluss offengelegt wurde und im Hinblick auf ihre Detaillierung und Aussagekraft hin geprüft wurde.

In ähnlicher Weise sollte mit vertraglich zugrunde zu legenden Terminplänen verfahren werden. Hier ist es in der Praxis oftmals üblich, dass im Rahmen der Ausschreibung vom Unternehmer verlangt wird, erst nach Vertragsschluss, beispielsweise nach 2 - 4 Wochen einen detaillierten vertraglichen Terminplan, der gegebenenfalls ressourcenbasiert ist, vorzulegen, um diesen sodann vertraglich zu vereinbaren. Hieraus ergeben sich in der baubetrieblichen Praxis sehr oft Konfliktpotentiale, die dazu führen, dass es bereits zu Beginn der Ausführung der Leistungen zu keiner einvernehmlichen Vereinbarung eines vertraglichen Terminplans kommt.

Insofern ist aus baubetrieblicher Sicht an dieser Stelle anzuraten, einen entsprechend aussagekräftigen Bauablaufplan bereits vor Vertragsschluss vorzulegen und diesen nach entsprechender Prüfung zu vereinbaren. Anhand diesem Bauablaufplan lässt sich zudem eine Bewertung der BGK vornehmen.

II. Zusammenfassung

Die durch die Einführung des neuen Werkvertragsrecht erhoffte „Reparatur“ im Wesentlichen der Vergütungsanpassungsregelungen auf der Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten gegenüber der VOB/B mit der hierin enthaltenen vorkalkulativen Betrachtung schützt im Kern vor einer spekulativen Fortschreibung eines Vertragspreisniveaus, das nicht der tatsächlich erforderlichen Kostenlage entspricht. Die Regelung entfaltet jedoch in der baubetrieblichen Praxis keine nennenswerte Akzeptanz, da die Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Mehrkosten eine Vielzahl von zu bewertenden Kalkulationsansätzen bedeutet, woraus sich in der praktischen Anwendung deutlich mehr Unsicherheiten und damit ein deutlich höheres Streitpotenzial ergibt. Insofern sind in einer Vielzahl von Verträgen die Parteien daran interessiert, möglichst transparente Regelungen für die Anwendung der kalkulativen Fortschreibung zu vereinbaren.

In ähnlicher Weise ist die Akzeptanz der sog. 30-Tage Regelung zu bewerten, die von beiden Vertragspartnern äußerst kritisch bewertet wird und somit in einer Vielzahl von Verträgen ausgeschlossen wird.

Letztlich werden auch die 80 % Regelung sowie die Umsetzung der einstweiligen Verfügung gem. § 650 d BGB nur in untergeordnetem Maße in der baubetrieblichen Praxis angewendet.

§ 1170 b ABGB - geklärte und ungeklärte Fragen

Wolfgang Hussian*

Wien

* Mag. Wolfgang Hussian

I. Die (vereinbarte) Vorleistungspflicht des Werkunternehmers

Die Bestimmung des § 1170b ABGB ist 2007 in das Gesetz aufgenommen worden. Sie ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Unternehmer beim Werkvertrag nach § 1170 ABGB das Entgelt erst nach Vollendung des Werkes erhält. Dennoch handelt es sich hierbei nicht um eine echte Vorleistungspflicht, da der Unternehmer das Werk nur Zug um Zug gegen Zahlung des Werklohnes herauszugeben hat.¹

Allerdings ist § 1170 ABGB dispositives Recht und kann somit abgeändert werden. Von dieser Möglichkeit wird auch regelmäßig Gebrauch gemacht und dementsprechend vereinbart, dass der Unternehmer sein Entgelt erst nach der Übernahme des Bauwerkes erhält. In diesen Fällen liegt somit eine echte Vorleistungspflicht des Unternehmers vor.

Daraus ergibt sich, dass der Unternehmer bei einer Insolvenz des Werkbestellers besonders gefährdet ist. Das gilt vor allem bei Bauleistungen, da das Eigentum an den verbauten Baustoffen auf den Liegenschaftseigentümer übergeht und der Unternehmer keinen Eigentumsvorbehalt begründen kann.

Schon vor der Einführung des § 1170b ABGB hatte der vorleistungspflichtige Auftragnehmer die Möglichkeit nach § 1052 ABGB seine Leistung zu verweigern und Sicherheit zu verlangen, wenn sein Entgelt durch die schlechte finanzielle Lage des Bestellers gefährdet ist und dies ihm bei Vertragsabschluss nicht bekannt sein musste.

§ 1170b ABGB hingegen gibt dem Unternehmer das Recht, Sicherheit unabhängig von der Bonität des Bestellers zu fordern und stellt somit eine Verbesserung dar. Außerhalb des Anwendungsbereiches des § 1170b, insbesondere bei Verbrauchern im Sinne des KSchG, spielt aber § 1052 ABGB weiterhin eine Rolle.

¹ Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1170b Rz 10

II. Überblick

§ 1170b ABGB ist mit dem ausdrücklichen Ziel, die Insolvenzrisiken im Bau- und Baunebengewerbe zu reduzieren, eingeführt worden. Nach dieser Bestimmung ist der Unternehmer berechtigt bis zur vollständigen Zahlung seines Werklohnes eine Sicherstellung in Höhe von 20% des Entgelts vom Werkbesteller zu fordern. Bei Leistungen, die innerhalb von drei Monaten zu erbringen sind, beträgt die Sicherstellung sogar 40% des Entgelts. Einer Begründung bedarf das Sicherstellungsverlangen nicht. Allerdings hat der Unternehmer die Kosten der Sicherstellung zu tragen, jedoch bis maximal 2% der Sicherstellungssumme pro Jahr. Die Sicherstellungsmittel sind im Gesetz genannt, wobei der Besteller das Sicherstellungsmittel wählt.

Die Sicherstellung ist vom Besteller innerhalb angemessener Frist, die vom Unternehmer festzusetzen ist, zu leisten. Leistet der Besteller die Sicherstellung nicht binnen dieser Frist, kann der Unternehmer unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären. Im Falle der Vertragsaufhebung steht dem Unternehmer der Anspruch nach § 1168 ABGB zu und er ist finanziell so zu stellen, als hätte er den Auftrag zu Ende ausgeführt.

Die Vertragsaufhebung ist die einzige Möglichkeit des Unternehmers rechtlich auf das Unterbleiben der Sicherheitsleistung zu reagieren. Die Leistung der Sicherstellung ist nämlich keine Pflicht des Werkbestellers, auf die der Unternehmer einen klagbaren Anspruch hätte. Vielmehr handelt es sich, wie bei den Mitwirkungen des Bestellers ganz allgemein, um eine Obliegenheit.

Zum Schutz des Werkunternehmers handelt es sich bei § 1170b ABGB um relativ zwingendes Recht, das zum Nachteil des Unternehmers nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Die ÖNORM B 2110 verweist in Punkt 8.7.1daher lediglich darauf, dass die Rechte des Unternehmers nach § 1170b ABGB unberührt bleiben, ohne dessen Sicherstellungsanspruch inhaltlich anders zu regeln. Eine Besserstellung des Unternehmers wäre allerdings rechtlich zulässig.

Von Verbrauchern im Sinne des KSchG bzw. von juristischen Personen des öffentlichen Rechts kann der Unternehmer allerdings keine Sicherstellung fordern. Auch

bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110 steht dem Unternehmer dieses Recht nicht gegenüber Verbrauchern oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu, da Punkt 8.7.1 der ÖNORM B 2110 den Anwendungsbereich des § 1170b ABGB nicht erweitert.

III. Der Kreis der begünstigten Unternehmer

Nach dem Gesetzeswortlaut ist der Unternehmer eines Bauwerkes, einer Außenanlage zu einem Bauwerk oder eines Teiles hiervon berechtigt, eine Sicherstellung nach § 1170b ABGB zu fordern.

Unstrittig ist, dass nur Werkunternehmer eine Sicherstellung fordern können und nicht Lieferanten von Baustoffen². Beim Kaufvertrag ist der Kaufpreis Zug-um-Zug gegen Zahlung des Kaufpreises zu zahlen, sodass der Lieferant zumindest in der Theorie weniger schützenswert ist. Vertraglich wird in vielen Fällen vereinbart, dass der Kaufpreis des Lieferanten erst nach der Lieferung fällig sein soll. Gerade bei Baustoffen würde zudem ein allfälliger Eigentumsvorbehalt des Verkäufers durch die feste Verbindung des Baustoffes mit der Liegenschaft untergehen.

Bei Arbeitsgemeinschaften (ARGE), die in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach § 1175 ff. ABGB gegründet wurden, steht das Recht, eine Sicherstellung vom Besteller zu fordern nur allen Gesellschaftern gemeinsam zur gesamten Hand zu. Aber auch der Gesellschafter der ARGE, der mit Bauleistungen beauftragt wurde, hat einen Anspruch auf Sicherstellung nach § 1170b ABGB. Allerdings hat er kein Recht auf Sicherstellung des auf ihn entfallenden Anteils, wenn das Gesellschaftsvermögen hierfür nicht ausreicht.³

² *Jud*, Sicherstellung bei Bauverträgen, *ecolex* 2004, 13

³ *Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 1170b Rz 27

IV. Der Kreis der begünstigten Leistungen

Unternehmer, die Bauleistungen erbringen, fallen jedenfalls in den Anwendungsbereich des § 1170b ABGB. Nach der Rechtsprechung sind damit die in Punkt 3.1 der ÖNORM B 2110 genannten Leistungen umfasst.⁴ Das sind die Herstellung, Änderung, Instandsetzung, Demontage oder der Abbruch von Bauwerken und Bauteilen aber auch die erforderlichen Vorbereitungs- und Hilfsarbeiten und die Errichtung, Demontage oder Abbruch von Hilfsbauwerken sowie Leistungen der Haustechnik. In der Literatur wird teilweise dieser Kreis als zu weit gefasst kritisiert.⁵ Nach den Gesetzesmaterialien soll auch die Errichtung eines Kamins oder einer Solaranlage umfasst sein.⁶

Das Verständnis, was ein Bauwerk ist, folgt dem sachenrechtlichen Begriff in § 297 ABGB. Dabei ist die feste Verankerung mit dem Erdboden nicht Voraussetzung⁷. Auch bei Superädifikaten ist § 1170b ABGB anwendbar⁸, ebenso bei Bauwerken, die aufgrund eines Baurechts auf einer fremden Liegenschaft errichtet werden⁹. Allerdings ist eine technisch-mechanische Verbindung, etwa durch Schrauben, oder eine organische Verbindung, etwa durch Verwurzelung, mit dem Bauwerk oder der Außenanlage zu fordern.¹⁰

Im Gegensatz zum Begriff des Bauwerkes ist der Begriff der Außenanlage erst mit Einführung des § 1170b ABGB in das ABGB aufgenommen worden. Der Begriff ist weit auszulegen.¹¹ Allerdings müssen die Außenanlagen dem Gesetzeswortlaut nach in Zusammenhang mit einem Bauwerk stehen, wobei *Scharmer* sich dafür ausspricht, die Bestimmung bei Außenanlagen, die in keinem Zusammenhang mit einem Bauwerk stehen, analog anzuwenden.¹² Unter Arbeiten an Außenanlagen fallen somit Grabungsarbeiten, Gartenarbeiten, die Errichtung eines Schwimmbeckens, eines Gehweges oder einer Zufahrtsstraße.

⁴ OGH 19.12.2007, 3 Ob 211/07m

⁵ *Scharmer*, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB, 33

⁶ Erläuterungen zur RV zu Art II Z 12, 1058 BlgNR, XXII. GP

⁷ *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1⁰⁵ § 297 Rz 4 /Stand 01.08.2022, rdb.at)

⁸ *Schopper* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 1170b Rz 32

⁹ *Scharmer*, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB, 42

¹⁰ *Schopper* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 1170b Rz 34

¹¹ *Schopper* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 1170b Rz 33

¹² *Scharmer*, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB, 44

Strittig ist, ob auch geistige Dienstleistungen, denen ein Werkvertrag zugrunde liegt, umfasst sind. Zu denken wäre hier etwa an Planungsleistungen oder statische Berechnungen. In einer Entscheidung führte der OGH obiter dictum aus, dass auch Planer von Planungsleistungen eine Sicherstellung fordern könnten.¹³ Auch in den Gesetzesmaterialien werden Planungsleistungen als Anwendungsfall genannt.¹⁴ In der Literatur wird überwiegend, aber nicht einheitlich bejaht, dass geistige Dienstleistungen in den Anwendungsbereich des § 1170b ABGB fallen.¹⁵

V. Der Kreis der Adressaten des Sicherstellungsbegehrens

Der Unternehmer kann Sicherstellung vom Besteller fordern, unabhängig davon, ob dieser Liegenschaftseigentümer ist. Dies gilt für die gesamte Vertragskette, so dass auch der Subunternehmer berechtigt ist, Sicherstellung vom Generalunternehmer zu fordern. Allerdings besteht dieses Recht immer nur gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner, sodass der Subunternehmer keine Sicherstellung vom Bauherrn fordern kann, mit dem er keine direkte vertragliche Beziehung hat.

§ 1170 Abs 3 ABGB bestimmt, dass von juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie von Verbrauchern im Sinne des KSchG keine Sicherheit gefordert werden kann. Juristische Personen des öffentlichen Rechts beruhen auf einem hoheitlichen Gründungsakt und nicht auf Vertrag wie bei juristischen Personen des privaten Rechts, wie etwa eine AG oder eine GmbH. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind etwa die Gebietskörperschaften (Bund, Land, Gemeinde) oder die Kammern (Arbeiterkammer, Wirtschaftskammer etc.) oder die gesetzlichen Sozialversicherungen.

¹³ OGH 25.04.2018, 6 Ob 65/18d

¹⁴ Erläuterungen zur RV zu Art II Z 12, 1058 BlgNR, XXII. GP

¹⁵ Bejahend: Schopper in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 1170b Rz 35; Panholzer, Die Anwendbarkeit des § 1170b ABGB, bbl 209, 83ff.; Schmidinger, Die Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b ABGB, bauaktuell 2012, 45f; verneinend: Hörker/Kletečka in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1170b Rz 7 (Stand 01.08.2020, rd.at); Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB, 44; Berlakovits/Stanke, Das Sicherstellungsrecht des Auftragnehmers nach § 1170b ABGB, FS Karasek, 77 (83f.)

VI. Die Höhe der Sicherstellung

Der Unternehmer hat das Recht für das noch ausstehende Entgelt eine Sicherstellung in Höhe von 20% des vereinbarten Entgelts zu fordern. Bei Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, erhöht sich die Sicherstellung auf 40% des vereinbarten Entgelts.

Maßgeblich für die Berechnung ist das vereinbarte Gesamtentgelt.¹⁶ Basis ist das Entgelt inklusive Umsatzsteuer. Dies kann zu Bewertungsschwierigkeiten führen, da beim Werkvertrag der endgültige Werklohn erst nach der Abrechnung feststeht, sodass der Sicherstellungsbetrag in diesem Fall nur geschätzt werden kann.

Anders verhält es sich bei Pauschalpreisverträgen, da mit Vereinbarung des Pauschalpreises grundsätzlich der endgültige Werklohn festgelegt ist. Liegt dem Vertrag ein Kostenvoranschlag zugrunde, wird die darin ausgewiesene Summe für die Berechnung des Sicherstellungsbetrages maßgeblich sein, da dieser die Prognose des abzurechnenden Werklohnes durch den Unternehmer darstellt. Ob es sich um einen Kostenvoranschlag mit oder ohne Gewähr handelt, ist gleich. In der Baupraxis wird in dem mit Preisen versehenen Leistungsverzeichnis ein Kostenvoranschlag zu sehen sein, selbst wenn das Leistungsverzeichnis vom Besteller verfasst wurde und vom Unternehmer nur die Preise eingesetzt wurden.

Leistungsänderungen oder zusätzliche Leistungen, die vom Besteller beauftragt wurden, erhöhen den Werklohnanspruch des Unternehmers und somit die Basis für die Berechnung der Höhe der Sicherstellung, soweit dies in Fortschreibung des Vertrages erfolgt, wie dies Punkt 7.1 der ÖNORM B 2110 auch grundsätzlich vorsieht. Insbesondere bei Zusatzleistungen ist aber denkbar, dass hierüber ein weiteres Vertragsverhältnis zwischen den Vertragsparteien anzunehmen ist, wenn diese Leistungen nicht einseitig vom Besteller angeordnet werden kann. Dies ist im Einzelfall zu entscheiden. Aber selbst bei einem weiteren Vertragsverhältnis geht dem Unternehmer das Sicherstellungsrecht nicht verloren, nur ist es auf die unterschiedlichen Verträge aufgeteilt. Haben sich die Vertragsparteien nicht auf

¹⁶ OGH 05.07.2017, 7 Ob 67/17d

die Höhe des Entgelts für die geänderte oder zusätzliche Leistung geeinigt, kann dies natürlich mit Bewertungsschwierigkeiten verbunden sein.

Führen Umstände aus der Sphäre des Bestellers zu Ansprüchen des Unternehmers nach § 1168 ABGB, erhöhen diese als zusätzlicher Vergütungsanspruch den Werklohnanspruch des Unternehmers und somit die Basis für die Berechnung der Sicherstellung. Da es sich um einen gesetzlichen Anspruch handelt, bedarf es keiner gesonderten Vereinbarung. Lediglich der Höhe nach ist der Anspruch zu bewerten, was wiederum zu Unsicherheiten führen kann. Auch bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110 gilt nichts anderes, da diese keine eigenständige Anspruchsgrundlage schafft.

Treffen die Vertragsparteien angesichts der Bewertungsschwierigkeiten eine Vereinbarung über die Höhe der Sicherstellung, ist diese aufgrund des relativ zwingenden Charakters von § 1170b ABGB unwirksam, sofern der Unternehmer tatsächlich eine höhere Sicherstellung fordern könnte.¹⁷

Die Höhe der Sicherstellung ist auch davon abhängig, in welchem Zeitraum der Vertrag zu erfüllen ist, da unter drei Monaten der Sicherstellungsprozentsatz 40% beträgt. Nach der Rechtsprechung ist beim Beginn dieses Zeitraumes nicht auf den Vertragsabschluss, sondern auf den Beginn der Arbeiten abzustellen und ist die geplante Dauer der Arbeiten ausschlaggebend.¹⁸

Da es sich um die Besicherung des offenen Werklohnes handelt, kann die Sicherstellung nicht höher sein als der zum Zeitpunkt des Sicherstellungsverlangens noch nicht bezahlte Werklohn. Es stellt sich die Frage, ob der Unternehmer auch dann Sicherstellung nach § 1170b ABGB verlangen kann, wenn er eine Anzahlung oder eine vertraglich vereinbarte Sicherstellung erhalten hat. Dies wird zu verneinen sein, wenn die vertragliche Sicherstellung dieselbe Höhe und Qualität hat, wie eine Sicherstellung nach § 1170b ABGB, bspw. bei einer Besicherung des Zahlungsanspruches durch eine abstrakte Bankgarantie in Höhe von 20% des vereinbarten Entgelts. Auch für eine Anzahlung wird dies gelten, sofern sie zumindest 20% des vereinbarten Entgelts beträgt und bis zur Schlussrechnung

¹⁷ Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB, 168

¹⁸ OGH 23.09.2020, 3 Ob 134/20g

in voller Höhe bestehen bleibt und nicht anteilig mit den Abschlagsrechnungen gegenverrechnet wird, was allerdings nicht der Praxis entspricht.

Die im Gesetz genannte Höhe der Sicherstellung ist der Höchstbetrag. Der Unternehmer ist frei auch weniger zu fordern. Er trägt auch die Kosten der Sicherstellung, begrenzt mit 2% der Sicherstellungssumme pro Jahr.

Dementsprechend hat der Unternehmer im Sicherstellungsverlangen die Höhe der von ihm geforderten Sicherstellung anzugeben.¹⁹ Es reicht allerdings die Bestimmbarkeit des Betrages, wobei sich in der Praxis die zahlenmäßige Konkretisierung empfiehlt. Unterlässt es der Unternehmer, die Höhe der von ihm geforderten Sicherstellung anzugeben, führt dies zur Unbeachtlichkeit des Sicherstellungsverlangens.²⁰

Die oben beschriebenen Schwierigkeiten bei der Bewertung des Entgelts können auch dazu führen, dass der Unternehmer eine höhere Sicherheit fordert, als ihm zusteht. Das führt grundsätzlich nicht zur Unbeachtlichkeit des Sicherstellungsverlangens. Vielmehr ist das Sicherstellungsbegehren entsprechend zu reduzieren.²¹ Bietet der Besteller in einem solchen Fall eine Sicherstellung in richtiger Höhe an, treten die Säumnisfolgen des § 1170b ABGB nicht ein.²² Allerdings ist nach der Rechtsprechung ein deutlich überhöhtes Sicherstellungsbegehren dann unbeachtlich, wenn der Besteller die richtige Höhe nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand feststellen kann.²³

VII. Zeitpunkt des Sicherstellungsverlangens

Der Unternehmer ist nicht nur frei zu entscheiden, ob, sondern auch wann er eine Sicherstellung nach § 1170b ABGB fordert. Allerdings steht ihm dieses Recht

¹⁹ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 1170b Rz 79; Hörker/Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 1170b Rz 32 (Stand 01.08.2020, rd.at),

²⁰ OGH 15.5.2012, 3 Ob 63/12d

²¹ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 1170b Rz 79; Hörker/Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 1170b Rz 32 (Stand 01.08.2020, rd.at)

²² Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB, 121

²³ OGH 28.07.2021, 9 Ob 30/21h

frühestens erst ab Vertragsabschluss zu. Es ist nicht notwendig, dass der Unternehmer bereits mit seiner Leistung begonnen hat.

Der Unternehmer kann die Sicherheit fordern, solange ein Teil des Entgelts noch offen ist.²⁴ Auch wenn nur der Haftungsrücklass vom Besteller einbehalten wird, ist der Werklohn noch nicht zur Gänze beglichen, sodass der Unternehmer Sicherstellung nach § 1170b ABGB fordern kann.²⁵ Es kommt aber nicht darauf an, ob noch Leistungen des Unternehmers offen sind.

Es ist nicht notwendig, dass der zu besichernde Werklohn fällig ist. Aus diesem Grund hat der Unternehmer auch Anspruch auf Sicherstellung, wenn die Leistung mangelhaft ist und der Besteller aus diesem Grund Werklohn zurückbehält.

Auch die Übergabe des Werkes schränkt das Recht auf Sicherstellung nicht ein. Wurde der Werklohn noch nicht vollständig bezahlt, hat der Werkunternehmer das Recht, Sicherstellung zu fordern, selbst wenn er das Werk bereits übergeben hat.²⁶

Das Recht des Unternehmers, Sicherstellung zu verlangen, setzt ein aufrechtes Vertragsverhältnis voraus. Das Recht erlischt mit Vertragsende. Das gilt auch bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages, etwa infolge Rücktritts des Bestellers wegen Verzuges nach § 918 ABGB. Eine bereits übergebene Sicherstellung ist aber nicht bei Vertragsende zurückzugeben, sondern erst nach vollständiger Zahlung des Werklohnes.

VIII. Das Sicherstellungsverlangen

Der Besteller hat die Sicherheit erst zu legen, nachdem der Unternehmer diese gefordert hat. Das Verlangen des Unternehmers nach Sicherstellung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.²⁷ Grundsätzlich ist das Sicherstellungsbegehren an den Besteller zu richten. Hat dieser jedoch einen Vertreter zur

²⁴ OGH 27.09.2016, 1 Ob 107/26s; 15.03.2023, 3 Ob 28/23y

²⁵ OGH 15.03.2023, 3 Ob 28/23y

²⁶ OGH 27.09.2016, 1 Ob 107/16s

²⁷ OGH 27.11.2018, 4 Ob 209/18s

Entgegennahme von Erklärungen berechtigt, kann das Verlangen auch an diesen gerichtet werden.

Der Unternehmer muss klar zum Ausdruck bringen, dass er sein Recht nach § 1170b ABGB ausübt.²⁸ Eine ausdrückliche Nennung der gesetzlichen Norm ist dabei zwar der Klarheit halber empfehlenswert, aber nicht Voraussetzung. Einer weiteren Begründung bedarf das Verlangen nicht.

§ 1170b ABGB regelt keine Formvorschriften, sodass das Verlangen formfrei ist und auch mündliche Sicherstellungsbegehren beachtlich sind. Legt der Besteller keine Sicherstellung und möchte der Unternehmer in weiterer Folge die Säumnisfolgen eintreten lassen, hat er zu beweisen, dass er die Sicherstellung gefordert hat und dieses Verlangen dem Besteller auch zugegangen ist. Im Hinblick auf die Beurteilung der Angemessenheit der Fristsetzung hat der Unternehmer auch den Zeitpunkt des Zuganges seines Verlangens zu beweisen. Aufgrund dieser Beweislast empfiehlt sich die Schriftlichkeit des Verlangens. Die vertragliche Vereinbarung der Schriftlichkeit des Sicherstellungsbegehrens wird in der Literatur trotz des relativ zwingenden Charakters der Norm als zulässig und somit gültig angesehen.²⁹

Die Notwendigkeit, dass der Unternehmer im Sicherstellungsverlangen auch die Höhe der von ihm geforderten Sicherheit angibt, wurde bereits unter Punkt 6 behandelt.

IX. Die Sicherstellungsmittel

Die Sicherstellungsmittel sind in § 1170b ABGB genannt. Demnach kommen Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen als Sicherstellungsmittel in Betracht. Diese Aufzählung ist nach der herrschenden Meinung abschließend.³⁰ Der Unternehmer darf daher die Annahme eines nicht in der gesetzlichen Bestimmung aufgezählten Sicherstellungsmittel verweigern.

²⁸ Hörker/Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹04 § 1170b Rz 32 (Stand 01.08.2020, rd.at)

²⁹ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 1170b Rz 77

³⁰ Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB, 169 mwN

Das Recht zu wählen, welches Sicherstellungsmittel gelegt wird, steht dem Besteller zu. Fordert der Unternehmer ein bestimmtes Sicherstellungsmittel, wird deswegen das Sicherstellungsbegehren aber nicht unbeachtlich.³¹

Fraglich ist die Zulässigkeit von Effektivklauseln, mit denen die Abstraktheit einer Bankgarantie eingeschränkt wird. Nach der Rechtsprechung sind Effektivklauseln nicht grundsätzlich unzulässig. Sie dürfen aber die Inanspruchnahme des Sicherstellungsmittels nicht ungebührlich erschweren. Insofern wurde vom OGH die Voraussetzung eines rechtskräftigen Urteiles oder eines Gutachtens für die Ziehung einer Bankgarantie als unzulässig angesehen.³² Demgegenüber wird in der Literatur teilweise die Ansicht vertreten, dass es alleine ausreichend sei, wenn das Sicherstellungsmittel vor der Insolvenz des Bestellers schützt.³³

X. Sicherstellung trotz mangelhafter Leistung

Wie bereits unter Punkt 7 ausgeführt, ist der Unternehmer auch berechtigt, Sicherstellung zu fordern, wenn er die Leistung mangelhaft erbracht hat und der Werklohn aus diesem Grund nicht fällig ist und vom Besteller zurückbehalten wird.³⁴ Falls der Besteller die geforderte Sicherstellung nicht leistet, kann der Unternehmer daher trotz Mangelhaftigkeit der Leistung die Vertragsaufhebung nach § 1170b Abs 2 ABGB erklären.³⁵

Allerdings darf der Unternehmer die Sicherstellung nicht verwerten, solange der Werklohn wegen der mangelhaften Leistung nicht fällig ist. Dies soll nach der Rechtsprechung selbst in dem Fall gelten, dass die Einwendungen des Bestellers unberechtigt sind.³⁶ Diese Rechtsansicht wird in der Literatur mit dem Argument kritisiert, dass unberechtigte Einwendungen die Fälligkeit grundsätzlich nicht verhindern.³⁷

³¹ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 1170b Rz 78

³² OGH 23.09.2020, 3 Ob 134/20g

³³ Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB, 192

³⁴ OGH 15.03.2023, 3 Ob 28/23y

³⁵ OGH 27.09.2016, 1 Ob 107/16s

³⁶ OGH 15.09.2020, 6 Ob 113/20s

³⁷ Anderl/Stanke, Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Sicherstellungen nach § 1170b ABGB bei unberechtigten Einwendungen des Auftraggebers, bauaktuell, 2021, 70ff

Leistet der Besteller die Sicherheit nicht und erklärt der Unternehmer daraufhin die Vertragsaufhebung, endet der Vertrag und entfällt die Verpflichtung des Unternehmers die Mängel zu beheben.³⁸ Damit wird auch der wegen der Mängel einbehaltene Werklohn fällig. Die unterlassene Mängelbehebung hat sich der Unternehmer als Ersparnis bei der Berechnung seines Anspruches nach § 1168 ABGB anrechnen zu lassen.

XI. Kostentragung durch den Unternehmer

Der Unternehmer hat die Kosten der Sicherstellung zu tragen. Allerdings ist die Kostentragung mit 2% der Sicherstellungssumme pro Jahr beschränkt, sodass den Besteller die allenfalls darüberhinausgehenden Kosten treffen. Die Kosten der Sicherstellung treffen zuerst den Besteller, der die Sicherheit legt. Er hat aber in weiterer Folge Anspruch auf Ersatz dieser Kosten durch den Unternehmer. Nach herrschender Meinung wird dieser Ersatzanspruch des Bestellers erst mit dem Werklohn des Unternehmers fällig.³⁹ Der Besteller wird daher normalerweise in der Lage sein, seinen Ersatzforderung mit dem Werklohnforderung des Unternehmers aufzurechnen.

Ausdrücklich regelt § 1170b ABGB, dass der Unternehmer die Kosten nicht zu tragen hat, wenn die Sicherstellung nur mehr wegen Einwendungen des Bestellers aufrechterhalten werden muss und sich diese Einwendungen als ungerechtfertigt erweisen.

XII. Frist zur Leistung der Sicherheit

Der Besteller hat die geforderte Sicherstellung in angemessener Frist zu leisten. Die Frist ist dabei vom Unternehmer festzusetzen. Angemessen ist die Frist, wenn

³⁸ OGH 04.06.2014, 7 Ob 43/14w

³⁹ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 1170b Rz 72; Hörker/Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1170b Rz 28 (Stand 01.08.2020, rd.at)

sie ausreicht, ohne schuldhafte Verzögerung die Sicherstellung zu besorgen. Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Dementsprechend sind die finanziellen Verhältnisse des Bestellers nicht beachtlich. Die ÖNORM B 2110 regelt in Punkt 8.7.1, dass die Sicherstellung binnen zwei Wochen zu übergeben ist, sodass davon ausgegangen werden kann, dass diese Frist in der Regel jedenfalls angemessen sein wird.

Eine zu kurz bemessene Frist macht das Sicherstellungsverlangen nicht unbeachtlich.⁴⁰ Dem Besteller steht in diesem Fall die angemessene Frist zu, auch wenn sie über die vom Unternehmer gesetzte Frist hinausgeht.⁴¹ Stellt der Besteller trotz zu kurzer Fristsetzung die Sicherheit innerhalb angemessener Frist, treten dementsprechend die Verzugsfolgen nicht ein. Umgekehrt gilt, dass die Verzugsfolgen eintreten, wenn der Besteller die Sicherheit nicht binnen angemessener Frist leistet, obwohl die Frist vom Unternehmer zu kurz gesetzt wurde.

Setzt der Unternehmer keine Frist, führt auch das nicht zur Unbeachtlichkeit des Sicherstellungsverlangens. Es genügt, wenn der Unternehmer eine angemessene Frist faktisch gewährt.⁴²

Nach allgemeinen Grundsätzen wird eine Fristsetzung entfallen können, wenn der Besteller die Leistung einer Sicherstellung ernsthaft und endgültig verweigert oder ihm die Leistung einer Sicherstellung offensichtlich unmöglich ist.⁴³ In beiden Fällen wäre die Fristsetzung von vornherein sinnlos. Die Umstände, die zum Entfall des Erfordernisses der Fristsetzung geführt haben, sind vom Unternehmer zu beweisen.

XIII. Die angemessene Nachfrist

Leistet der Besteller die Sicherheit binnen angemessener Frist nicht, kann der Unternehmer seine Leistung verweigern, ohne in Verzug zu geraten, und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären.

⁴⁰ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 1170b Rz 82

⁴¹ Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB, 129

⁴² OGH 27.11.2018, 4 Ob 209/18s

⁴³ Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB, 130

Auch hier bedarf es der Setzung der Nachfrist nicht, wenn der Besteller die Leistung einer Sicherstellung ernsthaft und endgültig verweigert oder ihm die Leistung einer Sicherstellung offensichtlich unmöglich ist.

Die Nachfrist wird in der Regel kürzer bemessen sein dürfen, als die erste Frist, da nicht davon ausgegangen werden muss, dass der Besteller noch nichts unternommen hat, um die Sicherheit zu besorgen.

XIV. Der Vergütungsanspruch des Unternehmers nach Vertragsaufhebung

§ 1170 b ABGB verweist hinsichtlich der Vertragsaufhebung auf § 1168 Abs 2 ABGB und macht damit deutlich, dass es sich um eine Vertragsaufhebung in Folge mangelnder Mitwirkung des Bestellers handelt. Der Unternehmer hat daher nach § 1168 Abs 1 ABGB Anspruch auf das vereinbarte Entgelt. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Somit wird der Unternehmer finanziell so gestellt, als hätte er das Werk zu Ende ausgeführt. Die Beweislast für die Ersparnis und den anderweitigen Verdienst trifft den Besteller.

Die rechtlichen und bauwirtschaftlichen Folgen des Vertrags- rücktritts nach § 1170b ABGB – die Abrechnung!

Lukas Andrieu / Markus Allram / Detlef Heck / Manuel Rathmayr*

Graz, Wien

* Mag. Lukas Andrieu, ScherbaumSeebacher Rechtsanwälte GmbH;
Mag. iur. Dipl.-Ing. Markus Allram, Heck + Partner Consult GmbH;
Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck, Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU Graz;
Mag. Ing. Manuel Rathmayr, ScherbaumSeebacher Rechtsanwälte GmbH;

I. Allgemeines

Durch § 1170b ABGB wird dem Werkunternehmer unter der Überschrift „Sicherstellung bei Bauwerken“ ein gesetzlicher, nicht abdingbarer Sicherstellungsanspruch gegenüber dem Werkbesteller eingeräumt.¹ Vorbildbestimmung war dabei die deutsche Bestimmung der „Bauhandwerkersicherung“ gem. § 648a aF BGB (nunmehr § 650 f BGB).²

Zweck der Norm ist die Verminderung des Insolvenzrisikos im Bau- und Bau-nebengewerbe. Der normierte Sicherstellungsanspruch steht dem Werkunternehmer vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bis zur vollständigen Bezahlung des Werklohns zu,³ wobei das Verlangen auf Leistung der Sicherheit sowohl formfrei⁴ als auch ohne Angabe von Gründen erfolgen kann.⁵ Die Höhe der Sicherstellung ist gesetzlich mit zwei Fünfteln – also 40% – des vereinbarten Entgelts begrenzt.

Fordert der Werkunternehmer die Sicherstellung ein und kommt der Werkbesteller dieser Forderung nicht binnen einer vom Werkunternehmer festzusetzenden angemessenen Frist nach, steht diesem gem. § 1170b Abs 2 ABGB zunächst ein Leistungsverweigerungsrecht zu.⁶ Nach Setzung einer wiederum angemessenen Nachfrist kann der Werkunternehmer in einem nächsten Schritt die Vertragsaufhebung einseitig erklären. Läuft ebenso die Nachfrist erfolglos ab, gilt der Vertrag eo ipso mit Wirkung ex nunc als aufge-

¹ Vgl. ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

² ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72, Böhler in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB-Kommentar⁴ § 1170b Rz 46; Schopper in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar zum ABGB – Klang Kommentar³ § 1168 Rz 3; *Panholzer/Andrieu*, Fälligkeit des Werklohns trotz Mängeln bei Vertragsrücktritt gemäß § 1170b ABGB, bauaktuell, 104.

³ 1 Ob 107/16s, EvBl 2017/66; RIS-Justiz RS0132039; 6 Ob 67/17d, bauaktuell 2017, 205 (*Berlakovits/Stanke*), ZVB 2017/107 (*Lessiak*), EvBl 2018/18 (*Hoch/Peissl*); *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Vor 8: Rechnungslegung, Zahlung, Sicherstellung Rz 158.

⁴ 4 Ob 209/18s, ZVB 2019/33 (Berl), EvBl 2019/80 (*Kietaibl*); Schopper in Klang³ § 1170b Rz 78. *Hörker/Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1/04} § 1170b Rz 32; Böhler in *Rummel/Lukas/Geroldinger*⁴ § 1170b Rz 41.

⁵ Böhler in *Rummel/Lukas/Geroldinger*⁴ § 1170b Rz 40; vgl auch Schopper in Klang³ § 1170b Rz 75.

⁶ *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Vor 8 Rz 162; Böhler in *Rummel/Lukas/Geroldinger*⁴ § 1170b Rz 46.

hoben.⁷ Durch den Verweis auf § 1168 Abs 2 ABGB bestimmen sich die Folgen der Vertragsaufhebung nach § 1168 ABGB. Der Werkunternehmer behält dabei insbesondere einen **eingeschränkten Entgeltanspruch**,⁸ bei welchem es sich nach hM um keinen Schadenersatzanspruch handelt – die Rechtsnatur dieses Anspruchs ist allerdings ansonsten strittig.⁹

Etwaige **Schadenersatzansprüche** sind folglich vom eingeschränkten Anspruch auf Entgelt gem. § 1168 Abs 1 ABGB strikt zu trennen und bestehen nur unter der allgemeingültigen Voraussetzung, dass dem Werkunternehmer durch das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des Werkbestellers ein Schaden entstanden ist.

1.1 Möglichkeit der vertraglichen Modifikation der gesetzlichen Regelung

1.1.1 ÖNorm B 2110

Beim Gros der abgeschlossenen österreichischen Bauverträge wird die ÖNorm B 2110 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm“ in ihrer jeweils geltenden Fassung vertraglich zur Gänze oder bloß in Teilen vereinbart.¹⁰ Dies wirft die Frage auf, ob die ÖNorm B 2110 eigene Regeln über aber auch Modifikationen für die Folgen bzw. die Abrechnung nach Beendigung eines Vertrags nach § 1170b Abs 2 ABGB vorsieht. Die einzige explizite Nennung des § 1170b ABGB findet sich als Beisatz unter Punkt 8.7.1. „Kautio“, der ein spiegelbildliches Recht des Werkbestellers verbrieft, wonach der Werkbesteller vom Werkunternehmer eine Sicherstellung für die zu erbringenden Leistungen verlangen kann.¹¹ Konkret regelt der Beisatz, dass das Recht des Unternehmers auf Sicherstellung gem. § 1170b ABGB unbenommen von einer

⁷ 8 Ob 131/17y; Hörker/Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1170b Rz 36; Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1170b Rz 48; Schopper in Klang³ § 1170b Rz 99 und 104 mwN; für den iSd § 1168 Abs 1 ABGB gleich gelagerten Fall der Abbestellung des Werks durch den Auftraggeber Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7: Leistungsabweichungen und ihre Folgen Rz 79.

⁸ ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72; Hörker/Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1170b Rz 31 und 36; Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1170b Rz 48; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 50.

⁹ Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 26; Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1168 Rz 14.

¹⁰ Zum Zeitpunkt des Erscheinens ist die ÖNorm B 2110 in der Ausgabe 2023-05-01 die aktuelle Auflage.

¹¹ Punkt 8.7.1 Kautio im Kapitel Sicherstellung der ÖNorm B 2110.

Sicherstellung seitens des Bestellers gelten sollen, überlässt es aber der Fantasie des Normanwenders, wie in solchen Fällen zu verfahren ist.

Die einzige (andere) in der ÖNorm B 2110 geregelte Möglichkeit einen Werkvertrag vorzeitig zu beenden, ist der Rücktritt vom Vertrag gem. Punkt 5.8. Karasek erkennt jedoch in der Vertragsaufhebung nach § 1170b Abs 2 ABGB zu Recht keinen „Rücktritt“ im Sinne des Punktes 5.8 der Norm und schließt folglich darauf, dass die hierzu geregelten Bestimmungen über die Folgen eines Rücktritts gem. Punkt 5.8.3. nicht anwendbar sind.¹² Stattdessen gelangen die Folgen des § 1168 Abs 2 ABGB ohne jedwede (vertragliche) Modifikation zur Anwendung.

1.1.2 Individualvertrag – Modifikation in engen Grenzen

Grundsätzlich gilt, dass der in § 1170b ABGB dem Unternehmer eingeräumte Sicherstellungsanspruch gegenüber dem Besteller unabdingbar ist – eine Modifikation, die nicht dessen Unterminierung zum Ziel hat, ist folglich bloß in engen Grenzen möglich.¹³ Dem Recht des Unternehmers eine Sicherstellung zu verlangen, kommt ein bloß relativ zwingender Charakter zu, wonach grundsätzlich (sämtliche) Abweichungen zugunsten des Unternehmers zulässig sind.¹⁴ Unzulässig im Sinne des § 879 ABGB sind hingegen Vereinbarungen, die eine Einschränkung der vorgesehenen Rechte des Unternehmers bewirken sollen, wie beispielsweise eine ziffernmäßige Beschränkung der Sicherheitsleistung, zeitliche Befristungen der Sicherheit,¹⁵ sowie Abreden, welche das Sicherstellungsbegehren erschweren.¹⁶ Dies gilt unabhängig davon, ob diese Vereinbarungen bereits mit dem Vertrag oder nach dessen Abschluss getroffen wurden.¹⁷

¹² Karasek, ÖNORM B 2110⁴ 5 Vertrag Rz 132.

¹³ Vgl. ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

¹⁴ Schopper, Sicherstellung bei Bauverträgen – der neue § 1170b ABGB, JAP 2006/2007, 53 (57); Hörker/Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1170b Rz 38; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ 8 Rechnungslegung, Zahlung, Sicherstellungen Rz 115.

¹⁵ Vgl dazu Panholzer, Die Anwendbarkeit des § 1170b ABGB, Erfahrungen seit der Einführung 2007 und die damit verbundenen Problemstellungen in der Praxis, bbl 2009, 83 (87); Schmidinger, Die Sicherstellung des Bauunternehmers nach § 1170b ABGB, bauaktuell 2012, 42 (48); Hörker/Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1170b Rz 37.

