

OGH 28. Juli 2021, 9 Ob 30/21h – Sicherstellung des Werklohnes bei Bauverträgen: Ein scharfes Schwert des Werkunternehmers

## **Description**

### **Date Created**

07.12.2021

### **Meta Fields**





**Inhalt** : Mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz wurde im Jahr 2005 durch Â§ 1170b ABGB die sogenannte Bauhandwerkversicherung eingeführt. Dies mit dem vom Gesetzgeber erklärten Ziel, den **Insolvenzrisiken im Bau- und Baunebengewerbe** entgegenzuwirken. Demnach hat der Besteller eines Bauwerkes oder einer Außenanlage zu einem Bauwerk dem **Werkunternehmer** (Auftragnehmer) **über dessen Verlangen** eine **Sicherstellung für den Werklohn** beizubringen. Das **Sicherstellungsverlangen** kann sofort ab Vertragsabschluss, also **unabhängig von jedweder Vorleistung des Werkunternehmers**, bis zur Fertigstellung des Werkes gestellt werden. Die Sicherstellung umfasst das (jeweils) noch ausstehende Entgelt und ist mit 20% der gesamten Auftragssumme bei Bauverträgen, die innerhalb von 3 Monaten zu erfüllen sind, mit 40% der gesamten Auftragssumme gedeckelt. Diese Befugnis des Werkunternehmers ist gesetzlich **zwingend** angeordnet, kann also durch Parteienvereinbarung nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Sie gilt allerdings nicht gegenüber Verbrauchern oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Â§1170b Abs 3 ABGB). Der Werkunternehmer kann **bei Nichterfüllung seines Sicherstellungsverlangens** durch den Werkbesteller diesen zwar nicht auf Beibringung der verlangten Sicherheit klagen, jedoch **die (weitere) Leistungserbringung verweigern** und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die **Aufhebung des Bauvertrages** erklären. Damit erlischt der Anspruch des Werkbestellers auf Vertragserfüllung; er kann dann weder die Behebung von allen Mängeln verlangen noch den ausstehenden Werklohn wegen nicht gehöriger Vertragserfüllung zurückbehalten! Gilt all dies auch dann, wenn der Werkunternehmer eine viel zu hohe Sicherstellung verlangt? Was ist rechtens, wenn das vom Werkunternehmer begehrte Sicherungsmittel nicht den vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien entspricht? Kann in diesen Fällen der Werkbesteller einwenden, der Werkunternehmer habe sein Recht auf Sicherstellung missbräuchlich ausgeübt? Kann bei derartiger Konstellation der Werkbesteller, der dem überhöhten Sicherstellungsverlangen nicht nachkommt, die vom Werkunternehmer in weiterer Folge ausgesprochene Aufhebung des Werkvertrages als unwirksam zurückweisen, weiterhin auf Mängelbehebung bestehen und wegen ebendieser Mängel den für die bisher erbrachten Leistungen ausstehenden Werklohn zurückbehalten? Mit all diesen Fragen hatte sich das Höchstgericht in der gegenständlichen, ungewöhnlich umfangreichen 26-seitigen Entscheidung auseinanderzusetzen. Es kam dabei zu folgenden Ergebnissen: 1. Wenn der vom Werkunternehmer geforderte **Sicherstellungsbetrag** im Hinblick auf den noch ausstehenden Werklohn **überhöht** ist, führt dies nicht zur Unbeachtlichkeit des Sicherstellungsbegehrens, sondern hat nur dessen **Reduktion auf den noch zulässigen Inhalt** zur Folge (so auch schon 4 Ob 209/18s). Dies soll dann gelten, wenn der Werkbesteller die **richtige Höhe der Sicherstellung** selbst **ohne Weiteres erkennen** kann. Ein deutlich überhöhtes Sicherstellungsbegehren des Werkunternehmers ist (nur) dann unbeachtlich, wenn der Werkbesteller den angemessenen Sicherungsbetrag nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermitteln kann (Erwägungsgrund 5.3.). Im gegenständlichen Fall hatte der Werkunternehmer eine Bankgarantie über EUR 1.164.000,00 (20% der gesamten Auftragssumme) verlangt, obwohl bei Erhebung der Sicherstellungsforderung nur ein Werklohn von EUR 365.467,02 unberichtigt aushaftete, der in weiterer Folge wegen Teilzahlungen des Werkbestellers sogar noch auf EUR 150.000,00 reduziert wurde. Da die richtige Höhe des Sicherstellungsbetrages für den Werkbesteller leicht feststellbar war und dieser keine Anstalten machte, dem Werkunternehmer eine (entsprechend reduzierte) Sicherstellung anzubieten, wurde das Sicherstellungsverlangen als beachtlich qualifiziert. Der Werkbesteller hätte also eine Sicherstellung in Höhe des noch ausstehenden Werklohnes beibringen müssen, um die Aufhebung des Werkvertrages und den damit verbundenen Verlust seiner Gewährleistungsansprüche abzuwenden 2. Wenn der Werkunternehmer ein ihm inhaltlich nicht zustehendes Sicherungsmittel verlangt, so ist genauso wie bei einem überhöhten Sicherstellungsbegehren vorzugehen. Der Werkbesteller kann sich auch in diesem Fall nicht auf die Unwirksamkeit des Sicherstellungsverlangens berufen, sondern hat eine **auf den zulässigen Inhalt reduzierte Sicherstellung** beizubringen. Im gegenständlichen Fall hatte der Werkunternehmer eine zeitlich unbefristete Bankgarantie verlangt. Da der Werkbesteller untätig blieb und keine (angemessen) befristete oder an eine sachlich begründete Bedingung geknüpfte Bankgarantie beibrachte, erlitt er auch mit dieser Einwendung Schiffbruch. 3. Nach der jüngeren Rechtsprechung liegt **Rechtsmissbrauch** nicht nur dann vor, wenn die **Schädigungsabsicht** den **einzigen Grund der Rechtsausübung** bildet, sondern auch dann, wenn **zwischen den** mit der Rechtsausübung verfolgten Interessen und den dadurch beeinträchtigten **Interessen ein ganz krasses Missverhältnis** besteht oder das mit der Rechtsausübung verbundene **unlautere Motiv die lauterer Motive eindeutig überwiegt** (Erwägungsgrund 7.1.). Auch auf dieser Einwendungsebene konnte der Werkbesteller nicht reaktivieren. Der OGH verwies u.a. darauf, dass die Sicherstellungspflicht des Werkbestellers von dessen konkreter Bonitätssituation unabhängig ist und Â§ 1170b ABGB den

