

§ 1170b ABGB in der Praxis: Die größten Fallstricke für Auftraggeber bei Bauprojekten

Dr. Nikolaus Weselik
Ing. Mag. Maximilian Uidl





Wenn Sie uns nicht hören können, stellen Sie bitte sicher, dass das **Audio auf Ihrem Computer** aktiviert ist ODER wählen Sie sich **per Telefon** ein.

Dieses Webinar dauert ca. **45 Minuten** inkl. einer **Q&A Session** am Ende.

Sie sind **automatisch stumm geschaltet**, können aber Ihre Fragen schriftlich über das „**Question**“-Feld stellen.

Wenn wir während des Webinars aus zeitlichen Gründen Ihre Fragen nicht beantworten können, werden wir Ihnen **per E-Mail** antworten.

Die Vortragenden



Dr. Nikolaus Weselik
Partner
T +43 1 40443 2200
E nikolaus.weselik@cms-rrh.com



Ing. Mag. Maximilian Uidl
Associate
T +43 1 40443 2202
E maximilian.uidl@cms-rrh.com

“

- (1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage zu einem Bauwerk oder eines Teils hievon kann vom Besteller **ab Vertragsabschluss** für das **noch ausstehende Entgelt** eine Sicherstellung bis **zur Höhe eines Fünftels** des vereinbarten Entgelts, bei Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, aber bis zur Höhe von **zwei Fünfteln** des **vereinbarten Entgelts**, verlangen. Dieses Recht **kann nicht abbedungen werden**. Als Sicherstellung können **Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen** dienen. Die **Kosten der Sicherstellung** hat der Sicherungsnehmer zu tragen, soweit sie pro Jahr zwei von Hundert der Sicherungssumme nicht übersteigen. Die Kostentragungspflicht entfällt, wenn die Sicherheit nur mehr wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.
- (2) Sicherstellungen nach Abs. 1 sind binnen **angemessener**, vom Unternehmer festzusetzender **Frist** zu leisten. Kommt der Besteller dem Verlangen des Unternehmers auf Leistung einer Sicherstellung **nicht, nicht ausreichend** oder **nicht rechtzeitig** nach, so kann der Unternehmer seine **Leistung verweigern** und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die **Vertragsaufhebung** erklären (§ 1168 Abs. 2).
- (3) Abs. 1 und 2 gelten nicht, wenn der Werkbesteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein Verbraucher im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 KSchG ist.

“

§ 1170b ABGB

Wer ist begünstigt?

- „**Bauwerk**“, „**Außenanlage zu einem Bauwerk**“ oder „**eines Teils hiervon**“
 - Begriffsverständnis (Rsp): **etwas unter Einsatz von Arbeit und Material grundfest Errichtetes**
 - PV-Anlagen, E-Ladestationen?
- **Begünstigte:**
 - geistige Planungsleistungen (Architekten, Statiker, usw.)? **Rechtsprechung bejahend, jedenfalls aber nur Werkunternehmer – nicht bei Bevollmächtigungsverträgen (z.B. ÖBA).**
 - Baustofflieferanten? **Nein.**

Das Sicherstellungsverlangen

- **freies Ermessen des AN**
- ab **Vertragsabschluss**, bis fälliger Werklohn **voll bezahlt**
 - Übernahme nicht relevant
- AN kann **auch mehrfach** (bis zur gesetzlichen Höhe) Sicherstellung verlangen
- Setzung einer **angemessenen Frist**
- keine bestimmte Form
- **Unzulässige Vorgaben** → Reduktion auf zulässiges Maß
- **Höhe**: bestimmt/bestimmbar
 - Pauschal-/Einheitspreisvertrag: eher bestimmbar
 - Regiepreisvertrag: Verweis auf 20/40% nicht ausreichend
- **Überhöhtes Begehr** →
 - Richtigé Höhe für AG bestimmbar?
 - **Ja**, Sicherheit leisten
 - **Nein**, AN auffordern Unterlagen zur Bestimmung vorzulegen

VORSICHT

- **Fälligkeit des Werklohns** keine Voraussetzung
- **Mängel begründen kein Zurückbehaltungsrecht**
- **bei überhöhtem Begehr Sicherstellung in angemessener Höhe leisten**

Die (richtige) Erfüllung des Sicherstellungsverlangens

- **Sicherstellungsmittel** grds.
nach Wahl des AG
- **Beschränkungen vermeiden**
(Rücktrittsgefahr)
- Aufzählung in Gesetz taxativ?
 - strittig
 - im Zweifel Bargeld,
Bareinlagen, Sparbücher,
Bankgarantien oder
Versicherungen,
 - **Risiko bei: Bürgschaften
Konzerngarantien,
Patronatserklärungen**,
- **objektiv angemessene Frist**
nach Umständen des
Einzelfalls, i.d.R. **14 Tage**
(oder längere gesetzte Frist)
- Beschlussfassung, Kredit-
linien, Angebote, Auswahl,
Ausfertigung usw. –
erfahrener AG? Volumen?
anwaltliche Hilfe, Wochenend-
und Feiertage,
außergewöhnliche Umstände