¹⁶ Schmidinger, bauaktuell 2012, 42 (49); Skarics, Die Zulässigkeitsgrenzen vertraglicher Verieinbarungen zu § 1170b ABGB, ZRB 2013, 3 (6); Hörker/Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1170b Rz 37.

¹⁷ Hörker/Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1170b Rz 37.

In der Literatur viel diskutiert und vom OGH noch nicht restlos beantwortet bleibt hingegen die Frage, ob Vereinbarungen hinsichtlich der Art der Sicherstellung zulässig sind.¹⁸ Unstrittig ist, dass der Besteller die Wahl des Sicherstellungsmittels hat. Die explizit in § 1170b ABGB erwähnte und in der Praxis regelmäßig als Mittel der Wahl genutzte Bankgarantie bietet aufgrund der möglichen Ausgestaltung mit Effektivklauseln besonders viel Raum für Diskussion. In der jüngeren Entscheidung 3 Ob 134/20g vom 23.09.2020 setzt sich der OGH detailliert mit dem gesamten diesbezüglichen Schrifttum auseinander und kommt zum Ergebnis, dass eine differenzierte Betrachtung geboten erscheint. Jedenfalls erfülle aber eine Sicherstellung den Zweck des § 1170b ABGB dann nicht, wenn der Werkbesteller es faktisch in der Hand hat, dem Werkunternehmer den (rechtmäßigen) Zugriff darauf zu verwehren,¹⁹ denn der Werkunternehmer soll neben der Zahlungsunfähigkeit des Werkbestellers auch vor dessen Zahlungsunwilligkeit geschützt werden.²⁰

II. (eingeschränkter) Entgeltanspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB I

2.1 Ausgangsbasis gesamtes vereinbartes Entgelt

§ 1168 Abs 1 ABGB sieht für den Werkunternehmer einen (eingeschränkten) Entgeltanspruch vor, wenn dieser zur Leistung bereit war, die Ausführung des Werkes aber aus Gründen, die der Werkbesteller zu verantworten hat, unterblieben ist.²¹ Die Ausgangsbasis für Überlegungen zur Höhe dieses Entgeltanspruchs muss dem Wortlaut der Bestimmung nach das (gesamte) vereinbarte Entgelt sein.²² Reduziert wird dieser Anspruch durch die im Gesetz genannten Anrechnungs-

¹⁸ Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1170b Rz 20ff; Hörker/Kletečka in ABGB-ON^{1,04} § 1170b Rz 20ff; Schopper in Klang³ § 1170b Rz 62ff; Kietaihl in Schwimann/Kodek⁶ § 1170b Rz 8.

¹⁹ 3 Ob 134/20g, Zak 2020/380 (Pochmarski/Kober), ZRB 2021, 20 (Wenusch); Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1170b Rz 29.

²⁰ Kietaihl in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁶ § 1170b Rz 13.

²¹ Kletečka in ABGB-ON^{1,04} § 1168 Rz 13; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 7.

²² Vgl Schopper in Klang³ § 1168 Rz 83; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 26; 1 Ob 642/90, SZ 6471.

beträge;²³ also zum einen durch jene Aufwendungen, die sich der Unternehmer infolge des Unterbleibens der Arbeit erspart hat und zum anderen durch jene Beträge, die er durch anderweitige Verwendung (seiner Ressourcen) erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

Der Unternehmer soll aus dem Unterbleiben der Herstellung des Werks weder besondere Nachteile noch Vorteile haben; er soll vielmehr jenen Gewinn erzielen können, den er bei vollständiger Herstellung des Werkes erzielt hätte.²⁴ Dies gilt sowohl für Einheitspreisvereinbarungen als auch für Pauschalpreisvereinbarungen.²⁵ Bei nicht kostendeckenden Preisen (insbesondere dem nicht kostendeckenden Pauschalpreis) darf der Unternehmer aufgrund des Unterbleibens der Werkausführung folglich auch nicht besser gestellt werden, als hätte er das Werk vollendet,²⁶ wobei diese Aussage dahingehend eingeschränkt werden muss, als eine Besserstellung auf Kosten des Bestellers nicht schadet.²⁷ Unabhängig von den nachstehenden Ausführungen zur konkreten Berechnung der Anrechnungsbeträge gem. § 1168 Abs 1 ABGB kann den Ausführungen des jüngeren Schrifttums gefolgt werden, wonach in solchen Fällen die vom Werklohn abzuziehende Ersparnis proportional zum erwarteten Verlust des Unternehmers zu kürzen ist.²⁸

Die Beweislast für das Vorliegen der Leistungsbereitschaft, der Umstände aufseiten des Bestellers, welche zum Unterbleiben der Arbeit geführt haben sowie die grundsätzliche Höhe des Anspruchs trifft den Unternehmer.²⁹ Der Besteller hat demgegenüber zu behaupten und zu beweisen, was sich der Unternehmer im

²³ 6 Ob 448/60, EvBl 1961/97; 2 Ob 561/79, SZ 52/178; 1 Ob 2/05h.

²⁴ 6 Ob 448/60, EvBl 1961/97; 1 Ob 272/70, EvBl 1971/161; 1 Ob 642/90, SZ 64/71; 8 Ob 121/17b, EvBl 2019/26; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 88; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 100; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 27; Reiner in Schwimann/Neumayr⁶ § 1168 ABGB Rz 2.

²⁵ Näher dazu beispielsweise Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 27; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 101; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 93, 96f.

²⁶ Schopper in Klang³ § 1168 Rz 85; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 27; vgl auch 1 Ob 642/90, RIS-Justiz RS0021748.

²⁷ Mit Verweis auch auf deutsche Literatur Kletečka in ABGB-ON^{1,04} § 1168 Rz 27; sich anschließend Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 117.

²⁸ Ausführlich und mit zahlreichen Beispielen dazu Kronthaler, Welche Leistungen sind von einer Pauschalpreisvereinbarung umfasst? bauaktuell 2017, 101f; ihm folgend Kletečka in ABGB-ON^{1,04} § 1168 Rz 29; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 117; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 27.

²⁹ 6 Ob 717/82; 6 Ob 216/10y, ZVB 2011/26 (Hiltz); 3 Ob 126/11t, bbl 2012/99; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 33; Schopper in Klang³ § 1168 Rz 115.

Rahmen des eingeschränkten Entgeltanspruchs anrechnen lassen muss.³⁰ Da jedoch in vielen Fallkonstellationen bloß der Unternehmer die zur Ermittlung der Ersparnis notwendigen Daten und Unterlagen besitzt, ist eine Mitwirkung des Unternehmers bei der Ermittlung der Höhe der Anrechnungsbeträge unumgänglich.³¹

2.2 Anrechnung – Ersparung infolge Unterbleibens der Arbeit

Um der Frage, was sich der Werkunternehmer konkret infolge des Unterbleibens der Arbeit erspart hat, auf den Grund zu gehen, gilt es zunächst eine erste Unterteilung vorzunehmen:

- bereits erbrachte (Teil-)Leistungen
- ausbleibende bzw. noch nicht erbrachte Leistungen

Für bereits erbrachte Leistungen gebührt in der Regel das volle Entgelt.³² Zu diesen Leistungen zählen insbesondere Vorarbeiten³³ oder bereits erbrachte Teilleistungen,³⁴ auch wenn letztere gegebenenfalls für den Werkbesteller infolge Nichtvollendung des Werkes wertlos geworden sind.³⁵ Dies gilt bloß dann nicht, wenn die konkrete Teilleistung für sich genommen mangelhaft ist; dann sind jene, durch die unterbliebene Verbesserung ersparten Aufwände des Werkunternehmers an-

³⁰ 1 Ob 687/86, JBL 1987, 524; 8 Ob 625/88, ecolex 1990, 212; 1 Ob 642/90, SZ 64/71; 4 Ob 116/11d; 8 Ob 131/17y, Zak 2018/250 (Kolmasch), RIS Justiz RS0021768; Kletečka in ABGB-ON^{1,04} § 1168 Rz 25; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 33; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 125; Kronthaler, Welche Leistungen sind von einer Pauschalpreisvereinbarung umfasst? bauaktuell 2017, 98 (101).

³¹ M. Bydliński in Bydliński/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB⁷ § 1168 ABGB Rz 5; zustimmend mit weiteren Argumenten Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 98; eingeschränkt für den Fall, dass der Unternehmer für den fraglichen Zeitraum (möglicherweise) Zusatzaufträge übernommen hat Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 126.

³² 5 Ob 588/81; 1 Ob 81/06b; 10 Ob 17/16x; RIS-Justiz RS0021919; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 28; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 84; Schopper in Klang³ § 1168 Rz 92.

³³ 2 Ob 137/50; 1 Ob 81/06b; RIS-Justiz RS0025713; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 84; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 101.

³⁴ 5 Ob 588/81; 1 Ob 81/06b; 10 Ob 17/16x; RIS-Justiz RS0021919; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 84; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 101.

³⁵ Kletečka in ABGB-ON^{1,04} § 1168 Rz 31; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 114; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 79; Schopper in Klang³ § 1168 Rz 177; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 114.

zurechnen.³⁶ Hätte ein Generalunternehmer die Verbesserung etwa aufgrund von Gewährleistungspflichten eines Subunternehmers ohne zusätzliche Kosten bewerkstelligen können, führt dies nicht zu einer Außerachtlassung der Kosten für die Verbesserung. Dem Generalunternehmer verbleiben in einem solchen Fall seine Rechte gegenüber dem Subunternehmer, die zu einer entsprechenden Ersparnis im Sinne des § 1168 Abs 1 ABGB führen.³⁷

Kein volles Entgelt steht dem Werkunternehmer hingegen für jene Leistungen zu, die dieser noch nicht erbracht hat. Für solche Leistungen ist streng gemäß dem Wortlaut die konkrete Ersparnis infolge des Unterbleibens der Arbeit auf das jeweils vereinbarte Entgelt anzurechnen. Messbar wird die konkrete Ersparnis erst durch Ermittlung der, den (geplanten aber nun entfallenen) Einnahmen gegenüberstehenden Kosten unter Einbeziehung der Kalkulation im Baugewerbe.³⁸

³⁶ 1 Ob 107/16s, bau aktuell 2016, 217 (Berlakovičs/Stanke), ZVB 2016, 520 (Wagner), ZRB 2016, 173 (Wenusch), bau aktuell 2017, 33 (Wiesinger), bau aktuell 2017, 104 (Panholzer/Andrieu), EvBl 2017, 460 (Kietaičbl), ecolex 2017, 397 (Melcher), ZVB 2020, 314 (Schopper); Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 79; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 115.

³⁷ Kletečka in ABGB-ON^{1,04} § 1168 Rz 31.

³⁸ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 84ff; ebenfalls klar für eine projektbezogene Berechnung des eingeschränkten Entgeltanspruchs Schopper in Klang³ § 1168 Rz 82, 91.

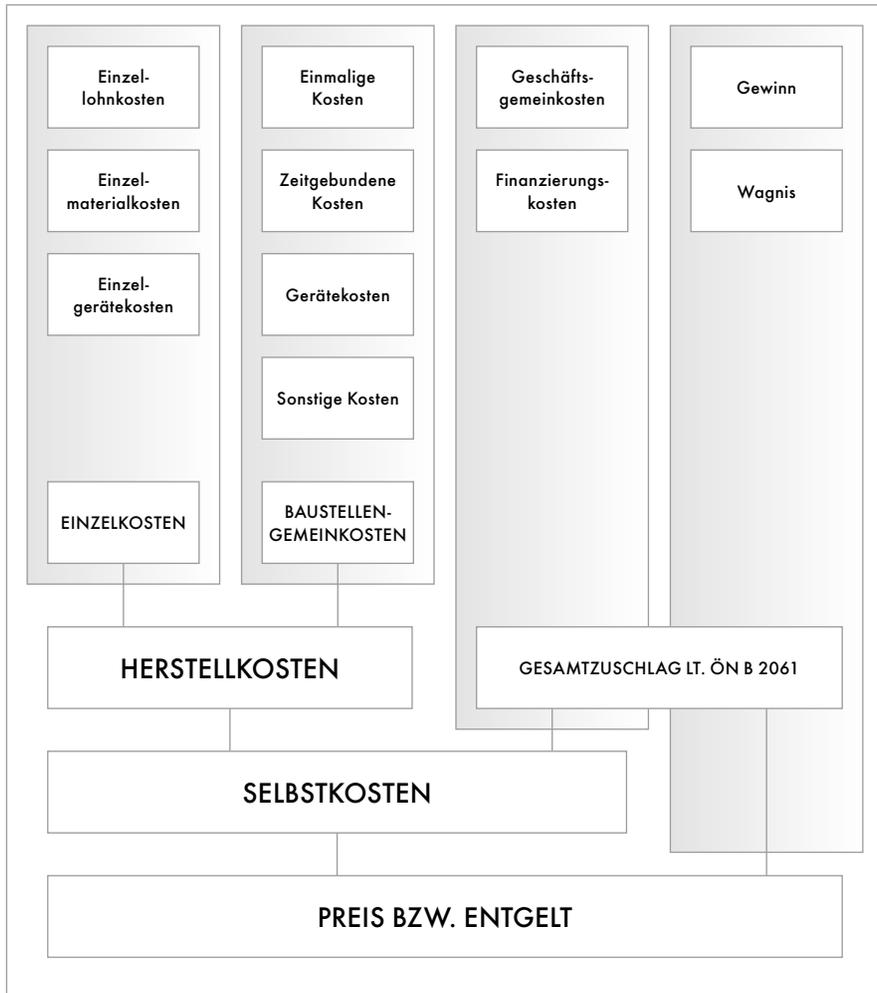


Abb. 1: Aufbau der Kostenermittlung nach ÖNORM B 2061

Angelehnt an Quelle: Fabich, Kostencontrolling 2015. Wien: fh campus wien. Skriptum. WS 2015/16. S.9.

Es gilt folglich jene Entgelt- bzw. Kalkulationsbestandteile zu identifizieren, die sich der Unternehmer aufgrund des Ausbleibens der Arbeiten erspart hat (=Kosten). Diese Kosten setzen sich zum einen aus dem Werk eindeutig zuordenbaren Kosten (=Herstellkosten) und zum anderen aus rechnerisch umgelegten bzw. dem Werk nicht eindeutig zuordenbaren Kosten³⁹ (=Teile des Gesamtzuschlags) zu-

³⁹ Auch „Umlagekosten“ genannt vgl Haring, Preisbildung & Preisumrechnung³ Rz 1.33; Ch. Lang, ÖNORM B 2061-Preisermittlung für Bauleistungen, bauaktuell 2023, 14 Kapitel 3.2.5.

sammen. Während die Möglichkeit der eindeutigen Zuordnung von Kosten (Herstellkosten) die exakte Messbarkeit des Ersparnis mit sich bringt, sind jene Ersparnisse der Kalkulationsbestandteile der rechnerisch umgelegten Kosten (Teile des Gesamtzuschlags) wiederum bloß annäherungsweise ermittelbar. Letztere dürfen bei einer gesamtheitlichen Betrachtung jedoch in keinem Fall vernachlässigt werden, da es sich zum Teil um tatsächlich anfallende, wenn auch nicht eindeutig zuordenbare Kosten handelt.⁴⁰

1.1.2 Herstellkosten

Zu den konkret messbaren und bei den einzelnen noch nicht ausgeführten Leistungen vom jeweils vereinbarten Entgelt in Abzug zu bringenden Ersparnissen zählen grundsätzlich die Kalkulationsbestandteile der Herstellkosten der einzelnen Leistungen. Der auf das vereinbarte Entgelt im Sinne des § 1168 Abs 1 ABGB anzurechnende Betrag im Kontext der Herstellkosten bildet sich aus den **Einzelkosten** der resultierenden Ersparnisse wie beispielsweise noch nicht verbrauchtem Material, nicht aufgewendeter Arbeitslöhne, nicht entstandener Gerätekosten oder auch nicht angefallener Fremdleistungen.⁴¹

Die **Baustellengemeinkosten** sind eindeutig dem Werk bzw. der jeweiligen Baustelle zuordenbar und gelten als Teil der Herstellkosten. Diese werden in der Regel als gesonderte Leistungen ausgewiesen und sind keine Kalkulationsbestandteile der einzelnen (anderen) Leistungen.⁴² So werden die einzelnen Kostenpunkte der Baustellengemeinkosten nicht in Form von Zuschlägen auf die Kosten der einzelnen (anderen) Leistungen hinzugerechnet, sondern separat ausgewiesen – es handelt sich also gerade nicht um Bestandteile der Kalkulation noch nicht erbrachter Leistungen. Die Frage nach der Ersparnis im Hinblick auf die Baustellengemeinkosten ist folglich dergestalt zu beantworten als diese in bereits geleistete (Teil-)Leistungen und ausbleibende bzw. noch nicht erbrachte Leistungen zu unterteilen sind.⁴³ Für vom Unternehmer vollständig bzw. teilweise geleistete Baustellengemeinkosten gebührt diesem wie bereits ausgeführt in der

⁴⁰ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 88.

⁴¹ Haring, Preisbildung & Preisumrechnung³ Rz 1.42.

⁴² Haring, Preisbildung & Preisumrechnung³ Rz 1.43; Kropik/Entacher, Die Erfassung von Baustellengemeinkosten und deren Zuordnung zu Positionen (Teil I), ZVB 2024/12, Kapitel C.3 und Kapitel D.

⁴³ Vgl auch Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 86.

Regel das vereinbarte Entgelt; für noch nicht erbrachte Baustellengemeinkosten gelten dementsprechend nachstehende Ausführungen.⁴⁴

2.2.2 Teile des Gesamtzuschlags

Bei der Ermittlung dessen, was sich der Unternehmer in Folge des Ausbleibens der Arbeit erspart hat, ist mit Blick auf den Gesamtzuschlag und dessen einzelner Bestandteile eine differenzierte Betrachtung notwendig. Dementsprechend gilt es den einzelnen kalkulatorischen Faktoren mehr oder minder konkret ermittelbare Kosten gegenüberzustellen bzw. in weiterer Folge die Frage zu stellen, ob sich der Unternehmer diese Kosten infolge des Unterbleibens der Arbeit tatsächlich erspart hat.

Der (kalkulierte) **Gewinn** ist im Rahmen des eingeschränkten Entgeltanspruchs auf das vereinbarte Entgelt **nicht anzurechnen**, weil diesem Kalkulationsbestandteil des Gesamtzuschlags keine Kosten und sohin auch kein Ersparnis gegenüberstehen; die Höhe des Gewinnzuschlags wird stattdessen von der Konjunktur sowie der Wettbewerbssituation bestimmt. Es gilt, wie eingangs bereits angeführt, dass der Unternehmer bei der Anrechnungsbestimmung des § 1168 Abs 1 ABGB nicht um seinen Gewinn gebracht werden soll.⁴⁵ Dies gilt auch für sogenannte Vergabegewinne.⁴⁶

Der Kalkulationsbestandteil **Wagnis** hat eine Einbeziehung in die Kalkulation durch abstrakte Bewertung des projektspezifischen Wagnisses und des generellen unternehmerischen Risikos zum Ziel – es soll letztlich das Unglück bei der zukünftig zu erbringenden Leistung abfedern.⁴⁷ Dabei handelt es sich um eine Rechengröße, die maßgeblich von Erfahrungswerten und den Rahmenbedingungen des konkreten Werkvertrags abhängig ist.⁴⁸ Je nachdem, in welchem Ausmaß ein Wagnis eintritt, vergrößert oder verringert es letztlich den Gewinn. Konkre-

⁴⁴ So auch Schopper in Klang³ § 1168 Rz 94, der ebenfalls auf die Zuordenbarkeit abstellt.

⁴⁵ Vgl auch FN 15; Kletečka in ABGB-ON^{1,04} § 1168 Rz 28; ihm folgend Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 84.

⁴⁶ Karasek, Gedanken zu den Anrechnungsvorschriften bei eingeschränktem Entgeltanspruch in Gitschthaler/Pierer/Zöchling-Jud (Hrsg), FS Fischer-Czermak (2024) 290.

⁴⁷ Kropik, Die ÖNORM B 2061, bauaktuell 2023, 228 Kapitel 1.1.

⁴⁸ Ch. Lang, ÖNORM B 2061-Preisermittlung für Bauleistungen, bauaktuell 2023, 14 Kapitel 3.2.5.

te Kosten stehen dem Wagnis also gerade nicht gegenüber, vielmehr werden durch die Bewertung des Wagniszuschlags zukünftige, bloß eventuell auftretende Kosten zu decken versucht. Dies erkennt auch der BGH in VII ZR 201/15 Rz 27 zur „parallelen“⁴⁹ deutschen Bestimmung § 649 BGB alte Fassung (heute § 648 BGB).⁵⁰ Es komme zudem auch nicht darauf an, ob sich das Risiko, das mit dem Wagniszuschlag abgedeckt werden soll, im konkreten Fall verwirklicht hat. Der Wagniszuschlag ist folglich auf das vereinbarte Entgelt im Sinne des § 1168 Abs 1 ABGB **nicht anzurechnen** und steht dem Unternehmer im Rahmen des eingeschränkten Entgeltanspruchs, insofern es sich um die Deckung des generellen unternehmerischen Risikos handelt, zu.⁵¹ Projektspezifische (Einzel-)Wagnisse sind gesondert zu betrachten, da diese unter Umständen nicht oder bloß teilweise anfallen.⁵²

Der Kalkulationsbestandteil der **Finanzierungskosten** umfasst die Kosten für die notwendige Vorfinanzierung der Bauproduktion und unter Umständen auch etwaige Gebühren für Bankgarantien.⁵³ Dem folgt, dass sich der Unternehmer im Falle des Unterbleibens der Arbeit ebendiese Kosten bzw. Aufwendungen erspart und demnach diese Kosten gem. § 1168 Abs 1 ABGB auf das vereinbarte Entgelt **anzurechnen** sind.⁵⁴ Anderes kann bloß dann gelten, wenn ausnahmsweise konkrete Kosten aus dem Titel der Finanzierungskosten vorab zur Gänze anfallen wie beispielsweise Kosten für eine (vorab zu legende) Erfüllungsgarantie.

Die **Geschäftsgemeinkosten** – auch Zentralregie genannt – umfassen alle Gemeinkosten eines Unternehmens, die mit der Bauproduktion bzw. dem konkreten Bauvorhaben in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen.⁵⁵ Darunter fallen unter anderem die Kosten für Verwaltung, Kalkulation, EDV und Kommunikation, Marketing, Gehaltskosten für die Geschäftsführung sowie für Stabstellen, Mieten und Pachten beispielsweise für Büroräumlichkeiten oder auch die Abschreibung

⁴⁹ Bezeichnung aus 8 Ob 131/17y übernommen.

⁵⁰ Schopper in Klang³ § 1168 Rz 97.

⁵¹ Karasek in FS Fischer-Czermak (2024) 291.

⁵² Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 89; oder auch BGH in VII ZR 201/15, Rz 28.

⁵³ Haring, Preisbildung & Preisumrechnung³ Rz 1.63.

⁵⁴ Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 87; Schopper in Klang³ § 1168 Rz 98.

⁵⁵ Haring, Preisbildung & Preisumrechnung³ Rz 1.63; Haring in Straube/Aicher/Ratka/Rauter, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kapitel 2.1.4.2.

für Anlagen, welche dem Unternehmen dienen.⁵⁶ Bei den Geschäftsgemeinkosten handelt es sich um Fixkosten, die durch die Betriebsbereitschaft des Unternehmens entstehen⁵⁷ und unabhängig vom jeweiligen Beschäftigungsgrad anfallen.⁵⁸ Der Verlust der Deckung dieser Fixkosten muss so jedenfalls im Rahmen der Anrechnung nach § 1168 Abs 1 ABGB berücksichtigt werden, da sich der Unternehmer diese Kosten infolge des Unterbleibens der Arbeit gerade nicht erspart hat.⁵⁹ Der Kalkulationsbestandteil Geschäftsgemeinkosten ist folglich beim eingeschränkten Entgeltanspruch **nicht anzurechnen**.

Probleme bereitet jedoch die exakte Ermittlung der Höhe der ersparten Kosten, denn die Berechnung des korrespondierenden Kalkulationsbestandteils „Geschäftsgemeinkosten“ erfolgt aufgrund dessen, dass die einzelnen Kostenpunktestandteile nicht wirklich eindeutig einem konkreten Bauvorhaben zuordenbar sind, bloß annäherungsweise durch Umlage der im gesamten Unternehmen tatsächlich anfallenden Kosten auf den erwarteten Umsatz.⁶⁰ Diese Unschärfe in der Ermittlung der exakten Höhe der Geschäftsgemeinkosten und sohin des (konkret) Ersparten im Sinne des § 1168 Abs 1 ABGB ändert indes nichts an deren Natur als Fixkosten.⁶¹ Nachdem es gerade im Interesse des Unternehmers liegt, einen möglichst akkuraten Kalkulationsansatz bzw. Zuschlag für die Geschäftsgemeinkosten zu wählen, um zum einen konkurrenzfähig bleiben zu können und zum anderen kostendeckend arbeiten zu können, ist die Heranziehung des entsprechenden Kalkulationsansatzes für eine annäherungsweise Berechnung jedenfalls tauglich.⁶²

⁵⁶ Haring, Preisbildung & Preisumrechnung³ Rz 1.63.

⁵⁷ Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1168 Rz 28; diese als reale Kosten bezeichnend Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 88.

⁵⁸ Lechner/Egger/Schauer, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre²⁷ (2016) 433; vgl auch Schopper in Klang³ § 1168 Rz 95.

⁵⁹ Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1168 Rz 28; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 88; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 104; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geraldinger⁴ § 1168 Rz 30; gegen die Anrechnung, aber für eine Berücksichtigung aus dem Titel Schadenersatz 6 Ob 448, 449/60 EvBl 1961/97; RIS-Justiz RS0021851.

⁶⁰ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement 610; vgl auch Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 88.

⁶¹ Vgl auch Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement 610.

⁶² Dies als „Grundregel der Baupreisbildung“ bezeichnend Haring, Preisbildung & Preisumrechnung³ Rz 1.65; dies unabdingbar für den erfolgreichen Fortbestand des Unternehmens sehend Ch. Lang, ÖNORM B 2061-Preisermittlung für Bauleistungen, bauaktuell 2023, 14 Kapitel 3.2.1.

2.3 Anrechnung – anderweitig Erworbenes oder zu erwerben absichtlich Versäumtes

Der Unternehmer hat sich neben dem konkreten Ersparnis auch anrechnen zu lassen, was dieser durch anderweitige Verwendung (seiner Ressourcen) erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Der erste Unterfall dieser Anrechnungsbestimmung fasst das faktische Element des Erwerbs durch anderweitige Verwendung. Der zweite Unterfallbürdet dem Unternehmer die Obliegenheit auf, seine durch das Unterbleiben der Leistung frei gewordenen Ressourcen entsprechend „schadensmildernd“ einzusetzen, andernfalls er sich anrechnen lassen muss, was er absichtlich zu erwerben versäumt hat.⁶³ Die Beweislast für das Vorliegen von Anrechnungsbeträgen beider Unterfälle trifft grundsätzlich den Besteller,⁶⁴ wobei den Unternehmer angesichts des Umstands, dass der Besteller keinen Einblick in die maßgeblichen Unterlagen hat, eine Darlegungslast im Sinne des § 184 ZPO trifft.⁶⁵

Bezugnehmend auf die oben angeführten Ausführungen sind für die Bewertung der beiden Anrechnungsbestimmungen jene Kalkulationsbestandteile auszumachen, die dem Wortlaut von § 1168 Abs 1 ABGB nach umfasst sind. Dabei handelt es sich zum einen um den kalkulierten Gewinn und zum anderen um die Geschäftsgemeinkosten unter der Prämisse, dass der Unternehmer tatsächlich Ersatz für den anteiligen (kalkulatorischen) Ausfall dieser beiden Kalkulationsbestandteile erlangen konnte. Der Wagniszuschlag hingegen beruht vordergründig weder auf Gewinnabsicht noch stehen diesem ex ante betrachtet konkrete Kosten gegenüber. Das „Wagnis“ kann als solches bei Ersatzaufträgen nicht erworben werden, da das diesem inhärente Unsicherheitselement eine konkrete Berechnung eben nicht erlaubt. So wäre eine Berechnung allenfalls erst nach vollständiger Abrechnung der Ersatzaufträge insofern möglich, als man versuchen müsste das Unglück, welches diesem anhaftete zu messen. In Zusammenschau mit der Zielrichtung des Wagniszuschlags, nämlich das generelle unternehmerische Risiko abzudecken, muss also von einer Anrechnung des Wagnisses abgesehen werden.

⁶³ Schopper in Klang³ § 1168 Rz 105.

⁶⁴ Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 125; 1 Ob 687/86; 2 Ob 207/07s; 4 Ob 116/11d; 3 Ob 126/11t, bbl 2012/99 (Auer/Eggmeier-Schmolke); vgl auch Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 88.

⁶⁵ M. Bydlinski in KBB⁷ § 1168 Rz 5; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 126; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 33.

2.3.1 Anderweitig Erworbenes

Für die **Anrechnung von anderweitig Erworbenem** erforderlich ist ein Kausalzusammenhang zwischen dem Unterbleiben der Ausführung des Werkvertrages einerseits und dem Abschluss tatsächlicher Ersatz- oder Füllaufträge andererseits.⁶⁶ Dieser Kausalitätsnachweis ist bei einem Unternehmer mitunter schwer zu erbringen,⁶⁷ insbesondere dann, wenn dessen Geschäftsbetrieb voll ausgelastet ist – was (wenn es die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zulassen) nach betriebswirtschaftlicher Logik immer der Fall sein wird.⁶⁸ Nichtsdestotrotz geht ein Teil des Schrifttums davon aus, dass es dann zu einer Anrechnung kommt, wenn die Leistungskapazität eines Betriebes trotz Entfalls eines Auftrags voll ausgelastet geblieben ist und im Falle der Übernahme zusätzlicher Aufträge nicht ausgeweitet worden wäre.⁶⁹ Eine volle Auslastung neben der Absenz der Ausweitung der Leistungskapazität nach Wegfall des Werkvertrags indiziert ein Wettmachen des Ausfalls durch den Unternehmer.⁷⁰ Wie Schopper dies treffend beschreibt, folgt daraus eine differenzierte Betrachtung, die ja nach Größe und Struktur des Unternehmens davon ausgeht, dass dem Unternehmer das von § 1168 ABGB geforderte anderweitige Erwerben möglich war.⁷¹ Große oder flexibel strukturierte Unternehmen haben es so schwerer den entsprechenden Nachweis zu erbringen, denn erst bei evidenter Unterauslastung ist von einem Misslingen anderweitiger Verwendung auszugehen.⁷² Ein diesbezüglich zu führendes Beweisverfahren ist sowohl zeitaufwändig als auch kostenintensiv und kann aufgrund des schwer festzumachenden Kausalitätszusammenhangs mitunter fragwürdige Ergebnisse liefern.⁷³

⁶⁶ Schopper in Klang³ § 1168 Rz 104; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 31; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 118.

⁶⁷ Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 31; Kletečka in ABGB-ON^{1,04} § 1168 Rz 32; Kodek in Schwimann/Kodek⁵, ABGB⁵ § 1168 Rz 118; Schopper in Klang³ § 1168 Rz 105. Bydlinski in KBB⁷ § 1168 Rz 5.

⁶⁸ Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 98; Karasek in FS Fischer-Czermak (2024) 290.

⁶⁹ Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 31; implizit auch Reischauer in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1312 Rz 5; zur Ungeeignetheit dieses Kriteriums Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 98.

⁷⁰ Schopper in Klang³ § 1168 Rz 106; vgl auch Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 31.

⁷¹ Schopper in Klang³ § 1168 Rz 106.

⁷² Schopper in Klang³ § 1168 Rz 106; dem folgend Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 31; Adler/Höller in Klang V² 403 f.

⁷³ Karasek in FS Fischer-Czermak (2024) 290.

Ausgehend vom Grundsatz, dass der Unternehmer durch Unterbleiben der Leistung nicht schlechter gestellt werden soll, als er stünde, wenn dieser die vertraglich vereinbarte Leistung (vollständig) geleistet hätte, ist neben der Auslastung auch die Rentabilität etwaiger Ersatzaufträge für eine gesamtheitliche Betrachtung maßgeblich. Der von Karasek zutreffend in Bezug auf Leistungsänderungen durch den Werkbesteller angeführte Grundsatz, dass die Vergütungspflicht von Deckungsbeiträgen der abbestellten Leistung entfällt, wenn die Deckungsanteile der neuen Leistung gleich oder höher sind,⁷⁴ muss sinngemäß auch für jene Ersatzaufträge gelten, die der Unternehmer aufgrund des Unterbleibens der Leistung akquirieren konnte. Liefern Ersatzaufträge nicht denselben Deckungsbeitrag bzw. mussten diese aufgrund der Konjunktur- oder Wettbewerbssituation zu ungünstigeren Konditionen abgeschlossen werden, ist die Differenz zwischen dem (hohen) Deckungsbeitrag der unterbliebenen Leistung und dem (niedrigen) Deckungsbeitrag der Ersatzaufträge nicht im Sinne des § 1168 Abs 1 ABGB als anderweitig erworben anzurechnen.

Können letztlich solche Ersatzaufträge durch den Unternehmer akquiriert und als solche auch klar identifiziert werden, gilt es, je nach deren Vorhandensein bzw. Konditionen die oben angeführten Kalkulationsbestandteile „Geschäftsgemeinkosten“, „Wagnis“ und „Gewinn“ zu differenzieren. Bei den Ersatzaufträgen wird (zumindest) ein Teil der Geschäftsgemeinkosten gedeckt sein.⁷⁵ Ein Gegenüberstellen des, durch das Ausbleiben der Leistung entfallenen Umsatzes und des Umsatzes, der in Gestalt von Ersatzaufträgen an dessen Stelle tritt, ist so grundsätzlich möglich. Der eingeschränkte Entgeltanspruch des Unternehmers verringert sich folglich um den Betrag, der auf jene Geschäftsgemeinkosten entfällt, der im Zuge von Ersatzaufträgen anderweitig lukriert werden konnte. Für den kalkulierten Gewinn gilt dies bloß insoweit, als die Ersatzaufträge genauso gewinnbringend sein müssen wie der entfallene Werkvertrag - ist dies nicht der Fall, gilt es wiederum die Differenz zwischen ursprünglich kalkulierten Gewinn und Gewinn des Ersatzauftrages zu ermitteln und dem Unternehmer nicht im Rahmen des eingeschränkten Entgeltanspruchs anzurechnen. Das Wagnis nimmt hier insofern eine Sonderstellung ein, als wiederum in projektbezogene Wagnisse und der Abdeckung des generellen unternehmerischen Risikos unterschieden werden

⁷⁴ Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 98.

⁷⁵ 8 Ob 121/17b, ecolex 2018/466 (Romaniewicz-Wenk/Jirak).

muss. Während ersteres schon aufgrund der notwendig isolierten Bezugnahme zu einem konkreten Ersatzauftrag bei der vorzunehmenden Anrechnung nicht berücksichtigt werden kann, gilt dies nicht für letzteres. Insofern der Unternehmer im Wege eines Ersatzauftrags einen Wagniszuschlag lukrieren kann, ist dieser „anderweitig erworben“ und reduziert sohin den eingeschränkten Entgeltanspruch.

2.3.2 Zu erwerben absichtlich Versäumtes

Eine **Anrechnung von zu erwerben absichtlich Versäumten** findet nur statt, wenn und soweit ein (ausgeschlagener) Ersatzauftrag dem Unternehmer auch zumutbar ist;⁷⁶ ob ein solcher Ersatzauftrag ohne Unterbleiben der Ausführung des Werkvertrages angenommen worden wäre, ist demgegenüber ohne Bedeutung.⁷⁷ Für die Zumutbarkeit spielen die Qualifikation und die bisherige Tätigkeit⁷⁸ des Unternehmens eine Rolle, wobei auch andere Faktoren wie die Größe und Leistungskapazität des Unternehmens sowie die Beschaffenheit und Modalitäten eines etwaigen Ersatzauftrages berücksichtigt werden müssen. Ob auch nicht angemessen entlohnte Ersatzarbeiten zumutbar sind, ist strittig,⁷⁹ führt aber auch bei Zumutbarkeit durch die Einbeziehung des konkreten Ersatzauftrags (und damit dessen Konditionen) zu gleichgelagerten Ergebnissen. Ist der Werklohn eines Ersatzauftrages unangemessen niedrig, soll dies demnach für den Unternehmer keinen Nachteil mit sich bringen, sondern kann im Rahmen des eingeschränkten Entgeltanspruchs den Besteller unter Umständen (bloß) teilweise entlasten.⁸⁰

Diese Anrechnungsbestimmung ist neben ihrer strittigen Auslegung und schwierigen Nachweisbarkeit mitunter auch dazu geeignet, Rechtsunsicherheit für den Unternehmer zu schaffen, indem sie diesen dazu anhält, auch risikoreiche Geschäfte eingehen zu müssen, damit dessen eingeschränkter Entgeltanspruch nicht

⁷⁶ Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1168 Rz 36; Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 122; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 32.

⁷⁷ Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1168 Rz 36.

⁷⁸ Weiter ausführend Longin, Vertragsanpassung 262 ff; Wenusch, § 1168 Abs 1 ABGB und die Privatautonomie, ZRB 2019, 86; sich anschließend Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1168 Rz 32.

⁷⁹ Kodek in Schwimann/Kodek⁵ § 1168 Rz 122; bejahend M. Bydlinski in KBB⁷ § 1168 Rz 5; aA Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1168 Rz 36; Schopper in Klang³ § 1168 Rz 111.

⁸⁰ Von einer Teilentlastung bzw. einem Kostendeckungsbeitrag sprechend Kletečka in ABGB-ON^{1.04} § 1168 Rz 36.

aufgrund fehlender Risikobereitschaft gekürzt wird.⁸¹ Eine Differenzierung in die Kalkulationsbestandteile „Geschäftsgemeinkosten“, „Wagnis“ und „Gewinn“ kann hier aufgrund der ohnehin bloß hypothetisch zu ermittelnden (und zu bewertenden) Ersatzaufträge unterbleiben.

III. Problem Beweislast – Lösung Offenlegung

Der Auftrag des Gesetzgebers, die Abrechnung nach Vertragsaufhebung des § 1170b Abs 2 ABGB entsprechend der Regelung des § 1168 ABGB vorzunehmen, ist unmissverständlich.⁸² Ebenso unmissverständlich ist, dass die Anrechnungsbestimmung des § 1168 Abs 1 ABGB unmittelbar auf den konkret unterbliebenen Werkvertrag Bezug nimmt.⁸³ Daraus folgt, dass die anzurechnenden Beträge möglichst konkret zu ermitteln sind – eine rein abstrakte Berechnung reicht nach ständiger Rechtsprechung nicht aus.⁸⁴ Diese von der Rechtsprechung geforderte konkrete Ermittlung der Anrechnungsbeträge im Regime des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB muss folglich dazu führen, dass bei Werkverträgen über Bauvorhaben die (Projekt-)Kalkulation seitens des Unternehmers einzubeziehen ist.⁸⁵

Dass den Besteller die Behauptungs- und Beweislast für das Bestehen und die Höhe der Anrechnungsbeträge treffen soll, erscheint unter dieser Prämisse widersinnig, denn der Besteller hat regelmäßig keinen Zugriff auf die gesamten, für eine konkrete Berechnung notwendigen Informationen. Unter Anbetracht dessen, dass der OGH in der jüngeren Entscheidung 6 Ob 136/22a zudem eine gewisse Skepsis gegenüber abstrakten Berechnungen in Bezug auf den Ersatz von Mehrkosten gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB äußert und einen „konkreten

⁸¹ Näher mit umfangreicher Kritik dazu Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 99.

⁸² ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72.

⁸³ Kodek in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 1168 Rz 109; für die Berechnung des „vereinbarten Entgelts“ ausdrücklich Schopper in *Klang*³ § 1168 Rz 82.

⁸⁴ Mit Verweis auf konkret für den Werkvertrag etwaig anzuschaffendes Material sowie Arbeitslöhne, die der Unternehmer sonst zu tragen gehabt hätte 6 Ob 358/61; 1 Ob 642/90; zusätzlich um Fremdleistungen als variable Kosten ergänzend 8 Ob 121/17b.

⁸⁵ Grundsätzlich auf (hypothetische) tatsächliche Kosten abstellend, jedoch aus praktischen Gründen bestätigend Kodek in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 1168 Rz 109; Schopper in *Klang*³ § 1168 Rz 106.

Bezug zur Baustelle“ bei deren Berechnung moniert hat,⁸⁶ ist die Frage nach der Behauptungs- bzw. Beweislast auch für den ersten Satz der Bestimmung kritisch zu hinterfragen.

Die Ansicht des OGH, dass die Höhe des anzurechnenden Betrags gegebenenfalls nach § 273 ZPO geschätzt werden kann,⁸⁷ scheint zwar auf den ersten Blick das Problem der Behauptungs- und Beweislast zu lösen, ist aber als generelle Vorgehensweise ungeeignet, da dabei der Wille des Gesetzgebers, die Anrechnungsbeträge konkret zu ermitteln, außer Acht gelassen würde.⁸⁸ Ein generelles Referenzieren auf § 273 ZPO erscheint aufgrund der damit verbundenen (hochgradigen) Unschärfe allenfalls für die beiden (ohnehin bloß vage ermittelbaren) Fälle des anderweitig Erworbenen oder absichtlich zu erwerben Versäumten geeignet. Die aufseiten des Unternehmers aufgrund des Ausbleibens der Arbeit ersparten Kosten sind demgegenüber im Regelfall mit deutlich geringerer Unschärfe, mit nicht unverhältnismäßigem Aufwand auf Basis der offengelegten Projektkalkulation des Unternehmers ermittelbar.⁸⁹

Einen praktikablen prozessualen Lösungsansatz für das Dilemma der Behauptungs- und Beweislast bietet *M. Bydlinski*⁹⁰ – ihm zufolge muss für die Beantwortung der Frage, ob der Unternehmer im fraglichen Zeitraum (möglicherweise) Ersatzaufträge angenommen habe, eine (prozessuale) Darlegungslast⁹¹ gem. § 184 ZPO angenommen werden.⁹² Die dabei angesprochenen „(möglicherweise) vorhandenen Ersatzaufträge“ sind als die beiden Fälle des anderweitig Erworbenen oder absichtlich zu erwerben Versäumten zu verstehen. Eine Diffe-

⁸⁶ 6 Ob 136/22a; dazu näher *Kodek/Plettenbacher*, Schätzung oder Nachweis?, bauaktuell 2023, 100.

