

Sicherstellung vs. Vorausleistungspflicht im Bauwerkvertrag (Mit COVID-19-Bezug)

RA Dr. Patrick Panholzer, LL.M.

RA Mag. Lukas Andrieu, LL.M.

**ScherbaumSeebacher
steht für höchste Qualität
und kreative Lösungen**

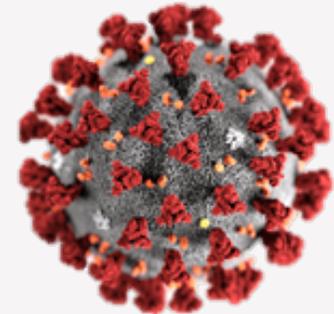
insolvency&restructuring
corporate / m&a
banking
private clients
finance & cm
damages & tort
labour & employment
real estate
construction contract & litigation
insurance law
international contract law
corporate compliance
tax & white collar crime

Überblick

- 01 **Sicherstellung und COVID-19**
- 02 **Gefahren bei Sicherstellungen am Bau**
- 03 **Sicherstellung vs. Vorausleistungspflicht**
- 04 **Beispiele für Sicherstellungsrechte**
- 05 **Bankgarantien als Sicherungsmittel**
- 06 **Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)**

Sicherstellung und COVID-19

- COVID-19 kann zu
 - Lieferschwierigkeiten
 - Arbeitskräfteengpässen und somit zu
 - Verzögerungen am Bau führen / geführt haben
- Es drohen **Liquiditätsengpässe** und **Insolvenzen**
- Es wird **vermehrt Sicherstellung** gefordert
- **Fristen** können entsprechend anzupassen bzw zu verlängern sein



Gefahren bei Sicherstellungen am Bau

- Auf Bauherrenseite (AN-Insolvenz)
- Auf Seite des Auftragnehmers (AG-Insolvenz)

- Sicherungsinstrumente
 - Unternehmensrechtliches Zurückbehaltungsrecht (§ 369 UGB)
 - Haftungsrücklass-, Deckungsrücklass-, Erfüllungsgarantien
 - Kautions-, Einbehalt wegen Mängel
 - Sicherstellungsrecht nach § 1170b ABGB

- ABGB, UGB, ÖNORM B-2110, BVergG 2018

Sicherstellung vs. Vorausleistungspflicht

- Grundsätzlich sind Verträge **Zug um Zug** zu erfüllen
- **Vorausleistungspflicht** ist typisch bei Werkverträgen
 - AN erstellt das Werk und erhält Lohn erst nach Übergabe
- **Unsicherheitseinrede** (§ 1052 ABGB)
 - Leistung ist erst zu erbringen, wenn Gegenleistung erfolgt bzw sichergestellt wurde, wenn
 - die Gegenleistung durch **schlechte Vermögensverhältnisse** gefährdet ist
 - ≠ Überschuldung
 - = Objektiv begründete Besorgnis, dass der Vertragspartner nicht im Stande sein wird, die Rechnung zu bezahlen (zB bei erfolgloser Exekutionsführung)
 - dem AN dieser **Umstand bei Vertragsabschluss** trotz gehöriger Sorgfalt **nicht bekannt** war

Beispiele für Sicherstellungsrechte

- **Allgemeines zivilrechtliches Zurückbehaltungsrecht**
 - Im B2C-Bereich und im B2B-Bereich
 - Unsicherheitseinrede
 - Zurückbehaltungsrecht, wenn die Leistung bereits erbracht wurde (§ 417 ABGB)
 - Konnexität und Fälligkeit der Forderung
 - Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags

- **Unternehmensrechtliches Zurückbehaltungsrecht (§ 369 UGB)**
 - Im B2B-Bereich
 - Geht über zivilrechtliches Zurückbehaltungsrecht hinaus
 - Vollstreckungsbefriedigung und Verkaufsbefriedigung möglich
 - Keine Konnexität zwischen Sache und Forderung nötig
 - Gilt auch bei Besitzerwerb durch Leihe, Verwahrung und Bestandnahme

Beispiele für Sicherstellungsrechte

▪ Vadium

- **Vorvertragliche Vertragsstrafe** während Anbotsbindung
- Sicherstellung zum **Schutz des öffentlichen Auftraggebers** für den Fall, dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot zurücktritt oder der Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist behebbare wesentliche Mängel trotz Aufforderung des Auftraggebers schuldhaft nicht behebt