VORSICHT

- **Bringschuld des AG – risikoaverses Vorgehen**
- **Alternative Sicherungs-
mittel vermeiden**
- **Vermeiden: Angebot Zug-
um-Zug (zB gegen Kosten-
übernahmeerklärung),
Bankgarantien mit
Effektivklausel, Mitwirkung
des AG für Auszahlung,
Treuhandkonstruktionen**

Die Verwertung der gegebenen Sicherheit

- **Fälligkeit des Werklohns** sowie **Zahlungsverzug**
- **Mängel:** Zurückbehaltungsrecht des AG → keine Fälligkeit
- **OGH:** keine Verwertung, solange Anspruch strittig ist (einhellige Kritik der Lehre), auch bei unberechtigten Einwendungen
- vgl. Kaution nach ÖN B 2110: Insolvenzeröffnung oder rechtskräftiges Urteil
- **Einstweilige Verfügung?**
- **Rechtsmissbrauch?**
- **Rückstellung der Sicherheit:**
 - **sofort**, wenn **keine Werklohnansprüche** (mehr) offen sind
 - z.B. infolge Preisminderung bei Vorliegen von Mängeln

VORSICHT

- **Sicherheit ist bis zur Klärung von Streitigkeiten aufrechtzuerhalten**
- **Rechtsprechung zu Rechtsmissbrauch sehr streng**

Die Folgen nicht erfolgter oder unzureichender Sicherstellung

- **Bloße Obliegenheit**
- Nicht, nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig
- **Leistungsverweigerung** und/oder (nach angemessener Frist) **Vertragsaufhebung**
- **Mehrkosten** und **Bauzeitverlängerung**
- **Rücktritt** formfrei möglich, Schriftform sinnvoll
- **Rechtlich richtige Rücktrittserklärung**

- Reduzierter Entgeltanspruch des AN wie bei Abbestellung
- Mängel = Ersparnis

Risiko für AN

- Überhöhtes Sicherstellungsverlangen, ausreichende Sicherheitsleistung, unberechtigter Rücktritt durch AN, Schadenersatzansprüche des AG

Risiko für AG

- Überhöhtes Sicherstellungsverlangen, keine/zu geringe Sicherheitsleistung, berechtigter Rücktritt durch AN, keine weiteren Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche

VORSICHT

- Keine Nachfrist bei ernstlicher und endgültiger Verweigerung
- Nichterfüllung eines (tatsächlich?) überhöhten Sicherstellungsverlangens (Risikoabwägung)
- Bei zu kurzer Nachfrist, binnen objektiv angemessener Nachfrist nachholen

Die Zulässigkeit vertraglicher Modifizierungen

- grds nur zugunsten des AN
- **Form:** Schriftformgebot für Sicherstellungsverlangen/
Rücktritt? (Lehre bejahend)
- **Angemessene Frist?** Strittig
- **Sicherungsmittel?**
Einschränken ja,
Erweitern strittig – lt. OGH
sofern „vergleichbare
Rechtsposition“
- **Kostentragung?** Strittig

Riskant

- zeitliche Beschränkung
- Eintritt bestimmter Umstände
- Pönalisierung
- Wegfall vertraglicher
Vergünstigungen
- Verknüpfte Sicherstellung des AG
(Einforderung)
- Ausschluss Rücktrittsrecht

Möglich

- Durchsetzbarkeit (Anspruch)
- Zusätzliche Sicherheit
- Modifizierungen zugunsten des
AN (z.B. AG trägt alle Kosten)

VORSICHT

- **Rechtsprechung fehlt
hierzu – daher Risiko**
- **Faktische Erschwerung
der Geltendmachung
vermeiden**
- **Vorsicht bei modifizierten
Sicherstellungsklauseln –
worst case: keine
Konsumation von § 1170b
und doppelte
Sicherstellung als Folge**

Exkurs: Kaution nach ÖNORM B 2110

§ 1170b ABGB	Pkt. 8.7.1 ÖN B 2110
zugunsten des AN	zugunsten des AG
gilt kraft Gesetz	zu vereinbaren
bis zu 20 (40) %	bis zu 20 %
für noch ausstehendes Entgelt (dh Abschichtung, wenn < 20 bzw 40 % offen)	für noch zu erbringende Leistungen (dh <u>keine</u> Abschichtung)
Lehre: Fälligkeit & Zahlungsverzug	Verwertung erst nach rk Urteil oder bei Insolvenz (dispositiv!)
OGH: Verwertung erst bei Einigkeit der Parteien (sohin rk Urteil)	



Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!

Zeit für Fragen





Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

cms-lawnow.com

The information held in this publication is for general purposes and guidance only and does not purport to constitute legal or professional advice. It was prepared in co-operation with local attorneys.

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS Locations

Aberdeen, Abu Dhabi, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Bergen, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Liverpool, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Munich, Muscat, Nairobi, Oslo, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Stavanger, Strasbourg, Stuttgart, Tel Aviv, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law