⁸⁷ 4 Ob 116/11d; *Schopper* in Klang³ § 1168 Rz 117.

⁸⁸ Generell für eine zurückhaltende Anwendung des § 273 ABGB im Bauprozess *Weselik*, § 273 ZPO im Bauprozess, in FS Karasek 917 (922).

⁸⁹ Für Offenlegung der Kalkulation beim Anspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB *Kodek* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 1168 Rz 182f, 238; ebenso *Karasek*, ÖNORM B 21104 Vor 7 Rz 144ff; *Schopper* in Klang³ § 1168 Rz 91.

⁹⁰ *M. Bydlinski* in *KBB*⁷ § 1168 Rz 5.

⁹¹ Sorgfältig aufbereitet spricht beispielsweise 6 Ob 44/09b von einer Obliegenheit zur Offenlegung prozessrelevanter, dem Gegner sonst nicht zugänglicher Umstände, deren Verletzung der betreffenden Partei nachteilige Folgen bringen kann; siehe dazu auch *Rassi* in *Fasching/Konecny*³ § 184 Rz 5; *Kodek* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 1168 Rz 238.

⁹² *M. Bydlinski* in *KBB*⁷ § 1168 Rz 5; sich diesem grundsätzlich anschließend *Kodek* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 1168 Rz 126.

renzung zum dritten Fall, namentlich zu den ersparten Kosten aufgrund des Ausbleibens der Arbeit, erscheint in Bezug auf deren Ermittlung jedoch nicht geboten; vielmehr ist die Vorgehensweise über das prozessuale Konstrukt der Darlegungslast dazu geeignet, die Behauptungs- und Beweisprobleme aufseiten des Bestellers zu lösen und entspricht überdies auch dem Willen des Gesetzgebers nach einer (möglichst) konkreten Berechnung der Anrechnungsbeträge; zudem wird der Möglichkeit, die vorliegende Beweisproblematik über § 273 ZPO zu lösen, insofern Rechnung getragen, als dessen Anwendung nach Darlegung der Anspruchshöhe durch den Unternehmer nicht ausgeschlossen, jedoch je nach Art, Umfang und Qualität der vom Unternehmer zur Verfügung gestellten Angaben und Unterlagen im Ergebnis präzisiert wird. Um es mit den pointierten Worten Klickas⁹³ zur anverwandten Problematik der prozessualen Aufklärungspflichten zusammenzufassen: *„Im Zivilprozess dient die Aufklärung (im konkreten Fall hier die Darlegung) primär dazu, den Prozessgegenstand (das ist der eingeklagte Anspruch) umfassend beurteilen zu können, damit die Rechtssache richtig entschieden wird. In diesem Sinn hat die prozessuale Aufklärungspflicht auch die richterliche Wahrheitsfindung und damit letztlich die Gerechtigkeit des Richterspruchs zum Ziel.“*

Die Rechtsprechung sowie die Literatur zur deutschen Vorbildbestimmung sind diesbezüglich eindeutig – den Unternehmer trifft im Rahmen der Abrechnung seines Vergütungsanspruchs die Pflicht diesen detailliert zu berechnen und zu beweisen – dies mit Rückgriff auf die dem Projekt zu Grunde liegende Kalkulation.⁹⁴ Dies soll sogar dann gelten, wenn die Kalkulation nicht explizit durch Offenlegung vor Vertragsschluss Bestandteil des Vertrages geworden ist, denn in solchen Fällen hat der Unternehmer nachträglich die maßgeblichen Preisermittlungsgrundlagen und mit ihnen die ersparten Aufwendungen zusammenzustellen.⁹⁵ Außerdem gilt

⁹³ Klicka, Aufklärungspflichten der Prozessparteien im österreichischen Zivilprozessrecht, JBL 1992, 231.

⁹⁴ BGH VII ZR 198/94, BGHZ 131, 362 – 367; BGH VII ZR 219/94, NJW 1996, 1751; BGH VII ZR 277/97, BGHZ 140, 263; in diesem Zusammenhang von einer Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich ersparter Aufwendungen sprechend *Hau/Posek* in BeckOnline⁷¹ § 648 BGB Rz 15, 18; *Busche* in MünchKomm⁹ Rz 24; ergänzend sei die Kalkulation (allenfalls) so mit Tatsachen zu belegen und zu beziffern, dass auf den Einzelfall bezogen, die tatsächliche Ersparnis sichtbar wird *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann* beck-online Großkommentar Rz 162ff; für die Rechtslage in Österreich bezüglich der Berechnung des „vereinbarten Entgelts“ auch *Schopper* in Klang³ § 1168 Rz 83.

⁹⁵ BGH VII ZR 82/95, NJW 1197, 733; *Busche* in MünchKomm⁹ Rz24; so auch schon *Schopper* in Klang³ § 1168 Rz 91.

dies grundsätzlich unabhängig davon, ob es sich beim gegenständlichen Werkvertrag um eine Pauschale oder eine Abrechnung nach Einheitspreisen handelt.⁹⁶ Die Beweislast trifft den Besteller demnach bloß für von diesem behauptete höhere Ersparnisse oder ein Mehr an anderweitigem Erwerb als sich der Unternehmer anrechnen lässt.⁹⁷ Eine Offenlegung der Kalkulation liege darüber hinaus (auch) im Interesse des Bestellers, denn nur so könne die Abrechnung des Unternehmers nachvollzogen, und gegebenenfalls zu den Abrechnungsposten in einem gerichtlichen Verfahren substantiiert Stellung genommen werden.⁹⁸

IV. Herausforderungen und Lösungsansätze bei der Abrechnung von Bauleistungen nach Vertragsauflösung

Die faire Abrechnung bei Vertragsauflösung nach § 1170b ABGB verlangt, dass kein Vertragspartner schlechter oder besser gestellt wird, als er stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Dieses Ziel stellt jedoch in der Baupraxis eine Herausforderung dar, insbesondere wenn komplexe Sachverhalte auftreten. Obwohl die rechtlichen Rahmenbedingungen weitgehend geklärt sind, können praktische Besonderheiten zu Unsicherheiten führen, die eine detaillierte Betrachtung erforderlich machen.

Im Folgenden wird anhand eines exemplarischen Sachverhalts verdeutlicht, wie die Abrechnung durch spezifische Umstände beeinflusst werden kann. Dabei wird aufgezeigt, dass die alleinige Heranziehung der im Leistungsverzeichnis vereinbarten Preise oft nicht ausreicht und eine Detailanalyse anhand der Kalkulationsgrundlagen notwendig ist.

⁹⁶ BGH VII ZR 53/99, BGHZ 144, 242.

⁹⁷ BGH VII ZR 198/94, BGHZ 131, 362; Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann beck-online Großkommentar Rz 165; Busche in MünchKomm⁹ Rz 34.

⁹⁸ Hau/Posek in BeckOnline⁷¹ § 648 BGB Rz 18; weiterführend zusätzlich mit dem Hinweis auf das Interesse des Bestellers an sachgerechter Verteidigung (wohl in einem Prozess) Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann beck-online Großkommentar Rz 167.

Ausgangslage: Der Auftragnehmer wurde vom Auftraggeber mit folgenden Arbeiten beauftragt:

- **Aushub** von 100.000 m³ Material,
- **Entsorgung** von 5.000 m³ kontaminiertem Material,
- **Wiedereinbau** von 50.000 m³ aufbereitetem Material.

Im konkreten Fall wird lediglich die LV-Position mit der Bezeichnung „Wegschaffen des Bodenaushubs“ mit einer LV-Menge von 100.000 m³ in Detail betrachtet.

Gemäß den Bodenerkundungen des Auftraggebers konnte der Auftragnehmer davon ausgehen, dass 45.000 m³ überschüssiges Aushubmaterial verwertbar und gewinnbringend verkäuflich ist sowie 5.000 m³ Material kostenpflichtig entsorgt werden müssen.

Materialbewegungen gem. LV			
Bezeichnung	Herkunft	Verwendung	Verwendung in % des Aushubs
Gesamthub	100.000 m ³		
Deponie		5.000 m ³	5 %
Wiedereinbau		50.000 m ³	50 %
Verkauf		45.000 m ³	45 %
Summe	100.000 m ³	100.000 m ³	100 %

Tabelle 1: Materialbewegungen gem. LV

Zur Kalkulation des Einheitspreises wurden folgende Preiskomponenten (KZ-Blatt) angesetzt:

- **Transportkosten** für überschüssiges Material
- **Vergütung** für verkaufsfähiges Material
- **Entsorgungskosten** für kontaminiertes Material (Deponie)
- **Transport- und Lagerkosten** für den Wiedereinbau

Zum Zeitpunkt der Angebotslegung war bereits anzunehmen, dass ablaufbedingt eine temporäre Zukaufmenge von 10.000 m³ erforderlich sein würde, da die Menge der einzubauenden Materialien die geplante Aushubmenge übersteigt. Dieser Umstand wurde in der Komponente „Vergütung Überschuss“ bedacht. Unter Berücksichtigung der Kosten für den Zukauf in Höhe von 24,5 €/m³ ergeben sich angesichts der zu kalkulierenden Zukaufmenge Gesamtkosten in Höhe von 245.000 €. Der Verkaufspreis pro m³ wurde zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe mit 11 €/m³ bedacht. Unter Berücksichtigung der gesamten Überschussmenge von 55.000 m³ (45.000 m³ mittlerer Überschuss + 10.000 m³ Zukaufmenge) ergibt sich ein Gesamterlös in Höhe von 605.000 €.

Das Delta in Höhe von 360.000 € (605.000 € - 245.000 €) wurde in der Kalkulation auf die Menge des mittleren Überschusses umgelegt und somit wurde im K7-Blatt für die Kostenkomponente „Vergütung Überschuss“ ein Betrag von 8 €/m³ angesetzt (360.000 € / 45.000 m³ = 8 €/m³).

Aus den Preiskomponenten wurde ein durchschnittlicher Einheitspreis von **2,80 €/m³** kalkuliert, basierend auf der Gesamtabwicklung.

Ermittlungen des Einheitspreises			
Bezeichnung	Preis pro m ³	Verhältnis	Preis pro m ³ Aushub
Transport Überschuss	€ 5,-	45%	€ 2,25
Vergütung Überschuss	- € 8,-	45%	- € 3,60
Deponie	€ 13,-	5%	€ 0,65
Transport- und Lagerkosten für den Wiederaufbau	€ 7,-	50%	€ 3,50
Summe			€ 2,80

Tabelle 2: Ermittlung des Einheitspreises

Es handelt sich dabei um eine Durchschnittsbetrachtung. Der Einheitspreis für das Wegschaffen des Aushubs beruht auf den festgelegten Preiskomponenten und re-

flektiert erst nach vollständiger Leistungserbringung den kalkulierten durchschnittlichen Preis der Position, die aus verschiedenen Teiltätigkeiten zusammengesetzt ist. Aufgrund der naturgemäß inhomogenen Bodenbeschaffenheit der einzelnen Baufelder variiert der Anteil an verwertbarem Material in jeder Leistungsphase. Diese Abweichungen von der durchschnittlichen Regelverteilung und der schwankende Materialbedarf können zeitweise zu einem Ungleichgewicht führen, welches bei Abrechnung zum festgesetzten Einheitspreis zu temporären Unter- oder Überzahlungen führt. Es handelt sich hierbei um vorübergehende Verschiebungen, die sich bei vollständiger Leistungserbringung ausgleichen würden.

Durch die Vertragsauflösung, die nach einem Aushub von 30.000 m³ erfolgte, entfällt jedoch die Möglichkeit einer finalen Gleichgewichtsbilanz. Daher ist eine stichtagsbezogene Abrechnung notwendig, um die bis dahin erbrachten Leistungen von den nicht mehr ausführbaren Leistungen klar abzugrenzen. Grundlage dieser Abrechnung sind die Einheitspreise des Leistungsverzeichnisses, die jedoch mit den tatsächlichen Verhältnissen gemäß den K7-Blättern abgeglichen werden müssen. Nur so lässt sich eine faire und transparente Abrechnung sicherstellen.

Die Abrechnung auf Basis des im Leistungsverzeichnis vereinbarten Einheitspreises (2,80 €/m³) würde die tatsächlichen Kostensteigerungen durch Zukaufmaterial und Abweichungen bei Entsorgung und Transport nicht berücksichtigen und somit eine erhebliche Benachteiligung des Auftragnehmers bedeuten, da die ursprüngliche Kalkulation von einer anderen Mengenverteilung ausging. Die Differenzen zwischen den geplanten und tatsächlichen Mengen und Preisen führen dazu, dass der ursprünglich kalkulierte Einheitspreis nicht mehr die tatsächliche Leistung widerspiegelt.

Zum Zeitpunkt der Vertragsaufhebung liegt eine von der durchschnittlichen Verteilung eklatant abweichende Mengenverteilung vor. Die in der Kalkulation ausgewiesene Mengenbilanz bildet die Grundlage der Einheitspreisbildung, und jede Abweichung von der Regelmengenbilanz ist zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung entsprechend zu berücksichtigen.

Bis zum Zeitpunkt der Vertragsaufhebung wurden 3.500 m³ kontaminiertes Material fachgerecht entsorgt und 35.000 m³ wurden eingebaut. Um den Bedarf zu decken, wurden 8.500 m³ für den Wiedereinbau zugekauft, da der Aushub nicht ausreichte.

Die rechtlichen und bauwirtschaftlichen Folgen des Vertragsrücktritts nach § 1170b ABGB – die Abrechnung!

Tatsächliche Materialbewegungen bis zur Vertragsauflösung			
Bezeichnung	Herkunft	Verwendung	in % des Aushubs
Gesamthub	30.000 m ³		
Deponie		3.500 m ³	12 %
Wiedereinbau		35.000 m ³	117 %
Verkauf		0 m ³	0 %
Zukauf	8.500 m ³		28 %
Summe	38.500 m ³	38.500 m ³	128 %

Tabelle 3: Tatsächliche Materialbewegungen bis zur Vertragsauflösung

Eine Abrechnung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und der K7-Blätter ermöglicht die Berücksichtigung temporärer Mengenänderungen und die sachgerechte Anpassung des Einheitspreises auf Grundlage der tatsächlichen Zusammensetzung der Kosten.

Die temporären Mengenverschiebungen führen unter Berücksichtigung der Preiskomponenten zu einem neuen, tatsächlichen Einheitspreis von **14,64 €/m³**, der von der ursprünglichen Kalkulation erheblich abweicht.

Ermittlungen des Einheitspreises zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung			
Bezeichnung	Preis pro m ³ Einheit	Verhältnis	Preis pro m ³ Aushub
Transport Überschuss	€ 5,-	0%	-
Vergütung Überschuss	- € 8,-	0%	-
Deponie	€ 13,-	12%	€ 1,52
Transport- und Lagerkosten für den Wiederaufbau	€ 7,-	88%	€ 6,18
Zukauf	€ 24,50	28%	€ 6,94
Summe			€ 14,64

Tabelle 4: Ermittlung des abzurechnenden Einheitspreises unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und der Preiskomponenten

Unter Berücksichtigung des auf die tatsächlichen Gegebenheiten angepassten Einheitspreises ergibt sich ein abzurechnender Positionspreis von 439.250 €.

Die beiden Abrechnungsalternativen weichen gravierend voneinander ab und ergeben ein Delta von 355.250 €.

Abrechnung zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung			
Bezeichnung	Einheitspreis pro m ³	Gesamtaushub	Positionspreis
Einheitspreis gem. LV	€ 2,80	€ 30.000,-	€ 84.000,-
Einheitspreis gem. K7	€ 14,64	€ 30.000,-	€ 439.250,-
Delta			€ 355.250,-

Tabelle 5: Gegenüberstellung der Abrechnungsoptionen

Die stichtagsbezogene Abrechnung bei Vertragsauflösung erfordert eine transparente und detaillierte Darstellung der Kostenkomponenten.

Der Vergleich zwischen der Abrechnung auf Basis des LV und einer Detailanalyse zeigt:

Eine pauschale Anwendung der im LV angegebenen Einheitspreise kann zu erheblichen Verzerrungen führen.

Die Detailbetrachtung auf Grundlage der K7-Blätter ermöglicht eine gerechte Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und der zeitlichen Abweichungen.

Die Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen ist unabdingbar, um Ungleichgewichte zu vermeiden und den Abrechnungsprozess fair und transparent zu gestalten. In der Praxis sollte die Abrechnung immer auf die Besonderheiten des Einzelfalls abgestimmt werden, wobei die Einhaltung des Grundsatzes der Fairness oberste Priorität hat.

V. Conclusio – Abrechnung

Erklärt der Werkunternehmer nach nicht erfolgter Sicherstellung gem. § 1170b ABGB einen Vertrag für aufgehoben, kommen die Rechtsfolgen des § 1168 Abs 1 ABGB zur Anwendung. Der Werkunternehmer hat einen sofort fälligen eingeschränkten Entgeltanspruch, der sich auf Basis des gesamten vereinbarten Entgelts unter Berücksichtigung der genannten Anrechnungsbeträge errechnet. Zum einen hat sich der Unternehmer anrechnen zu lassen, was er sich durch Unterbleiben der Leistung erspart hat, zum anderen, was er aufgrund dessen erworben oder absichtlich zu erwerben versäumt hat.

Um die Anrechnungsbeträge der Höhe nach ermitteln zu können, ist aufgrund der im Detail liegenden Komplexität der Anrechnungsbestimmungen eine eingehende Auseinandersetzung mit der Kalkulation im Baugewerbe unumgänglich. Die Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen – egal ob vor Abschluss des Werkvertrags oder erst nach dessen Abschluss – ist Voraussetzung für eine konkrete Berechnung des eingeschränkten Entgeltanspruchs, wobei die prozessuale Hürde, die Projektkalkulation im Verfahren zugänglich zu machen, über das prozessuale Konstrukt der „Darlegungslast“ genommen werden kann. Erst durch die Offen-

legung kann für das Dilemma hinsichtlich der Behauptungs- und Beweislast betreffend Existenz und Höhe der Ansprüche eine adäquate Lösung gefunden werden. Dabei wird dem Willen des Gesetzgebers, die Anrechnungsbeträge gem. § 1168 Abs 1 ABGB konkret zu berechnen, ausreichend Rechnung getragen. Dies, indem das vom Unternehmer tatsächlich Ersparte durch die Offenlegung sichtbar gemacht wird und darüber hinaus auch Rückschlüsse auf anderweitig Erworbenes bzw. zu erwerben absichtlich Versäumtes substantiiert getroffen werden können.

Die rechtlichen und bauwirtschaftlichen Folgen des Vertragsrücktritts nach § 1170b ABGB - die Abrechnung!

Die Einstellung der Arbeit, geht das überhaupt?

Katharina Müller / Markus Androsch-Lugbauer*

Wien

* DDr. Katharina Müller, Müller Partner Rechtsanwälte GmbH;
Mag. Markus Androsch-Lugbauer, Müller Partner Rechtsanwälte GmbH;

I. Vorbemerkung

1. In der praktischen Abwicklung von Bauvorhaben wird die Frage, ob der Werkunternehmer infolge unterlassener Teilzahlungen seine Leistungen einstellen darf, häufig an die beteiligten Rechtsberater herangetragen. Meist wird der Umstand, dass der Werkunternehmer dazu verpflichtet ist, weiterzuarbeiten, obwohl er keine Gegenleistung erhält, als unbillig und ungerecht empfunden. Zudem kann die damit verbundene erhöhte Vorfinanzierungsnotwendigkeit Ausführende an die Grenzen ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit bringen. Es handelt sich bei dieser Problemstellung daher um eine durchaus existenzielle Frage.
2. Der Rechtsfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Werkunternehmer berechtigt ist, seine Arbeit einzustellen, hat stets die Sachverhaltsfrage voranzugehen, aufgrund welcher Ursachen der Werkunternehmer seine Arbeiten einstellen muss oder einstellen möchte und ob er dies bloß vorübergehend oder endgültig tut. Der folgende Beitrag beleuchtet vorrangig die vorübergehenden Leistungseinstellung und beschäftigt sich bloß am Rande mit der endgültigen Leistungseinstellung und dem damit einhergehenden Vertragsrücktritt gemäß §§ 918, 1168 ABGB.
3. Neben Ereignissen höherer Gewalt (z.B. Naturkatastrophen) oder fehlenden Vorleistungen, die der Leistungserbringung des leistungsbereiten Werkunternehmers faktisch entgegenstehen, gibt es Ursachen, aufgrund derer sich der Werkunternehmer aktiv entscheidet, seine Leistungen einzustellen. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um jene Fälle, in denen der Werkbesteller seinen gesetzlichen und/oder vertraglichen Mitwirkungspflichten nicht nachkommt oder sich – was *in praxi* wohl den häufigsten Fall darstellt – in Zahlungsverzug mit Teilzahlungen befindet. Die entscheidende Frage ist daher, ob dem Werkunternehmer die Möglichkeit zusteht, seine Leistungen so lange einzustellen, bis der Werkbesteller die vereinbarten Teilzahlungen leistet.
4. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, geht die Rechtsprechung nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 1170 ABGB von

einer „echten“ Vorleistungspflicht des Werkunternehmers aus, wodurch dem Werkunternehmer das oft schwer zu überblickende Insolvenzrisiko seines Vertragspartners überantwortet wird und ihm die Zug-um-Zug-Einrede gemäß § 1052 Satz 1 ABGB verwehrt bleibt, außer es wurde die Errichtung des Werkes in Abschnitten gemäß § 1170 Satz 2 ABGB vereinbart. Bloß für den Fall der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für den Werkunternehmer nicht erkennbaren schlechten Vermögensverhältnisse des Werkbestellers, gewährt ihm § 1052 Satz 2 ABGB die sogenannte „Unsicherheiteneinrede“.

5. Der Werkbesteller hingegen teilt diese Sorge nicht, denn gemäß § 1170 ABGB wird der Werklohn erst mit Vollendung des mängelfreien Werkes fällig bzw. je nach Vereinbarung erst mit Legung einer prüf-fähigen (Schluss-)Rechnung. Bis zur Vollendung des Werkes bzw. Rechnungslegung steht ihm die „Zug-um-Zug-Einrede“ gemäß § 1052 ABGB zur Verfügung, um sich gegen Werklohnansprüche effektiv zur Wehr zu setzen. Das Recht des Werkunternehmers seine Leistung aufgrund der Nichtleistung des Werkbestellers zu verweigern, ist gemäß §§ 1170, 1052 Satz 1 ABGB hingegen nicht vorgesehen. Stellt der Werkunternehmer die Leistungserbringung vor Vollendung ein, befindet er sich in Verzug.
6. Um diese Ungleichgewichtslage auszugleichen, gewährt § 1170b ABGB dem Werkunternehmer einen zwingenden Sicherstellungsanspruch für einen Teil der noch offenen Werklohnforderung und das damit einhergehende (Wahl-)Recht, bei nicht oder nicht ausreichender Sicherstellung nicht nur unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten, sondern auch die eigene Leistung bis zur Leistung einer entsprechenden Sicherheit durch den Werkbesteller einzustellen.
7. Darüber hinaus räumt die mittlerweile ständige Rechtsprechung dem Werkunternehmer die Möglichkeit ein, auch im Anwendungsbereich des § 1170 ABGB unter bestimmten Voraussetzungen die Leistung vor Vollendung des Werkes einzustellen, ohne sich dadurch in Verzug zu befinden. Wie im Rahmen dieses Beitrages mithilfe ausgewählter Ent-

scheidungen näher darzustellen sein wird, sind davon jene Sachverhalte umfasst, in denen abweichend zur Fälligkeitsregelung des § 1170 ABGB Teil- bzw. Abschlagszahlungen vereinbart wurden.

8. Im Gegensatz zum ABGB wählt die ÖNORM B 2110 bei Beantwortung der gegenständlichen Frage (jedoch eingeschränkt auf den Inhalt und das Ausmaß der geschuldeten Leistung) einen durchaus pragmatischen Ansatz. Zusammengefasst ist gemäß Punkt 5.9.1 der ÖNORM B 2110 keine der beiden Vertragsparteien während der Leistungserbringung dazu berechtigt, die Leistung bei auftretenden Differenzen über die Leistungserbringung (technischer Inhalt und Umfang der geschuldeten Leistungen) einzustellen.

II. Zur Leistungseinstellung gemäß § 1052 ABGB

1. **Grundsätzliches zur Fälligkeit des Werklohns und zur Zug-um-Zug-Einrede beim Werkvertrag**
 - 1.1 Abweichend zu § 904 ABGB, wonach sich die Fälligkeit primär nach der vertraglichen Vereinbarung, sondergesetzlichen Bestimmungen, der „Natur der Leistung“ oder der Fälligestellung durch „Mahnung“ bestimmt¹, legt § 1170 Satz 1 ABGB fest, dass der Werklohn erst mit Vollendung und somit vertragsgemäßer Herstellung des Werkes fällig wird. Der Werklohnanspruch entsteht jedoch bereits mit Vertragsabschluss.²
 - 1.2 Die ständige Rechtsprechung geht von einer „echten“ Vorleistungspflicht des Werkunternehmers aus und gewährt ihm bei Vollendung des Werkes für den Fall, dass der Werkbesteller den Werklohn nicht leistet, bloß die Unsicherheitseinrede gemäß § 1052 Satz 2 ABGB.³ Ohne gesonderte vertragliche Vereinbarung wird dem Werkunternehmer bis zur

¹ Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 904 ABGB, Rz 1 f.

² Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (Stand 1.8.2020, rdb.at), § 1170, Rz 1.

³ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang³ (2020) § 1170 ABGB, Rz 7.

Fertigstellung daher kein fälliger und damit durchsetzbarer Werklohnanspruch zuerkannt.

1.3 In diesem Zusammenhang vertreten jedoch unter anderem Schopper⁴ und Kletečka⁵ die Ansicht, dass der Werkunternehmer nicht zur Vorleistung verpflichtet ist, sondern das vollendete Werk bloß Zug-um-Zug gegen Bezahlung des Werklohns herauszugeben hat. Diese Ansicht stützt sich im Wesentlichen darauf, dass es *expressis verbis* auf die „Vollendung“ und nicht die „Übergabe“ des Werkes an den Werkbesteller ankommt. Wurde hingegen zwischen den Parteien eine förmliche Übernahme vereinbart, wird dem Werkunternehmer keine Zug-um-Zug Einrede zuerkannt, weil hier die Übernahme und damit Fälligkeit ausdrücklich vereinbart wurde.⁶ Selbst wenn von keiner „echten“ Vorleistungspflicht des Werkunternehmers auszugehen ist, treffen ihn schlussendlich dieselben Risiken, als wäre er – wie von der Rechtsprechung angenommen – vorleistungspflichtig. Grund dafür ist, dass durch die feste Verbindung des Werkes mit dem Grundstück des Werkbestellers idR der Eigentumsverlust am Werk einhergeht.⁷ Der wesentliche Unterschied zur „echten“ Vorleistungspflicht liegt somit in der Zuerkennung der Zug-um-Zug-Einrede bei Vollendung bis zur Bezahlung des fälligen Werklohns.

1.4 Um in den Genuss der Zug-um-Zug-Einrede gemäß § 1052 Satz 1 ABGB zu gelangen, muss der vorleistungspflichtige Werkunternehmer das vollendete Werk mangelfrei erbracht haben. Tut er dies nicht, hat er seine vertraglichen Verbindlichkeiten nicht gänzlich erfüllt und der Werkbesteller kann seine Leistung gemäß § 1052 Satz 1 ABGB verweigern, er kann also den Werklohn zurückhalten, bis das Werk mangelfrei ist. Folgt man hingegen der Ansicht von Schopper, kann dem Werkunternehmer ausschließlich die mangelnde Fälligkeit des Werklohnanspruches entgegengehalten werden, weil eine Einrede gemäß § 1052 Satz 1 ABGB die Fälligkeit des Werklohnanspruches voraussetzt.⁸

⁴ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, § 1170, Rz 7 f.

⁵ Kletečka in Kletečka/Schauer, § 1170, Rz 2.

⁶ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, § 1170, Rz 8 f.

⁷ Kletečka in Kletečka/Schauer, § 1170, Rz 2.

⁸ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, § 1170, Rz 9.

- 1.5 Davon abweichend normiert § 1170 Satz 2 ABGB die Fälligkeit eines verhältnismäßigen Teiles des Werklohns vor Vollendung, wenn das Werk in „Abteilungen“ errichtet wird. Wann ein Werk in Abteilungen errichtet wird, lässt sich jedoch nicht immer eindeutig bestimmen. Mangels einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung bestimmt sich dieser Umstand nach dem Parteiwillen bzw. der Verkehrsauffassung. Unter anderem ist von der Errichtung in „Abteilungen“ dann auszugehen, wenn voneinander unabhängige Werke herzustellen sind (z.B. Dachdeckerarbeiten auf der einen und Installationsarbeiten auf der anderen Seite).⁹ Da das vereinbarte (Teil-)Entgelt bereits mit Fertigstellung des Teilgewerkes und nicht erst mit Fertigstellung des gesamten Werkes fällig wird, beginnt für diesen Teil der Forderung nicht nur die Verjährungsfrist zu laufen, sondern muss es dem Werkunternehmer bei Zahlungsverzug des Werkbestellers auch möglich sein, die weitere Leistungserbringung gemäß § 1052 Satz 1 ABGB solange zu verweigern (respektive einzustellen), bis der fällige Teil des Werklohns vom Werkbesteller bezahlt wird.¹⁰ Dies stellt jedoch bei Verträgen über die Errichtung von Bauwerken oder Teilgewerken nicht den Regelfall dar, sondern die Ausnahme. Lediglich der Umstand, dass Abschlagszahlungen nach Leistungsfortschritt oder Aufmaß vereinbart sind, führt nicht zur Anwendbarkeit des § 1170 Satz 2 ABGB.¹¹
- 1.6 Daraus abgeleitet, steht es dem Werkunternehmer außer für den Fall, dass das Werk gemäß § 1170 Satz 2 ABGB in Abteilungen errichtet wird, weder bei Annahme einer „echten“ Vorleistungspflicht noch bei Annahme, dass der Werkunternehmer das Werk bloß Zug-um-Zug gegen Bezahlung des Werklohns herauszugeben hat, zu, seine Leistung vor Vollendung des Werkes einzustellen. Ohne gesonderte Vereinbarung hat der Werkunternehmer erst Anspruch auf den Werklohn, wenn er vertragsgemäß geleistet hat.

⁹ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, § 1170, Rz 43.

¹⁰ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, § 1170, Rz 44 f.

¹¹ Kietaihl in Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1170 ABGB, Rz 8.

2. Zur Leistungseinstellung aufgrund des Verzuges mit Teilzahlungen

- 2.1 Wie bereits dargelegt, bestimmt § 1170 Satz 1 ABGB die Fälligkeit des Werklohns mit dem Zeitpunkt der Vollendung des Werkes. Zu diesem Zeitpunkt kann, – sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wurde –, bloß die Übergabe des Werkes durch den Werkunternehmer verweigert werden, die Einstellung der Leistung ist zu diesem Zeitpunkt meist nicht mehr möglich.
- 2.2 Da sich bei umfangreichen und über einen längeren Zeitraum abzuwickelnden Bauvorhaben für den Werkunternehmer aufgrund der hohen Kosten stets die Frage nach der Finanzierbarkeit stellt, werden meist – an das Konzept des § 1170 Satz 2 ABGB angelehnt – Zahlungspläne und die Leistung von Teil- bzw. Akontozahlungen auf den Werklohn nach Baufortschritt vereinbart. Fraglich ist, ob die Vertragsparteien damit einvernehmlich von der Fälligkeitsregelung des § 1170 ABGB abgehen. Es ist daher durch Vertragsauslegung zu klären, ob eine Vorauszahlung auf den Werklohn oder die teilweise Vorverlegung der Fälligkeit von den Vertragsparteien beabsichtigt war.¹²
- 2.3 Grundsätzlich werden Vereinbarungen über die Leistung von Vorauszahlungen vor Fertigstellung des Werks, die nicht bestimmte Teilleistungen abgelten sollen, von der Rechtsprechung als Vorschüsse auf den noch nicht fälligen Werklohn für bereits erbrachte Leistungen qualifiziert. Derartige Vorschüsse mindern den Werklohnanspruch des Werkunternehmers zwar der Höhe nach, berühren jedoch nicht dessen Fälligkeit. Grund dafür ist, dass Zahlungspläne und damit korrespondierende Teilrechnungen regelmäßig nicht auf bestimmte (Teil-)Leistungen abstellen, sondern nur auf mit allgemeinen Schlagworten umschriebene „Gewerke“ als „chronologisch abfolgende Teilphasen der Bauabwicklung“.¹³

¹² RIS-Justiz RS0021417; OGH 18.08.2016, 9 Ob 44/16k.

¹³ Ruth Wagner, Vorleistungspflicht des Werkunternehmers auch bei Säumnis des Werkbestellers mit vereinbarten Teilzahlungen, bauaktuell 2014, 140; OGH 24.9.2008, 7 Ob 183/08z; vgl. dazu auch Friedl, ecolex 2009/109.

- 2.4 Begründet wurde diese Rechtsansicht vor allem von *Friedl* damit, dass die mit den Teilrechnungen vereinbarten Abschlagszahlung nicht im funktionellen Synallagma zu den Leistungen des Werkunternehmers stehen und bloß etwaigen Liquiditätsproblemen des Werkunternehmers vorbeugen sollen. Der Teilzahlung des Werkbestellers stehe keine abgrenzbare Teilleistung des Werkunternehmers gegenüber, solange nicht die Errichtung in Abteilungen gemäß § 1170 Satz 2 ABGB vereinbart worden sei.¹⁴ Folglich bleibt der Werkunternehmer trotz der vereinbarten und somit auch verbindlichen Zahlungspflicht des Werkbestellers vorleistungspflichtig, weshalb er seine Leistungen nicht auf Basis des § 1052 Satz 1 ABGB gegenüber dem Werkbesteller verweigern kann.
- 2.5 Eine gewisse Abkehr vom Grundsatz des Synallagmas bei Teilzahlungsvereinbarungen erfolgte schließlich mit der Entscheidung vom 13.04.2010 zu 10 Ob 10/10h. In dieser Entscheidung hatte sich der OGH (neuerlich) mit der Frage der Zahlungspflicht des Werkbestellers bei Vereinbarung von Teilzahlungen trotz Mangelhaftigkeit der (Werk-)Leistungen auseinanderzusetzen. Nach dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt verpflichtete sich die Werkunternehmerin gegenüber dem Werkbesteller zu Erbringung von Architektur- und Ingenieurleistungen einschließlich Leistungen der örtlichen Bauaufsicht. Der dafür vereinbarte Werklohn berechnete sich auf Basis eines Prozentsatzes der Nettoherstellungskosten, wobei sich die Werkbestellerin dazu verpflichtete, zu bestimmten Terminen Teilzahlungen zu leisten, denen jedoch keine abgrenzbaren Teilleistungen gegenüberstanden. Der Restbetrag sollte „nach Fertigstellung, endgültiger Behebung aller Mängel und Vorlage der von der Werkunternehmerin erstellten Kostenfeststellung“ beglichen werden. Aufgrund von Mängeln beglich die Werkbestellerin weder einen Teil der vereinbarten Raten noch die Schlussrechnung.
- 2.6 Der OGH bestätigte in seiner rechtlichen Begründung zwar die allgemeine Fälligkeitsregelung des § 1170 ABGB und wiederholte, dass Teilzahlungen auf den Werklohn vor Fertigstellung des Werks, die nicht

¹⁴ *Friedl*, *ecolex* 2009/109

bestimmte Teilleistungen abgelten sollen, als Vorschüsse auf den erst mit Vollendung fälligen Werklohn zu qualifizieren sind. In Ergänzung dazu hielt der OGH jedoch fest, dass auch die Werkbestellerin Vorleistungspflichtige der vereinbarten Vorschüsse bzw. Teilzahlungen sei und ihr trotz Mängel kein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1052 S 1 ABGB zustehe.

- 2.7 Diese Aussage kann mMn und damit der Ansicht von *Gerstberger*¹⁵ folgend (jedoch entgegen der Ansicht von *Karasek*¹⁶, der allerdings auf die nachstehend besprochenen Entscheidungen des OGH nicht eingeht) nur dahingehend ausgelegt werden, dass die Vereinbarung von Vorschüssen eine von der dispositiven Fälligkeitsregelung des § 1170 ABGB abweichende Vereinbarung darstellt und für die Teilzahlungen selbst dann Fälligkeit eintritt, wenn ihnen keine entsprechenden Teilleistungen iS eines Synallagmas gegenüberstehen. Diese Ansicht deckt sich zudem mit der von *Gerstberger* zitierten Ansicht von *F. Bydlinsky* zu Sukzessivleistungs- und Dauerschuldverhältnissen, wonach korrespondierende Teilleistungen eines Vertrages nur Bedeutung für die Abwicklung des Gesamtgeschäftes haben. Die „Mittel-Zweck-Relation“ zwischen Leistung und Gegenleistung besteht somit auch nur zwischen der Gesamtheit der beiderseitigen Leistungen, nicht hingegen in Bezug auf die Teilleistungen, weshalb zwischen den Teilleistungen und Teilzahlungen nicht zwingend ein Synallagma bestehen müsse. Die vom Werkbesteller zu leistenden Vorschüsse sind Teil des Gesamtentgeltes für die gesamte Werkleistungen, weshalb das Synallagma zwischen Werkleistung und Werklohn bei der Vereinbarung von Teilzahlungen auf die Gesamtheit von Leistung und Gegenleistung zu sehen ist und nicht reduziert auf einzelne Teilleistungen. Wird daher das Werk nicht in Teilleistungen untergliedert und bloß die Fertigstellung bis zu einem bestimmten Termin vereinbart, kann sich der Werkbesteller auch nicht auf sein Leistungsverweigerungsrecht iZm den vereinbarten Teilzahlungen stützen.¹⁷ Wurden hingegen in An-

¹⁵ *Gerstberger*, Zum Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers bei Vorschussvereinbarungen, JBl 2017, 282 f.

¹⁶ *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ (Stand 1.5.2023, rdb.at), Vor 5.9 Leistungseinstellung nach ABGB, Rz 31 f.

¹⁷ *Gerstberger*, JBl 2017, 283-284.

lehnung an § 1170 Satz 2 ABGB die Teilzahlungen an bestimmbare Teilleistungen gekoppelt, kann sich der Werkbesteller mMn nur dann auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen und die Zahlungen einstellen, wenn sich der Werkunternehmer mit seinen Teilleistungen in Verzug befindet.

2.8 Der auch in den Folgeentscheidungen¹⁸ und bis heute¹⁹ vertretene Ansicht des OGH einer für vereinbarte Teilzahlungen vereinbarten Vorleistungspflicht des Werkbestellers und dem ihm dadurch entzogenen Recht, die Teilzahlungen bis zur Vollendung des Werkes gemäß § 1052 Satz 1 ABGB zu verweigern, muss im Umkehrschluss zugrunde liegen, dass der Werkunternehmer, sollte er sich selbst mit seiner Leistungserbringung nicht in Verzug befinden, auf sein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1052 Satz 1 berufen kann, bis der Werkbesteller die fälligen Teilzahlungen geleistet hat. Dieser Umstand wurde durch den OGH in einer aktuellen Entscheidung ausdrücklich bestätigt.

2.9 Der aktuellen Entscheidung OGH 11.01.2024, 8 Ob 124/23b lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Werkbestellerin beauftragte die Werkunternehmerin mit Bohrarbeiten. Es wurde ein Fertigstellungstermin sowie monatliche Abschlagszahlungen vereinbart. Im Zuge der Leistungserbringung kam es aufgrund von geologischen Gegebenheiten zu Verzögerungen, wodurch der Fertigstellungstermin nicht mehr eingehalten werden konnte. Die Werkunternehmerin stellte im weiteren Verlauf ihre Leistungen ein und verließ die Baustelle, weil sich die Werkbestellerin mit mehreren Abschlagszahlungen in Verzug befand. Weiters forderte die Werkunternehmerin eine Sicherheitsleistung gemäß § 1170b, woraufhin die Werkbestellerin vom Vertrag zurücktrat. Die Werkbestellerin vertrat den Standpunkt, dass die Werkunternehmerin zur Vorleistung verpflichtet gewesen sei und sie die Arbeiten auch bei Verzug mit den Abschlagszahlungen nicht hätte einstellen dürfen.

¹⁸ OGH 10.07.2012, 4 Ob 105/12p; OGH 18.08.2016, 9 Ob 44/16k.

¹⁹ OGH 11.01.2024, 8 Ob 124/23b.

- 2.10 Der OGH betonte auch in diesem Fall die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers gemäß § 1170 ABGB, weshalb dem Werkunternehmer kein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1052 Satz 1 zukomme. Sollten die Parteien allerdings Abschlagszahlungen nach Baufortschritt vereinbaren, ist der Werkbesteller hinsichtlich der Abschlagszahlungen vorleistungspflichtig. Wird daher die Verrechnung von Abschlagszahlungen nach Baufortschritt vereinbart, so hat sich der Werkbesteller zu einem Vorschuss auf den Werklohn verpflichtet, auch wenn die Verjährung der Werklohnforderung erst später beginnt (9 Ob 32/16w). Diesbezüglich stützte sich der OGH unter anderem auf die Entscheidung 10 Ob 10/10h. Der OGH orientierte sich damit an der mittlerweile ständigen Rechtsprechung, die dem Werkbesteller als Vorleistungspflichtigen hinsichtlich der Abschlagszahlungen qualifiziert und sprach aus, dass der Werkunternehmer aufgrund des Zahlungsverzuges des Werkbestellers mit den vereinbarten Abschlagszahlungen dazu berechtigt gewesen sei, seine Arbeiten einzustellen. Da kein unverbesserbarer Mangel am herzustellenden Werk und daher kein gänzlich unbrauchbares Werk durch den Werkbesteller behauptet wurde, erfolgte der Vertragsrücktritt des Werkbestellers zu Unrecht. Da die Ausführungen des OGH kein vollumfängliches Bild über die Feststellungen zur Leistungseinstellung des Werkunternehmers und dem Verlangen des Werkunternehmers nach Bestellung einer Sicherheit vermitteln, ist an dieser Stelle anzumerken, dass der Entscheidung nicht deutlich zu entnehmen ist, auf welchen Rechtsgrund sich der Werkunternehmer bei Einstellung seiner Arbeiten und Verlassen der Baustelle berufen hat. Nachdem sich jedoch weder das Berufungsgericht (zumindest nach den Ausführungen des OGH) noch der OGH selbst in seiner Begründung mit dem Leistungsverweigerungsrecht des Werkunternehmers gemäß § 1170b Abs 2 auseinandersetzt, sondern ausschließlich die bisherige Rechtsprechung zu § 1170 ABGB iVm § 1052 ABGB seiner rechtlichen Begründung zugrunde legt, ist davon auszugehen, dass sich der Werkunternehmer bei der Leistungseinstellung ausschließlich auf den Zahlungsverzug des Werkbestellers berufen hat. Konkret führt der OGH abschließend zu diesem Thema aus, dass die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass die Beklagte die Arbeiten einstellen durfte, weil sich die Klägerin mit den Abschlagszahlungen in Verzug befunden hat, damit von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs gedeckt sei.