▪ Deckungsrücklass

- Sicherstellung **gegen Überzahlungen** (bei Abschlagsrechnungen oder Zahlung nach Plan), denen nur annähernd ermittelte Leistungen zugrunde liegen
- Auch Sicherstellung für Vertragserfüllung, wenn keine Kautionsvereinbarung vereinbart wurde
- Gemäß der ÖNORM B-2110 bzw B-2118 mit Fälligkeit der Schluss- bzw Teilschlussrechnung durch einen Haftungsrücklass zu ersetzen

Beispiele für Sicherstellungsrechte

- **Haftungsrücklass**
 - Sicherstellung für **Nichterfüllung von Gewährleistungs- bzw Schadenersatzpflichten** (im Rahmen des BVergG 2018)
 - Im allgemeinen Werkvertragsrecht nur für Ansprüche aus Gewährleistung
 - Preisminderungsansprüche
 - Anspruch auf Rückzahlung des bereits geleisteten Entgelts bei Ausübung des Wandlungsrechtes
 - Anspruch auf Deckungskapital für Ersatzvornahme
 - Im Bauvertrag **präzise angeben**, welche Ansprüche der Haftungsrücklass konkret besichern soll
 - In der Garantie anführen, um spätere Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden

Beispiele für Sicherstellungsrechte

- **Kautio**
 - Sicherstellung für **vertraglich besonders festgelegte Vertragsverletzungen**
 - Sinnvoll vor allem bei hohem Auftragswert / Aufträgen, die zeitlich oder technischen schwer erfüllbar sind
- ÖNORM B-2110 Pkt. 8.7.1
 - Sicherstellungsrecht des Werkunternehmers während aufrechter Leistungsfrist
 - Bei Insolvenzeröffnung über Vermögen des AN oder wenn ein rechtskräftiges Urteil über die besicherte Leistung zu Gunsten des AG ergangen ist
 - Lässt Sicherstellungsanspruch nach § 1170b ABGB unberührt

Bankgarantien als Sicherungsmittel

- Von der Frage der unterschiedlichen Sicherstellungsarten ist jene nach den „**Sicherstellungsmitteln**“ zu unterscheiden
 - Bei öffentlichen Ausschreibungen: Bankgarantie
- „*Bankgarantie*“ im Bauvertrag immer definieren!
 - Was ist eine Bank? Auch Versicherung? Qualifikation der Bank (Sitz, Kapitalisierung, Bilanzsumme)
 - Bank leistet ohne Prüfung der zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse
 - Ausnahme: Evidenter Rechtsmissbrauch
 - Bank prüft nur formale Voraussetzungen und Rechtzeitigkeit der Inanspruchnahme
- Anzahlungsgarantie
 - Dient nur der Absicherung bereits geleisteter Anzahlungen

Bankgarantien als Sicherungsmittel

- Treten Bedingungen nicht ein, wird die Garantie nicht ungültig, jedoch der Garantiefall gehindert
- Der Begünstigte muss die Garantie wortgetreu nach der Klausel abrufen (Garantiestrenge) und die Beweise (bzw zumindest sichere Anhaltspunkte) für den Eintritt der Voraussetzungen der Garantie erbringen
- Effektivitätsklausel
 - Bank nimmt jene Bedingungen, unter denen die Garantie vom Begünstigten abgerufen werden kann, in den Garantietext auf
 - Erklärung gegenüber der Bank, dass der Garantiefall eingetreten ist

Bankgarantien als Sicherungsmittel

- Bedingung für die Wirksamkeit der Garantie = „*Valutierungsklausel*“
 - Aufschiebende Bedingung
 - Bank prüft, ob der Begünstigte die Leistung erbracht hat
 - Zahlung muss zB in bestimmter Höhe/unter Angabe einer Referenz und der Garantienummer auf ein zuvor festgelegtes Konto des Vertragspartners geleistet werden
- Missbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie kann Untreuetatbestand (§ 153 StGB) verwirklichen
 - Bei 5 000 Euro übersteigenden Schaden: Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren
 - Bei 300 000 Euro übersteigenden Schaden: Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren

Bankgarantien als Sicherungsmittel – Gefahren

- Laufzeit darf nicht zu kurz sein
- Bei Bauzeitverlängerung: Laufzeit verlängern!
- Garantie bei „richtiger Stelle“ in Anspruch nehmen (zB richtige Filiale)