2.11 Zusammengefasst ist der Werkunternehmer der Rechtsprechung zufolge daher bei Vereinbarung von Teil- bzw. Abschlagszahlungen nach (prozentualen) Bau- bzw. Leistungsfortschritt für den Fall, dass die erbrachten Leistungen nicht mit einem unbehebbareren Mangel behaftet sind, dazu berechtigt, seine Leistungen bis zur Zahlung des Werkbestellers einzustellen. Dies findet grundsätzlich auch auf die Abrechnung von Mehrkostenforderungen Anwendung, sofern eine gemeinsame Abrechnung mit den Teil- bzw. Abschlagszahlungen vereinbart wurde.²⁰

3. **Zur Leistungseinstellung gemäß § 1052 Satz 2 ABGB**

3.1 Gänzlich unabhängig von der Diskussion über die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers gemäß § 1170 ABGB gewährt § 1052 Satz 2 ABGB dem Werkunternehmer das Recht zur Leistungseinstellung aufgrund der sogenannten „Unsicherheiteneinrede“; dies jedoch mit der wesentlichen Einschränkung auf den Fall der Gefährdung der Gegenleistung (Werklohn) aufgrund schlechter Vermögensverhältnisse des Vertragspartners (Werkbestellers).²¹

3.2 Die Unsicherheiteneinrede gemäß § 1052 Satz 2 ABGB gewährt ein sogenanntes „Notwehrrecht“, welches dem vorleistungspflichtigen und daher gefährdeten Vertragspartner dann zusteht, wenn die Nichterfüllung der Gegenleistung durch den Vertragspartner aufgrund schlechter Vermögensverhältnisse droht.²²

3.3 Von der Gefährdung der Vermögensverhältnisse ist vor allem dann auszugehen, wenn nach objektiver Einschätzung (des Werkunternehmers) Grund zur Annahme besteht, dass die vollständige und fristgerechte Erfüllung der Zahlungspflichten des Werkbestellers durch Zahlungsunfähigkeit oder mangelnde Kreditwürdigkeit gefährdet sein könnte.²³ Gleichzusetzen mit der Besorgnis über die Zahlungsunfähigkeit ist der Rechtsprechung zufolge ein Verhalten des Werkbestel-

²⁰ Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, § 1170, Rz 35 f.

²¹ Apathy/Perner in Bydliński/Perner/Spitzer (Hrsg), ABGB⁷ (2023) zu § 1052 ABGB, Rz 4.

²² Schurr in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 1052 ABGB, Rz 10.

²³ Apathy/Perner in Bydliński/Perner/Spitzer (Hrsg), ABGB⁷ (2023) zu § 1052 ABGB, Rz 4.

lers, das den Eindruck erweckt, der Werkbesteller wolle seine Verbindlichkeiten nicht erfüllen. Wesentlich hierbei ist jedoch, dass die Zahlungsunfähigkeit oder mangelnde Kreditwürdigkeit des Werkbestellers dem vorleistungspflichtigen Werkunternehmer trotz Einhaltung der gebotenen Sorgfalt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht auffallen durfte.²⁴ Falls dieser die finanzielle Lage des Werkbestellers nicht sorgfältig prüft, verliert er die Möglichkeit sich auf § 1052 S 2 ABGB zu berufen.²⁵

- 3.4 Die Unsicherheitseinrede steht dem Werkunternehmer auch nur so lange zu, als die wirtschaftliche Notsituation aufrecht ist. Die bedeutet, dass sobald vom Vertragspartner die ausständige Leistung erbracht wird, auch die Gegenleistung erbracht werden muss.²⁶
- 3.5 Eine weitere Einschränkung besteht darin, dass sich der Werkunternehmer dann nicht auf die Unsicherheitseinrede gemäß § 1052 Satz 2 ABGB berufen kann, wenn er selbst vertragswidrig handelt (z.B. sich in Verzug befindet oder mangelhaft leistet).²⁷
- 3.6 Um die Unsicherheitseinrede und damit den Leistungsstopp des Werkunternehmers durch den in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Werkbesteller dennoch abzuwenden, besteht für den Werkbesteller die Möglichkeit, eine entsprechende Sicherheit zu bestellen. Gemäß den allgemeinen Bestimmungen zur Sicherheitenbestellung gemäß §§ 1373 ff ABGB wäre zu prüfen, ob die Sicherheit dazu geeignet ist, die aus den Zahlungsschwierigkeiten des Werkbestellers entstandene Unsicherheit auszugleichen. Als dienliche Sicherheit käme unter anderem eine Hypothek in angemessener Höhe in Frage, um den Leistungsanspruch des Werkbestellers wieder aufleben zu lassen.²⁸ Alternativ könnte man sich hier auch an § 1170b

²⁴ Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} (Stand 1.5.2020, rdb.at), § 1052, Rz 32f.

²⁵ Spitzer/Kodek in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB⁵ (2021) § 1052 ABGB, Rz 147.

²⁶ Schurr in Schwimann/Neumayr (Hrsg), § 1052 ABGB, Rz 10; Apathy/Perner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), ABGB⁷ (2023) zu § 1052 ABGB, Rz 4.

²⁷ Apathy/Perner in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), § 1052 ABGB, Rz 4.

²⁸ Schurr in Schwimann/Neumayr (Hrsg), § 1052 ABGB, Rz 11.

Abs 1 ABGB orientieren, der explizit Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen als mögliche Sicherungsmittel anführt.

III. Zur Leistungseinstellung gemäß § 1170b ABGB

1. Als Ausgleich für das dem Werkunternehmer aufgrund seiner Vorleistungspflicht obliegende und vielfach kaum zu überblickende Insolvenzrisiko des Werkbestellers, gewährt ihm der mit dem Handelsrechtsänderungsgesetz 2005 (HaRÄG) geschaffene und seit 01.01.2007 in Kraft stehende und zugunsten des Werkunternehmers relativ zwingende § 1170b ABGB neben einem gesetzlichen Rücktrittsrecht auch ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Werkbesteller dem Verlangen des Werkunternehmers auf Bestellung einer Sicherheit für den vereinbarten Werklohn nicht binnen angemessener Frist nachkommt. Das Recht auf Bestellung einer Sicherheit wird dem Werkunternehmer unabhängig davon zuerkannt, ob er von einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Werkbestellers ausgehen muss oder auch nicht.²⁹
2. § 1170b ABGB normiert das Recht des Werkunternehmers, der sich zur Errichtung eines Bauwerks, einer Außenanlage eines Bauwerks oder eines Teiles davon verpflichtet hat, vom Werkbesteller für den noch ausstehenden Werklohn (somit abzüglich der geleisteten Teil- bzw. Abschlagszahlungen) bis zur Höhe eines Fünftels des vereinbarten Entgelts zu verlangen. Ist der Bauwerkvertrag innerhalb von drei Monaten zu erfüllen, erhöht sich der Sicherstellungsanspruch auf zwei Fünftel des noch ausstehenden Werklohns.³⁰
3. Kommt der Werkbesteller diesem Begehren nicht, nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig nach, so kann der Unternehmer seine Leistung ver-

²⁹ Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB (2022), S. 1f; vgl. auch Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ (Stand 1.8.2022, rdb.at), § 1170b, Rz 1.

³⁰ Scharmer (2022), S. 19.

weigern und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären (§ 1168 Absatz 2 ABGB).

4. Als Folge, dass der Werkbesteller gar nicht, nicht ausreichend (was den wohl häufigsten Fall darstellen wird) oder nicht rechtzeitig dem Verlangen des Werkunternehmers nachkommt, ist dieser also - angelehnt an die Unsicherheitseinrede gemäß § 1052 Satz 2 ABGB - gemäß § 1170b Abs 2 Satz 2 dazu berechtigt, seine Leistung (vorerst) zu verweigern und seine Arbeiten einzustellen.³¹ Dies schließt sowohl die Fortführung der vertraglich vereinbarten, jedoch noch nicht ausgeführten Arbeiten, als auch die Beseitigung von Mängeln an bereits erbrachten und übergebenen (Teil-)Leistungen ein.³²
5. Das Recht des Werkunternehmers, die Leistung gemäß § 1170b Absatz 2 Satz 2 ABGB zu verweigern, entsteht nach Ablauf einer von ihm gesetzten angemessenen Frist. Für die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts ist keine Nachfristsetzung erforderlich; diese ist lediglich für die Ausübung des Rücktrittsrechts notwendig. Der Werkunternehmer muss die Leistungsverweigerung auch nicht bereits bei der Aufforderung zur Sicherheitsleistung ankündigen. Stattdessen kann er seine Arbeiten unmittelbar nach erfolglosem Fristablauf einstellen. Verweigert der Werkbesteller die Sicherheitsleistung von Beginn an ernsthaft und endgültig, ist der Werkunternehmer berechtigt, die Arbeiten sofort und ohne Nachfristsetzung einzustellen.³³
6. Der Werkunternehmer kann sich gemäß Absatz 2 vorerst darauf beschränken, seine Leistung zu verweigern, ohne zugleich sein Rücktrittsrecht auszuüben. Der Werkunternehmer hat nach Ansicht von Schopper und Scharmer das Wahlrecht, ob er die Leistung verweigert und/oder unter Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktritt. Nach dem Gesetzeszweck des § 1170b ABGB kann der Werkunternehmer auch nur von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen und nach

³¹ OGH 8 Ob 124/23b, bbl 2024, 118.

³² Schopper, § 1170b ABGB, Rz 88.

³³ Schopper, § 1170b ABGB, Rz 89.

Leistung einer entsprechenden Sicherheit das Werk vollenden, um den vollen Werklohnanspruch zu erhalten. Wird die Leistung lediglich verweigert, ohne vom Vertrag zurückzutreten, entsteht eine Art Schwebezustand, der vom Werkunternehmer durch Ausübung des Rücktrittsrechtes nach § 1170b Abs 2 Satz 2 ABGB beendet werden kann. Der Besteller kann diesen Schwebezustand dadurch beenden, dass er entweder die geforderte Sicherheitsleistung bestellt, das Werk abbestellt oder den noch offenen Werklohn bezahlt.³⁴

7. Die (berechtigte) Leistungsverweigerung gemäß § 1170b Absatz 2 Satz 2 ABGB führt nicht dazu, dass der Werkunternehmer in Verzug gerät, sondern es verlängern sich die bloß die vertragliche vereinbarten Ausführungsfristen um die Dauer der Leistungseinstellung. Der Besteller erlangt dadurch auch kein Recht zum Vertragsrücktritt gemäß § 918 ABGB. Klagt der Werkbesteller den Werkunternehmer auf Leistung, besteht die Gefahr einer abweisenden Entscheidung aufgrund der berechtigten Einrede des Leistungsverweigerungsrechts.³⁵

IV. Zur Leistungseinstellung nach der ÖNORM B 2110

1. Orientiert an dem der ÖNORM B 2110 innewohnenden Grundsatz der Ausgewogenheit beider Positionen und dem allgemeinen Grund(rechts)satz „*Gleiches gleich zu behandeln*“, löst die ÖNORM B 2110 das Problem der Leistungseinstellung im Zuge der Leistungserbringung offensichtlich dadurch, dass sie sowohl dem Werkunternehmer als auch dem Werkbesteller untersagt, die eigene Leistung einzustellen, sollten sich zwischen den Vertragsparteien Differenzen (eingeschränkt auf die Leistungserbringung nach 6.2 – technischer Inhalt und Umfang der Leistung und nicht den Verzug mit einer Leistung) auftun. Das Verbot der Leistungseinstellung soll dem Grundgedanken der ÖNORM zufolge somit bloß für Streitigkeiten über die bedungene Leistungsqualität und -quantität

³⁴ Schopper, § 1170b ABGB, Rz 90; vgl auch Scharmer (2022), S. 216.

³⁵ Schopper, § 1170b ABGB, Rz 91.

greifen, um dadurch die rechtzeitige Fertigstellung nicht zu gefährden.³⁶ Das in Punkt 5.9 normierte Verbot der Leistungseinstellung führt somit dazu, dass der Werkunternehmer weiterhin die vom Werkbesteller angeordneten Leistungen und der Werkbesteller (bei vereinbarter Vorleistungspflicht) weiterhin seine Teil- bzw. Abschlagszahlungen zu erbringen hat.³⁷ Für den Verzugsfall einer der beiden Vertragsparteien finden Punkt 5.9 hingegen keine Anwendung, weshalb hierfür die vorangehenden Ausführungen zu beachten sind.³⁸ Karasek bleibt in diesem Zusammenhang weiterhin auf seinem Standpunkt, dass der Werkunternehmer aufgrund seiner Vorleistungspflicht trotz Säumnis des Werkbestellers mit den Abschlagszahlungen schon grundsätzlich nicht dazu berechtigt sei, seine Leistung zu verweigern.³⁹

2. Nach ausdrücklicher Anordnung gemäß Punkt 5.9 der ÖNORM B 2110 bleiben die Rücktrittsrechte beider Vertragsparteien hiervon jedoch unberührt. Gemäß Punkt 5.8.1 lit f der ÖNORM B 2110 kann jeder Vertragspartner den sofortigen Rücktritt vom Vertrag erklären, sobald sich herausstellt, dass wesentliche Leistungen länger als drei Monate nicht erbracht werden können und der zurücktretende Vertragspartner diesen Umstand nicht zu vertreten hat.

V. Fazit

1. Generell ist anzumerken, dass der Leistungseinstellung stets eine sorgfältige rechtliche Prüfung unter Berücksichtigung der vertraglichen Grundlagen und des konkreten Sachverhaltes vorangehen sollte. Stellt der Werkunternehmer die Leistung zu Unrecht ein (z.B. weil im Zeitpunkt der Leistungseinstellung bereits feststeht, dass das Werk völlig unbrauchbar und damit ein nicht verbesserbarer Mangel vorliegt) gerät er selbst in Verzug, kann schadenersatzpflichtig werden und muss unter Umständen

³⁶ Kurz, ÖNORM B 2110¹, S. 169 f.

³⁷ Karasek, ÖNORM B 2110⁴ (Stand 1.5.2023, rdb.at), 5.9 Leistungsfortsetzung bei Streitigkeiten, Rz 142 f.

³⁸ vgl dazu auch Wenusch, ÖNORM B 2110² (2011), 5.9 Streitigkeiten, Rz 195 f.

³⁹ Karasek, ÖNORM B 2110⁴, 5.9 Leistungsfortsetzung bei Streitigkeiten, Rz 144.

auch mit dem Vertragsrücktritt durch den Werkbesteller rechnen (mit weitreichenden Folgen).⁴⁰

2. Weitgehend unbemerkt von der Praxis und in der Literatur bisher kaum besprochen, hat der OGH im Zusammenhang mit der Zug-um-Zug-Einrede im Werkvertragsrecht einen bemerkenswerten Schwenk vollzogen. Trotz Bejahung der gänzlich unstrittigen Rechtsmeinung, wonach der Werkunternehmer gemäß § 1170 Satz 1 ABGB vorleistungspflichtig ist, gesteht er ihm ein Recht zur Leistungseinstellung zu, wenn der Werkbesteller mit vertraglich vereinbarten Abschlagszahlungen in Verzug ist. Daraus ist abzuleiten, dass dem Werkunternehmer schon gemäß § 1052 Satz 1 ABGB bei entsprechender vertraglicher Ausgestaltung ein Leistungseinstellungsrecht zukommen kann.
3. Im Fall der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Werkbestellers kommt dem Werkunternehmer die Unsicherheitseinrede gemäß § 1052 Satz 2 ABGB zugute.
4. Schon aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich das Recht des Werkunternehmers die Leistung einzustellen, wenn der Werkunternehmer einem berechtigten Sicherstellungsbegehren nicht nachkommt.
5. Besonderes gilt im Werkvertrag, dem auch die ÖNORM B 2110 zugrunde liegt. Diese schließt in Punkt 5.9 das Leistungseinstellungsrecht im Fall von Streitigkeiten über die bedungene Leistungsqualität und -quantität sowohl für den Werkbesteller als auch den Werkunternehmer aus.
6. Zusammenfassend ist daher die Frage, die eingangs gestellt wurde „Die Einstellung der Arbeit, geht das überhaupt?“, mit dem typischen Stehsatz des Juristen zu beantworten, „es kommt darauf an...“

⁴⁰ vgl dazu OGH, 11.01.2024, 8 Ob 124/23b; Gerstberger, JBl 2017, 284 f.

Literaturverzeichnis

Normen und Richtlinien

Austrian Standards Institute, ÖNORM B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen, Werkvertragsnorm, Wien 2023

Fachliteratur

Bydlinski/Perner/Spitzer: Kommentar zum ABGB, 7. Auflage, Jänner 2023

Fenyves/Kerschner/Vonkilch: ABGB³ des von Heinrich Klang begründeten Kommentars

Friedl: ecolex 2009/109

Gerstberger: Zum Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers bei Vorschussvereinbarungen, JBl 2017, 282

Hussian: Leistungsverweigerungsrecht bei Zahlungsverzug, OGH 11.1.2024, 8 Ob 124/23b, bauaktuell 2024/4

Karasek: ÖNORM B 2110 Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm 4. Auflage, Wien 2023

Kletečka/Schauer: ABGB-ON^{1.04}

Kurz: ÖNORM B 2110 Kommentar (2012)

Schurr: Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB (2022)

Schwimann/Kodek: ABGB: Praxiskommentar, 5. Auflage, Oktober 2024

Schwimann/Neumayr: ABGB: Taschenkommentar, 6. Auflage, August 2023

Rummel/Lukas/Geroldinger: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch 4. Auflage, Wien 2000-2022

Wagner R.: Vorleistungspflicht des Werkunternehmers auch bei Säumnis des Werkbestellers mit vereinbarten Teilzahlungen, bauaktuell 2014, 140

Wenusch: ÖNORM B 2110 Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Ausgabe 2011

Judikatur

OGH 24.09.2008, 7 Ob 183/08z

OGH 10.07.2012, 4 Ob 105/12p

OGH 18.08.2016, 9 Ob 44/16k

OGH 11.01.2024, 8 Ob 124/23b

RIS-Justiz RS0021417

Die Einstellung der Arbeit, geht das überhaupt?



Sicherstellungen bei öffentlichen Ausschrei- bungen und ihre praktischen Probleme

Horst Fössl*

Wien

* Mag. Horst Fössl, Singer Fössl Rechtsanwälte OG

I. Präzisierung des Themas

Wenn man sich die zentrale gesetzliche Bestimmung des § 2 Z 32 BVergG¹ näher ansieht, in der die Sicherstellungen bei Ausschreibungen mittels einer Legaldefinition (das Gesetz nennt es: Begriffsbestimmung) beschrieben sind, dann sind dort zwar vier Sicherheiten definiert, aber bei näherer Betrachtung erkennt man, dass nur eine Sicherheit tatsächlich eine Absicherung in der Ausschreibungsphase (dem Vergabeverfahren) bezweckt. Die restlichen drei Sicherheiten kommen zwar insofern in Ausschreibungen vor, als diese idR (sei es durch unmittelbare Erwähnung oder im Verweisweg) in die Ausschreibungsunterlagen und damit in die späteren Vertragsunterlagen Eingang finden. Ihren Sicherungszweck entfalten diese aber erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens, das mit dem Zuschlag endet und damit den Beginn der Phase der Vertragsabwicklung markiert. Ihr Sicherungszweck dient also streng genommen der Absicherung vertraglicher Pflichten samt Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Abrechnung (jeweils unter der Bedingung, dass der sog. „Sicherungsfall“ eingetreten ist).

Ausgehend vom vergaberechtlichen Rahmen des BVergG 2018 soll unter Bedachtnahme auf die in der Rechtsprechung und Literatur herausgebildeten Grundsätze auf verschiedene Praxisprobleme eingegangen werden. Da Sicherstellungen – wie gesagt – über die Ausschreibungsphase hinauswirken und ihre Wirkung größtenteils erst in der Abwicklungsphase eines (Bau-)Vertrages entfalten, werden auch Bezüge zum Zivilrecht und damit verbunden auch zur ÖNORM B 2110 hergestellt.

II. Die Sicherstellungen in der Übersicht

Das BVergG nennt folgende Sicherstellungen und beschreibt unter einem, welchem Zweck die einzelnen Sicherstellungen dienen:

Das Vadium (§ 2 Z 31 lit a) BVergG) ist eine Sicherstellung für den Fall, dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot zurücktritt oder der

¹ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018) idgF

Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist behebbare wesentliche Mängel trotz Aufforderung des Auftraggebers schuldhaft nicht behebt.

Die Kautio (§ 2 Z 31 lit b) BVergG ist eine Sicherstellung für den Fall, dass ein Vertragspartner bestimmte, im Vertrag festgelegte besondere Pflichten verletzt.

Der Deckungsrücklass (§ 2 Z 31 lit c) BVergG ist eine Sicherstellung gegen Überzahlungen (Abschlagsrechnungen oder Zahlung nach Plan), denen nur annähernd ermittelte Leistungen zugrunde liegen. Ferner ist der Deckungsrücklass eine Sicherstellung für die Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer, sofern diese nicht durch eine Kautio abgesichert ist.

Der Haftungsrücklass (§ 2 Z 31 lit d) BVergG ist eine Sicherstellung für den Fall, dass der Auftragnehmer die ihm aus der Gewährleistung oder aus dem Titel des Schadenersatzes obliegenden Pflichten nicht erfüllt. Umgangssprachlich bzw. im „Bau-Jargon“ wird dieser häufig auch als „Hafrücklass“ bezeichnet, womit dasselbe gemeint ist.

III. Arten und Mittel der Sicherstellung, Sicherstellungen in der Ausschreibungsphase sowie vertragsrechtliche Vorgaben im BVergG

In § 99 BVergG wird etwas redundant geregelt, dass die Arten und Mittel zur Sicherstellung das Vadium, die Kautio, der Deckungsrücklass und der Haftungsrücklass sind.

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, wobei in der Praxis nur die sog. unbaren Sicherstellungsmittel eine Rolle spielen.

In der ÖNORM B 2110 findet sich in Pkt. 8.7.4 eine sehr ähnliche Regelung, die explizit zwischen baren und unbaren Sicherstellungsmitteln unterscheidet. Als bare Sicherstellungsmittel werden Bargeld (ohne Verzinsung) und Sparbücher

und als unbare Sicherstellungsmittel Bankgarantien und Versicherungen anführt. Nicht geregelt, in der Praxis aber immer wieder vorkommende Konzerngarantien werden nicht angeführt. Sie sind aber auch nicht verboten, sofern sich der Sicherstellungsberechtigte mit deren Hingabe einverstanden erklärt.

Als Auftrag an Verfasser von Ausschreibungen regelt § 110 Abs 1 Z 3 BVergG, dass für einen eindeutigen Leistungsvertrag u.a. eigene Bestimmungen betreffend Sicherstellungen zu erfolgen haben. Für das Vadium wird im Speziellen bestimmt, dass nach § 127 Abs 1 Z 3 BVergG Angebote – falls ein Vadium verlangt wird – den Nachweis von dessen Erlag enthalten müssen. Die Nichtvorlage des geforderten Vadiums bei Angebotsöffnung ist sanktionsbewehrt, weil dies zum Ausscheiden des Angebotes führt (§ 141 Abs 1 Z 5 BVergG).

Eine analoge Regelung gibt es für elektronische Auktionen, die für diese Phase des Vergabeverfahrens ein gesondertes Vadium mit den selben Rechtsfolgen wie bei herkömmlichen Vergabeverfahren kennt (§ 156 Abs 3 Z 11 BVergG).

Da das Vadium in seiner Grundaufgabe – siehe dazu sogleich – die Bindung des Bieters an sein Angebot sichern soll, bestimmt § 131 Abs 2 BVergG, dass auf Ersuchen eines Bieters, dessen Angebot für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommt, der Bieter über sein Ersuchen aus der Angebotsbindung entlassen werden kann und diesfalls das erlegte Vadium zurückzustellen ist.

IV. Die Sicherstellungen im Detail

4.1 Das Vadium

Die zuvor genannte Definition geht auf das BVergG 2006 und diese wiederum auf die ÖNORM A 2050 zurück. Allerdings ist die Regelung des ehemaligen § 86 erster Halbsatz BVergG 2006, wonach bei einem Vadium, sofern es verlangt wird, dessen Höhe festzulegen ist, entfallen. Begründet wurde dies damit, dass dies ohnehin selbstverständlich sei.²

² Vgl. A. Ooppel in Schramm/Aicher/Fruhmann, 3. Aufl. FN 5 zu § 2 Z 32 BVergG.

Allgemein wird die Bedeutung des Vadiums darin gesehen, nicht ernst gemeinten bzw. strategischen Beteiligungen am Vergabeverfahren entgegen zu wirken. Es soll bspw. verhindert werden, dass sich ein Bieter (als Teil eines abgesprochenen Bieteringes) mit einem besonders günstigen Angebot am Vergabeverfahren beteiligt, dieses jedoch dann zurücknimmt, um dem „gesetzten“ Bieter Platz zu machen oder einen vorab eingebauten Mangel nicht verbessert. Das BVergG ordnet deshalb – wie schon dargestellt an, dass Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt, auszuscheiden sind (§ 141 Abs 1 Z 5 BVergG).

Anders dürfte es sich bei sog. ÖNORM-Ausschreibungen verhalten, wenn dort keine Regelung getroffen wird, bis wann das Vadium zu legen ist: Als anlässlich einer Ausschreibung nach der ÖNORM A2050 der zur Zuschlagserteilung vorgesehene Billigstbieter bis zur Angebotsabgabe kein Vadium legte, dieses aber noch vor Zuschlagserteilung nachreichte, judizierte der OGH über die Klage des unterlegenen Bieters, dass dies zulässig wäre, zumal auch nach der Angebotsabgabe bis zur Zuschlagserteilung eine Sicherheitsfrist verbleibe.³

Wenngleich ein Vadium in der österreichischen Vergabepaxis aus der persönlichen Erfahrung des Autors von Auftraggebern nicht standardmäßig verlangt wird, hat sich dazu doch eine Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte (vormals Vergabekontrollbehörden) zu Einzelfragen herausgebildet:

4.1.1 Praxisprobleme beim Vadium anhand ausgewählter Rechtsprechung

Grundsätzlich kann der Auftraggeber frei entscheiden, ob er von Bietern ein Vadium verlangt⁴, folglich besteht keine Pflicht des Auftraggebers ein Vadium zu verlangen (arg: „... wird ein Mittel zur Sicherstellung verlangt, so kann“). Dies ergibt sich aus § 99 Abs 2 BVergG.

Wenn der Auftraggeber jedoch ein Vadium verlangt, dann gilt es, einige Feinheiten zu beachten. Wenn bei elektronischer Angebotsabgabe der Vadiumsnachweis „jedenfalls schriftlich“ bei sonstiger Ausscheidung zu erbringen ist, dann ist

³ OGH 6.6.1991, 6 Ob 564/91.

⁴ BVA 04.06.2012, N/0046-BVA/07/2012-23.

nach Ansicht des BVwG damit gemeint, dass das Original des Vadiumsnachweises dem Auftraggeber binnen Angebotsfrist (offenbar postalisch/per Boten/durch persönliche Übergabe) zu übermitteln ist und ein den elektronisch eingereichten Angebotsunterlagen beigefügter Scan des Vadiumsnachweises nicht ausreichend ist.⁵ Insoweit geht die Rechtsprechung von einem unbehebba- ren Angebotsmangel aus.⁶

Verlangt der Auftraggeber die Vorlage des Originaldokumentes nicht, dann ist zu differenzieren: Wenn die Sicherstellung auch ohne Vorlage des Originaldokumentes vom Auftraggeber beim Aussteller der Sicherungsurkunde in Anspruch genommen werden kann, dann ist es wohl auch nicht erforderlich, die Sicherstellungsurkunde im Original vorzulegen. Ist eine Inanspruchnahme der Sicherheit (zB Garantie, Rücklassversicherung) hingegen nur unter Vorlage der Originalurkunde möglich, wird diese auf jeden Fall binnen der Angebotsfrist dem Auftraggeber zu übermitteln sein, weil er sonst bei Eintritt des Sicherungsfalles keine verwertbare Sicherheit in Händen halten würde.⁷ Die dazu ergangene Rechtsprechung bezog sich auf das zwischenzeitig technisch veraltete Telefax; - eine Garantie wird aber wohl auch auf elektronisch übermittelte Dokumente (Scan, pdf-Dateien o.ä.) umlegbar sein.

Im Falle einer elektronischen Auktion kann der Auftraggeber für das Grund-Vergabeverfahren ein Vadium verlangen und gem. 156 Abs 3 Z 11 BVergG unabhängig davon zusätzlich ein weiteres Vadium auch für die Nachbesserung des Angebots in der Auktion. In der Praxis braucht der Bieter also zwei Vadiumsnachweise. Für den Zeitpunkt, zu dem der Nachweis des Vadiums vorliegen muss, gilt für ein „Auktions-Vadium“ dasselbe wie bei einem Vadium für ein reguläres Angebot (ohne Auktion): Der Nachweis des verlangten Vadiums muss zu Beginn der Auktion dem Auftraggeber vorliegen. Im Falle des Fehlens des Nachweises des für die Auktion verlangten Vadiums ist der Ausscheidensgrund gemäß § 141 Abs 1 Z 5 BVergG anzuwenden.

Mangels gesetzlicher Festlegung ist vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, mit welchem Datum der Nachweis des Vadiums (zumin-

⁵ BVwG 6.7.2023, W131 2266135-1/54E, ZVB-LSK 2024/2.

⁶ Siehe die schon zit. Jud., aber zB auch BVA 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009-35.

⁷ BVA 22.8.2008, N/0065-BVA/14/2008-31.

dest) befristet sein muss. In § 86 BVergG 2006 war festgelegt, dass das Vadium „spätestens 14 Tage nach Erteilung des Zuschlags [. . .] zurückzustellen“ ist: Somit ist es nach Meinung von Gölles angemessen, wenn die Laufzeit das Ausmaß der „Zuschlagsfrist plus 14 Tage“ hat.⁸

Vorsicht ist auch bei Angebotslegung durch Bietergemeinschaften geboten: Wenn der Garantiewortlaut nicht erkennen lässt, dass die als Vadiumsnachweis vorgelegte Urkunde (fallbezogen: eine Bankgarantie) alle Mitglieder der Bietergemeinschaft erfasst, dann stellt dies einen unbehebbarer Angebotsmangel dar.⁹

Wie schon ausgeführt, dient das Vadium als Sicherstellung für den Fall, dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot absteht und es verfällt in diesem Fall zugunsten des Auftraggebers. Sobald jedoch feststeht, dass ein Angebot für eine Zuschlagserteilung nicht in Frage kommt, ist ein erlegtes Vadium zurückzustellen.¹⁰ Ob die Rechtsprechung hier eine automatische Verpflichtung des Auftraggebers statuiert, oder ob dies weiterhin erst über Aufforderung des Bieters erfolgen muss, bleibt mE offen.

4.1.2 Abgrenzungsprobleme der Tatbestände bei Inanspruchnahme des Vadiums

Dem Gesetzeswortlaut ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die Inanspruchnahme des Vadiums durch den Auftraggeber hinsichtlich des beim Bieter liegenden Verschuldens unterschiedlich regelt. Während die Inanspruchnahme der Sicherheit wegen „Rücktritt vom Angebot“ (§ 2 Z 31 lit a) 1. Fall BVergG) augenscheinlich keines bieterseitigen Verschuldens bedarf, also das objektive Faktum des Rücktritts ausreicht, kann die Inanspruchnahme der Sicherheit wegen „Nichtbehebung eines Angebotsmangels“ (§ 2 Z 31 lit a) 2. Fall BVergG) nur dann erfolgen, wenn die Mängelbehebung schuldhaft unterblieben ist.

Für den letzten Fall ist es aufgrund der Rechtsprechung unbestritten, dass vorvertragliche Sorgfaltspflichten (sog. *culpa in contrahendo* bei Verstoß dagegen)

⁸ Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 99.

⁹ BVwG 6.7.2023, W131 2266135-1/54E, ZVB-LSK 2024/1.

¹⁰ BVA 22.12.2009, 03F-22/98-26.

auch im Vergabeverfahren auf das Verhältnis zwischen Ausschreibenden und Bieter anzuwenden ist.¹¹ Dies sogar unabhängig davon, ob das Vergabeverfahren nach den Regeln des BVergG, der einschlägigen ÖNORMen oder nach den Regeln einer rein „privaten“ Ausschreibung¹² abgewickelt wird. Aus diesem Grund wird sich der Bieter infolge der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB davon freibeweisen müssen, dass ihn an der unterbliebenen Mängelbehebung kein Verschulden trifft. Das ist deshalb praktisch relevant, weil dem Auftraggeber ein liquides unbares Sicherstellungsmittel vorliegt, das er idR problemlos „ziehen“ kann, womit der Bieter in die Klägerrolle gelangt, wenn er die Sicherheit (den Geldwert der Sicherheit) zurückerlangen will.

Mit dem Verschuldenserfordernis im 2. Fall der Inanspruchnahme rückt das Vadium zudem in die Nähe einer Pönale. Soweit ersichtlich, wurde aber bislang noch nicht entschieden, ob dann eventuell das verfallene Vadium *per analogiam* dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegt.

Aus Praxissicht wird ein strategisch agierender Bieter wohl eher dazu tendieren, einen Angebotsmangel nicht zu beheben anstatt sein Angebot einfach zurückzuziehen, weil hier zumindest die Chance besteht, in einem Prozess mit fehlendem Verschulden zu argumentieren.

4.1.3 Exkurs: Straf- und kartellrechtliche Sanktionierung von Bieterabsprachen

Gerade die oben angesprochenen Bieterabsprachen sind in Österreich nicht nur vergaberechtlich verpönt und mit dem Ausschluss des Bieters auch vergaberechtlich¹³ und kartellrechtlich¹⁴ sanktioniert, sondern auch strafrechtswidrig¹⁵. Sowohl durch Strafurteile der jüngeren Vergangenheit zur Thematik der „Wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren“ als auch durch Geldbußen nach dem KartellG ist für die oben genannten Konstellationen somit ein ausreichender Schutz gegeben.

¹¹ OGH 23.2.2022, 3 Ob 19/22y.

¹² OGH 13.4.1988, 1 Ob 539/88.

¹³ Siehe dazu § 78 Abs 1 Z 4 (für öffentliche Auftraggeber) und § 249 Abs 2 Z 3 BVergG (für Sektorenauftraggeber).

¹⁴ Siehe dazu zB OGH, 17.5.2024, 16 Ok 7/23z zu Bieterabsprachen bei Marktstudien.

¹⁵ § 168b StGB: Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren; zum selben Sachverhaltskomplex wie in der vorangehenden FN siehe OGH 6.3.2023, 13 Os 93/23k.

Wenngleich der Fokus dieses Beitrags auf den Sicherheiten bei Ausschreibungen nach dem BVergG liegt, soll auf eine rezente Entscheidung des OGH hingewiesen werden, wonach vom Schutzbereich des § 168b StGB auch wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren privater Auftraggeber (die weder öffentliche noch Sektorauftraggeber sind) erfasst sind.¹⁶

4.2 Die Kautio

Auch die Kautio war schon im BVergG 2006 geregelt und geht ebenfalls auf die ÖNORM A 2050 zurück.

Während Vadium, Deckungs- und Haftungsrücklass nur der Auftraggeber verlangen kann, könnte vom Wortlaut der o.a. Bestimmung auch der Auftraggeber derjenige sein, der zur Leistung einer Kautio verpflichtet ist (arg.: „..... Sicherstellung dass ein Vertragspartner bestimmte ... Pflichten verletzt“). Da eine Kautio nur dann zu leisten ist, wenn diese vertraglich vereinbart ist, gilt die Verpflichtung zur Leistung einer Kautio für den Auftraggeber nur dann, wenn er sich in den eigenen Ausschreibungsunterlagen dazu verpflichtet, was einen selten vorkommenden Fall darstellen wird.

Es ist im Grundsatz auch richtig, wenn A. Opperl ausführt¹⁷, dass auch die Werklohnsicherheit des § 1170b ABGB eine Kautio darstellen kann. Dies allerdings mit dem wesentlichen Unterschied, dass die Kautio für alle Arten von Aufträgen vereinbart werden kann, wohingegen die Werklohnsicherheit nur für Bauverträge gilt. Weiters ist die Kautio zur wirksamen Vereinbarung explizit in die Ausschreibungsunterlagen (den Vertrag) aufzunehmen ist, während das Recht, eine Werklohnsicherheit zu verlangen, ein gesetzliches Recht des Auftragnehmers (= Unternehmers eines Bauwerkes) gegen den Auftraggeber ist, welches auch im B2B-Geschäft nicht abbedungen werden kann. § 1170b Abs 3 ABGB nimmt allerdings juristische Personen des öffentlichen Rechts und Verbraucher im Sinn des KSchG von der Verpflichtung aus, selbige zu leisten.¹⁸ Für den hier zu behandelnden Themenkreis kann daher von allen juristischen Personen des öffentlichen

¹⁶ OGH, 21.11.2023, 11 Os 112/23i.

¹⁷ A. Opperl, a.a.O., Rz 29.

¹⁸ Statt vielen Böhler, in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), Rz 24 zu § 110b ABGB.

Rechts (hier sind z.B. Gebietskörperschaften, Kammern uam. zu erwähnen) keine Werklohnsicherstellung gefordert werden. Sehr wohl aber von ausgegliederten Rechtsträgern der öffentlichen Hand, die in einer Rechtsform des Privatrechts organisiert sind, mögen daran auch juristische Personen des öffentlichen Rechts als Gesellschafter beteiligt sein.¹⁹

4.2.1 Praxisfragen zur Kautionshöhe

Das BVergG enthält zwar keine Vorgaben zur Festlegung von Kautionen. Die vergaberechtliche Grenze wird aber dort gesehen, wo sie mit den vergaberechtlichen Grundsätzen der Sachlichkeit und Verhältnismäßigkeit kollidiert. Weiters ist nach verbreiteter Meinung auf die in Betracht kommenden ÖNORMEN (für Bauverträge insbesondere die ÖNORM B 2110 und B 2118) Bedacht zu nehmen.

Nach Pkt. 8.7.1 der ÖNORM B 2100 kann der Auftraggeber eine Sicherstellung für die zu erbringenden Leistungen bis zur Höhe von 20 % der Auftragssumme verlangen. Diese Sicherstellung ist binnen 14 Tagen nach Aufforderung zu übergeben. Sie darf allerdings nur dann in Anspruch genommen werden, wenn über das Vermögen des Auftragnehmers ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder ein rechtskräftiges Urteil über die besicherte Leistung zu Gunsten des AG ergangen ist. Die Kosten der Sicherstellungsleistung hat der Auftraggeber, Zug um Zug mit dem Empfang der Sicherstellung, jedoch in der Höhe von nicht mehr als 2 % p. a. der Höhe der Sicherstellung, zu tragen. Die Rechte des Auftragnehmers auf Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB bleiben davon unbenommen.

Das Bedachtnahmegebot im Verständnis des vorletzten Absatzes gilt aber nur eingeschränkt. So regelt die ÖNORM B 2110 in Pkt. 8.7.1, dass der Auftraggeber während der Leistungsfrist vom Auftragnehmer eine Sicherstellung für die zu erbringenden Leistungen bis zur Höhe von 20 Prozent der Auftragssumme verlangen kann.

Wenn vom Auftraggeber von dieser ÖNORM-Regelung (im Sinn einer Leitlinie gemäß §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG) nur in einzelnen Punkten abgewi-

¹⁹ Vgl. statt vieler: Schopper in Klang, 3. Aufl., Rz 20 zu § 1170b ABGB; Hörker/Kletecka in ABGB-ON 1.04 § 1170b, Rz 13).

chen wird (er verlangt zB eine höhere Kautions als in der ÖNORM vorgesehen), ist dies per se noch nicht unzulässig. Denn nach der Rechtsprechung des VfGH und des OGH bildet erst das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit die Grenze für das Abgehen von den Leitlinien. Eine abweichende Regelung betreffend die maximale Höhe der Kautions ist daher – auch ohne sachliche Rechtfertigung – zulässig.²⁰

Das Postulat einzelner Autoren, wonach eine Kautions (egal für welche Auftragsart) die Höhe von 5% des Auftragswertes grundsätzlich nicht überschreiten sollte²¹, ist aber aus der geltenden Rechtslage und den hier einschlägigen Normen nicht abzuleiten.

4.2.2 Praxisfragen zum Verlangen einer Kautions

Ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen dem zivilrechtlichen und dem vergaberechtlichen Rechtsrahmen tut sich auf, sobald die Kautions tatsächlich verlangt wird. Für Verträge im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 kann der Auftraggeber die Kautions „während der vertraglichen Leistungsfrist“ verlangen.²²

Daran schließen sich nun folgende Aspekte an: Für die Geltung der ÖNORM B 2110 im konkreten vertraglichen Verhältnis muss diese vereinbart werden, es reicht jedoch, dass sie bspw. in jener Vertragsbestimmung des Leistungsvertrages, welche die Vertragshierarchie regelt, explizit erwähnt wird. Folglich muss sie nicht in ihrer Gesamtheit im Vertrag wiedergegeben werden, um Geltung zu erlangen. Und es steht dem Auftraggeber frei, ob er von seinem Recht, während aufrechter Vertragshverhältnis eine Kautions zu verlangen, tatsächlich Gebrauch macht. Zivilrechtlich ist beides zulässig und unproblematisch.

Demgegenüber ist das Vergaberecht hier deutlich restriktiver: Das erfließt aus dem Gebot der Bietergleichbehandlung, die im Zivilrecht im Allgemeinen nicht gilt, sodass der Auftraggeber zivilrechtlich problemlos von einem Bieter (späteren Auftragnehmer) eine Kautions verlangen könnte und vom anderen nicht.

²⁰ Schiefer/Berger, in Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. Rz 1404 mwN; VfGH 9.3.2007, G 174/09; OGH 24.10.2013, 6 Ob 70/13g.

²¹ Schiefer/Berger, a.a.O. Rz 1405.

²² Pkt. 8.7.1. der ÖNORM B 2110; Karasek, ÖNORM B 2110⁴.

Hingegen lässt der Vergabegesetzgeber nachträgliche Vertragsänderungen nur in den engen Grenzen des § 365 BVergG zu. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass mit nachträglichen Vertragsänderungen iSd § 365 BVergG tatsächlich nachträgliche Leistungsänderungen gemeint sind.²³ Diese kann der Auftraggeber nur dann durchführen, wenn diese Änderungen, unabhängig von ihrem Wert in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen *in klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklauseln vorgesehen sind* (§ 365 Abs 3 Z 3 BVergG). Dies führt zur Frage, ob allein mit dem Verweis und die ÖNORM B 2110 und das darin statuierte Recht des Auftraggebers, eine Kautions zu verlangen, die dargelegte vergaberechtliche Anforderung erfüllt ist. Dies wird man bezweifeln müssen, zumal dem Auftraggeber zwar das Recht, eine Kautions zu verlangen eingeräumt wird, aber offen bleibt, ob, wenn ja, in welcher Höhe²⁴, wann und unter welchen Voraussetzungen er von diesem Recht tatsächlich Gebrauch machen wird.²⁵ Da Sicherstellungen bieterseitige Kosten verursachen (zB Kosten einer Bankgarantie etc) wird mE der bloße Verweis auf die ÖNORM B 2110 dem Bestimmtheitsgebot des BVergG insoweit nicht gerecht.

Hingegen wird der Meinung ohne Weiteres zuzustimmen sein, die es für vergaberechtlich unbedenklich hält, wenn der Auftraggeber vom späteren Auftragnehmer in jedem Fall die Kautions verlangen wird, weil diesfalls die Kosten im Angebot berücksichtigt werden können. Meines Erachtens wird dem Bestimmtheitsgebot aber auch dann entsprochen, wenn die Parameter, unter denen die Kautions ggf. verlangt werden wird, vom Auftraggeber konkret benannt werden, weil der Bieter dann in der Angebotsphase diese Kosten kalkulatorisch berücksichtigen kann bzw. sogar muss.

Pkt. 8.7.1 der ÖNORM B 2110 regelt wie gesagt nur, wie lange der Auftraggeber eine Sicherstellung verlangen kann, nämlich bis zum Ende der Leistungsfrist. Da die Kautions von beiden Vertragsteilen gefordert werden kann, ist die ÖNORM B 2110 im fraglichen Punkt insofern auslegungsbedürftig, als mit der Wortfolge „während der vertraglichen Leistungsfrist“ sowohl diejenige des die

²³ A. Oppl, a.a.O. unter Verweis auf *Arrowsmith, The Law of Public Procurement and Utilities I* (2014), Rz 6-280.

²⁴ Pkt. 8.7.1 der ÖNORM B 2110 besagt nur, dass der AG eine Kautions bis zu 20% der Auftragssumme verlangen kann; die tatsächliche Abrufhöhe zwischen 0-20% bleibt dem AG überlassen.

²⁵ Im Besonderen *Arrowsmith, a.a.O.*

Sicherstellung fordernden Vertragsteils als auch die des Vertragspartners gemeint sein könnte.

Hier ist gesicherte Rechtsprechung, dass unter „vertraglicher Leistungsfrist“ [im Sinn der ÖNORM B 2110] bei objektiver Auslegung nur eine vereinbarte Frist, nicht aber das faktische Ende der Leistungserbringung beider Seiten, also die vollständige Vertragsabwicklung, verstanden werden. Daher kann vom Werkunternehmer die Kautions nicht auch bis zur Erfüllung bestehender Gewährleistungsansprüche oder der Zahlung offener Forderungen verlangt werden.²⁶ Diese Auslegung bringt jedoch in der Praxis das Problem mit sich, welches Karasek zu Recht anspricht:

Gerade in denjenigen Fällen, in denen der vertraglich vereinbarte Fertigstellungstermin aus Gründen in der Sphäre des Auftragnehmers überschritten wurde, soll der Auftraggeber kein Recht mehr haben, vom Auftragnehmer eine Kautions zu verlangen. Er verliert daher in Fällen, in denen der Auftragnehmer seine Leistungen nicht fristgerecht erbringt und in Verzug gerät, das Recht, die Legung einer Kautions zu verlangen.

Dem von Karasek ins Treffen geführten Lösungsansatz, dass die ÖNORM auf das tatsächliche Ende der Leistungserbringung abstellen solle, ist daher beizupflichten, ebenso wie der an den Auftraggeber gerichteten Empfehlung vor Ablauf des vereinbarten Fertigstellungstermins eine Kautions zu verlangen, wenn er den Verdacht hegt, dass der Auftragnehmer in Verzug geraten wird, zumal eine Begründung für die Inanspruchnahme der Sicherstellung nicht erforderlich ist.

4.2.3 Praxisfragen zur Zurückstellung einer Kautions

Soweit ersichtlich besteht zur Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber eine erhaltene Kautions zurückstellen muss, keine einheitliche Sichtweise. Während die eine Strömung für von Auftragnehmer erlegte Kautions generell auf die Übernahme der Leistung plus 30 Tage Zahlungsfrist abstellen will²⁷, nimmt die andere Strömung (jedenfalls bezogen auf die ÖNORM

²⁶ OGH 19.12.2007, 3 Ob 211/07m, ecolex 2008/141.

²⁷ So etwa A. Oppl, a.a.O. Rz 35 zu § 2 Z 32 BVergG.

B 2110) das Ende der Sicherstellungsfrist (und damit die Rückgabeverpflichtung) grundsätzlich auch mit dem Zeitpunkt der Übernahme der Leistung durch den Auftraggeber an, jedoch mit der hier wesentlichen Einschränkung „sofern zu diesem Zeitpunkt keine strittigen Punkte mehr im Hinblick auf die ordnungsgemäße Leistungserbringung durch den Auftragnehmer bestehen“.²⁸

Da der Begriff der Kautions iSd § 3 Z 32 BVergG mE weitergehender und umfassender ist, als jener der ÖNORM B 2110 (zB können dazu auch die Werklohnsicherheit iSd § 1170b ABGB aber auch andere, „ungeregelte“ Formen der Kautionsbestellung zählen) wird zu unterscheiden sein, ob die Rückgabe eine „ungeregelte“ Form der Kautions betrifft oder eben jene der ÖNORM B 2110. Für die „ungeregelte“ Kautions kann auf Grund des Wortlautes von § 3 Z 32 leg. cit. relativ problemlos argumentiert werden, dass die Rückgabeverpflichtung nicht mit der Übergabe endet. Denn ausweislich des Gesetzestextes sichert sie im Vertrag besonders festgelegte Pflichten. Wieso also sollen Gewährleistungsrechte, die typischerweise erst mit der Übergabe beginnen und auf im Vertrag besonders festgelegte Pflichten zurückgehen, davon nicht erfasst sein, ist nicht ohne Weiteres ersichtlich. Dass es hier zu einer gewissen Überschneidung mit dem Haft(ungs)rücklass kommen kann, ist meines Erachtens für sich allein noch kein zwingendes Argument (zB kann das Sicherstellungsinteresse des Auftraggebers deutlich höher sein, als die Höhe des Haftungsrücklasses).

Im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 werden diese Überlegungen zunächst wohl auch gelten können. Für unbare Sicherstellungen gilt nach Pkt. 8.7.6 der ÖNORM B 2110, dass diese ein Monat über das Ende der Sicherstellungsfrist gültig sein müssen. Da das Ende der Leistungsfrist (dieser Begriff kommt in § 2 Z 32 BVergG nicht vor!) in aller Regel vertraglich festgelegt ist, und ein Überschreiten der Leistungsfrist typischerweise auch Verzugsfolgen auslöst, ist der Zeitpunkt der Rückgabepflicht hier deutlich besser eingrenzbar und wird in den allermeisten Fällen einen Monat nach dem vertraglich vorgesehenen Datum der Übernahme der Leistung enden.

Da unregelt ist, wann der Auftraggeber die Kautions zurückstellen muss, kann der Fall eintreten (zB über die Monatsfrist nach Leistungsende = Übergabe hin-

²⁸ Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 111 zu Pkt 8.7.1.

aus verlängerte Kautionsgarantie), dass dem Auftraggeber neben der Kaution parallel auch schon ein Haftungsrücklass zur Absicherung der Ansprüche nach der Übergabe zur Verfügung stehen kann. Hier argumentiert Karasek²⁹, dass dies vom Regelungszweck überschießend sei, weil solche Gewährleistungsrisiken durch den Haftungsrücklass abgesichert seien. Das ist zwar zutreffend, allerdings eröffnet diese Sichtweise ein Spannungsverhältnis zu dessen zuvor dargestellter Ansicht, dass die Rückgabe der Kaution nach erfolgter Übergabe nur dann zu erfolgen habe, wenn *„keine strittigen Punkte mehr im Hinblick auf die ordnungsgemäße Leistungserbringung durch den Auftragnehmer bestehen“*. Da der praktisch relevanteste Fall dieser Einschränkung wohl jener sein wird, dass Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers (fort-)bestehen, die zwingend erst nach Übergabe vorliegen können, ist fraglich, wie man dieses Spannungsverhältnis auflösen könnte.

Aus meiner Sicht bietet sich zumindest in den Fällen von „akuten“ Gewährleistungsansprüchen im Zeitpunkt der Übergabe an, auf den „Wert“ der bzw. die aufzuwendenden Kosten für die Mängelbehebung abzustellen, da dies im Grund das zahlenmäßige Sicherungsinteresse des Auftraggebers repräsentiert. Findet das zahlenmäßige Sicherungsinteresse im Haftungsrücklass Deckung, wäre die Kaution zurückzustellen, anderenfalls nicht. Diese Auslegung würde auch die o.a. Einschränkung abdecken, weil „akute“ Gewährleistungsansprüche bei Leistungsende wohl mit *„strittigen Punkten im Hinblick auf die ordnungsgemäße Leistungserbringung“*, bezogen auf die Übergabe, korrelieren.

4.3 Der Deckungsrücklass

Auch dieses Sicherstellungsmittel war schon im BVergG 2006 enthalten und geht auf die ÖNORM A 2050 zurück.

Die praktische Relevanz des Deckungsrücklasses ist die Absicherung des Auftraggebers gegen Überzahlung, wenn sich bei vereinbarten Teil- bzw. Abschlagsrechnungen (deren Höhe typischerweise nur näherungsweise festgelegt wird) bei der Schlussrechnung (nachdem diese geprüft wurde) tatsächlich ein geringerer Gesamt-/Schlussrechnungsbetrag ergeben sollte, als durch die Teilrechnungen

²⁹ Karasek, a.a.O.

schon verrechnet wurde. Diese Fallkonstellation kann etwa dann eintreten, wenn einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses deutlich höhere Mengen/Massen ausgewiesen haben, als letztlich zur Ausführung gelangt sind oder zB einzelne Leistungsteile entfallen sind (ohne dass es zur Nachteilsabgeltung kommt).

Daneben dient der Deckungsrücklass auch der Sicherstellung der Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer, sofern diese nicht durch eine Kautionsabgesichert ist. Diese Funktion tritt in der Praxis gegenüber dem „Überzahlungsschutz“ deutlich in den Hintergrund.

Zu erwähnen ist, dass von Regierechnungen kein Deckungsrücklass einbehalten werden darf, weil Regieleistungen nicht mittels Abschlagsrechnungen, sondern gesondert zu verrechnen sind (Pkt. 8.3.1.4 iVm 8.7.2 ÖNORM B 2110).

Der Deckungsrücklass ist im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 mit Fälligkeit der Schluss- oder Teilschlussrechnung durch den Haftungsrücklass zu ersetzen. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass eine Schlussrechnung, die so mangelhaft ist, dass sie nicht prüffähig ist (und an den AN zurückgestellt werden muss) mangels Fälligkeit auch den Austausch des Deckungs- gegen den Haftungsrücklass verhindert.

4.3.1 Praxisfragen zur Höhe des Deckungsrücklasses

Der Deckungsrücklass ist im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 gemäß Pkt. 8.7.2 in der Höhe von 5 % des (jeweiligen) Rechnungsbetrages einzubehalten.

Die Festlegung eines geringeren Deckungsrücklasses bei Ausschreibungen wird als unproblematisch gesehen, zumal es keine Pflicht gibt, einen Deckungsrücklass überhaupt zu vereinbaren. Aber auch die Festlegung eines höheren Deckungsrücklasses, als von der ÖNORM B 2110 vorgesehen, ist nicht ausgeschlossen. Dazu kann auf die schon zur Kautionshöhe dargestellten vergaberechtlichen Grundsätzen der Sachlichkeit und Verhältnismäßigkeit verwiesen werden.

Soweit ersichtlich existiert zur Frage, inwieweit ein Auftraggeber bei der Festlegung der Höhe des Deckungsrücklasses „nach oben“ von der ÖNORM ab-

weichen darf, keine Rechtsprechung. Der vom *telos* des Deckungsrücklasses getragenen Überlegung, dass der Deckungsrücklass der Absicherung gegen Überzahlung aufgrund der nur annähernden Ermittlung der Rechnungshöhe von Abschlagsrechnungen dient, ist vom Grundsatz her zuzustimmen. Nach dieser Ansicht wäre der sich aus dieser Abrechnungsform sich ergebende Unsicherheitsfaktor vom Auftraggeber zu ermitteln und dementsprechend die Höhe des Deckungsrücklasses festzulegen. Wenn also der Unsicherheitsfaktor 10 % ausmacht, wäre ein Deckungsrücklass von bspw. 20% überschießend und vergaberechtlich problematisch.³⁰ In der Praxis wird dieser Lösungsvorschlag aber dem Problem begegnen, dass die Festlegung des Abweichungskorridors und des Zahlungsplans zeitlich vor der Ausschreibungsphase zu erfolgen hat, die realen Abrechnungsmengen und damit die Schlussrechnungssumme aber erst nach erbrachter Leistung feststehen, und daher die Annahme von Abweichungsbandbreiten zwischen Teil- und Schlussrechnungen erst Recht nur auf groben Schätzungen beruhen können.

In zivilrechtlicher Hinsicht dürfte die Grenze der Abweichung nach oben deutlich weiter gezogen sein, wenn überhaupt eine besteht: Im äußersten Fall könnte man an die Sittenwidrigkeit iSd § 879 Abs 3 ABGB als Grenze denken und selbst dies scheint fraglich: Denn rechtlich wie wirtschaftlich ist ein hoher Deckungsrücklass gleichbedeutend damit, dass ein Teil der vereinbarten Vorauszahlung nicht geleistet wird.

Als Grundregel gilt im Werkvertrag jedoch ohnehin, dass das Entgelt nach vollendetem Werk zu entrichten ist (§ 1170 Satz 1 ABGB). Nur dann, wenn das Werk in bestimmten Abteilungen zu verrichten ist oder mit Auslagen für den Werkunternehmer verbunden ist, kann der Werkunternehmer einen verhältnismäßigen Teil derselben verlangen. Da aber diese Norm dispositiv ist, kann sie abbedungen werden. Im Ergebnis läuft ein sehr hoher Deckungsrücklass letztlich einfach auf geringere Vorauszahlungen hinaus, womit er sich der gesetzlichen Grundregel annähert, wonach das Entgelt (oder hier eben ein Großteil davon) ohnehin erst mit Vollendung des Werkes gebührt, sodass schon damit eine Sittenwidrigkeit kaum zu argumentieren ist.

³⁰ A. Oppl, a.a.O., Rz 44.

Zudem betrifft der Deckungsrücklass unmittelbar die Zahlungspflicht des Auftraggebers, und damit dessen Hauptleistungspflicht, sodass auch aus diesem Grund der Sittenwidrigkeitseinwand kaum zu argumentieren wäre.

4.3.2 Das Verhältnis Deckungsrücklass - Haftrücklass

Die Judikatur zum Deckungsrücklass beschäftigt sich fast ausschließlich mit dessen Abgrenzung zum Haftungsrücklass und die Verwendung des Deckungsrücklasses zu sachfremden Zwecken. Soweit ersichtlich sind Streiffälle zu dessen Höhe als untergeordnet anzusehen bzw. nicht publiziert. Ein Grund für die offenbar geringere Streitgeneigtheit der Höhe des Deckungsrücklasses mag auch in dessen Sicherungsfunktion der Abrechnung im Stadium der Bauabwicklung liegen, sodass allfällige Probleme erst bei der Schlussrechnung kulminieren.

Hingegen differenziert der OGH klar zwischen Garantien für Deckungsrücklässe und Haftrücklässe, was für die Praxis Klarheit bringt. Eine zur Besicherung des Deckungsrücklasses gegebene Garantie kann nicht einseitig zur Besicherung des Haftrücklasses verwendet werden. Der OGH hält entgegen gegenteiliger Stimmen der Lehre an seiner klaren Differenzierung hinsichtlich Garantieerklärungen fest, die einerseits zur Besicherung von Deckungsrücklässen und andererseits des Haftrücklasses gegeben wurden und es findet insoweit auch keine Umdeutung von Bankgarantien statt³¹. In derselben Entscheidung streicht der OGH erneut heraus, dass die Rücklässe unterschiedliche Funktionen haben: Der Deckungsrücklass sichert Abrechnungsungenauigkeiten ab, während der Haftrücklass Gewährleistungsansprüche abdeckt.

Allerdings kommt es auch bei der Auslegung des Begriffs „Deckungsrücklass“ auf die Umstände des Einzelfalls an und kann je nach Parteienvereinbarung der Begriff und damit der Umfang der Garantie enger oder weiter verstanden werden, wobei Garantieerklärungen im Zweifel eher enger auszulegen sind.³² Dies führt zur banalen aber durchaus praxisrelevanten Feststellung, dass der Textierung von Garantien generell erhöhte Aufmerksamkeit gewidmet werden soll.

³¹ EvBl 2016/148.

³² OGH 25.10.2027, 6 Ob 107/17d unter Verweis auf 9 Ob 9/16p.

In der Baubranche wird nach Ansicht des OGH der Begriff „Deckungsrücklass“ traditionell entsprechend der ÖNORM B 2110 und ÖNORM A 2050 verstanden. Diese Aussage traf er, als er die Frage zu klären hat, welche(n) Sicherungszweck(en) der Deckungsrücklass dient (im konkreten Fall diene er neben dem Überzahlungsschutz gemäß der ÖNORM B 2110 auch der Sicherstellung für die Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer, sofern diese nicht durch Kautions abgesichert ist).³³

Mit der zuletzt referierten Entscheidung des OGH stimmt eine schon ältere Entscheidung des Bundesvergabebeamten zum BVergG 2002 überein, dass (auch) nach der damals geltenden Legaldefinition des § 20 Z 29 lit c BVergG 2002 der Deckungsrücklass sowohl der Sicherstellung gegen Überzahlungen als auch der Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer dient, sofern diese nicht durch eine Kautions abgesichert ist.³⁴

4.4 Der Haftungsrücklass

Auch beim Haftungsrücklass geht die Definition auf das BVergG 2026 und die ÖNORM 2050 zurück.

Da der Haftungsrücklass definitionsgemäß eine Sicherstellung für den Fall darstellt, dass der Auftragnehmer die ihm aus der Gewährleistung oder aus dem Titel des Schadenersatzes obliegenden Pflichten nicht erfüllt, stellt sich die Frage, welche Ansprüche nun konkret gesichert sind.

4.4.1 Gesicherte und nicht gesicherte Ansprüche

Die allgemeine Ansicht geht dahin, dass zumindest Gewährleistungsansprüche und mit Gewährleistungsfällen im Zusammenhang stehende Schadenersatzansprüche (also Ersatzansprüche betreffend Mangelfolgeschäden) durch den Haftungsrücklass besichert sind.³⁵

³³ OGH 6.7.2016, 7 Ob 121/16v.

³⁴ BVA 23.4.2004, 17F-13/03-23.

³⁵ Vgl zum Gesamten: Karasek, a.a.O. Rz 118ff zu Pkt. 8.7.3 der ÖNORM B 2110 und A. Oppl, a.a.O. Rz 47ff.

Ansprüche, die hingegen keinen Zusammenhang mit Gewährleistungsfällen aufweisen, sind durch den Haftungsrücklass grundsätzlich nicht besichert. Nach der älteren Rechtsprechung des OGH dient der Haftungsrücklass auch nicht zur Sicherstellung von Nichterfüllungs- und (allgemeinen) Schadenersatzansprüchen.³⁶

Nicht besichert sind weiters bereicherungsrechtliche Ausgleichsansprüche. Der OGH stellt auf die in der ÖNORM B 2110 zum Haftungsrücklass genannten Ansprüche ab und sieht dort nicht genannte Ansprüche als nicht besichert an.³⁷ Das in der FN zitierte Judikat ist jedoch in sich nicht ganz kohärent. In der zitierten Entscheidung war ein Haftungsrücklass für einen Rohbau „zur Sicherstellung aller aus diesem Vertrag erwachsenen Verbindlichkeiten“ und für einen Innenausbau vereinbart, wenn die Firma „die Innenausbauarbeiten nicht ordnungsgemäß durchführt“. Der Subunternehmer erfüllte den Vertrag nicht und beendete vorzeitig die Arbeiten. Der OGH nahm den Standpunkt ein, dass der Haftungsrücklass für den Rohbau nur für den Fall vereinbart wurde, dass der Subunternehmer „innerhalb der Gewährleistungsfrist seiner Mängelbehebungsfrist nicht nachkommen werde“. Für den Rohbau sei ein Verzugs- oder Nichterfüllungsschaden nicht mitumfasst. Für die Innenausbauarbeiten hingegen, hat der OGH den Schluss gezogen, dass von der Garantie nicht nur Gewährleistungsansprüche, sondern – anders als beim Rohbau – auch Ansprüche aus Verzugs- oder Nichterfüllungsschäden mitumfasst wären, „da zur ordnungsgemäßen Durchführung auch verzögerungsfreie, vollständige Erfüllung gehört“.

Generell gilt, dass der Begriff „Ansprüche aus der Gewährleistung“ weit ausulegen ist und (i) Preisminderungsansprüche, (ii) Rückzahlungsansprüche bei Vertragsauflösung sowie (iii) Deckungskapital für Ersatzvornahmen (Mangelfolgeschaden) umfasst sind.³⁸

Aus praktischen, weniger rechtlichen Gründen, sind auch nicht alle Gewährleistungsansprüche besichert. Dies resultiert daraus, dass für die Dauer der Einbehaltung des Haftungsrücklasses auf den allgemeinen Beginn der Gewährleistungs-

³⁶ OGH 15.9.1982, 1 Ob 686/82

³⁷ OGH 15.9.1982, 1 Ob 686/82

³⁸ Karasek, a.a.O. mit umfangreichem Literaturnachweis.

frist abgestellt wird (der in der Regel mit Übernahme der Leistung anzusetzen ist). Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche, die erst nach Ablauf der allgemeinen Gewährleistungs-/Schadenersatzfristen bekannt werden, beziehungsweise geltend gemacht werden, können (etwa weil die Gewährleistungsfrist fallspezifisch wegen Vorliegens eines versteckten Mangels noch nicht abgelaufen ist) schon deshalb nicht mehr besichert werden, weil der Haftungsrücklass zurückzustellen ist, bevor ein solcher Gewährleistungs-/Schadenersatzanspruch überhaupt geltend gemacht werden konnte. Zur Klarstellung: Der Anspruch auf Gewährleistung oder Schadenersatz „an sich“ bleibt davon unberührt, es geht nur darum, ob sich der Auftraggeber aus dem Haftungsrücklass relativ einfach befriedigen kann.

Klar ist, dass der Auftraggeber grundsätzlich festlegen kann, welche Ansprüche durch den Haftungsrücklass gesichert werden sollen. Bei (stark) zu Lasten des Bieters (des späteren Auftragnehmers) abweichenden Regelungen sind wiederum die schon erwähnten Vergabegrundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Biertgleichbehandlung zu berücksichtigen. Es ist vom Auftraggeber abzuwiegen, welche abweichenden Regelungen des Haftungsrücklasses der Auftraggeber aufgrund der funktionalen technischen Anforderungen an die ausgeschriebene Leistung tatsächlich benötigt.

Weil sowohl das Vergabe-, als auch das Zivilrecht in der konkreten Anwendung parallel zu beachten ist, sind auch die zivilrechtlichen Grenzen von stark abweichenden Regelungen gegenüber den ÖNORM-Regeln beim Haftungsrücklasse zu bedenken. Dabei ist hier insbesondere die Sittenwidrigkeit und die gröblich Benachteiligung maßgeblich. Diese haben eine ähnliche Stoßrichtung, sind jedoch nicht deckungsgleich.

4.4.2 Die Höhe des Haftungsrücklasses

Vergaberechtlich ist die Höhe des Haftungsrücklasses ungeregelt. Hier wird nur die Biertgleichbehandlung, das Sachlichkeitsgebot und das Diskriminierungsverbot die maßgebliche Grenze darstellen. Im allgemeinen Zivilrecht wird man die Begrenzung der Haftungsrücklasses „nach oben“ mit der Sittenwidrigkeitsgrenze annehmen können.

Im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 ist nach Pkt. 8.7.3.1 von der Schlussrechnung ein Haftungsrücklass in der Höhe von 2 % des Rechnungsbetrages (Gesamtpreis zuzüglich Umsatzsteuer) einzubehalten, soweit er nicht vom Auftragnehmer durch ein Sicherstellungsmittel abgelöst ist. Dazu kann aber schon aus Praxissicht gesagt werden, dass ein Haftungsrücklass in Höhe von 2% die besicherten Risiken aus einem Bauprojekt bei weitem nicht abdeckt und daher Auftraggeber - meist abhängig vom jeweiligen Gewerk/Bauteil - zT deutlich höhere Haftungsrücklässe vorgeben und zusätzlich auch die Haftungs-, vor allem aber die verschuldensunabhängigen Gewährleistungsfristen auf ein Vielfaches der gesetzlichen Fristen ausdehnen. Aufgrund zunehmender Komplexität von Bauvorhaben (Bauphysik, Haustechnik, komplexe Fassadensysteme uvm.) ist dies unter diesem Gesichtspunkt auch durchaus verständlich und sinnvoll.

Für den Fall, dass innerhalb der Gewährleistungsfrist ein Mangel verbessert wird und für diese Verbesserung über die ursprüngliche Gewährleistungsfrist hinaus Gewähr zu leisten ist, sieht Pkt. 8.7.3.3 der ÖNORM B 2110 vor, dass ein Teil des Haftungsrücklasses über das Ende der allgemeinen Gewährleistungsfrist hinaus bis zum Ende der Gewährleistungsfrist für den verbesserten Teil einbehalten werden kann. Dessen Höhe ist jedoch mit 10 % der Leistung, die an die Stelle der mangelhaften Leistung getreten ist, limitiert. Ausdrücklich ist vorgesehen, dass das Höchstmaß des Haftungsrücklasses weiterhin 2 % der Schluss bzw. Teilschlussrechnung (Gesamtpreis zuzüglich USt) beträgt.

4.4.3 Die Dauer der Sicherstellung

Aus der Zusammenschau der Vorschriften, dass unbare Sicherstellungen 1 Monat über das Ende der Sicherstellungsfrist hinaus gültig sein müssen (Pkt. 8.7.6 der ÖNORM B 2110) und der allgemeinen Fristregelung für Gewährleistungsansprüche in Pkt. 11.2.3.2 der ÖNORM B 2110 (3 Jahre für bewegliche und unbewegliche Sachen, falls im Vertrag oder einschlägigen Fachnormen keine andere Gewährleistungsfrist festgelegt ist) wird für die Bemessung der Sicherstellungsdauer die allgemeine Verjährungsfrist nach dem ABGB für unbewegliche Sachen zu Grunde gelegt.³⁹

³⁹ § 933 Abs 1 ABGB.

Kommt es zu einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist – wiederum im Rahmen der schon dargestellten zivil- und vergaberechtlichen Grenzen – richtet sich auch die Dauer des vorzuhaltenden Haftrücklasses nach dieser Frist.

Eine partielle Verlängerung der Dauer des Haftpasses findet statt, wenn während der Dauer des Haftrücklasses ein Gewährleistungsfall eintritt und der Auftragnehmer seiner Gewährleistungsfrist durch Verbesserung bzw. Austausch nachkommt (Pkt. 8.7.3.3 der ÖNORM B 2110). Von einigen Autoren wird überlegt, die Verlängerung der Dauer des Haftrücklasses auch für jene Fälle anzuwenden, in denen ein verdeckter Baumangel noch innerhalb der allgemeinen Gewährleistungsfrist zum Vorschein kommt oder erkennbar wird, zumal in diesem Fall die spezifische Gewährleistungspflicht für den verdeckten Baumangel erst mit der erstmaligen Erkennbarkeit zu laufen beginne und damit über das Ende der allgemeinen Gewährleistungsfrist hinausreiche.⁴⁰

Wenngleich es ein häufig vorkommender Vorgang ist, bei anhaltenden Mängeln die Gewährleistungsfrist und damit den Haftungsrücklass (dessen unbare Ablöse mittels Bankgarantie) nachträglich über das ursprüngliche Ende der Gewährleistungsfrist hinaus zu verlängern (häufig verbunden mit einer vorangehenden „*extend-or-pay*“-Androhung des Auftraggebers die Garantie zu ziehen, falls man der Verlängerung nicht zustimmt), ist deren vergaberechtliche Zulässigkeit weitgehend ungeklärt. Während der Auftraggeber zivilrechtlich hier praktisch keinen Einschränkungen unterworfen ist, scheint diese Form der Gewährleistungsverlängerung samt Verlängerung des Haftungsrücklasses vergaberechtlich nicht ganz unbedenklich, wenn sie nicht von vorneherein iSd § 365 Abs 2 Z 1 BVergG in klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklauseln vorgesehen ist. Dies wird aber in der weit überwiegenden Zahl der Fälle nicht gegeben sein. Das Problem ist, dass (wesentlich) verlängerte Gewährleistungs- und Haftungsrücklassfristen zu Gunsten des Auftraggebers auch zu wesentlichen Änderungen des Vertrages führen können, weil der Auftragnehmer die Kosten der verlängerten Sicherstellungen nicht kalkuliert hat und diese damit auch nicht in den Vertragspreisen enthalten sind. Beide hier denkbaren Lösungsansätze sind bei strenger vergaberechtlicher Betrachtung problematisch: Entweder die Verlängerung der Sicherstellung wird vom Auftraggeber nicht gesondert honoriert, dann kann es

⁴⁰ Vgl. A. Oppl, a.a.O.; ähnlich Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁶, Rz 10 zu § 933 ABGB.

eine wesentliche Änderung des Vertrages zu seinen Gunsten sein zumal er über den rein finanziellen Aspekt der nicht abgegoltenen Sicherstellungskosten auch eine zusätzliche (längere) Sicherstellung seiner Ansprüche erhält. Wird die Verlängerung gesondert honoriert, kann dies uU auch eine wesentliche Vertragsänderung zu Gunsten des Auftragnehmers bewirken. Soweit ersichtlich war diese Fragestellung aber noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung.

4.4.4 Der Haftungsrücklass im Konkurs

Eine in der Praxis häufig vorkommende Fallkonstellation ist, dass der Werkunternehmer während offener Gewährleistungs- bzw Haftungsfristen insolvent wird.

Liegt ein zweiseitiger Vertrag vor, der vom Schuldner und dem anderen Teil zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht vollständig erfüllt worden ist, so kann der Insolvenzverwalter entweder an Stelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung (=Zahlung) verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Folglich steht kein Rücktrittsrecht zu, wenn auch nur einer der Vertragspartner vollständig erfüllt hat. Voraussetzung für den Rücktritt ist daher die beiderseitige noch nicht vollständige Vertragserfüllung.

Ist dies der Fall, ist auch klar, dass der Insolvenzverwalter das Rücktrittsrecht in Anspruch nehmen kann, wenn die Zahlung durch den Auftraggeber noch nicht vollständig geleistet wurde. Da der Haftungsrücklass einen teilweisen Einbehalt vom Werklohn darstellt, ist das Rücktrittsrecht des Insolvenzverwalters in diesen Fällen immer gegeben.

Umgekehrt gilt: Hat auch nur einer der beiden Vertragspartner den Bauvertrag vor Konkurseröffnung vollständig erfüllt, kann der Insolvenzverwalter nicht vom Vertrag zurücktreten.⁴¹

Folglich ist für die Ausübung des Rücktrittsrechts zu prüfen, ob der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hat und/oder der Schuldner mangelhaft erfüllt hat: Hat der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt, d.h. ein mangelfreies Werk geleistet,

⁴¹ Vgl. *Enzinger*, Insolvenz und Haftrücklass: Eine Standortbestimmung in FS 30 Jahre ÖG-Bau mwN; *Karasek*, a.a.O. Rz 127.

wäre der erklärte Rücktritt unwirksam und der Vertrag weiter aufrecht. Der Auftraggeber muss diesfalls den Haftungsrücklass somit dem Insolvenzverwalter nicht vorzeitig herausgeben.

Hat der Schuldner nicht ordnungsgemäß erfüllt, das heißt ein mangelhaftes Werk geleistet, kommt es auf die Teilbarkeit der Leistung an:

- Bei Unteilbarkeit der Leistung gilt nunmehr⁴², dass im Fall des Rücktritts des Masseverwalter gemäß Paragraph 21 IO nicht sofort die Auszahlung des Haftrücklasses gefordert werden kann, sondern der Ablauf der Gewährleistungsfrist abgewartet werden muss, sofern das Auftreten vom Baumängeln für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden kann (was praktisch nie der Fall sein wird). Somit ist die Zahlung des Haftrücklasses an die Insolvenzmasse mit dem Nichtauftreten von Mängeln innerhalb der Gewährleistungsfrist bedingt. Der Anspruch auf Zahlung des Haftrücklasses in Insolvenzmasse ist daher bis zum Ende der Gewährleistungsfrist noch nicht fällig.
- Bei einem teilbaren Werk ist ein Gesamtrücktritt gemäß § 918 Abs 2 ABGB von dem bereits vollständig und ordnungsgemäß erfüllten Leistungsteil nicht möglich. Somit wirkt die Rücktrittserklärung des Insolvenzverwalters nach Paragraph 21 IO nur für den Teilbereich des beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrages.⁴³

4.4.5 Weitere Praxisprobleme beim Haftungsrücklass anhand ausgewählter Rechtsprechung und Literatur

Da zum Haftungsrücklass umfangreiche Rechtsprechung vorliegt, die den Rahmen dieses Beitrages sprengen würde, ist sie nur soweit, als für diesen Beitrag dienlich, bereits zitiert worden. Es sollen hier nun anhand der in den Fußnoten zitierten Belegstellen nur einige weitere ausgewählte Themen schlagwortartig angesprochen werden:

⁴² OGH 27. 9 2005,1 Ob 135/05t.

⁴³ OGH 4 Ob 541/88 = Wilhelm in WBl 1988, 203; Karasek a.a.O.

Der Haftungsrücklass soll eine Deckung für zunächst verborgene Mängel schaffen und ein Hinausschieben der Endabrechnung verhindern.⁴⁴

Bei Verträgen ohne Gewährleistungsansprüche darf kein Haftungsrücklass einbehalten werden.⁴⁵

Bei Abruf einer Haftrücklassgarantie wird der Besteller so gestellt, als hätte er den entsprechenden Teil des Werklohns nie bezahlt.⁴⁶

Ruft der Besteller bei Vereinbarung einer Haftrücklassgarantie diese ab, soll er nach dem typischen Parteienwillen so gestellt werden, wie er stünde, hätte er den entsprechenden Teil des Werklohns nie aus der Hand gegeben. Übersteigt nun der Betrag der Garantie den konkreten Verbesserungsaufwand, so ist es sachgerecht, dass der Besteller die Garantie in Ausübung seines Leistungsverweigerungsrechts nach § 1052 Satz 1 ABGB zur Gänze abrufen kann⁴⁷. Hätte er nämlich noch nicht geleistet, könnte er, um seine Gewährleistungsansprüche abzusichern, nach der hA die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags einwenden und die Leistung ebenfalls zur Gänze zurückbehalten⁴⁸. Eine Schranke bildet der Rechtsmissbrauch (sog. Schikaneverbot).

Der Besteller kann die Garantie in voller Höhe abrufen, auch wenn diese den konkreten Verbesserungsaufwand übersteigt (nur begrenzt durch Rechtsmissbrauch).⁴⁹

Im Verbrauchergeschäft kann das Leistungsverweigerungsrecht bis zur Mängelbehebung nicht ausgeschlossen werden.⁵⁰

⁴⁴ ZVB 2023/122, Die mangelhafte Bauleistung (Teil IV).

⁴⁵ Karasek, a.a.O.

⁴⁶ EvBl 2017/93.

⁴⁷ 5 Ob 36, 37/83.

⁴⁸ Apathy/Perner in KBB⁵ § 1052 Rz 2

⁴⁹ Siehe FN 45.

⁵⁰ Karasek, a.a.O.



Die Versicherung als Quell des Lebens für das Bauprojekt – neue Wege?!

Norbert Jagerhofer*

Wien

* Norbert Jagerhofer, Norbert Jagerhofer GmbH

Bauprojekte in Österreich sind oft mit komplexen Risiken verbunden, die sowohl finanzielle als auch zeitliche Auswirkungen auf den gesamten Bauprozess haben können. Eine wesentliche Maßnahme zur Absicherung dieser Risiken ist die Projektversicherung, die eine zentrale Rolle im Risikomanagement von Bauvorhaben spielt. Sie dient dazu, unvorhergesehene Ereignisse, die während der Bauphase auftreten können, abzusichern und mögliche finanzielle Schäden zu minimieren.

I. Arten von Projektversicherungen

In Österreich werden verschiedene Arten von Projektversicherungen angeboten, die jeweils unterschiedliche Risiken abdecken:

1.1 Berufshaftpflichtversicherung der Planer

Die Berufshaftpflichtversicherung ist für Planer eine unverzichtbare Absicherung gegen die finanziellen Folgen von beruflichen Fehlern und Versäumnissen. Sie schützt vor Schadensersatzforderungen, die aus Planungs-, Aufsichts-, Berechnungs-, Beratungsfehlern und anderen beruflichen Fehlern resultieren können. Für einige Planer ist diese Versicherung gesetzlich vorgeschrieben oder zumindest eine Voraussetzung für die Aufnahme der Tätigkeit. Die Wahl der richtigen Versicherung hängt von verschiedenen Faktoren ab, wie der Deckungssumme, den Ausschlüssen und den individuellen beruflichen Anforderungen. Letztlich bietet die Berufshaftpflichtversicherung den Planern die notwendige Sicherheit, ihre Arbeit mit dem nötigen Vertrauen und ohne Sorge vor finanziellem Ruin auszuüben.

1.2 Bauwesen-, in Deutschland auch Bauleistungsversicherung genannt

Diese Sachversicherung schützt während der Bauphase die versicherten Personen vor Schäden an der versicherten Bauleistung, wie Feuer (subsidiär), Diebstahl, Vandalismus oder Naturereignissen sowie alle anderen unvorhergesehenen Schadenursachen. Sie ist relevant, wenn unvorhergesehene Sachschäden auftreten und ist eine Versicherung für fremde Rechnung.

1.3 **Betriebshaftpflichtversicherung für Baumeister und Professionisten**

Die Bau-Haftpflichtversicherung der Ausführenden deckt Schäden ab, die Dritten während der Bauarbeiten erleiden. Sie ist besonders wichtig, wenn Personen zu Schaden kommen oder Sachwerte von Dritten beschädigt werden.

Komplex wird das Ganze, wenn die Bauausführung von einer ARGE übernommen und für das Projekt keine ARGE-Haftpflichtversicherung abgeschlossen wird, zumal jeder ARGE-Partner eine ARGE-Klausel in seinem Haftpflichtversicherungsvertrag eingeschlossen hat.

1.4 **Projektgesamtversicherung**

Die Projektgesamtversicherung versichert das **gesamte Projekt originär für alle Risiken**. Es ist das Planungs-, Bauherren-, Bauunternehmer- und Bauhandwerkerisiko in der Haftpflichtversicherungssparte versichert und zudem eine Sachversicherung in Form der Bauwesen- oder Bauleistungsversicherung beinhaltet. Sozusagen eine one-stop-shop-Polizze für Bauherren samt allen Projektbeteiligten.

1.5 **Anzahlungsgarantie (Garantieversicherung)**

Eine Anzahlungsgarantie ist eine Sicherheitsleistung, die von einer Bank oder Versicherung, zugunsten des Bauherrn gelegt wird. Sie sichert den Betrag der Anzahlung ab, den der Bauherr an den Bauunternehmer entrichtet hat. Sollte der Bauunternehmer während der Bauphase nicht in der Lage sein, seine vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen oder Insolvenz anmelden, kann der Bauherr die Anzahlungsgarantie in Anspruch nehmen, um den geleisteten Betrag rückerstattet zu erhalten.

1.6 **Fertigstellungsversicherung (Garantieversicherung)**

Die Fertigstellungsversicherung schützt vor finanziellen Risiken, die entstehen, wenn der Bauunternehmer den Bau nicht wie geplant fertigstellt. Sie übernimmt Kosten, die durch den Ausfall des Bauunternehmers entstehen und sichert den Fertigstellungstermin des Projekts samt den daraus resultierenden Mehrkosten.

1.7 Baurückklassversicherung (Garantieversicherung)

Diese Versicherung sichert den Bauherrn ab, falls nach der Bauabnahme Mängel auftreten, die auf die Bauausführung zurückzuführen sind. Sie kann auch in Fällen greifen, wenn der Bauunternehmer Insolvenz anmeldet, seine Verpflichtungen nicht erfüllt oder nicht gewillt ist, sie zu erfüllen. In Österreich gibt es dafür die klassische Bankgarantie oder auch die Baurückklassversicherung. Da aufgrund der immer strengeren regulatorischen Vorgaben für Banken die Liquidität der Unternehmen durch einen derartigen Garantierahmen erheblich eingeschränkt wird, kommt die Baurückklassversicherung als Ersatz für die klassischen Avale immer mehr in Mode.