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- Sicherstellung dient der **Vermeidung von Insolvenzrisiken** für AN im Bau- und Baunebengewerbe
- AN kann
 - für noch **ausstehendes Entgelt**
 - ab **Vertragsschluss**
 - bei Verträgen die innerhalb von 3 Monaten zu erfüllen sind eine Sicherstellung iHv max **40 %**
 - **sonst max 20%** des vereinbarten Entgelts verlangen
- **Kosten** der Sicherstellung (bis max 2% der Sicherungssumme) trägt der Sicherungsnehmer

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- **Grundlegende Chancen und Risiken**
- Leistet der AG die von ihm geforderte Sicherheit nicht, kann der AN vom Vertrag zurücktreten und dennoch seinen **Entgeltanspruch** nach § 1168 Abs 1 S 1 ABGB geltend machen
- Verlangt der AN unberechtigter Weise Sicherstellung (zB wenn bereits voll bezahlt wurde) besteht weder ein Leistungsverweigerungs- noch ein Rücktrittsrecht und es drohen **Verzugsfolgen** sowie **Mehrkostenrisiken** und gegebenenfalls auch **Schadenersatzforderungen**

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- Ziel von § 1170b ist die Absicherung eines **generell-abstrakten Insolvenzrisikos im Bau- und Baunebengewerbe**
- Es handelt sich um **zwingendes Recht**
 - Vertraglich nicht abdingbar, sofern der Besteller keine juristische Person öffentlichen Rechts oder kein Verbraucher ist
- **Konkludente Erklärung** des Sicherungsverlangens ist möglich

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- Auch wenn **kein konkretes Insolvenzrisiko** besteht kann Sicherstellung verlangt werden
- Selbst dann zulässig, wenn das **Sicherstellungsbegehren in der Hoffnung auf die Möglichkeit, sich von seinen Leistungspflichten zu befreien** gesetzt wird!
- **Keine Begründungspflicht** des Werkunternehmers
- **Beschränkung** auf Geltendmachung nur bei bestimmten Gründen ist **unwirksam**

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- Sicherstellung kann **ab Vertragsschluss** begehrt werden
- Recht endet nicht mit Übergabe, sondern erst mit **vollständiger Bezahlung** des Entgelts
- Fälligkeit des Werklohnes ist **kein** Zulässigkeitskriterium für das Sicherstellungsbegehren
- Verhältnis zu ÖNORM B-2110 Pkt. 10.4 (Einbehaltungsrecht des AG bei Mängel)
 - Mit erfolgtem Vertragsrücktritt nach § 1170b Abs 2 ABGB wird Erfüllungsanspruch des Bestellers gänzlich beseitigt
 - Einer Berufung auf nicht gehörige Erfüllung bleibt kein Raum
 - ÖNORM B-2110 Pkt. 10.4 ist daher **bei Rücktritt nicht anwendbar**

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- **Nichtleistung der Sicherstellung** binnen angemessener Frist
- Regelungen zur **Nachfristsetzung** nach § 918 ABGB sind auf § 1170b ABGB anwendbar
 - Objektiv angemessene Frist
 - Faktische Gewährung ist ausreichend (Verzug muss AG mit ausreichender Sicherheit erkennbar sein)
 - Verweigert der AG die Sicherstellung von vornherein ernsthaft und endgültig, muss keine Frist gesetzt werden
- COVID-19 bedingt können Fristen entsprechend zu verlängern sein!



Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- **Leistungsverweigerungsrecht** des AN
 - AN kann Leistung sofort verweigern, ohne in Verzug zu geraten
 - Verweigert werden kann je nach Bauphase der Beginn der Arbeiten, die Fortführung der Arbeiten oder wenn die Übergabe bereits erfolgt ist die Mängelbehebung
- **Rücktrittsrecht** des AN
 - Setzung einer angemessenen Nachfrist
 - AN behält Entgeltsanspruch
 - Werk muss nicht fertiggestellt werden und Werklohnforderung kann trotz Mängel geltend gemacht werden

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- AN erhält bei Rücktritt **gesamtes Entgelt** abzüglich dessen, was er sich durch die unterbliebene Arbeit **erspart hat** / durch anderwärtige Verwendung erworben oder absichtlich zu erwerben versäumt hat
- Abgezogen wird der Eigenaufwand des AN für fiktive Mängelbehebung – dieser **liegt in der Regel erheblich unter den Kosten einer Mängelbehebung durch eine Ersatzvornahme durch einen Dritten!**

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- Angabe der **Höhe der Sicherstellung** ist praktisch sehr problematisch
 - Unsicherheit über die Höhe des vereinbarten Entgelts als Berechnungsgrundlage / die Höhe des noch ausstehenden Entgelts möglich
 - Bemessung anhand des Leistungsverzeichnisses, der Angebotssumme, einer (Kosten)schätzung (insb. bei Leistungsänderungen / Mehrkostenforderungen)
- Unverhältnismäßig überhöhtes Sicherstellungsverlangen?
 - Unbeachtlichkeit, wenn Besteller die richtige Höhe nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermitteln kann?
 - Vgl. BGH VII ZR 82/99 zu § 648a BGB

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- Zu **hohe** Sicherstellung
 - Maximal 20 bzw 40 % des vereinbarten oder noch ausstehenden Entgelts
 - Wenn Leistungen (zB Corona-bedingt) entfallen / Mehrkosten nicht entstehen
 - Sicherheit reduzieren / austauschen
 - AN muss Kosten des AG ersetzen, die durch überhöhte Forderung entstanden sind

- Zu **niedrige** Sicherstellung
 - ZB wenn Mehrkostenforderungen entstehen
 - Aufstockung kann verlangt werden

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- Geeignete Sicherstellungsmittel
 - Taxative Aufzählung in § 1170b ABGB?
 - **Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien** oder **Versicherungen**
- AG kann aus diesen Sicherungsmitteln wählen
 - AN läuft nicht Gefahr, durch unberechtigtes Ablehnen eines Sicherungsmittels in Verzug zu geraten, wenn Sicherungsmittel eindeutig festgelegt sind
 - Mindermeinung (zB *Bollenberger*): auch andere Sicherungsmittel möglich
- Andere Sicherungsmittel, die dem AN eine vergleichbare oder bessere Rechtsposition einräumen, können vertraglich vereinbart werden

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- Materialien sprechen von „*rascher und einfacher Verwertbarkeit der Sicherheit*“
- Die Sicherheit muss
 - **jederzeit**
 - **ohne Mitwirkung des Bestellers** und
 - **ohne Nachweis des gesicherten Anspruches verwertbar** sein
- Sicherungsmittel dürfen nicht an gegenläufige Sicherungsansprüche des AG (Erfüllungsgarantie, Haftungsrücklass) geknüpft werden !

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- AN muss Art des Sicherungsmittels in seiner Erklärung nicht angeben
 - Wahlrecht des Bestellers

- AN hat das Recht, **untaugliche Sicherungsmittel** abzulehnen
 - Nicht taxativ aufgelistete Sicherungsmitteln
 - Gelistete Sicherungsmittel, die aufgrund von ihrer Ausgestaltung nicht den Anforderungen entsprechen
 - Leistet der AG kein geeignetes Mittel, kann AN seine Leistung verweigern

Sicherstellung und Bauwerksvertrag (§ 1170b ABGB)

- Unzulässig: Abruf einer Bankgarantie, die Mitwirkung des Bestellers erfordert; Hinterlegung einer Bankgarantie beim Notar, die nur mit Zustimmung des Bestellers / bei Insolvenz des Bestellers / bei Vorliegen einer (schieds-)gerichtlichen Entscheidung zugunsten des Unternehmers ausgehändigt wird
- Laufzeit von Garantien darf **nicht zu kurz** bemessen sein
- Erfüllt eine Garantie – etwa wegen der Ausgestaltung der „*Effektivitätsklausel*“ – die Anforderungen des § 1170b ABGB nicht, hat der Werkunternehmer weiterhin das Recht (Zug um Zug) eine § 1170b ABGB gerecht werdende Sicherstellung zu verlangen

Dr. Patrick Panholzer, LL.M.

Schwerpunkte der Tätigkeit:

- Bauvertrags- und Schadenersatzrecht
- Vergaberecht
- Internationales Wirtschaftsvertragsrecht
- Schadenersatz- und Gewährleistungsrecht



Mag. Lukas Andrieu, LL.M., BSc.

Schwerpunkte der Tätigkeit:

- Bau(schadens)recht
- Internationales
Wirtschaftsvertragsrecht
- Litigation
- Schiedsverfahren
- Vergaberecht
- Projektgenehmigungen