II. Notwendigkeit der Projektversicherung

In Österreich ist die Projektversicherung für Bauvorhaben nicht gesetzlich vorgeschrieben. Sie ist jedoch für viele Bauherren und Projektentwickler eine essenzielle Maßnahme, um das Risiko zu begrenzen bzw in eine Versicherungspolizze auszulagern. Bauprojekte, insbesondere im öffentlichen Sektor oder bei großen Bauvorhaben, erfordern oft den Abschluss einer solchen Versicherung, um finanzielle Risiken abzusichern.

Für private Bauherren ist die Projektversicherung eine freiwillige, jedoch empfehlenswerte Absicherung. Sie schützt nicht nur vor unerwarteten finanziellen Belastungen, sondern deckt auch das Bonitätsrisiko der beauftragten Unternehmen nach einem gedeckten Schadensfall ab.

Die Projektversicherung kann auch bei der Kreditvergabe durch Banken eine wichtige Rolle spielen, da sie das Risiko für Investoren und Geldgeber absichert. Zusätzlich dient sie als Sicherheit für die Bank und den von ihr vergebenen Kredit.

III. Risikomanagement und Vertragsgestaltung

Ein wichtiger Aspekt der Projektversicherung ist das Risikomanagement. Schon in der Planungsphase eines Bauprojekts müssen Risiken identifiziert und die passende Versicherung gewählt werden. Diese beinhalten

- eine detaillierte Risikoanalyse, die sowohl die baulichen, als auch die betrieblichen Risiken berücksichtigt,
- eindeutige Haftungsregelungen im Bauvertrag,
- die Auswahl der richtigen Versicherungen, welche auf die spezifischen Gegebenheiten des Projekts abgestimmt sind,
- eine klare Regelung im Bauvertrag, welche Versicherungen abgeschlossen werden müssen und welche Partei für die Absicherung der Risiken verantwortlich ist.

Eine korrekte Vertragsgestaltung ist entscheidend, um Streitigkeiten im Falle von Schadensfällen zu vermeiden. Im Vertrag sollte klar definiert werden, welche Versicherungen von wem abgeschlossen werden und wer im Schadensfall die Verantwortung trägt. Weiters sollte klar sein, welche Vertragspartei welche Risiken zu tragen hat.

IV. Projektgesamtversicherung:

Die Projektgesamtversicherung für Bauwerke ist in Österreich wegen der hohen Kosten noch nicht angekommen. In Deutschland ist es bereits Usus, Bauprojekte „stand alone“ zu versichern. Daher kommen aus Deutschland immer wieder Versuche, in Österreich Bauprojekte mit einer Projektversicherung zu versichern. Das gesamte Bauherren-, Planungs-, Bauunternehmer- sowie Bauhandwerkerrisiko einerseits haftpflichtseitig und andererseits über die Bauwesenversicherung in einem Projektvertrag abzudecken, ist dann in einer Polizze versichert.

Die größten Herausforderungen in Österreich sind zum einen die hohe Prämie, welche der Bauherr in der Regel nicht auf den Bauunternehmer überwälzen kann, weil dieser nicht gewillt ist, für dieses Versicherungspaket 8-10 Promille des Auftragswerts zu bezahlen. Andererseits ist auch kein Bauherr gewillt, alleine diesen Betrag für die Projektversicherung selbst zu bezahlen.

Aus dieser Interessenlage heraus kann gesagt werden, dass keiner am Bauprojekt Mitwirkenden Interesse an einer derartigen Projektversicherung um diesen Preis hat.

Zu beachten ist bei derartigen Projektversicherungen, dass es in Österreich im Bauversicherungsbereich auch gesetzliche Pflichtversicherungen gibt. Einerseits haben sowohl planende als auch ausführende Baumeister vom Gesetzgeber die Versicherungspflicht auferlegt erhalten, andererseits gilt auch für Bauträger eine gesetzliche Pflichthaftpflichtversicherung. Unter diesem Aspekt muss die Projektversicherung zusätzlich betrachtet und analysiert werden.

Durch eine Projektversicherung, mit der sämtliche Risikofaktoren versichert sind (Bauherr, Planer, Bauunternehmer, Bauhandwerker), entsteht durch die gesetzliche Pflichthaftpflichtversicherung eine Doppelversicherung im Sinne von § 59 ff VersVG.

Dieser lautet:

[...] § 59.(1) Ist ein Interesse gegen dieselbe Gefahr bei mehreren Versicherern versichert und übersteigen die Versicherungssummen zusammen den Versicherungswert oder übersteigt aus anderen Gründen die Summe der Entschädigungen, die von jedem einzelnen Versicherer ohne Bestehen der anderen Versicherung zu zahlen wären, den Gesamtschaden (Doppelversicherung), so sind die Versicherer in der Weise zur ungeteilten Hand verpflichtet, daß dem Versicherungsnehmer jeder Versicherer für den Betrag haftet, dessen Zahlung ihm nach seinem Vertrag obliegt, der Versicherungsnehmer aber im ganzen nicht mehr als den Betrag des Schadens verlangen kann.

(2) Die Versicherer sind nach Maßgabe der Beträge, deren Zahlung ihnen dem Versicherungsnehmer gegenüber vertragsmäßig obliegt, untereinander zum Er-

satz verpflichtet. Ist auf eine der Versicherungen ausländisches Recht anzuwenden, so kann der Versicherer, für den das ausländische Recht gilt, vom anderen Versicherer nur dann Ersatz verlangen, wenn er selbst nach dem für ihn maßgebenden Recht zum Ersatz verpflichtet ist.

(3) Hat der Versicherungsnehmer eine Doppelversicherung in der Absicht genommen, sich dadurch einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, so ist jeder in dieser Absicht geschlossene Vertrag nichtig.[...]

Eine derartige Doppelversicherung ist höchst unangenehm, insbesondere dann, wenn in einem oder mehreren Verträgen noch dazu Subsidiarität vereinbart ist. Weiters sind Verträgen mit ausländischen Risikoträgern gemäß Absatz 2 des §59 VersVG als heikel anzusehen.

Bei einem Abschluss mit einer hohen Prämie für einen Projektversicherungsvertrag ist § 59 Abs. 3 VersVG kritisch zu sehen, insbesondere dann, wenn im Nachhinein die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags festgestellt wird.

So weit sind die Überlegungen am österreichischen Versicherungsmarkt selten gegangen. Der Preis und die Frage, wer zahlt die Prämie, hat bisher immer gegen eine Projektgesamtversicherung entschieden.

Es ist nicht einzusehen, warum das Prämienniveau bei solchen Projektversicherungen derartig verwässert wird. Dadurch werden Planer prämiemäßig extrem entlastet, weil deren Prämienkonditionen in Höhe von 20-40 Promille vom Honorar liegen. Hingegen werden Bauherrn sowie Ausführende extrem belastet, weil diese mit dem doppelten bis dreifachen Kosten eines sehr guten Produkts belastet werden. Solange diese Divergenz nicht gelöst ist, wird es immer an der Prämie scheitern, auch dann, wenn das Thema der Doppelversicherung vertraglich gelöst werden kann.

Eine Lösung für die Projektversicherung wäre, dass jeder am Projekt Beteiligte seine Grundversicherung behält und im Schadenfall in Anspruch nimmt. Der Bauherr bekommt über dieses Produkt eine vollständige Bauherrenhaftpflicht- und Bauwesenversicherung zur Verfügung gestellt und Planer sowie Ausführende kommen

komfortabel über eine Exzedentendeckung zu einheitlichen und Summen insbesondere aber auch zu einem umfangreicheren Versicherungsschutz. Da Exzedentendeckungen in der Regel deutlich günstiger sind als originäre Versicherungsdeckungen vom Grunde auf, wäre eine solche Lösung jedenfalls sinnvoller, kostengünstiger und würde mit der Doppelversicherung nicht in Konflikt kommen. Leider gibt es im Bauversicherungsbereich immer weniger Ansprechpartner bei den Risikoträgern und es werden solche Konzepte von vornherein genau deswegen nicht (mehr) gezeichnet.

Dies ist nicht deswegen der Fall, dass es keine qualifizierten Ansprechpartner mehr geben würde. Vielmehr zeichnen sich immer mehr Versicherer von der Tragung des Bauversicherungsrisikos zurück und nehmen teilweise gar keine Beteiligungen an solchen Risiken mehr an.

Dies ist nicht böswillig gemeint, sondern es hat jeder Versicherer seine eigenen Guidelines zu beachten. Gerade im internationalen Bereich gibt es von jedem Haus individuelle Vorgaben. Somit ist der kleinste gemeinsame Nenner oft schwer zu finden und es wird eine Beteiligung sofort abgelehnt. Ein Versicherer scheitert am Selbstbehalt, der andere wiederum an Klauseln, wie zB offene Vermögensschadendeckungen, Kapazitäten für Erstrisikopositionen oder einfach an risikorelevanten Themen, wie zB Holzbau. Environmental, Social and Corporate Governance (ESG) treibt auch die Versicherungswirtschaft vor sich her und macht die Projektversicherung um eine Facette komplexer. Es wird sowohl bei Unternehmen als auch Projekten immer mehr darauf geachtet, ob diese nachhaltig und naturverträglich errichtet bzw unter Schonung von Ressourcen geplant und gebaut werden. Manche Versicherer zeichnen deswegen gewisse Projekte nicht mehr, weil sie gegen die hausinternen Richtlinien verstoßen und der „grüne Fußabdruck“ am Projekt fehlt. Ist der grüne Fußabdruck jedoch gegeben und handelt es sich hier um neuartige und alternative Baumethoden, ist ein Engagement der Versicherer bei solchen Projekten wiederum kaum gegeben, weil man der Ansicht ist, dass man sich damit im Prototypenrisiko befindet und dieses nicht versichern möchte.

Eine höchst unbefriedigende Situation in der leider viel zu lange anhaltenden Hartmarkphase¹ am Versicherungsmarkt.

¹ Unter Hartmarkphase versteht man jene Phase des Versicherungsmarkts, bei dem ein Unterangebot an Versicherungsschutz, verbunden mit entsprechend hohen Versicherungspreisen, herrscht.

Für eine Projekthaftpflichtversicherung eines Generalplanes benötigt man für eine Versicherungssumme von Euro 20 Mio. bereits vier Risikoträger. Dafür ist bereits eine Exzedentenhaftpflichtversicherung notwendig. Weiters ist für die unbegrenzte Nachdeckung eine weitere Sonderkonstellation bei der Vertragsgestaltung notwendig, um hier für den Versicherungskunden bestmöglichen Versicherungsschutz zu erhalten.

Selbst eine Bauwesenversicherung für ein Projekt mit einer Versicherungssumme / Baukosten von rund EUR 300 Mio. stellen von den Kapazitäten her bereits eine enorme Herausforderung dar. Vor 15 Jahren wäre dies nahezu am österreichischen Markt alleine darstellbar gewesen. Da einige Versicherer seither fusioniert und andere sich aus dem Geschäft zurückgezogen haben, muss man schon den gesamten europäischen Markt aufbieten, um hier noch die entsprechenden Kapazitäten zu erhalten.

Wie man daraus erkennen kann, ist der Risikoappetit der Versicherer enden wollend und es sind hier tatsächlich neue und kreative Ansätze notwendig, um Großprojekte künftig versicherbar zu machen.

Diese sind:

- Stückelung der Kapazitäten in Grund- und Exzedentenverträge
- Einkauf von sublimitierten unbegrenzten Nachdeckungen
- Vereinbarung von Höchstentschädigungssummen
- Aufdröselung von Großprojekten in einzelne Einheiten (sofern projektspezifisch möglich) und die Versicherung verschiedener Einheiten bei verschiedenen Versicherungsträgern oder Konsorten.

V. Fazit

Die Projektversicherung stellt eine wichtige Komponente im Risikomanagement von Bauprojekten in Österreich dar. Sie bietet einen umfassenden Schutz vor finanziellen Verlusten, die durch unerwartete Ereignisse während der Bauphase entstehen können. Zwar ist der Abschluss einer solchen Versicherung in Österreich nicht gesetzlich vorgeschrieben, doch ist diese aufgrund der Vielzahl an Risiken, die bei Bauprojekten auftreten können, sehr zu empfehlen. Eine gründliche Risikoanalyse, die Wahl der passenden Versicherungsprodukte und klare vertragliche Regelung sind unerlässlich, um im Schadensfall umfassend abgesichert zu sein und den Erfolg des Bauprojekts zu sichern.

Im Hinblick auf die eingeschränkten Kapazitäten, den harten Versicherungsmarkt und den Neuerungen bei technischen Lösungen sind Projektversicherungen völlig neu zu denken.

Die Versicherung als Quell des Lebens für das Bauprojekt - neue Wege?!



Die Versicherungs- Garantie am Bau

Georg Jeremias*

Graz, Wien

* Dr. Georg Jeremias, ScherbaumSeebacher Rechtsanwälte GmbH

I. Einleitung

Garantien spielen bei Werkverträgen im Bauwesen eine zentrale Rolle, insbesondere wenn die ÖNORM B2110 vereinbart ist. Diese Norm regelt bekanntlich die allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen und definiert wesentliche Sicherheiten, die insbesondere den Auftraggeber vor finanziellen Risiken schützen soll. Die wichtigsten sind **Kaution**, **Hafrücklass** und **Deckungsrücklass**.

1. Kaution

Die Kaution dient als Sicherheit für die ordnungsgemäße Erfüllung eines Vertrags. Sie gewährleistet, dass der Auftraggeber im Falle von Vertragsverletzungen durch den Auftragnehmer (z. B. bei Bauverzögerungen oder Qualitätsmängeln) eine finanzielle Absicherung hat.

2. Hafrücklass

Der Hafrücklass ist eine finanzielle Sicherheit, die nach der Abnahme der Leistung einbehalten wird, um Ansprüche des Auftraggebers zu sichern. Je nach Vereinbarung werden vor allem Ansprüche aus Gewährleistung und Schadenersatz abgesichert. Üblicherweise beträgt der Hafrücklass 2 bis 5 % der Auftragssumme und wird für die Dauer der Gewährleistungsfrist einbehalten.

3. Deckungsrücklass

Der Deckungsrücklass dient der Absicherung des Auftraggebers während der Bauphase. Der Auftragnehmer ist typischerweise berechtigt, Abschlagsrechnungen zu stellen. Um den Auftraggeber vor unerwarteten Kosten oder Rechnungsungenauigkeiten zu schützen, ist er berechtigt, einen Deckungsrücklass einzubehalten. Dieser beträgt nach Punkt 8.7.2. der ÖNORM B2110 5 % der Rechnungssumme.

Zur Erfüllung eines Sicherstellungsbegehrens nach § 1170b ABGB kann auch der Bauherr angehalten sein, eine Sicherheit beizubringen.

Der Einbehalt eines Teils des Entgelts (bei Haft- und Deckungsrücklass) oder die Bereitstellung eines Sparbuchs (s. 8.7.4 ÖNORM B2110) belasten die Liquidität des Auftragnehmers. Um dies einerseits zu vermeiden, andererseits aber die Sicherstellung des Vertragspartners zu gewährleisten, werden andere Sicherungsmittel eingesetzt.

In der Praxis spielen vor allem Bankgarantien, also Garantien eines Kreditinstituts, eine herausragende Rolle. Vom Gesetzgeber ist aber mehrfach anerkannt, dass auch Versicherungsunternehmen taugliche Garanten bzw. „Versicherungen“ taugliche Sicherungsmittel sein können, so etwa in § 1170b ABGB, § 99 BVergabeG 2018 und § 8 Abs 3 BTVG.

Unter Verweis auf die zuletzt genannte Bestimmung hat der OGH¹ jüngst die grundsätzliche Gleichwertigkeit zwischen einer Bankgarantie und einer „Versicherungs-Garantie“ (in concreto Haftrücklassgarantie) anerkannt. Nach dem Höchstgericht ergebe sich allein aus der Verwendung des Begriffs „Bankgarantie“ nicht, dass nur ein Kreditinstitut als Garant in Betracht komme. Auch aus dem Zweck der Vereinbarung sei nicht darauf zu schließen, denn für den Begünstigten besteht wirtschaftlich gesehen kein Unterschied, ob Garant ein Kreditinstitut oder ein inländisches Versicherungsunternehmen ist.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Garantie und den Besonderheiten der Versicherungs-Garantie.

II. Grundsätze und Rechtsbeziehungen bei einer Garantie

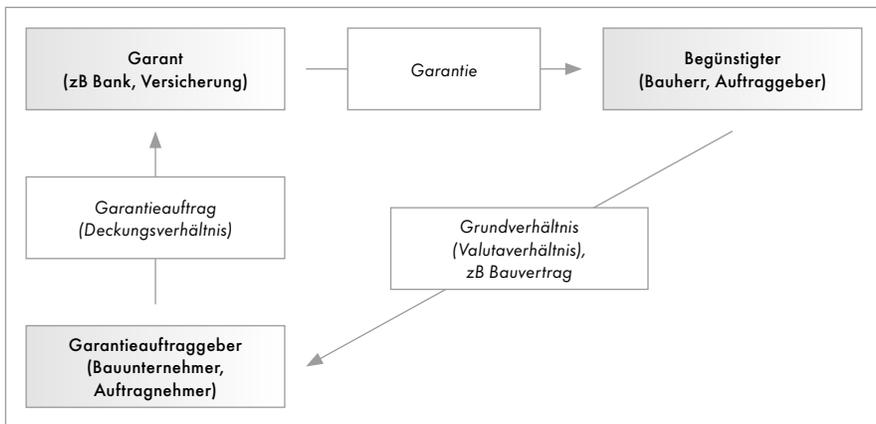
Die Garantie ist eine vertragliche Vereinbarung, bei der der Garant (z. B. ein Kreditinstitut oder eine Versicherung) dem Begünstigten (z. B. Auftraggeber, Bauherr)

¹ 8 Ob 142/19v.

eine Zahlung zusichert, falls der Garantierauftraggeber (z. B. ein Auftragnehmer, Bauunternehmer) eine vertraglich vereinbarte Leistung nicht erbringt. Für den vorliegenden Beitrag ist nur die dreipersonale Garantie relevant.

Der Garant wird in der Regel aufgrund eines Auftragsverhältnisses (im Sinne der §§ 1002 ff ABGB) mit dem Garantierauftraggeber (zB Bauunternehmer) tätig. Dieses Rechtsverhältnis wird als **Deckungsverhältnis** bezeichnet. Der Garant stellt aufgrund eines Auftrags eine Garantie aus, schließt also mit dem Begünstigten einen Vertrag ab.

Den Begünstigten und den Garantierauftraggeber verbindet das sogenannte Grundverhältnis (Valutaverhältnis), das zB ein Bauvertrag sein kann.



Der wesentliche Zweck der Garantie liegt in der Begründung einer selbständigen Schuld, welche von der Verbindlichkeit der übrigen Schuldverhältnisse (Deckungsverhältnis und Grundverhältnis) unabhängig ist.² Die Garantiesumme soll dem Begünstigten vereinfacht ausgedrückt auch bei Uneinigkeiten aus dem Grundverhältnis (zB Streitigkeiten über das tatsächliche Vorliegen eines Mangels bei einem Bauvertrag) zukommen.

² RIS-Justiz RS0017739; RS0017039.

Die Besonderheiten der Garantie lassen sich gut mit einem direkten Vergleich mit einer anderen Sicherheit der Bürgschaft darstellen. Dieses „klassische“ Sicherungsmittel ist akzessorisch zur Hauptschuld: Der Bestand der Bürgschaft ist damit abhängig von der Hauptschuld: Gleichzeitig mit dieser erlischt die Bürgschaft (**Akzessorietät**).

Die Garantie ist demgegenüber in der Regel abstrakt ausgestaltet. Der Verpflichtung des Garanten zur Leistung besteht unabhängig davon, ob es dafür im Grundverhältnis zwischen dem Begünstigten (Bauherrn) und dem Garantieauftraggeber (Bauunternehmer) eine rechtliche Grundlage gibt (**Abstraktion**).

So ist der Garant etwa verpflichtet, „auf erstes Anfordern“ des begünstigten Bauherrn zu leisten, ohne dass dieser die Vertragsverletzung des Bauunternehmers, zB die Mangelhaftigkeit der Leistungserbringung oder die zu hohe Verrechnung bei einer Teilrechnung, nachweisen muss.

Garantieverträge, so auch jene im Zusammenhang mit Bauvorhaben, werden in der Praxis wohl ausschließlich schriftlich abgeschlossen. Die Frage, ob eine Versicherungs-Garantie mündlich abgegeben werden kann, ist damit „akademischer Natur“. Denn die Parameter dafür sind im schriftlich abgeschlossenen Versicherungsvertrag enthalten, der in der Regel die Ausstellung schriftlicher Sicherstellungsurkunden (Garantien) vorsieht.

Nach der Judikatur sind die Formvorschriften für die Bürgschaft (§ 1346 Abs 2 ABGB, Schriftlichkeit) auf Garantieversprechen analog anzuwenden.³ Für Kreditinstitute besteht mit § 1 Abs 6 BWG allerdings eine Sonderbestimmung. § 1346 Abs 2 ist auf Haftungen, die Kreditinstitute im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs übernehmen, nicht anzuwenden. Eine Bankgarantie muss daher nicht schriftlich abgeschlossen werden. Eine vergleichbare Regelung für Versicherungsunternehmen besteht soweit ersichtlich jedoch nicht. Eine Versicherungs-Garantie bedarf daher der Schriftform.

Der Inhalt des Garantievertrages unterliegt der **Vertragsfreiheit**. Damit - unabhängig von der Bezeichnung - von einem solchen ausgegangen werden müssen

³ RIS-Justiz RS0017732.

bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein. Bei einer unklaren und damit auslegungsbedürftigen Haftungserklärung ist vor allem auf den Geschäftszweck und die Interessenlage Bedacht zu nehmen. Wenn der Begünstigte gegen Einwendungen aus dem Grundverhältnis geschützt werden soll oder sonst eine Verstärkung seiner Rechtsposition im Vergleich zur Bürgschaft das Ziel ist, spricht das für das Vorliegen einer Garantie. Der Begriff selbst muss nicht verwendet werden.⁴ Für die im Bauwesen gängigen Garantien – eines Kreditinstituts oder eines Versicherers – spielt die Frage, ob überhaupt dieses Sicherungsmittel vorliegt, in der Regel keine Rolle, weil sie klar zu bejahen ist.

Die Verpflichtung des Garanten beruht nach hM und stRsp auf einem Vertrag und nicht auf einer einseitigen Erklärung. Sie ist nicht als Auslobung iSd §§ 861 ff ABGB zu qualifizieren, denn die Garantie ist nicht an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtet. Der Garantievertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft; besteht nur eine Pflicht auf Seiten des Garanten, ist der Garantievertrag einseitig verbindlich.⁵

Damit der Garantievertrag zustandekommen kann, ist eine Einigung der Parteien erforderlich. Das Angebot des Garanten zur Haftungsübernahme bedarf der Annahme des Begünstigten. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass diese Annahme konkludent erfolgen kann.⁶

Die Garantie bringt dem Begünstigten ausschließlich Vorteile, weshalb an die Annahmeerklärung zu Recht keine hohen Anforderungen gestellt werden. In diesem Zusammenhang wird ausnahmsweise auch Schweigen als Zustimmung gewertet. Unter Verweis auf § 864 Abs 1 ABGB wird darauf hingewiesen, dass bei der Annahme einer Garantie keine gesonderte Erklärung erforderlich ist.⁷ So hat der OGH für eine Bankgarantie bereits ausgesprochen, dass mit der Übermittlung der Garantieurkunde das Rechtsverhältnis zum Begünstigten entsteht. Einer besonderen Annahme bedürfe es nicht.⁸

⁴ OGH 24.10.2000, 1 Ob 163/00b.

⁵ Klausberger in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - §§ 859-887 ABGB, Allgemeines Vertragsrecht³ (2022) § 880a ABGB Rz 41 mwN.

⁶ S. dazu OGH 3 Ob 275/00p mwN.

⁷ Klausberger in Klang³ § 880a ABGB Rz 42 mwN.

⁸ 6 Ob 146/10d, ÖBA 2011, 119.

Aus dem abstrakten Charakter der Garantie wird der Grundsatz der **formellen Garantiestreng**e abgeleitet. Für die Interpretation ist demnach nur der Text der Garantieerklärung maßgeblich. Der Begünstigte darf für die Auslegung keine Bedeutung heranziehen, die sich aus dem Grundverhältnis ergibt.⁹ Die Rsp hat zwar anerkannt, dass Garantieerklärungen grundsätzlich wie Verträge nach den § 914 f ABGB auszulegen sind. Für ein Interpretationsergebnis, das vom eindeutigen Wortsinn abweichen würde, bedarf es aber massiver Anhaltspunkte.¹⁰

Ist der – näher beschriebene – Garantiefall eingetreten, kann der Begünstigte den Garanten in Anspruch nehmen (**Abruf der Garantie**). Dabei gilt ebenfalls der Grundsatz der formellen Garantiestreng

. Wenn die Auszahlung der (Bank-) Garantie von einer Erklärung des Begünstigten abhängt, könne der Garant nach der Rsp vom Begünstigten „*die strikte, ja pedantisch genaue Erfüllung aller Anspruchsvoraussetzungen verlangen*“.¹¹ Damit soll die Rechtssicherheit gewahrt werden. Außerdem soll sich durch diese Formalisierung der Garant vor dem Vorwurf schützen können, die Garantie ungerechtfertigt ausgezahlt zu haben.¹² Die Haftung des Garanten tritt mit der objektiven Erfüllung der Bedingungen ein und wirkt damit zugunsten des Begünstigten.¹³

In eine Garantieerklärung kann eine sogenannte **Effektivklausel** aufgenommen werden. Die Zahlung des Garanten wird dabei von näher bezeichneten Tatsachen abhängig gemacht, die der Begünstigte anlässlich des Abrufs nachzuweisen hat.¹⁴ So kann etwa die Vorlage von Dokumenten oder bestimmten Nachweisen erforderlich sein. Durch eine Effektivklausel sollen die aus der Abstraktheit der Garantie resultierenden Risiken minimiert werden.¹⁵ Auch in diesem Zusammenhang wird die penible Beachtung der Vorgaben des Garantievertrags im Sinne der formellen Garantiestreng

e gefordert.¹⁶

⁹ Klausberger in Klang³ § 880a ABGB Rz 48 mwN.

¹⁰ OGH 1 Ob 318/98s.

¹¹ RIS-Justiz RS0016983; RS0121551.

¹² Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 880a Rz 29.

¹³ Klausberger in Klang³ § 880a ABGB Rz 53 unter Verweis auf OGH 1 Ob 66/04v ÖBA 2005, 134.

¹⁴ OGH 25.06.2004, 1 Ob 66/04v.

¹⁵ Koziol in Apathy/Ira/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht V² (2009) Rz 3/87.

¹⁶ RIS-Justiz RS0017013.

Zusammengefasst bietet eine Garantie dem Begünstigten eine einfache und sichere Möglichkeit, finanzielle Risiken abzusichern. Durch seine Abstraktheit wird eine schnelle und unkomplizierte Abwicklung ermöglicht, jedoch erfordert sie auch klare vertragliche Regelungen, um Missbrauch zu vermeiden.

III. Der Versicherungsvertrag als Grundlage für eine Garantie

Die Versicherungs-Garantie zeichnet sich nun primär dadurch aus, dass sie, wie der Name verrät, von einem Versicherer (Versicherung, Versicherungsgesellschaft) abgegeben wird. Zudem ist ein Versicherungsvertrag („Versicherung“) die Grundlage des Verhältnisses zwischen Versicherer und dem Bauunternehmer (Deckungsverhältnis).

Auf dem Markt werden diese Produkte als „Baurücklass-Versicherung“ bezeichnet und sind auf Erfordernisse des Bauwesens zugeschnitten. Diese Versicherung hat den Zweck, Anzahlungsgarantien, Deckungsrücklasse oder Haftrücklasse zu erfüllen bzw. abzulösen.

Der Begriff „Rücklassversicherung“ wird in § 99 BVerG 2018 erwähnt. In dieser Bestimmung geht es um die Arten der Sicherstellung (Vadium, Kautions, Deckungsrücklass und Haftrücklass) in Abs 1 und die Mittel zur Sicherstellung in Abs 2 erwähnt. Eine „entsprechende Rücklassversicherung“ ist ein Mittel zur Sicherstellung.

Die beteiligten Parteien lassen sich wie folgt darstellen.

- **Versicherungsnehmer:** In der Regel der Auftragnehmer (z. B. ein Bauunternehmen), der die Sicherheit stellen muss.
- **Begünstigter:** Der Auftraggeber (Bauherr), der für die definierten Fälle (Überzahlung, Gewährleistung) Anspruch auf die Garantiesumme hat.
- **Versicherer:** Ein Versicherungsunternehmen, das die Garantie übernimmt und im Garantiefall leistet.

Gegenstand der Baurücklass-Versicherung sind die Verpflichtungen des Auftragnehmers im Rahmen eines Bauprojekts. Anstelle des Einbehalts der Rücklässe bietet der Auftragnehmer dem Bauherrn eine Versicherungs-Garantie an. Dazu schließt der Auftragnehmer eine Baurücklass-Versicherung ab. Diese dient in der Regel nicht nur einem einzelnen Bauvorhaben. Der Versicherer gewährt dem Auftragnehmer („seinem“ Versicherungsnehmer) vielmehr einen Rahmen, innerhalb dessen der Versicherer die Sicherstellung der Ansprüche des Begünstigten gegenüber dem Auftragnehmer übernimmt. Der Hinweis *Karaseks*¹⁷, wonach die Versicherungsgesellschaften üblicherweise Rahmenversicherungen anbieten, ist zutreffend.

Das Sicherstellungsmittel ist in diesen Konstellationen damit nicht die Rücklassversicherung selbst, sondern die auf dieser Grundlage abgegebene „Versicherungs-Garantie“. Für das öffentliche Vergabeverfahren weist sohin *Oppel*¹⁸ zutreffend darauf hin, dass der Bieter zunächst einen Versicherungsvertrag mit ausreichendem Rahmen nachweist und im Auftragsfall den entsprechenden Versicherungsschutz abrufen und dem Auftraggeber eine Versicherungs-Garantie vorlegt.

Der Versicherungsnehmer (Auftragnehmer des Bauvertrags) meldet dem Versicherer, etwa durch vorgefertigte Anforderungsformulare, welche Art der Sicherstellung (zB Haftrücklass- oder Deckungsrücklassgarantie) benötigt wird. In diesem Formular ist weiters insbesondere der Begünstigte, die Summe und die Laufzeit anzugeben. Nach Prüfung durch den Versicherer – etwa ob ein ausreichender Rahmen zur Verfügung steht – stellt dieser eine Sicherstellungsurkunde (Garantieurkunde) aus und übermittelt diese an den Begünstigten.

Im Grundverhältnis ist damit der Deckungs- oder Haftrücklass „abgelöst“ und die zurückbehaltene Summe durch den Auftraggeber zur Gänze auszubezahlen.

Neben der Ausstellung der Garantie führt der Versicherer für den Versicherungsnehmer vor allem bei größeren Rahmen ein Konto, in welches Sicherstellungen ab dem Ausfertigungsdatum eingebucht und nach Ablauf der Sicherstellungsfrist wieder ausgebucht werden.

¹⁷ *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ 8 Rechnungslegung, Zahlung, Sicherstellungen Rz 137.

¹⁸ In *Schramm/Aicher/Fruhmam* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 (1. Lfg 2020) § 99 BVergG 2018 Rz 98.

Als Gegenleistung für die Verpflichtung des Versicherers einen Rahmen zur Verfügung zu stellen und innerhalb dessen auftragsgemäß Versicherungen auszustellen ist der Versicherungsnehmer zur Prämienzahlung verpflichtet. Die Höhe der Prämien ist abhängig von der Versicherungssumme, der Vermögens- und Haftungssituation und der Bonität.

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist der wesentliche Faktor für das Risiko des Versicherers. Die Gefahr für den Versicherer liegt nicht in der Auszahlung der Garantiesumme an den Begünstigten, sondern darin, dass dieser Betrag nicht oder nicht vollständig beim Versicherungsnehmer eingefordert werden kann. Zahlreiche Bedingungen im Versicherungsvertrag, etwa dass über Bonität oder Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse wahrheitsgemäß und vollständig Auskunft zu geben ist, sollen den Versicherer diesbezüglich absichern.

Nach der rechtlichen „Grundkonstruktion“ ist das Deckungsverhältnis zwischen Garanten und dem Garantieforderer als Auftrag im Sinne der §§ 1002 ff ABGB zu beurteilen. Wurde die Garantie abgerufen, steht dem Garanten gegenüber dem Garantieforderer ein Anspruch auf Rückzahlung der Garantiesumme im Sinne des § 1014 ABGB zu.

In den Bedingungen für die Baurücklassversicherung ist für diesen Fall eine eigene Vereinbarung getroffen, die etwa mit „Regress“ bzw. „Rückzahlung“ titulierte wird. Der Versicherungsnehmer ist binnen 14 Tagen nach erster Aufforderung verpflichtet, die an den Begünstigten geleisteten Beträge an den Versicherer zurückzuzahlen. Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Begünstigten können dem Anspruch des Versicherers nicht entgegengehalten werden.

Kommt der Versicherungsnehmer dieser Rückzahlungsverpflichtung nicht fristgerecht nach, gibt es in den Versicherungsbedingungen eine Abtretungsvereinbarung. Der Versicherungsnehmer tritt dem Versicherer sämtliche diesem aus der Zahlung des Garantiebetrages gegenüber dem Begünstigten bestehenden Ansprüche ab. Der Nachteil dabei ist, dass der Begünstigte dem Versicherer alle Einwendungen aus dem Grundverhältnis (Bauvertrag) einwenden kann (zessionsrechtliches Verschlechterungsverbot iSd § 1396 ABGB).

In den Bedingungen ist ein Kündigungsrecht des Versicherers aus wichtigem Grund festgelegt, wobei demonstrativ („insbesondere“) umschrieben ist, wann ein solcher Grund vorliegt. Dies ist der Fall, wenn

- der Versicherungsnehmer seinen Verpflichtungen nicht nachkommt oder unrichtige Angaben tätigt;
- eine erhebliche Vermögensverschlechterung eintritt;
- geforderte Sicherheiten nicht beigebracht werden;

Bei den ausgestellten Garantien (Garantieurkunden, Sicherstellungsurkunden) bestehen an sich keine Besonderheiten. Wie auch bei den in der Praxis verbreiteten Bankgarantien werden Versicherungs-Garantien in der Regel auf „Erstes Anfordern“ ausgestellt.

Fazit

Der wirtschaftliche Vorteil für den Auftragnehmer (Versicherungsnehmer) bei Abschluss einer Baurücklass-Versicherung besteht in der Differenz zwischen der Versicherungsprämie und den meist höheren Kreditzinsen bzw. einer höheren Haftungsprovision bei einer Bankgarantie. Außerdem ist der Kreditrahmen bei der Bank nicht belastet, was sich auf die Ertragslage und die Liquidität positiv auswirkt.¹⁹

Die **Vorteile der Baurücklass-Versicherung** lassen sich sohin wie folgt zusammenfassen:

- **Für den Auftragnehmer:** Schonung der Liquidität, da keine Bargeldrückhalte oder Bankgarantien erforderlich sind.
- **Für den Auftraggeber:** Sicherheit für Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche.
- **Für beide Parteien:** In der Regel Reduktion des Verwaltungsaufwands, da die Garantieurkunden bzw. Sicherstellungsurkunden rasch ausgestellt werden.

¹⁹ Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Abschnitt 8 Rz 137.

IV. Die rechtsmissbrüchliche Inanspruchnahme der Garantie

Bei einer dreipersonalen Garantie ist der Garant in der Regel verpflichtet, bei Eintritt des Garantiefalls ohne Rücksicht auf Einwendungen im Deckungsverhältnis oder im Grundverhältnis zu leisten. Lediglich bei einem rechtsmissbrüchlichen Vorgehen des Begünstigten sind sowohl Einwendungen des Garanten als auch Ansprüche des Garantieauftraggebers denkbar.

Rechtsmissbrauch liegt nach der hA²⁰ vor, wenn zwischen den vom Begünstigten verfolgten Interessen und den beeinträchtigten Interessen ein krasses Missverhältnis besteht. Dies ist vor allem der Fall, wenn die Garantieleistung in Anspruch genommen wird, obwohl das Nichtbestehen des Anspruchs im Grundverhältnis eindeutig feststeht.

In der Judikatur wird Rechtsmissbrauch in der Regel dann bejaht, wenn dem Garantiebegünstigten nachgewiesen werden kann, dass er vom Nichteintritt des Garantiefalls Kenntnis hatte oder aufgrund der Umstände doch notwendigerweise haben musste: *„Wer weiß, dass ihm aufgrund des Valutaverhältnisses die Inanspruchnahme der Garantie verboten ist, sie aber doch in Anspruch nimmt, handelt rechtsmissbrüchlich, sodass der Garant dem Zahlungsbegehren nicht nachkommen muss.“*²¹

Bei evidenter, leicht beweisbarer und grundloser Inanspruchnahme der Garantie muss der Garant sogar unter Berufung auf Rechtsmissbrauch die Zahlung verweigern. Tut er dies nicht, kann er seinen Regressanspruch gegen den Auftraggeber verlieren, wenn er in Kenntnis des Rechtsmissbrauchs gezahlt hat.²² Um die rasche Inanspruchnahme der Garantiesumme sicherzustellen, werden Zweifel und Rechtsstreitigkeiten in der Regel erst nach der Auszahlung im Bereich der Rückabwicklung thematisiert.

²⁰ Statt aller Koziol in BVR V² Rz 3/106 ff; Faber in Schwimann/Kodek § 1346 Rz 74; Riedler in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band V⁵ (2021) § 880a ABGB Rz 31; Dullinger in Rummel/Lukas⁴ § 880a Rz 14.

²¹ RIS-Justiz RS0017997.

²² Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB V⁵ § 880a ABGB Rz 31 mwN.

Steht dem Begünstigten in Wahrheit kein Anspruch auf die durch die Garantie gesicherte Forderung zu, so kann nach grundsätzlich nur der Garantief Auftraggeber – in analoger Anwendung des § 1431 ABGB – und nicht der Garant Bereicherungsansprüche gegen den Empfänger geltend machen. Von diesem Grundsatz wird bei rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie allerdings eine Ausnahme gemacht. In einem solchen Fall hätte der Garant dem Zahlungsbegehren den Einwand der rechtsmissbräuchlichen Garantiezuhaltung entgegenzusetzen können. Hat der Garant gezahlt, weil er den Rechtsmissbrauch nicht kannte oder Zweifel am Vorliegen des Rechtsmissbrauchs oder der Durchsetzbarkeit des Einwands hatte, so kann er selbst ihre Leistung nach § 1431 ABGB bereicherungsrechtlich zurückfordern. Besteht der Rechtsmissbrauchseinwand war der Garant nicht zur Zahlung verpflichtet, sodass er auf eine Nichtschuld leistete.²³

Aufgrund der durchaus strengen Anforderungen an den Nachweis des Rechtsmissbrauchs ist der unmittelbare Einwand des Garantens eher der Ausnahmefall. In der Regel erfolgt eine Inanspruchnahme des Begünstigten (nur) dann, wenn der Garantief Auftraggeber (Versicherungsnehmer) zahlungsunfähig ist.

Neben dem Garantens (Versicherer) kann auch der Garantief Auftraggeber (Auftragnehmer des Bauvertrags) ein Interesse daran haben, dass die Garantie nicht in Anspruch genommen wird. Droht eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme, ist die Sach- und Rechtslage aber nicht so klar, dass der Garant sich darauf berufen wird, muss der Garantief Auftraggeber tätig werden. Andernfalls muss er mit Regressansprüchen des Garantens rechnen. Zwei Möglichkeiten stehen dem Garantief Auftraggeber zur Verfügung: Er kann vom Begünstigten die Unterlassung des Garantieabrufs bzw. nach Abruf, aber vor erfolgter Auszahlung auf Widerruf des Abrufs und Unterlassung der Einziehung klagen. Ebenso kann der Garant auf Unterlassung der Auszahlung geklagt werden. Da die Garantie den Zweck eines raschen Abrufs verfolgt, kann bzw. muss der Garantief Auftraggeber seine Ansprüche durch einstweilige Verfügung sichern. Im Provisorialverfahren obliegt es allerdings dem Garantief Auftraggeber liquide und eindeutig nachzuweisen, dass der Garantiefall nicht eingetreten ist.²⁴

²³ OGH 6 Ob 253/03d mwN; 9 Ob 97/04m mwN; 9 Ob 8/10g mwN.

²⁴ Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB V⁵ § 880a ABGB Rz 32 mwN; RIS-Justiz RS0005092.

Dieser Nachweis ist in der Praxis nicht einfach zu erbringen. Letztlich ist der erkennende Richter zu überzeugen. Denn primär ist die Bejahung oder Verneinung der Eindeutigkeit und Evidenz des vom gefährdeten Antragsteller zu erbringende Nachweis über den Rechtsmissbrauch ein Akt der richterlichen Beweiswürdigung.²⁵

V. Anwendungsfälle

Die nachstehenden Beispielfälle sollen die unterschiedlichen Konstellationen darlegen. Der E OGH 9 Ob 9/16p lag nachstehender Sachverhalt zugrunde:

Die Überschrift einer Versicherungsgarantie lautete:

Garantie zur Besicherung des Deckungsrücklasses sämtlicher Teilrechnungen

Neben dem Wort „Haftungsgrund“ steht:

Besicherung des Deckungsrücklasses sämtlicher Teilrechnungen hinsichtlich des Bauvorhabens [...]

Im Garantietext findet sich folgender Passus:

Zur Sicherstellung aller Rechte, die der [Garantiebegünstigten = Beklagten] aus der Einbehaltung des Deckungsrücklasses gegen den Auftragnehmer oder dessen Rechtsnachfolger zustehen, übernimmt die [Garantin = Klägerin] die Haftung bis zum Betrag von [...] und verpflichtet sich unwiderruflich, [...] an die [Beklagte] zu bezahlen.

Die Garantiebegünstigte (= Beklagte) nimmt die Garantie mit der Begründung in Anspruch, ihr Vertragspartner (= Werkunternehmer) hätte keine Hafrücklassgarantie beigebracht, weshalb sie gezwungen gewesen sei, die Deckungsrücklassgarantie in Anspruch zu nehmen, um ihre Rechte aus dem Hafrücklass zu sichern.

In einem ersten Schritt wurde die Garantiesumme ausbezahlt, die Garantin forderte die Zahlung zurück, weil die Begünstigte die Garantie jedoch zweckwidrig zur Besicherung des Hafrücklasses abgerufen habe. Das Erstgericht teilte die Ansicht

²⁵ OGH 7 Ob 109/01g.

der Garantin, das Berufungsgericht folgte hingegen der Begünstigten und einer Literaturmeinung, wonach dann, wenn der bar einbehaltene Deckungsrücklass automatisch bei ausreichender Höhe auch der Sicherung des Haftrücklasses diene, die gleiche Funktion auch der Deckungsrücklassgarantie zukommen müsse.

Das Höchstgericht hielt zunächst fest, dass die Auslegung einer Garantieerklärung in der Regel eine Einzelfallbeurteilung sei, die in 3. Instanz nicht mehr überprüft werden könne. Im vorliegenden Fall sei eine Korrektur der Berufungsentcheidung aber geboten. Der Grundsatz der formellen Garantiestrengung und der vorwiegenden Berücksichtigung des Wortlauts seien auch für die Frage maßgeblich, ob die zur Sicherung eines Deckungsrücklasses gegebene Garantie auch einen Haftrücklass besichert.

Unter Verweis auf Vorentscheidungen hält der OGH fest, dass Deckungsrücklass und Haftrücklass unterschiedliche Funktionen haben. Im gegenständlichen Fall ergeben sich sowohl aus der Überschrift der Garantieabrede als auch aus dem darin angeführten Haftungsgrund, dass sich die Garantin nur zur Besicherung des Deckungsrücklasses für die Teilrechnungen des Bauvorhabens bereit erklärt hat.

Die im Grundverhältnis (Bauwerkvertrag) getroffene Abrede, dass der Deckungsrücklass mit Fälligkeit der Schluss- bzw. Teilschlussrechnung durch den Haftungsrücklass zu ersetzen sei, hat gerade keinen Niederschlag in der Garantieabrede gefunden und ist daher unbeachtlich.

Die Aktivlegitimation der Garantin wurde bestätigt. Der rechtsmissbräuchliche Abruf habe sich zweifelsfrei ergeben. Die Begünstigte habe selbst vorgebracht, sie sei zum Abruf des Saldos deshalb „gezwungen“ gewesen zu sein, weil das Bauunternehmen trotz Aufforderung keine Haftrücklassgarantie beigelegt habe.

In der E 6 Ob 107/17d ebenfalls zu einer Versicherungs-Garantie lautete die Überschrift:

Garantie zur Besicherung des Deckungsrücklasses sämtlicher Teilrechnungen

Neben dem Wort „Haftungsgrund“ steht:

Besicherung des Deckungsrücklasses sämtlicher Teilrechnungen hinsichtlich des Bauvorhabens [...]

Im Garantietext ist festgehalten:

Zur Sicherstellung aller Rechte, die Ihnen [Garantiebegünstigte = Beklagte] gegenüber dem Versicherungsnehmer aus dem [...] Bauvorhaben im Zusammenhang mit den gelegten Teilrechnungen zustehen, übernehmen wir, die [Garantin = Klägerin], die Haftung bis zum oben angeführten Garantiebetrag und verpflichten [...] uns unwiderruflich, an Sie über erstes Auffordern, welches die Behauptung enthalten muss, dass im Grundverhältnis hinsichtlich des [...] Bauvorhabens bezüglich jener Teilrechnungen, die dem Inanspruchnahmeschreiben beige-schlossen sind, der Garantiefall eingetreten ist, [...] Zahlung bis zur Höhe des oben genannten Garantiebetrages [...] zu leisten.

Die Begünstigte nimmt die Garantie zunächst formal korrekt in Anspruch, der Versicherer zahlt aus.

Während des vom Versicherer daraufhin eingeleiteten „Regressprozesses“ gesteht die Begünstigte allerdings zu, die Garantie nicht wegen einer erfolgten Überzahlung auf Teilrechnungen, sondern wegen ihr entstandener Mehrkosten in Anspruch genommen zu haben. Der Rechtsmissbrauch wurde als erwiesen angenommen. Die Begünstigte habe im Hinblick auf die eindeutige Textierung der Garantie und die Differenzierung zwischen den einzelnen Sicherstellungen im Auftragsbrief, der sowohl Deckungsrücklass als auch Erfüllungsgarantie erwähne, bei Ziehen der Garantie zur Abdeckung eines Nichterfüllungsschadens nicht vertretbar davon ausgehen dürfen, einen dem Garantiezweck entsprechenden Abruf zu tätigen.

VI. Zusammenfassung und Fazit

Die Versicherungs-Garantie bietet eine flexible und wirtschaftliche Alternative zu klassischen Sicherheiten wie Bargeld oder Bankgarantien. Sie unterstützen Auftragnehmer dabei, ihre Liquidität zu erhalten, und gewährleisten Auftraggebern ein hohes Maß an Sicherheit.

Vor Abruf ist – wie auch sonst bei Garantien – genau zu prüfen, ob der von der Garantieerklärung erfasste Fall eingetreten ist. War dies nicht der Fall kann der Begünstigte mit Rückforderungsansprüchen konfrontiert werden. Im Falle von Rechtsmissbrauch auch von dem Versicherer als Garanten.



Möglichkeiten und Grenzen der Haftungsbegrenzung im Bauvertrag

Konstantin Pochmarski / Christina Kober*

Graz

* Dr. Konstantin Pochmarski, KPK Pochmarski Kober Rechtsanwälte GmbH;
Mag. Christina Kober, Bakk., KPK Pochmarski Kober Rechtsanwälte GmbH;

I. Gegenstand

1. Der nachstehende Beitrag beschäftigt sich im Schwergewicht mit den Möglichkeiten und Grenzen, vertraglich die *Haftung des Auftragnehmers (AN) gegenüber dem Auftraggeber (AG)* für **Gewährleistungsansprüche** und **Schadenersatzansprüche** zu begrenzen.
2. Weniger relevant ist die Begrenzung der *Haftung des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer*, schon da die Hauptleistungspflicht des AG „nur“ die Zahlung des Werklohnes ist¹, sodass eine Haftung des AG gegenüber dem AN der Ausnahmefall ist.
 - 2.1 Nur am Rand gibt es auch (Neben-)Pflichten², welche der AG gegenüber dem AN zu erfüllen hat. Dabei ist zu denken an die **allgemeine Fürsorgepflicht des Werkbestellers nach § 1169 ABGB**, den Werkunternehmer vor Unfällen zu bewahren oder die **Koordinierungspflicht**³, wenn mehrere Auftragnehmer nacheinander oder nebeneinander eingesetzt werden oder sonstige Mitwirkungspflichten wie beispielsweise die Pflicht, dem Auftragnehmer eine vollständige und fehlerlose Planung für die Erbringung der Bauleistung zur Verfügung zu stellen⁴.
3. Im Verhältnis zwischen dem Auftragnehmer als Unternehmer und dem Auftraggeber als **Konsument** sind zudem die zwingenden Be-

¹ Vgl. *Kletečka in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.04 § 1166 Rz 77 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

² Die Einordnung als (*unselbständige*) Nebenpflichten oder Obliegenheiten ist in der Lehre umstritten; vgl. *Kletečka in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.04 § 1166 Rz 80 (Stand 1.8.2020, rdb.at); *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7: Leistungsabweichungen und ihre Folgen Rz 49 (Stand 1.5.2023, rdb.at); *Pochmarski/Binder*, Die Mehrkostenforderung auf der Grundlage des Schadenersatzrechts, bauaktuell 2013, 18.

³ OGH RS0111710; vgl. *Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), ABGB: Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - §§ 1165 bis 1174, Werkvertrag³ (2020) zu § 1165 ABGB Rz 128; aA *Kletečka in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.04 § 1166 Rz 80 (Stand 1.8.2020, rdb.at), der eine bloße Obliegenheit annimmt, die nicht zu Schadenersatzansprüchen des AN gegenüber dem AG führen kann.

⁴ Instruktive zB OGH 21.3.2013, 5 Ob 16/13h zur jüngeren Rechtsprechung, welche den AG (nur) für die Verletzung von Pflichten/Obliegenheiten haften lässt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat (sogenannte „qualifizierte vertragliche Mitwirkungspflichten“).

stimmungen des Konsumentenschutzgesetzes (KSchG⁵) und des Verbrauchergewährleistungsgesetzes (VGG⁶) zu beachten, welche die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen im Gewährleistungsrecht und Schadenersatzrecht sehr eng ziehen⁷. Im Fall eines **Bauträgervertrages** kommt zwischen dem verkaufenden Bauträger und einem Käufer zudem das Bauträgervertragsgesetz (BTVG⁸) zur Anwendung, welches die vertragliche Möglichkeit der Einschränkung der Haftung ebenfalls eng zieht⁹.

- 3.1 Diese Fälle des *Unternehmer-Konsumentengeschäftes* („**B2C**“) sollen nicht Gegenstand der tieferstehenden Analyse sein, welche das *Unternehmer-Unternehmer-Geschäft* („**B2B**“) umfasst.

II. Grundbegriffe:

1. Nach den (dispositiven) Bestimmungen des Gewährleistungsrechtes haftet der Auftragnehmer dafür, dass das von ihm hergestellte Werk nach **Quantität und Qualität**¹⁰ dem Vertrag und auch¹¹ den Regeln der Technik¹² entspricht. Im Gewährleistungsrecht gilt der **subjektive**

⁵ Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden BGBl 140/1979, idF BGBl I Nr 85/2024.

⁶ Bundesgesetz über die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen über Waren oder digitale Leistungen BGBl I Nr 175/2021.

⁷ Vgl §§ 6, 9 KSchG, § 3 VGG.

⁸ Bundesgesetz, mit dem Regelungen über den Erwerb von Rechten an Gebäuden und Wohnungen von Bauträgern getroffen werden BGBl I Nr 7/1997, idF BGBl I Nr 159/2013.

⁹ § 1 Abs 2 BTVG.

¹⁰ In der Folge ist der sprachlichen Kürze halber nur mehr von der *Qualität* des Werkes die Rede, wobei natürlich auch eine unzureichende *Quantität* Gewährleistungsansprüche/Schadenersatzansprüche des AN gegen den AG auslösen kann.

¹¹ Gem § 922 ABGB „gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften“, womit ein objektiver Fehlerbegriff eingeführt wird; vgl Bydliński in Bydliński/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 922 ABGB Rz 1 und 9.

¹² Vgl Eilenberger-Haid, Technik Klauseln im Zivilprozess - der Versuch einer Annäherung, Sachverständige 2022, 181, wie heterogen die Begriffe von „Regeln der Technik“ oder „Stand der Technik“ in Wahrheit sind, sodass hier der Einfachheit halber von Regeln der Technik gesprochen wird.

Mangelbegriff¹³. Es bestimmen die Vertragsparteien durch ihren Vertrag, welches Werk nach Quantität und Qualität geschuldet ist. Das für einen Auftraggeber *mangelhafte* Werk kann nach dem Vertrag für einen anderen Auftraggeber *mangelfrei* sein und umgekehrt. Es steht den Parteien binnen definierbarer Grenzen¹⁴ frei, die Regeln der Technik als Maßstab für die Mangelhaftigkeit oder Mangelfreiheit eines Werkes zu *verschärfen* oder eben auch zu *lockern*.

2. Hier darf auf Bestrebungen in Deutschland verwiesen werden, durch die Reduktion von Qualitätsstandards mit dem „**Gebäudetyp E**“ die Baukosten zu senken.¹⁵ So soll das Ziel von einfacherem, innovativerem und kostengünstigerem Bauen dadurch erreicht werden, dass der vom Besteller in redlicherweise zu erwartende „*aktuelle Qualitäts- und Komfortstandards*“ nicht hergestellt wird, sondern beispielsweise der *Standards des Jahres 1980* - soweit öffentlich-rechtlich möglich.

2.1 Der deutsche Gesetzesentwurf zum „Gebäudetyp E“ schafft einen neuen Vertragstypus des „**Gebäudevertrags zwischen fachkundigen Unternehmern**“.¹⁶ In der Beschaffensvereinbarung eines solchen Vertrags soll von den anerkannten Regeln der Technik abgewichen werden können, ohne dass eine Aufklärung des Bestellers durch den Unternehmer erfolgen muss. Demgegenüber soll es im Hinblick auf Verbraucher, aber auch nicht fachkundige Unternehmer bei der bisherigen Rechtslage bleiben.¹⁷ Die für das BGB vorgesehenen geänderten Regelungen soll dazu führen, dass für **sicherheitsrelevante Normungen** eine gesetzliche Vermutung geschaffen wird, dass diese zu den anerkannten

¹³ Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 922 ABGB Rz 1.

¹⁴ Näheres unten, wobei solche Grenzen der individuellen vertraglichen Vereinbarung im Verstoß gegen öffentlich-rechtliche oder technische Sicherheitsvorschriften mit dem Ziel des Schutzes von Leib und Leben liegen werden.

¹⁵ Gebhard, Der Gebäudetyp-e und was es damit auf sich hat, Baurecht 2024, S. I-II; Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen, <https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/Webs/BMWSB/DE/2024/07/gebuedetyp-e.html> [abgerufen 18.11.2024].

¹⁶ Ausführlich dBMJ „Das Gebäudetyp-E-Gesetz Häufig gestellte Fragen“; https://www.bmj.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Gesetzgebung/FAQ/FAQ_RefE_Gebaedetyp_E.html.

¹⁷ Standpunkt des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur zivilrechtlichen Erleichterung des Gebäudebaus (Gebäudetyp-E-Gesetz), BauR 2024, S. 1725.

Regeln der Technik gehören. Für **Komfort- und Ausstattungsmerkmale** soll umgekehrt vermutet werden, dass diese keine anerkannten Regeln der Technik abbilden.¹⁸

2.2 Für Österreich gilt aber wie für Deutschland sorgfältig zu prüfen, ob ein solches Ziel, um Baukosten zu senken, wirklich ein Eingreifen des *Zivilrechts-Gesetzgebers* verlangt oder nach der aktuellen Gesetzeslage auch erreicht werden kann.¹⁹

2.2.1 Der VII. Zivilsenat des BGH zeigt zutreffend auf, dass die Idee des „**fachkundigen Unternehmers**“ aus dem Gesetzesentwurf in der Leistungskette zwischen *Bauherr-Planer-Bauunternehmen-Käufer/Mieter (Verbraucher)* eine bloße „Nebenrolle“ spielt und die Errichtung eines nicht aktuellen Komfortstandards entsprechenden Gebäudes in den anderen Konstellationen der Leistungskette durch entsprechend umfassende Aufklärung nach der bisherigen Gesetzeslage zu erfolgen hat.²⁰

2.3 Nachdem hier nicht der Raum ist, die Ziele des deutschen Gesetzgebers und dessen Weg dorthin im Einzelnen zu untersuchen, sei nur eine kurze Einschätzung für die in Österreich sicher vergleichbare Problematik erlaubt: *ein kostentreibender Faktor des Bauens sind zwingende öffentlich-rechtliche Vorgaben und Anforderungen*, wie etwa in Bautechnikverordnungen²¹ und den verwiesenen OIB-Richtlinien. Es ist daher zweifelhaft, ob das Bauen einfacher und damit günstiger wird, wenn man zwar *zivilrechtlich* wirksam im Vertrag einzuhaltende Standards absenken kann, aber aufgrund des zwingenden Rechtes der öffentlich-rechtlichen Vorgaben für den Bau von Gebäuden diese Vorschriften weiterhin einhalten muss. Es ist zweifelhaft, ob die *Planung einfacher*

¹⁸ Standpunkt des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur zivilrechtlichen Erleichterung des Gebäudebaus (Gebäudetyp-E-Gesetz), BauR 2024, S. 1725.

¹⁹ Standpunkt des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur zivilrechtlichen Erleichterung des Gebäudebaus (Gebäudetyp-E-Gesetz), BauR 2024, S. 1725.

²⁰ Standpunkt des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur zivilrechtlichen Erleichterung des Gebäudebaus (Gebäudetyp-E-Gesetz), Baurecht 2024, S. 1725.

²¹ ZB Verordnung der Steiermärkischen Landesregierung vom 10. August 2020, mit der bautechnische Anforderungen festgelegt werden (Steiermärkische Bautechnikverordnung 2020 - StBTv 2020) LGBl Nr 73/2020, welche bestimmte OIB-Richtlinien vorschreibt.

und damit günstiger wird, wenn auf der einen Seite zwingende öffentlich-rechtliche Vorgaben einzuhalten sind und zivilrechtlich entweder *aktuelle* Komfort- und Ausstattungsstandards oder zB der Komfort- und Ausstattungsstandard „des Jahres 1980“.

- 2.4 Auch der vom deutschen Gesetzgeber verwendete Begriff der „*sicherheitsrelevanten Normung*“ wird wohl nicht zur Rechtssicherheit beitragen: wäre es (außerhalb zwingender öffentlich-rechtlicher Vorgaben) zulässig, für Fenster den „Schallschutzstandard von 1980“ vorzusehen oder ist der heutige Schallschutzstandard aufgrund der Möglichkeit der (auch psychischen) Gesundheitsbeeinträchtigung eine zwingend einzuhaltende „*sicherheitsrelevanten Normung*“?
3. Diese Diskussion um den „Gebäudetyp E“ zeigt die erste und sehr weitgehende Möglichkeit für einen AN, seine Haftung für die Qualität seiner Leistung einzuschränken: Dies ist eine **einschränkende Leistungsbeschreibung**: *wenn eine bestimmte Quantität/Qualität nach dem Vertrag gar nicht geschuldet wird, kann deren Fehlen keine Gewährleistungsansprüche und/oder Schadenersatzansprüche nach sich ziehen.*
- 3.1 Es kann für den AG eine solche *bewusste* Entscheidung zur Reduktion der Qualität des Werkes zu einer für ihn *positiven* Reduktion des Werklohnes bei gleichzeitiger Erfüllung des *subjektiven* Vertragszwecks führen. Eine *konkrete* einschränkende Leistungsbeschreibung ist auch per se für den AG nicht negativ: der AG erkennt sofort, womit er „im schlimmsten Fall“ zu rechnen hat²² und wird eben auch die Preisverhandlungen entsprechend führen.²³
- 3.2 Die **einschränkende Leistungsbeschreibung** wird erst dann zum Problem für den AG, wenn unter Verwendung von Generalklauseln *pauschal* die Leistungspflicht des AN beschränkt wird („*eine bestimmte Qualität ist nicht geschuldet*“)²⁴. Im Extremfall besteht die Gefahr, dass die An-

²² Zutr Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 929 ABGB Rz 4.

²³ Vgl OGH RS0107682.

²⁴ Vgl auch BGH 4.6.2009, VII ZR 54/07, in welchem Fall ein unkommentierter Hinweis auch die Schallschutznorm „DIN 4109“ erfolgte.

wendung des Gewährleistungsrechts in der vertraglichen Praxis leerläuft, wenn ein Vertragspartner dem anderen Vertragspartner schlicht so wenig verspricht, dass die Durchsetzung des Vertragsinhaltes für den anderen Teil nahezu wertlos bleibt.²⁵

4. Somit gilt es herauszuarbeiten, welche Grenzen der **Vereinbarung einer solchen „einschränkenden Leistungsbeschreibung“** gesetzt sind:
 - 4.1 Zu berücksichtigen ist, dass eine solche Entscheidung des AG ein **hinter den Regeln der Technik zurückbleibendes Werk** aufgrund vertraglicher Vereinbarung als „*mangelfrei*“ zu vereinbaren nur auf der Grundlage des umfassenden Wissens über die dadurch in Kauf genommenen (potentiellen) Nachteile möglich ist („*informed consent*“). Der AN muss beispielsweise durch entsprechende Aufklärung des AG sicherstellen, dass der AG *weiß*, „*worauf er sich einlässt*“.²⁶
 - 4.1.1 Dies ist nichts anderes als die vorvertraglich geschuldete Interessenwahrungspflicht des AN gegenüber dem AG, welche dann *mit* Vertragschluss zur Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB wird.²⁷ Selbstverständlich gilt auch hier, dass der eine Vertragspartner den anderen Vertragspartner nicht vor etwas warnen muss, was der andere Vertragspartner schon *weiß* bzw. was *offenkundig* ist.
 - 4.2 Entscheidend ist für die Wirksamkeit einer einschränkenden Leistungsbeschreibung, dass die eingeschränkte Leistung **konkret und nicht bloß pauschal beschrieben** wird und **der AG weiß, welche Nachteile im schlimmstenfalls drohen**.
 5. Durch eine einschränkende Leistungsbeschreibung darf nicht in Wahrheit ein **Gewährleistungsausschluss** versucht werden: wenn eine solche Umgehung der Grenzen der Reduktion der Pflichten nach dem Gewährleistungsrecht vorliegt, so ist die einschränkende Leistungsbe-

²⁵ Klever, Zur einschränkenden Leistungsbeschreibung im Verbrauchergeschäft, ÖJZ 2017/62 mwN.

²⁶ Vgl instruktiv BGH 14.11.2017, VII ZR 65/14 bzw OGH 19.09.2023, 2 Ob 142/23f.

²⁷ Vgl Hussian, Die vorvertragliche Warnpflicht, bauaktuell 2011, 46.

schreibung eben als Gewährleistungsverzicht zu werten und damit dessen Zulässigkeit zu prüfen.

- 5.1 Solche Konstellationen sind in der Rechtsprechung zum KSchG zu entscheiden, da dieses gem § 9 KSchG im Verhältnis zwischen Unternehmer und Konsument eine Beschränkung oder Ausschluss der Gewährleistung verbietet: Vor diesem Hintergrund hat sich in der Rsp ein Rechtssatz herausgebildet, nach dem eine Umgehung von § 9 KSchG insb dann anzunehmen sei, *„wenn die Leistungsbeschreibung nicht den realen Gegebenheiten entspricht oder wenn mit umfassenden Formulierungen versucht wird, die Pflicht des Unternehmers zum Erbringen einer mangelfreien Leistung überhaupt auszuschließen“*.
- 5.1.1 Maßgebliches Abgrenzungskriterium bildet dabei die Frage, ob die jeweilige Vertragsgestaltung bloß die **Attribute der Kaufsache konkretisiert**, oder ob diese dazu führen soll, **dass der Übernehmer das Risiko des Vorliegens eines verborgenen Mangels trägt**. Umgehungsabsicht wird immer dann angenommen, wenn die Leistungsbeschreibung offensichtlich nicht den realen Gegebenheiten entspricht oder die Pflicht des Unternehmers zur Erbringung einer mangelfreien Leistung überhaupt ausgeschlossen wird. Dasselbe gilt, wenn die vertraglich umschriebenen Negativeigenschaften den ordentlichen bzw den bedungenen Gebrauch der übergebenen Sache verhindern oder der Natur des Geschäfts entgegenstehen.²⁸
6. Eine weitere Grenze der Zulässigkeit einer einschränkenden Leistungsbeschreibung wird darin liegen, wenn das fertig gestellte Werk eine **Gefahr für Leib und Leben** darstellt oder eine **Gefahr für Sachen Dritter** darstellt.
- 6.1 Ein Risiko für *Leib und Leben von irgendwem* darf nie in einem Vertrag vereinbart werden. Ein Risiko für das *Eigentum eines Dritten* darf ebenfalls nicht in einem Vertrag vereinbart werden.

²⁸ Klever, Zur einschränkenden Leistungsbeschreibung im Verbrauchergeschäft, ÖJZ 2017/62 mwN,

6.2 Der AG kann aber ein Risiko für *sein eigenes Eigentum* durchaus eingehen.

6.2.1 Es besteht kein Grund, eine Beschaffenheitsvereinbarung für eine Garage nicht zuzulassen, wenn diese Garage das darin abgestellte Auto des AG nur vor Wasser schützt, aber bei Hagel Beschädigungen des Autos erwarten lässt.

7. Durch die vertragliche Leistungsbeschreibung darf sich auch nicht ein „Zielkonflikt“ ergeben, welcher juristisch unter dem Schlagwort „**widersprüchlicher Werkvertrag**“ diskutiert wird: Der AN und der AG vereinbaren eine *bestimmte Leistungsbeschreibung* iwS²⁹, deren exakte Erfüllung aber gerade dazu führt, dass das hergestellte Werk *zur Erzielung des beabsichtigten Erfolges untauglich* ist.

Beispiel: Der gemäß dem Leistungsverzeichnis geschuldete Aufbau eines Daches führt dazu, dass das Dach die gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft nicht erfüllt, „*gegen Regen dicht*“ zu sein.

Ein solcher Konflikt zwischen einer *ausdrücklich vereinbarten* Eigenschaft und einer *gewöhnlich vorausgesetzten* Eigenschaft ist juristisch primär im Wege der **Vertragsauslegung** zu prüfen und ggf zu lösen bzw. subsidiär durch Anwendung des **Irrtumsrechtes** bzw. der Regelungen zur **Prüf- und Warnpflicht des Auftragnehmers** nach §1168a ABGB.³⁰

7.1 Eine ähnliche Konstellation kann sich ergeben, wenn die **Anwendung der allgemein anerkannten Regeln der Technik**³¹ dazu führt, dass das Werk für den *konkret gewünschten und geschuldeten Erfolg untauglich* bleibt. Es ist klar gegen das Missverständnis aufzutreten, dass der

²⁹ Unter der „Leistungsbeschreibung im weiteren Sinn (iwS)“ sind sämtliche technischen Spezifikationen im Vertrag zu verstehen, unabhängig, ob diese nun in einem Plan, einem Leistungsverzeichnis (LV) oder an sonstiger Stelle zu finden sind.

³⁰ Vgl OGH 27.06.2024, 5 Ob 200/23g (Kober); Kletečka, Der widersprüchliche Werkvertrag - Die Lösungsalternativen, in Berlakovits/Hussian/Kletečka (Hrsg), Festschrift Georg Karasek; Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - §§ 1165 bis 1174, Werkvertrag³ (2020) zu § 1165 ABGB Rz 90.

³¹ idF nur mehr „aaRdT“ genannt.

Werkunternehmer seine Pflicht schon dann erfüllt hätte, *wenn er bloß die aaRdT eingehalten hat*.³²

- 7.1.1 Das Risiko, dass sich die aaRdT *im konkreten Fall als unzulänglich* erweisen, den vertraglich vereinbarten Erfolg zu erfüllen, trägt grundsätzlich³³ der sachnähere Werkunternehmer und nicht der Werkbesteller.
- 7.2 So hält der OGH³⁴ fest, dass sich *primär* aus der **konkreten Vereinbarung** ergibt, welche Eigenschaften das Werk aufzuweisen hat. *Sekundär* ergeben sich diese Eigenschaften aus **Natur und (erkennbaren) Zweck der Leistung** und *letztlich* aus der **Verkehrsauffassung**. Dabei sind die aaRdT des jeweiligen Faches nach dem im Zeitpunkt der Vertragsschlusses³⁵ aktuellen Stand zu beachten, *wenn* sich die Eigenschaften einer Leistungen nach der **Verkehrsauffassung** richten.
- 7.2.1 Somit ist ein Werk auch **trotz Einhaltung der aaRdT dann mangelhaft**, wenn es nicht die (*primäre*) konkrete Vereinbarung erfüllt oder nicht den (*sekundär*) aus Natur und (erkennbaren) Zweck der Leistung abzuleitenden Erfolg erfüllt.
- 7.2.2 Es kann aber ein **Mangel bereits durch die Nichteinhaltung der aaRdT** bestehen, *ohne* dass es darauf ankommt, ob der Verstoß zu einer Gebrauchsbeeinträchtigung oder gar zu einem (Mangelfolge-) Schaden führt³⁶.

³² Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - §§ 1165 bis 1174, Werkvertrag³ (2020) zu § 1165 ABGB Rz 90

³³ Vgl zu den Ausnahmen dazu Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - §§ 1165 bis 1174, Werkvertrag³ (2020) zu § 1165 ABGB Rz 90.

³⁴ OGH 27.06.2024, 5 Ob 200/23g; Kober, Widersprüchlicher Werkvertrag versus Schlechterfüllung, ImmoZak 2024/39.

³⁵ Ausführlich Setz, Die Regeln der Technik im Werkvertragsrecht: Der maßgebliche Zeitpunkt, ZRB 2023, 52.

³⁶ Vgl OGH 27.06.2024, 5 Ob 200/23g (Kober).

III. Gesetzliche Regelungen – Formblätter/AGB – Individualvertrag

1. Die gesetzlichen Regeln des Werkvertragsrechtes und des Gewährleistungsrechtes werden bei Vereinbarung der ÖNORM B2110/B2118 durch deren Bestimmungen ergänzt bzw. abgeändert. Neben der Verwendung solcher Vertragsformblätter oder Allgemeiner Geschäftsbedingungen (**AGB**) ist auch die einzelvertragliche Regelung („**Individualvertrag**“) des Gewährleistungsrechtes und Schadenersatzrechtes möglich und üblich.

2. Entscheidende Bedeutung für die Gültigkeit oder Unwirksamkeit einer Haftungsbeschränkung ist die Prüfung, ob diese Haftungsbeschränkung im abgeschlossenen Vertrag individuell ausgehandelt wurde („**Individualvertrag**“) oder ob ein **Vertragsformblatt** vorliegt.
 - 2.1 Nicht nur „allgemeine Geschäftsbedingungen“ (AGB), sondern auch Vertragsformblätter unterliegen einer strengeren gerichtlichen Kontrolle als die Bestimmungen eines Individualvertrages. In Vertragsformblättern enthaltene Vertragsklauseln unterliegen auch im Unternehmergeschäft der **Geltungskontrolle nach § 864a ABGB** sowie der **Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB**.
 - 2.1.1 Mit der Geltungs- und Inhaltskontrolle trägt das Gesetz dem Informations- und Interessenungleichgewicht Rechnung, das bei Verwendung von AGB im Allgemeinen besteht. Den Vorteilen des Verwenders, der seine Bedingungen vereinheitlichen und sorgfältig vorbereiten kann, steht gegenüber, dass der Vertragspartner idR nur die Wahl zwischen Nichtabschluss und Akzeptanz der AGB hat und ihm zudem eine vergleichbar eingehende Prüfung der Rechtsfolgen schon aus ökonomischen Gründen verwehrt ist.³⁷

³⁷ Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 864a ABGB Rz 1.

2.2 Es gibt keine gesetzliche Definition des Begriffes „**Vertragsformblatt**“. Im Hinblick auf eine teleologische Verwandtschaft zwischen dem Anliegen des deutschen AGBG³⁸ einerseits und dem KSchG andererseits wird nach herrschender Meinung eine Orientierung an § 305 BGB (ehemals § 1 AGBG) für angezeigt erachtet³⁹: Danach sind Allgemeine Geschäftsbedingungen „*alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat.*“, welche Definition auch den Begriff des „Vertragsformblattes“ abdeckt, sodass nach dem OGH eine Differenzierung zwischen „AGB“ und „Vertragsformblatt“ nicht notwendig ist, da die rechtlichen Konsequenzen der Verwendung gesetzwidriger Klauseln gleich sind, egal ob das Gestaltungsmodell nun als „allgemeine Geschäftsbedingungen“ oder „Vertragsformblatt“ zu bezeichnen ist.⁴⁰

2.2.1 In der deutschen Rechtsprechung wird **ein von einer Partei erstellter Bauvertrag** in Hinblick auf die Absicht der Verwendung in mehreren Verträgen schon dann angenommen, wenn derselbe Bauvertrag für mehrere Bauabschnitte desselben Bauwerks Verwendung finden soll.⁴¹

3. Wenn Vertragsklauseln als AGB in einer **gesonderten Urkunde** enthalten sind, so stellt sich gedanklich vor der Geltungskontrolle und Inhaltskontrolle die vorgelagerte Frage der wirksamen **Einbeziehung der AGB in den Vertragsinhalt**.

3.1 Man denke hier an den „Verweis“ auf die ÖNORM B 2110 (oder die VOB/B) als dadurch in den Vertrag einzubeziehende AGB.

³⁸ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; nunmehr in §§ 305 – 310 dBGB.

³⁹ OGH 23.04.2008, 7 Ob 89/08a.

⁴⁰ OGH 23.04.2008, 7 Ob 89/08a.

⁴¹ Ausführlich Markus/Kapellmann/Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln⁵, 12ff.

- 3.2 Die wirksame Einbeziehung von AGB setzt den **deutlichen Hinweis des Verwenders auf die AGB vor Vertragsschluss** voraus und die **Möglichkeit des künftigen Vertragspartners, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu erlangen**.⁴² Dazu reicht etwa die Abrufbarkeit auf der Website des Verwenders.⁴³
- 3.2.1 Die **Aushändigung der AGB** an den Vertragspartner ist nach der Rechtsprechung⁴⁴ ebenso wenig Geltungserfordernis wie die **tatsächliche Kenntnisnahme des Inhalts** der AGB vor Vertragsschluss.
- 3.3 Fraglich ist, ob „die Möglichkeit des künftigen Vertragspartners, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu erlangen“ für die wirksame Einbeziehung von AGB tatsächlich erfüllt ist, wenn diese Möglichkeit (nur) darin besteht, die AGB etwa in Gestalt der ÖNORM B 2110 bei einem Dritten („Austrian Standards International“) zu kaufen⁴⁵.
- 3.3.1 Dieser Aspekt wird zusätzlich verschärft durch **Pkt 5.1.1.** der ÖNORM B 2110, wonach mit Vereinbarung der ÖNORM B 2110 auch „*alle in Betracht kommenden ÖNormen technischen Inhalts*“ (lit a) und „*alle in Betracht kommenden Werkvertragsnormen der ÖNORM-Reihen B22xx und H22xx*“ (lit b) und „*die ÖNORM A2063 -1, ÖNORM A2063 -2 und ÖNORM B2111*“ gelten.
- 3.3.2 Wenn also ein Vertragspartner die ÖNORM B 2110 als Vertragsbestandteil aufnimmt, so zwingt er damit den anderen Vertragspartner, der vom Vertragsinhalt und damit seinen Vertragspflichten Kenntnis erhalten will, dazu, alle diese ÖNormen zu kaufen.
- 3.4 Im Verhältnis zwischen einem Unternehmer als Verwender der ÖNORM B 2110 und einem Konsumenten wird damit durch bloßen Verweis auf die ÖNORM B 2110 deren wirksame Vereinbarung im Verhältnis zum Konsumenten sicher nicht möglich sein, ungeachtet der

⁴² Für viele OGH 29.11.2006, 7 Ob 221/06k.

⁴³ OGH 27.02.2013, 6 Ob 167/12w.

⁴⁴ OGH 19.09.2013, 1 Ob 161/13b.

⁴⁵ Am 23.11.2024 kostete beispielsweise die ÖNORM B 2110 zum Download Euro 229,44 netto.

Tatsache, dass (in der ÖNORM B 2110 hervorgehoben) einzelne Bestimmungen der ÖNORM B 2110 aufgrund des Konsumentenschutzrechtes unwirksam sind.

- 3.5 Eine zur wirksamen Einbeziehung von AGB notwendige „Kenntnis“ wird am ehesten bei **Unternehmen der Baubranche** anzunehmen sein.
- 3.5.1 Wenn aber die ÖNORM B 2110 im Verhältnis zu **Unternehmen außerhalb der Baubranche** oder im Verhältnis zu **ausländischen Unternehmen** verwendet wird, wird wohl deren Aushändigung notwendige Geltungsvoraussetzung sein, da wohl nicht ein Unternehmer einen Vertragspartner zum Ankauf der von ihm verwendeten AGB zwingen kann.
- 3.6 In Deutschland wird von der Rechtsprechung⁴⁶ verlangt, dass die **VOB/B** im Verhältnis zu „branchenfremden“ Unternehmen durch Aushändigung oder sonstige Zurverfügungstellung des gesamten Textes einbezogen werden muss. Es reicht für die wirksame Einbeziehung nach dem BGH⁴⁷ nicht aus, wenn sich im Vertrag eine Klausel findet, dass die *VOB/B* „auf Wunsch des Vertragspartners“ vom Verwender kostenlos zur Verfügung gestellt würde.
4. **Gemeinsames „Durchgehen“** von Regelungen vor Vertragsabschluss macht daraus noch keine Individualvereinbarung. Eine Individualabrede liegt nur vor, wenn der Vertragspartner des Verwenders wegen **erkennbarer Verhandlungsbereitschaft** die Möglichkeit hatte, die Ausgestaltung zu beeinflussen, wobei es nicht erforderlich ist, dass der vorformulierte Text auch tatsächlich abgeändert wurde.
- 4.1 Natürlich ändert die Aufnahme individueller Regelungen in einen Vertrag nichts daran, dass es sich bei vorformulierten Elementen um AGB handelt.⁴⁸ Eine vorformulierte Klausel gilt aber nicht bereits deshalb als im Einzelnen ausgehandelt, weil der Vertragspartner während der Ver-

⁴⁶ OLG Bamberg 24.8.2023, 12 U 58/22 = BauR 2024, 278; OLG Köln 10.2.2021, 11 U 128/19 = BauR 2024, 659.

⁴⁷ BGH 10.6.1999, VII ZR 170/98.

⁴⁸ Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 864a ABGB Rz 2.

handlungen die Abänderung verlangt und sich dann mit der kategorischen Ablehnung seines Wunsches abgefunden hat.⁴⁹

IV. Geltungskontrolle nach § 864a ABGB:

1. Die **Geltungskontrolle**, die logisch vor der **Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB** vorzunehmen ist, besteht darin, dass einzelne AGB-Klauseln von vornherein nicht als Vertragsbestandteil gelten, wenn sie *objektiv ungewöhnlich* und überraschend sowie für den Vertragspartner des Verwenders nachteilig sind. Der Vertrag gilt also **ohne die betroffene Klausel**.⁵⁰
 - 1.1 Durch die völlige Entfernung der Klausel aus dem Vertrag besteht auch nicht die Möglichkeit, dass zwischen 2 Unternehmen eine wegen sittenwidrigen Inhalts unzulässige Klausel im Wege **geltungserhaltender Reduktion** auf einen noch zulässigen Inhalt reduziert wird.
2. Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB betrifft auch Klauseln über die **Hauptpflichten**, während die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs. 3 ABGB nur **vertragliche Nebenpflichten** erfasst.⁵¹
3. Ob eine Klausel **ungewöhnlich** ist, ist objektiv anhand der redlichen Verkehrsübung bei dem konkreten Geschäftstyp zu beurteilen. Von Ungewöhnlichkeit ist auszugehen, wenn der Vertragspartner nach den Umständen vernünftigerweise nicht mit der Klausel zu rechnen braucht, diese also deutlich von üblichen Erwartungen abweicht.⁵²
4. Die ungewöhnliche Klausel muss weiters für einen Vertragspartner einen **Überraschungs- oder gar Überrumpelungseffekt** aufweisen. Versteckt und daher überraschend ist eine Klausel dann, wenn sie sich an

⁴⁹ Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 879 ABGB Rz 18.

⁵⁰ Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 864a ABGB Rz 6

⁵¹ stRsp zB OGH 17.12.2008, 6 Ob 241/07w.

⁵² Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 864a ABGB Rz 7.

einer Stelle des Vertrags bzw der AGB befindet, an der sie ein durchschnittlich sorgfältiger Leser nicht vermuten würde.⁵³

5. **Nachteilig** ist jede objektive Schlechterstellung des Vertragspartners im Vergleich zu der bei Fehlen der Klausel bestehenden Rechts- bzw Vertragslage; eine **gröbliche Benachteiligung** ist nicht erforderlich.⁵⁴
6. Ein Beispiel für eine in der Rechtsprechung als ungewöhnlich erkannte Vertragsklausel im Vertrag über die Planung und Lieferung einer Nasskies-Aufbereitungsanlage ist bei einem beidseitigen Unternehmerge-schäft der *Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit unter der Überschrift „Gewährleistung“*.⁵⁵
- 6.1. Ein weiterer Fall des OGH, wenn unter dem Vertragspunkt *„Rechnungslegung“* vereinbart wird, dass die *Verjährungsfrist für Rechnungen und Klagefrist 6 Monate ab Übernahme des Bauwerks* betragen soll.⁵⁶

V. Inhaltskontrolle

1. Sobald also Klauseln in Vertragsformblättern/AGB die Hürden der wirksamen **Einbeziehung in den Vertrag** und der **Geltungskontrolle nach § 864a ABGB** gemeistert haben, folgt als nächster Schritt die **Inhaltskontrolle nach § 879 Abs. 3 ABGB**.
2. Wie bei der Geltungskontrolle nach § 864a, die der Inhaltskontrolle vorgeht, sind auch **Verträge zwischen Unternehmern erfasst**, wobei allerdings der Maßstab für die Annahme einer gröblichen Benachteiligung strenger als bei Verbrauchern ausfallen kann.⁵⁷

⁵³ Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 864a ABGB Rz 7.

⁵⁴ Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 864a ABGB Rz 7.

⁵⁵ OGH 24.05.2022, 10 Ob 13/22t.

⁵⁶ OGH 17.05.2004, 1 Ob 92/04t.

⁵⁷ Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 879 ABGB Rz 18.

- 2.1 Die Inhaltskontrolle beschränkt sich auf **Nebenbestimmungen des Vertrags** und bezieht anders als die Geltungskontrolle nach § 864a die **beiderseitigen Hauptleistungspflichten** nicht ein. Die Ausnahme der Hauptleistungspflichten ist jedoch nach stRsp möglichst **eng zu verstehen**. Gemeint ist die **individuelle Beschreibung von Art, Umfang und Güte der geschuldeten Hauptleistungen**.⁵⁸
- 2.2 Hingegen unterliegen **Klauseln, die das Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen**, generelle Leistungsbeschreibungen sowie Bestimmungen über die Preisberechnungs- und Leistungsmodalitäten der Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB.⁵⁹
3. Ob eine **gröbliche Benachteiligung** vorliegt, hängt im Sinn eines beweglichen Systems einerseits vom Ausmaß der objektiven Äquivalenzstörung und andererseits vom Grad der „verdünnten Willensfreiheit“ des benachteiligten Vertragspartners ab, wobei eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen ist. Maßgeblich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Als gröblich benachteiligend wird idR bereits eine **sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung vom dispositiven Recht** gewertet, das die Richtlinie für einen ausgewogenen Interessenausgleich bildet; ebenso ein auffallendes **Missverhältnis zwischen der dem einen Vertragspartner zugedachten Rechtsposition zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen Teils**.⁶⁰
4. So ist es regelmäßig „verdächtig“ und bedarf einer sachlichen Begründung, wenn bloß die Haftung *zugunsten* eines Vertragspartners beschränkt wird, während *zulasten des anderen* Vertragspartners die Haftung unbeschränkt bleibt.
- 4.1 Es reicht eine formale und bloß **scheinbare Gleichbehandlung beider Vertragspartner** nicht: so würde eine vertragliche Regelung der Verzugszinsen statt mit 9,2 % Zinsen über dem Basiszinssatz gemäß § 456

⁵⁸ ZB OGH 28.06.2012, 7 Ob 22/12d.

⁵⁹ Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 879 ABGB Rz 19.

⁶⁰ Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 879 ABGB Rz 20.

UGB mit bloß 3 % *formal* beide Vertragspartner gleich behandeln. Diese Gleichbehandlung ist freilich eine bloß *scheinbare*: die Hauptpflicht des AN ist die Herstellung des Werkes und nur in Ausnahmefällen ist es überhaupt möglich, dass der AN dem AG eine Geldzahlung schuldet und damit in Verzug gerät. Umgekehrt ist die Pflicht zur Zahlung des Werklohns die Hauptpflicht des AG. Eine Reduktion der Verzugszinsen, welche *formal* AG und AN zu deutlich reduzierten Verzugszinsen verpflichtet, begünstigt in Wahrheit nur den AG, wenn dieser mit seiner Hauptleistungspflicht der Zahlung des Werklohnes in Verzug gerät.

5. Allgemein berührt die Nichtigkeit einer gröblich benachteiligenden Klausel die **Gültigkeit des restlichen Vertrags** nicht. Verstößt eine Klausel nur teilweise gegen Abs 3, ist sie bei einem Unternehmergeschäft nach Möglichkeit **geltungserhaltend auf den erlaubten Inhalt zu reduzieren**. Eine durch den Wegfall entstandene Vertragslücke kann durch ergänzende Vertragsauslegung gefüllt werden.⁶¹
6. Die Nichtigkeit einer Vertragsklausel kann **unbefristet** geltend gemacht werden; die Verjährungsfrist für **Bereicherungsansprüche**, wenn aufgrund einer sittenwidrigen Klausel geleistet wurde, beträgt grundsätzlich 30 Jahre.⁶²

VI. Haftungsbeschränkungen im Gewährleistungsrecht:

1. Für das Gewährleistungsrecht sind folgende Arten der Haftungsbeschränkungen *möglich*, wobei im Einzelfall deren *Wirksamkeit* davon abhängt, ob der Vertragspartner **Unternehmer oder Verbraucher** ist bzw. ob die Haftungsbeschränkungen im **Individualvertrag** vereinbart sind oder in **AGB/Vertragsformblättern** enthalten sind.

⁶¹ Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 879 ABGB Rz 26

⁶² Vgl Kolmasch in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 879 ABGB Rz 29, welcher zutr auf die Tendenz der Rechtsprechung hinweist, in vielen Fällen für Bereicherungsansprüche eine bloß 3-jährige Verjährungsfrist (analog) anzuwenden.

2. **§ 929 ABGB** lässt einen Verzicht auf Gewährleistung („**Gewährleistungsausschluss**“) zu, sodass es bis an die Grenzen der Sittenwidrigkeit zulässig ist⁶³, einen Vertrag unter **Verzicht auf die Gewährleistung** abzuschließen. Dies kommt etwa im „Privatbereich“ bei Liegenschafts- oder KFZ-Kaufverträgen regelmäßig vor.
- 2.1 Ein Gewährleistungsverzicht umfasst auch **versteckte Mängel**⁶⁴. Im Zweifel ist ein solcher Verzicht auf Gewährleistung wie jeder Verzicht **eng auszulegen**.⁶⁵ Ein Gewährleistungsausschluss erstreckt sich aber nicht auf **Rechtsmängel**.⁶⁶
- 2.2 Als sittenwidrig nach § 879 ABGB wurde aber beurteilt ein genereller Ausschluss der Gewährleistung für „**gravierende Mängel**“ und ein genereller Ausschluss bei **neu hergestellten Sachen**⁶⁷.
3. Nachdem der **völlige Verzicht auf Gewährleistungsansprüche** natürlich einer besonders strengen Prüfung unterworfen ist, stellt sich die Frage, ob die Position des Gewährleistungspflichtigen nicht durch andere, weniger weitgehende Vereinbarungen verbessert werden kann, welche naturgemäß weniger kritisch gesehen werden: im Regelfall ergibt sich die starke Auswirkung eines Streits über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Mangels weniger daraus, ob dieser Mangel etwa am Ende eines Gerichtsverfahrens als bestehend angesehen wird oder nicht. Vielfach ist die nach einem Gerichtsverfahren im Urteil festgestellten Pflicht, einen Mangel zu beheben, nicht der entscheidende Nachteil für den Auftragnehmer: die §§ 1052, 1170 ABGB ermöglichen jedoch dem AG beim Kaufvertrag/Werkvertrag **bis zur Verbesserung von Mängeln den gesamten restlichen Werklohn (Kaufpreis) zurückzubehalten**.⁶⁸

⁶³ Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 929 ABGB Rz 3.

⁶⁴ OGH RS0018564.

⁶⁵ Schwartze in Flume/Kronthaler/Laimer (Hrsg), VGG - Verbrauchergewährleistungsgesetz (2022) zu § 3 VGG Rz 7; OGH RS0018561.

⁶⁶ OGH RS0018561.

⁶⁷ OGH 24.11.1998, 1 Ob 277/98m.

⁶⁸ Für viele OGH 28.04.2022, 3 Ob 213/21a.

- 3.1 Dieses Recht, den gesamten restlichen Werklohn zurückzubehalten, wird nur durch das **Schikaneverbot** begrenzt.
- 3.1.1 Schikane wird nach der Rechtsprechung als ungefähre Grenze dann angenommen, wenn die voraussichtlichen Behebungskosten für den oder die Mängel nur etwa 5 % oder weniger des *zurückbehaltenen* (nicht des *gesamten* !) Werklohns ausmachen.⁶⁹ Es kann daher der AG unter Behauptung von Mängeln ausgehend von den geschätzten Verbesserungskosten Werklohn mit einem Verhältnis (rund) „**1:20**“ zurückbehalten. Dieses wirtschaftlich starke Druckmittel wird dem AG von der Rechtsprechung bewusst dazu gegeben, um **Druck auf den AN auszuüben**, seiner Gewährleistungspflicht durch Verbesserung von Mängeln nachzukommen.
- 3.2 Gleichzeitig soll dieses Recht zur Zurückbehaltung auch **den AG absichern**: wenn der AN aus welchen Gründen immer nicht selbst die Verbesserung der Mängel vornimmt, kann der AG die Ersatzvornahme durch ein Drittunternehmen in Auftrag geben und die daraus ihm erwachsenen Kosten als Schadensersatzanspruch gemäß § 933 a ABGB gegenüber dem zurückbehaltenen Werklohn zur Aufrechnung bringen. Ebenso kann der AG sonstige Mangelfolgeschäden, welche ihm aus den Mängeln entstanden sind (Verdienstentgang, usw.), mit dem offenen Werklohn aufrechnen. Neben der Funktion als **Druckmittel** zur Verbesserung ist also das Zurückbehaltungsrecht als **Sicherungsmittel des AG** sehr wichtig.
- 3.3 Die ÖNORM B 2110 reduziert diesen Nachteil des AN in Punkt **10.4**, indem dort das Recht zur Zurückbehaltung von offenem Werklohn aufgrund von strittigen Mängeln auf das *dreifache* der geschätzten Verbesserungskosten begrenzt wird.
- 3.4 Im Unternehmergeschäft ist es sowohl im Individualvertrag wie auch in AGB/Formblättern zulässig, das Zurückbehaltungsrecht des AG **auszuschließen** oder **auf einen bestimmten Betrag zu beschränken**.⁷⁰

⁶⁹ Ausführlich *Santangelo-Reif*, Leistungsverweigerungsrecht (Stand 01.10.2024, Lexis Briefings in lexis360.at).

⁷⁰ Vgl. OGH 24.11.1998, 1 Ob 277/98m.

4. Auch gilt es im Fall des Ausschlusses des Zurückbehaltungsrechtes für den AN die eigene Rechtsposition konsequent zu handhaben: so wurde in einem Fall die nachträgliche Berufung auf eine Klausel „vor Kaufpreis-entrichtung keine Gewährleistungsansprüche“ als sittenwidrig beurteilt, wenn die Verbesserungspflicht **anerkannt** worden war.⁷¹
5. Durch die Entscheidung des verstärkten Senates **OGH 7.3.1990, 1 Ob 536/90** konnte der AG *sofort* die Ersatzvornahme durch ein Drittunternehmen zur Verbesserung von Mängeln einleiten, ohne dem AN eine „2. Chance“ zur Verbesserung eines Mangels zu geben. Durch das GewRÄG⁷² ist seit 1. Jänner 2002 in § 932 ABGB eine Abstufung der Gewährleistungsbefehle in *primäre* und *sekundäre* Gewährleistungsbefehle angeordnet. Der AG muss dem AN eine „2. Chance“ geben, einen gerügten Mangel selbst zu verbessern. Wenn der AN diese zweite Chance nicht nutzt, kann der AG weiter auf dem primären Gewährleistungsbefehle der Verbesserung bestehen oder kann eben nach seiner Wahl auf einen sekundären Gewährleistungsbefehl der Preisminderung oder der Vertragsauflösung umsteigen oder eben nach § 933a ABGB die Kosten der Ersatzvornahme durch ein Drittunternehmen fordern.
- 5.1 Zwei Unternehmer können nun einen **Verzicht auf einzelne Gewährleistungsbefehle** vereinbaren, *solange ein Mangel bloß ausreichend sanktioniert bleibt*.
- 5.2 So ist etwa eine Klausel in AGB zulässig, welche die Gewährleistungspflicht *auf Verbesserung beschränkt* und das Recht zur Vertragsauflösung erst bei Unterlassung der Verbesserung gibt.⁷³
- 5.3 Ebenso ist es zulässig, *die sekundären Gewährleistungsbefehle in AGB auszuschließen*, soweit ein Mangel durch die primären Befehle von Verbesserung/Austausch behoben werden kann.⁷⁴

⁷¹ OGH 24.11.1998, 1 Ob 277/98m.

⁷² BGBl I 48/2001 vom 8.5.2001.

⁷³ OGH 07.11.1990, 6 Ob 719/89.

⁷⁴ OGH 29.08.2013, 1 Ob 106/13i.

- 5.4 Sittenwidrig wird eine solche Klausel dann, wenn das Recht der Vertragsauflösung bei wesentlichen unbehebbarren Mängeln ausgeschlossen werden soll oder wenn ein Mangel trotz Verbesserungsversuch nicht beseitigt werden kann.
6. Die **Gewährleistungsfrist** beträgt gem § 933 ABGB für bewegliche Sachen **2 Jahre**⁷⁵ und für unbewegliche Sachen **3 Jahre**, an welche Fristen sich **3 Monate Verjährungsfrist** anknüpft.
- 6.1 De facto hat für ein Bauwerk somit der AG **3 Jahre und 3 Monate** nach Übergabe Zeit, die Gewährleistungsansprüche für einen bei Übergabe vorhandenen **Sachmangel** gerichtlich geltend zu machen.⁷⁶
- 6.2 Für **Rechtsmängel** beginnt die Verjährungsfrist erst mit Kenntnis des Rechtsmangels. Dieser Unterschied von Rechtsmängeln zu Sachmängeln wird damit begründet, dass Sachmängel in der Regel bei Übergabe durch sorgfältige Kontrolle erkennbar sind, während Rechtsmängel oft erst durch ein Tätigwerden eines Dritten für den Betroffenen erkennbar werden: man denke etwa an Probleme der Baubewilligung/Benützungsbewilligung, welche erst dadurch erkennbar werden, dass die Baubehörde einschreitet und Maßnahmen setzt.⁷⁷
7. In den Grenzen der Sittenwidrigkeit⁷⁸ kann **gem § 933 Abs 4 ABGB** nun die **Gewährleistungsfrist verkürzt oder verlängert** werden, wobei die Rechtsprechung hier keine fixe Obergrenze/Untergrenze vorgibt.
8. Eine weitere wichtige Frist neben der Gewährleistungsfrist und deren Verjährungsfrist an sich ist die **Vermutungsfrist des § 924 ABGB**:
- 8.1 Der AN hat Gewähr zu leisten für Mängel, welche **bei Übergabe der Sache** bereits *in der Anlage vorhanden* waren, selbst wenn sie noch

⁷⁵ Vgl Pkt 11.2.3.2 der ÖNORM B 2110, die sinnvoll auch für bewegliche Sachen die Dreijahresfrist anordnet, um diese Unterscheidung obsolet zu machen.

⁷⁶ Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.03 § 933 Rz 19 (Stand 15.10.2024, rdb.at)

⁷⁷ Hödl in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 933 ABGB Rz 10.

⁷⁸ Hödl in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 933 ABGB Rz 14.

nicht erkennbar waren und erst im Laufe der weiteren Zeit *durch „weiterfressen“* offenbar geworden sind.⁷⁹ In vielen Fällen ist es möglich von der Art des Mangels her zu beurteilen, ob es sich um einen schon ursprünglich bei Übergabe bestehenden Mangel handelte oder ob es sich um üblichen „Verschleiß“ durch Gebrauch einer Sache handelt.

9. Für Zweifelsfällen, in welchen eine solche eindeutige Beurteilung nicht möglich ist, gilt die **Vermutungsfrist von 6 Monaten des § 924 ABGB**: wenn innerhalb von 6 Monaten nach Übergabe ein solcher Zustand erkannt wird, der einen Mangel im Sinne des Gewährleistungsrechtes darstellen würde, wenn dieser Zustand schon bei Übergabe vorhanden war, so wird vermutet, dass dieser innerhalb von 6 Monaten erkannte Mangel eben schon bei Übergabe vorhanden war. Selbstverständlich muss der AG nachweisen, dass ein Mangel *an sich* vorliegt, denn nur das Vorliegen eines Mangels löst überhaupt die Vermutung des Vorliegens des Mangels bei Übergabe aus.⁸⁰ Der AN kann diese gesetzliche Vermutung gem § 924 Satz 2 ABGB entkräften, dass die Annahme des Vorliegens bereits bei Übergabe *mit der Art des Mangels nicht vereinbar* ist. Dies wird eben dann gelingen, wenn es sich um typische Abnutzung oder Verschleiß handelt. Der AN kann natürlich auch den Beweis des Gegenteils antreten, dass der behauptete Mangel tatsächlich erst nach Übergabe entstanden ist und daher nicht unter seine Gewährleistungspflicht fällt.
- 9.1 Für AG kann es nun interessant sein, diese **Vermutungsfrist von 6 Monaten** etwa auf *die gesamte Gewährleistungsfrist auszudehnen*, während es für den AG interessant sein kann, *diese Vermutung abzudingen*.
- 9.2 Während in Deutschland § 309 Nr 12 BGB **Beweislastvereinbarungen** in AGB generell verbietet, sind in Österreich Beweislastvereinbarungen sowohl in AGB, wie auch im Individualvertrag weiterreichend zulässig. Schranken sind soweit gesetzt, als einer Partei durch eine vertragliche Zuweisung einer Beweislast unzumutbare Schwierigkeiten

⁷⁹ Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.03 § 924 Rz 2 (Stand 15.10.2024, rdb.at)

⁸⁰ OGH RS0124354.

aufgebürdet werden, wenn beispielsweise ein von dieser Partei zu führender Beweis praktisch umfassende Informationen aus der Sphäre der anderen Partei benötigte. Ebenso ist es notwendig, dass vorweg eine *ausreichende objektive Vorhersehbarkeit* gegeben ist.

VII. Haftungsbeschränkungen im Schadenersatzrecht

1. Bei der **Schadenersatzhaftung** ist gedanklich streng zu unterscheiden zwischen der Haftung für sogenannte **Mangelschäden** nach § 933a ABGB und der Haftung für **Mangelfolgeschäden** nach § 1293ff ABGB.
 - 1.1 Nach § 933a ABGB haftet der AN schadenersatzrechtlich für die Qualität des von ihm geschuldeten Werkes. Der **Mangelschade** ist der Schade des Auftraggebers darin, dass das gelieferte Werk *an sich* mangelhaft ist. Es ist also das Schadenersatzrecht für die Haftung für Mangelschäden gedanklich das „parallel verschobene“ Gewährleistungsrecht.
 2. Wichtig ist dabei zu betonen, dass diese schadenersatzrechtliche Haftung für Mangelschäden unabhängig davon eintritt, ob sich aus den vorhandenen Mängeln/Mangelschäden bereits sogenannte **Mangelfolgeschäden** entwickelt haben⁸¹. Der Mangelfolgeschaden ist eben jener Schade, der sich *als Folge* aus der Mangelhaftigkeit (Mangel) bzw. Schadhaftigkeit (Mangelschade⁸²) ergibt.
 - 2.1 Zu betonen ist hier, dass die Frage, ob aus einem Mangel/Mangelschaden bereits Mangelfolgeschäden entstanden sind oder in Zukunft wahrscheinlich oder unwahrscheinlich entstehen werden, für die Haftung des AN für den Mangel/Mangelschaden irrelevant ist.

⁸¹ Instrukтив OGH 23.9.2020, 1 Ob 139/20b, In welchem Fall die fehlende Erdbebensicherheit einer Hochregalanlage einen (Sach-) Mangel dargestellt, für welchen Gewähr zu leisten ist, auch wenn sich dieser Mangel bisher nicht auf die tatsächliche Verwendung der Anlage ausgewirkt hat.

⁸² Der an sich präzise aber sperrige Begriff „Mangelschadenfolgeschaden“ wird zum Glück nicht verwendet.

- 2.1.1 Die Frage, ob Mangelfolgeschäden nicht oder nur geringfügig oder unwahrscheinlich eintreten werden, hat nur für die Beurteilung des **Einwandes der Unverhältnismäßigkeit** nach § 932 Abs. 4 ABGB bzw. § 933a Abs. 2 ABGB Bedeutung: wenn etwa keinerlei Mangelfolgeschäden eingetreten sind und nicht zu erwarten sind, wird der AN den AG leichter mit dem Einwand der „Unverhältnismäßigkeit“ der Verbesserung/Naturalrestitution auf sekundäre Gewährleistungsbehelfe/Schadenersatzbehelfe der Preisminderung/Wertminderung verweisen können.
- 2.2 Daneben gibt es noch Schlagworte bzw. Kategorien, welche sich auf angrenzende Rechtsgebiete beziehen, wie etwa das Versicherungsvertragsrecht, in welchem für Ausmaß und Umfang der Deckung von Versicherungen Begriffe wie *reine Vermögensschäden*, *abgeleitete Vermögensschäden*,⁸³ *Nachbesserungsbegleitschäden*⁸⁴ spezifisch sind.
- 2.2.1 Diese Begriffe sind aber nur relevant für die Frage der Deckungspflicht einer bestehenden Versicherung, nicht aber für die schadenersatzrechtliche Haftung, da eine Haftpflichtversicherung nicht das gesamte Spektrum des Schadenersatzrechtes abdecken soll und kann, sodass sich eben in den Versicherungsbedingungen Einschränkungen der Einstandspflicht des Versicherungsunternehmens (VU) finden.
3. Auch wenn für einen Mangelschaden und für einen Mangelfolgeschaden gleichermaßen das **Schadenersatzrecht** und allfällige Grenzen der Haftung nach Schadenersatzrecht zur Anwendung kommen, ist für die Zulässigkeit der Beschränkung der Haftung für Mangelschäden und Mangelfolgeschäden folgender Gedanke relevant:
- 3.1 für einen vertragswidrigen Zustand eines Werkes („Mangel“) haftet der AN nach Gewährleistungsrecht, ohne dass den AN für diesen vertragswidrigen Zustand ein Verschulden treffen muss.

⁸³ Vgl zB OGH 28.08.2024, 7 Ob 94/24k.

⁸⁴ Vgl zB OGH 24.11.2021, 7 Ob 125/21i.

- 3.2 Trifft den AN an dem vertragswidrigen Zustand („Mangelschaden“) *zusätzlich* noch ein Verschulden, haftet der AN für die Beseitigung dieses vertragswidrigen Zustandes nicht bloß nach Gewährleistungsrecht, sondern *auch* nach Schadenersatzrecht.
- 3.3 *Daneben* tritt eben die Haftung für Mangelfolgeschäden oder auch die Haftung aus sonstigen rechtswidrigen Handlungen, wie etwa ein verschuldeter Vertragsrücktritt oder eine positive Vertragsverletzung.
- 3.4 Soweit es aber um die reine gewährleistungsrechtliche bzw. schadenersatzrechtliche Haftung für einen vertragswidrigen Zustand (=“Mangel/Mangelschade“) geht, wäre es ein Wertungswiderspruch, wenn der AN seine schadenersatzrechtliche Haftung für einen *verschuldensabhängigen Mangelschaden* enger ziehen könnte als seine *verschuldensunabhängige gewährleistungsrechtliche Haftung* für denselben Mangel. Soweit also eine Beschränkung der *Gewährleistungspflicht* im Individualvertrag oder in AGB als unzulässig zu betrachten ist, wird es naheliegen, die Grenze der zulässigen Beschränkung der *verschuldensabhängigen Schadenersatzpflicht* nicht großzügiger anzusetzen.⁸⁵
4. Ähnliche wie bei der Beschränkung der Haftung nach Gewährleistungsrecht gibt es für die Beschränkung der Haftung nach Schadenersatzrecht **verschiedene Instrumente der Regelung** und Beschränkung.
5. Ein **völliger Ausschluss der Haftung für rechtswidrig und schuldhaft verursachte Schäden** ist sittenwidrig, da ein solcher „Freibrief“ eines Vertragspartners dafür, dem anderen Vertragspartner schrankenlos und ungehemmt von der Präventionsfunktion des Schadenersatzrechtes Schäden zuzufügen, von der Rechtsordnung nicht toleriert werden kann.
6. Es ist aber zulässig, im Individualvertrag oder in AGB⁸⁶ zwischen Unternehmen die Haftung auf **vorsätzlich** oder **grob fahrlässig** verursachte Schäden zu beschränken.

⁸⁵ In diesem Sinn auch Karasek, ÖNORM B 2110⁴ 11 Haftungsbestimmungen Rz 36 (Stand 1.5.2023, rdb.at).

⁸⁶ OGH RS0050109.

- 6.1. Wenig hilfreich wird hier von der Rechtsprechung der Verschuldensgrad der „*krass groben Fahrlässigkeit*“ eingeführt, welche Verschuldensform dem Vorsatz „nahekommen“ soll und im Zwischenbereich zwischen grober Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz liegen soll.
- 6.2. Eine solche Haftungsbeschränkung, welche auf den **Verschuldensgrad** abstellt, ist aufgrund der Einzelfallbezogenheit **schwer handhabbar**⁸⁷. So gibt es folgende nach der Schwere gereichte Verschuldensgrade mit folgenden Definitionen:
- **Entschuldbare Fehlleistung**⁸⁸ („*culpa levissima*“): Eine entschuldbare Fehlleistung kann nur angenommen werden, wenn die Fehlleistung nicht als nennenswertes Verschulden gewertet werden kann, also nur sogenannte *culpa levissima* vorliegt, die sich bei Berücksichtigung der gesamten Arbeitslast im Drange der Geschäfte und mit Rücksicht auf deren Schwierigkeit ohne weiteres ergeben kann, so daß der Schaden nur bei außerordentlicher Aufmerksamkeit (*diligentia exactissima*) abzuwenden ist.⁸⁹
 - **Leichte Fahrlässigkeit**: Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die objektiv gebotene Sorgfalt aus subjektiv zu vertretenden Gründen nicht eingehalten wird, dh demjenigen, dem die Sorgfaltsverletzung unterläuft, diese subjektiv vorwerfbar ist.⁹⁰
 - **Grobe Fahrlässigkeit**: Grobe Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn der Schade als wahrscheinlich vorhersehbar war, wenn das Versehen mit Rücksicht auf seine Schwere oder Häufigkeit nur bei besonderer Nachlässigkeit und nur bei besonders nachlässigen oder leichtsinnigen Menschen vorkommen kann⁹¹

⁸⁷ So wird festgehalten, dass zwischen leichte und grobe Fahrlässigkeit kein qualitativer, sondern ein bloß quantitativer Unterschiede gegeben sei, sodass eine abstrakte allgemeine Festlegung der Grenze zwischen leichte und grobe Fahrlässigkeit kaum möglich sei; vgl *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.04 § 1294 Rz 65 (Stand 15.4.2024, rdb.at).

⁸⁸ ZB in § 2 DHG oder § 2 OrgHG

⁸⁹ OGH RS0054822.

⁹⁰ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.04 § 1294 Rz 62 (Stand 15.4.2024, rdb.at) mwN.

⁹¹ OGH RS0038120.

- **Krass grobe Fahrlässigkeit:** Ein krass grob fahrlässiges Fehlverhalten wird allgemein dann angenommen, wenn die unterlaufene Fahrlässigkeit so krass ist, dass mit einem derartigen Verhalten nach den Erfahrungen des täglichen Lebens und nach redlicher Verkehrsübung nicht gerechnet werden kann, sodass die grobe Fahrlässigkeit dem Vorsatz gleichzustellen ist.⁹²
 - **Bedingter Vorsatz:** Dieser liegt vor, wenn der Schaden vorhergesehen und sein Eintritt gebilligt wird.⁹³
 - **Wissentlichkeit/Absichtlichkeit:** Bei diesen stärksten Formen des Verschuldens weiß der Schädiger, dass sein Verhalten den Schaden nach sich ziehen wird (*Wissentlichkeit*) bzw. kommt es dem Schädiger gerade darauf an, den Schaden herbeizuführen (*Absichtlichkeit*).⁹⁴
7. Eine weitere mögliche und übliche Art der Haftungsbegrenzung ist die **ziffernmäßige Begrenzung der Höhe** nach, beispielsweise begrenzt mit einer bestimmten Summe, für welche etwa eine Haftpflichtversicherung besteht.
- 7.1 Die ÖNORM B 2110 verknüpft diese beiden Arten der Regelung und sieht in **Pkt 11.3** (von Fällen des Vertragsrücktritts bzw. Personenschäden abgesehen) eine *ziffernmäßige Haftungshöchstgrenze bei bloß leicht fahrlässiger Schadenszufügung* vor.
- 7.2 Neben der Problematik, ob bzw. dass diese Haftungsbeschränkung nach 11.3 wohl auch auf **Mangelschäden** anzuwenden ist und daher der Sache nach einer Gewährleistungsbeschränkung entspricht,⁹⁵ kann eine solche Beschränkung bei mehreren Schädigern, welche *teil-*

⁹² OGH 19.12.2013, 3 Ob 196/13i.

⁹³ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.04 § 1294 Rz 59 (Stand 15.4.2024, rdb.at).

⁹⁴ Vgl § 5 StGB

⁹⁵ Vgl zu dieser Frage *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ 11 Haftungsbestimmungen Rz 36 (Stand 1.5.2023, rdb.at); *Pochmarski/Kober*, Die Anwendung des Pkt 12.3 der ÖNORM B 2110 auf Mangelschäden?, Immo-Zak 2020/41.

weise *beschränkt* und *teilweise unbeschränkt* haften zu überraschenden Folgen und Folgeprozessen führen („Regresszirkel“⁹⁶).

8. Eine weitere Möglichkeit der Regelung ist es, nach der **Schadensart** zu differenzieren: während es unzulässig ist, die Haftung für *Personenschäden* auszuschließen oder zu beschränken, ist eine Haftungsfreizeichnung in AGB für „*entgangenen Gewinn und Folgeschäden*“ zulässig.
9. Gleich wie bei der Gewährleistung besteht die Möglichkeit, die **Verjährungsfrist** für Schadenersatzansprüche zu verkürzen: nach dem gesetzlichen Regelfall besteht nach der absoluten/objektiven Verjährungsfrist von 30 Jahren eine subjektive **Verjährungsfrist von 3 Jahren** ab *Kenntnis* (nicht: „*Kennenmüssen*“⁹⁷) *von Schaden*⁹⁸ und *von Schädiger* und *von Kausalzusammenhang zwischen Schädigerverhalten und Schaden*.
 - 9.1 Der OGH hat die **Verkürzung der Verjährungsfrist** in AGB auf *6 Monate*⁹⁹ oder *ein Jahr*¹⁰⁰ **ab Kenntnis** von Schaden und Schädiger für zulässig erachtet.
 - 9.1.1 Umgekehrt wurde die absolute Begrenzung mit 3 Jahren **ab Lieferung** als gröblich benachteiligend und damit unwirksam beurteilt.¹⁰¹

⁹⁶ Vgl. *Wensch*, Die Schlussfeststellung gemäß Abschnitt 11 der ÖNORM B2110:2013 dürfte in der Neuauflage entfallen, ZRB 2022, 73; *Pochmarski/Kober*, Der „Regresszirkel“ zum Geschädigten - gewollte oder nicht gewollte Konsequenz der Privilegierung eines Schädigers nach Pkt 12.3 der ÖNORM B 2110? in *Hofstadler*, Aktuelle Entwicklungen in Baubetrieb, Bauwirtschaft und Bauvertragsrecht (2019), 647 ff.

⁹⁷ OGH RS0034366 [T3], [T6].

⁹⁸ Dabei muss der Schade noch nicht *bezifferbar* sein. Ist der Schade *bekannt*, aber noch *nicht bezifferbar*, so ist eine Feststellungsklage zu erheben.

⁹⁹ OGH 20.04.2021, 4 Ob 23/21t.

¹⁰⁰ OGH 24.10.2000, 1 Ob 1/00d.

¹⁰¹ OGH 08.02.2005, 4 Ob 279/04i.

VIII. Zusammenfassung

1. Die wirksamste Möglichkeit zur Beschränkung von Leistungspflichten in einem Bauwerkvertrag ist durch eine konkrete einschränkende Leistungsbeschreibung. Daneben sind auch in Formblättern/AGB beim Unternehmensgeschäft Haftungsbeschränkungen zulässig. Die Judikatur zur Zulässigkeit oder Sittenwidrigkeit von AGB-Klauseln ist aber kasuistisch und bewirkte daher Rechtsunsicherheit bei der Verwendung. Es ist daher zweckmäßig nicht die Flucht in möglichst viele verschiedene Klauseln zu suchen, sondern einerseits Zeit und Energie in die Erarbeitung der konkreten Leistungsbeschreibung aufzuwenden und andererseits konkret beurteilte Restrisiken durch individuelle Klauseln abzudecken.

Literaturverzeichnis

Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB7 (2023)

Eilenberger-Haid, Techniklauseln im Zivilprozess - der Versuch einer Annäherung, Sachverständige 2022, 181

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar

Flume/Kronthaler/Laimer (Hrsg), VGG - Verbrauchergewährleistungsgesetz (2022)

Gebhard, Der Gebäudetyp-e und was es damit auf sich hat, Baurecht 2024, S. I-II

Hussian, Die vorvertragliche Warnpflicht, bauaktuell 2011, 46

Karasek, ÖNORM B 21104

Kletečka/Schauer, ABGB-ON

Kletečka, Der widersprüchliche Werkvertrag - Die Lösungsalternativen, in Berlakovits/Hussian/Kletečka (Hrsg), Festschrift Georg Karasek

Klever, Zur einschränkenden Leistungsbeschreibung im Verbrauchergeschäft, ÖJZ 2017/62

Pochmarski/Binder, Die Mehrkostenforderung auf der Grundlage des Schadenersatzrechts, bauaktuell 2013, 18

Pochmarski/Kober, Die Anwendung des Pkt 12.3 der ÖNORM B 2110 auf Mangelschäden?, ImmoZak 2020/41

Pochmarski/Kober, Der „Regresszirkel“ zum Geschädigten - gewollte oder nicht gewollte Konsequenz der Privilegierung eines Schädigers nach Pkt 12.3 der ÖNORM B 2110? in Hofstadler, Aktuelle Entwicklungen in Baubetrieb, Bauwirtschaft und Bauvertragsrecht (2019), 647 ff

Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023)

Setz, Die Regeln der Technik im Werkvertragsrecht: Der maßgebliche Zeitpunkt, ZRB 2023, 52

Standpunkt des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur zivilrechtlichen Erleichterung des Gebäudebaus (Gebäude-typ-E-Gesetz), BauR 2024, S. 1725

Wenusch, Die Schlussfeststellung gemäß Abschnitt 11 der ÖNORM B2110:2013 dürfte in der Neuauflage entfallen, ZRB 2022, 73

OGH 24.11.1998, 1 Ob 277/98m

OGH 17.05.2004, 1 Ob 92/04t

OGH 29.11.2006, 7 Ob 221/06k

OGH 23.04.2008, 7 Ob 89/08a

OGH 17.12.2008, 6 Ob 241/07w

OGH 27.02.2013, 6 Ob 167/12w

OGH 19.09.2013, 1 Ob 161/13b

OGH 19.12.2013, 3 Ob 196/13i

OGH 21.3.2015, 5 Ob 16/13h

OGH 23.9.2020, 1 Ob 139/20b

OGH 24.11.2021, 7 Ob 125/21i

OGH 28.04.2022, 3 Ob 213/21a

OGH 24.05.2022, 10 Ob 13/22f

OGH 19.09.2023, 2 Ob 142/23f

OGH 27.6.2024, 5 Ob 200/23g (Kober)

OGH 28.08.2024, 7 Ob 94/24k

BGH 4.6.2009, VII ZR 54/07

BGH 10.6.1999, VII ZR 170/98

OLG Bamberg 24.8.2023, 12 U 58/22 = BauR 2024, 278

OLG Köln 10.2.2021, 11 U 128/19 = BauR 2024, 659



Autoren

Kurzlebensläufe

Markus Allram / Lukas Andrieu / Horst Fössl /

Detlef Heck / Wolfgang Hussian / Norbert Jagerhofer /

Georg Jeremias / Katharina Müller / Konstantin Pochmarski /

Manuel Rathmayr / Markus Werner

Mag. iur. Dipl.-Ing. Markus Allram

Studium der Rechtswissenschaften, Uni Graz, Studium des Bauwesens, TU Graz, zertifizierter Compliance Officer, eingetragener Mediator, Immobilientreuhänder. Regelmäßige Publikationen in facheinschlägigen Medien. Referent bei Schulungen. Mitarbeiter in einem Büro für bauwirtschaftliche Fragestellungen.

Mag. Lukas Andrieu, LL.M

Partner der Wirtschaftsrechtskanzlei ScherbaumSeebacher mit Sitz in Wien und Graz. Autor zahlreicher Publikationen sowie regelmäßiger Vortragender an Fachhochschulen und Universitäten. Sein Beratungsschwerpunkt umfasst das gesamte Bau- und Vergaberecht sowie die Betreuung komplexer Zivilprozesse sowie schiedsgerichtlicher Verfahren im technischen Kontext. Zugelassener Rechtsanwalt in New York (USA).

Mag. Horst Fössl, LL.M

Rechtsanwalt und Partner der Singer Fössl Rechtsanwälte OG. Experte für Vergaberecht und öffentliches Beschaffungswesen, Bau- und Bauvertragsrecht, Öffentliches Wirtschafts(regulierung)recht und die verwaltungs(straf)rechtliche Verantwortlichkeit von Führungskräften. Berät und vertritt namhafte öffentliche Auftraggeber sowie nationale und internationale Unternehmen, Interessenvertretungen sowie Ziviltechnikerbüros.

Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck

Studium des Bauingenieurwesens und Promotion zum Dr.-Ing. an der Technischen Universität Darmstadt, seit 2006 Professur für Baubetrieb und Bauwirtschaft an der TU Graz. Geschäftsführender Gesellschafter eines Ingenieurbüros für baubetriebliche und bauwirtschaftliche Beratung in Graz. Gerichtlich beeideter Sachverständiger. Mitherausgeber der Zeitschrift *bau aktuell* im LINDE-Verlag.

Mag. Wolfgang Hussian

Leiter der Rechtsabteilung der PORR AG. Er ist Vorsitzender des Rechtsausschusses des Fachverbandes Bauindustrie, Stellvertretender Vorsitzender des ÖNORMEn-Komitees 015 (Verdingungswesen) sowie Vizepräsident der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht und Bauwirtschaft. Daneben ist er Lektor an der FH Campus Wien sowie Autor und Vortragender zum Bauvertragsrecht.

Norbert Jagerhofer

Prokurist bei RVM Versicherungsmakler GmbH, allg. beeid. & gerichtl. zert. SV für Versicherungswesen. Seit 1983 im Großschadensbereich tätig, hat acht Jahre bei einem Versicherungsberater Geschädigte gegen Versicherungen außergeichtlich vertreten. Bis 2001 stellv. Spartenleiter für die Bereiche Allg. Haftpflicht-, Bauwesen- und Baugeräteversicherung bei der VAV Versicherungs-AG für die Bauwirtschaft, bis 2004 sbst. Versicherungsmakler (Haftpflicht-/Sachversicherung, Loss Adjusting). Fachautor von „Technische Versicherungen“ (WKO) & "Bauversicherungen richtig abschließen" (Linde Verlag).

Dr. Georg Jeremias

Rechtsanwalt bei ScherbaumSeebacher Rechtsanwälte GmbH. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in den Bereichen Versicherungsvertragsrecht, Bau(schadens-)recht und Prozessführung. Er publiziert regelmäßig zu versicherungsrechtlichen Themenstellungen und war Universitätsassistent bei o. Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Karl-Franzens-Universität Graz. Seine viel beachtete Dissertation „Die Deckungsablehnung des Versicherers nach §12 VersVG“ wurde mehrfach ausgezeichnet.

DDr. Katharina Müller

Promovierte Juristin und Handelswissenschaftlerin; seit 2006 Rechtsanwältin, Gründerin und Partnerin bei Müller Partner Rechtsanwälte GmbH; Expertin für Bauvertragsrecht insbesondere Claimmanagement; Abwicklung komplexer Bauprojekte im Rahmen von Mehrkostenforderungen mit Schwerpunkt auf der Abstimmung von baurechtlicher und rechtlicher Themen, Vortragende und Publizistin von bauvertraglichen Themenstellungen.

Dr. Konstantin Pochmarski

Diplomstudium an der Universität Graz, berufsbegleitendes Doktoratsstudium an der Universität Wien. Ab 1997 als Rechtspraktikant, Richteramtsanwärter und anschließend Richter in der Justiz tätig. An den Bezirksgerichten Villach und Graz als Zivil- und Exekutionsrichter tätig, sowie am Landesgericht Leoben als Zivilrichter und in einem zivilen Rechtsmittelsenat. Seit 2008 nach Absolvierung der Rechtsanwaltsprüfung in einer Grazer Wirtschaftskanzlei und nunmehr in der auf ziviles Baurecht spezialisierten Kanzlei KPK-Law Partner tätig. Referent und Autor auf den Gebieten des Zivilprozess- und Exekutionsrechts, sowie des zivilen Baurechts.

Mag. Ing. Manuel Rathmayr

war mehrere Jahre als Techniker und Bauleiter in einem bauausführenden Unternehmen beschäftigt, bevor er das Studium der Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität absolvierte. Aktuell ist er neben der Gerichtspraxis als juristischer Mitarbeiter bei der ScherbaumSeebacher Rechtsanwälte GmbH in Graz tätig.

Prof. Dr.-Ing. Markus Werner

Studium des Bauingenieurwesens und Promotion zum Dr.-Ing. am Fachbereich Bauingenieurwesen und Geodäsie der Technischen Universität Darmstadt. Seit 2002 tätig in der Ingenieursozietät für Bauberatung Prof. Schubert/Prof. Reister. Co-Autor und Mitherausgeber des Buches „Nachträge beim Bauvertrag“, Wolters Kluwer-Verlag. Referent und Lehrbeauftragter an diversen Hochschulen und Universitäten. 2024 Ernennung zum Honorarprofessor an der Hochschule Biberach.

Bauen ohne Risiko?

Der ursprüngliche Gedanke für das Titelthema des kleinen Jubiläums des Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar in Bad Blumau war eigentlich der inflationäre Einsatz des „Ziehens des § 1170b ABGB“, also der Forderung der Werkunternehmer nach einer Werklohnsicherung durch den Auftraggeber.

Das Jahr 2024 hat zahlreiche Projektentwickler in eine bedenkliche finanzielle Schieflage gebracht, so dass in der Folge häufig der Vertragsrücktritt des Werkunternehmers aufgrund des § 1170 B ABGB die Folge war.

Auch wenn dieser Weg in der Regel als Ultima Ratio angesehen wird, sind die Folgen, nämlich die tatsächliche Abrechnung der Leistung umso komplexer. In der bauwirtschaftlichen Praxis hat uns das Thema sehr beschäftigt, allerdings immer wieder mit einem sehr unbefriedigendem Bauchgefühl.

Der vorliegende Tagungsband reflektiert die Ansichten angesehener Experten zu diesem Thema. So werden die gelösten, aber auch offenen Punkte des Vertragsrücktritts analysiert. Außerdem werden die rechtlichen und bauwirtschaftlichen Folgen des § 1170 b ABGB diskutiert.

Eine Vorstufe zum Vertragsrücktritt ist die gerne von Subunternehmern aufgeworfene Frage nach der Einstellung der Bauleistungen. Auch diese Frage wird aus Sicht des ABGB und der ÖNORM B 2110 beantwortet.

Auch in Vergabeverfahren spielen Sicherheiten inzwischen eine große Rolle. In erster Linie sei hier das Vadium genannt, allerdings spielen die Sicherstellungen in den Ausschreibungen und damit in den gelebten Verträgen eine große Rolle.

Die Versicherungsbranche tut sich in den letzten Jahren mit großen komplexen Bauprojekten recht schwer. Auch finden neue Versicherungsprodukte aus dem Ausland in Österreich nicht genug Unterstützer, so dieser Beitrag einen Ausblick in die Zukunft geben kann.

Das Thema der Versicherungs-Garantie wird ausführlich diskutiert, insbesondere für Fälle der Insolvenz.

Abschließend wird noch ein breiter Überblick über die gesetzlichen und normativen Haftungsbegrenzungen diskutiert, mit einem kleinen Seitenblick auf die Verbindlichkeit der Normenwelt.

ISBN 978-3-99161-030-4



9 783991 610304 >

Verlag der Technischen Universität Graz

www.tugraz-verlag.at

ISBN: 978-3-99161-030-4